

# 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

Arbeitszeit- und Urlaubsrecht europäisch gedacht

*Inken Gallner* ..... Seite 45

Zum Rechtscharakter der Betriebsrente – historische Entwicklung  
und aktueller Stand

*Bertram Zwanziger* ..... Seite 57

Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots in Art. E  
der Revidierten Europäischen Sozialcharta

*Thorsten Kingreen* ..... Seite 68

Zusammenfassungen (Abstracts)

Seite 83

# Arbeitszeit- und Urlaubsrecht europäisch gedacht

Inken Gallner, Vorsitzende Richterin am Bundesarbeitsgericht

Die sog. Stechuhrentscheidung des EuGH in der Sache CCOO vom 14. Mai 2019 hat im Arbeitszeitrecht Furore gemacht.<sup>1</sup> An ihr wird das vom EuGH entwickelte System des Arbeitszeitrechts besonders deutlich.

Die Arbeitszeitrichtlinie 2003/88/EG soll die Arbeitszeitgestaltung in der Europäischen Union durch Mindeststandards harmonisieren.

## I. Bedeutung der Arbeitszeitrichtlinie

Die Arbeitszeitrichtlinie hat sich aus Sicht der Europäischen Kommission zu einem der Eckpfeiler der sozialen Dimension Europas entwickelt. Sie konkretisiert und präzisiert nach Auffassung des EuGH und der Kommission Art. 31 GRC sowohl im Arbeitszeitrecht im engeren Sinn als auch im Urlaubsrecht.<sup>2</sup> In der Begrifflichkeit des EuGH ist es ihr Ziel, Mindestvorschriften festzulegen, die dazu bestimmt sind, den Schutz der Gesundheit und der Sicherheit am Arbeitsplatz zu verbessern.

Um dieses Ziel zu erreichen, legt die Arbeitszeitrichtlinie Mindestruhezeiten und eine Höchstarbeitszeit fest: tägliche Mindestruhezeiten von elf zusammenhängenden Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum (Art. 3), wöchentliche Mindestruhezeiten von 24 Stunden pro Siebentageszeitraum (Art. 5), eine jährliche Mindestruhezeit in Form eines vierwöchigen Jahresurlaubs (Art. 7) und eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden einschließlich der Überstunden (Art. 6 lit. b).<sup>3</sup> Mit diesen Bestimmungen wird Art. 31 GRC umgesetzt.<sup>4</sup>

## II. Regelungsgegenstände der Arbeitszeitrichtlinie

Die Arbeitszeitrichtlinie verbindet zum Schutz der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer aus deutscher Sicht zwei verschiedene Regelungsgegenstände.

Sie macht Vorgaben für das Arbeitszeitrecht im engeren Sinn, für die täglichen und wöchentlichen Mindestruhe-

zeiten, die Ruhepausen und die wöchentliche Höchstarbeitszeit (Art. 1 Abs. 2 lit. a, Art. 3–6) und für bestimmte Aspekte der Nacht- und Schichtarbeit sowie des Arbeitsrhythmus (Art. 1 Abs. 2 lit. b, Art. 8–13). Darüber hinaus enthält die Richtlinie Urlaubsrecht. Sie gibt einen mindestens vierwöchigen bezahlten Jahresurlaub vor (Art. 1 Abs. 2 lit. a, Art. 7).

Beides ist unionsrechtlich betrachtet Arbeitszeitrecht im weiteren Sinn zum Zweck des Sicherheits- und Gesundheitsschutzes. Der Jahresurlaub ist nach diesem Verständnis die jährliche Mindestruhezeit.<sup>5</sup> Dieses öffentlich-rechtliche Verständnis der Arbeitszeitregulierung und -harmonisierung im Rahmen des nichttechnischen Arbeitsschutzes ist für die deutsche Kategorisierung noch immer unvertraut.

Arbeitszeitrecht ist öffentlich-rechtliches Gefahrenabwehrrecht zum Schutz der Arbeitnehmer, der Gesellschaft und der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Sozialversicherungssysteme.<sup>6</sup> Allerdings haben einzelne Stimmen im deutschen Arbeitsrecht schon früh auf die Parallele des Urlaubsrechts zum Arbeitszeitrecht hinge-

1 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO); zustimmend zu *Dohna-Jaeger*, BB 28/2019, S. I; *Forst*, EWiR 2019, 379 f.; ablehnend *Bürger/Müller*, AuA 2019, 568 ff.; *Mallmann*, PuR 2019, 145; kritisch *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270 ff.; *Latzel*, EuZA 2019, 469 ff.; weiterführend *Bayreuther*, NZA 2020, 1 ff.; *Bettinghausen*, BB 2019, 2740 ff.; *Förster*, SPA 2019, 157 f.; *Hahn*, öAT 2019, 202 ff.; *Hoffmann*, RiA 2019, 213 ff.; *Schiefer*, PuR 2019, 145; *Sittard/Esser*, jM 2019, 284 ff.; *Ullrich*, ZMV 2019, 181 ff.

2 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 30 ff., 56; EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62 ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64 ff.; Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf die RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung vom 24.5.2017 [C/2017/2601] zu I; im Einzelnen *Ahrends*, Das europäische Urlaubsrecht, Wiesbaden 2019 (zugl. Bochum, Univ., Diss. 2018), S. 25 ff.; s. auch *Gallner*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2020 (im Folgenden: *EuArbRK*), Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 1, 1b ff., 11, Art. 24 RL 2003/88/EG Rn. 1; zu Art. 31 GRC *EuArbRK-Schubert*, Art. 31 GRC Rn. 1 ff.

3 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 37.

4 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 10 ff.

5 Ebenso *Junker*, in: *Giesen/Junker/Rieble* (Hrsg.), Arbeitszeitmodelle der Zukunft, 15. ZAAR-Kongress, München 2019 (im Folgenden: *Giesen/Junker/Rieble*, Arbeitszeitmodelle der Zukunft), S. 99 f.; *Kohte*, ZBVR online 10/2019, S. 38 ff.

6 *Ulber*, SR 2018, 85, 94; den Einfluss des Unionsrechts auf das Arbeitszeitrecht einschließlich des Urlaubsrechts positiv bewertend *Böning*, AiB 2019, 27, 29.

wiesen.<sup>7</sup> Das im ArbZG kodifizierte Arbeitszeitrecht im engeren deutschen Sinn ist ebenso wie nach unionsrechtlicher Einordnung öffentliches Recht. Es ist in der Bundesrepublik Deutschland staatlich überwacht und gibt den privatrechtlichen Beziehungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern einen zwingenden öffentlich-rechtlichen Regelungsrahmen. Weist der Arbeitgeber Arbeit über die wöchentliche Höchstarbeitszeit hinaus zu, verstößt er gegen ein Verbotsgesetz iSv. § 134 BGB.<sup>8</sup>

Urlaubsrecht ist nach der hM. im langjährigen deutschen Verständnis demgegenüber reines, wenn auch hinsichtlich des Mindesturlaubs zwingendes Privatrecht. Die Verfechter der arbeitsschutzrechtlichen These machen jedoch zu Recht darauf aufmerksam, dass Arbeitsschutzrecht nach deutscher Vorstellung nicht auf öffentlich-rechtliche Schutznormen beschränkt ist, sondern auch privatrechtlich ausgestaltet sein kann. Das zeigt § 618 BGB.<sup>9</sup>

Der Urlaubsanspruch musste nach tradierter deutscher Vorstellung vom Arbeitnehmer durchgesetzt werden, wenn der Arbeitgeber ihn pflichtwidrig nicht gewährte, um den Verfall abzuwenden. Ein Schadensersatzanspruch wegen Verzugs setzte eine Mahnung voraus.

Die unionale und die deutsche Gedankenwelt nähern sich in der Rezeption der Urlaubsrechtsprechung des EuGH durch das BAG jedoch zunehmend an. Das zeigen ua. die Entscheidungen des Neunten Senats in der Folge der EuGH-Rechtssache *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*<sup>10</sup>. Der Neunte Senat nimmt an, dass es dem Arbeitgeber unter bestimmten Voraussetzungen ohne Mahnung des Arbeitnehmers obliegt, Urlaub von sich aus zu gewähren oder jedenfalls auf den drohenden Verfall hinzuweisen.<sup>11</sup>

### III. Arbeitnehmerbegriff der Arbeitszeitrichtlinie

Die Arbeitszeitrichtlinie definiert den Begriff des Arbeitnehmers nicht selbst. Das Unionsrecht versteht unter Arbeitnehmern bei weitem mehr, als es der deutschen Begriffstradition entspricht.<sup>12</sup> Das gilt jedenfalls für den primärrechtlichen Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV, aber auch für den einzelner Richtlinien, sofern sie nicht auf nationales Recht verweisen.<sup>13</sup>

Als Arbeitnehmer ist für die Zwecke der Arbeitszeitrichtlinie jeder anzusehen, der eine tatsächliche und echte Tätigkeit ausübt. Tätigkeiten, die einen so geringen Umfang haben, dass sie sich als völlig untergeordnet und unwesentlich darstellen, bleiben außer Betracht. Das wesentliche Merkmal des Arbeitsverhältnisses besteht darin, dass jemand während einer bestimmten Zeit für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er als Gegenleistung Vergütung erhält.<sup>14</sup> Entscheidend ist, dass ein Unterordnungsverhältnis besteht.<sup>15</sup> Das ist in jedem Einzelfall anhand aller Umstände, die die Beziehungen der Beteiligten kennzeichnen, zu prüfen.<sup>16</sup> Ein großer Ermessensspielraum, eine »Vertrauensstellung« oder eine Stellung im allgemeinen Interesse stehen einem Unterordnungsverhältnis nicht entgegen.<sup>17</sup> Die Kommission analysiert die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitnehmerbegriff in der Weise, dass der Betreffende arbeiten, dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen und seine Tätigkeit ausüben oder seine Aufgaben wahrnehmen muss.<sup>18</sup>

Die Weite des unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriffs ist im Arbeitszeitrecht wegen des klaren Harmoni-

7 Kohte, BB 1984, 609, 614; kritisch zu dem Schattendasein der gesundheitschutzrechtlichen Seite des Urlaubsanspruchs in der Rechtsprechung des BAG Hackmann, FS Kohte, 2016, S. 293, 305; Kohte, FS Schwerdtner, 2003, S. 99, 114 f.

8 Fromm, NZA 2017, 693.

9 Hackmann, FS Kohte, 2016, S. 293, 307 mwN.

10 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften).

11 BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 541/15 – AP Nr. 84 zu § 7 BurlG, Rn. 41; EuArbRK-Gallner (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 1a, Art. 7 RL 2003/88/EG Rn. 2, 2a, 25a ff.

12 Mitteilung der Kommission C/2017/2601 zu III A 1; instruktiv zu den Entwicklungslinien der Arbeitnehmerbegriffe des Unionsrechts in der Rspr. des EuGH Sagan, ZESAR 2020, 3 ff., weiterführend in Richtung einer gebotenen Reform des nationalen Arbeitnehmerbegriffs in § 611a BGB Willemsen, FS Moll, 2019, S. 757 ff.

13 Im Überblick Temming, SR 2016, 158 ff., der Systemverschiebungen annimmt; s. auch Henssler/Pant, RdA 2019, 321 ff.

14 EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 – juris (Sindicatul Familia Constanța ua.), Rn. 41 unter Hinweis auf die außerhalb des Arbeitszeitrechts liegende Entscheidung EuGH, 10.9.2015 – C-47/14 – NZA 2016, 183 (Holterman Ferho Exploitatie ua.), Rn. 46; s. auch EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 28; EuGH, 26.3.2015 – C-316/13 – NZA 2015, 1444 (Fenoll), Rn. 27; EuGH, 7.4.2011 – C-519/09 – Slg. 2011, I-2761 (May), Rn. 21; EuGH, 14.10.2010 – C-428/09 – Slg. 2010, I-9961 (Union syndicale Solidaires Isère), Rn. 28, jeweils mwN.

15 Gallner, FS Moll, 2019, S. 133, 141.

16 EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 – juris (Sindicatul Familia Constanța ua.), Rn. 42.

17 EuGH, 20.11.2018 – C-147/17 – juris (Sindicatul Familia Constanța ua.), Rn. 46 mit Bezug auf die außerhalb des Arbeitszeitrechts angesiedelten Entscheidungen EuGH, 9.7.2015 – C-229/14 – NZA 2015, 861 (Balkaya), Rn. 41; EuGH, 10.9.2014 – C-270/13 – EuZW 2014, 946 (Haralambidis), Rn. 39 ff.; Mitteilung der Kommission C/2017/2601 zu III A 1.

18 Mitteilung der Kommission C/2017/2601 zu IV A 1.

sierungszwecks von Art. 31 Abs. 2 GRC und der Arbeitszeitrichtlinie konsequent.<sup>19</sup> Dieser Harmonisierungszweck dient dem Sicherheits- und dem Gesundheitsschutz in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

#### IV. Rechtlicher Charakter der Ruhezeiten und der Höchstarbeitszeit

Nach Art. 31 Abs. 1 GRC hat jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen. Art. 31 Abs. 2 GRC bestimmt, dass jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub hat. Die Grundrechte dürfen nicht ausgehöhlt werden.<sup>20</sup>

Der EuGH hat die Grundrechte aus Art. 31 GRC in der Sache *CCOO* anders als Generalanwalt *Pitruzzella* in seinen Schlussanträgen nicht ausdrücklich in einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Achtung der Menschenwürde gestellt, die in Titel I der GRC allgemein geschützt ist.<sup>21</sup>

Der EuGH hat die Rechte auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub in der Sache *CCOO* auch nicht ausdrücklich als Ausdruck der gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten eingeordnet, wie sie sich aus zahlreichen nationalen Verfassungen ergeben.<sup>22</sup>

Der EuGH hat den Grundrechtscharakter der von Art. 31 Abs. 2 GRC verliehenen Rechte jedoch unmissverständlich benannt.<sup>23</sup> Der Gerichtshof nimmt für den von Art. 31 Abs. 2 GRC geschützten bezahlten Jahresurlaub an, dass der Anspruch nicht nur ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union ist, sondern ein vollwertiges soziales Grundrecht, das gegenüber privaten Arbeitgebern unmittelbar wirkt.<sup>24</sup>

Der EuGH hält weitere Ableitungen in der im Arbeitszeitrecht im engeren Sinn angesiedelten Sache *CCOO* aus meiner Sicht für nicht länger erforderlich. Damit hat er die unmittelbare Wirkung der Grundrechte auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf Mindestruhezeiten – nicht nur auf bezahlten Jahresurlaub – auch gegenüber privaten Arbeitgebern anerkannt.

#### V. Rechtlicher Charakter des Hilfsmittels der Arbeitszeiterfassung

Das bedeutet nach meiner Auffassung wegen des Spielraums der Mitgliedstaaten für die Modalitäten des Hilfsmittels eines den Arbeitgebern vorzugebenden allgemeinen Arbeitszeiterfassungssystems allerdings nicht, dass nationale Vorschriften, die bisher kein System zur Messung aller Arbeitszeiten vorsehen, unangewendet bleiben müssen.<sup>25</sup>

Je nach Unternehmen sind verschiedene Systeme der Arbeitszeiterfassung möglich (Aufzeichnungen auf Papier, Computerprogramme, elektronische Zutrittsausweise, Apps usw.). Die Mitgliedstaaten dürfen die Besonderheiten des jeweiligen Tätigkeitsbereichs, die Eigenarten bestimmter Unternehmen und ihrer Größe berücksichtigen.

Die Zeiterfassung muss nur objektiv, verlässlich und zugänglich sein.<sup>26</sup>

Der Gerichtshof verlangt hierfür eine unionsrechtskonforme Auslegung der innerstaatlichen Vorschriften und spricht keinen »Unanwendbarkeitsbefehl« aus.<sup>27</sup> Ua. § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG ist also nicht unanwendbar.

Der EuGH nimmt die Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 3, Art. 5 und Art. 6 lit. b der Arbeitszeitrichtlinie dennoch deutlich in die Pflicht. Sie müssen alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um das Ziel zu erreichen, einen wirksamen Arbeits-

19 Eckhoff, FS Moll, 2019, S. 103, 109 ff.

20 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 43.

21 So Schlussanträge GA *Pitruzzella*, 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), Rn. 37; Schlussanträge GA *Tanchev*, 8.6.2017 – C-214/16 (King), Rn. 36.

22 So Schlussanträge GA *Trstenjak*, 24.1.2008 – C-520/06 (Schultz-Hoff) Rn. 53.

23 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 56; EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62 ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64 ff.; für die Ruhezeiten und die Höchstarbeitszeit ebenso *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 366; aA. *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 275.

24 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62 ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64 ff.; EuArbRK-Gallner (Fn. 2), Art. 7 RL 2003/88/EG Rn. 25d, 25e.

25 Zu dem Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO) Rn. 42, 63; insoweit wie hier *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 275.

26 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 63.

27 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 68 ff.

schutz und die praktische Wirksamkeit der Richtlinie sicherzustellen.<sup>28</sup>

Die nötige Auslegung umfasst in der Bundesrepublik Deutschland auch die Rechtsfortbildung. Es wird nicht geringen Aufwand für die Rechtsprechung mit sich bringen, die Begriffe der objektiven, verlässlichen und zugänglichen Zeiterfassung auszuformen. *Höpfner/Daum* und *Thüsing/Flink/Jänsch* haben dazu bereits beachtliche Vorschläge gemacht.<sup>29</sup>

Die nähere Zukunft wird vor allem zeigen, ob die deutschen Arbeitsgerichte § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG schon vor einer gesetzlichen Neuregelung dahin extensiv auslegen oder fortbilden werden, dass alle Arbeitszeiten aufgezeichnet werden müssen, nicht nur die über die werktägliche Regelhöchst Arbeitszeit von acht Stunden hinausgehenden Arbeitszeiten.

Ich halte eine solche Auslegung oder Fortbildung für problematisch. Wortlaut und Zweck des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG sind klar auf die Aufzeichnung von »Mehrarbeit« im weiteren Sinn beschränkt. Aufzuzeichnen ist nach dem erkennbaren gesetzgeberischen Willen nur die über die achtstündige werktägliche Arbeitszeit des § 3 S. 1 ArbZG hinausgehende Arbeitszeit.<sup>30</sup> *Spengler* macht zwar zu Recht darauf aufmerksam, dass der Arbeitgeber die Überschreitung von acht Stunden nur erkennen könne, wenn er um den Zeitpunkt des Beginns und des Endes der Arbeitszeit wisse.<sup>31</sup> Das bedeutet aus meiner Sicht jedoch nicht, dass der Arbeitgeber diesen Zeitrahmen erfassen, also dokumentieren muss. Gesetzgeberisches Handeln ist deshalb geboten.<sup>32</sup>

## VI. Zu messende Arbeitszeit

Der EuGH leitet in der Sache *CCOO* aus Art. 31 Abs. 2 GRC sowie Art. 3, Art. 5 und Art. 6 lit. b RL 2003/88/EG im Licht von Art. 31 Abs. 2 GRC ab, dass die Mitgliedstaaten Arbeitgeber verpflichten müssen, ein System einzurichten, mit dem die tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.<sup>33</sup> Ausgenommen sind aus meiner Sicht Arbeitnehmer, die unter Art. 17 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie fallen.<sup>34</sup> Art. 17 Abs. 1 RL 2003/88/EG verlangt jedoch, dass die Arbeitszeit wegen der besonderen Merkmale der ausgeübten Tätigkeit nicht gemessen und/oder im Voraus festgelegt wird oder von den Arbeitnehmern selbst festgelegt werden kann.<sup>35</sup>

Art. 17 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie ist eng auszulegen. Die Vorgabe ist nicht anzuwenden, wenn der Arbeitgeber die Arbeitszeiten effektiv kontrollieren kann und die Arbeitnehmer nicht völlig frei über Zeiten ohne Erwerbsarbeit disponieren können, weil sie ständig verfügbar sind.<sup>36</sup> Es steht den Mitgliedstaaten aufgrund ihres Gestaltungsspielraums frei, die konkreten Modalitäten für die Umsetzung eines Arbeitszeiterfassungssystems festzulegen. Sie können die Formen und Wege der Umsetzung dieser Verpflichtung bestimmen, zumal je nach Unternehmen verschiedene Systeme der Arbeitszeiterfassung möglich sind.<sup>37</sup> Das Arbeitszeiterfassungssystem hat jedoch die praktische Wirksamkeit der Arbeitszeitrichtlinie zu gewährleisten. Das Kontrollinstrument muss konkret geeignet sein sicherzustellen, dass die Ziele der Richtlinie erreicht werden.<sup>38</sup>

28 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 41, 68 ff.; kritisch *Bayreuther*, EuZW 2019, 446, 447; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 272 f.

29 *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 277 ff.; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 464 ff.

30 Ebenso *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 276 f.; ähnlich *Klein/Leist*, ZESAR 2019, 365, 366.

31 *Spengler*, AiB 20019, 29, 30 f.

32 In der Analyse ebenso für § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG *Baeck/Winzer/Launer*, NZG 2019, 858, 859; *Bayer*, GWR 2019, 198; *Bayreuther*, EuZW 2019, 446, 448; *Buschmann*, PersR 9/2019, 12 ff.; *Fuhlrott*, NZA-RR 2019, 343; *Greiner/Thüsing*, NZA 22/2019, Editorial; *Grimm/Freh*, ArbRB 2019, 278, 279; *Heuschmid*, NJW 2019, 1853; *Leist*, jurisPR-ArbR 22/2019 Anm. 1; *Lörcher*, AuR 2019, 419, 421; *Reinhard*, NZA 2019, 1313, 1314; *Schmid*, SPA 2019, 81 f.; *Thüsing/Flink/Jänsch*, ZfA 2019, 456, 476 ff.; *Ubber*, BB 2019, 1984; unter der Prämisse einer bestimmten Interpretation der sog. Stechuhrentscheidung in Richtung einer anlasslosen Aufzeichnungspflicht auch *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 276 ff.; s. auch *Gallner*, FA 2019, 229; aA *Schrader*, NZA 2019, 1035 ff.; mahmend hinsichtlich des gebotenen Gesundheitsschutzes und der Zeitsouveränitätswünsche der Arbeitnehmer *Klimpe-Auerbach*, PersR 11/2019, 36 ff.; *Urban*, AuR 2019, 395; zu dem geltenden und dem zu verändernden Rechtsrahmen umfassend *Krause*, NZA-Beil. 2/2019, 86 ff.; *ders.*, in: Hanau/Matiaske (Hrsg.), Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen, Baden-Baden 2019, S. 151 ff.; zu dem aus seiner Sicht gegebenen weiter gehenden Reformstau im Arbeitszeitrecht instruktiv *Henssler*, FS Moll, 2019, S. 233 ff.; für eine behutsame Reform des Arbeitszeitrechts *Jacobs*, ZfA 2019, 265 ff.; zum Flexibilisierungspotenzial der Arbeitszeitrichtlinie *Hanau*, EuZA 2019, 423 ff.; für eine Stärkung der Betriebsparteien in Arbeitszeitfragen *Baeck/Winzer*, NZA 2020, 96 ff.; zu möglichen Mitbestimmungsrechten des Betriebsrats nach geltendem Recht *Brors*, NZA 2019, 1176 ff.; *Reinhard*, NZA 2019, 1313, 1316 f.; *Schipp*, ArbRB 2019, 282, 283 f.; *Stausberg*, AiB 2019, 24 ff.

33 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 41 ff., 68 ff.; *EuArbRK-Gallner* (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 1.

34 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 63.

35 EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113 (Hälvä ua.), Rn. 28 ff.

36 Für Art. 17 Abs. 1 lit. b der Arbeitszeitrichtlinie EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113 (Hälvä ua.), Rn. 31, 45 ff.; *EuArbRK-Gallner* (Fn. 2), Art. 17 RL 2003/88/EG Rn. 4.

37 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 63.

38 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 42, 50; s. auch Schlussanträge *GA Pitruzella*, 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), Rn. 80 f., 86 ff. mwN.

Ohne ein solches Arbeitszeiterfassungssystem können Dauer und Lage der Arbeitszeit nicht objektiv und sicher festgestellt werden. Das beeinträchtigt die Arbeitnehmer nicht nur aufgrund der Arbeitszeitrichtlinie, sondern auch nach Art. 4 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EWG darin, ihre Rechte außergerichtlich und gerichtlich auszuüben.<sup>39</sup> Außerdem erschwert ein nicht vorhandenes System zur Messung der Arbeitszeit die Überprüfung durch die staatlichen Kontrollorgane und die Gerichte.<sup>40</sup> Zugleich schwächt die fehlende Arbeitszeiterfassung die Rechte auf Unterrichtung und die damit verbundene Kontrollfunktion der gewerkschaftlichen Arbeitnehmervertreter, die den Arbeitnehmervertretern im Bereich der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes durch Art. 11 Abs. 3 RL 89/391/EWG iVm. Art. 27 GRC verliehen sind.<sup>41</sup>

Eine nationale Verpflichtung der für die Überwachung der Arbeitsbedingungen zuständigen innerstaatlichen Behörde, die Aufzeichnungen der Arbeitszeiten zur Verfügung zu stellen, widerspricht bei einem gegebenen qualifizierten Interesse auch dann nicht dem Unionsrecht, wenn der Inhalt der Arbeitszeitaufzeichnungen dem Begriff der durch unionsrechtliche Grundrechte geschützten personenbezogenen Daten unterfällt.<sup>42</sup> *Buschmann* macht darauf aufmerksam, dass auch der IAO-Sachverständigenausschuss CEACR in seinem General Survey 2018 zum Arbeitszeitrecht der IAO die Pflicht zur Aufzeichnung der Arbeitszeit hervorhebt.<sup>43</sup>

Die von Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit steht einer Verpflichtung, die Arbeitszeit zu erfassen, nach Auffassung von Generalanwalt *Pitruzella* nicht entgegen.<sup>44</sup> Dafür spricht aus seiner Sicht vor allem der Erwg. 4 RL 2003/88/EG. Danach sind die Verbesserungen der Sicherheit, der Arbeitshygiene und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit Zielsetzungen, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen. Die Große Kammer des EuGH hat dieser Ansicht in ihrem Urteil *CCOO* zugestimmt, ohne die von Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit ausdrücklich zu benennen.<sup>45</sup> Das ist dogmatisch bedauerlich wegen der von Generalanwalt *Pitruzella* vorgeschlagenen Methodik. Er wollte eine Konkordanzprüfung vornehmen, wenn ein deutscher verfassungsrechtlicher Begriff entlehnt wird. Der Generalanwalt stellte den Arbeitnehmerschutzrechten aus Art. 31 Abs. 2 GRC sowie Art. 3, Art. 5 und Art. 6 lit. b der Arbeitszeitricht-

linie die von Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit gegenüber und nahm eine Abwägung zwischen den gegenläufigen Rechten vor.<sup>46</sup>

## VII. Unionsrechtliches Manifest des Arbeitszeitschutzes

Die Entscheidung des EuGH in der Sache *CCOO* ist gewissermaßen ein unionsrechtliches Manifest des Arbeitszeitschutzes im engeren Sinn außerhalb des Urlaubsrechts.<sup>47</sup> Sie bettet das Richtlinienrecht der RL 2003/88/EG in den primärrechtlichen Zusammenhang des Art. 31 Abs. 2 GRC ein.<sup>48</sup>

Das war zu erwarten, weil der Gerichtshof das von Art. 31 Abs. 2 GRC und Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie geschützte Recht auf bezahlten Jahresurlaub bereits primärrechtlich abgesichert und die Rechtsfigur der horizontalen Direktwirkung oder auch unmittelbaren horizontalen Wirkung damit erstmals im Bereich des nicht-technischen Arbeitsschutzes angewandt hatte.<sup>49</sup>

Generalanwalt *Pitruzella* hatte diese primärrechtliche »Verwurzelung« darüber hinaus mit Titel I GRC iVm. Art. 31 Abs. 1 GRC, also mit dem besonders hochrangig

39 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 45, 62; Schlussanträge GA *Pitruzella*, 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), Rn. 45, 57, 68; *Höpfner/Daum*, RdA 2019, 270, 274; *Giesen/Junker/Rieble-Junker*, Arbeitszeitmodelle der Zukunft (Fn. 5), S. 99, 103.

40 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 57, 68.

41 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 61 f.; Schlussanträge GA *Pitruzella*, 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), Rn. 71.

42 EuGH, 30.5.2013 – C-342/12 – NZA 2013, 723 (Worten), Rn. 27 f.; Schlussanträge GA *Pitruzella*, 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), Rn. 78 f.; zustimmend *Buschmann*, AuR 2019, 143.

