

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Abhandlungen

Arbeits- und sozialgerichtlicher Rechtsschutz in der Pandemie –
empirische Erkenntnisse und theoretische Fragen für die Zukunft

Armin Höland/Felix Welti _____ Seite **1**

Die Durchsetzung von Arbeitsrecht bei grenzüberschreitenden Einsätzen
von Arbeitskräften im Lichte aktueller Entwicklungen

Ernesto Klengel _____ Seite **13**

Ein Begründer des sozialen Rechtsstaats – Hermann Heller zum 90. Todestag

Thilo Scholle _____ Seite **35**

Komplex, aber hilfreich



Wedde

Hinweisgeberschutzgesetz

Basiskommentar zum HinSchG

2024. 204 Seiten, kartoniert

€ 39,-

ISBN 978-3-7663-7348-9

bund-shop.de/7348

Das neue Hinweisgeberschutzgesetz schützt Personen, die im beruflichen Kontext auf illegale Missstände hinweisen. Es geht vor allem um Verstöße gegen Strafvorschriften oder bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten. Darunter fallen auch Verstöße gegen Arbeits- und Gesundheitsschutzregeln. Hinweisgeber müssen vor Repressalien durch den Arbeitgeber oder Dritte geschützt werden. Einschüchterung, Mobbing, Abmahnung, Kündigung – jegliche Druckmittel oder Sanktionen in Folge eines Hinweises sind verboten und können zu erheblichen Schadenersatzforderungen führen.

Die Umsetzung des Gesetzes in den Betrieben und Dienststellen ist komplex. Betriebsräte und Personalräte haben umfassende Mitbestimmungsrechte. Ihnen gibt der Kommentar schnelle Orientierung und praktische Hinweise. Aber auch für deren Berater, für Personalverantwortliche, Rechtsanwälte und Richter bietet er mit übersichtlicher Darstellung einen guten Einstieg in das Thema.

Vorteile auf einen Blick:

- › Bietet schnelle Orientierung
- › Sorgt für Klarheit in schwierigen Fällen
- › Zeigt die Mitbestimmungsrechte von Betriebsräten und Personalräten

Impressum

Soziales Recht

1/2024

ISSN 2193-5157

Februar 2024, 14. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.

Hochschule Mainz

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde, Jürgen Scholl

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Heike Sandrock

Tel. 069/79 50 10-602

anzeigen@bund-verlag.de

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

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermedien.de

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

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

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

Arbeits- und sozialgerichtlicher Rechtsschutz in der Pandemie – empirische Erkenntnisse und theoretische Fragen für die Zukunft

Prof. Dr. Armin Höland, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg/
Prof. Dr. Felix Welti, Universität Kassel

I. Einleitung

Mit der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Deutschen Bundestag am 25. März 2020 war die seit Anfang des Jahres im Land registrierte Sars-CoV-2-Epidemie amtlich in Deutschland angekommen. Anlass und Grundlage des Parlamentsbeschlusses war der seinerseits neu gefasste § 5 Abs. 1 S. 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG).¹ Binnen weniger Wochen hatte die nach ihrer Wirkung bald nur noch mit COVID-19 bezeichnete Pandemie in einem bislang nicht gekannten Ausmaß alle Bereiche des öffentlichen und des privaten Lebens erfasst und zur Anpassung an die neue Lage veranlasst. Zu den staatlichen Institutionen, die sich auf die neue Lage einrichten mussten, gehörten die fünf Gerichtsbarkeiten in der Bundesrepublik Deutschland. Für zwei von ihnen, die Gerichte für Arbeitssachen und die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit, liegen seit Ende des Jahres 2021 empirische Erkenntnisse zu den Auswirkungen der Pandemie vor. Ergänzt werden sie durch Forschungsergebnisse zu ausgewählten Zweigen der Sozialverwaltung, nämlich der Bundesagentur für Arbeit, der Deutschen Rentenversicherung Bund und der Jobcenter. Erhoben wurden alle Befunde im Zeitraum von August 2020 bis Ende des Jahres 2021 durch zwei Forschungsgruppen an der Universität Kassel und am Zentrum für Sozialforschung Halle (ZSH) im Rahmen des »Fördernetzwerks Interdisziplinäre Sozialpolitikforschung« (FIS) des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.² Wertvolle ideelle Unterstützung erhielt das Forschungsprojekt durch den Deutschen Arbeitsgerichtsverband und den Deutschen Sozialgerichtstag.

Leitende Forschungsfrage war, ob und wie es den Gerichten unter den Bedingungen der Pandemie gelungen ist, die neuartige Herausforderung eines Weges zwischen Infektionsschutz und Rechtsschutz zu bewältigen. Zu Erkenntnis-

sen verhalf in erster Linie die bundesweite online-Befragung von berufsmäßig tätigen Richterinnen und Richtern der beiden Gerichtsbarkeiten, die Befragung von ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern und die Befragung von Prozessvertreterinnen und Prozessvertretern sowohl aus der Anwaltschaft als auch aus Verbänden und Sozialleistungsträgern. Die zu insgesamt über 13.000 auswertbaren Fragebögen führende Befragung der verschiedenen Gruppen fand im Frühjahr 2021 statt und hatte die Erfahrungen des ersten Jahres der Pandemie zum Gegenstand. Zur Vertiefung einzelner Forschungsbefunde und Auswertungen sei auf bereits vorliegende Veröffentlichungen und den online verfügbaren Abschlussbericht verwiesen.³

In institutioneller Hinsicht soll der Schwerpunkt der Betrachtung im Folgenden auf den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit liegen. Die Erfahrungen aus der Arbeitsgerichtsbarkeit, die mit strukturgleichen Fragebögen erhoben wurden, werden unter ausgewählten Gesichtspunkten vergleichend herangezogen.

1 Zum Beschluss siehe Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 154. Sitzung, Plenarprotokoll 19/154, S. 19169C. § 5 IfSG wurde neu gefasst mit Wirkung vom 28.3.2020 durch Artikel 1 Ziffer 4 des Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020, BGBl. I S. 587.

2 Unter der Leitung der Professoren Felix Welti (Universität Kassel) und Armin Höland (ZSH und Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg) wirkten an dem Forschungsprojekt mit: die Soziologinnen Susanne Kaufmann und Christina Maischak (ZSH), die Juristen Clemens Dahlke (ZSH) und Jan Trienekens (Universität Kassel), die Praktikantin Nicola Klose (ZSH) und die studentischen Hilfskräfte Miranda Gecaj, Ilona Hayungs und Eliana Höll (Universität Kassel).

3 Siehe ua.: Trienekens/Höland/Welti, Computer und Recht 2022, 64–72; Höland/Kaufmann/Maischak/Welti, AuR 2022, 4–7; Höland/Trienekens/Welti, Die Sozialgerichtsbarkeit 2021, 536–542; Welti/Höland/Dahlke, Die Sozialgerichtsbarkeit 2021, 480–484; Höland/Welti, SozSich 2021, 243–247; Höland/Welti, Richter ohne Robe 2021, 83–87. Der Forschungsbericht ist zu finden unter: <https://www.zsh-online.de/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen/4-berichte-und-dokumentationen/691-arbeits-und-sozialgerichte-und-sozialverwaltung-in-der-pandemie-eine-studie-im-rahmen-des-foerdernetzwerks-interdisziplinare-sozialpolitikforschung-fis-des-bundesministeriums-fuer-arbeit-und-soziales> (8.11.2023).

II. Auswirkungen der Pandemie auf Organisation und Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit

Die in den ersten Monaten des Jahres 2020 rasch um sich greifende und alsbald »nationale Tragweite« erreichende Covid-19-Pandemie stellte alle Gerichte in Deutschland vor die im Einzelnen nicht einfache Aufgabe, den Schutz ihres Personals und der Öffentlichkeit vor Infektion mit dem durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts entwickelten und konkretisierten Anspruch auf Justizgewährung in Einklang zu bringen.⁴ Der Infektionsschutz beinhaltet (und beinhaltet weiterhin) eine Vielzahl von organisatorischen und technischen Maßnahmen mit dem Ziel, Ansteckungen und Verbreitung des Virus in den prinzipiell öffentlich zugänglichen Gerichtsgebäuden so weit wie möglich zu verhindern. Die infektionsschutzrechtliche Verpflichtung der staatlichen Gerichte zur Verhütung und Abwehr von Ansteckung und Erkrankung hat eine auf der Hand liegende grundrechtliche Dimension. Aber auch die Folgen der Maßnahmen berührten Grundrechte. Neben dem Recht auf Zugang zu den staatlichen Gerichten, auf eine grundsätzlich umfassende tatsächliche und rechtliche Prüfung des Streitgegenstandes sowie auf verbindliche Entscheidung durch ein staatliches Gericht garantiert der allgemeine Justizgewährungsanspruch auch die Effektivität des Rechtsschutzes.⁵ Zur Effektivität des Rechtsschutzes gehört, dass die Gerichte binnen angemessener Frist entscheiden müssen.⁶ Es lag in gewisser Hinsicht in der Natur der Situation, dass Gerichte im ersten Jahr der Pandemie, vor allem während der beiden ersten Wellen und der damit teilweise verbundenen »lock-downs«, den zeitlichen Anforderungen des Rechtsschutzes nicht mehr gerecht werden konnten. Angesichts der Unterbrechungszeiten, die bei den Sozialgerichten aus verschiedenen Gründen durchweg länger ausfielen als bei den Arbeitsgerichten, stellt sich allerdings die Frage, ob hier in Einzelfällen die zeitlichen Anforderungen an effektiven Rechtsschutz verfehlt wurden.

1. Gerichtsorganisation

Den Arbeits- wie den Sozialgerichten ist es, nach wenigen Wochen der »Schockstarre« im März/April 2020,⁷ in bemerkenswert kurzer Zeit gelungen, ihre Organisation

und ihren Dienstbetrieb auf die rechtlichen Anforderungen und gesundheitspraktischen Gebote des Schutzes vor dem Sars-CoV-2-Virus einzurichten. Bemerkenswert ist das schon deshalb, weil es für die Situation einer Pandemie dieses Ausmaßes in Deutschland in der Praxis keine kurzfristig abrufbaren Handlungspläne und technischen Mittel gab.⁸ Dennoch gelang mit teilweise erheblicher Improvisation die Anpassung der Gerichtsorganisation an die pandemische Lage. Sie erforderte viele Einzelmaßnahmen und Flexibilität. Die Anwesenheit von Personal und Öffentlichkeit in den Gerichten musste stark vermindert, der Zugang zu den Gerichten teilweise geschlossen werden; Verhandlungstermine mussten verlegt, Arbeitsweisen im richterlichen und nichtrichterlichen Dienst auf distanzwahrende Techniken von Telefon, Video und Schichtbetrieb umgestellt werden; in baulicher und technischer Hinsicht musste eine Vielzahl von Vorkehrungen zur Vermeidung von Ansteckungen und zur Sicherung der Luftqualität bereitgestellt werden, usw. Im Ergebnis ist festzustellen, dass auch Monate nach dem Ausbruch der Pandemie weder die Arbeits- noch die Sozialgerichtsbarkeit als relevante Übertragungsorte für Virusinfektionen

4 In jahrzehntelanger Rechtsprechung geht das Bundesverfassungsgericht davon aus, dass das Grundgesetz Rechtsschutz vor den Gerichten nicht nur gemäß Art. 19 Abs. 4 GG garantiert, sondern darüber hinaus im Rahmen des allgemeinen Justizgewährungsanspruchs. Diesen sieht es als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips in Verbindung mit den Grundrechten, insbesondere Art. 2 Abs. 1 GG (vgl. BVerfG, 20.6.1995 – 1 BvR 166/93 – BVerfGE 93, 99; BVerfG, 30.4.2003 – 1 PBvU 1/02 – BVerfGE 107, 395). Hierzu jüngst der stattgebende Kammerbeschluss des 1. Senats des BVerfG, 3.6.2022 – 1 BvR 2103/16 – NJW 2022, 2677, 2678, Rn. 38. Gegenstand des Verfahrens war die Wirksamkeit einer Sportschiedsklausel zugunsten des Internationalen Sportschiedsgerichtshofs in Lausanne.