43 *Buschmann*, AuR 2019, 143.

44 Schlussanträge GA *Pitruzella*, 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), Rn. 82 f.

45 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 66.

46 Schlussanträge GA *Pitruzella*, 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), Rn. 82 f.

47 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 29 ff.; s. auch die Schlussanträge von GA *Pitruzella*, 31.1.2019 – C-55/18 (CCOO), Rn. 44 ff., 56 ff., 86 ff., 89 ff., 99.

48 Zu der Rechtsfigur der Konkretisierung von Primärrecht durch Richtlinienrecht im urlaubsrechtlichen Zusammenhang *EuArbRK-Gallner* (Fn. 2), Art. 7 RL 2003/88/EG Rn. 25d; weiterführend zu der Rechtsfigur *Heuschmid*, AuR 2018, 265; dogmatisch kritisch *Baldus*, GPR 2018, 175 ff.; *Clasen*, JZ 2019, 1057 ff.; *Kainer*, NZA 2018, 894, 895 ff.; *Mörsdorf*, JZ 2019, 1066 ff.; *Schlachter*, ZESAR 2019, 53, 55 ff.; ablehnend *Piekenbrock*, GPR 2019, 93, 95 ff.; *Wank*, RdA 2020, 1, 2 ff.

49 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62 ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64 ff.

geschützten Wert der Achtung der Menschenwürde arron- diert. Dem ist der EuGH nicht ausdrücklich beigetreten.

Die primärrechtliche Einbettung hat die sog. horizontale Direktwirkung auch des Richtlinienrechts zur Folge, was die Grundrechte auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf Ruhezeiten angeht. Die unbedingten und hinreichend genauen Bestimmungen der Arbeitszeitrichtlinie über das Recht auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit (Art. 6 lit. b) sowie die Rechte auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten (Art. 3 und Art. 5) sind seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 nicht länger bloße Vorgaben, die die Mitgliedstaaten umzusetzen haben und die nach Art. 288 Abs. 3 AEUV nur ihnen gegenüber wirken.

Der einzelne Unionsbürger ist deshalb nicht nur durch einen Schadensersatzanspruch gegen den Mitgliedstaat geschützt, wenn der Mitgliedstaat die Arbeitszeitrichtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt hat.<sup>50</sup>

Die von Art. 31 Abs. 2 GRC geschützten Rechte sind die »Wurzel« der in Art. 6 lit. b, Art. 3 und Art. 5 RL 2003/88/EG näher ausgeformten Rechte. Sie wirken auch in der Beziehung Privater unmittelbar. Entgegenstehendes nationales Recht darf auch im Privatrechtsverhältnis nicht angewandt werden.

Die Pflicht zur Schaffung eines allgemeinen Arbeitszeiterfassungssystems – also des Kontrollinstruments – ist von dieser unmittelbaren Wirkung meines Erachtens jedoch nicht erfasst.<sup>51</sup> Arbeitgeber werden nicht glücklich über die Pflicht zur Arbeitszeiterfassung sein. Auch Arbeitnehmer werden sich zum Teil eingengt fühlen, weil sie in ihren Arbeitszeiten von zu Hause aus oder von unterwegs aus kontrolliert werden.

Die Höchstarbeitszeit und die Mindestruhezeiten müssen allerdings schon seit Langem eingehalten werden. Fremd- und Selbstausbeutung<sup>52</sup> soll ordnungsrechtlich entgegengewirkt werden, um den einzelnen Arbeitnehmer und die Gesellschaft zu schützen. Die nun vom EuGH vorgegebene Zeiterfassung macht nur die Kontrolle von Arbeitszeitverstößen einfacher.

## VIII. Lockerung des Harmonisie- rungsziels

Das Harmonisierungsziel der Arbeitszeitrichtlinie wird durch die Möglichkeit von Bezugszeiträumen in Art. 16 und mehrere Ausnahmen in Art. 17 und Art. 22 gelo-

ckert. Die Verbesserung von Sicherheit, Arbeitshygiene und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer bei der Arbeit sind jedoch Zielsetzungen, die keinen rein wirtschaftlichen Überlegungen untergeordnet werden dürfen.<sup>53</sup> Diese Aussage steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zu Erwg. 15 der Arbeitszeitrichtlinie. Dort ist vorgegeben, dass in Anbetracht der Fragen, die sich aufgrund der Arbeitszeitgestaltung im Unternehmen stellen können, eine gewisse Flexibilität bei der Anwendung einzelner Bestimmungen der Richtlinie vorzusehen ist. Erwg. 15 zieht aber selbst die Grenze der möglichen Flexibilisierung: Die Grundsätze des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer sind zu beachten.

## IX. Keine unmittelbare Regelung der Vergütungshöhe

Die Arbeitszeitrichtlinie regelt mit Ausnahme des Art. 7 für den bezahlten Jahresurlaub unmittelbar keine Fragen der Vergütungshöhe.<sup>54</sup> Das ist aufgrund der Kompetenzbegrenzung in Art. 153 Abs. 5 AEUV<sup>55</sup> geboten. Art. 153 Abs. 2 S. 1 lit. a iVm. Abs. 1 lit. a und lit. b AEUV verleiht Rat und Parlament nur eine Kompetenz für Regelungen zur Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer sowie für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen.<sup>56</sup>

50 Dazu zB. EuGH, 25.11.2010 – C-429/09 – Slg. 2010, I-12167 (Fuß II), Rn. 45 ff.

51 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 68 ff.; näher EuArbRK-Gallner (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 1.

52 Instruktiv Kohle, AuR 2019, 402 ff.; zu den Gesichtspunkten der Autonomie und der Selbstgefährdung Astleithner/Stadler, ZArbWiss 2019, 355 ff.

53 Erwg. 4; s. auch Schubert, in: Hahn/Pfeiffer/Schubert (Hrsg.), Arbeitszeitrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Einl. Rn. 5; Giesen/Junker/Rieble-Junker, Arbeitszeitmodelle der Zukunft (Fn. 5), S. 99, 101.

54 Mitteilung der Kommission C/2017/2601 zu III C 1; Stiebert, ZESAR 2016, 277, 280.

55 = Art. 118a EGV-Maastricht = Art. 137 Abs. 6 EGV-Amsterdam.

56 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 24, 48 ff.; EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113 (Hälvä ua.), Rn. 25; EuGH, 10.9.2015 – C-266/14 – NZA 2015, 1177 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras), Rn. 48 mwN.; EuGH, 1.12.2005 – C-14/04 – Slg. 2005, I-10253 (Dellas), Rn. 38; BAG, 21.12.2016 – 5 AZR 362/16 – AP Nr. 56 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung, Rn. 11; BAG, 16.10.2013 – 10 AZR 9/13 – AP Nr. 27 zu § 106 GewO, Rn. 55; zustimmend Bayreuther, NZA 2018, 348, 350 f.; Wank, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 20. Aufl., München 2020, § 2 ArbZG Rn. 14, 29; EuArbRK-Gallner (Fn. 2), Art. 1 RL 2003/88/EG Rn. 3, Art. 2 RL 2003/88/EG Rn. 2, Art. 6 RL 2003/88/EG Rn. 3, 6, zu der Frage des bezahlten Mindestjahresurlaubs Art. 7 Rn. 1 ff.; Giesen/Junker/Rieble-Junker, Arbeitszeitmodelle der Zukunft (Fn. 5), S. 99, 102.; Höpfner/Daum, RdA 2019, 270, 275 f.

Bereitschaftsdienst zB. ist arbeitszeitrechtlich auch während seiner inaktiven Zeiten Vollarbeitszeit. Er muss während dieser Zeiten vergütungsrechtlich aber nicht vollständig ausgeglichen werden.<sup>57</sup> Dennoch antwortet der Gerichtshof nicht selten auf arbeitszeitrechtliche Fragen eines Vorabentscheidungsersuchens, dessen Ausgangsrechtsstreit eine Vergütungsklage ist.<sup>58</sup>

Hinsichtlich des in Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie und Art. 31 Abs. 2 GRC geregelten Jahresurlaubs ist die Arbeitszeitrichtlinie nicht vergütungsneutral.<sup>59</sup> Das Recht auf Jahresurlaub und das Recht auf Urlaubsentgelt sind zwei Aspekte eines einzigen Anspruchs.<sup>60</sup> Das Urlaubsentgelt ist deshalb integraler Bestandteil des einheitlich verstandenen Urlaubsanspruchs.

## X. Die jährliche Ruhezeit, der vierwöchige Mindesturlaub

Der EuGH hat in den Sachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* sowie *Bauer und Willmeroth* klargestellt, dass Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie Art. 31 Abs. 2 GRC konkretisiert.<sup>61</sup> Der von Art. 31 Abs. 2 GRC geschützte Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub wirkt damit als Grundrecht gegenüber privaten Arbeitgebern unmittelbar.<sup>62</sup>

### 1. Pflicht des Arbeitgebers, Urlaub zu gewähren

Seit einiger Zeit wurde im deutschen Rechtsraum die Frage gestellt, ob der Arbeitgeber Urlaub auch dann gewähren muss, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht beantragt hat.<sup>63</sup> Es handelt sich gewissermaßen um die Gretchenfrage auf der Schnittstelle zwischen unionsrechtlichem und deutschem Urlaubsverständnis. Das BAG hatte in der Vergangenheit angenommen, dass der Urlaubsanspruch am Ende des Urlaubsjahres verfiel, wenn kein Übertragungsgrund iSv. § 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG bestand. Ein Schadensersatzanspruch aufgrund Verzugs setzte nach dieser Rechtsprechung grundsätzlich eine Mahnung voraus.<sup>64</sup>

Der EuGH hat die Frage in den Sachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* und *Kreuziger*<sup>65</sup> im Grundsatz beantwortet. Er hat angenommen, dass Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche bei fehlendem Urlaubs-

antrag nur untergehen können, wenn der Arbeitnehmer als schwächere Partei des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber tatsächlich in die Lage versetzt wird, die Urlaubstage rechtzeitig zu nehmen. Das hat der Arbeitgeber zu beweisen. Der Arbeitnehmer darf nicht abgeschreckt werden, seine Ansprüche geltend zu machen.<sup>66</sup> Die Pflicht des Arbeitgebers geht jedoch nicht so weit, dass er den Arbeitnehmer zwingen muss, die Ruhezeiten in Anspruch zu nehmen. Der Urlaubsanspruch aus Art. 31 Abs. 2 GRC, Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie darf auch nicht dazu genutzt werden, Urlaubstage anzusammeln, um sie nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses abgelten zu lassen. Der Schutz von

57 Zu § 7 Abs. 3 TVöD-B etwa BAG, 17.1.2019 – 6 AZR 17/18 – AP Nr. 10 zu § 7 TVöD, Rn. 16f.; zu § 9 TV-L BAG, 6.9.2018 – 6 AZR 204/17 – AP Nr. 1 zu § 7 TV-L, Rn. 39.

58 ZB. EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 24, 48ff.; ablehnend zu der auf krasse Ausnahmefälle beschränkten Prüfung der Entscheidungserheblichkeit eines Vorabentscheidungsersuchens durch den EuGH *Schliemann*, EuZW 2018, 274, 275 mwN.; zustimmend dagegen *Buschmann*, AuR 2018, 303f. mit zahlreichen Nachweisen zu verschiedenen Fallgestaltungen des EuGH; zustimmend auch *Junker*, RIW 2019, 169, 172; *EuArbRK-Gallner* (Fn. 2), Art. 7 RL 2003/88/EG Rn. 2a, Art. 20 RL 2003/88/EG Rn. 2.

59 ZB. EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 24.

60 ZB. EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 39, 57f.; EuGH, 29.11.2017 – C-214/16 – NZA 2017, 1591 (King), Rn. 35.

61 Zu dem augenblicklichen Diskussionsstand in zentralen Fragen des unionsrechtlich überformten Urlaubsrechts *Jacobs/Münder*, RdA 2019, 332ff.; *dies.*, RdA 2020, 13ff.; *Mehrens/Witschen*, EuZA 2019, 326ff.

62 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64ff.

63 Bejahend schon *Kohte*, FS Schwerdtner, 2003, S. 99, 115; ebenso später *Hackmann*, FS Kohte, 2016, S. 293, 307ff.; *Hlava*, jurisPR-ArbR 41/2014 Anm. 6; *Klenter*, PersR 2016, 40; *Polzer/Kafka*, NJW 2015, 2289, 2293; verneinend zB. *Boemke*, jurisPR-ArbR 37/2015 Anm. 5; *Ecklebe*, DB 2014, 1991; *Gooren*, NZA 2016, 1374, 1376ff. mwN.; *Geyer*, ZTR 2016, 629; *Rudkowski*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016, § 12 Rn. 41; kritisch *Barthel/Parafjanowicz*, AuA 2018, 86ff.; *Bauchhage-Hoffer*, SAE 2017, 73ff.; *Glatzel*, NZA-RR 2017, 131, 132; im Ergebnis offengelassen von *Hartmann*, EuZA 2017, 153, 183; *Schmidt*, ZESAR 2017, 125, 127f.

64 ZB. BAG, 16.5.2017 – 9 AZR 572/16 – AP Nr. 105 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 12.

65 Weiterführend für GmbH-Geschäftsführer *Eckhoff*, FS Moll, 2019, S. 103, 106ff.; *Gallner*, FS Moll, 2019, S. 133, 141ff., 143ff.; *Lunk*, FS Moll, 2019, S. 451, 458f.

66 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 18ff., 62ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-619/16 – NZA 2018, 1612 (Kreuziger), Rn. 27ff.; zustimmend *Buschmann*, AuR 2019, 236ff.; erläuternd *Franzen/Roth*, EuZA 2019, 143, 179f., 180f.; *Fuhlrott*, EWiR 2018, 725, 726; *ders./Garden*, GWR 2019, 337f.; *Gooren*, NZA-RR 2019, 12, 13; *Juncker*, öAT 2019, 5, 6f.; *Junker*, RIW 2019, 169, 174f.; *Marquardt/Radina*, ArbRB 2018, 220, 222; *Weberling*, NJ 2019, 56ff.; *Worzalla*, PuR 2019, 34ff.; *Schiefer*, PuR 2019, 175ff.; weiterführend *Arnold/Zeh*, NZA 2019, 1, 2f.; *Oberthür*, ArbRB 2019, 13, 14f. mit konkreten praktischen Vorschlägen; kritisch *Baßlsperger*, PersR 2/2019, 35ff.; *Lüderitz*, BB 2019, 320; *Wutte*, EuZA 2019, 222, 226ff.



Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer liegt nicht nur im individuellen Interesse, sondern auch im Interesse des Arbeitgebers und der Allgemeinheit.

Dem Neunten Senat des BAG ging es mit seinem Vorabentscheidungsersuchen auch um das Problem, ob Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie in seinen beiden Absätzen seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon eine bloße Konkretisierung des im Primärrecht des Art. 31 Abs. 2 GRC (Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Halbs. 2 EUV) verankerten Urlaubsanspruchs ist.<sup>67</sup> Eine solche Konkretisierung hat zur Folge, dass entgegenstehendes innerstaatliches Recht auch im Verhältnis zwischen Privaten nicht angewendet werden darf (sog. horizontale Direktwirkung).<sup>68</sup> Die Befristung des Urlaubsanspruchs nach § 7 Abs. 3 BUrlG hätte deshalb nicht angewandt werden dürfen, wenn die Norm nicht unionsrechtskonform hätte ausgelegt werden können.

Der EuGH hatte diese Frage bislang noch nicht beantwortet, weil den bisherigen Vorabentscheidungsersuchen Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche aus Bezugszeiträumen vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 zugrunde lagen.<sup>69</sup> Der EuGH hat in seinen früheren Entscheidungen stets betont, dass Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie selbst keine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten zukommt, wenn eine richtlinienkonforme Auslegung oder Fortbildung scheitert. Vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon blieb der Betroffene auf einen Staatshaftungsanspruch gegen den Mitgliedstaat wegen nicht ordnungsgemäßer Umsetzung der Arbeitszeitrichtlinie verwiesen.<sup>70</sup>

Der Gerichtshof kommt in den Sachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* sowie *Bauer und Willmeroth* zu dem Ergebnis, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub, wie er seit dem 1. Dezember 2009 in Art. 31 Abs. 2 GRC niedergelegt ist, nicht nur ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union ist, sondern ein vollwertiges soziales Grundrecht, das gegenüber privatrechtlich strukturierten Arbeitgebern unmittelbar wirkt.<sup>71</sup> Art. 31 Abs. 2 GRC ist nach Auffassung des EuGH zwingend.

Die Erläuterungen der GRC verweisen auf die RL 2003/88/EG. Art. 31 Abs. 2 GRC garantiert dem Arbeitnehmer aus Sicht des EuGH deshalb einen bezahlten Mindestjahresurlaub von vier Wochen. Die Normenverflechtung aus Art. 31 Abs. 2 GRC und Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie schützt auch den Urlaubsabgeltungsan-

spruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses, selbst wenn das Arbeitsverhältnis durch den Tod des Arbeitnehmers endet.<sup>72</sup> Entgegenstehendes nationales Recht darf ungeachtet einer langjährigen abweichenden innerstaatlichen Rechtsprechung nicht angewandt werden.

## 2. Bewertung

Ich halte die sich herausbildende Grundrechtsdogmatik des EuGH für konsistent. Folge des primärrechtlichen Anwendungsvorrangs der »wirklichen« Grundrechte der GRC ist es, dass nationales Recht, selbst Verfassungsrecht, auch im Privatrechtsverhältnis nicht anzuwenden ist. Das hat der EuGH im Ausgangspunkt in Fragen der Altersdiskriminierung, aber auch im Bereich des kirchlichen Selbstbestimmungsrechts in der Sache *Egenberger* und im *Chefarztfall IR*<sup>73</sup> sowie für den durch Art. 31

67 BAG, 13.12.2016 – 9 AZR 541/15 (A) – NZA 2017, 271, Rn. 10 ff.

68 Zu der Konkretisierung von Grundrechten durch eine Richtlinie weiterführend *Heuschmid*, AuR 2018, 265; dogmatisch kritisch *Baldus*, GPR 2018, 175 ff.; *Kainer*, NZA 2018, 894, 895 ff.; *Klein/Bustami*, ZESAR 2019, 18, 19 ff.; *Schlachter*, ZESAR 2019, 53, 55 ff.; dogmatisch ablehnend *Piekenbrock*, GPR 2019, 93, 95 ff.; *Wank*, RdA 2020, 1, 2 ff.

69 EuGH, 26.3.2015 – C-316/13 – NZA 2015, 1444 (Fenoll), Rn. 13, 44 ff.; EuGH, 24.1.2012 – C-282/10 – NZA 2012, 139 (Dominguez), Rn. 10.

70 EuGH, 26.3.2015 – C-316/13 – NZA 2015, 1444 (Fenoll), Rn. 48; *Biltgen*, NZA 2016, 1245, 1251.

71 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62 ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64 ff.; zustimmend *Buschmann*, AuR 2019, 236 ff.; a.A. *Rambach/Rambach*, ZTR 2018, 374; reines Sekundärrecht; *Wutte*, EuZA 2019, 222, 230 f.: »unmittelbare Herleitung aus Art. 31 Abs. 2 GRC rechtsstaatswidrig«; kritisch *Krimphove*, ArbRAktuell 2018, 295, 296 f.; *Lüderitz*, BB 2019, 320; *Sagan*, ZAS 2019, 211, 213; erläuternd *Franzen/Roth*, EuZA 2019, 143, 180 ff.; *Gooren*, NZA-RR 2019, 12, 13; *Junker*, RIW 2019, 169, 173 f., 175; weiterführend *Arnold/Zeh*, NZA 2019, 1, 2 f.

72 EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 35 ff. mwN.; BAG, 22.1.2019 – 9 AZR 45/16 – AP Nr. 107 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 10; BAG, 22.1.2019 – 9 AZR 328/16 – AP Nr. 110 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 17 ff.; BAG, 22.1.2019 – 9 AZR 149/17 – AP Nr. 109 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 11 ff.; BAG, 22.1.2019 – 9 AZR 10/17 – AP Nr. 108 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 11 ff.; zustimmend *Kamanabrou*, Anm. AP Nr. 107 zu § 7 BUrlG Abgeltung; *Sura*, EWiR 2019, 507, 508; erläuternd *Arnold/Zeh*, NZA 2019, 1, 3 ff.; *Benkert*, NJW-Spezial 2019, 434 f.; *Buschmann*, AuR 2019, 234 ff.; *Franzen/Roth*, EuZA 2019, 143, 177 f.; *Gruber/Bode*, ZMV 2019, 178 ff.; *Jacobs/Münder*, RdA 2019, 332 ff.; *dies.*, RdA 2020, 13 ff.; *Junker*, RIW 2019, 169, 173; *Oberthür*, ArbRB 2019, 13, 15; *Sura*, EuZA 2019, 350 ff.; *Vossen*, DB 2019, 1688; *Wypich*, EWiR 2019, 25, 26; ablehnend *Piekenbrock*, GPR 2019, 93, 95 ff.

73 Zum kirchlichen Selbstbestimmungsrecht in der Rechtsprechung des EuGH s. *Bieniek/Gundel*, FS Moll, 2019, S. 63, 68 ff.

Abs. 2 GRC geschützten Jahresurlaub und den Arbeitszeitschutz angenommen.<sup>74</sup>

Die Grundrechtsdogmatik der GRC ist nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch differenziert. Nicht jedes Recht der Charta führt dazu, dass entgegenstehendes nationales Recht nicht anzuwenden ist. Das hat der EuGH in der Sache *Association de médiation sociale* hervorgehoben. Dort ging es um das Unterrichts- und Anhörungsrecht des Art. 27 GRC und um die Unterrichtsrichtlinie 2002/14/EG. Der EuGH hat ein Konkretisierungsverhältnis mit dem Argument verneint, Art. 27 GRC verweise auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten.<sup>75</sup> Art. 16 GRC zB. enthält für die unternehmerische Freiheit mit Blick auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten eine identische Formulierung wie Art. 27 GRC.<sup>76</sup> Art. 52 Abs. 6 GRC regelt nur für Rechte der GRC, die auf nationales Recht verweisen, dass den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten, wie es in der GRC bestimmt ist, in vollem Umfang Rechnung zu tragen ist.

### 3. Rezeption durch das BAG

Das BAG hat die Entscheidung des EuGH in der Sache *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* mit Folgeurteilen rezipiert.<sup>77</sup> Danach erlischt der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub in der Regel nur dann am Ende des Kalenderjahres, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zuvor über seinen konkreten Urlaubsanspruch und die Verfallfristen belehrt und der Arbeitnehmer den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen hat.<sup>78</sup> Die Regelungen in § 7 Abs. 3 S. 1 iVm. Abs. 1 S. 1 BUrlG können richtlinienkonform ausgelegt werden. Dem Arbeitgeber ist es nach § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG vorbehalten, die zeitliche Lage des Urlaubs unter Berücksichtigung der Urlaubswünsche des Arbeitnehmers festzulegen. Die Vorschrift zwingt den Arbeitgeber nicht dazu, dem Arbeitnehmer von sich aus Urlaub zu gewähren. Dem Arbeitgeber obliegt mit Rücksicht auf Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie jedoch die Initiativlast für die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs. Die Initiativlast des Arbeitgebers aus § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG entfällt auch dann nicht, wenn der Arbeitnehmer berechtigt ist, den Urlaub ohne Zustimmung des Arbeitgebers zu nehmen.<sup>79</sup>

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Arbeitgeber gehalten, konkret und in völliger Transparenz dafür zu sorgen, dass der Arbeitnehmer tatsächlich in der Lage ist, den bezahlten Jahresurlaub zu nehmen. Es obliegt dem Arbeitgeber, den Arbeitnehmer erforderlichenfalls förmlich dazu aufzufordern. Der Arbeitgeber hat klar und rechtzeitig mitzuteilen, dass der Urlaub am Ende des Bezugs- oder Übertragungszeitraums verfallen wird, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht nimmt.<sup>80</sup> Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer insbesondere nicht mit Umständen konfrontieren, die ihn davon abhalten können, seinen Jahresurlaub zu nehmen.<sup>81</sup>

Der Arbeitgeber kann seine Obliegenheiten zB. dadurch erfüllen, dass er dem Arbeitnehmer zu Beginn des Kalenderjahres in Textform mitteilt, wie viele Arbeitstage Urlaub ihm im Kalenderjahr zustehen, ihn auffordert, seinen Urlaub so rechtzeitig zu beantragen, dass er im Urlaubsjahr genommen werden kann, und ihn über die Konsequenzen belehrt, die eintreten, wenn er den Urlaub nicht beantragt. Die Anforderungen an eine klare Unterrichtung sind regelmäßig durch den Hinweis erfüllt,

74 EuGH, 11.9.2018 – C-68/17 – NZA 2018, 1187 (IR), Rn. 67 ff.; kritisch dazu zB. *Berka*, DRdA 2019, 321 ff.; EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – NZA 2018, 569 (Egenberger), Rn. 70 ff.; EuGH, 19.4.2016 – C-441/14 – NZA 2016, 537 (Dansk Industri), Rn. 38 ff. mwN.; EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-365 (Kücükdeveci), Rn. 48; zu Reichweite und Grenzen der richtlinienkonformen Auslegung dagegen zB. EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62 ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64 ff.

75 EuGH, 15.1.2014 – C-176/12 – NZA 2014, 193 (*Association de médiation sociale*), Rn. 45 f.

76 BAG, 30.1.2019 – 10 AZR 299/18 (A) – AP Nr. 41 zu § 106 GewO, Rn. 107 ff.; in der Analyse ebenso *Morgenbrodt*, ZESAR 2017, 17, 22; weiterführend *Mohr*, NZA-Beil. 1/2019, 34 ff.

77 Den Rezeptionsurteilen des Neunten Senats aus dem ersten Quartal 2019 zustimmend *Bayreuther*, NZA 2019, 945 ff.; zu ihren Hintergründen und ihrem Fortentwicklungsbedarf im Einzelnen *Jacobs/Münder*, RdA 2019, 332 ff.; *dies.*, RdA 2020, 13 ff.

78 BAG, 21.5.2019 – 9 AZR 579/16 – AP Nr. 90 zu § 7 BUrlG, Rn. 60; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 541/15 – AP Nr. 84 zu § 7 BUrlG, Rn. 9 ff., 14 ff.; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 278/16 – juris, Rn. 11 ff.; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 321/16 – AP Nr. 85 zu § 7 BUrlG, Rn. 22 ff.; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 423/16 – AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG, Rn. 9 ff. (führend); zustimmend *Bayreuther*, NZA 2019, 945 ff.; erläuternd *Fuhlrott*, NZA-RR 2019, 511; *Weber*, DB 2019, 2247; *Wittek*, DB 2019, 2080; *Wypich*, EWiR 2019, 603, 604; *Zimmermann/Völkerding*, DB 2019, 2023.

79 BAG, 22.10.2019 – 9 AZR 98/19 – juris, Rn. 19.

80 BAG, 25.6.2019 – 9 AZR 546/17 – AP Nr. 112 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 16; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 541/15 – AP Nr. 84 zu § 7 BUrlG, Rn. 21; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 278/16 – juris, Rn. 25; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 321/16 – AP Nr. 85 zu § 7 BUrlG, Rn. 32; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 423/16 – AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG, Rn. 16 (führend).

81 EuGH, 29.11.2017 – C-214/16 – NZA 2017, 1591 (King), Rn. 37 ff. mwN.; BAG, 21.5.2019 – 9 AZR 579/16 – AP Nr. 90 zu § 7 BUrlG, Rn. 50.

dass der Urlaub grundsätzlich am Ende des Kalenderjahres verfällt, wenn der Arbeitnehmer in der Lage war, den Urlaub im Kalenderjahr zu nehmen, er ihn aber nicht beantragt.<sup>82</sup>

Abstrakte Angaben etwa im Arbeitsvertrag, in einem Merkblatt oder in einer Kollektivvereinbarung genügen den Anforderungen einer konkreten und transparenten Unterrichtung einerseits in der Regel nicht. Andererseits müssen die Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers nicht ständig aktualisiert werden. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls.<sup>83</sup>

In diesem Zusammenhang hat sich eine praktische Diskussion entwickelt. *Schewiola* schlägt einen doppelten Hinweis des Arbeitgebers zu Beginn des Urlaubsjahres und in seinem dritten Quartal vor, um der Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers für die erfüllte Obliegenheit zu genügen.<sup>84</sup> *Wutte* ordnet die vom EuGH angenommene Aufklärungspflicht innerstaatlich als Handlungspflicht aus der Fürsorgepflicht im Sinn einer »Urlaubssorgepflicht« ein. Wird die nach seiner Auffassung begründete Nebenpflicht schuldhaft verletzt, nimmt er im bestehenden Arbeitsverhältnis einen Schadensersatzanspruch auf der Grundlage von § 280 Abs. 1, § 241 Abs. 2 und § 249 Abs. 1 BGB an.<sup>85</sup> *Arnold/Zeh* bezweifeln, ob ein ausdrücklicher Hinweis des Arbeitgebers am Jahresende oder am Ende des Übertragungszeitraums notwendig ist. Der Verfall sei in deutschen Arbeitsverhältnissen Allgemeinwissen.<sup>86</sup>

Den größten Unsicherheiten dürfte der Neunte Senat die Spitze genommen haben, indem er es nicht beanstandet, wenn die Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers nicht ständig aktualisiert werden.

Erfüllt der Arbeitgeber seine Mitwirkungsobliegenheiten iSv. § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG nicht, ist der Urlaubsanspruch in der Regel nicht nach § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG an das Urlaubsjahr gebunden. Ein Übertragungsgrund nach § 7 Abs. 3 S. 2 BUrlG braucht nicht zu bestehen.<sup>87</sup> Die aus einem unionsrechtskonformen Verständnis von § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG folgenden Mitwirkungsobliegenheiten des Arbeitgebers bestehen fort, wenn der Arbeitgeber eine unwirksame Kündigung erklärt. Die Ungewissheit, die vor der rechtskräftigen Entscheidung über den Kündigungsschutzantrag besteht, steht dem nicht entgegen. Es kommt auf die objektive Rechtslage an. Der Arbeitgeber kann seine Mitwirkungsobliegenheiten in einem solchen Fall nur erfüllen, wenn er erklärt, dass er bereit sei, dem Arbeitneh-

mer auch im gekündigten Arbeitsverhältnis Urlaub zu gewähren.<sup>88</sup> Das BAG hat hinsichtlich der Mitwirkungsobliegenheiten angenommen, keinen nationalen Vertrauensschutz für Rechtsverhältnisse gewähren zu können, die vor dem Vorabentscheidungsersuchen begründet wurden.<sup>89</sup>

Die jüngeren urlaubsrechtlichen Rezeptionsentscheidungen des Neunten Senats in der Folge der EuGH-Rechtsachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*, *Kreuziger* sowie *Bauer und Willmeroth* machen erneut deutlich, wie herausfordernd es ist, den arbeitsschutzrechtlichen Ansatz des Unionsrechts mit der schuldrechtlichen deutschen Dogmatik in Einklang zu bringen.

## XI. Ergebnisse

1. Die Arbeitszeitrichtlinie konkretisiert und präzisiert Art. 31 GRC sowohl im Arbeitszeitrecht im engeren Sinn als auch im Urlaubsrecht. Damit verbinden Art. 31 GRC und die Arbeitszeitrichtlinie aus deutscher Sicht zwei verschiedene Regelungsgegenstände.
2. Um die Ziele des Schutzes der Sicherheit und der Gesundheit der Arbeitnehmer zu erreichen, macht die Arbeitszeitrichtlinie verschiedene Vorgaben: ua. tägliche Mindestruhezeiten von elf zusammenhängenden Stunden pro 24-Stunden-Zeitraum (Art. 3), wöchentliche Mindestruhezeiten von 24 Stunden pro Siebentageszeitraum (Art. 5), eine jährliche Mindestruhezeit in Form eines vierwöchigen Jahresurlaubs (Art. 7) und eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden

<sup>82</sup> BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 541/15 – AP Nr. 84 zu § 7 BUrlG, Rn. 43; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 278/16 – juris, Rn. 41; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 321/16 – AP Nr. 85 zu § 7 BUrlG, Rn. 47; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 423/16 – AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG, Rn. 41 (führend).

<sup>83</sup> BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 541/15 – AP Nr. 84 zu § 7 BUrlG, Rn. 44; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 278/16 – juris, Rn. 42; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 321/16 – AP Nr. 85 zu § 7 BUrlG, Rn. 48; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 423/16 – AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG, Rn. 42 (führend).

<sup>84</sup> *Schewiola*, ArbRB 2019, 67; zu der Problematik auch *Klenter*, PersR 3/2019, 35 ff.; *Kühl*, SPA 2019, 17 f.

<sup>85</sup> *Wutte*, EuZA 2019, 222, 231 f.

<sup>86</sup> *Arnold/Zeh*, NZA 2019, 1, 3.

<sup>87</sup> BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 423/16 – AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG, Rn. 23.

<sup>88</sup> BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 321/16 – AP Nr. 85 zu § 7 BUrlG, Rn. 56.

<sup>89</sup> BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 423/16 – AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG, Rn. 29 ff. mit Bezug auf BVerfG, 10.12.2014 – 2 BvR 1549/07 – NZA 2015, 375, Rn. 27 f., 40.

- einschließlich der Überstunden (Art. 6 lit. b). Über diese Bestimmungen wird Art. 31 GRC umgesetzt.
3. Bei beidem – dem Arbeitszeitrecht im engeren Sinn und dem Urlaubsrecht – handelt es sich unionsrechtlich betrachtet um Arbeitszeitrecht im weiteren Sinn zum Zweck des Gesundheits- und Sicherheitsschutzes. Der Jahresurlaub ist nach diesem Verständnis die jährliche Mindestruhezeit.
  4. Arbeitszeitrecht ist auch nach deutscher Betrachtung öffentlich-rechtliches Gefahrenabwehrrecht zum Schutz der Arbeitnehmer, der Gesellschaft und der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Sozialversicherungssysteme. Urlaubsrecht ist nach der hM. im langjährigen deutschen Verständnis demgegenüber reines, wenn auch hinsichtlich des Mindesturlaubs zwingendes Privatrecht.
  5. Die privatrechtliche Einordnung des deutschen Urlaubsrechts führt mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH zu Rezeptionsschwierigkeiten. Die unionale und die deutsche Gedankenwelt nähern sich in der Rezeption der Urlaubsrechtsprechung des EuGH durch das BAG jedoch zunehmend an.
  6. Für die Arbeitszeitrichtlinie zieht der EuGH den weiten Arbeitnehmerbegriff des Art. 45 AEUV heran. Er erfasst neben Arbeitnehmern im deutschen Sinn auch Beamte und GmbH-Fremdgeschäftsführer sowie Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer ohne bestimmenden Einfluss im Unterordnungsverhältnis.
  7. Der EuGH hat den Grundrechtscharakter der von Art. 31 Abs. 2 GRC verliehenen Rechte in den Sachen *CCOO*, *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* sowie *Bauer und Willmeroth* unmissverständlich benannt.<sup>90</sup> Damit hat er die unmittelbare Wirkung der Grundrechte auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf Mindestruhezeiten – nicht nur auf bezahlten Jahresurlaub – auch gegenüber privaten Arbeitgebern anerkannt.
  8. Das bedeutet nach meiner Auffassung wegen des Spielraums der Mitgliedstaaten für die Modalitäten des Hilfsmittels eines den Arbeitgebern vorzugebenden allgemeinen Arbeitszeiterfassungssystems allerdings nicht, dass nationale Vorschriften, die bisher kein System zur Messung aller Arbeitszeiten vorsehen, nicht angewendet werden dürfen.<sup>91</sup>
  9. Der EuGH nimmt die Mitgliedstaaten auf der Grundlage von Art. 4 Abs. 3 EUV und Art. 3, Art. 5 und Art. 6 lit. b der Arbeitszeitrichtlinie dennoch deutlich in die Pflicht. Sie müssen alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um das Ziel zu erreichen, einen wirksamen Arbeitsschutz und die praktische Wirksamkeit der Richtlinie sicherzustellen.<sup>92</sup>
  10. § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG kann aus meiner Sicht vor einer gesetzlichen Neuregelung gleichwohl nicht dahin extensiv auslegt oder fortgebildet werden, dass alle Arbeitszeiten aufgezeichnet werden müssen, nicht nur die über die werktägliche Regelhöchstleistungszeit von acht Stunden hinausgehenden Arbeitszeiten. Dem stehen der Wortlaut und der Zweck des § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG entgegen.
  11. Die Arbeitszeitrichtlinie regelt mit Ausnahme des Art. 7 für den bezahlten Jahresurlaub unmittelbar keine Fragen der Vergütungshöhe. Das ist aufgrund der Kompetenzbegrenzung in Art. 153 Abs. 5 AEUV geboten. Art. 153 Abs. 2 S. 1 lit. a iVm. Abs. 1 lit. a und lit. b AEUV verleiht Rat und Parlament nur eine Kompetenz für Regelungen zur Verbesserung insbesondere der Arbeitsumwelt zum Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Arbeitnehmer und für die Gestaltung der Arbeitsbedingungen.<sup>93</sup>
  12. Der EuGH hat in den Sachen *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften* sowie *Bauer und Willmeroth* klargestellt, dass Art. 7 der Arbeitszeitrichtlinie Art. 31 Abs. 2 GRC konkretisiert. Der von Art. 31 Abs. 2 GRC geschützte bezahlte Jahresurlaub ist damit nicht nur ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Union, sondern ein vollwertiges soziales Grundrecht, das gegenüber privaten Arbeitgebern unmittelbar wirkt.<sup>94</sup>
  13. Seit einiger Zeit wurde im deutschen Rechtsraum die Frage gestellt, ob der Arbeitgeber auch dann Urlaub gewähren muss, wenn der Arbeitnehmer ihn nicht beantragt hat. Es handelt sich – pathetisch formuliert –

90 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 56; EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62 ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64 ff.

91 Zu dem Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 42, 63.

92 EuGH, 14.5.2019 – C-55/18 – NZA 2019, 683 (CCOO), Rn. 41, 68 ff.

93 EuGH, 21.2.2018 – C-518/15 – NZA 2018, 293 (Matzak), Rn. 24, 48 ff.; EuGH, 26.7.2017 – C-175/16 – NZA 2017, 1113 (Hälvä ua.), Rn. 25.

94 EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften), Rn. 62 ff.; EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 64 ff.

um die Gretchenfrage auf der Schnittstelle zwischen dem unionsrechtlichen arbeitsschutzrechtlich geprägten Urlaubsverständnis und der privatrechtlichen deutschen Vorstellungswelt.

14. Der EuGH hat zu Recht angenommen, dass Urlaubs(-abgeltungs)ansprüche bei fehlendem Urlaubsantrag nur untergehen können, wenn der Arbeitnehmer als schwächere Partei des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber tatsächlich in die Lage versetzt wird, die Urlaubstage rechtzeitig zu nehmen.

15. Diese Rechtsprechung hat der Neunte Senat des BAG auf den privatrechtlichen Grundlagen der Regelungen in § 7 Abs. 3 S. 1 iVm. Abs. 1 S. 1 BUrlG überzeugend rezipiert.<sup>95</sup>

---

<sup>95</sup> BAG, 21.5.2019 – 9 AZR 579/16 – AP Nr. 90 zu § 7 BUrlG, Rn. 60; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 541/15 – AP Nr. 84 zu § 7 BUrlG, Rn. 9 ff., 14 ff.; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 278/16 – juris, Rn. 11 ff.; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 321/16 – AP Nr. 85 zu § 7 BUrlG, Rn. 22 ff.; BAG, 19.2.2019 – 9 AZR 423/16 – AP Nr. 83 zu § 7 BUrlG, Rn. 9 ff. (führend).

# Zum Rechtscharakter der Betriebsrente – historische Entwicklung und aktueller Stand

Dr. Bertram Zwanziger, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht

## I. Vorbemerkung

Betriebliche Altersversorgung ist ein Rechtsgebiet des Arbeitsrechts, das sich in das restliche Arbeitsrecht manchmal etwas sperrig einfügt. Das hat viel mit dem Gegenstand an sich und der Frage zu tun, was eigentlich der Rechtscharakter der betrieblichen Altersversorgung ist. Um diese Frage soll es nachfolgend gehen.

## II. Zwischen Entgelt- und Fürsorge-/Versorgungstheorie

### 1. Allgemeines

Traditionell wird diskutiert,<sup>1</sup> ob sich betriebliche Altersversorgung als Arbeitsentgelt für geleistete Arbeit oder als Fürsorge- bzw. Versorgungsleistung darstellt. Je nach Standpunkt, möglicherweise auch Rechtsproblem, wird dann auf die eine oder die andere Lösung abgestellt. Dies hat einen historischen Vorlauf, der auch mit den Epochen der Rechtsentwicklung zusammenhängt. Er soll anhand ausgewählter gerichtlicher Entscheidungen nachfolgend dargestellt werden.

### 2. Entwicklung bis zum Betriebsrentengesetz<sup>2</sup>

#### a) Entwicklung bis zum Nationalsozialismus

Früh finden sich in der Rechtsprechung Aussagen dazu, dass es sich bei Betriebsrenten um Entlohnung geleisteter Verdienste, also um Arbeitsentgelt handelt. Sie erfolgten in Abgrenzung zur Schenkung – sogar dann, wenn eine Versorgungszusage rückwirkend erteilt wurde, was als rückwirkende Lohnerrhöhung angesehen wurde –<sup>3</sup> oder zur Leibrente.<sup>4</sup> Bedeutung hatte dies deswegen, weil Versorgungsversprechen nicht den Formvorschriften des § 518 BGB – notarielle Beurkundung für Schenkung – und des § 761 BGB – Schriftform für Leibrente – unterlagen.

Mit einer konsequenten dogmatischen Einordnung hatte dies allerdings nichts zu tun, denn aus dieser Erkenntnis wurden nicht die folgerichtigen Konsequenzen gezogen.<sup>5</sup> So wurden die unter der Konkursordnung bestehenden Vorrechte für »Lohn [...] oder andere Dienstbezüge« nicht auf Betriebsrenten angewandt. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1931<sup>6</sup> lehnte das RAG dies mit dem Argument ab, die maßgebliche Regelung des § 61 Nr. 1 KO setze eine unmittelbare Austauschbeziehung voraus. Es hat dabei darauf abgestellt, Betriebsrentner könnten ihre Forderungen schnell durchsetzen, ohne auf ihren Arbeitsplatz Rücksicht nehmen zu müssen. Zudem seien Betriebsrentenansprüche für sonstige Gläubiger schwerer erkennbar als Arbeitsentgeltansprüche der Arbeitnehmer. Das war zwar bei Annahme eines Entgeltcharakters betrieblicher Altersversorgung inkonsequent, jedoch sind letztlich rein konkursrechtliche Argumente angeführt worden, die sich auch mit der Annahme eines Entgeltcharakters vereinbaren lassen.

Schon schwerer mit dem Entgeltcharakter zu vereinbaren ist die unbegrenzte Verfallbarkeit des Ruhegeldes bzw. seine freie Widerruflichkeit. Eine solche hat das RAG mit dem Argument bejaht, dies folge aus dem Grundsatz der Vertragsfreiheit.<sup>7</sup> Bei Zugrundelegung eines Entgeltcharakters ist dies schwer vertretbar, denn vereinbartes und

<sup>1</sup> Dazu nur *Rolfs*, in: *Blomeyer/Rolfs/Otto* (Hrsg.), *Betriebsrentengesetz*, 7. Aufl., München 2018, Einl. Rn. 25 ff.

<sup>2</sup> Das Thema wurde zu erheblichen Teilen aufgearbeitet bei *Wiedemann*, *Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung unter besonderer Berücksichtigung des Arbeitsrechts* (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Diss. 1990); nachfolgend werden nicht alle höchstrichterlichen Entscheidungen dargestellt, sondern nur solche, die weichenstellend sind.

<sup>3</sup> RG, 10.1.1911 – III 625/09 – RGZ 75, 325.

<sup>4</sup> RG, 29.11.1918 – Rep. III 277/18 – RGZ 94, 157.

<sup>5</sup> *Wiedemann*, *Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung* (Fn. 2), S. 179.

<sup>6</sup> RAG, 21.11.1931 – RAG 284/31 – Benschlgl/ARS 13 Abt. I, S. 321.

<sup>7</sup> RAG, 18.6.1930 – RAG 579/29 – Benschlgl/ARS 9 Abt. I, S. 359.

bereits verdientes Arbeitsentgelt sind normalerweise nicht nach Belieben entziehbar.<sup>8</sup>

## b) Entwicklung während des Nationalsozialismus

### (1) Allgemeine Entwicklung

Zu Zeiten der NS-Herrschaft wurde das Verständnis von Betriebsrenten von § 2 Abs. 2 des Gesetzes zur Organisation der nationalen Arbeit (AOG) geprägt. Diese Vorschrift sah im Arbeitsverhältnis eine Fürsorgepflicht des »Betriebsführers« – er hatte »für das Wohl der Gefolgschaft zu sorgen« – und eine Treuepflicht der »Gefolgschaft« vor. Betriebliche Altersversorgung wurde in der juristischen Diskussion – wie sogar das klassische Arbeitsentgelt – als Ausfluss des Fürsorgegedankens eingeordnet.<sup>9</sup>

Im Bereich des Betriebsrentenrechts machte das LAG Dortmund den Anfang für eine dahingehende Annahme. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1937<sup>10</sup> nahm es an, betriebliche Altersversorgung sei nicht Entgelt, sondern Ausfluss der Treue- und Fürsorgepflicht des Unternehmers. Darauf könne zwar der Anspruch für sich nicht gestützt werden, wohl aber in Zusammenhang mit weiteren Umständen wie einer Üblichkeit im Unternehmen. Den Anspruch hat es im konkreten Fall dann angemessen wegen vorzeitigen Ausscheidens gekürzt.

Bezug genommen ist in der Entscheidung ein Aufsatz von *Denecke*<sup>11</sup>, in dem bereits die entsprechende Auffassung vertreten wurde. *Denecke* war zu dieser Zeit Vorsitzender des LAG Dortmund<sup>12</sup> und hat sich sehr wahrscheinlich selbst zitiert. Die Auffassung konnte sich stützen auf frühe Ausführungen *Deneckes*<sup>13</sup>, in denen er sich für den Charakter des Arbeitsverhältnisses als personenrechtliches Rechtsverhältnis eingesetzt hatte. *Denecke* lag daher ganz allgemein auf der Linie der neuen Zeit. Er wurde dann ab 21. September 1938 Hilfsrichter und ab 1. Mai 1939 Reichgerichtsrat im RG und war bis Kriegsende dort tätig, auch im RAG, das ja seinerzeit ein Senat des RG war<sup>14</sup>. Aufgrund einer Sonderregelung im Arbeitsgerichtsgesetz über die Altersgrenze konnte *Denecke* dann noch einige Zeit am BAG tätig sein. Er wurde am 28. Mai 1954 ernannt und schied mit Ablauf des 31. Dezember 1956 aus. Beim BAG konnte er die neuen Bundesrichter über die Arbeitsweise des RAG aufklären, insbesondere darüber, dass dort nicht allzu viel Wesens um Theorien und andere Auffassungen gemacht, dafür aber mehr Fälle erledigt wurden.<sup>15</sup>

In der Revisionsentscheidung zu der Entscheidung des LAG Dortmund folgte das RAG als Revisionsinstanz dem Ansatz des LAG nicht.<sup>16</sup> Es sah für das Arbeitsverhältnis einen schuldrechtlichen Entstehungsgrund für Forderungen, der »überwiegend von der Gemeinschaftsseite her zu bestimmen sei«. Die Fürsorgepflicht könne nur dann Anspruchsgrundlage sein, wenn schon eine konkrete Ordnung entstanden sei, zB. durch eine tatsächliche Handhabung. Damit wurde also praktisch die betriebliche Übung erfunden.<sup>17</sup>

In späteren Entscheidungen von Oktober 1940 und November 1941 sah aber auch das RAG betriebliche Altersversorgung »nach heutiger Auffassung« als Ausfluss der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers an. Darauf stützte es die Annahme, es liege keine Schenkung vor, auch wenn jungen Angestellten mit kurzer Dienstzeit eine Zusage erteilt werde.<sup>18</sup> Ebenso stützte es darauf die Ansicht, Widerrufsvorbehalte in Versorgungszusagen könnten – soweit keine klare Aussage für das Gegenteil vorliege – nur als Vorbehalt eines begründeten Widerrufs durch den Arbeitgeber ausgelegt werden. Damit könne die Versorgungszusage an die Leistungsfähigkeit des Arbeitgebers angepasst werden.<sup>19</sup>

### (2) Judenverfolgung

Unter dem Nationalsozialismus fand Judenverfolgung auf jedem Rechtsgebiet statt, auch im Bereich der Betriebsren-

8 Eine Erkenntnis, die in dieser Allgemeinheit allerdings erst in neuerer Zeit ausgesprochen wurde: BAG, 5.7.2011 – 1 AZR 94/10 – AP Nr. 139 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung, Rn. 28 ff.; BAG, 18.1.2012 – 10 AZR 612/10 – AP Nr. 292 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 27.

9 *Wiedemann*, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung (Fn. 2), S. 181 f.

10 LAG Dortmund, 22.6.1937 – 12 Sa 152/36 – BenschSlg/ARS 30 Abt. II, S. 44.

11 *Denecke*, DAR 1937, 74.

12 *Neumann*, FS Verlag C.H. Beck, 1988, S. 243.

13 *Denecke*, DAR 1934, 219; dazu der Hinweis bei *Wiedemann*, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung (Fn. 2), S. 182.

14 Dazu nur *Dörner*, in: Bader/Dörner/Mikosch ua. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Arbeitsgerichtsgesetz, Stand: November 2019, München 2019, Einf. Rn. 17.

15 Zu *Denecke*: *Neumann*, FS Verlag C.H. Beck, 1988, S. 243, 246; die Angabe bei *Wiedemann*, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung (Fn. 2), S. 182 Fn. 35, *Denecke* sei Richter am BGH gewesen, ist nicht richtig.

16 RAG, 19.1.1938 – RAG 153/37 – BenschSlg/ARS 33 Abt. I, S. 172.

17 Heute stützt das BAG dieselbe Rechtsfolge auf das Vertragsrecht des BGB: ausführlich BAG, 28.6.2006 – 10 AZR 385/05 – AP Nr. 74 zu § 242 BGB Betriebliche Übung.

18 RAG, 2.10.1940 – RAG 52/40 – BenschSlg/ARS 40 Abt. I, S. 321.

19 RAG, 4.11.1941 – RAG 72/41 – BenschSlg/ARS 43 Abt. I, S. 148.

te. Nach der Reichspogromnacht am 9. November 1938 erging am 12. November 1938 die »Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben«. <sup>20</sup> Sie sah in § 2 Abs. 2 vor, dass jüdische leitende Angestellte mit einer Frist von sechs Wochen gekündigt werden können. Damit erloschen nach der Regelung alle Ansprüche aus dem gekündigten Vertrag, insbesondere auch Versorgungsansprüche. Interessierte Arbeitgeber stellten die Frage zur gerichtlichen Entscheidung, ob dies nicht zum Verlust der Versorgungsrechte aller ehemaligen jüdischen Arbeitnehmer oder wenigstens ehemaligen leitenden Angestellten führen müsse und zwar auch dann, wenn sie bereits vor dem Inkrafttreten der Verordnung ausgeschieden waren. In einer hier beispielhaft anzuführenden typischen Entscheidung aus Januar 1940 <sup>21</sup> lehnte das RAG einen Entzug der Versorgungsrechte ohne ausdrückliche gesetzliche Anordnung ab. Es erklärte es aber als fraglich, ob nicht der Treuegedanke eine derartige Entziehung rechtfertige. Das Gericht stellte dann aber entscheidend darauf ab, dass Juden, soweit gesetzlich nichts anders vorgesehen war, weiter am Rechtsverkehr teilnehmen und ihnen deshalb auch die vertraglich ausbedungene Vergütung für frühere Dienstleistungen zustehe. Im Einzelfall käme eine Herabsetzung der Rente wegen eventueller ungerechtfertigter Vorteile in Betracht. Die Rechtsprechung müsse die Lösung im Einzelfall finden. Es sei vom »von der nationalsozialistischen Weltanschauung geläuterten Rechtsempfinden« einerseits und dem Grundsatz der Vertragstreue andererseits auszugehen.

Man mag dies als eine zurückhaltende Mittellösung ansehen. In der Tat ist die Ansicht vertreten worden, eine andere Rechtsprechung wäre seinerzeit vom Gesetzgeber ohnehin nicht hingenommen worden. <sup>22</sup> Die entscheidenden Richter mögen dies ähnlich beurteilt haben. Aber letztlich kam die ganze »Rechtsfrage« nur auf, weil im seinerzeit nationalsozialistischen Deutschland der menschenverachtende Antisemitismus schon das Dasein von Juden zum Rechtsproblem erklärt hat. An der Entwicklung von der Entrechtung bis zum Holocaust änderte auch die »moderate« Rechtsprechung des RAG nichts. Sie stützte vielmehr das dieser Entwicklung zugrundeliegende Gedankengebäude.

Bezogen auf den Rechtscharakter der betrieblichen Altersversorgung wurde in diesen Entscheidungen das Ruhegeld mit dem »Treue-«, also Fürsorgegedanken einerseits und dem Entgeltgedanken andererseits in Verbin-

dung gebracht. Damit wurde ihm im Ergebnis ein Doppelcharakter zugesprochen. Das hat das RAG in einer im zeitlichen und sachlichen Zusammenhang mit der angeführten Entscheidung stehenden anderen Entscheidung auch ausdrücklich so formuliert: Ruhegeld sei nach »neuerer Auffassung zwar auch als die nachträgliche Vergütung für früher geleistete Dienste, aber zugleich als ein Ausfluss der Treue und Fürsorgepflicht nach § 2 Abs. 2 AOG anzusehen«. <sup>23</sup>

### (3) Zeitlicher Ablauf

Es fällt auf, dass die Entscheidung zur Rechtsposition jüdischer Betriebsrentner, in der der Betriebsrente ein Doppelcharakter zwischen Entgelt- und Fürsorgecharakter zugesprochen wurde, zeitlich zwischen der alten Rechtsprechung und dem vollständigen Umstellen auf die Herleitung aus der Fürsorgepflicht liegt. Vorher gab es eine nicht ganz eindeutige Andeutung der vollständigen Umstellung. Diese betraf einen Fall, in dem die Witwe des Bürovorstehers einer Anwaltskanzlei Hinterbliebenenversorgung geltend machte. Dieser war über Jahrzehnte für eine Kanzlei tätig gewesen. Der jetzige Inhaber war einem Anwalt nachgefolgt, der im Juni 1933 aus der Kanzlei ausgeschied, um ins Ausland auszuwandern (!). Das Arbeitsverhältnis des Bürovorstehers endete mit dem Jahr 1933. Das RAG wandte noch das Recht vor dem AOG an, erklärte aber auch dafür den Treuegedanken für einschlägig und sprach die Hinterbliebenenrente zu. Grund war, dass der Kanzleiübernehmer vorbehaltlos sowohl dem Kanzleivorsteher als auch nach dessen Ableben seiner Witwe Ruhegeld gezahlt hatte und es zudem einzelne Äußerungen gab, die auf einen Verpflichtungswillen hindeuteten. Dies hat das RAG dann vor dem Hintergrund der langen Tätigkeit für die Begründung eines Anspruchs ausreichen lassen und zwar wegen des Rechtscharakters des Ruhegeldes als »Entgelt für geleistete Dienste oder nach der neueren Auffassung [...] Ausfluss der Treue und Fürsorge-

<sup>20</sup> RGBl. I, S. 1580.

<sup>21</sup> RAG, 9.1.1940 – RAG 207/39 – DR 1940, 876; eine mehr ins Einzelne gehende Analyse verschiedener Entscheidungen findet sich bei *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 8. Aufl., Tübingen 2017, S. 224 ff.

<sup>22</sup> *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung (Fn. 21), S. 235; zustimmend *Wiedemann*, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung (Fn. 2), S. 204.

<sup>23</sup> RAG, 9.1.1940 – RAG 261/39 – BenschlG/ARS 39 Abt. I, S. 25; in der Entscheidung kam dies dem Kläger aber nicht zugute, weil das RAG wegen gelegentlich geleisteter Dienste das bestehende Rechtsverhältnis als Arbeitsverhältnis ansah, das – vorausgesetzt es habe sich um einen leitenden Angestellten gehandelt – nach der Verordnung vom 12.11.1938 gekündigt werden konnte.



pflicht des Unternehmers«. <sup>24</sup> Das hätte man so auffassen können, dass nach der neueren Auffassung, also unter Geltung des AOG, nur noch vom Rechtscharakter der Betriebsrente als Fürsorgeleistung auszugehen sei.