5 BVerfG aaO. unter Verweis auf BVerfG, 2.3.1993 – 1 BvR 249/92 – BVerfGE 88, 118; BVerfG, 8.11.2006 – 2 BvR 578/02 ua. – BVerfGE 117, 71; BVerfG, 15.1.2009 – 2 BvR 2044 – BVerfGE 122, 248.

6 Enders, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, 56. Ed., München August 2023, Art. 19 Rn. 79; vgl. BVerfG, 24.7.2008 – 1 BvR 547/06 – NJOZ 2009, 861, unter II.b)aa) der Gründe.

7 Den Begriff der »Schockstarre« gebrauchte ein Berufsrichter in einem der Expertengespräche zur Vorbereitung der Fragebögen.

8 Die in diesem Zusammenhang gelegentlich erwähnte, im Jahr 2012 vom Robert-Koch-Institut (RKI) entwickelte und unter Mitwirkung weiterer Bundesbehörden durchgeführte Risikoanalyse »Pandemie durch Virus Modi-SARS« mit, im Rückblick, erstaunlich realistischen Annahmen blieb allem Anschein nach ohne ausreichende politische und organisatorische Folgen. Siehe den »Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz 2012«, BT-Drs. 17/12051, S. 5 f. und den Anhang 4, S. 55 ff. Den damaligen Erkenntnisstand fasst der vom Robert-Koch-Institut zusammen mit anderen Expertengruppen erarbeitete Nationale Pandemieplan mit seinen Teilen I (Strukturen und Maßnahmen, herausgegeben von der Gesundheitsministerkonferenz der Länder, Berlin 2017) und II (Wissenschaftliche Grundlagen, herausgegeben vom RKI, Berlin 2016) zusammen. Bei allem Aufwand in der Analyse und Prognose erwies sich die staatliche und gesellschaftliche Praxis ab Februar 2020 im Hinblick auf die Reaktionen auf die Pandemie als weitgehend unvorbereitet.

bekannt geworden sind.⁹ Der Eindruck eines relativ guten Infektionsschutzes in den Gerichten und in den gerichtlichen Verfahren spiegelt sich auch in den Antworten aus beiden Gerichtsbarkeiten. Auf die Frage nach dem aktuellen Schutz am Gericht vor dem Risiko einer Sars-CoV2-Infektion fanden zum Befragungszeitpunkt¹⁰ zwei Drittel (67 %) von ihnen an den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit, die vom Gericht angeordneten Maßnahmen seien angemessen, der Schutz für sie sei bestmöglich.¹¹ Ein weiteres gutes Fünftel (22 %) hielt die vom Gericht angeordneten Maßnahmen an sich für ausreichend, beklagte aber, dass sie nicht immer eingehalten würden.¹² Nur jeweils jede(r) 12. Befragte fand in beiden untersuchten Gerichtsbarkeiten die vom Gericht angeordneten Maßnahmen nicht ausreichend und forderte, das Gericht sollte strengere Maßnahmen anordnen.

Zusammen mit weiteren Auskünften zur Art und Weise der Umrüstung des Gerichtsbetriebs machen die Aussagen deutlich, dass es den Gerichtsleitungen im Allgemeinen gelungen ist, angesichts der Pandemielage sichere und zumutbare Arbeitsbedingungen an den Gerichten zu erhalten bzw. herzustellen. Signifikante Zusammenhänge dieser Beurteilung mit Alter und Geschlecht bestehen in beiden Gerichtsbarkeiten nicht. Die richterliche Wahrnehmung des Infektionsschutzes an den Gerichten fällt ohne Unterschiede überwiegend positiv aus.

Der Preis, den alle an den Gerichten Tätigen für das strengere Regime des Dienstbetriebs zahlen mussten, bestand in einer gewissen Verarmung des sozialen Lebens im beruflichen Alltag. Mit »fehlt sehr« beantworteten fast 6 von 10 der Richterinnen und Richter (59 %) an den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit die Frage, ob ihnen die persönlichen Begegnungen und das soziale Leben mit Kolleginnen und Kollegen im Jahr 2020 durch die Einschränkung von gemeinsamen Kaffeepausen vor Ort, Geburtstagsfeiern, Betriebsausflügen, Präsenztageungen ua. fehlten.¹³ In diesen Zusammenhang gehört auch die Frage, ob die Einschränkung der persönlichen Begegnungen und des sozialen Lebens im Jahr 2020 Auswirkungen auf den fachlichen Austausch hatte. Sie wurde von fast zwei Dritteln der antwortenden Richterinnen und Richter (64 %) bejaht.¹⁴ Es fällt auf, dass sich das Empfinden des Verlustes von sozialer Kommunikation nicht gleichmäßig über alle Altersgruppen verteilte. Die Fragen nach dem Fehlen des persönlichen wie fachlichen Austauschs wurden in der Sozialgerichtsbarkeit mit starker Signifikanz

häufiger von jüngeren, das heißt hier bis zu 45 Jahren alten Richterinnen und Richtern bejaht.¹⁵

2. Mündliche Verhandlungen

Ein äußeres Zeichen der Wirkung der Pandemie auf den Gerichtsbetrieb war in beiden Gerichtsbarkeiten der starke Rückgang der Häufigkeiten mündlicher Verhandlungen im Jahr 2020. Fast 9 von 10 Richterinnen und Richter in der Sozialgerichtsbarkeit (88 %) gaben an, dass sie im Jahr 2020 weniger mündliche Verhandlungen am Gericht hatten als in den Jahren davor.¹⁶ Der Grund liegt auf der Hand. Vor allem in den ersten Monaten ab März 2020 wurde der Verhandlungsbetrieb an vielen Gerichten ganz ausgesetzt. Fast zwei Drittel (65 %) aller Richterinnen und Richter an den Sozial- und Landessozialgerichten bestätigen das in ihren Antworten für das Jahr 2020.¹⁷ Diese Vorsichtsmaßnahme hatte sich mit dem Beginn der 2. Pandemiewelle im Herbst 2020 deutlich zurückgebildet. Für den letztgenannten Zeitraum gibt nur noch jede(r) Zehnte an, dass es zeitweise keine mündlichen Verhandlungen am Gericht gegeben habe.¹⁸ Zu dem Rückgang dürften mehrere Änderungen beigetragen haben. Zu ihnen gehören vor allem die mittlerweile verbesserte Ausstattung der Gerichte mit technischen Schutzmitteln, gewachsene Routine der Vorsitzenden in der Verfahrensleitung unter Pandemiebedingungen, Verhandlungstage mit weniger Personen und größeren Abständen zwischen den Terminen, mehr persönliche Verhaltenssicherheit für den sozialen Verkehr an den Gerichten unter Pandemiebedingungen, die allmählich zunehmende Nutzung von

9 Das gilt vermutlich in gleicher Weise für die anderen drei Gerichtsbarkeiten. Der Zusammenhang liegt auch deshalb nahe, weil in nicht wenigen Justizzentren mehrere Gerichtsbarkeiten unter einem Dach und damit unter einer organisatorischen Verantwortlichkeit stehen.

10 März und April 2021.

11 Der entsprechende Anteil der Antworten in der Arbeitsgerichtsbarkeit beträgt fast drei Viertel (74 %).

12 In der Arbeitsgerichtsbarkeit 17 %

13 In der Arbeitsgerichtsbarkeit 53 %.

14 In der Arbeitsgerichtsbarkeit 58 %.

15 Für die entsprechenden Antworten aus der Arbeitsgerichtsbarkeit finden sich keine signifikanten Zusammenhänge mit dem Lebensalter.

16 In der Arbeitsgerichtsbarkeit ist der entsprechende Anteil mit 48 % fast halb so groß.

17 Hier ist bemerkenswerterweise der entsprechende Anteil der Antworten in der Arbeitsgerichtsbarkeit mit 80 % deutlich höher.

18 In der Arbeitsgerichtsbarkeit liegt der Anteil mit 7 % etwas darunter.

Bild- und Tonübertragung in mündlichen Verhandlungen und anderes.

Zur zeitlichen Dimension der Pandemiewirkungen gehörte die Dauer der Verschiebung mündlicher Verhandlungen im Frühjahr 2020. Sie ist auch im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsschutzes zu betrachten, zu der, wie erwähnt, das Gebot der Entscheidung binnen angemessener Frist gehört. Die Frage des Zusammenhangs zwischen Unterbrechungsdauer und Rechtsschutz ist nicht einfach zu beantworten. Gerichtliche Verfahren können unter bestimmten Voraussetzungen auch auf andere Weise als durch mündliche Verhandlungen einer Entscheidung zugeführt werden. Die zeitweilige Aussetzung von Terminierung bedeutet nicht prozedurales Nichtstun. Gleichwohl klingen in offenen Anmerkungen von anwaltlichen, gewerkschaftlichen und verbandlichen Prozessvertreterinnen und -vertretern im Hinblick auf die Zeiten der Unterbrechung des Verhandlungsbetriebs kritische Töne an, wie die folgenden drei Zitate belegen können:

- › Während der Pandemie (die noch andauert) habe ich insgesamt eine Verlangsamung der Arbeit der Gerichte wahrgenommen, wobei ich nicht weiß, was der Grund dafür ist. Ich würde mir wünschen, dass die Gerichte die eingeschränkten Verhandlungsmöglichkeiten mehr dazu nutzen würden, die Akten durchzuarbeiten und gerichtliche Hinweise zu geben, die dazu führen könnten, dass die Verfahren durch Klagerücknahme, Anerkenntnis oder Vergleich enden (also ohne mündliche Verhandlung). Auch eine verstärkte Nutzung der Entscheidung ohne mündliche Verhandlung vermisste ich.
- › Corona wird m.E. oft als Ausrede oder auch als Druckmittel benutzt. Es wird von den Gerichten nicht gesehen, dass Kassierer/innen, Verkäufer in Supermärkten etc. ständig dem Kundenverkehr ausgesetzt sind und viele andere Arbeitnehmer auch mit weniger sicheren Arbeitsbedingungen konfrontiert sind als die Richter und Prozessparteien, die mit Schutz weit auseinander in gut durchlüfteten Räumen sitzen.
- › Einheitliche Beantwortung für Arbeits- und Sozialrecht ist schwierig. Arbeitsgerichte fast ohne Verzögerungen und Auswirkungen, Sozialgerichte dagegen fast gar keine Termine seit einem Jahr und massive Verzögerungen.

Der letzte Kommentar weist auf einen interessanten Unterschied hin. Die Unterbrechungszeiträume in der Sozialgerichtsbarkeit waren im Vergleich zur Arbeitsgerichtsbarkeit durchweg länger. Im Frühjahr 2020 fanden in der Sozialgerichtsbarkeit in rund einem Fünftel der richterlichen Auskünfte bis zu einem Monat lang keine

mündlichen Verhandlungen am Gericht statt, jedoch nach fast vier Fünfteln der Antworten fielen mündliche Verhandlungen für den wesentlich längeren Zeitraum von 2–3 Monaten aus. In der Arbeitsgerichtsbarkeit hingegen berichtete gut die Hälfte der Antwortenden von Ausfallzeiten »bis zu 1 Monat«, also von insgesamt deutlich kürzerer Unterbrechung.