Es gibt also einen konsequenten Weg hin zur reinen Lehre nach dem AOG. Dieser umfasste jedoch Zwischenschritte. Dass es diese Zwischenschritt gab, führte dazu, dass das RAG, unter Hinweis auf den Entgeltcharakter der Betriebsrente, jüdische Versorgungsempfänger nicht völlig rechtlos stellte. An seinen diesbezüglichen rechtlichen Vorgaben hielt es auch noch im August 1941 fest. <sup>25</sup> Auch nach der Charakterisierung der Betriebsrente im Oktober 1940 als aus dem Fürsorgegedanken folgend verwies es weiter auf seine Rechtsprechung hinsichtlich der Entziehung von Betriebsrenten bei schon vor der Verordnung vom 12. November 1938 ausgeschiedenen jüdischen Arbeitnehmern. Dem Kläger in dem Verfahren half das nichts: Es ging nur um den Teil einer Betriebsrente hinsichtlich derer der Arbeitgeber sich einen Widerruf vorbehalten hatte. Das RAG verlangte Gründe für einen Widerruf und sah diese in der zwischenzeitlichen »rassepolitischen Entwicklung«, also in der Tatsache, dass der Kläger Jude war.

Allerdings hatte das RAG hierfür ein »Argument«. Der seinerzeitige Gesetzgeber hatte nämlich in Wirklichkeit »eingegriffen«. Nach § 2 Abs. 1 der »Verordnung über die Nachprüfung von Entjudungsgeschäften« vom 10. Juni 1940 <sup>26</sup> iVm. § 2 Abs. 1 der dazu ergangenen Durchführungsverordnung vom 14. November 1940 <sup>27</sup> konnte nämlich hinsichtlich der Ansprüche der noch aus einem Arbeitsverhältnis ausgeschiedenen leitenden Angestellten sowohl vom Schuldner als auch vom Reichswirtschaftsministerium eine beim Reichswirtschaftsgericht errichtete Schiedsstelle angerufen werden. Nach § 2 Abs. 2 S. 1 der erstgenannten Verordnung konnte die Schiedsstelle dann, wenn der einen »erheblichen Vorteil« erlangt hatte, diesem zugunsten des Reiches eine Ausgleichszahlung auferlegen, soweit dies »unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht«. Das gab dem RAG die Möglichkeit anzunehmen, es sei nunmehr ausdrücklich anerkannt, dass Ansprüche der vor Erlass der »Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben« entlassenen Angestellten im Grundsatz bestätigt wurden.

Nach § 2 Abs. 2 S. 2 iVm. § 1 der »Verordnung über die Nachprüfung von Entjudungsgeschäften« konnte eine Ausgleichsabgabe zugunsten des Reichs unter den in § 2

Abs. 2 S. 1 genannten Voraussetzungen ebenso festgesetzt werden, wenn nach der »Verordnung zur Ausschaltung der Juden aus dem deutschen Wirtschaftsleben« einem jüdischen leitenden Angestellten gekündigt worden war. Zuständig waren nach § 1 der genannten Durchführungsverordnung die Behörden, zu deren Aufgabenbereich der »Einsatz« des jüdischen Vermögens gehörte. <sup>28</sup> Letztlich ging es also darum, den wirtschaftlichen Wert auch von Rechten auf betriebliche Altersversorgung einem Raubzug zugunsten des NS-Staates zu unterwerfen.

Die auf dem Tiefpunkt der arbeitsrechtlichen Entwicklung erlassene »Verordnung zur Durchführung der Verordnung über die Beschäftigung von Juden« vom 31. Oktober 1941 <sup>29</sup> verbot »nur« den Neuabschluss von Vereinbarungen über die betriebliche Altersversorgung (§ 7), ließ also ihrem Wortlaut nach bestehende Vereinbarungen unberührt. Sie sah in § 10 für Streitigkeiten ein nur aus einer Instanz bestehendes Spruchstellenverfahren vor. Die Verordnung galt nur für »Beschäftigte«. Ein »Beschäftigungsverhältnis eigener Art« galt für Juden, »die in Arbeit eingesetzt sind«. Das war in der »Verordnung über die Beschäftigung von Juden« vom 3. Oktober 1941 angeordnet. <sup>30</sup> Rein technisch galt diese Entrechtung also nicht für Juden, die noch aus einem Arbeitsverhältnis ausgeschieden waren und Betriebsrente bezogen. Für die vergleichbare Regelung in einer Anordnung eines Treuhänders der Arbeit hat dies das RAG sogar angenommen. <sup>31</sup>

### c) Entwicklung nach Ende des Nationalsozialismus bis zum Betriebsrentengesetz

#### (1) Rechtsprechung des BGH

Der BGH hat in einem Urteil zur Bilanzierungspflicht von Betriebsrentenanwartschaften eine solche nach dem im Jahre 1961 geltenden Recht abgelehnt mit der Begründung, Betriebsrentenanwartschaften stellten kein einbe-

<sup>24</sup> RAG, 21.11.1939 – RAG 35/39 – BenschSlg/ARS 37 Abt. I, S. 329.

<sup>25</sup> RAG, 19.8.1941 – RAG 49/41 – BenschSlg/ARS 43 Abt. I, S. 46.

<sup>26</sup> RGBl. I, S. 891.

<sup>27</sup> RGBl. I, S. 1520.

<sup>28</sup> Dazu insbesondere die »Verordnung über den Einsatz jüdischen Vermögens« vom 3.12.1938, RGBl. I, S. 1709; ein solcher »Einsatz« war allerdings bereits in § 7 der »Verordnung über die Anmeldung des Vermögens von Juden« vom 26.4.1938 – lange vor der Reichspogromnacht – vorgesehen, RGBl. I, S. 414.

<sup>29</sup> RGBl. I, S. 681.

<sup>30</sup> RGBl. I, S. 675.

<sup>31</sup> RAG, 22.4.1941 – RAG 197/40 – BenschSlg/ARS 42 Abt. I, S. 75.

haltenes Arbeitsentgelt dar. Denn dann, wenn durch den Tod des Berechtigten kein Versorgungsfall eintrete, müssten sie nicht nachgezahlt werden. Zudem hat er ergänzend auf den Fürsorgecharakter der Zusage und die damit verbundene erleichterte Lösung von Zusagen verwiesen.<sup>32</sup> Auf derselben Linie liegt die im Jahre 1968 getroffene Aussage, eine Ruhegeldzusage greife in der Regel nur, wenn der Berechtigte den Versorgungsfall noch in Diensten der Verpflichteten erlebe, denn der Fürsorgegedanke greife nur in diesem Fall. Zudem könne der Berechtigte nach Ausscheiden anderweitige Versorgungsansprüche erwerben.<sup>33</sup> Demgegenüber hat der BGH dann, wenn die Pensionszusage reinen Entgeltcharakter hat, also ihren wesentlichen Grund darin findet, dass eine Partei bereit ist, ihre Arbeitskraft der anderen zur Verfügung zu stellen, diesen Entgeltcharakter in den Vordergrund gestellt. Eine derartige Situation hat er angenommen, wenn die Zusage nicht einseitig erteilt, sondern – wie bei Organmitgliedern – auf gleicher Ebene ausgehandelt ist. Soweit daher die Gegenleistung schon erbracht sei, könne der Pensionsanspruch nicht allein deswegen entzogen werden, weil sich der Versorgungsberechtigte vertragswidrig verhalte.<sup>34</sup>

## (2) Rechtsprechung des BAG

### i. Entwicklung bis 1972

Auch das BAG lehnte die Anwendung von Schenkungsrecht auf Betriebsrentenzusagen ab und begründete dies damit, diese seien Ausfluss der Fürsorgepflicht; es wurde dahingestellt gelassen, ob sie noch eine unmittelbare Beziehung als Gegenleistung zu früheren Diensten in sich tragen.<sup>35</sup> Damit steht § 534 BGB, der den Widerruf einer Schenkung ausschließt, wenn diese auf einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht beruht, der Berufung des Versorgungsverpflichteten darauf nicht entgegen, dass die Forderung der Betriebsrente gegen § 242 BGB verstößt.

Im Zusammenhang mit einem Verlangen nach Erhöhung der Betriebsrente hat das BAG ausgesprochen, dass allenfalls die Festlegung der Rentenhöhe bei Eintritt des Versorgungsfalles in einem unmittelbaren Zusammenhang mit früheren, insbesondere langjährigen Diensten stehe, nicht aber die einzelne Zahlung. Diese stehe nicht in einem unmittelbaren Austauschverhältnis zu einer Gegenleistung. Bei der Prüfung der Störung der Geschäftsgrundlage hat es deshalb auf die Rentenhöhe bei der Zahlung abgestellt.<sup>36</sup>

Eine Regelung, mit der bei der BVG weibliche Arbeitnehmer, die mit männlichen BVG'ern verheiratet waren, aus dem Versorgungswerk ausgeschlossen wurden, hielt das BAG für gleichheitswidrig, weil Ruhegehaltszusagen Lohn gleichzustellen seien und die Frauen genauso arbeiten würden, wie ihre männlichen Kollegen.<sup>37</sup>

Mit dem neben dem Versorgungscharakter bestehenden Entgeltcharakter der Betriebsrente hat das BAG begründet, dass eine einmal gewährte Betriebsrente nicht durch Anrechnung der steigenden Sozialversicherungsrente innerlich ausgezehrt werden darf. Dies war ein Problem, das nach der Rentenreform 1957 entstand.<sup>38</sup>

Anders als noch das RAG billigte das BAG die für Lohn und andere Dienstbezüge geltenden Konkursvorrechte auch den Betriebsrentnern zu. Dabei stützte es sich konkursrechtlich auf den sozialen Schutzzweck der einschlägigen Regelung, führte aber ergänzend aus, Betriebsrenten seien nicht nur Ausdruck arbeitgeberseitiger Fürsorge, sondern hätten auch Entgeltcharakter.<sup>39</sup>

Diese Doppelnatur von Betriebsrenten gehörte dann zum ständigen Argumentationsbestand des Gerichts, wobei oft der Entgeltcharakter in den Vordergrund gestellt wurde. So lehnte das BAG ein unbegrenztes Leistungsverweigerungsrecht des Versorgungsberechtigten bei wirtschaftlicher Notlage mit der Begründung ab, Betriebsrenten seien eine Gegenleistung aus dem Arbeitsvertrag, die Versorgungs- und Entgeltcharakter habe und eine besondere Form der Vergütung darstelle.<sup>40</sup>

### ii. Präzisierung 1972 und 1973

In den Jahren 1972 und 1973 befasste sich das BAG dann mit mehreren grundsätzlichen Fragen der betrieblichen Altersversorgung, die Anlass gaben, deren Rechtscharakter genauer herauszuarbeiten.

32 BGH, 27.2.1961 – II ZR 292/59 – AP Nr. 69 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

33 BGH, 23.9.1968 – II ZR 94/67 – AP Nr. 133 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

34 BGH, 7.1.1971 – II ZR 23/70 – AP Nr. 151 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

35 BAG, 30.11.1955 – 1 AZR 217/54 – AP Nr. 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

36 BAG, 30.11.1955 – 1 AZR 230/54 – AP Nr. 9 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

37 BAG, 28.3.1958 – 1 AZR 336/57 – AP Nr. 38 zu Art. 3 GG.

38 BAG, 28.1.1964 – 3 AZR 137/62 – AP Nr. 92 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG, 19.7.1968 – 3 AZR 226/67 – AP Nr. 129 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

39 BAG, 4.7.1969 – 3 AZR 212/68 – AP Nr. 6 zu § 61 KO unter Fehlzitierung von BAG, 12.3.1965 – 3 AZR 516/63 – AP Nr. 99 zu § 242 BGB Ruhegehalt, wo die Frage offengelassen wurde.

40 BAG, 10.12.1971 – 3 AZR 190/71 – AP Nr. 154 zu § 242 Ruhegehalt.

Zunächst ging es um die Frage, ob es bei der Verfallbarkeit von Versorgungsrechten bei einem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis vor Eintritt des Versorgungsfalles bleibt. Dies lehnte das BAG im Wege der Rechtsfortbildung ab, wenn das Arbeitsverhältnis 20 Jahre bestanden hat und vom Arbeitgeber ordentlich gekündigt wurde. Das Gericht ging dabei davon aus, Betriebsrenten stünden nicht in unmittelbarer Beziehung zur Arbeitsleistung und seien kein vorenthaltener Arbeitslohn. Das ergebe sich schon daraus, dass die Gegenleistung von der Lebensdauer des Betriebsrentners abhängt. Sie hätten Versorgungs- und Entgeltcharakter. Betriebsrenten seien versprochene Gegenleistung für die während des gesamten Arbeitsverhältnisses bis zum Erreichen der Altersgrenze erwartete und geschuldete Betriebstreue. Insofern seien sie letztlich auch Gegenleistung dafür, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung während seines ganzen oder eines erheblichen Teiles seines Berufslebens in die Dienste des Arbeitgebers gestellt hat, der ihm eine Betriebsrente zugesagt hat.<sup>41</sup>

In einer weiteren Grundsatzentscheidung aus März 1973, die die Pflicht des Versorgungsverpflichteten, nach § 242 BGB eine Ermessensentscheidung über einen Inflationsausgleich zu treffen, betraf, hat das BAG sowohl auf den Versorgungscharakter als auch auf den Entgeltcharakter von Betriebsrenten abgestellt. Betriebliche Versorgungsleistungen dienen der Aufrechterhaltung der im Berufsleben erworbenen sozialen Stellung. Die Versorgung gelte die dem Arbeitgeber während der gesamten Dauer des Arbeitsverhältnisses erwiesene Betriebstreue, die Gesamtheit der ihm erbrachten Dienste ab. Der Wert der Versorgungsleistung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses sei das Äquivalent der Betriebstreue.<sup>42</sup>

Mit Entscheidung vom Mai 1973<sup>43</sup> leitete das BAG aus dem Vergütungscharakter betrieblicher Altersversorgung ab, dass Erklärungen, es gebe auf die Betriebsrente keinen Rechtsanspruch, nur als Widerrufsvorbehalt aus sachlichen Gründen zu verstehen seien.

Die Entscheidungen ergingen in der die Rechtsprechung prägenden Periode, die von dem Richter-Duo *Marie Luise Hilger/Hermann Stumpf* geprägt war. Beide setzten spätestens mit diesen Entscheidungen Meilensteine im Betriebsrentenrecht. *Hilger* war in Betriebsrentensachen als Berichterstatterin tätig, *Stumpf* der Vorsitzende des Ruhegeldsenats. »Hilger/Stumpf« war ein markenzei-

chenähnlicher Begriff. Ihnen wurde sogar eine gemeinsame Festschrift gewidmet.<sup>44</sup>

### 3. Entwicklung unter dem Betriebsrentengesetz

#### a) Das Gesetz

Das Betriebsrentenrecht wurde arbeitsrechtlich umfassend erstmals durch das Betriebsrentengesetz geregelt, das mit Ausnahme des Insolvenzschutzes, der am 1. Januar 1975 in Kraft trat, ab 22. Dezember 1974 galt.<sup>45</sup> Mit dem Gesetz wurden viele vom BAG entwickelte Ansätze aufgenommen und vertieft. Das Gesetz regelt vier klassische Probleme des Betriebsrentenrechts, nämlich die gesetzliche Unverfallbarkeit (heute § 1b, § 2, § 2a Abs. 1, 3 und 4 BetrAVG), die Begrenzungen der Auszehrung (§ 5 BetrAVG), die Anpassung der Betriebsrenten (§ 16 BetrAVG) und den Insolvenzschutz (§§ 7 ff. BetrAVG).<sup>46</sup> Dagegen enthält sich das Gesetz einer Regelung zum Widerruf oder der Ablösung von Versorgungszusagen. Die neu geschaffenen Einzelvorschriften werden dabei zur Bestimmung des Entgelt- oder Fürsorge-/Versorgungscharakters von Betriebsrenten herangezogen, so wenn aus § 5 BetrAVG hergeleitet wird, damit werde der Entgeltcharakter des Ruhegeldes anerkannt.<sup>47</sup>

Richtigerweise sind aber nicht nur diese Einzelregelungen heranzuziehen, sondern auch die seit dem Erlass des Gesetzes in § 1 Abs. 1 BetrAVG enthaltene Legaldefinition der betrieblichen Altersversorgung. Betriebliche Altersversorgung liegt danach vor, wenn aus Anlass des Arbeitsverhältnisses »Leistungen der Alters-, Invaliditäts- oder Hinterbliebenenversorgung« zugesagt werden. Sie dient also der Absicherung der im Gesetz genannten Risiken. Die Leistung muss – bei Absicherung im Alter oder bei Invalidität – dazu bestimmt sein, den Lebensstandard des

41 BAG, 10.3.1972 – 3 AZR 278/71 – AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

42 BAG, 30.3.1973 – 3 AZR 26/72 – AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Geldentwertung.

43 BAG, 17.5.1973 – 3 AZR 381/72 – AP Nr. 6 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Unterstützungskassen.

44 *Kittner*, 50 Urteile, 2. Aufl., Frankfurt aM. 2020, S. 15 f., 109; zu *Hilger* auch: *Misselwitz*, Marie-Luise Hilger, Baden-Baden 2016 (zugl. Jena, Univ., Diss. 2016).

45 Gesetz v. 19.12.1974, verkündet am 21.12.1974, BGBl. I, S. 2610, dort § 32 BetrAVG.

46 Vgl. *Wiedemann*, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung (Fn. 2), S. 2 ff.

47 *Wiedemann*, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung (Fn. 2), S. 150 mwN.

Arbeitnehmers nach dem Ausscheiden aus dem Berufsleben zu sichern.<sup>48</sup> Es wird also für das Arbeitsverhältnis eine Versorgungszusage als Risikoabsicherung erteilt. Damit wird das mit dem Ausscheiden aus dem Berufsleben aus den angesprochenen Gründen verbundene Risiko des Einkommensverlustes ausgeglichen. Bei der Hinterbliebenenversorgung wird das typisierte Interesse des unmittelbar Versorgungsberechtigten an der Versorgung eines Hinterbliebenen gegen das Risiko, dies durch den eigenen Tod nicht mehr leisten zu können, abgesichert; das erspart ihm entsprechende Eigenaufwendungen.<sup>49</sup>

Die Einbeziehung dieser Vorschrift und der damit in Zusammenhang stehenden Überlegungen bei der Ermittlung des Rechtscharakters der betrieblichen Altersversorgung ist deshalb wichtig, weil sie verdeutlicht, was das BAG in seiner Grundsatzentscheidung vom März 1973<sup>50</sup> herausgearbeitet hat: Der Wert der Versorgungsleistung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist das Äquivalent für die Gesamtheit der während des Arbeitsverhältnisses erbrachten Betriebszugehörigkeit und der in dieser Zeit geleisteten Dienste. Mit anderen Worten stehen Entgelt- und Versorgungscharakter nicht nebeneinander, sondern sind aufeinander bezogen. Die zur Risikoabdeckung erbrachte Versorgungsleistung ist das Entgelt für die während des gesamten Arbeitsverhältnisses erbrachte Betriebszugehörigkeit und die in dieser Zeit geleisteten Dienste, wobei das Äquivalenzverhältnis sich nach der Höhe der Versorgungsleistung bestimmt. Nicht maßgeblich ist aber, wieviel Versorgungsleistungen insgesamt erbracht werden, da dies davon abhängt, ob der Versorgungsfall tatsächlich eintritt und wie lange ein Leistungsanspruch besteht, also der Berechtigte lebt. Das entspricht dem Charakter der betrieblichen Altersversorgung als Abdeckung des Risikos des Einkommensverlustes nach dem Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis aus den vom Betriebsrentengesetz erfassten Gründen bzw. der Absicherung des typisierten Versorgungsinteresses des unmittelbar Versorgungsberechtigten gegenüber seinen Hinterbliebenen.

Dass sich die Versorgungszusage auf das gesamte potenzielle Arbeitsverhältnis bis zum Eintritt des regelmäßigen Versorgungsfalles Alter bezieht, ergibt sich dabei aus der Regelung des § 2 Abs. 1 BetrAVG. Danach wird bei einem vorherigen, also vorzeitigen Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis mit einer nach § 1b BetrAVG unverfallbaren Anwartschaft der Anspruch auf betriebliche

Altersversorgung zeitanteilig im Verhältnis zwischen der möglichen Betriebszugehörigkeit bis zur Altersgrenze und der tatsächlichen berechnet.<sup>51</sup> Das bedeutet gleichzeitig, dass die Frage zu klären ist, wann Teilleistungen zu einer Anwartschaft und im Versorgungsfall zu einem Anspruch führen – eine Frage, die nunmehr mit den Regeln zur gesetzlichen Unverfallbarkeit gelöst ist, die im Übrigen belegen, dass betriebliche Altersversorgung insoweit – auch – Entgeltcharakter hat.<sup>52</sup> Sie finden sich in § 1b BetrAVG; aus der Übergangsregelung in § 30f BetrAVG wird deutlich, dass der Trend zur Verkürzung der Unverfallbarkeitsfristen geht. Soweit § 2 Abs. 5 und 6 BetrAVG andere Berechnungen der Ansprüche bei gesetzlicher Unverfallbarkeit vorsehen,<sup>53</sup> ändert dies nichts. Der abweichende Berechnungsweg bei der beitragsorientierten Leistungszusage in § 2 Abs. 5 Halbs. 2 BetrAVG dient der Verwaltungsvereinfachung.<sup>54</sup> Die Sonderregelung für die Beitragszusage mit Mindestleistung in § 2 Abs. 6 BetrAVG regelt lediglich die besondere Situation bei dieser Zusageform.<sup>55</sup> Das ändert aber nichts am Rechtscharakter betrieblicher Altersversorgung, denn auch diese Zusagen sind auf den Leistungsfall im Alter orientiert – die Beitragszusage mit Mindestleistung zumindest zum Teil –<sup>56</sup> und werden vom Gesetzgeber als dem Grundfall normativ gleichgelagert behandelt. Die abweichende Berechnung tritt »an die Stelle« des Anspruchs nach § 2 Abs. 1 BetrAVG.

Dass es sich bei der Betriebsrente um Versorgungsleistungen handelt, wird auch durch die Anpassungsregeln in § 16 BetrAVG deutlich. Sozialpolitisch dienen Betriebsrentenleistungen der Absicherung des Lebensstandards insbesondere im Alter.<sup>57</sup> Das setzt ihre Wertsicherung voraus, was in § 16 BetrAVG geregelt ist. Dem Versorgungscharakter trägt zudem das Abfindungsverbot in § 3

48 Vgl. BAG, 3.11.1998 – 3 AZR 454/97 – AP Nr. 36 zu § 1 BetrAVG.

49 Vgl. BAG, 14.11.2017 – 3 AZR 781/16 – AP Nr. 37 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung.

50 BAG, 30.3.1973 – 3 AZR 26/72 – AP Nr. 4 zu § 242 BGB Ruhegehalt-Geldentwertung.

51 BT-Drs. 7/1281, S. 24.

52 BT-Drs. 7/1281, S. 19 f.

53 Vgl. dazu BAG, 19.7.2011 – 3 AZR 434/09 – AP Nr. 65 zu § 2 BetrAVG.

54 BT-Drs. 14/4595, S. 69.

55 BT-Drs. 14/5150, S. 43.

56 BT-Drs. 14/5150, S. 42.

57 BT-Drs. 7/1281, S. 19; BAG, 26.4.2018 – 3 AZR 586/16 – AP Nr. 4 zu § 1a BetrAVG.

BetrAVG Rechnung.<sup>58</sup> Der Versorgungscharakter kann im Ausnahmefall vollständig in den Vordergrund treten, wenn nämlich in außergewöhnlichen Fallgestaltungen die Versorgungszusage zwar in Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis, aber nicht im Hinblick auf schon erbrachte oder zu erwartende Betriebszugehörigkeit erteilt wird, etwa um den Arbeitnehmer zur Aufgabe des Arbeitsverhältnisses zu bewegen. Auch dann liegen nämlich die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 S. 1 BetrAVG vor.<sup>59</sup>

Allerdings könnte man aus § 16 BetrAVG auch noch etwas für den Fürsorgegedanken ableiten. Denn nach § 16 Abs. 1 BetrAVG ist bei der Anpassungsentscheidung auch die wirtschaftliche Lage des Arbeitgebers zu berücksichtigen. Man könnte argumentieren, eine Pflicht zur Fürsorge für einen anderen könne sich nicht ergeben, wenn man selbst nicht leistungsfähig ist. Die Ausnahme ließe sich auch nicht aus dem Entgelt- oder Versorgungscharakter der Betriebsrente herleiten. Diese Ansicht widerspräche aber der allgemeinen Rechtsentwicklung. Der nationalsozialistische »Fürsorgegedanke« hat mit dem NS-Regime sein Ende gefunden. Das AOG als Rechtsgrundlage dieses Gedankens wurde aufgehoben.<sup>60</sup> Allerdings gelten im Arbeits- und Versorgungsverhältnis die in § 241 Abs. 2 BGB geregelten Rücksichtnahmepflichten. Da § 16 BetrAVG eine Ausnahme vom im Preisklauselgesetz<sup>61</sup> festgelegten Grundsatz des Nominalismus (Mark = Mark; Euro = Euro) darstellt, entspricht es dem der Rücksichtnahmepflicht zugrundeliegenden Gedanken, diese Ausnahme nur greifen zu lassen, wenn dies dem Versorgungsschuldner zumutbar ist.

Damit wird gleichzeitig deutlich, dass der Fürsorgegedanke im Recht der betrieblichen Altersversorgung nichts zu suchen hat. Sie ist nicht das von einem Feudalherren geschuldete Gnadensbrot, sondern eine Austauschleistung. Einschlägig ist nicht ein Fürsorge- sondern der Versorgungsgedanke.<sup>62</sup> Die Versorgung ist aber grundsätzlich Gegenleistung für die Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers und der während dieser Zeit geleisteten Dienste. Dass es auf die Betriebszugehörigkeit, nicht auf eine »Betriebstreue« ankommt, folgt im Übrigen daraus, dass die gesetzliche Unverfallbarkeit nicht auf die Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses abstellt. Sie tritt auch ein, wenn der Arbeitnehmer von sich aus kündigt. Umgekehrt geht es aber auch nicht zulasten des Arbeitgebers, wenn er das Arbeitsverhältnis betriebsbedingt beendet. Ein das Arbeitsverhältnis beendender Arbeitnehmer

ist also nicht als untreuer Vasall zu behandeln, der keine Fürsorge beanspruchen kann. Lediglich dann, wenn der Arbeitnehmer durch rechtswidriges Verhalten die Existenz des Unternehmens, das die Versorgungsleistung zu erbringen hat, gefährdet, stehen Treu und Glauben iSv. § 242 BGB dem Versorgungsanspruch entgegen.<sup>63</sup> Das hat aber nichts mit Fürsorge zu tun, sondern allein damit, dass niemand eine Leistung verlangen kann, deren Grundlage er gefährdet oder gefährdet hat.

## b) Auswirkungen

### (1) Allgemeines

Diese Klärung der dogmatischen Struktur der betrieblichen Altersversorgung ist nicht etwa juristisches Glasperlenspiel, sondern aussagekräftig für die Lösung von Einzelfragen. Dies soll an Beispielen verdeutlicht werden.

### (2) Betriebliche Mitbestimmung – § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Die Einordnung der betrieblichen Altersversorgung als Entgelt ist zugleich die Voraussetzung dafür, entsprechende Regelungen als »betriebliche Lohngestaltung« iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG der Mitbestimmung des Betriebsrats zu unterwerfen. Die damit zusammenhängenden Fragen sind teilmitbestimmt: Die Höhe der Versorgung, die Versorgungsform und der begünstigte Arbeitnehmerkreis sind mitbestimmungsfrei, die Verteilungsgrundsätze dagegen nicht. Das hat der Dritte Senat des BAG in einer grundlegenden Entscheidung im Jahre 1975 entwickelt.<sup>64</sup> Das war zugleich die Begründung der inzwischen auch bei sonstigen Entgeltfragen einschlägigen Topftheorie.<sup>65</sup> Maßgeblich für die Entscheidung war der seinerzeitige Berichterstatter *Thomas Dietrich*, der spätere Bundesverfassungsrichter und Präsident des BAG. Der Entscheidung gingen

58 BT-Drs. 15/2150, S. 52.

59 BAG, 8.5.1990 – 3 AZR 121/89 – AP Nr. 58 zu § 7 BetrAVG.

60 Kontrollratsgesetz Nr. 40 v. 30.11.1946, Amtsblatt des Kontrollrats Nr. 12, S. 299; auf diesen Zusammenhang weist *Wiedemann*, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung (Fn. 2), S. 185 f. hin.

61 Gesetz v. 7.9.2007, BGBl. I, S. 2246 f., zuletzt geändert durch Art. 8 Abs. 8 des Gesetzes v. 29.7.2009, BGBl. I, S. 2355.

62 Zu dieser Unterscheidung auch *Wiedemann*, Die historische Entwicklung der betrieblichen Altersversorgung (Fn. 2), S. 193.

63 Beispielhaft BAG, 20.9.2016 – 3 AZR 77/15 – AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG Treuebruch; BGH, 2.7.2019 – II ZR 252/16 – NZA-RR 2019, 491.

64 BAG, 12.6.1975 – 3 ABR 13/74 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

65 Zu dieser Bedeutung des Urteils: *Kittner*, 50 Urteile (Fn. 44), Urteil Nr. 25.

heftige Befürchtungen des seinerzeitigen Senatsvorsitzenden *Stumpf* voraus, der aber durch die Entwicklung der »Topftheorie« beruhigt wurde.<sup>66</sup>

### (3) Gleichbehandlung

#### i. Allgemeine Gleichbehandlungsgebote

Es ist wegen des Versorgungscharakters möglich, bei der Frage der Gleichbehandlung zu berücksichtigen, ob ein Versorgungsberechtigter eine anderweitige Versorgung erhält. Dann unterscheidet ihn das von anderen Versorgungsberechtigten, die eine solche Versorgung nicht erhalten.<sup>67</sup> Bei gleichwertiger Versorgung rechtfertigt dies sogar den vollständigen Ausschluss von Versorgungsleistungen.<sup>68</sup> Es ist aber anerkannt, dass im Rahmen der allgemeinen Gleichbehandlungsgebote nicht nur der Versorgungs- sondern auch der Entgeltcharakter der betrieblichen Altersversorgung zu berücksichtigen ist. Beide sind zu einem Ausgleich zu bringen. Deutlich wird dies bei Auszehrungsregeln. Diese sind grundsätzlich möglich. In § 5 BetrAVG ist allerdings ein gesetzliches Auszehrungsverbot enthalten, das nach dem Willen des Gesetzgebers aber nicht abschließend ist.<sup>69</sup> Es lässt sonstige Auszehrungsregeln zu, aber nur soweit sie nach allgemeinen Grundsätzen zulässig sind. Eine gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßende Auszehrungsregel ist deshalb verboten, auch wenn sie nicht in § 5 BetrAVG aufgeführt ist. Die Unterscheidung trägt jedoch nur insoweit, als damit dem Entgeltcharakter der Betriebsrente noch ausreichend Rechnung getragen wird. Das ist nicht mehr der Fall, wenn Versorgungsleistungen, die der Versorgungsberechtigte als Hinterbliebener einer anderen Person erhält, durch Anrechnung auf die Betriebsrente wirtschaftlich vollständig entwertet werden. Es muss – ebenso wie im Beamtenversorgungsrecht des Bundes – wenigstens noch 20 vH. des Wertes der anderen Versorgungsleistungen erhalten bleiben.<sup>70</sup>

#### ii. Verbot der Diskriminierung wegen Teilzeitarbeit –

##### § 4 Abs. 1 TzBfG

Das Diskriminierungsverbot wegen der Teilzeitarbeit schreibt fest, dass Teilzeitbeschäftigte Arbeitsentgelt mindestens im Umfang ihrer Arbeitsleistung zu erhalten haben. Dies gilt wegen des Entgeltcharakters auch für betriebliche Altersversorgung. Betriebliche Altersversorgung ist jedoch nicht nur Entgelt für erbrachte Dienste, sondern auch für Betriebszugehörigkeit. Teilzeitbeschäft-

tigte können sich deshalb nur mit Vollzeitbeschäftigten vergleichen, die dieselbe Betriebszugehörigkeit erbracht haben wie sie selber und zwar bezogen auf den Zeitraum bis zum Versorgungsfall »Alter«. Im Vergleich zu diesen kann die Betriebsrente der Höhe nach entsprechend der während des Beschäftigungsverhältnisses erbrachten Arbeitsleistung gekürzt werden. Daher ist es zulässig, dann, wenn eine aufsteigend berechnete Betriebsrente – für jedes Jahr der Tätigkeit steigt der Anspruch entsprechend einem bestimmten vom-Hundert-Satz des Arbeits-einkommens – mit einem bestimmten Satz gekappt wird, einen Teilzeitfaktor auf Teilzeittätigkeit während des gesamten Arbeitsverhältnisses und nicht nur bezogen auf den Zeitraum bis zur Erreichung des Höchstsatzes zu beziehen.<sup>71</sup>

#### iii. Verbot der Benachteiligung wegen des Alters

##### aa) Zeiträtliche Kürzung – § 2 Abs. 1 BetrAVG

Nach § 2 Abs. 1 BetrAVG richtet sich bei einem vorzeitigen Ausscheiden mit gesetzlich unverfallbarer Anwartschaft – dazu § 1b BetrAVG – die Berechnung der bei Eintritt des Versorgungsfalls zu zahlende Rente nach der erreichbaren fiktiven Vollrente einerseits und dem Anteil der tatsächlichen Betriebszugehörigkeit an der möglichen bis zum Erreichen der Altersgrenze nach der Versorgungsordnung. Die fiktive Vollrente ist die nach bestimmten, in § 2a Abs. 1 BetrAVG niedergelegten Kriterien errechnete erreichbare Rente. Wird die erreichbare Rente nach einer bestimmten Beschäftigungszeit gekappt, führt dies dazu, dass bei gleicher Betriebszugehörigkeit jünger in das Arbeitsverhältnis eingetretene Arbeitnehmer schlechter behandelt werden als älter in das Arbeitsverhältnis eingetretene Arbeitnehmer. Die darin liegende Altersdiskriminierung verstößt weder gegen das im Unionsrecht niedergelegte Verbot der Diskriminierung wegen des Alters nach Art. 21 der EU-Grundrechtecharta noch gegen den Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG. Das ergibt sich dar-

<sup>66</sup> Zu seiner Person, dessen Erinnerungen: *Dietrich*, Ein Richterleben im Arbeits- und Verfassungsrecht, Berlin 2016; zur hier angeführten Entscheidung die Schilderung auf S. 111 ff.

<sup>67</sup> BAG, 15.11.2011 – 3 AZR 113/10 – AP Nr. 27 zu § 1 BetrAVG Auslegung für den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

<sup>68</sup> BAG, 19.7.2016 – 3 AZR 134/15 – AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Betriebsvereinbarung für § 75 BetrVG.

<sup>69</sup> BT-Drs. 7/2843, S. 8.

<sup>70</sup> BAG, 18.5.2010 – 3 AZR 80/08 – AP Nr. 51 zu § 5 BetrAVG für § 75 BetrVG.

<sup>71</sup> BAG, 19.4.2016 – 3 AZR 526/14 – AP Nr. 18 zu § 1 BetrAVG Teilzeit.

aus, dass Betriebsrente Gegenleistung für die gesamte Betriebszugehörigkeit ist und es deshalb für die Berechnung der Betriebsrente auf die anteilige Zeit der tatsächlichen an der möglichen Betriebszugehörigkeit ankommt. Damit liegt ein tragfähiger Unterscheidungsgrund vor.<sup>72</sup>

#### bb) Prüfung von Versorgungsordnungen – § 10 AGG

Nach § 10 S. 1 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters, auch wenn es sich um eine unmittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 1 AGG handelt, zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist. Die Mittel zur Erreichung dieses Ziels müssen nach § 10 S. 2 AGG angemessen und erforderlich sein. Ein legitimes Ziel dieser Bestimmung liegt in der Risikobegrenzung für den Arbeitgeber, was dem mit dem Versorgungscharakter der betrieblichen Altersversorgung verbundenen Prinzip der Risikoabdeckung entspricht. Dem wird eine Regelung gerecht, die die versorgungsberechtigten Hinterbliebenen danach abgrenzt, in welchem Lebensalter der unmittelbar Versorgungsberechtigte geheiratet hat. Jedoch reicht diese Anknüpfung an Risikoerwägungen nicht aus. Vielmehr ist im Rahmen der Angemessenheitsprüfung der Entgeltcharakter von Betriebsrenten mit zu berücksichtigen. Es ist deshalb nicht möglich, ein Lebensalter ohne nachvollziehbaren Anknüpfungspunkt im Arbeitsverhältnis als Grenze für die Eheschließung festzulegen. Anders ist es, wenn an ein betriebsrentenrechtliches Strukturprinzip wie das Ausscheiden aus dem Arbeitsverhältnis die feste Altersgrenze oder der Eintritt des Versorgungsfalls angeknüpft wird.<sup>73</sup>

#### cc) Unionsrecht

Die Beispiele aus der Altersdiskriminierung verweisen auf das Unionsrecht. Denn das die Diskriminierungsverbote in Deutschland regelnde AGG ist nicht ohne das Anti-Diskriminierungsrecht der Europäischen Union denkbar. Rechtsgrundlage dort sind Art. 21 GRCh, Art. 157 AEUV sowie mehrere Richtlinien, nämlich die RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf<sup>74</sup>, die RL 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft<sup>75</sup> sowie die RL 2006/54/EG des Europäischen Rates vom 5. Juli 2006 zur

Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen<sup>76</sup>.

Damit kommt es auch für das deutsche Recht nicht mehr nur auf die hiesige Rechtsprechung an, um den Rechtscharakter betrieblicher Altersversorgung zu bestimmen, sondern auch auf die Rechtsprechung des EuGH. Der hat angenommen, betriebliche Altersversorgung stelle Arbeitsentgelt im Sinne des Anti-Diskriminierungsrechts der Union dar. Dies hat er sogar für die Hinterbliebenenversorgung bestätigt und die Ansicht vertreten, sie sei Vergütung des ursprünglich versorgungsberechtigten Arbeitnehmers.<sup>77</sup> Der Charakter der Betriebsrente als Versorgung und Risikoabsicherung wird dadurch anerkannt, dass der Gerichtshof einen unterschiedlichen Versorgungsbedarf und das Interesse des Arbeitgebers an einer überschaubaren und kalkulierbaren Belastung als Differenzierungsgrund anerkennt.<sup>78</sup> Das liegt auf der einer ähnlichen Linie wie das deutsche Recht.

#### (4) Dreistufiges Prüfungsschema

Die dogmatische Einordnung von Betriebsrente ist auch für die Frage der Abänderbarkeit – also der Ablösung und des Widerrufs – betrieblicher Altersversorgung nicht ohne Bedeutung. Hier hat der Ruhegeldsenat – frühere Entwicklungen aufgreifend – im April 1985 ein aus den Grundsätzen des Vertrauensschutzes und der Verhältnismäßigkeit abgeleitetes dreistufiges Prüfungsschema<sup>79</sup> entwickelt, das allerdings nicht gegenüber den Tarifparteien gilt, denen gegenüber die Kontrolldichte verringert ist. Nach dem Schema sind den abgestuften Besitzständen der Arbeitnehmer entsprechend abgestufte, unterschiedlich gewichtete Eingriffsgründe des Arbeitgebers gegenüberzustellen. Der unter der Geltung der bisheri-

72 BAG, 19.7.2011 – 3 AZR 434/09 – AP Nr. 65 zu § 2 BetrAVG; aus verfassungsrechtlicher Sicht dies bestätigend: BVerfG, 29.5.2012 – 1 BvR 3201/11 – NZA 2013, 164.

73 BAG, 19.2.2019 – 3 AZR 215/18 – AP Nr. 45 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung.

74 ABL., L 303/16.

75 ABL., L 180/22.

76 ABL., L 204/23.

77 Vgl. zB. EuGH, 24.11.2016 – C-443/15 – NZA 2017, 233 (Parris).

78 EuGH, 13.7.2017 – C-354/16 – NZA 2017, 1047 (Kleinststeuer).

79 St. Rspr. seit BAG, 17.4.1985 – 3 AZR 72/83 – AP Nr. 4 zu § 1 BetrAVG Unterstützungskassen.

gen Ordnung und in dem Vertrauen auf deren Inhalt bereits erdiente und entsprechend § 2 Abs. 1, § 2a Abs. 1 BetrAVG ermittelte Teilbetrag kann hiernach nur in seltenen Ausnahmefällen entzogen werden. Das setzt zwingende Gründe voraus. Zuwächse, die sich – wie etwa bei endgehaltsbezogenen Zusagen – dienstzeitunabhängig aus dynamischen Berechnungsfaktoren ergeben (erdiente Dynamik), können nur aus triftigen Gründen geschmälert werden. Für Eingriffe in dienstzeitabhängige, noch nicht erdiente Zuwachsraten genügen sachlich-proportionale Gründe. Dass sich der Vertrauensschutz entgegen Kritik aus der Literatur<sup>80</sup> auch auf künftige Zuwächse bezieht, rechtfertigt sich auch daraus, dass Betriebsrentenzusagen sich ihrem Rechtscharakter nach auf das gesamte Arbeitsverhältnis beziehen und es deshalb besonderer Gründe bedarf, sie einzuschränken. Als weiteres Argument ist hier auf die sozialpolitische Funktion betrieblicher Altersversorgung zu verweisen: Sie soll die gesetzliche Sozialversicherung, die ebenfalls auf das gesamte Arbeitsleben angelegt ist, ergänzen und den Lebensstandard im Alter zumindest teilweise sichern. Auch dieser Versorgungsgedanke rechtfertigt es, die betriebliche Altersversorgung auf das gesamte Arbeitsverhältnis bis zum Eintritt des regulären Versorgungsfalles »Alter« zu beziehen und Gründe für Eingriffe in künftige Zuwächse zu verlangen.<sup>81</sup>

### III. Ausblick

Wie immer wenn ein Rechtsstand dargestellt wird, geht es um die Frage, ob sich neue Entwicklungen abzeichnen. Mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz<sup>82</sup> hat der Gesetzgeber den Begriff der betrieblichen Altersversorgung erweitert. Nach § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG kann auf tariflicher Grundlage im Rahmen des Gesetzes auch eine reine Beitragszusage, für die praktisch alle Regeln des Betriebsrentengesetzes nicht gelten, erteilt werden. Es darf nicht einmal eine bestimmte Höhe der Leistungen garantiert werden – § 22 Abs. 1 S. 2 BetrAVG. Letztlich geht es nicht um die Zusage von Versorgungsleistungen, sondern lediglich um die Begründung von Zahlungspflichten an die Versorgungseinrichtung während des Arbeitsverhältnisses. Für den Rechtscharakter dieser Art der Zusage lässt sich möglicherweise wenig aus dem Vorgesagten ableiten. Denn eine reine Beitragszusage war auch bislang möglich, unterfiel jedoch gerade nicht dem Betriebsrentengesetz.<sup>83</sup> Der Gesetzgeber hat insoweit ein neues Konzept neben das alte von der Rechtsprechung mitgeprägte Konzept gesetzt. Welchen Rechtscharakter betriebliche Altersversorgung im Rahmen des neuen Konzepts hat, muss durch die weitere Rechtsentwicklung geklärt werden.

<sup>80</sup> Vgl. nur *Diller/Günther*, DB 2017, 908, 909 ff.

<sup>81</sup> BAG, 19.3.2019 – 3 AZR 201/17 – AP Nr. 19 zu § 1 BetrAVG Ablösung.

<sup>82</sup> Gesetz v. 17.8.2017, BGBl. I, S. 3214.

<sup>83</sup> Vgl. nur BAG, 30.8.2016 – 3 AZR 361/15 – AP Nr. 58 zu § 1 BetrAVG Auslegung.



# Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots in Art. E der Revidierten Europäischen Sozialcharta\*

Prof. Dr. Thorsten Kingreen, Universität Regensburg

Die Bundesrepublik Deutschland zählt zu einer mittlerweile nur noch kleinen Minderheit von Vertragsstaaten, die die Revidierte Europäische Sozialcharta (RESC) nach wie vor nicht ratifiziert hat. Hintergrund sind vor allem Bedenken an der Reichweite des Diskriminierungsverbots in Art. E RESC, der im Ruf steht, zu Ausweitungen und Veränderungen des deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrechts zu führen, wenn die Bundesrepublik Deutschland die RESC ratifizieren sollte. Der nachfolgende Text zeigt auf, dass diese Bedenken unbegründet sind.

## I. Einführung

Die RESC beinhaltet eine überarbeitete Fassung der Europäischen Sozialcharta (ESC). Die ESC ist am 18. Oktober 1961 von der Mehrheit der Mitgliedstaaten des Europarats als völkerrechtlicher Vertrag vereinbart worden und am 26. Februar 1965 in Kraft getreten. Die Bundesrepublik Deutschland hat sie am 27. Januar 1965 ratifiziert,<sup>1</sup> wobei fünf arbeitsrechtliche Bestimmungen von der Ratifikation ausgenommen wurden.<sup>2</sup> Die ESC enthält in ihren Art. 1–19 insbesondere arbeitsrechtliche Schutzverpflichtungen der Vertragsstaaten sowie Rechte auf soziale Sicherheit und Fürsorge; besonders hervorgehoben werden zudem die Notwendigkeit des Schutzes von Menschen mit Behinderung und von Familien sowie der grenzüberschreitenden Erwerbstätigkeit. Die Bestimmungen begründen keine individuellen Rechte. Es gibt lediglich einen politischen Überprüfungsmechanismus in Gestalt eines Berichtsprüfungsverfahrens durch den Europäischen Ausschuss für Sozialrechte (ECSR, Art. 25 ESC). Seine Schlussfolgerungen (»conclusions«) werden in einem Jahresbericht zusammengefasst, der zunächst in einem Unterausschuss des Regierungsozialausschusses des Europarats geprüft wird; dieser legt dann dem Ministerkomitee einen Bericht mit Empfehlungen vor (Art. 27 ESC). Das Ministerkomitee kann sodann nach

Art. 29 ESC mit Zweidrittelmehrheit an jede Vertragspartei alle notwendigen Empfehlungen richten, die allerdings nicht begründet werden.<sup>3</sup> Ein von Deutschland nicht ratifiziertes Zusatzprotokoll über Kollektivbeschwerden von 1995 sieht darüber hinaus auch Entscheidungen (»decisions«) des ECSR vor, die näher erläutert werden müssen.<sup>4</sup>

Die RESC hat der Europarat im Jahre 1996 verabschiedet. Sie fasst alle bisherigen Änderungen der ESC zusammen und enthält darüber hinaus in den Art. 20–31 weitere Verpflichtungen der Mitgliedstaaten. Diese müssen beispielsweise Schutz vor sexueller Belästigung am Arbeitsplatz und vor Armut und sozialem Ausschluss gewähren sowie unentgeltlichen Primar- und Sekundarschulunterricht gewährleisten. An der Spitze des vorletzten Teils V der RESC steht das Diskriminierungsverbot des Art. E, der wie folgt lautet:

»Der Genuss der in dieser Charta festgelegten Rechte muss ohne Unterscheidung insbesondere nach der Rasse, der Hautfarbe, dem Geschlecht, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Gesundheit, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, der Geburt oder dem sonstigen Status gewährleistet sein.«

Im Anhang zur RESC wird zu Art. E erläutert, dass eine »sachlich und sinnvoll begründete unterschiedliche Behandlung [...] nicht als diskriminierend angesehen« wird.

In dieser revidierten Fassung haben mittlerweile 34 der 45 Vertragsstaaten die ESC ratifiziert.<sup>5</sup> Die Bundesrepublik Deutschland hat sie zwar 2007 unterschrieben, aber

\* Der nachfolgende Text beruht auf einem Rechtsgutachten, das ich im März 2019 für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales erstellt habe.

1 BGBl. 1965 II, S. 1122.

2 Dazu näher *Knospe*, ZESAR 2015, 449, 451.

3 Dazu näher *Knospe*, ZESAR 2015, 449, 452 f.

4 Differenzierte Würdigung dieses Instruments etwa bei *Kreber*, EuZA 2018, 155 ff.

5 Zum Stand der Ratifizierung (22.11.2019) siehe [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures?p\\_auth=Ity23ZAY](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163/signatures?p_auth=Ity23ZAY).

bislang, anders als namentlich Frankreich, nicht ratifiziert. Es werden im Wesentlichen zwei Bedenken gegen eine Ratifizierung der RESC geltend gemacht:<sup>6</sup>

- Als problematisch wird zum einen Art. 6 Nr. 4 RESC angesehen, aus dem teilweise ein Streikrecht auch für Beamtinnen und Beamte abgeleitet wird. Art. 6 Nr. 4 war allerdings schon in der ESC enthalten und zählte nicht zu den deutschen Ratifizierungsvorbehalten. Zudem hat das BVerfG die Verfassungsmäßigkeit des Streikverbots für Beamtinnen und Beamte unter ausführlicher Bezugnahme auf Art. 11 EMRK und das darin grundsätzlich enthaltene Recht auf Kollektivmaßnahmen mittlerweile bestätigt.<sup>7</sup> Die »Besonderheiten des deutschen Systems des Berufsbeamtentums«<sup>8</sup> rechtfertigten den Eingriff in Art. 11 Abs. 1 EMRK. Es ist angesichts dieser Begründung nicht davon auszugehen, dass es durch die Ratifizierung der RESC zu einem anderen Ergebnis käme. Die insoweit bestehenden Bedenken dürften sich daher erledigt haben.
- Nach wie vor werden aber Vorbehalte wegen der Reichweite des Diskriminierungsverbots in Art. E RESC artikuliert. Es werden eine Ausweitung des deutschen und europäischen Anti-Diskriminierungsrechts und daraus folgende erhebliche Anpassungsprozesse im nationalen Recht befürchtet; zudem wird der Auffangtatbestand des »sonstigen Status« als problematisch angesehen.

## II. Auslegung völkerrechtlicher Verträge

Die RESC ist ein völkerrechtlicher Vertrag, der nach Maßgabe der allgemeinen Auslegungsregeln in den Art. 31 f. des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (Wiener Vertragsrechtskonvention – WVK) zu interpretieren ist, das die Bundesrepublik Deutschland 1987 ratifiziert hat.<sup>9</sup>

Ein völkerrechtlicher Vertrag ist nach Art. 31 Abs. 1 WVK nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen. Ausgangspunkt der Auslegung ist also der Wortsinn einer Norm, der sich aus dem Vertragswortlaut sowie ergänzend aus systematischen und teleologischen Erwägungen ergibt.<sup>10</sup> Art. 31 Abs. 2 und 3 WVK betonen vor allem den systematischen Kontext des auszulegenden völkerrechtlichen Vertrages mit anderen Rechtsquellen. Dazu zählt neben den auf den konkreten Vertrag bezogenen Dokumenten (Art. 31 Abs. 2 WVK) ua. auch »jeder in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssatz« (Art. 31

Abs. 3 lit. c WVK). Die genetische Auslegung hat nach Art. 32 WVK hingegen nur untergeordnete Bedeutung.

Für die Auslegung von Art. E folgt daraus: Maßgebend ist neben dem Wortlaut der Vorschrift vor allem ihr systematischer Kontext. Im nachfolgenden Abschnitt wird zu zeigen sein, dass die RESC und speziell ihr Art. E in einem engen historischen und konzeptionellen Zusammenhang mit der EMRK stehen, die alle Vertragsstaaten der ESC bindet. Dabei spielt auch die Rechtsprechung des EGMR eine wesentliche Rolle. Aus ihr ergibt sich nämlich nicht nur, dass die RESC die Auslegung der EMRK-Rechte beeinflusst, sondern auch, wie Art. E RESC zu interpretieren ist.

Hingegen spielt die genetische Auslegung auch hier eine nur untergeordnete Rolle. Es gibt lediglich nicht bindende Erläuterungen des Ministerkomitees des Europarats,<sup>11</sup> die daher lediglich ergänzend und erläuternd herangezogen werden können.

## III. Art. E RESC im interpretatorischen Kontext des europäischen und deutschen Anti-Diskriminierungsrechts

Im internationalen Menschenrechtsschutz gibt es typologisch zwei verschiedene Modelle des Gleichheitsschutzes: Zu unterscheiden sind allgemeine Gleichheitssätze, die die Gleichheit gegenständlich und territorial unbeschränkt gewährleisten, von Diskriminierungsverboten, die die Gleichheit durch Aufstellung bestimmter verpönter Kriterien schützen.<sup>12</sup> Art. E RESC gehört in diese

<sup>6</sup> Vgl. zuletzt BT-Drs. 18/10175, S. 5.

<sup>7</sup> BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 = NJW 2018, 2695, 2706 ff.

<sup>8</sup> BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 = NJW 2018, 2695, 2708.

<sup>9</sup> BGBl. 1987 II, S. 757. Vgl. zum Problem der zeitlichen Anwendbarkeit der WVK *Nußberger*, Sozialstandards im Völkerrecht, Berlin 2005 (zugl. München, Univ., Habil. 2002), S. 273 f.

<sup>10</sup> Dazu etwa *Herdegen*, Völkerrecht, 17. Aufl., München 2018, § 15 Rn. 28 ff. und *Heintschel von Heinegg*, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 7. Aufl., München 2018, § 14 Rn. 6 ff.

<sup>11</sup> Council of Europe, Explanatory Report to the European Social Charter (Revised) v. 3.5.1996, Ziffer 136: »The Article has been based on Article 14 of the European Convention on Human Rights, which contains a more extensive enumeration of grounds than the preamble to the Charter.« Abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16800ccde4> (31.1.2020).

<sup>12</sup> *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz, Heidelberg 2011 (zugl. Mannheim, Univ., Diss. 2010), S. 49 ff.

zweite Gruppe von Gleichheitsgarantien. Er wird daher im Folgenden primär in diesen Kontext der Diskriminierungsverbote des europäischen und deutschen Verfassungsrechts gestellt.<sup>13</sup> In methodischer Hinsicht sind die im Folgenden heranzuziehenden Rechtsquellen von unterschiedlicher Bedeutung für die Interpretation von Art. E RESC: Während die unionsrechtlichen und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbote (dazu nachfolgend 2. und 3.) lediglich den Status Quo der ohnehin bestehenden gleichheitsrechtlichen Bindungen abbilden, sind die EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR (dazu 1.) auch die zentralen Rechtserkenntnisquellen für die systematische Auslegung von Art. E RESC.<sup>14</sup> Denn sie stellen in den Beziehungen zwischen den Vertragsparteien anwendbare einschlägige Völkerrechtssätze iSv. Art. 31 Abs. 3 lit. c VVK dar, sind also Bestandteil der systematischen Auslegung von Art. E RESC. Da die EMRK und die Rechtsprechung des EGMR aber sowohl bei der Auslegung der Grundrechte der unionsrechtlichen Grundrechtecharta (Art. 52 Abs. 3 GRCh) als auch der Grundrechte des Grundgesetzes maßgeblich zu berücksichtigen sind,<sup>15</sup> relativiert sich dieser Unterschied indes. Insgesamt bilden EMRK, Grundrechtecharta und staatliche Grundrechte einen europäisierten Grundrechtsverbund,<sup>16</sup> in den sich, wie im Folgenden zu zeigen sein wird, die (R)ESC schon jetzt bruchlos einfügt:

## 1. Das Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK

Der weitgehend mit Art. 14 EMRK übereinstimmende Wortlaut von Art. E RESC zeigt, dass zwischen beiden Diskriminierungsverboten ein enger historischer und konzeptioneller Zusammenhang besteht, der auch in den Erläuterungen des Ministerkomitees des Europarats zu Art. E RESC hervorgehoben wird.<sup>17</sup> Dieser Zusammenhang ist auch für die rechtliche Würdigung der politischen Vorbehalte gegen die Ratifizierung von Art. E RESC relevant. Die insoweit geäußerten Bedenken betreffen zum einen die mögliche Ausweitung des Diskriminierungsverbots auch auf soziale Rechte (dazu nachfolgend a)) und zum anderen das Differenzierungskriterium »sonstiger Status« (siehe b)). Beide Bedenken lassen sich aber durch die Interpretation des für die Auslegung von Art. E RESC maßgeblichen Art. 14 EMRK ausräumen:

### a) Reichweite des Diskriminierungsverbots: Entwicklung von Art. 14 EMRK zum sozialen Teilhaberecht

#### (1) Der Akzessorietätsgrundsatz in Art. 14 EMRK

Art. 14 EMRK garantiert den Genuss der in der EMRK garantierten Rechte und Freiheiten ohne Diskriminierung wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der Sprache, der Religion, der politischen oder sonstigen Anschauung, der nationalen oder sozialen Herkunft, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt oder eines sonstigen Status. Er gewährleistet also keinen allgemeinen Gleichheitssatz,<sup>18</sup> sondern ein akzessorisches Diskriminierungsverbot, dessen Anwendungsbereich erst durch den Genuss der EMRK-Rechte und Freiheiten eröffnet wird.<sup>19</sup> Bei diesen Rechten, auf die Art. 14 EMRK Bezug nimmt, handelt es sich überwiegend um sog. Rechte der ersten Generation,<sup>20</sup> dh. um klassische Freiheitsrechte, die dem Schutz vor staatlichen Eingriffen dienen, aber nicht um soziale Leistungsrechte.<sup>21</sup>

Die Akzessorietät sollte dementsprechend ursprünglich die Anwendbarkeit von Art. 14 EMRK im Bereich von sozialen Rechten verhindern.<sup>22</sup> Die soziale Dimension des europäischen Menschenrechtsschutzes sollte sich hingegen auf die wenige Jahre nach der EMRK verabschiedete ESC beschränken, die nur sozialpolitische Verpflichtungen der Mitgliedstaaten enthält, aber keine korrespondierenden individuellen Rechte. Man könnte also gegen die Ratifizierung der RESC anführen, dass sich das Akzessorietätsprinzip bei Art. 14 EMRK auf allein abwehrrechtlich

13 Vgl. zur Notwendigkeit, Gleichheitsrechte und Diskriminierungsverbote im Verbund zu interpretieren, Kingreen, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 202. Akt., Heidelberg 2020, Art. 3 Rn. 80 ff.