Für das Verständnis der Ursachen der Unterbrechungszeiten wie auch des Unterschiedes zwischen den beiden Gerichtsbarkeiten sind mehrere Gesichtspunkte zu beachten. Zu ihnen gehört, dass die Sozialgerichte stärker als die Arbeitsgerichte für den Verfahrenfortgang auf die Mitwirkung vor- und außergerichtlicher Akteure angewiesen sind, vor allem auf die sozialmedizinischen Gutachterinnen und Gutachter und die Sachbearbeitung in den Sozialverwaltungen. Das kommt auch in der Wahrnehmung der anwaltlichen und verbandlichen Bevollmächtigten zum Ausdruck. Auf die Frage, was aus ihrer Sicht seit Beginn der Pandemie zu längeren Verfahrensdauern beiträgt, geben mehr als 4 von 5 Antwortenden aus diesem Kreis »Verzögerungen bei Begutachtungen« an, weitere 6 von 10 nennen »Verzögerungen in der behördlichen Arbeit«.

Ein weiterer Grund für die unterschiedlich langen Unterbrechungszeiten liegt in den Prozessordnungen. Mit dem Gerichtsbescheid nach § 105 Abs. 1 SGG und dem Urteil ohne mündliche Verhandlung nach § 124 Abs. 2 SGG stehen den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit Formen der schriftlichen Entscheidung zur Verfügung, die es für die erstinstanzlichen Arbeitsgerichte in dem hier zahlenmäßig ganz überwiegenden Urteilsverfahren im Regelfall nicht gibt.¹⁹ Bei diesen beginnt die mündliche Verhandlung grundsätzlich »mit einer Verhandlung vor dem Vorsitzenden zum Zwecke der gütlichen Einigung der Parteien (Güteverhandlung)«. ²⁰ Damit erweist sich die Arbeitsgerichtsbarkeit, vor allem in der ersten Instanz und im Urteilsverfahren, nach Konzeption und Prozessordnung im

19 Die Vorschrift des § 128 Abs. 2 S. 1 ZPO über die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung findet nach § 46 Abs. 2 S. 2 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) für das Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs, in dem rund 9 von 10 aller neu zugehenden arbeitsgerichtlichen Streitsachen verhandelt werden, keine Anwendung. Im Beschlussverfahren hingegen kann das Gericht mit Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheiden, § 83 Abs. 4 S. 3 ArbGG.

20 § 54 Abs. 1 S. 1 ArbGG. Allein in den in § 54 Abs. 2 S. 1 ArbGG genannten Fällen kann der Vorsitzende eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung treffen. Zu diesen Fällen gehören die Zurücknahme der Klage, die Anerkennung des geltend gemachten Anspruchs, die Verwerfung des Einspruchs gegen ein Versäumnisurteil oder einen Vollstreckungsbescheid als unzulässig oder die Säumnis beider Parteien.

Vergleich zum sozialgerichtlichen Verfahren stärker vom Gedanken der Mündlichkeit im Sinne des präsenten Gesprächs bestimmt. In der mündlichen Verhandlung lässt sich erfahrungsgemäß vieles einfacher und rascher erledigen oder jedenfalls weiter aufklären als durch Schriftsätze und Verfügungen.

3. Richterliche Arbeitsweise und gerichtliche Entscheidungsweisen

Ein naheliegender Schutz vor den Gefahren der Ansteckung ist die Vermeidung des Kontakts mit anderen Menschen. Je nach Branche, Berufsbild und Arbeitsbedingungen kann die körperliche Anwesenheit in Betrieben und Behörden durch Verlegung des Arbeitsplatzes nach Hause (oder anderswohin) und durch Fernkommunikation vermieden werden. Diese Alternative hat seit dem Frühjahr 2020 in Gestalt von »Homeoffice« und »Remote Office« in Millionen von privatwirtschaftlichen und behördlichen Arbeitsverhältnissen Verbreitung gefunden. Auch viele Richterinnen und Richter in den beiden untersuchten Gerichtsbarkeiten nutzten und nutzen die Möglichkeit des Arbeitens zu Hause. Das mag hier weniger überraschen als in anderen Gruppen von Berufstätigen, weil es für Richterinnen und Richter nach gefestigter höchstrichterlicher Rechtsprechung grundsätzlich keine Verpflichtung zur Erledigung der Arbeiten an der Gerichtsstelle gibt.²¹ Viele richterliche Aufgaben können traditionell zu Hause erledigt werden. Ungeachtet dessen geben die Richterinnen und Richter in beiden Gerichtsbarkeiten mit jeweils deutlicher Mehrheit an, dass sich das Arbeiten zu Hause für sie pandemiebedingt verstärkt habe.²² Verstärkt wurde die Umgestaltung der Büro- und Arbeitsorganisation in den Gerichten im Jahr 2020 vielfach dadurch, dass auch Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter aus den Serviceeinheiten, soweit möglich und sinnvoll, ihre Arbeitsplätze nach Hause verlegten. Was unter dem Gesichtspunkt des Infektionsschutzes sinnvoll war und möglicherweise noch ist, bleibt auf längere Sicht im Hinblick auf Arbeitsabläufe und Zusammenarbeit nicht ohne Probleme. Fast die Hälfte der befragten Richterinnen und Richter in der Sozialgerichtsbarkeit (49 %) gab an, dass es zwischen dem richterlichen und dem nichtrichterlichen Personal insgesamt weniger Kommunikation gegeben habe²³, aus der Sicht weiterer 29 % war die Zusammenarbeit mit dem nichtrichterlichen Personal schwieriger geworden²⁴.

Das mögen Anfangsschwierigkeiten in der Einübung in stärker digitalisierte Arbeitsverhältnisse gewesen sein. Das Bild der Antworten lässt sich aber auch so verstehen, dass das technisch bedingte Auseinanderrücken von Menschen in behördlichen oder betrieblichen Arbeitsverhältnissen ungeachtet vieler Vorzüge auf Dauer zu einem gewissen Verlust an Verbindlichkeit und Genauigkeit in der Zusammenarbeit und einer schwächeren sozialen Bedeutung des Arbeitsplatzes führen kann.

III. Zunahme von Bild- und Tonübertragung in den Gerichten infolge der Pandemie

Zu den Techniken der Fernkommunikation in den Gerichten, die unter dem Gebot der Kontaktvermeidung ab dem Frühjahr 2020 innerhalb kurzer Zeit Bedeutung erlangten, gehört die zeitgleiche Übertragung von Bild und Ton einer mündlichen Verhandlung von einem »anderen Ort« in das gerichtliche Sitzungszimmer und umgekehrt. Technisch möglich ist das seit Jahrzehnten, prozessrechtlich zulässig, mit ersten Anwendungen im Strafprozess, seit 1998.²⁵

Das Bild, das sich aus den Antworten der Richterinnen und Richter der beiden Gerichtsbarkeiten zu diesem Thema ergibt, lässt sich unter vier Blickwinkeln zusammenfassen: weitgehend fehlende gerichtliche Video-Praxis vor 2020, deutlicher Entwicklungsanstoß durch die Pandemie ab Frühjahr und Sommer 2020, ungleiche regionale Verteilung digitaler Ressourcen an den Gerichten in Deutschland und verbreitete richterliche Vorbehalte dagegen, die normale mündliche Verhandlung durch eine gerichtliche Videokonferenz zu ersetzen.

21 Vgl. die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage vom 24.6.2005, BT-Drs. 15/5823, S. 1 f.

22 Für den Zeitraum von März 2020 bis zum Sommer 2020: in der Sozialgerichtsbarkeit 68 %, in der Arbeitsgerichtsbarkeit 57 %.

23 Arbeitsgerichtsbarkeit: 41 %.

24 Arbeitsgerichtsbarkeit: 32 %.

25 Die Vorschrift des § 247a StPO zur Vernehmung von Zeugen an einem anderen Ort und die zeitgleiche Übertragung von Bild und Ton in das Sitzungszimmer wurde durch das Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998 eingeführt, BGBl. I 1998, S. 820; s. hierzu den Bericht des Rechtsausschusses in der BT-Drs. 13/9063, S. 4. Zu der Praxis des LG Mainz, das bereits Mitte der 1990er Jahre bei der Vernehmung kindlicher Zeugen die Bild- und Tonübertragung aus einem anderen Raum in das Sitzungszimmer praktizierte, siehe Böhm, ZRP 1996, 259–263.

Die erste Beobachtung ist einfach und klar. Vor dem Ausbruch der Covid-19-Pandemie im Februar/März 2020 war es in deutschen Arbeits- und Sozialgerichten nur höchst selten zu gerichtlichen Videokonferenzen gekommen. Kaum jemand hatte als RichterIn oder Richter im Zusammenhang gerichtlicher Verhandlungen Erfahrungen mit einer Videokonferenz gemacht.²⁶ Das änderte sich, das ist die zweite Beobachtung, historisch gesehen geradezu schlagartig, mit dem Jahr 2020. Zum Zeitpunkt der Richterbefragung im März und April 2021 bejahte bereits jeweils rund die Hälfte der Befragten aus der Richterschaft, dass an ihrem Gericht die für zeitgleiche Bild- und Tonübertragung erforderliche IT-Ausstattung vorhanden sei.²⁷ Der rasche Verlauf der Entwicklung wird auch aus den Antworten auf die Frage deutlich, seit wann die für zeitgleiche Bild- und Tonübertragung erforderliche IT-Ausstattung an dem Gericht vorhanden sei. »Seit weniger als einem Jahr« war das für 79 % der Richterinnen und Richter in der Sozialgerichtsbarkeit der Fall, die das Vorhandensein von IT-Ausstattung bejaht hatten, und sogar für 94 % in der Arbeitsgerichtsbarkeit. Für 8 bis 9 von 10 Richterinnen und Richtern in den beiden untersuchten Gerichtsbarkeiten, die an der Befragung teilgenommen hatten, war die Ausstattung des Gerichts mit IT-Technik demnach eine ganz frische, noch kein Jahr alte Erfahrung. Von denjenigen, deren Gerichte noch nicht mit der für Bild- und Tonübertragung erforderlichen Informationstechnologie ausgestattet waren, bestätigten im Frühjahr 2021 jeweils rund 9 von 10 Antwortenden, dass die entsprechende Anschaffung geplant sei. In ihrer Zusammenschau machen die Befragungsdaten deutlich, dass die Covid-19-Pandemie ab dem Frühjahr 2020 eine spürbare Verbesserung der technologischen Ausstattungslage in den beiden hier untersuchten Gerichtsbarkeiten veranlasst hat,²⁸ wenn auch nicht in allen Bundesländern gleichermaßen. Von diesem Entwicklungsschub lässt sich unschwer vorhersagen, dass er eine über die Pandemie hinausweisende, die Gerichts- und Verhandlungsorganisation dauerhaft beeinflussende Wirkung haben wird.

Der Eindruck regional ungleich verteilter Möglichkeiten der Anwendung von Bild- und Tontechnik in Gerichten beruht nicht auf objektiver Messung, sondern auf den Aussagen der Richterinnen und Richter in den beiden Gerichtsbarkeiten. Eine Reihe von Fragen hatte die digitale Infrastruktur, die technische Ausstattung der Gerichte und der richterlichen Arbeitsplätze und die Erfahrungen

mit der Anwendung dieser Technik in gerichtlichen Verfahren zum Gegenstand.²⁹ Die aus den Antworten gewonnene Zweiteilung in digital stärkere und digital schwächere Bundesländer führt zu teilweise hochsignifikanten Zusammenhängen der richterlichen Antworten zu Kommunikations- und Arbeitsweisen mit den Bundesländern, in denen sie tätig sind. Nach diesem Datenbild ist nicht nur der technische Ausrüstungsstand in den digital stärkeren Bundesländern³⁰ besser, sondern auch die Häufigkeit der Anwendung digitaler Technik im Gericht und zu Hause im Homeoffice. Aus verbesserter Ausstattung folgt verstärkte Praxis. Das schlägt sich, vermutlich sich wechselseitig bedingend, in stärkerer Bereitschaft der Richterinnen und Richter zur Nutzung von Bild- und Tontechnik in der gerichtlichen Kommunikation und in den mündlichen Verhandlungen nieder.