14 Vgl. zum Unterschied zwischen der Rechtsquelle als Geltungsgrund des Rechts und der Rechtserkenntnisquelle als Medium der systematischen Auslegung Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV), Art. 6 EUV Rn. 7.

15 BVerfG, 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08 ua. – BVerfGE 128, 326, 368.

16 Edenharter, Grundrechtsschutz in föderalen Mehrebenensystemen, Tübingen 2018 (zugl. Regensburg, Univ., Habil 2018), insbes. S. 747 ff.

17 Council of Europe, Explanatory Report to the European Social Charter (Revised) v. 3.5.1996 (Rn. 11).

18 Vgl. etwa Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention, 6. Aufl., München 2016, § 26 Rn. 1.

19 EGMR, 28.5.1985 – 15/1983/71/107-109 (Abdulaziz ua./Vereinigtes Königreich), Rn. 71.

20 Vgl. etwa Schmahl/Winkler, AVR 48 (2010), 405, 406 ff.

21 Vgl. zu den Grundrechtsfunktionen Kingreen/Poscher, Grundrechte. Staatsrecht II, 35. Aufl., Heidelberg 2019, Rn. 93 ff.

22 Peters/König, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG: Konkordanzkommentar, Bd. II, 2. Aufl., Tübingen 2013 (im Folgenden: Dörr/Grote/Marauhn, Konkordanzkommentar), Kap. 21 Rn. 42, 85.

interpretierte Freiheitsrechte bezieht, während es bei Art. E RESC auf die sozialen Handlungspflichten in Teil II der RESC Bezug nehmen könnte. Dann bedeutete die Ratifizierung der RESC tatsächlich einen gleichheitsrechtlichen Paradigmenwechsel als der sie mitunter interpretiert wird. Zwar dürfte nach wie vor kein politischer Konsens darüber möglich sein, auch soziale Rechte in die EMRK einzubeziehen.<sup>23</sup> Das kommt in dem nach wie vor aufrecht erhaltenen Dualismus der Rechtsquellen – hier die gerichtlich durchsetzbaren Individualrechte der EMRK, dort die nur sozialpolitischen Handlungspflichten der RESC mit einem nur politischen Überprüfungsmechanismus – auch durchaus treffend zum Ausdruck.

Doch hat der EGMR mit seiner Interpretation der Konvention als »living instrument«<sup>24</sup> die aus den 1950er und 60er Jahren stammende kategorische Differenzierung zwischen gerichtlich durchsetzbaren Freiheitsrechten und rechtlich nur schwach bindenden sozialpolitischen Handlungspflichten allmählich aufgeweicht.<sup>25</sup> Mittlerweile bilden die Rechte der EMRK und die sozialen Handlungspflichten der RESC in Übereinstimmung mit den entsprechenden Entwicklungen im internationalen Menschenrechtsschutz<sup>26</sup> ein »ineinander greifendes Schutzsystem«<sup>27</sup>. Darauf ist in den folgenden Abschnitten näher einzugehen.

**(2) Lockerungen der Akzessorietät zu den Freiheitsrechten**  
Der EGMR hat die Akzessorietät zwischen Art. 14 EMRK und den (sonstigen) Rechten und Freiheiten der EMRK in den vergangenen zwei Jahrzehnten zunehmend gelockert.<sup>28</sup> Dadurch kommt Art. 14 EMRK auch im Bereich der sozialen Rechte zur Anwendung und ist Maßstab für sozialrechtliche Ungleichbehandlungen:

#### i. Akzessorietät nur zum Anwendungsbereich eines Freiheitsrechts

Eine erste Aufweichung hat der Akzessorietätsgrundsatz dadurch erfahren, dass der EGMR ihn schon greifen lässt, wenn »die im Streit stehenden Tatsachen [...] in den Anwendungsbereich einer oder mehrerer materieller Konventionsgarantien fallen«<sup>29</sup>. Es muss also nicht der konkrete, durch bestimmte Präzisierungen möglicherweise eingeschränkte Schutzbereich eines Freiheitsrechts berührt sein, sondern es reicht aus, dass allgemein der Lebensbereich betroffen ist, den das Freiheitsrecht regelt.<sup>30</sup>

Was das bedeutet, zeigt sich etwa in der Entscheidung des EGMR zur früheren Feuerwehrdienstpflicht in Bayern und Baden-Württemberg. In beiden Ländern bestand eine Feuerwehrdienstpflicht nur für Männer, wobei Männer, die keinen Dienst leisteten, eine Abgabe zu zahlen hatten. Nachdem das BVerfG 1961 keine verfassungsrechtlichen Bedenken und dabei die Frage der Gleichbehandlung der Geschlechter noch nicht einmal thematisiert hatte, bejahte der EGMR 1994 einen Verstoß.<sup>31</sup> Zwar sind nach Art. 4 Abs. 2 EMRK Zwangs- und Pflichtarbeit verboten, davon sind aber nach Art. 4 Abs. 3 lit. d EMRK diejenigen Arbeiten ausgenommen, die zu den üblichen Bürgerpflichten gehören. Dazu zählte die Feuerwehrdienstpflicht ebenso wie die daran anknüpfende Abgabe. Damit war an sich tatbestandlich kein Recht aus der EMRK einschlägig, an das Art. 14 EMRK hätte anknüpfen können. Der EGMR sieht aber auch den Ausnahmetatbestand des Art. 4 Abs. 3 EMRK als ein in der Konvention begründetes Recht und daher den Tatbestand des Art. 14 EMRK als eröffnet an.<sup>32</sup> Nur ein Jahr später hat dann auch das BVerfG die Feuerwehrdienstpflicht und die daran anknüpfende Abgabe als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 (S. 1) GG für verfassungswidrig erklärt.<sup>33</sup>

Die zunehmend geringen Anforderungen an den Bezug eines Sachverhalts zu einem Freiheitsrecht sind auch die Erklärung dafür, dass Art. 14 EMRK auch auf Sozialleistungsansprüche anwendbar ist. Der EGMR fragt insoweit stets, ob das in Frage stehende sozioökonomische Recht (die staatliche Leistung) zur Beförderung einer konventi-

23 Nußberger, Sozialstandards im Völkerrecht (Fn. 9), S. 79.

24 Dazu noch unten (3).

25 Zur Entwicklung ausführlich Frohwerk, Soziale Not in der Rechtsprechung des EGMR, Tübingen 2012 (Gießen, Univ., Diss. 2011, unter dem Titel: Menschenwürde, Existenzminimum und EMRK), S. 8 ff.

26 Vgl. zur Entwicklung in Deutschland noch unten 3.a).

27 Schmidt, Europäische Menschenrechtskonvention und EMRK, Baden-Baden 2003 (zugl. München, Univ., Diss. 2002), S. 33.

28 Sauer, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 2. Aufl., München 2015, Art. 14 Rn. 14 ff.

29 EGMR, 18.7.1994 – 13580/88 (Schmidt/Bundesrepublik Deutschland), Rn. 22; ferner etwa EGMR, 25.10.2005 – 59140/00 (Okpiz/Bundesrepublik Deutschland), Rn. 30 und EGMR, 22.1.2008 – 43546/02 (E.B./Frankreich), Rn. 47 f.

30 Vgl. zur Unterscheidung zwischen Schutz- und Regelungs- bzw. Anwendungsbereich eines Freiheitsrechts der EMRK etwa Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention (Fn. 18), § 18 Rn. 4.

31 EGMR, 18.7.1994 – 13580/88 (Karlheinz Schmidt).

32 EGMR, 18.7.1994 – 13580/88 (Karlheinz Schmidt), Rn. 24.

33 BVerfG, 24.1.1995 – 1 BvL 18/93 ua. – BVerfGE 92, 91, 109 ff.

onsrechtlich geschützten Freiheit beiträgt.<sup>34</sup> Er sieht dabei mit Art. 8 EMRK (Schutz des Privat- und Familienlebens) und Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK (1. ZP EMRK) vor allem Regelungsbereiche von zwei Freiheitsrechten als betroffen an:

- Art. 8 EMRK ist berührt, sofern es sich um staatliche Leistungen zur Unterstützung und Ermöglichung gewisser Freiheitsausübungen im Bereich des Familienlebens (etwa Kinder- und Elterngeld<sup>35</sup>) handelt. So ging es beispielsweise in der Entscheidung *Okpiz* um die Frage, ob die Beschränkung des Anspruchs auf Kindergeld auf Ausländer, die über ein dauerhaftes Aufenthaltsrecht verfügen, gegen Art. 14 EMRK verstößt. Der EGMR sieht die Konventionsstaaten zwar nicht durch Art. 8 EMRK verpflichtet, Familienleistungen vorzusehen.<sup>36</sup> Dennoch bejahte er einen Bezug zu Art. 8 EMRK. Die Begründung für die Akzessorität ist vergleichsweise schlicht: »Durch die Gewährung von Kindergeld können die Staaten deutlich machen, dass sie das Familienleben i.S. von Art. 8 der Konvention achten; das Kindergeld fällt deshalb in den Anwendungsbereich dieser Vorschrift [...]. Daraus folgt, dass Art. 14 i.V. mit Art. 8 EMRK im vorliegenden Fall anwendbar ist.«<sup>37</sup> Im Ergebnis hat der EGMR eine Diskriminierung wegen der nationalen Herkunft angenommen, ohne dass dies aber im deutschen Sozialrecht für größere Verwerfungen gesorgt hätte, denn bereits zuvor hatte das BVerfG der einschlägigen Regelung einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG attestiert.<sup>38</sup> Überhaupt hat der EGMR in den meisten auf Familienleistungen bezogenen Fällen einen Verstoß gegen Art. 8 EMRK bejaht.<sup>39</sup>
- Erhebliche Bedeutung hat ferner die Rechtsprechung zur Eigentumsgarantie (Art. 1 1. ZP EMRK). Im Österreich betreffenden Fall *Gaygusuz* fühlte sich ein türkischer Staatsangehöriger diskriminiert, weil ihm ein als Notstandshilfe fungierender Pensionsvorschuss nach dem Arbeitslosenversicherungsgesetz wegen seiner Staatsangehörigkeit versagt worden war. Es stellte sich die Frage, ob die Notstandshilfe, die im zeitlichen Anschluss an die Arbeitslosenhilfe bedürftigen Personen geleistet und teils aus Beiträgen, teils aus Steuermitteln finanziert wurde, als Eigentum iSv. Art. 1 1. ZP EMRK anzusehen war. Der EGMR hat das wiederum mit vergleichsweise geringem Begründungsaufwand bejaht: Der Anspruch auf Notstandshilfe entstehe nach Auslaufen der Arbeitslosenhilfe, die beitragsfinanziert sei; daher sei auch die Notstandshilfe beitragsabhängig und mithin ein vermögenswertes Recht iSv. Art. 1 1. ZP EMRK.<sup>40</sup> In späteren Entscheidungen hat der EGMR dann sogar die auch die deutsche Eigentumsdogmatik prägende (aber auch dort eher fragwürdige) Differenzierung zwischen beitrags- und steuerfinanzierten

Sozialleistungen<sup>41</sup> für irrelevant erklärt.<sup>42</sup> Er begründet dies ua. mit seiner Rechtsprechung zu Art. 6 Abs. 1 EMRK (Recht auf ein faires Verfahren), dessen Anwendungsbereich er selbst bei solchen Sozialleistungen bejaht habe, die nicht auf Beiträgen beruhen. Außerdem würden Sozialversicherungsansprüche in den Mitgliedstaaten unterschiedlich finanziert; eine Differenzierung nach beitrags- und steuerfinanzierten Systemen gefährde daher nicht nur die praktische Wirksamkeit des Eigentumsgrundrechts, sondern sei gerade in Systemen mit Mischfinanzierung künstlich.<sup>43</sup> Man könnte hinzufügen, dass ja auch beim Sacheigentum nicht danach differenziert wird, ob es das Ergebnis eigener Leistung ist.<sup>44</sup>

Insbesondere in seiner Rechtsprechung zum Eigentumschutz von Sozialleistungsrechten betont der EGMR allerdings den Gestaltungsspielraum der Vertragsstaaten in wirtschafts- und sozialpolitischen Fragen: »Because of their direct knowledge of their society and its needs, the national authorities are in principle better placed than the international judge to appreciate what is in the public interest on social or economic grounds, and the Court will generally respect the legislature's policy choice unless it is manifestly without reasonable foundation.«<sup>45</sup> Diese eher geringe Kontrolldichte bewirkt, dass der EGMR einen Konventionsverstoß in den meisten Fällen verneint hat.<sup>46</sup>

34 *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz (Fn. 12), S. 371.

35 Vgl. neben den im Folgenden genannten Entscheidungen etwa noch EGMR, 31.3.2009 – 44399/05 (*Weller/Ungarn*), Rn. 29.

36 EGMR, 28.10.2010 – 40080/07 (*Fawsie/Griechenland*), Rn. 27 und EGMR, 28.10.2010 – 40083/07 (*Saidoun/Griechenland*), Rn. 28.

37 EGMR, 25.10.2005 – 59140/00 (*Okpiz/Bundesrepublik Deutschland*), Rn. 32.

38 BVerfG, 6.7.2004 – 1 BvL 4/97 – BVerfGE 111, 160, 169 ff.; dazu auch noch unten 3.a).

39 Vgl. dazu die Nachweise bei *Dörr/Grote/Marauhn-Peters/König*, Konkordanzkommentar (Fn. 22), Kap. 21 Rn. 85 Fn. 321.

40 EGMR, 16.9.1996 – 17371/90 (*Gaygusuz/Österreich*), Rn. 39.

41 *Kingreen*, Jura 2016, 390, 393 mwN.

42 EGMR, 30.9.2003 – 40892/98 (*Koua Poirrez/Frankreich*), Rn. 36; zustimmend *Nußberger*, Sozialstandards im Völkerrecht (Fn. 9), S. 360 f.

43 EGMR, 6.7.2005 – 65731/01 und 65900/01 (*Stec ua./Vereinigtes Königreich*), Rn. 47 ff.; es handelt sich insoweit um die Zulassungsentscheidung, nicht um die Entscheidung in der Sache.

44 In diesem Sinne etwa *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. 1, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 14 Rn. 75.

45 EGMR, 6.7.2005 – 65731/01 und 65900/01 (*Stec ua./Vereinigtes Königreich*), Rn. 52.

46 EGMR, 6.7.2005 – 65731/01 und 65900/01 (*Stec ua./Vereinigtes Königreich*), Rn. 47 ff.; weitere Fälle bei *Dörr/Grote/Marauhn-Peters/König*, Konkordanzkommentar (Fn. 22), Kap. 21 Rn. 85 Fn. 323.

Die Aufweichungen des Akzessorietätsgrundsatzes führen also auf der einen Seite dazu, dass Art. 14 EMRK zu einem wichtigen Maßstab auch für arbeits- und sozialrechtliche Ungleichbehandlungen geworden ist. Sie passen sich damit ein in die allgemeine Entwicklung der Freiheitsrechte der EMRK, die vom EGMR nicht mehr nur als negatorische Abwehrrechte begriffen werden, sondern auch als Gewährleistungspflichten (»positive obligations«).<sup>47</sup> Insoweit knüpft Art. 14 EMRK nach wie vor akzessorisch an in ihrer Bedeutung freilich erweiterte Freiheitsrechte der EMRK an. Auf der anderen Seite wird aber auch deutlich, dass Benachteiligungen im Sozialleistungsrecht (insbesondere wegen der Staatsangehörigkeit, aber auch wegen des Geschlechts) zwar rechtfertigungsbedürftig sind, aber zumindest außerhalb von Familienleistungen auch rechtfertigungsfähig sind. Art. 14 EMRK fordert also keine ausnahmslose sozialrechtliche Gleichbehandlung von In- und Ausländern. An diese Rechtsprechung kann die systematische Auslegung von Art. E RESC anknüpfen, die zudem durch eine genetische Auslegung gestützt werden kann. Denn ausweislich der Erläuterungen im Anhang zur Charta wird Art. E RESC bei einer »sachlich und sinnvoll begründete[n] unterschiedliche[n] Behandlung« nicht als verletzt angesehen. In den Erläuterungen des Ministerkomitees wird zudem hervorgehoben, dass der Gleichbehandlungsanspruch nur für Ausländer gilt, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet des betreffenden Staates aufhalten und/oder dort beschäftigt sind.<sup>48</sup> Aus Art. E RESC kann man daher insbesondere keinen generellen Anspruch von Ausländern auf Grundsicherungsleistungen ableiten.

## ii. Sozialrechtliches Kohärenzgebot

### (»Wenn-dann-Begründung«)

Der teilhaberechtliche Ansatz wird durch einen weiteren, teilweise mit dem vorstehenden verknüpften,<sup>49</sup> Begründungsansatz verstärkt. Der EGMR verlangt den Konventionsstaaten nämlich bei der Ausgestaltung von Sozialleistungen Kohärenz ab. Dieser sog. »Wenn-dann-Ansatz« begründet zwar keinen originären Anspruch auf noch nicht existierende soziale Leistungen, wohl aber auf diskriminierungsfreie Teilhabe an solchen Sozialleistungssystemen, die bereits existieren. Teilhaberechte sind »Wenn-dann-Rechte«.

Der typische Argumentationsgang lässt sich im Wesentlichen wie folgt zusammenfassen: Zwar gewährleistet bei-

spielsweise Art. 1 1. ZP EMRK keinen Anspruch auf Erwerb von Eigentum; wenn der Staat aber ein Bonus- oder Pensionssystem einrichtet, so muss er das in nicht-diskriminierender Weise tun.<sup>50</sup> Entsprechendes gilt etwa für die in Art. 11 EMRK gewährleistete Koalitionsfreiheit, die zwar Gewerkschaftsmitgliedern keinen Anspruch auf staatliche Vergünstigungen gewährleistet; wenn diese Leistungen aber erbracht werden, so muss dies diskriminierungsfrei geschehen.<sup>51</sup> In beiden Fällen folgen aus den Freiheitsrechten also keine originären Leistungsrechte. In Verbindung mit Art. 14 EMRK besteht aber ein Anspruch auf grundsätzlich gleiche sozial(rechtlich)e Teilhabe an vorhandenen sozialen Leistungssystemen; Ungleichbehandlungen sind auch insoweit nicht per se rechtswidrig, bedürfen aber einer Rechtfertigung. Da die RESC methodisch im Lichte des verwandten Art. 14 EMRK auszulegen ist, liegt darin eine Ausweitung und Beschränkung zugleich: Zwar begründet auch Art. E RESC ein soziales Teilhaberecht, das unabhängig von den dort genannten Kriterien gilt; aber konkrete soziale Ansprüche auf noch nicht existierende Leistungen lassen sich daraus nicht ableiten.

### (3) Interpretatorische Einbeziehung der RESC in die EMRK

Die Interpretation von Art. 14 EMRK als soziales Teilhaberecht führt zu einer Relativierung der vormaligen Unterscheidung zwischen den freiheitsrechtlichen Abwehrrechten der EMRK und den sozialrechtlichen Schutzverpflichtungen der (R)ESC. Das erklärt, weshalb der EGMR die (R)ESC und andere völkersozialrechtliche Bestimmungen mittlerweile auch zur Auslegung der Rechte der EMRK heranzieht.<sup>52</sup>

Grundlegend, auch unter methodischen Gesichtspunkten, ist insoweit die EGMR-Entscheidung *Demir und Baykara*, in der es um staatliche Behinderungen bei der Gründung von Gewerkschaften und dem Abschluss von Tarifverträgen für Mitarbeiter im öffentlichen Dienst

<sup>47</sup> Dazu *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (Fn. 18), § 16 Rn. 1 ff.

<sup>48</sup> Council of Europe, Explanatory Report to the European Social Charter (Revised) v. 3.5.1996, Ziffer 136 (Fn. 11).

<sup>49</sup> Vgl. namentlich EGMR, 6.7.2005 – 65731/01 und 65900/01 (Stec ua./Vereinigtes Königreich), Rn. 53.

<sup>50</sup> So die Argumentation in EGMR, 29.6.2006 – 23960/02 (Zeman/Österreich), Rn. 34.

<sup>51</sup> EGMR, 6.2.1976 – 5589/72 (Schmidt und Dahlström/Schweden), Rn. 39.

<sup>52</sup> Zum Folgenden ausführlich insbes. *Lörcher*, ZESAR 2015, 265 ff.

ging.<sup>53</sup> Für die Auslegung von Art. 11 EMRK seien, so der EGMR, die Auslegungsregeln in den Art. 31–33 WVK maßgebend.<sup>54</sup> Dabei seien die Vorschriften der Konvention nicht der alleinige Bezugspunkt bei der Auslegung der in ihr garantierten Rechte und Freiheiten. Zu berücksichtigen seien auch alle Regeln und Grundsätze des Völkerrechts, die zwischen den Vertragsstaaten gelten, so der EGMR unter Hinweis auch auf den Grundsatz der systematischen Auslegung in Art. 31 Abs. 3. lit. c WVK. Die Konvention sei ein »living instrument«, das unter Berücksichtigung insbesondere der Regeln des nationalen Rechts und des Völkerrechts auszulegen sei.<sup>55</sup> Unter Hinweis auf seine langjährige Rechtsprechung skizziert der EGMR die Umrisse eines internationalrechtlichen Grundrechtsverbundes, der Einfluss auf die Auslegung der EMRK-Rechte habe. Bestandteil dieses Verbundes sind nach Ansicht des EGMR auch die Europäische Sozialcharta und die Spruchpraxis ihrer Kontrollausschüsse. Dabei hebt der EGMR hervor, dass die völkerrechtlichen Rechtserkenntnisquellen des Grundrechtsverbundes nach seiner gefestigten Rechtsprechung unabhängig davon heranzuziehen seien, ob der beklagte Staat diese gezeichnet oder ratifiziert habe.<sup>56</sup>

Dieser dynamische Interpretationsansatz ermöglicht es dem EGMR, auch völkerrechtliche Vereinbarungen jüngerer Datums zu berücksichtigen, etwa die UN-Behinderterrechtskonvention bei der Frage, ob Schülerinnen und Schüler mit Behinderung einen Anspruch auf inklusive Beschulung haben. Gegenstand der insoweit grundlegenden Entscheidung *Cam* war die Weigerung einer Musikhochschule in der Türkei, eine Studentin mit Sehbehinderung aufzunehmen. Der EGMR sah darin eine Verletzung von Art. 14 EMRK: Zur Begründung hat er die in Art. 2 UN-BRK gründende Verpflichtung auf Schaffung »angemessener Vorkehrungen« in das Recht der EMRK übertragen und die Verletzung dieser Verpflichtung als eine Diskriminierung iSv. Art. 14 EMRK angesehen.<sup>57</sup> Die Vertragsstaaten hätten zwar einen weiten Entscheidungsspielraum bei der Auswahl der Mittel, um den Bildungsbedürfnissen von Kindern mit Behinderung gerecht zu werden. Die vollständige Verweigerung angemessener Vorkehrungen, um den Bildungsbedürfnissen von Kindern mit Behinderung zu begegnen, stelle jedoch eine nicht zu rechtfertigende Diskriminierung iSv. Art. 14 EMRK dar.<sup>58</sup> In der nachfolgenden Entscheidung *Şahin* – es ging um unangemessene Vorkehrungen für den Zugang eines

Querschnittsgelähmten zum Campus einer Universität – hat er diese Linie bestätigt.<sup>59</sup> Das dem Völkerrecht entnommene Konzept der »angemessenen Vorkehrungen« kontrastiert mit dem »Vorbehalt des Möglichen«, unter den das BVerfG den aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG abgeleiteten Anspruch auf inklusive Bildung bislang noch stellt.<sup>60</sup>

Diese Rechtsprechung zeigt sehr deutlich, dass Inhalt und Umfang des staatlichen Grundrechtsschutzes über die für alle Konventionsstaaten maßgebliche Brücke der EMRK auch durch völkerrechtliche Rechtsregime beeinflusst werden, und zwar selbst für den Fall, dass ein Staat das einschlägige Abkommen gar nicht ratifiziert hat. Das Diskriminierungsverbot in Art. E RESC und die Schlussfolgerungen und Entscheidungen des ESCR sind also für den Grundrechtsschutz in Deutschland unabhängig davon relevant, ob die Bundesrepublik die RESC ratifiziert hat oder nicht!

#### (4) Exkurs: Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK

Vor diesem Hintergrund eines weitgehend gelockerten Akzessorietätsgebots in Art. 14 EMRK ist die praktische Bedeutung von Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK im hier interessierenden Kontext vergleichsweise gering.

Die Vorschrift enthält eine allgemeine – nicht akzessorische – Gleichheitsgarantie, die am 1. April 2005 mit der zehnten Ratifikation in Kraft getreten ist. Deutschland befindet sich nicht unter den Vertragsstaaten.<sup>61</sup> Das wurde 2006 noch mit der Unsicherheit begründet, ob arbeits- und sozialrechtliche Unterscheidungen zwischen Deutschen und Nicht-EU-Ausländern bei Geltung von Art. 1 des 12. Zusatzprotokolls zur EMRK noch aufrechterhalten werden können.<sup>62</sup> Nachdem aber die insoweit maßgebli-

53 EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 (Demir u. Baykara/Türkei).

54 Zu diesen bereits oben B.

55 EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 (Demir u. Baykara/Türkei), Rn. 65–68.

56 EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 (Demir u. Baykara/Türkei), Rn. 77 f.; ferner etwa EGMR, 11.10.2011 – 53124/09 (Genovese/Malta), Rn. 44.

57 EGMR, 23.2.2016 – 51500/08 (Çam/Türkei), Rn. 54, 65 ff. Vgl. zum völkerrechtlichen Kontext auch *Rabe-Rosendahl*, Angemessene Vorkehrungen für behinderte Menschen im Arbeitsrecht, Baden-Baden 2017 (zugl. Halle [Saale], Univ., Diss. 2017), S. 106 ff.; *Uerpmann-Witzack*, NZS 2017, 301, 301 f.

58 EGMR, 23.2.2016 – 51500/08 (Çam/Türkei), Rn. 68.

59 EGMR, 2.7.2018 – 23065/12 (Şahin/Türkei), Rn. 64 ff.

60 BVerfG, 8.10.1997 – 1 BvR 9/97 – BVerfGE 96, 288, 303 ff.

61 Europarat, Unterschriften und Ratifikationsstand des Vertrags 177, abrufbar unter: [http://www.coe.int/de/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/177/signatures?p\\_auth=08INGK3U](http://www.coe.int/de/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/treaty/177/signatures?p_auth=08INGK3U) (22.11.2019).

62 BT-Drs. 16/6314, S. 9.

chen Vorgaben bereits aus der Rechtsprechung zu Art. 14 EMRK folgen, dürfte diese Befürchtung mittlerweile kaum mehr begründbar sein.

#### b) Das Differenzierungskriterium »sonstiger Status«

Die Bedenken gegen Art. E RESC speisen sich nicht nur aus der Reichweite des Diskriminierungsverbots, sondern auch aus der Verwendung des Differenzierungskriteriums »sonstiger Status«. Da die Erläuterungen des Ministerkomitees insoweit nur wenig aussagekräftig sind, muss für die Interpretation wieder auf die Auslegung von Art. 14 EMRK zurückgegriffen werden.