Ungeachtet regionaler Vielfalt hinsichtlich Ausstattung und Anwendung der Bildschirmtechnologie stimmen in der Richterbefragung die Aussagen zu den Vor- und Nachteilen gerichtlicher Videokonferenzen im Wesentlichen überein. Die beiden wichtigsten Vorteile sind aus der Sicht der Befragten beider Gerichtsbarkeiten gleichermaßen das Vermeiden von Ansteckungsgefahr während

26 In der Arbeitsgerichtsbarkeit betrug der Anteil von Antwortenden mit solchen Erfahrungen 0,3 %, in der Sozialgerichtsbarkeit 2 %, immerhin das fast Siebenfache.

27 Arbeitsgerichtsbarkeit: 45 %, Sozialgerichtsbarkeit 55 %.

28 Das dürfte für die Zivil-, Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit in gleicher Weise gelten.

29 Gefragt wurde ua.: Ist an Ihrem Gericht die für zeitgleiche Bild- und Tonübertragung erforderliche IT-Ausstattung vorhanden? In welchem Umfang kann an Ihrem Gericht die für zeitgleiche Bild- und Tonübertragung erforderliche IT-Ausstattung genutzt werden? Welche Software für zeitgleiche Bild- und Tonübertragung ist an Ihrem Gericht vorhanden? Seit wann ist die für zeitgleiche Bild- und Tonübertragung erforderliche IT-Ausstattung an Ihrem Gericht vorhanden? Ist an Ihrem Gericht geplant, die für zeitgleiche Bild- und Tonübertragung erforderliche IT-Ausstattung anzuschaffen? Sollte die Ausstattung mit der notwendigen Technik an Ihrem Gericht Ihrer Meinung nach erfolgen? Sind Sie als RichterIn oder Richter für zeitgleiche Bild- und Tonübertragung technisch ausgestattet, wie sie bspw. für Videokonferenzen notwendig ist? Wie sicher schätzen Sie sich im Umgang mit der für Bild- und Tonübertragung notwendigen Technik ein? Womit sind Sie als RichterIn oder Richter für die orts- und zeitflexible Arbeit, bspw. im Homeoffice, durch das Gericht technisch ausgestattet? Wie gut schätzen Sie die Kompatibilität der IT-Technik der ehrenamtlichen Richterinnen und Richter mit der IT-Technik an Ihrem Gericht ein? Wie gut schätzen Sie die Kompatibilität der IT-Technik der Bevollmächtigten mit der IT-Technik an Ihrem Gericht ein? Wie gut schätzen Sie die Kompatibilität der IT-Technik der Klägerinnen und Kläger mit der IT-Technik an Ihrem Gericht ein?

30 Auf der Grundlage der Befragungsdaten sind das für die Sozialgerichtsbarkeit die acht Bundesländer Baden-Württemberg, Berlin, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Schleswig-Holstein; in der Arbeitsgerichtsbarkeit sind digital stärker gerüstet die 5 Bundesländer Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg, Nordrhein-Westfalen und Schleswig-Holstein.

einer Pandemie und das Entfallen von Anreisewegen und Anreisekosten für Parteien, Beteiligte und Prozessbevollmächtigte. Unter den Nachteilen von Videokonferenzen ragen in der Reihenfolge der Häufigkeiten vier Antworten heraus: das Risiko instabiler Netzverbindungen und somit möglicher Unterbrechungen der Verfahren,³¹ die fehlende Beobachtung der Atmosphäre bzw. Gesamtsituation in der Verhandlung einschließlich Mimik und Gestik aller Beteiligten,³² die fehlende Sicherheit aller Beteiligter im Umgang mit der Technik und das Fehlen des äußeren und formalen Rahmens einer Gerichtsverhandlung³³. Drei Zitate aus den zahlreichen offenen Anmerkungen aus der Sozialgerichtsbarkeit sollen das Meinungsbild anschaulicher gestalten:

- › Es könnte ein Ungleichgewicht zwischen Verhandlungen mit unvertretenen Klägern und solchen mit Prozessbevollmächtigten entstehen, da letztere auf lange Sicht über die ausreichende technische Ausstattung verfügen werden. Insbesondere private Kläger, die im SGB II-Leistungsbezug oder ansonsten nicht vermögend sind, könnten hier benachteiligt werden. Gespräche zwischen den Beteiligten außerhalb der Gerichtsverhandlung während des Termins werden im Rahmen einer Videokonferenz kaum mehr stattfinden. Es wird hier auch die persönliche Ebene fehlen. Die Bedeutung eines Gerichtstermins könnte für Beteiligte an Wichtigkeit verlieren, da er nur als Durchlauftermin wahrgenommen wird im Gegensatz zu einer mit Anreise und Betreten des Gerichts verbundenen Situation. Für die Vernehmung von Zeugen ist die unmittelbare und persönliche Befragung wichtig, auch um die Bedeutung der Situation hervorzuheben. Wahrung der Öffentlichkeit!
- › Keine Interaktion zwischen den Beteiligten und dem Gericht möglich wie bei persönlicher Anwesenheit im Gerichtssaal. Widerspricht dem Gedanken der mündlichen Verhandlung. Das Verfahren wird unpersönlicher und technischer.
- › Fehlen des persönlichen Eindrucks bzw. der persönlichen/unmittelbaren Einwirkungsmöglichkeiten.

Die Liste der Nachteile gerichtlicher Videokonferenzen aus Richtersicht ist erheblich länger als die der Vorteile. Dennoch führt das Meinungsbild nicht zu ausnahmsloser Ablehnung. Zwar spricht sich eine nur sehr kleine Minderheit der Befragten dafür aus, die Bild- und Tonübertragung nach § 128a ZPO³⁴ bzw. § 110a SGG zum Regelfall mündlicher Verhandlungen zu machen,³⁵ akzeptiert wird die online-Verhandlung jedoch als Ausnahme für bestimmte Situationen³⁶ und dann, wenn alle Beteiligten zustimmen³⁷. Im Ergebnis ist das Meinungsbild differenziert:

Nicht als Regelfall, aber in Ausnahmefällen und bei Zustimmung der Beteiligten wird die online-Verhandlung als Alternative zur präsenten mündlichen Verhandlung im Sitzungszimmer akzeptiert. Darin liegt eine im Vergleich zur vor-pandemischen Praxislage beachtliche Erweiterung des Einsatzes von Bildschirmtechnologie in den beiden untersuchten Gerichtsbarkeiten.

IV. Die Pandemie und die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter

Ehrenamtliche Richterinnen und Richter wirken in allen fünf Gerichtsbarkeiten in Deutschland an Verhandlungen und Entscheidungen mit.³⁸ Den zahlenmäßig größten Anteil an den rund 100.000 Ehrenamtlichen in richterlicher Funktion bilden mit insgesamt rund 40 von Hundert die ehrenamtlichen Richterinnen und Richter in der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit. Sie haben für die Arbeitsweise und Akzeptanz dieser beiden, für die Behandlung sozialer Alltagskonflikte wichtigen Gerichtsbarkeiten große Bedeutung. Einen deutlichen Hinweis auf die Wertschätzung ehrenamtlicher Richtertätigkeit bot die bis zum Ende des Jahres 2020 befristete, von gerichtlicher Gestattung abhängige Möglichkeit für ehrenamtliche Richterinnen und Richter, »an einer mündlichen Verhandlung von einem anderen Ort aus beizuwohnen, wenn es für ihn aufgrund der epidemischen Lage unzumutbar

31 Von jeweils 4 von 5 antwortenden Richterinnen und Richtern aus den beiden Gerichtsbarkeiten genannt.

32 Ebenfalls rund 4 von 5 Antwortenden aus den beiden Gerichtsbarkeiten.

33 Für die beiden zuletzt genannten Nachteile entschieden sich jeweils rund zwei Drittel aller Antwortenden.

34 § 128a ZPO wird durch § 46 Abs. 2 S. 2 ArbGG, im Unterschied zur Entscheidung im Urteilsverfahren des ersten Rechtszuges ohne mündliche Verhandlung nach § 128 Abs. 2 ZPO, nicht ausgeschlossen.

35 In der Arbeitsgerichtsbarkeit 1,4 %, in der Sozialgerichtsbarkeit 4,1 %.

36 In der Arbeitsgerichtsbarkeit 81 %, in der Sozialgerichtsbarkeit 72 %.

37 In der Arbeitsgerichtsbarkeit 10 %, in der Sozialgerichtsbarkeit 19 %.

38 S. § 1 Deutsches Richtergesetz (DRiG): Die rechtsprechende Gewalt wird durch Berufsrichter und durch ehrenamtliche Richter ausgeübt. Zu Status, Rechten und Pflichten der Ehrenamtlichen siehe §§ 44–45a DRiG. Näher zur Rechtsempirie Höland/Buchwald/Krausbeck, Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Arbeits- und in der Sozialgerichtsbarkeit – Ergebnisse einer repräsentativen Befragung in Baden-Württemberg, Berlin und Sachsen-Anhalt. Forschungsberichte aus dem zsh 18-01, Halle (Saale) 2018 (<https://www.zsh-online.de/veroeffentlichungen/veroeffentlichungen/6-zsh-reihen/510-ehrenamtliche-richterinnen-und-richter-in-der-arbeitsgerichtsbarkeit-und-in-der-sozialgerichtsbarkeit-ergebnisse-einer-repraesentativen-befragung-in-baden-wuerttemberg-berlin-und-sachsen-anhalt> [8.11.2023]).

ist, persönlich an der Gerichtsstelle zu erscheinen«.³⁹ Übertragen werden sollte die Verhandlung zeitgleich in Bild und Ton an den anderen Ort und in das Sitzungszimmer. Der Gesetzgeber begründete die befristete Regelung damit, dass auf die Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit in der Pandemiesituation besondere Herausforderungen zukämen. »Die Funktionsfähigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit und der Sozialgerichtsbarkeit ist insbesondere vor dem Hintergrund des Justizgewährungsanspruches der Rechtsschutzsuchenden auch während der COVID-19-Pandemie zu gewährleisten.«⁴⁰

Die bundesweite Onlinebefragung von sowohl berufsmäßigen als auch ehrenamtlichen Richterinnen und Richtern in der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit hat ergeben, dass von den erweiternden Regelungen des § 114 ArbGG und des § 211 SGG kaum Gebrauch gemacht wurde. Das hat nach den durch Expertengespräche bestätigten Auskünften in den Fragebögen vor allem drei Gründe: den Mangel informationstechnischer Ausstattung der Gerichte, die kurze Geltungsdauer der Normen von etwas über sieben Monaten und den tatsächlich weitgehend fehlenden Bedarf für die elektronische Zuschaltung von »Ehris«. Die Gerichtspraxis konnte sich, wenn auch um den Preis teils mehrmonatiger Unterbrechung des Verhandlungsbetriebs, auf andere Weise, nicht zuletzt auch durch verstärkte Nutzung schriftlicher Entscheidungsformen in der Sozialgerichtsbarkeit, behelfen.

Ungeachtet des Aufwandes, mit dem der Gesetzgeber im ersten Pandemiejahr 2020 die Mitwirkung von Richterinnen und Richtern im Ehrenamt sicherstellen wollte, zeichnen sich in der Rechtswirklichkeit, ebenfalls pandemiebedingt, Entwicklungen ab, die längerfristig zu einer Schwächung der ehrenamtlichen Beteiligung führen können. Vor allem zwei Entwicklungen sind in diesem Zusammenhang zu erwähnen, die zunehmende Anwendung gerichtlicher Videokonferenzen in der mündlichen Verhandlung und die durch die Pandemie verstärkte Schriftlichkeit von Verfahren und Entscheidungen. Auch wenn die ehrenamtlichen Beisitzerinnen und Beisitzer, anders als im Modell der Zuschaltung nach des § 114 ArbGG aF. und des § 211 SGG aF., im Sitzungszimmer anwesend sind, verändert sich die Interaktion durch die online-Teilnahme von Prozessbeteiligten. Sie schränkt die in einem weiteren Verständnis »mündliche« Dimension der Verhandlung ein. Hierzu gehört nicht nur die körperliche Anwesenheit aller am Verfahren beteiligten

Personen, sondern auch die allseitige Wahrnehmung der Interaktion und die informellen Möglichkeiten, sich mit dem oder der Vorsitzenden zwischendrin zu verständigen. Das umfasst die rasche und stille Verständigung durch Zeigen und Zeichnen, Gestik, Mienenspiel uä., die im technischen Format einer Bild- und Tonübertragung nicht oder nicht unauffällig gelingt.

Beigetragen haben zur Rückbildung der mündlichen Verfahrens- und Verhandlungspraxis in der Zeit der Pandemie ua. die nach den richterlichen Auskünften häufigeren schriftlichen Vergleichsvorschläge durch das Gericht, die häufigere schriftliche Kommunikation, vor allem durch E-Mails, stärker in der Sozial- als in der Arbeitsgerichtsbarkeit, und die häufigere Erledigung des Rechtsstreits im schriftlichen Verfahren⁴¹ bzw. ohne mündliche Verhandlung⁴². Die beiden letztgenannten Entscheidungsweisen sind nach Befragungsergebnissen in der Zeit der Pandemie sichtbar stärker zur Anwendung gelangt. So bestätigen jeweils mehr als die Hälfte der Richterinnen und Richter, dass es häufiger Urteile ohne mündliche Verhandlung gab⁴³ und häufiger Entscheidungen ohne mündliche Verhandlung durch Gerichtsbescheid⁴⁴. Aus alledem folgt nicht zwangsläufig eine Schwächung der Mitwirkung ehrenamtlicher Richterinnen und Richter an den mündlichen Verhandlungen in beiden Gerichtsbarkeiten. Es ist aber auch nicht zu verkennen, dass hier eine Tendenz entstanden ist, die im Auge behalten und wissenschaftlich untersucht werden sollte.

V. Herausforderungen für Forschung und Praxis

1. Nachhaltigkeit und Resilienz rechtsstaatlicher und sozialstaatlicher Institutionen

Für staatliche Institutionen wie für die familiäre und gesellschaftliche Lebenspraxis war der Ausbruch der

³⁹ § 114 Abs. 1 S. 1 ArbGG und wortgleich § 211 Abs. 1 S. 1 SGG.

⁴⁰ Entwurf eines Gesetzes zu sozialen Maßnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (Sozialschutz-Paket II), BT-Drs. 19/18966, S. 2.

⁴¹ In der Arbeitsgerichtsbarkeit ab LAG möglich.

⁴² Nach § 124 Abs. 2 SGG.

⁴³ 56 %.

⁴⁴ 53 %.

Pandemie in Deutschland ab Februar 2020 eine in diesem Ausmaß nicht gekannte Veränderung. Ungeachtet der erwähnten, im Nachhinein betrachtet erstaunlich realistischen Pandemieschutzübung unter der Koordination des Robert-Koch-Instituts im Jahr 2012⁴⁵ standen abrufbare Handlungspläne für die Krisenbewältigung im Frühjahr 2020 nicht zur Verfügung. Innerhalb kurzer Zeit mussten staatliche Einrichtungen, darunter insbesondere die öffentlich zugänglichen staatlichen Gerichte, sich mit viel Improvisation und rascher Materialbeschaffung auf den Stand des Infektionsschutzes bringen. Das ist den Gerichten der Arbeits- und der Sozialgerichtsbarkeit nach den Aussagen der Richterbefragung im Ergebnis durchweg gelungen. Was in dieser Situation auf Seiten der Gerichtsleitungen und Justizministerien gelernt und geübt wurde, wird für absehbar längere Zeit als Dienstwissen und organisatorische Praxis und als gelagerte Sammlung technischer Hilfsmittel für den Fall der Wiederverstärkung der Pandemie oder des Auftretens einer neuen Pandemie zur Verfügung stehen.

Insgesamt hat die Pandemie den Blick auf die Fähigkeit von Staat und Gesellschaft gelenkt, mit Krisen umzugehen und die gewohnten Strukturen unter unerwarteten Krisenbedingungen aufrechtzuerhalten. Es ist stärker ins Bewusstsein gerückt, dass globale Arbeitsteilung und Industrialisierung wechselseitige Abhängigkeiten in Ökonomie und Ökologie, für Gesundheit, Arbeit und Kommunikation hervorbringen⁴⁶. Die daraus folgenden Konsequenzen werden teils unter dem bereits im Kontext der ökologischen und sozialen Weltkrise eingeführten Begriff der Nachhaltigkeit geführt und spiegeln sich etwa im Nachhaltigkeitsziel (SDG) 16 der Vereinten Nationen (»Frieden, Gerechtigkeit und starke Institutionen«). Mit einer ähnlichen Bedeutung erlebte der Begriff der Resilienz von Institutionen eine Konjunktur⁴⁷.

Sozialrecht und Arbeitsrecht wurden dabei zunächst unter dem Gesichtspunkt ihres Beitrags zur Nachhaltigkeit und Resilienz der Gesellschaft diskutiert. Die Pandemie lenkte den Blick auf den Nutzen vorhandener zugänglicher und verfügbarer Kapazitäten zur Gesundheitsversorgung und auf die Aufrechterhaltung der Strukturen zur Produktion und zum Konsum von Waren und Dienstleistungen, zu denen neben den Produktionsstätten, Liefer- und Verteilungsketten eben auch stabile Arbeitsbeziehungen und gesicherte Kaufkraft über krisenhafte Unterbrechungen hinweg gehören. Zur Verfügbarkeit von Gesundheitsleistungen

tragen in Deutschland vor allem die Kranken-, Renten- und Unfallversicherung bei, zur Stabilität der Arbeitsbeziehungen ein Bestandsschutz und Mitbestimmung sicherndes Arbeitsrecht⁴⁸ und das Kurzarbeitergeld als betriebliche Stabilität unterstützende Lohnersatzleistung⁴⁹. Die Pandemie zeigte jedoch auch Grenzen und Lücken in der nachhaltigen und resilienten Ausgestaltung auf. Ein auf Einzelleistungen und ihre Vergütung konzentriertes Sozialrecht der Gesundheitsversorgung bildete die präventiven Aufgaben und Vorhaltefunktionen des Gesundheitswesens, deren Bedeutung in der Krise sichtbar wurde, nicht hinreichend ab. Die unspezifische Zuweisung der Verantwortung hierfür an Länder und Kommunen hatte zur Vernachlässigung geführt. Die neueren Diskussionen über die Krankenhausfinanzierung und den öffentlichen Gesundheitsdienst greifen diese Erfahrung auf. Für prekär beschäftigte Personen, gerade in bestimmten Formen der Selbstständigkeit, waren die sozialrechtlichen Mittel der Krisenüberbrückung nicht ausreichend. Hierauf wurde schnell reagiert und einige der in der Krise genutzten rechtlichen Gestaltungen der Grundsicherung wurden mit dem Bürgergeldgesetz auf Dauer gestellt⁵⁰. Der Gesundheitsschutz bei der Arbeit wurde als Gegenstand betrieblicher Mitbestimmung und Gestaltung sichtbar und aufgewertet, einschließlich der besonderen Bedeutung einer adäquaten Berücksichtigung gesundheitlich vulnerabler Personen⁵¹. Eine Gesellschaft und eine Institution ist nur so resilient wie ihre schwächsten Glieder geschützt sind – mit dieser Erkenntnis zeigte die Pandemie die Sozialstaatsbedürftigkeit der Gesellschaft⁵² auf. Zugleich wurde auch das Spannungsverhältnis zwischen Schutz und Freiheitsbeschränkung deutlich, wie es sich etwa in der Situation in

45 Zur Risikoanalyse »Pandemie durch Virus Modi-SARS« unter fachlicher Federführung des Robert Koch-Instituts und Mitwirkung weiterer Bundesbehörden siehe die Unterrichtung durch die Bundesregierung »Bericht zur Risikoanalyse im Bevölkerungsschutz 2012«, BT-Drs. 17/12051, S. 5 f. und Anhang 4, S. 55 ff.

46 Vgl. Welti, *SozSich* 2020, 124–128; Rixen, *Die Verwaltung* 2021, 319–339.

47 Vgl. Rixen, *Die Verwaltung* 2022, 345–364; May, *SozSich* 2021, 354–358.

48 Franzmann, *AuR* 2022, 8–11; Räder/Blume, *AuR* 2021, 4–9; Behruzi/Brinkmann/Paulitz, *WSI-Mitteilungen* 2021, 296–305; Struck/Dütsch/Fackler/Hohendammer, *WSI-Mitt.* 2021, 435–445.

49 Brandl/Matuschek/Schulze, *SozSich* 2022, 232–236; Aust/Rock, *SozSich* 2021, 262–266.

50 Vgl. Welti, *ZRP* 2022, 174–177; Dillmann, *SGb* 2021, 683–688.

51 Ketzmerick/Rabe-Rosendahl/Kohte, *Gute Arbeit* 11/2021, 12–15.

52 Vgl. Rixen, *SGb* 2023, 137–144.

Pflegeheimen und Wohnrichtungen für Menschen mit Behinderungen zeigte⁵³.

Die Arbeitsgerichte und Sozialgerichte sowie die Sozialversicherungsträger waren nicht der primäre Ort der Diskussionen und Entscheidungen über die sozialstaatliche Krisenbewältigung in der Pandemie. Das konnten sie wegen der zeitlichen Dynamik einer Pandemie, dem Primat politischer Entscheidungen und dem Gesetzesvorbehalt auch nicht sein. Gleichwohl waren ihre Existenz und Funktionsfähigkeit als rechtsstaatliche Institutionen von hoher Bedeutung.

Die im Vergleich zu den Verwaltungsgerichten geringe Inanspruchnahme der Arbeitsgerichte und Sozialgerichte mit pandemiespezifischen Rechtsfragen ist ein Indiz, dass die Krisenbewältigung in ihrem Zuständigkeitsbereich gelungen ist. Dennoch weisen die Verlängerung von Verfahren und der Anschein der Zurückgezogenheit vor allem in der Sozialverwaltung und Sozialgerichtsbarkeit auf ein Problem hin. Wenn der Anschein entsteht, dass sich Verwaltung und Gerichtsbarkeit »im Homeoffice verstecken«, während die Produktion sozialer Dienstleistungen in den Krankenhäusern, Pflegeheimen und Kindertagesstätten weitergehen muss und für die Angehörigen der sozialen Berufe mit nicht unerheblichem Infektionsrisiko, Stress und Mehrarbeit belastet wurden, zeigen sich Bruchlinien, die für die künftige Gestaltung resilienter öffentlicher Institutionen nicht unbeachtet bleiben dürfen. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Problem in seiner Entscheidung zu den Schulschließungen⁵⁴ ausgelotet – lösen kann ein Gericht es nicht – und dabei wohl nicht zufällig die Bedeutung der sozialen Menschenrechte, hier des Rechts auf Bildung, hervorgehoben.