Der EGMR interpretiert den »sonstigen Status« denkbar weit.<sup>63</sup> Erfasst sind neben Ungleichbehandlungen wegen eines rechtlich begründeten Status (etwa: beruflicher Status,<sup>64</sup> ausländerrechtlicher Status<sup>65</sup>) auch persönliche Umstände und Eigenschaften wie namentlich die (in Art. E RESC explizit aufgegriffene) Gesundheit,<sup>66</sup> die Behinderung,<sup>67</sup> das Alter und die sexuelle Orientierung.<sup>68</sup> Insgesamt ist daher die Filterfunktion des »sonstigen Status« gering. Doch ist ohnehin wesentlich weniger entscheidend, was ein »sonstiger Status« ist als vielmehr die Frage, wie hoch die Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen sind. Damit wird die Frage der Kontrolldichte adressiert. Konzeptionell (wenn auch nicht im Ergebnis) vergleichbar insbesondere mit der Rechtsprechung des U.S. Supreme Court unterscheidet der EGMR nämlich zwischen verdächtigen und sonstigen Kriterien:<sup>69</sup>

Verdächtige Kriterien sind einige, aber nicht alle der in Art. 14 EMRK ausdrücklich genannten Merkmale. Bei ihnen ist der gerichtliche Kontrollmaßstab so scharf gestellt, dass Ungleichbehandlungen in der Regel nicht zu rechtfertigen sind. Dabei handelt es sich um die expliziten Kriterien des Geschlechts, der Geburt und der nationalen Herkunft, aber auch um die »sexuelle Orientierung« als »sonstiger Status«. Wird aufgrund dieser Kriterien differenziert, fordert der EGMR für die Rechtfertigung in terminologischer, aber nicht inhaltlicher Varianz besonders gewichtige Gründe (»very weighty reasons«)<sup>70</sup> bzw. besonders überzeugende und gewichtige Gründe (»particularly and weighty reasons«)<sup>71</sup>, besonders gravierende (»particularly serious reasons«)<sup>72</sup> oder auch zwingende Gründe (»compelling reasons«)<sup>73</sup>. Noch weiter geht der EGMR bei den Kriterien der Rasse bzw. der ethnischen Herkunft. Hier werden nicht die oben aufgeführten Rechtfertigungsmaßstäbe aufgeführt. Vielmehr betont der EGMR, dass

Rassendiskriminierung eine ungeheuerliche und daher besonders zu verurteilende Form der Diskriminierung sei, die in einer demokratischen Gesellschaft, die auf den Prinzipien des Pluralismus und der kulturellen Vielfalt ruhe, unter keinen Umständen geduldet werden könne.<sup>74</sup> Daraus muss man folgern, dass Art. 14 EMRK insoweit als absolutes Differenzierungsverbot wirkt.

Als unverdächtige Kriterien sieht der EGMR hingegen tendenziell die in Art. 14 EMRK ausdrücklich aufgeführten Kriterien der politischen Anschauungen und des Vermögens. Der Verzicht auf verschärfende Ausführungen zum Prüfungsmaßstab lässt sich hier aber wohl damit erklären, dass der Schwerpunkt auf den Prüfungen der Freiheitsrechte lag, auf die der EGMR dann im Rahmen von Art. 14 EMRK nur noch knapp verweist.<sup>75</sup> Tendenzuell unverdächtig sind unter den »sonstigen Status« der berufliche<sup>76</sup> und der ausländerrechtliche Status<sup>77</sup>. Auch das Alter hat der EGMR bislang nicht als verdächtiges Kriterium angesehen und etwa die Festsetzung einer Alters-

63 Vgl. die Zusammenfassung der Rechtsprechung bei *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention (Fn. 18), § 26 Rn. 27.

64 EGMR, 7.4.2009 – 2665/02 (*Žičkus/Litauen*), Rn. 45.

65 EGMR, 27.9.2011 – 56328/07 (*Bah/Vereinigtes Königreich*), Rn. 37.

66 Vgl. zu Diskriminierungen wegen einer HIV-Infektion etwa EGMR, 10.3.2011 – 2700/10 (*Kiyutin/Russland*), Rn. 56f. und EGMR, 3.10.2013 – 552/10 (*I. B./Griechenland*), Rn. 73.

67 EGMR, 30.4.2009 – 13444/04 (*Glor/Schweiz*), Rn. 84, 94ff.

68 Zur Benachteiligung von homosexuellen Paaren bei der Stiefkindadoption etwa EGMR, 19.2.2013 – 19010/07 (*X ua./Österreich*), Rn. 99, 151.

69 So in Anlehnung an die U.S.-Doktrin *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz (Fn. 12), S. 178ff.

70 EGMR, 28.5.1985 – 9214/80 (*Abdulaziz/Vereinigtes Königreich*), Rn. 78; EGMR, 22.2.1994 – 16213/90 (*Burghartz/Schweiz*), Rn. 27; EGMR, 18.7.1994 – 20060/92 (*Schmidt/Deutschland*), Rn. 24 jeweils in Bezug auf das Geschlecht; ferner EGMR, 28.10.1987 – 8695/79 (*Inze/Österreich*), Rn. 41 und EGMR, 8.7.2003 – 31871/96 (*Sommerfeld/Deutschland*), Rn. 93 für die nichteheliche Geburt und EGMR, 16.9.1996 – 17371/90 (*Gaygusuz/Österreich*), Rn. 42 für die nationale Herkunft.

71 EGMR, 22.1.2008 – 43546/02 (*E.B./Frankreich*), Rn. 91 für die sexuelle Orientierung.

72 EGMR, 9.1.2003 – 39392/98 ua. (*L. und V./Österreich*), Rn. 45 für die sexuelle Orientierung.

73 EGMR, 28.1.1997 – 20060/92 (*von Raalte*), Rn. 42 für das Geschlecht.

74 EGMR, 13.12.2005 – 55762/00 ua. (*Timishev/Russland*), Rn. 58; EGMR, 13.11.2007 – 57325/00 (*D.H./Tschechische Republik*), Rn. 176 und EGMR, 5.6.2008 – 32526/05 (*Sampanis/Griechenland*), Rn. 69. In der Grundtendenz auch schon EGMR, 6.7.2005 – 43577/98 ua. (*Nachova/Bulgarien*), Rn. 145.

75 EGMR, 19.7.2007 – 17864/04 (*Krasnov u. Skuratov/Russland*), Rn. 69f. für die politischen Anschauungen und EGMR, 28.3.2006 – 13716/02 (*Sukhovetskyj/Ukraine*), Rn. 75f. für das Vermögen.

76 Dazu näher *Altwickler*, Menschenrechtlicher Gleichheitsschutz (Fn. 12), S. 195f.

77 EGMR, 27.9.2011 – 56328/07 (*Bah/Vereinigtes Königreich*), Rn. 37.



grenze für Adoptionen mit der Erwägung gerechtfertigt, dass es insoweit noch keinen europäischen Standard gebe und die Konventionsstaaten daher einen weiten Beurteilungsspielraum hätten.<sup>78</sup> Schließlich gibt es auch zu den Merkmalen der Behinderung und der genetischen Disposition unter dem Aspekt der Kontrolldichte kaum belastbare Rechtsprechung des EGMR;<sup>79</sup> jedenfalls handelt es sich bislang noch nicht um generell verdächtige Kriterien.

Der EGMR erklärt kaum anhand übergreifender Erklärungsmuster, warum einige Kriterien verdächtig sind, andere hingegen nicht. Den zunächst naheliegenden Weg, zwischen den ausdrücklich aufgeführten Kriterien und den »sonstigen Status« zu differenzieren, geht er jedenfalls nicht. Vereinzelt argumentiert er erläuternd mit der Geschichte von Diskriminierung und Stigmatisierung.<sup>80</sup> Das wichtigste Argumentationsmuster ist aber das Vorhandensein eines »common ground«, der den Gestaltungsspielraum der Staaten erheblich einschränkt. Diese gemeinsamen Überzeugungen können sich in der Politik des Europarats,<sup>81</sup> aber auch in völkerrechtlichen Abkommen<sup>82</sup> und schließlich in einem weitgehenden Konsens unter den Konventionsstaaten<sup>83</sup> manifestieren. Der Gerichtshof betont hingegen den weiten Gestaltungsspielraum, wenn ein solcher Standard nicht vorhanden ist. Dabei kann es um ethisch-moralische Fragestellungen<sup>84</sup> oder auch um wirtschafts- und sozialpolitische Angelegenheiten<sup>85</sup> gehen. Doch auch der »common ground« darüber, dass bestimmte Merkmale verdächtig sind, hat ein Erklärungsmuster, das der EGMR allerdings bislang allenfalls andeutet. Es muss mit anderen Worten auch eine Erklärung für den Konsens unter den Mitgliedstaaten geben, dass es »forbidden grounds of discrimination«<sup>86</sup> gibt, die Ungleichbehandlungen grundsätzlich nicht rechtfertigen können. Insoweit fällt auf, dass es durchweg um Merkmale geht, die unveränderlich sind (wie die Rasse, die nichteheliche Geburt, die sexuelle Orientierung, die Staatsangehörigkeit und jedenfalls grundsätzlich auch das Geschlecht) oder bei denen jedenfalls die Veränderung unzumutbar ist, wie bei der Staatsangehörigkeit. So hatte Lettland etwa in einem Fall, in dem eine Rente wegen der fehlenden Staatsangehörigkeit versagt worden war, darauf hingewiesen, die Beschwerdeführerin könne doch Lettin werden. Der EGMR hat zu Recht entgegengehalten, dass mit dieser Argumentation Art. 14 EMRK weitgehend ausgehöhlt werde: »To proceed otherwise in dismissing the victim's claims on the ground that he or she could have avoided the discrimination by altering one of the factors in question –

for example, by acquiring a nationality – would render Article 14 devoid of substance.«<sup>87</sup>

Die Rechtsprechung des EGMR belegt damit zweierlei: Erstens lassen sich die Bedenken an der Ausdehnung des Diskriminierungsverbots in Art. E RESC über das Kriterium des »sonstigen Status« zerstreuen. Denn dieses Kriterium ist bereits in Art. 14 EMRK enthalten und wird vom EGMR sehr weit ausgelegt; es ist nicht zu erwarten, dass Art. E RESC darauf irgendeinen Einfluss haben wird; er wird vielmehr genau in diesem Sinne zu interpretieren sein. Zweitens hat sich gezeigt, dass die Gestaltungsfreiheit der Staaten vor allem im Hinblick auf solche Kriterien sehr gering ist, die für den Betroffenen unverfügbar sind. Diskriminierungen wegen des Geschlechts, der sexuellen Orientierung usw. sind schon nach geltendem Konventionsrecht nur schwer zu rechtfertigen; auch daran würde die Ratifizierung von Art. E RESC nichts ändern.

## 2. Diskriminierungsverbote im Europäischen Unionsrecht

Die wichtigsten Rechtsquellen des gleichheitsrechtlichen Grundrechtsverbundes befinden sich mittlerweile im europäischen Unionsrecht. Man kann dabei zwei Schichten von Diskriminierungsverboten unterscheiden:

### a) Freizügigkeitsrechtliche Diskriminierungsverbote

Die freizügigkeitsrechtlichen Diskriminierungsverbote gründen historisch in den Grundfreiheiten und waren damit ursprünglich eng mit dem Ziel der Schaffung eines Binnenmarktes verknüpft (vgl. Art. 26 Abs. 2 AEUV). Ihr Anliegen war es, den Rechtsstatus Erwerbstätiger aus

78 EGMR, 10.6.2010 – 25762/07 (Schwizgebel/Schweiz), Rn. 79, 89.

79 Dazu näher Dörr/Grote/Marauhn-Peters/König, Konkordanzkommentar (Fn. 22), Kap. 21 Rn. 207, 214.

80 EGMR, 10.3.2011 – 2700/10 (Kyutin/Russland), Rn. 63.

81 EGMR, 28.10.1987 – 8695/79 (Inze/Österreich), Rn. 41 und EGMR, 5.6.2008 – 32526/05 (Sampanis/Griechenland), Rn. 37 ff.

82 Vgl. EGMR, 11.10.2011 – 53124/09 (Genovese/Malta), Rn. 44.

83 Vgl. EGMR, 10.3.2011 – 2700/10 (Kyutin/Russland), Rn. 64, wonach unter 41 von 47 Konventionsstaaten ein Konsens darüber besteht, dass für die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis kein HIV-Test verlangt werden kann.

84 Vgl. zur Vaterschaftsanfechtung EGMR, 28.11.1984 – 8777/79 (Rasmussen/Dänemark), Rn. 40 f.

85 EGMR, 12.6.2006 – 8793/73 (Stec ua./Vereinigtes Königreich), Rn. 52.

86 EGMR, 3.5.2007 – 1543/06 (Baczkowski/Polen), Rn. 95.

87 EGMR, 18.2.2009 – 55707/00 (Andrejeva/Lettland), Rn. 91.

anderen Mitgliedstaaten dem allgemeinen Ausländerrecht (heute: Migrationsrecht) zu entziehen. Von zentraler Bedeutung war und ist insoweit die Wanderarbeitnehmerverordnung VO (EG) 883/2004. Sie begründet zwar keine eigenständigen sozialen Rechte, erweitert aber die im nationalen Recht begründeten sozialen Rechte transterritorial, wenn und soweit dies zur Gewährleistung der Arbeitnehmerfreizügigkeit erforderlich ist. Sie stellt zu diesem Zweck Kollisionsregeln auf, die bei grenzüberschreitenden Sachverhalten zur Vermeidung von Doppelbelastungen und -begünstigungen über das anwendbare Recht entscheiden (vgl. Art. 11 Abs. 3 VO [EG] 883/2004). Sie enthält ferner Sachnormen, die verhindern, dass Grenzübertritt und Staatsangehörigkeit zu sozialrechtlichen Brüchen und Benachteiligungen führen: erstens ein Verbot der sozialrechtlichen Diskriminierung von EU-Ausländern in Art. 4 VO (EG) 883/2004, zweitens den Grundsatz der Tatbestandsgleichstellung in Art. 5 VO (EG) 883/2004, der fingiert, dass bestimmte sozialrechtlich relevante Ereignisse, die in einem Mitgliedstaat eingetreten sind, so behandelt werden, als seien sie im Gebiet des zuständigen Staates verwirklicht worden, und drittens das grundsätzliche Verbot, die Gewährung von Sozialleistungen vom Wohnort abhängig zu machen (Art. 7 VO [EG] 883/2004).<sup>88</sup> Dieses Regime ist weitgehend etabliert und verursacht keine grundsätzlichen Anwendungsprobleme mehr; auch die Art. 18 und 19 RESC gehen über diese grundsätzlichen Pflichten zur Gleichbehandlung von Erwerbstätigen aus anderen Mitgliedstaaten nicht hinaus. Daher wird auch das auf diese Pflichten bezogene Diskriminierungsverbot in Art. E RESC keine zusätzlichen Wirkungen entfalten.

Nach dem Übergang von der Wirtschaftsgemeinschaft in die Politische Union durch den Vertrag von Maastricht (1992) ist dieses arbeitnehmerbezogene Freizügigkeitsrecht durch Art. 21 AEUV verallgemeinert worden.<sup>89</sup> In einer 1998 einsetzenden Reihe von Entscheidungen hat der EuGH das aus Art. 21 AEUV folgende Freizügigkeitsrecht mit dem Gebot der Inländerbehandlung (Art. 18 Abs. 1 AEUV) verkoppelt. Er leitet aus Art. 21 AEUV ein Recht auf Aufenthalt in allen Mitgliedstaaten ab und profiliert Art. 18 Abs. 1 AEUV als Recht im Aufenthalt, das auch eine sozialrechtliche Dimension hat.<sup>90</sup> Jeder Unionsbürger, der sich rechtmäßig im Gebiet eines anderen Mitgliedstaates aufhielt, hatte danach grundsätzlich Anspruch auf Gewährung der Inländern zustehenden

Sozialleistungen.<sup>91</sup> Diese Rechtsprechung ist 2004 in der sog. Freizügigkeits-Richtlinie 2004/38/EG kodifiziert worden, die in ihrem Art. 24 auch ein auf Sozialleistungen bezogenes Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit enthält. Allerdings folgt daraus kein unbedingter Anspruch auf sozialrechtliche Gleichbehandlung. In den Entscheidungen *Dano*<sup>92</sup> und *Alimanovic*<sup>93</sup> ging es jeweils um die Frage, ob der in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. b SGB II angeordnete dauerhafte Ausschluss von Arbeit suchenden Unionsbürgern von Hartz-IV-Leistungen mit Art. 24 RL 2004/38/EG vereinbar war, der mit kleineren Einschränkungen auch für Sozialleistungen gilt. Dennoch hat der EuGH den Gleichbehandlungsanspruch verneint, weil dieser nach Art. 24 Abs. 1 RL 2004/38/EG von einem Aufenthaltsrecht *aufgrund dieser Richtlinie* abhängt.<sup>94</sup> Es kommt also, anders als in den noch vor Inkrafttreten der Richtlinie ergangenen Entscheidungen, nicht mehr auf einen nach nationalem Recht ausgestellten Aufenthaltstitel an, sondern auf ein europäisiertes Aufenthaltsrecht, und dieses setzt voraus, dass der Betroffene für sich und seine Familienangehörigen über ausreichende Existenzmittel verfügt (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG). Wer Grundsicherungsleistungen beansprucht, besitzt diese offensichtlich nicht.<sup>95</sup> Auch insoweit sind keine Konflikte durch die Ratifizierung der RESC zu erwarten. Schon der von Deutschland einschränkungslos ratifizierte Art. 13 Nr. 1 ESC enthält zwar die Verpflichtung der Vertragsparteien, sicherzustellen, dass jedem, der nicht über ausreichende Mittel verfügt und sich diese auch nicht selbst oder von anderen, insbesondere durch Leistungen aus einem System der Sozialen Sicherheit verschaffen kann, ausreichende Unterstützung

88 Vgl. zusammenfassend etwa Calliess/Ruffert-Brechmann, EUV/AEUV (Fn. 14), Art. 48 AEUV Rn. 14 ff.

89 Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, Tübingen 2007 (zugl. München, Univ., Diss. 2007), S. 122 ff., 358 ff.

90 Becker, EuR Beih. 2007, 95, 103 f.; Kingreen, EuR Beih. 2007, 43, 56.

91 EuGH, 12.5.1998 – C-85/96 – Slg. 1998, I-2691 (Martínez Sala), Rn. 62 ff.; EuGH, 20.9.2001 – C-184/99 – Slg. 2001, I-6193 (Grzelczyk), Rn. 27 ff.; EuGH, 11.7.2002 – C-224/98 – Slg. 2002, I-6191 (D’Hoop), Rn. 30 f.; EuGH, 23.3.2004 – C-138/02 – Slg. 2004, I-2703 (Collins), Rn. 65; EuGH, 7.9.2004 – C-456/02 – Slg. 2004, I-7573 (Trojani), Rn. 31 ff.; EuGH, 15.3.2005 – C-209/03 – Slg. 2005, I-2119 (Bidar), Rn. 31 ff.; EuGH, 18.11.2008 – C-158/07 – Slg. 2008, I-8507 (Förster), Rn. 34 ff.

92 EuGH, 11.11.2014 – C-333/13 – NJW 2015, 145 (Dano).

93 EuGH, 15.9.2015 – C-67/14 – NJW 2016, 555 (Alimanovic).

94 EuGH, 11.11.2014 – C-333/13 – NJW 2015, 145 (Dano), Rn. 66.

95 EuGH, 11.11.2014 – C-333/13 – NJW 2015, 145 (Dano), Rn. 67 ff.

gewährt wird. Aber nach Art. 13 Nr. 4 RESC beschränkt sich diese Verpflichtung auf Personen, die sich rechtmäßig im Staatsgebiet aufhalten, und dies ist selbst bei Unionsbürgern, die nicht für ihren Lebensunterhalt sorgen können, aufgrund der genannten unionsrechtlichen Vorgaben nicht der Fall. Auch das darauf bezogene Diskriminierungsverbot in Art. E RESC reicht nur so weit wie Art. 13 RESC, der auch sozialrechtliche Ungleichbehandlungen von Personen deckt, die sich nicht rechtmäßig im Leistungsstaat aufhalten.<sup>96</sup>

Damit kann man insgesamt festhalten, dass die Ratifizierung von Art. E RESC keinen Einfluss auf das sekundärrechtlich ausdifferenzierte Regime sozialrechtlicher Diskriminierungsverbote im Freizügigkeitsrecht der EU haben wird.

#### b) Menschenrechtliche Diskriminierungsverbote

Die seit 2009 rechtsverbindliche Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) kodifiziert in Art. 20 GRCh einen allgemeinen Gleichheitssatz und in den Art. 21, 23–26 GRCh besondere Gleichheitssätze. Diese binden nach Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh primär und umfassend die Organe der Union, die Mitgliedstaaten aber nur bei der Durchführung des Unionsrechts.

Die Bedeutung dieser Gleichheitsgrundrechte in der Rechtsprechung des EuGH ist aber insgesamt überschaubar, weil zentrale gleichheitsrechtliche Konfliktfelder sekundärrechtlich geregelt sind. Art. 19 Abs. 1 AEUV (ursprünglich: Art. 13 Abs. 1 EGV) begründet nämlich seit 1997 eine Kompetenz der Union, geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Die Union hat davon 2000 durch drei Antidiskriminierungs-Richtlinien Gebrauch gemacht, die neben den Mitgliedstaaten auch private Unternehmen binden: Die RL 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterscheidung der Rasse oder der ethnischen Herkunft verbietet Diskriminierungen wegen dieser Kriterien in wichtigen Lebensbereichen (insbesondere Einstellung von Arbeitnehmern, Vermietung von Wohnraum). Der EuGH hat daher etwa die Ankündigung eines Unternehmens, Angehörige bestimmter ethnischer Herkunft nicht einzustellen, weil die Kunden diese angeblich ablehnten, als rechtswidrig verworfen.<sup>97</sup>

Die RL 2000/78/EG zur Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf verbietet Ungleichbehandlungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Orientierung. Sie ist sachlich auf das Arbeitsleben beschränkt, reicht also insoweit zwar weniger weit als die RL 2000/43/EG, ist aber wegen des im Vergleich weiteren Katalogs der Diskriminierungsverbote von enormer praktischer Relevanz. Gewissen Konfliktstoff hat hier insbesondere das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ausgelöst. Gegen das Verbot der Alterdiskriminierung können insbesondere Altersgrenzen verstoßen; allerdings sieht Art. 6 RL 2000/78/EG hier anders als bei den anderen Kriterien die Möglichkeit der Rechtfertigung vor. Beispielsweise waren kürzere Kündigungsfristen für jüngere als für ältere Arbeitnehmer<sup>98</sup> und Altersgrenzen für Vertragsärzte<sup>99</sup> und für Piloten<sup>100</sup> mangels kohärenter Begründung nicht zu rechtfertigen. Legitim sind hingegen Altersgrenzen im öffentlichen Dienst, um dort eine ausgewogene Altersstruktur zu gewährleisten<sup>101</sup>. Gegen das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Orientierung kann die Ungleichbehandlung von Lebenspartnerschaften gegenüber der Ehe verstoßen<sup>102</sup> und gegen das Verbot der Diskriminierung wegen der Religion die Praxis der Religionsgemeinschaften, nur Personen einzustellen, die Mitglieder dieser Gemeinschaften sind<sup>103</sup>. Schließlich verbietet die RL 2004/113/EG zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts auch außerhalb des Arbeitslebens; damit waren etwa unterschiedliche Versicherungstarife für Frauen und Männer unvereinbar.<sup>104</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat das Richtlinienpaket 2006 im Allgemeinen Diskriminierungsgesetz (AGG) umgesetzt, das ua. auch ein arbeitsrechtliches Diskrimi-

96 Offenbar anders, aber ohne nähere Begründung *Oberhauser/Steffen*, ZAR 2017, 149, 153.

97 EuGH, 10.7.2008 – C-54/07 – Slg. 2008, I-5187 (Feryn).

98 EuGH, 19.1.2010 – C-555/07 – Slg. 2010, I-365 (Küçükdeveci).

99 EuGH, 12.1.2010 – C-341/08 – Slg. 2010, I-47 (Petersen).

100 EuGH, 13.9.2011 – C-447/09 – Slg. 2011, I-8003 (Prigge ua.).

101 EuGH, 21.7.2011 – C-159/10 – Slg. 2011, I-6919 (Fuchs).

102 EuGH, 1.4.2008 – C-267/06 – Slg. 2008, I-1757 (Maruko).

103 EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – NZA 2018, 569 (Egenberger).

104 EuGH, 1.3.2011 – C-236/09 – Slg. 2011, I-773 (Test-Achats).

nierungsverbot (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 1–4 AGG) enthält.<sup>105</sup> Entgegen den Warnungen vor einer Klageflut ist seine praktische Bedeutung in der Rechtsprechung aber insgesamt gering geblieben.<sup>106</sup>

Das Diskriminierungsverbot in Art. E RESC bezieht sich zwar auch auf die vornehmlich arbeitsrechtlichen Bestimmungen in Art. 1–10 RESC, deren Auslegung im Einzelnen noch ungeklärt ist. Allerdings ist zu erwarten, dass der ECSR die Auslegung der auf das Arbeitsrecht bezogenen Diskriminierungsverbote eng an die Rechtsprechung des EuGH anlehnen wird. Das zeigt die im Verfahren der Kollektivbeschwerde ergangene Entscheidung (»decision«)<sup>107</sup> des ECSR gegen Norwegen 2013. Hier hat der ECSR im Rahmen der Prüfung der Vereinbarkeit von Kündigungen wegen des Alters bei Erreichen einer rentenversicherungsrechtlichen Regelaltersgrenze ausführlich die gesamte einschlägige Rechtsprechung des EuGH rezipiert<sup>108</sup> und auf dieser Grundlage schließlich einen Verstoß gegen Art. 24 RESC bejaht; im Schrifttum wird mit Recht darauf hingewiesen, dass der EuGH den Fall nicht anders entschieden hätte.<sup>109</sup> Das ist selbstverständlich keine Garantie dafür, dass die Entscheidungen des ECSR und des EuGH im Ergebnis stets übereinstimmen werden. Entscheidend ist aber, dass der ECSR sich methodisch an den Auslegungsregeln der WVK orientiert und im Wege systematischer Auslegung (vgl. Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK) insbesondere das Unionsrecht in die Auslegung der Normen der RESC einbezieht.

Umgekehrt wird der EuGH wegen der von ihm gerade im Verhältnis zum Europarat hochgehaltenen Autonomie des Unionsrechts<sup>110</sup> Entscheidungen des ECSR, wenn überhaupt, nur sehr zurückhaltend rezipieren. Deshalb wird auch die zukünftige Entscheidungspraxis des EuGH durch die Interpretation der RESC durch den ECSR kaum wesentlich beeinflusst werden.

### 3. Art. 3 Abs. 1, 3 GG

Das Grundgesetz enthält neben einem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) Diskriminierungsverbote (Art. 3 Abs. 3 GG), die sich verschärfend auf die Prüfung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen auswirken. Die Rechtsprechung des BVerfG weist erhebliche Parallelen insbesondere mit der Rechtsprechung des EGMR auf. Das BVerfG interpretiert Art. 3 Abs. 1 GG nämlich ebenfalls als soziales Teil-

haberecht und hat den Kreis der unter Art. 3 Abs. 3 GG fallenden Differenzierungskriterien faktisch erweitert, obwohl dieser anders als Art. 14 EMRK abschließend formuliert ist:

#### a) Art. 3 Abs. 1 GG als soziales Teilhaberecht

Das BVerfG hat den allgemeinen Gleichheitssatz in der grundlegenden Numerus-Clausus-Entscheidung (1972) zu einem Teilhaberecht ausgebaut, das einen Anspruch auf Gleichberechtigung beim Zugang zu staatlichen Leistungssystemen generiert.<sup>111</sup> Art. 3 Abs. 1 GG ist dann konsequenterweise später auch Maßstab für sozialrechtliche Ungleichbehandlungen geworden. Das BVerfG hat in mehreren Entscheidungen klargestellt, dass Ungleichbehandlungen von Aus- gegenüber Inländern beim Sozialleistungsbezug an Art. 3 Abs. 1 GG zu messen sind. Die Begründungen für die Verfassungswidrigkeit haben sich in den letzten Jahren verändert:

Zwei Entscheidungen aus 2004 betrafen Sozialleistungen, die das BVerfG jedenfalls auch dem Bereich der Familienförderung zugeordnet hat. Hier verschärft das BVerfG den Prüfungsmaßstab mit der Begründung, dass Familienleistungen den Schutzbereich von Art. 6 Abs. 1 GG betreffen. Differenzierungen zwischen Familien sieht es daher kritisch: »Es darf [...] nicht allein aus fiskalischen Erwägungen eine Gruppe von Personen, gegenüber denen der Staat aus Art. 6 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG grundsätzlich zu einem Familienlastenausgleich verpflichtet ist, von einer bestimmten Leistung ausgeschlossen werden, die anderen gewährt wird. Der Ausschluss muss vielmehr sachlich gerechtfertigt sein.«<sup>112</sup> Das hat das BVerfG in den beiden einschlägigen Entscheidungen verneint. Es hat zunächst die Nichtgewährung von Kindergeld an Ausländer, die nur über eine ausländerrechtliche Aufenthaltsbefugnis (§§ 30–33 AuslG aF.) verfügten, für verfassungs-

<sup>105</sup> Dazu etwa *Schreiber*, JURA 2010, 499 ff.