2. Die Organisation der Gerichte und des Rechtsschutzes

Krisenzeiten erfordern Reorganisation und Improvisation. Wesentlich ist, die Funktionen einer Organisation aufrechtzuerhalten, auch wenn gewohnte Abläufe unmöglich sind oder in Frage gestellt werden. Damit sind Krisen auch eine gute Gelegenheit, sich über den Auftrag einer Organisation zu verständigen und zu fragen, welche Abläufe – über Gewohnheit und Prozessordnung hinaus – essenziell und welche veränderbar oder gar entbehrlich sind. Die Pandemie hat den Blick etwa auf die Bedeutung informeller und nicht formalisierter Abläufe gelenkt, zu

denen der persönliche Kontakt zu Rechtsuchenden in Beratungsstellen, Anwaltskanzleien, Verbandsgeschäftsstellen und den Gerichten selbst, die mündliche und haptische Erledigung von Arbeitsabläufen und das informelle Gespräch gehören. Der formalisierte und der informelle Austausch von Informationen und Meinungen spielt eine große Rolle bei der Herausbildung von Routinen und bei der Arbeit an der Konstruktion des rechtlich relevanten Sachverhalts und seiner falladäquaten rechtlichen Bewertung. Das kollegiale Gespräch unter Richterinnen und Richtern und die Kommunikation zwischen ihnen und dem Verwaltungspersonal der Gerichte wurden sicher nicht nur aus allgemein-menschlichen Gründen vermisst, sondern auch wegen ihrer Funktion für eine gute Aufgabenerfüllung der Gerichte. Dies gilt auch dann, wenn die Verringerung von informeller Kommunikation von gar nicht wenigen professionell an der Rechtsproduktion beteiligten Personen auch als partiell entlastend empfunden worden ist. Aber gerade »lästige« Kommunikation kann notwendig sein, um die Vielfalt des Lebens und der Rechtsansichten wahrzunehmen.

Die Pandemie hat die Veränderung der Rechtsproduktion beschleunigt, insbesondere durch weitere Digitalisierung. Der Betrieb und die Örtlichkeit der Verwaltungen, Kanzleien und Gerichte haben sich verändert und werden dies in den nächsten Jahren weiter tun. Die Abläufe der Rechtsproduktion sind von Rechtstheorie und Rechtssoziologie in den letzten Jahrzehnten nur wenig beobachtet worden. Diese haben sich vor allem mit der Oberfläche der Produkte (den Entscheidungsgründen) befasst, weniger mit ihren materiellen Ergebnissen und noch weniger mit ihrer Produktion. Kaum beachtet wurden auch alle diejenigen Produkte wie Vergleiche und Klagerücknahmen, die nach außen nur in statistischen Zahlen sichtbar werden. Es mag sein, dass Arbeitsgerichte, Sozialgerichte und Sozialverwaltungen nach Inhalt und Form einer fordistischen Ära der industriellen Produktion rechtsförmiger Entscheidungen entstammen. Fordismus bedeutet auch standardisierte Massenproduktion, und entsprechend sind die Bedürfnisse der »Massenverwaltung« jedenfalls im Sozialrecht ein anerkanntes

53 Nicklas-Faust, *SozSich* 2022, 236–239; Schulz-Nieswandt, *Sozialer Fortschritt* 2021, 603–613.

54 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 – BVerfGE 159, 355.

Argumentationsmuster, mit dem auch verfassungsrechtliche Anforderungen relativiert werden⁵⁵. Die folgende Entwicklungsstufe der Rechtsproduktion wird, wie in anderen Lebensbereichen, teils individueller scheinen, teils noch mehr und anders standardisiert sein. Die Eule der Minerva sollte ihren Blick in der Abenddämmerung dieser Produktionsweise darauf richten, welche ihrer Elemente auf einer neuen Stufe von Technik und Arbeitsteilung aufgehoben werden.

Eine besondere Frage ist, welche Rolle im Rechtsschutz und in den Gerichten der Zukunft die ehrenamtliche Beteiligung spielen kann. Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit und der Sozialgerichtsbarkeit, die überwiegend von den Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften vorgeschlagen werden, sollen ein Element der Erfahrung und Sachkunde aus dem betrieblichen Alltag und dem eigenen Erleben sozialer Risikolagen in die Rechtsfindung einbringen und zugleich symbolisch für den Anspruch dieser Gerichtsbarkeiten stehen, nicht Klassenjustiz zu praktizieren, sondern den Konflikt zwischen Arbeit und Kapital in den Formen und mit den Inhalten sozialer Rechtsstaatlichkeit zu zivilisieren⁵⁶. Vergleichbar ist die Funktion der Ehrenamtlichen in den Widerspruchsausschüssen in der Sozialversicherung⁵⁷. Bereits frühere Forschung hat ergeben, dass es unter den Ehrenamtlichen durchaus auch Kritik an der Ausgestaltung ihrer Rolle gibt und ein – möglicherweise wachsender – Teil der Professionellen in Verwaltung und Justiz die ehrenamtliche Beteiligung für ein überholtes Relikt vergangener Zeiten hält und sich daher auch keine große Mühe macht, diese in die Modernisierung von Abläufen einzubeziehen. Mit der schon vor der Pandemie schwindenden Bedeutung mündlicher Verhandlungen verringern sich auch die Möglichkeiten der Ehrenamtlichen, ihre Sicht auf Sachverhalte und deren Bewertung einzubringen. Der sehr starke Rücklauf der Befragung ehrenamtlicher Richterinnen und Richter in der Pandemie und deren Ergebnisse verstärkten den Eindruck, dass sich die Ehrenamtlichen der Gerichte in der Krise nicht hinreichend einbezogen sahen⁵⁸. Ein Teil der Sozialrichterschaft – insbesondere Jüngere – nutzten mit dem Gerichtsbescheid extensiver gerade diejenige Entscheidungsform, die ohne Beteiligung der Ehrenamtlichen möglich ist. Ob und wie die Möglichkeit der Zuschaltung zur Videoverhandlung und generell die Digitalisierung des Verfahrens geeignet sein könnten, die ehrenamtliche

Beteiligung zu revitalisieren und zu effektivieren, etwa durch das Einsparen von Fahrzeiten und erleichterte Akteneinsicht, wäre zu thematisieren.

3. Zugang zum Recht und Digitalisierung

Die Pandemie hat aus der zwei Jahrzehnte lang vorwiegend in der Theorie existierenden Möglichkeit, mündliche Gerichtsverhandlungen mittels zeitgleicher Bild- und Tonübertragung durchzuführen, in kurzer Zeit und mit weiterhin wachsender Verbreitung in beiden Gerichtsbarkeiten Wirklichkeit werden lassen. Zwar ist die Verbreitung gerichtlicher Videokonferenzen in den 16 Bundesländern noch von erheblichen Unterschieden geprägt. Im Zusammenhang mit dem sich mit zunehmender Dringlichkeit vollziehenden Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs⁵⁹ zeichnet sich jedoch auch hier ein Prozess fortschreitender Ausstattung, Einübung und Anwendung ab. Dabei soll es nach ganz überwiegender richterlicher Meinung, wie sie Anfang 2021 geäußert wurde, nicht darum gehen, die elektronische Verhandlung als Regelfall einzuführen, wohl aber darum, für bestimmte Situationen (Pandemie, aufwändige Anreise, Verhinderungsfälle) und unter bestimmten Voraussetzungen (Einverständnis aller Beteiligten) mündliche Verhandlungen oder Verhandlungsabschnitte (zB. Erörterungstermine, Güteverhandlungen, Anhörung von Sachverständigen) die Videokonferenztechnik als Alternative zur Verfügung zu haben.

Die rechtspolitische Diskussion⁶⁰ ist 2023 schon weiter: Nach dem Gesetzentwurf der Bundesregierung⁶¹ soll die Videoverhandlung eine gleichberechtigte Möglichkeit der Verfahrensgestaltung werden. Die Besonderheiten der

55 Vgl. nur zuletzt BSG, 9.3.2023 – B 10 EG 1/22 R – ECLI:DE:BSG:2023:090323UB10EG122R0 – mit Bezug auf BVerfG, 27.7.2016 – 1 BvR 371/11 – BVerfGE 142, 353, Rn 69.

56 Vgl. Höland/Buchwald, SozSich 2019, 97–112; Höland/Buchwald/Krausbeck, AuR 2018, 404–410; Höland, FS Kohte, 2016, S. 97–119.

57 Vgl. Höland/Welti (Hrsg.), Recht und Praxis der Widerspruchsausschüsse in der Sozialversicherung. Bestandsaufnahme und Wirkungsanalyse, Hans-Böckler-Stiftung, Study 411, Düsseldorf 2019; Welti/Fischer, SozSich 2016, 445–450.

58 Höland/Welti, SozSich 2021, 243–247.

59 Vgl. Viefhues (Hrsg.), Elektronischer Rechtsverkehr. Corona deckt Schwachstellen auf, Bonn 2020; Dose/Lieblang, Einführung der elektronischen Akte in der Justiz. Ergebnisse einer Umfrage an Landgerichten, Duisburg und Dortmund 2020; Natter/Gomm, NZA 2021, 261.

60 Vgl. auch Höland/Welti, DRiZ 2022, 220–223; Trienekens/Höland/Welti, Computer und Recht 2022, 64–72.

61 BT-Drs. 20/8095.

Sozialgerichtsbarkeit werden dabei im Grundsatz durchaus erkannt⁶². Verfahrensbeteiligte werden in vielen Fällen überlegen müssen, ob sie eine Videoverhandlung fordern oder Gründe dagegen vorbringen wollen, Richterinnen und Richter werden in vielen Fällen darüber entscheiden, ob sie die Videoverhandlung anordnen. Während die von uns während der Pandemie erhobenen Einschätzungen der Wirkung von Videoverhandlungen überwiegend auf einer schmalen, wenn nicht hypothetischen Erfahrungsbasis getroffen wurden, zeigen Forschungsergebnisse aus den Vereinigten Staaten und Großbritannien ein ambivalentes Bild, in dem auch Gefahren für den diskriminierungsfreien Zugang zum Recht deutlich werden⁶³. Danach besteht insbesondere die Gefahr, dass sich Ungleichheiten im Zugang zu digitalen Endgeräten, gutem Netzzugang und Digitalkompetenz auf den Zugang zum Recht auswirken. In einer US-amerikanischen Studie wählten sich viele einkommensschwache unvertretene Verfahrensbeteiligte mit dem Mobiltelefon in die gerichtlichen Videokonferenzen ein. Es ist naheliegend, dass dies ihre Nachteile gegenüber professionell auftretenden Anwältinnen und Anwälten vertiefte.

Auch das gewandte Umgehen mit den Besonderheiten der Digitalkommunikation wächst mit der vor allem beruflichen Routine, die längst nicht alle Verfahrensbeteiligten mitbringen. In unserer Befragung wurde ebenfalls verschiedentlich darauf hingewiesen, dass Probleme insbesondere für unvertretene Verfahrensbeteiligte erwartet werden. Auch für vertretene Personen scheint aber problematisch zu sein, dass sie in der Situation einer ortsverteilten Videokonferenz weniger Unterstützung durch ihre Rechtsvertretung erhalten können – auch nonverbal und niedrigschwellig – als im Gerichtssaal. Insoweit scheint dringend weitere Forschung angezeigt, um den Übergang zur Videoverhandlung wissenschaftlich zu begleiten und Fehlentwicklungen begegnen zu können.

62 BT-Drs. 20/8095, S. 32.

63 *Quintanilla/Hugenberg/Hagan/Gonzales/Hutchings/Yel*, in: Freeman Engstrom (ed.), *Legal Tech and the Future of Civil Justice*, Cambridge University Press 2023, pp. 225–250; *Burton*, *Remote Hearings in the Social Security Tribunal: Should we be worried?*, *JSSL* 2021, 36–52; *Bannon/Adelstein*, *The Impact of Online Courts on Fairness and Access to Justice in Court*, Brennan Center for Justice at New York University School of Law, 2020.

Die Durchsetzung von Arbeitsrecht bei grenzüberschreitenden Einsätzen von Arbeitskräften im Lichte aktueller Entwicklungen

Dr. Ernesto Klengel, Hugo-Sinzheimer-Institut für Arbeits- und Sozialrecht (HSI), Frankfurt aM.