<sup>106</sup> Vgl. zum Verbot der Benachteiligung wegen der Behinderung BAG, 21.11.2017 – 9 AZR 141/17 – AP Nr. 9 zu § 7 AGG; zur Benachteiligung wegen der Religion BAG, 8.9.2011 – 2 AZR 543/10 – AP Nr. 92 zu § 1 KSchG 1969.

<sup>107</sup> Zur Unterscheidung zwischen »conclusions« und »decisions« oben I.

<sup>108</sup> European Committee of Social Rights, 2.7.2013 – Complaint No. 74/2011 (FFFS/Norwegen), Rn. 31 ff.

<sup>109</sup> *Krebber*, EuZA 2018, 155, 171 f.

<sup>110</sup> EuGH, 18.12.2014 – 2/13 – DÖV 2016, 36 (Gutachten 2/13), Rn. 166 ff.

<sup>111</sup> BVerfG, 18.7.1972 – 1 BvL 32/70 ua. – BVerfGE 33, 303.

<sup>112</sup> BVerfG, 6.7.2004 – 1 BvL 4/97 – BVerfGE 111, 160, 172.

widrig erklärt. Das Kindergeld sei seit seiner Einführung auch dazu bestimmt gewesen, die wirtschaftliche Belastung, die Eltern durch die Sorge für ihre Kinder entsteht, teilweise auszugleichen; Deutsche, Ausländer mit Aufenthaltsberechtigung oder -erlaubnis und Ausländer ohne diese Aufenthaltstitel, die aber in Deutschland legal lebten, seien aber in gleicher Weise durch die persönlichen und finanziellen Aufwendungen bei der Kindererziehung belastet.<sup>113</sup> Mit vergleichbarer Argumentation hat das BVerfG den generellen Ausschluss von Ausländern mit Aufenthaltsbefugnis vom Erziehungsgeld für verfassungswidrig erklärt. Zugleich hat es aber eine Rechtfertigungsmöglichkeit auch nicht ausgeschlossen. Der Gesetzgeber kann die Gewährung von Erziehungsgeld davon abhängig machen, dass der zur Betreuung eines Kindes bereite Elternteil an der Aufnahme oder Fortsetzung einer Erwerbstätigkeit rechtlich nicht gehindert ist.<sup>114</sup>

Anders argumentierte das BVerfG dann 2012 bei der Prüfung von Vorschriften des bayerischen Landeserziehungsgeldgesetzes, die die meisten Unionsbürger vom Anspruch auf Erziehungsgeld ausschlossen. Es sei dem Gesetzgeber zwar nicht generell untersagt, nach der Staatsangehörigkeit zu differenzieren, denn das Merkmal »Staatsangehörigkeit« falle nicht in den Kriterienkatalog des Art. 3 Abs. 3 GG. Dass die Staatsangehörigkeit kein generell unzulässiges Differenzierungsmerkmal sei, bedeutet aber nicht, dass eine grundlose Ungleichbehandlung von Ausländern und Deutschen vor Art. 3 Abs. 1 GG Bestand haben könnte. Das BVerfG legt dabei mit folgender Begründung einen verschärften Prüfungsmaßstab an: Die Staatsangehörigkeit sei der antragstellenden Person »kaum verfügbar«, denn sie hänge »grundsätzlich von der Staatsangehörigkeit ihrer Eltern oder dem Ort ihrer Geburt und damit von Umständen ab, die sie nicht beeinflussen kann. Eine Änderung der Staatsangehörigkeit ist nur unter Voraussetzungen möglich, die wiederum nicht allein im Belieben der Betroffenen stehen.«<sup>115</sup> Auf dieser Grundlage hat das BVerfG dann auch diesen Ausschlussbestand für verfassungswidrig erklärt.

Die zuletzt genannte Entscheidung bezieht sich zur Begründung explizit auch auf die einschlägige Rechtsprechung des EGMR.<sup>116</sup> Auch der EGMR prüft Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit bei familienfördernden Sozialleistungen besonders streng und hat diese in der Regel als Verstoß gegen Art. 14 EMRK angesehen.<sup>117</sup> Zudem gleichen sich die Begründungen an: Die Staatsan-

gehörigkeit ist ein Differenzierungsmerkmal, das für den Einzelnen ebenso schlecht beeinflussbar ist wie die ausdrücklich in Art. 3 Abs. 3 GG genannten Kriterien. Der Beschluss zum bayerischen Erziehungsgeld reiht sich damit ein in weitere Entscheidungen, die den Prüfungsmaßstab auch bei nicht unter Art. 3 Abs. 3 GG fallenden Kriterien verschärft hat. Darauf ist im Folgenden noch näher einzugehen.

## b) Diskriminierungsverbote

Art. 3 Abs. 3 GG greift Unrechtserfahrungen auf und reflektiert daher besondere »gleichheitsrechtliche Gefährdungslagen«<sup>118</sup>. »Angehörige strukturell diskriminierungsgefährdeter Gruppen vor Benachteiligung«<sup>119</sup> schützt er dadurch, dass er den Prüfungsmaßstab für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen verschärft.

Anders als bei Art. E RESC und bei Art. 14 EMRK ist der Katalog der grundsätzlich verbotenen Differenzierungskriterien in Art. 3 Abs. 3 GG zwar abschließend. Das BVerfG hat ihn auch nicht richterrechtlich ergänzt. Aber es macht die Intensität der gerichtlichen Kontrolldichte bei Art. 3 Abs. 1 GG davon abhängig, »inwieweit die Betroffenen in der Lage sind, durch ihr Verhalten die Verwirklichung der Merkmale zu beeinflussen, nach denen unterschieden wird.«<sup>120</sup> An diese Begründung konnte es nicht nur anknüpfen, um sozialrechtliche Ungleichbehandlungen wegen der Staatsangehörigkeit für verfassungswidrig zu erklären. Vielmehr sieht es auch das Kriterium der »sexuellen Orientierung« als unverfügbar an.<sup>121</sup> Es hat daher durchweg alle Benachteiligungen von Lebenspartnerschaften gegenüber der (noch traditionell als Verbindung von Frau und Mann verstandenen) Ehe für verfassungswidrig erklärt, weil »die Entscheidung des Einzelnen für eine Ehe oder eine einge-

113 BVerfG, 6.7.2004 – 1 BvL 4/97 – BVerfGE 111, 160, 173 f.

114 BVerfG, 6.7.2004 – 1 BvR 2515/95 – BVerfGE 111, 176, 184 ff.

115 BVerfG, 7.2.2012 – 1 BvL 14/07 – BVerfGE 130, 240, 255.

116 Vgl. BVerfG, 7.2.2012 – 1 BvL 14/07 – BVerfGE 130, 240, 253 f.

117 S. oben 1.a)(2)i.

118 Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber/Voßkuhle (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 7. Aufl., München 2018, Art. 3 Rn. 387.

119 BVerfG, 10.10.2017 – 1 BvR 2019/16 – BVerfGE 147, 1 = NJW 2017, 3643, 3647.

120 BVerfG, 16.1.1993 – 1 BvL 38/92 ua. – BVerfGE 88, 87, 96.

121 BVerfG, 19.6.2012 – 2 BvR 1397/09 – BVerfGE 131, 239, 256 f.; BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 16/11 – BVerfGE 132, 179, 189; BVerfG, 7.5.2013 – 2 BvR 909/06 ua. – BVerfGE 133, 377, 408.

tragene Lebenspartnerschaft [...] kaum trennbar mit seiner sexuellen Orientierung verbunden«<sup>122</sup> sei. Dieser Begründungsansatz berücksichtigt, dass unverfügbare Kriterien die Identität eines Menschen (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG) ausmachen und daher untrennbar mit seiner Würde (Art. 1 Abs. 1 GG) verbunden sind.<sup>123</sup> Er führt allerdings im Ergebnis dazu, dass sich die gerichtliche Kontrolldichte bei den nicht oder kaum verfügbaren Merkmalen nicht mehr substantiell von der Prüfung bei Art. 3 Abs. 3 GG unterscheidet. Besonders überraschend ist das freilich nicht, denn die Kriterien in Art. 3 Abs. 3 GG eint die Tatsache, dass der Einzelne sie nicht oder nur unter erschwerten Voraussetzungen beeinflussen kann.

Die Entwicklung der deutschen Rechtsprechung belegt exemplarisch, dass sich eine Kritik an der Ausweitung des Diskriminierungsschutzes nicht gegen die Offenheit eines Kataloges von verdächtigen Merkmalen richten sollte, wie sie auch Art. E RESC enthält. Maßgebend ist vielmehr die gerichtliche Kontrolldichte im Rahmen der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen.

#### IV. Analytische Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Die nach 1945 entstandenen Grundrechtskataloge auf staatlicher und überstaatlicher Ebene waren geprägt durch die vergleichsweise strenge Unterscheidung zwischen gerichtlich durchsetzbaren Freiheitsrechten auf der einen und sozialen Garantien auf der anderen Seite, die lediglich als Handlungspflichten der Staaten formuliert wurden, ohne individuelle Rechtspositionen zu gewährleisten. Dieser Dualismus der Grundrechtsfunktionen, der insbesondere auch im Nebeneinander der justiziablen Rechte der EMRK und der nur politisch überprüfbaren sozialen Handlungspflichten der RESC zum Ausdruck kommt, ist zwar nach wie vor präsent und mag auch die Zurückhaltung bei der Ratifizierung der RESC erklären. Er ist indes im europäischen wie im deutschen Verfassungsrecht behutsam aufgeweicht worden. Dieser Annäherung von Freiheits- und sozialen Rechten ist es zu verdanken, dass sich auch das Diskriminierungsverbot des Art. E RESC mittlerweile nahtlos in den europäischen Grundrechtsverbund aus Gleichheitsrechten der EMRK, des europäischen Unionsrechts und des Grundgesetzes einfügt. Der Gleichlauf zeigt sich erstens darin, dass alle Grundrechtsordnun-

gen Gleichheitssätze auch als soziale Teilhaberechte begreifen, die sozialrechtliche Ungleichbehandlungen insbesondere wegen der Staatsangehörigkeit unter einen Rechtfertigungszwang stellen, und zweitens in der Normierung von Diskriminierungsverboten, die Ungleichbehandlungen wegen solcher Merkmale grundsätzlich ausschließen, auf die der Einzelne keinen oder einen nur geringen Einfluss hat. Aufgrund der Homogenität dieses Grundrechtsverbundes erübrigen sich die bislang noch geäußerten Bedenken gegen die Ratifizierung der RESC durch die Bundesrepublik Deutschland. Im Einzelnen:

1. Die Auslegung von Art. E RESC folgt den Auslegungsregeln der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK). Maßgebend ist daher neben dem Wortlaut der Norm insbesondere ihr systematischer Kontext, der auch durch andere Menschenrechtsdokumente erschlossen wird, die die Vertragsstaaten der RESC binden. Für die Interpretation von Art. E RESC hat daher die Interpretation von Art. 14 EMRK durch den EGMR herausragende Bedeutung. Sein Wortlaut entspricht im Wesentlichen Art. 14 EMRK, und auch in den Materialien zu Art. E RESC wird auf diese Parallele explizit hingewiesen. Die hermeneutische Analyse der zu Art. 14 EMRK ergangenen Rechtsprechung des EGMR dient also nicht nur dazu, den Stand der ohnehin (dh. unabhängig von der Ratifizierung von Art. E RESC) bestehenden Gleichheitsbindung aufzuzeigen. Vielmehr sind EMRK und die dazu ergangene Rechtsprechung des EGMR die entscheidenden Rechtserkenntnisquellen auch für die Auslegung von Art. E RESC. Diese haben aber auch wiederum maßgebliche Rückwirkungen auf die Auslegung der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote (Art. 52 Abs. 3 GRCh) und der Grundrechte des Grundgesetzes.
2. Das Diskriminierungsverbot des Art. 14 EMRK ist ebenso wie Art. E RESC geprägt durch das sog. Akzessorietätsprinzip, denn er bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf den »Genuss der in dieser Konvention anerkannten Rechte und Freiheiten«. Da diese Rechte historisch nur als Freiheitsrechte begriffen wurden, diente der Akzessorietätsgrundsatz auch dazu, soziale Grundrechtsgewährleistungen aus der EMRK fernzuhalten. Der EGMR hat diese binäre Per-

<sup>122</sup> BVerfG, 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07 – BVerfGE 124, 199, 221; ferner BVerfG, 21.7.2010 – 1 BvR 611/07 ua. – BVerfGE 126, 400, 419.

<sup>123</sup> Für diesen Zusammenhang etwa *Classen*, Staatsrecht II: Grundrechte, München 2018, § 17 Rn. 32.

spektive auf die Grundrechtsfunktionen aber in Übereinstimmung mit Entwicklungen im internationalen Menschenrechtsschutz mittlerweile verlassen:

- a. Erstens hat der EGMR den Akzessorietätsgrundsatz mittlerweile so weit aufgeweicht, dass er die Anwendung von Art. 14 EMRK kaum mehr beschränkt. Dazu hat auch eine interpretatorische Fortentwicklung der EMRK-Freiheitsrechte selbst beigetragen, die der EGMR als dynamisch verstandenes »living instrument« begreift. Art. 14 EMRK ist dadurch etwa zum Maßstab für Benachteiligungen insbesondere wegen der Staatsangehörigkeit bei Familienleistungen geworden, weil diese den Schutzbereich des Art. 8 EMRK (Recht auf Achtung des Familienlebens) tangieren, und kommt auch bei sonstigen Sozialleistungen zum Einsatz, die der EGMR unabhängig davon, ob diese beitrags- oder steuerfinanziert sind, der Eigentumsgarantie von Art. 1 des 1. Zusatzprotokolls zur EMRK unterstellt. Zugleich belässt er den Vertragsstaaten aber gerade bei den allgemeinen Sozialleistungen einen angemessenen Gestaltungsspielraum. Die Interpretation von Art. 14 EMRK als soziales Teilhaberecht kommt besonders deutlich im sog. »Wenn-dann-Ansatz« des EGMR zum Ausdruck. Die Konvention verpflichtet den einzelnen Vertragsstaat nämlich auf der einen Seite zwar nicht zur Schaffung konkreter sozialer Leistungsrechte, dh. auch Art. 14 EMRK ist kein Leistungsrecht. Wenn der Staat aber ein soziales Sicherungssystem schafft, muss er erklären, warum er Personen insbesondere wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Geschlechts unterschiedlich behandelt.
  - b. Zweitens hat der EGMR den überkommenen Antagonismus zwischen Freiheits- und sozialen Rechten dadurch überwunden, dass er die RESC in jüngeren Entscheidungen bei der Interpretation der (Freiheits-)Rechte der EMRK berücksichtigt. Dabei betont er, dass die Einbeziehung der RESC nicht davon abhängt, ob der beklagte Vertragsstaat diese ratifiziert habe oder nicht. Schon die Bindung an die EMRK und nicht erst die Ratifizierung der RESC macht diese also mittelbar zum Maßstab auch für die staatliche Sozialpolitik.
3. Auch hinsichtlich der verbotenen Kriterien kann sich die Auslegung von Art. E RESC eng an Art. 14 EMRK orientieren. Ebenso wie diese öffnet er das Diskriminierungsverbot mit dem »sonstigen Status« für weitere personenbezogene Kriterien. Der EGMR interpretiert diese Öffnungsklausel zwar durchaus weit. Damit ist aber keine unangemessene Ausweitung des Diskriminierungsverbots verbunden. Denn entscheidend ist insoweit nicht der Kreis der einschlägigen Kriterien, sondern die Kontrolldichte. Diese ist nur dann besonders intensiv, wenn Ungleichbehandlungen auf Krite-

rien beruhen, die für den Einzelnen nicht oder kaum beeinflussbar sind. Damit setzt der EGMR die Werkidee der besonderen Diskriminierungsverbote – den Schutz der Identität und Würde – konsequent um. An dieser auch im U.S.-amerikanischen Verfassungsrecht maßgeblichen Differenzierung zwischen verdächtigen und unverdächtigen Kriterien wird sich auch die Auslegungspraxis bei Art. E RESC orientieren.

4. Das europäische Unionsrecht hat sich in den vergangenen zwei Jahrzehnten zum wichtigsten Motor des Anti-Diskriminierungsrechts entwickelt. Ursprünglich vor allem auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit und später die allgemeine Freizügigkeit bezogen, formuliert es mit dem Richtlinienpaket aus dem Jahre 2000 einen explizit menschenrechtlichen Anspruch auf Gleichbehandlung. Die dort enthaltenen, grundsätzlich verbotenen Differenzierungsmerkmale sind wie im Recht der EMRK dadurch gekennzeichnet, dass sie für den Einzelnen weitgehend unverfügbar sind. Ebenso wie die EMRK gewährleistet es damit nicht nur soziale Teilhaberechte, sondern schützt die Gleichheit auch in besonders diskriminierungssensiblen Bereichen. Die Umsetzung des Richtlinienpakets ins deutsche AGG hat entgegen vieler Befürchtungen nicht zu Klagewellen und disruptiven Veränderungen des Diskriminierungsrechts in Deutschland geführt. Auch das Diskriminierungsverbot in Art. E RESC wird dieses Modell des freizügigkeitsrechtlichen und grundrechtlichen Gleichheitsschutzes nicht verändern. Der für die Überprüfung der RESC zuständige Europäische Ausschuss für Sozialrechte orientiert sich in seiner Praxis eng an der einschlägigen Judikatur des EuGH.
5. Die deutsche Verfassungsrechtsprechung hat sich im Bereich der Gleichheitssätze weitgehend im Gleichlauf und unter Einfluss der Diskriminierungsverbote in der EMRK und im Unionsrecht entwickelt. Das BVerfG sieht in den Grundrechten, insbesondere in Art. 3 Abs. 1 GG, nicht nur Freiheits-, sondern auch soziale Teilhaberechte, die namentlich sozialrechtliche Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit nur unter strengen Voraussetzungen zulassen. Es hat zudem den Kreis der abschließenden Kriterien in Art. 3 Abs. 3 GG durch weitere Merkmale ergänzt, die für den Einzelnen (weitgehend) unverfügbar sind.

## Zusammenfassungen

### Gallner: Arbeitszeit- und Urlaubsrecht europäisch gedacht

SR 2/2020, S. 45–56

Die Verfasserin beschäftigt sich zunächst mit der Bedeutung, den Regelungsgegenständen und dem Arbeitnehmerbegriff der Arbeitszeitrichtlinie, welche Art. 31 GRC sowohl im Arbeitszeitrecht im engeren Sinne als auch im Urlaubsrecht präzisiert. Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer habe das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen. Der EuGH schreibe deshalb in der Rechtsache *CCOO* vor, die tägliche Arbeitszeit objektiv, verlässlich und zugänglich zu erfassen. Er erkenne die unmittelbare Wirkung der Grundrechte auf Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf Mindestruhezeiten – nicht nur auf bezahlten Jahresurlaub – auch gegenüber privaten Arbeitgebern an. Da § 16 Abs. 2 S. 1 ArbZG jedoch auf »Mehrarbeit« im weiteren Sinne beschränkt sei, sei gesetzgeberisches Handeln geboten. Die Regelungen in § 7 Abs. 3 S. 1 iVm. Abs. 1 S. 1 BUrtG können hingegen dahingehend richtlinienkonform ausgelegt werden, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub nur dann am Ende des Kalenderjahres erlösche, wenn der Arbeitnehmer zuvor belehrt worden sei und er den Urlaub dennoch aus freien Stücken nicht genommen habe.

### Zwanziger: Zum Rechtscharakter der Betriebsrente – historische Entwicklung und aktueller Stand

SR 2/2020, S. 57–67

Der Verfasser geht der Frage nach, ob sich betriebliche Altersversorgung als Arbeitsentgelt für geleistete Arbeit oder als Fürsorge- bzw. Versorgungsleistung darstellt. Die zunächst historische Untersuchung unterteilt er in die Entwicklung vor und nach dem Betriebsrentengesetz 1974, durch das das Betriebsrentenrecht erstmals arbeitsrechtlich umfassend geregelt worden sei. Die Klärung der dogmatischen Struktur der betrieblichen Altersversorgung sei nicht etwa juristisches Glasperlenspiel, sondern von praktischer Wichtigkeit. Unterschiede ergäben sich etwa bei der betrieblichen Mitbestimmung gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, Fragen der Gleichbehandlung sowie der Abänderbarkeit – also der Ablösung und des Widerrufs – betrieblicher Altersversorgung. Mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz habe der Gesetzgeber 2017 den Begriff der betrieblichen Altersversorgung erweitert: Nach

## Abstracts

### Gallner: Working time and annual leave regulation reflected from a European perspective

SR 2/2020, S. 45–56

The author first deals with the meaning, the objects and the concept of worker of the Working Time Directive, which specifies Art. 31 GRC both in working time law in the narrower sense and in holiday law. Every worker has the right to healthy, safe and dignified working conditions. In the *CCOO* case, the ECJ therefore requires that daily working time must be recorded objectively, reliably and in an accessible manner. The ECJ recognises the direct effect of fundamental rights to limit maximum working hours and minimum rest periods – not only paid annual leave – also vis-à-vis private employers. However, since § 16 para. 2 sentence 1 ArbZG is limited to »overtime« in the broader sense, legislative action is required according to the author. By contrast, the provisions in § 7 para. 3 sentence 1 in conjunction with para. 1 sentence 1 BUrtG can be interpreted in conformity with the Directive to the effect that the entitlement to paid annual leave only expires at the end of the calendar year if the worker has previously been instructed and has nevertheless not taken the leave of his own free will.

### Zwanziger: On the legal nature of occupational pension – historical development and status quo

SR 2/2020, S. 57–67

The author examines the question of whether occupational pensions are remuneration for work performed or a welfare benefit. He divides the initially historical examination into the time before and after the Occupational Pensions Act 1974, which for the first time comprehensively regulated occupational pensions in terms of labour law. The clarification of the dogmatic structure of occupational pension schemes is not trivial, but of practical importance. Differences would arise, for example, in the area of co-termination under § 87 para. 1 no. 10 BetrVG, questions of equal treatment and the possibility of modification – i.e. replacement and revocation – of occupational pension schemes. With the Company Pension Strengthening Act, the legislator extended the concept of occupational pension schemes in 2017: Under § 1 para. 2 no. 2a BetrAVG, a scheme according to a defined contribution plan can be



§ 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG könne auf tariflicher Grundlage eine reine Beitragszusage erteilt werden. Für die Zukunft müsse geklärt werden, welchen Rechtscharakter die betriebliche Altersversorgung im Rahmen des neuen Konzepts hat.

### Kingreen: Zur Reichweite des Diskriminierungsverbots in Art. E der Revidierten Europäischen Sozialcharta

SR 2/2020, S. 68–82

Dass die Bundesrepublik Deutschland noch immer nicht die Revidierte Europäische Sozialcharta (RESC) ratifiziert habe, liege vor allem daran, dass die Reichweite des Diskriminierungsverbots in Art. E RESC im Rufe stehe, zu Ausweitungen und Veränderungen des deutschen und europäischen Antidiskriminierungsrechts zu führen. Diese Bedenken seien jedoch unbegründet. Der Verfasser erläutert, welche Rechtsquellen in methodischer Hinsicht zur Interpretation von Art. E RESC heranzuziehen seien. EMRK, GRCh und staatliche Grundrechte bildeten einen europäisierten Grundrechtsverbund, in den sich die (R)ESC schon jetzt bruchlos einfüge. Dies sei der Annäherung von Freiheits- und sozialen Rechten zu verdanken. Alle Grundrechtsordnungen begriffen Gleichheitssätze auch als soziale Teilhaberechte, die sozialrechtliche Ungleichbehandlungen unter einen Rechtfertigungszwang stellten. Auch normierten sie Diskriminierungsverbote, die Ungleichbehandlungen, auf die der Einzelne keinen oder nur einen geringen Einfluss habe, grundsätzlich ausschließen.

set up based on a collective agreement. For the future, the legal nature of occupational pension provision under the new concept have to be clarified.

### Kingreen: On the scope of the non-discrimination rule of art. E of the Revised European Social Charter

SR 2/2020, S. 68–82

The fact that the Federal Republic of Germany has still not ratified the Revised European Social Charter (RESC) is mainly due to the fact that the scope of the prohibition of discrimination in art. E RESC is called upon to lead to extensions and changes in German and European anti-discrimination law. However, these concerns are unfounded. The author explains which legal sources are relevant for the interpretation of Art. E RESC from a methodological point of view. The ECHR, CFR and national fundamental rights form a European network of fundamental rights, into which the (R)ESC already fits seamlessly. This is due to the convergence of civil liberties and social rights. All fundamental rights systems also understand equality principles as social participation rights, which place unequal treatment under a justification obligation. They also lay down prohibitions of discrimination which fundamentally rule out unequal treatment over which the individual has little or no influence.

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

#### Abhandlungen

- *Reingard Zimmer: Vereinigungsfreiheit und Recht auf Kollektivverhandlungen in der Praxis: Die Bedeutung der ILO-Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 für das deutsche Arbeitsrecht*
- *Anne Trebilcock: Alternative means of giving effect to ILO standards – embedding, practical application and feedback functions*
- *Annette Niederfranke: Globale Trends in der Arbeitswelt – Herausforderungen für die Internationale Arbeitsorganisation*
- *Jochen Juetten-Overmeyer: CSR-Compliance – IAO Standards und Umsetzung durch Unternehmen in transnationalen Lieferketten*



Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.)

## BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz

mit Wahlordnung und EBR-Gesetz

Kommentar für die Praxis

17., vollständig neu überarbeitete Auflage

2020. 3.069 Seiten, gebunden

€ 99,-

ISBN 978-3-7663-6952-9

[www.bund-verlag.de/6952](http://www.bund-verlag.de/6952)

# Mitbestimmung mitgestalten

Der große Standard-Kommentar erläutert das gesamte Betriebsverfassungsrecht umfassend und praxisbezogen. Er verarbeitet die aktuelle Rechtsprechung, einschließlich der Urteile des EuGH. Für wichtige, noch nicht richterlich entschiedene Fragen entwickeln die Autoren praxisingerechte und innovative Lösungen.

### Schwerpunkte

- › Datenschutz im Betriebsratsbüro und Stellung des Betriebsrats in der »digitalisierten« Welt
- › Folgen des neuen Datenschutzrechts für die Mitbestimmung (Informationsrechte, Arbeitsschutz, Arbeitszeit, mobile Arbeit, Kontrolle durch den Arbeitgeber)
- › Betriebsratsrechte bei Anwendungen künstlicher Intelligenz
- › Neues bei Matrix-Organisationen
- › Crowdwork und andere neue Arbeitsformen
- › EuGH-Rechtsprechung zur Arbeitszeiterfassung
- › Rechte des Betriebsrats bei Verschmelzungen und Spaltungen von Unternehmen
- › Auswirkungen neuer Technologien auf Interessenausgleich und Sozialplan
- › Neues Gesetz zu Geschäftsgeheimnissen, Whistleblower – Richtlinie der EU

### Vorteile auf einen Blick

- › Innovative Lösungen für neue Handlungsbereiche und alle Zweifelsfälle der Mitbestimmung
- › Umfassende Analyse der gesamten Rechtsprechung
- › Geschätzt und anerkannt bei Betriebsräten, Fachanwälten und Arbeitsrichtern

## Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/6952](http://www.bund-verlag.de/6952) 2. Daten eingeben 3. Absenden oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6952-9	Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.) Betriebsverfassungsgesetz	99,-

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:

Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am MainInfotelefon:  
069 / 79 50 10-20Fax:  
069 / 79 50 10-11E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de
[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

### Immer topaktuell informiert sein

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