I. Einleitung

Immer wieder gelangen Bereiche der Arbeitswelt aufgrund von prekären Arbeitsbedingungen in den Blickpunkt der Öffentlichkeit. Als die Arbeits- und Lebensbedingungen von Beschäftigten der Fleischindustrie mitten in der Corona-Zeit auch ein pandemisches Risiko darstellten, wurden die Arbeitsbedingungen in dieser Branche auch über einen kleinen Kreis hinaus diskutiert – und später im Arbeitsschutzkontrollgesetz auch reguliert.¹ Immer wieder stehen Themen der 24-Stunden-Pflege auf der Tagesordnung – zuletzt durch die BAG-Entscheidung zum Arbeitnehmerstatus der Pflegenden.² Aktuell werden die Arbeitsbedingungen in der Paketzustellung öffentlich verhandelt.³

Im Laufe des Jahres 2023 haben auch Arbeitsniederlegungen und Proteste von LKW-Fahrern Öffentlichkeit erhalten. Bis zu 150 LKW-Fahrer haben sich hierzu über mehrere Wochen auf der Autobahn-Raststätte Gräfenhausen südlich von Frankfurt aM. versammelt und weigerten sich, ihre Fracht zum Bestimmungsort zu befördern, bis ihnen die ausstehenden Löhne gezahlt würden.⁴ In allen diesen konkreten Fällen schließt sich an eine öffentliche Empörung über unzumutbare Arbeitsbedingungen eine Diskussion um die bessere Durchsetzung der bereits geltenden Arbeitsstandards an. Die Missstände sind oft indes schon länger bekannt.⁵

Fragen der Mobilisierung von Rechten und der Durchsetzung von geltenden Rechtsstandards (im Sinne von »law in action« als Gegenstück vom »law in the books«⁶) sind häufig durchaus komplex – auch deshalb, weil sie sich bei Weitem nicht auf das materielle Arbeitsrecht beschränken, sondern auch Fragen aus dem Strafrecht, dem allgemeinen und besonderen Verwaltungsrecht und dem Arbeitskollisionsrecht einbeziehen. Eine Reihe sehr unterschiedlicher, international relevanter Aspekte zur Durchsetzung von

Arbeitsrecht hat *Guy Davidov* auf der Sinzheimer-Vorlesung am 3. November 2020 entwickelt.⁷

Anhand der Rechtsdurchsetzung im Straßengüterverkehr wird beispielhaft deutlich, dass die Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen im Verkehrssektor neben ökonomischen Entwicklungen auch Ergebnisse einer rechtlichen Deregulierung sind. Im Zuge der Schaffung eines einheitlichen Binnenmarkts wurden die mengenmäßige Beschränkung des Güterverkehrs sowie die festen Frachttarife aufgehoben (für den grenzüberschreitenden Verkehr fielen die Tarife bereits 1990 weg, für den innerdeutschen Verkehr folgte dies durch das »Tarifaufhebungsgesetz« von 1994⁸). Nur Monate vor den Streiks der LKW-Fahrer waren in mehreren Stufen zwei »Mobility Packages« der EU in Kraft getreten, die gerade die Mobilisierung der Rechte der LKW-Fahrerinnen und -Fahrer verbessern sollten.⁹

Die Geschehnisse in Gräfenhausen verweisen damit auf die Rechtsdurchsetzung in grenzüberschreitenden

1 Zum Gesetz und seiner Konformität mit Verfassungsrecht *Cremer/Deinert*, Das Fremdpersonalverbot in der Fleischwirtschaft auf dem Prüfstand des Verfassungsrechts, Frankfurt aM. 2023, HSI-Schriftenreihe Bd. 50.

2 BAG, 24.6.2021 – 5 AZR 505/20 – NZA 2021, 1398; zur rechtlichen Behandlung *Bucher*, Rechtliche Ausgestaltung der 24-h-Betreuung durch ausländische Pflegekräfte in deutschen Privathaushalten, Baden-Baden 2018; rechtspolitisch etwa *Emunds/Kocher*, WSI-Mitt. 5/2022, 407.

3 S. hierzu *Kärcher/Walser*, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht, Frankfurt aM. 2023, HSI Working Paper Nr. 18.

4 Näher etwa *Meiners*, Magazin Mitbestimmung 2023, 38.

5 S. *Weirich/Wahl*, Informationen zur Branche »Internationaler Straßentransport« – Erfahrungen aus der Beratungspraxis von Faire Mobilität, Berlin 2022.

6 *Baer*, Rechtssoziologie, 5. Aufl., Baden-Baden 2023, S. 56 ff., 226 ff.

7 *Davidov*, SR 2021, 111.

8 Gesetz v. 13.8.1993 – BGBl. I 1993, Nr. 45, S. 1489, zum historischen Hintergrund s. auch die Gesetzesbegründung.

9 »Mobilitätspaket I«: Änderungs-Verordnung (EU) 2020/1055 v. 15.7.2020; Verordnung 2020/1054 v. 15.7.2020 sowie Richtlinie (EU) 2020/1057 v. 15.7.2020.

Konstellationen. Der LKW-Transport zeigt naturgemäß zugespitzt, welche Anforderungen eine hohe und grenzüberschreitende Mobilität der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer für das Arbeitsrecht und seine Durchsetzung mit sich bringt. Meist ist hier die kollektive Selbstorganisation in Gewerkschaften und Betriebsräten – aus verschiedenen Gründen – erschwert. Ausländische Beschäftigte haben besondere Barrieren beim Zugang zum Rechtssystem und stehen unter Umständen aufgrund ihres Aufenthaltsstatus unter besonderem Druck. In abgewandelter Form stellen sich diese Fragen der Rechtsdurchsetzung auch in anderen Fällen grenzüberschreitender Arbeitskräfte-Einsätze.

Der vorliegende Beitrag nimmt die Durchsetzung von Arbeitsstandards bei Arbeitsverhältnissen mit grenzüberschreitendem Bezug in den Blick. Die umfassten Fallgestaltungen entsprechen im Wesentlichen dem Konzept der Arbeitnehmerentsendungen im juristischen Sinne – aber, und diese könnte bereits ein Teil des Problems sein – nicht immer. Er greift dabei insbesondere solche Fragestellungen auf, die in der aktuellen Diskussion und im Rahmen neuer Regelungen und Gerichtsentscheidungen mit Relevanz für die Rechtsdurchsetzung aufgeworfen worden sind.

II. Setting the stage: Grundzüge der geltenden gesetzlichen Regelung zur Arbeitnehmerentsendung

Ausgangspunkt der Analyse ist die rechtliche Regulierung grenzüberschreitender Arbeitseinsätze.

1. Entsendungen als Fälle von Arbeitsverhältnissen mit grenzüberschreitendem Bezug

Arbeitsverhältnisse können in unterschiedlichen Konstellationen ein grenzüberschreitendes Element erhalten, etwa im Fall der Arbeitsmigration oder der Tätigkeit als »Grenzgänger«, wenn also eine Tätigkeit in einem anderen Mitgliedstaat aufgenommen wird als dem Wohnsitz. Hiervon zu unterscheiden ist der Fall, dass im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses das Unternehmen die oder den Beschäftigten anweist, die Arbeitsleistung im Ausland zu erbringen. Außerdem weisen Unternehmen die eigenen Beschäftigten an, vorübergehend in den

Dienst eines anderen Unternehmens zu treten. Sind der Vertragsarbeitgeber und der Entleiher in verschiedenen Rechtsordnungen ansässig, handelt es sich um grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung oder Leiharbeit. Dafür ist es unerheblich, ob die oder der Beschäftigte sich selbst im Land des Entleihers oder des Verleihers aufhält und tätig wird.

Rechtlich gefasst werden solche grenzüberschreitenden Einsätze von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern unter dem Begriff »Arbeitnehmerentsendung«. Dieser Begriff erfasst jedenfalls die Konstellation, dass ein Unternehmen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in eigenem Namen und unter eigener Leitung in das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags oder für einen Einsatz innerhalb desselben Konzerns ins EU-Ausland entsenden, Art. 3 Abs. 1 lit. a), b) EntsenderL¹⁰. Das deutsche Recht geht tatbestandlich darüber hinaus, indem es von dem Kriterium der Erbringung im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags absieht. Vielmehr greift das AEntG für jeglichen grenzüberschreitenden Einsatz im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses,¹¹ wobei § 35 AEntG Ausnahmen für Fallkonstellationen wie Dienstreisen für Besprechungen oder Verhandlungen, Messe- oder Tagungsbesuche, zur Gründung eines inländischen Unternehmensteils oder zum Zweck der betrieblichen Weiterbildung im Konzern/Unternehmen enthält.¹² Mit der Novelle der EntsenderL wurde mit Wirkung zum 30. Juli 2020 zudem die grenzüberschreitende Leiharbeit in den Anwendungsbereich ausdrücklich aufgenommen, vgl. § 2 Abs. 2 AEntG.¹³

Im Folgenden wird der Begriff Entsendung in diesem weiteren Sinne gebraucht.

2. Arbeits(kollisions)rechtliche Einordnung von Entsendekonstellationen

Arbeitsrechtliche Standards entsandter Beschäftigter werden durch einen komplexen Normenbestand geregelt.

10 Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.12.1996 in der Fassung der Richtlinie (EU) 2018/957 des europäischen Parlaments und des Rates vom 28.6.2018, ABl. L 173/16.

11 Ähnlich etwa *Melms/Felsiak*, in: Moll (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch, 3. Aufl., München 2022, § 11 Rn. 110.

12 Näher zur Vorgängerregelung § 24 AEntG aF. *Franzen*, EuZA 2021, 3, 21 ff.; *Lakies/Walser*, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, § 24 AEntG Rn. 2 ff.

13 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957 v. 10.7.2020, BGBl. 2020 Teil I Nr. 35 v. 16.7.2020.

Das Arbeitnehmer-Entsenderecht ist zu einem großen Teil Kollisionsrecht. Es regelt, welche Rechtsordnung auf den Sachverhalt überhaupt anwendbar ist. Im Folgenden werden zunächst die allgemeinen kollisionsrechtlichen Hintergründe aufgezeigt. Hierzu werden sodann die speziellen Regelungen für die Arbeitnehmersendung (AEntG, Entsende-RL der EU) in den Zusammenhang gesetzt.

a) Der allgemeine kollisionsrechtliche Hintergrund

Nicht immer findet auf dem Territorium der Bundesrepublik und vor deutschen Gerichten deutsches Arbeitsrecht Anwendung. Ausnahmen gelten nicht nur für die Arbeitsverhältnisse mit den supranationalen Institutionen der Europäischen Union, für die eine Sonderrechtsordnung mit problematischen Implikationen besteht, die im Rahmen des vorliegenden Beitrags aber außer Betracht bleiben sollen.¹⁴

Ob sich abhängig Beschäftigte auf die Standards der deutschen oder einer ausländischen Rechtsordnung berufen können (mit anderen Worten: das Arbeitsvertragsstatut), richtet sich nach dem Arbeitskollisionsrecht. Danach richtet sich etwa, ob für eine aus Polen entsandte Pflegerin die Bestimmungen des deutschen Arbeitsrechts gelten, selbst wenn das Arbeitsverhältnis nach polnischem Recht abgeschlossen worden ist.

Die allgemeinen Regeln des Arbeitskollisionsrechts ergeben sich aus der Rom I-Verordnung. Die Grundsätze bilden den Ausgangspunkt für das Entsenderecht und die Rechtsordnung, auf die zurückzugreifen ist, wenn spezielle entsenderechtliche Regelungen (etwa im Kraftverkehr¹⁵) nicht eingreifen.

Vorrangig ist die Rechtswahl der Arbeitsvertragsparteien zu beachten (subjektive Anknüpfung), Art. 8 Abs. 1 Rom I-VO. Im Arbeitsvertrag kann also vereinbart werden, dass das Arbeitsverhältnis einer bestimmten Rechtsordnung unterfällt. Allerdings dürfen auf diesem Weg nicht die Vorgaben des aufgrund Art. 8 Abs. 2–4 Rom I-VO an sich anwendbaren Arbeitnehmerschutzes umgangen werden, Art. 8 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO. Es ist daher ein Günstigkeitsvergleich zwischen der Vorschrift der vereinbarten Rechtsordnung mit der der objektiv anwendbaren Rechtsordnung durchzuführen.¹⁶ Mit der Vereinbarung des anwendbaren Rechts können arbeitsrechtliche Schutzstandards für die Entsendung also nicht ausgehöhlt werden.

Wird – wie häufig – keine Vereinbarung über das Arbeitsrechtsstatut getroffen, ist die objektive Anknüpfung des Arbeitsverhältnisses maßgeblich. Nach Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO gilt dann das Arbeitsrecht desjenigen Staates, in dem oder von dem aus die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer gewöhnlich ihre/seine Arbeit verrichtet.¹⁷ Vorübergehende Auslandsaufenthalte ändern daran nichts.

Wann eine Entsendung als vorübergehend anzusehen ist, ist dabei durch die Rechtsprechung nicht abschließend geklärt. Es spricht einiges dafür, das arbeitsrechtliche mit dem sozialversicherungsrechtlichen Statut zu koppeln. Gemäß Art. 12 Abs. 1 Durchsetzungsverordnung (EG) 883/2004¹⁸ gilt bei einem Einsatz im Ausland nach 24 Monaten die Sozialversicherungspflicht im Einsatzmitgliedstaat, was eine gleichlaufende Anwendung auch der arbeitsrechtlichen Vorschriften ab diesem Zeitpunkt nahelegt.¹⁹ Allerdings wird demgegenüber Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO verbreitet keine konkrete Dauer für eine Entsendung entnommen, ab der das Recht des Einsatzstaates greift.²⁰ Dass dies auch die Rechtsprechung so sehen könnte, legt der Blick ins Recht der Leiharbeit nahe. In den Urteilen zu den Rechtssachen KG und Daimler hat der Gerichtshof die Vorgaben der RL 2008/104/EG über Leiharbeit zur Begrifflichkeit der »vorübergehenden« Überlassung lediglich umschrieben, ohne zu fordern, dass die Mitgliedstaaten eine konkrete Frist einführen.²¹ Legt man diese Ansicht zugrunde, ist ein Einsatz vorübergehend, wenn eine

14 Die Arbeitsbedingungen in der EZB beispielsweise werden – gestützt auf die Grundlagenvträge, die der EZB Unabhängigkeit gewähren – in den »Conditions of Employment for Staff of the European Central Bank« geregelt, die einseitig durch das Directorate General Human Resources festgelegt werden. Der Rechtsweg zu den deutschen Gerichten steht nicht offen, sondern nach einem internen Verfahren zur EU-Gerichtbarkeit; das Thema wird derzeit im von der Hans-Böckler-Stiftung geförderten Projekt »Arbeitsbeziehungen in supranationalen Organisationen« untersucht.

15 Näher unten C.II.

16 Hierzu *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2022, Art. 8 VO (EG) 593/2008 Rn. 18 ff. mwN.

17 Die Rom I-Verordnung gilt für Arbeitsverhältnisse, die nach dem 17.12.2009 geschlossen wurden, Art. 28 Rom I-VO. Im Folgenden wird diese Rechtslage zugrunde gelegt.

18 Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit vom 29.4.2004, ABl. 2004, L 166/1 ff.

19 *Heuschmid/Schierle*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2019, Rn. 16.57.

20 *Klein*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 10 Rn. 46.

21 EuGH, 14.10.2020 – C-681/18 (KG) – m. Anm. *Klengel*, AuR 2021, 180 ff.; EuGH, 17.3.2022 – C-232/20 (Daimler) – m. Anm. *Klengel*, AuR 2022, 534 ff.

Rückkehr beabsichtigt ist, auch wenn der Zeitpunkt noch nicht feststeht.²² Die allgemeine kollisionsrechtliche Regel lautete dann: Wenn eine Arbeitnehmerin während eines laufenden Arbeitsverhältnisses ins Ausland entsandt wird und dieser Einsatz nicht auf Dauer angelegt ist, gilt das Arbeitsrecht des Herkunftsstaats.

Kann hingegen der gewöhnliche Arbeitsort nicht festgestellt werden, so richtet sich das anwendbare Recht nach dem Standort der Niederlassung, in der die Arbeitnehmerin/der Arbeitnehmer eingestellt wurde, Art. 8 Abs. 3 Rom I-VO. Das nach Art. 8 Abs. 2 oder Abs. 3 Rom I-VO ermittelte Arbeitsrechtsstatut ist außerdem hinfällig, wenn nach der Gesamtheit der Umstände der Vertrag eine engere Verbindung zu einem anderen Staat aufweist.

Anhand dieser übersichtsartigen Zusammenfassung wird deutlich, dass sich in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug die Rechtsordnung häufig nach dem Herkunftsstaat richtet: Der »gewöhnliche Arbeitsort« wird im Herkunftsstaat verortet, nicht im Entsendestaat. Selbst wenn sich mehrere Entsendungen in unterschiedliche Staaten so aneinanderreihen, dass ein gewöhnlicher Arbeitsort beim besten Willen nicht bestimmt werden kann, richtet sich das Arbeitsrechtsstatut nach der Niederlassung des Arbeitgebers. Abweichende Vereinbarungen sind zu Gunsten des Arbeitnehmerschutzes unbeachtlich.

Doch auch wenn nach dem Vorstehenden das Arbeitsrecht des Herkunftsstaats einschlägig ist, gibt es die Möglichkeit, zur Anwendbarkeit von Schutzvorschriften des Staates, in dem die Arbeitsleistung erbracht wird, zu gelangen: Art. 9 Rom I-VO erlaubt es, im öffentlichen Interesse, einschließlich für die Wahrung seiner sozialen Organisation, eigene Rechtsvorschriften (Eingriffsnormen) anzuwenden. Für Entsende-Konstellationen ergeben sich aus dem AEntG Eingriffsnormen.²³

b) Die Vorschriften des Entsenderechts als Sonderkollisionsrecht

Das Entsenderecht trifft spezielle kollisionsrechtliche Regelungen für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Das AEntG dient der Umsetzung der EntsenderRL, in deren Lichte es auszulegen ist. Die EntsenderRL zielt auf eine Vollharmonisierung ab, was ihre Ermächtigungsgrundlage Art. 57 Abs. 2, Art. 66 EGV aF. (entspricht Art. 52 Abs. 2, 62 AEUV), anders als auf den auf Art. 153 AEUV ergangenen sozialpolitischen Richtlinien, auch zulässt.²⁴ Innerstaatliches Recht darf also nur dann von den Richtlinienvorgaben

abweichen, wenn die Richtlinie selbst diesen Spielraum eröffnet – selbst wenn das innerstaatliche Recht sich eindeutig zu Gunsten der Beschäftigten auswirkt. Daneben betreffen die Koordinierungsverordnung (EG) 883/2004 sowie die Durchsetzungsverordnung 987/2009²⁵ das anwendbare Sozialversicherungsrecht, das im vorliegenden Rahmen nicht vertieft werden soll.

Das AEntG betrifft – von Ausnahmen abgesehen²⁶ – im Inland beschäftigte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eines im Ausland ansässigen Arbeitgebers (§ 2 Abs. 1 AEntG). Unter das AEntG fällt ausdrücklich auch die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung, also der Fall, dass der Arbeitgeber mit Sitz im Ausland eine Arbeitnehmerin an ein entleihendes Unternehmen im In- oder Ausland überlässt, das diese im Inland einsetzt (§ 2 Abs. 2 AEntG).

Steht die Qualifikation als Arbeitnehmerentsendung fest, gibt Art. 3 EntsenderRL den Mitgliedstaaten bestimmte Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen vor, die sie auf im Inland tätige entsandte Arbeitskräfte anwenden müssen. Deutschland ist dem in § 2 AEntG durch die Festlegungen »Allgemeiner Arbeitsbedingungen« nachgekommen. Hierzu zählen: Entlohnung einschließlich verschiedener Zulagen, Urlaub, Höchstarbeitszeiten, Rechte von Leiharbeiterinnen und -arbeitnehmer, der Arbeitsschutz iW.S., der Schwangeren- und Mutterschutz sowie gegen Diskriminierungen gerichtete Regelungen.

Neben den gesetzlichen Standards sind gemäß § 3 AEntG in verschiedenen, in § 4 AEntG aufgeführten Branchen eine Reihe von Tarifverträgen anzuwenden (Bauhauptgewerbe, Gebäudereinigung, Briefdienstleistungen, Sicherheitsgewerbe, Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft, Abfallwirtschaft, Aus- und Weiterbildung nach SGB II und SGB III, Schlachtung und Fleischverarbeitung),

22 So *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 9 Rn. 102 ff.; *Klein*, in: *Schlachter/Heinig* (Rn. 18), 23. Aufl., München 2023, § 10 Rn. 22; *Kreber*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Rn. 15), VO (EG) 593/2008, Art. 8 Rn. 38; *Schlachter*, in: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023 (im Folgenden: *ErfK*), Art. 3–9 Rom I-VO Rn. 14.

23 *Klein*, in: *Schlachter/Heinig* (Rn. 18), § 10 Rn. 62; *ErfK-Schlachter* (Fn. 20), Art. 3–9 Rom I-VO Rn. 35.

24 *Klein*, *EuZW* 2019, 673.

25 Verordnung (EG) Nr. 987/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Festlegung der Modalitäten für die Durchführung der Verordnung (EG) 883/2004.

26 S. hierzu § 35 AEntG einerseits und § 8 AEntG andererseits sowie näher zum Straßenverkehrssektor unten C.II.

wobei die Tarifverträge bundesweit gelten oder zumindest in ihrer Gesamtheit das Bundesgebiet abdecken müssen. Die Tarifverträge müssen allgemeinverbindlich sein (§ 5 TVG oder gemäß Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a AEntG) und dürfen nur bestimmte Arbeitsbedingungen betreffen. Die Liste nach § 5 AEntG entspricht im Wesentlichen der Liste der gesetzlichen Arbeitsbedingungen. Erweiterungen für die Tarifparteien betreffen das Entgelt, den Erholungsurlaub einschließlich Vergütung, Anforderungen an gemeinsame Einrichtungen und Unterkünfte, die vom Arbeitgeber gestellt werden.

Relevante Arbeitsstandards des Einsatzstaates greifen also auch während der Entsendung ein. Dies betrifft nicht nur gesetzlich geregelte Mindestbestimmungen, sondern auch eine Reihe von kollektiven Vereinbarungen.

III. Praxisrelevante Ausnahmen und Lücken der Rechtsdurchsetzung

Aus der Perspektive der Durchsetzung von arbeitsrechtlichen Standards ist es von Interesse, in welchen relevanten Fällen diese *keine* (volle) Anwendung finden. Diese Ausnahmefälle können auf einer bewussten Entscheidung des europäischen oder deutschen Gesetzgebers beruhen, etwa im Interesse »unbürokratischer« Abwicklung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen oder um gezielt einen Sektor mit niedrigen Arbeitskosten für Unternehmen zu schaffen. Für die Rechtsdurchsetzung sind solche Ausnahmen auch deshalb problematisch, weil bei Kontrollen oftmals nicht sofort festgestellt werden kann, ob ihre Voraussetzungen vorliegen. Ob beispielsweise bei einer Kontrolle von LKW festgestellt werden kann, auf welcher der vier verschiedenen Transportarten sich der LKW gerade befindet – was nach dem EU-Mobilitäts-Paket aber für viele Fragen notwendig ist, um die Rechtslage zu beurteilen, ist zweifelhaft.²⁷ Die Ausnahmen mögen einerseits der Einzelfallgerechtigkeit dienen, erschweren aber andererseits häufig in den Fällen, die nicht unter die Ausnahmebestimmung fallen, die Rechtsdurchsetzung.

1. Ausdrückliche Ausnahmen für bestimmte, kurzfristige Tätigkeiten, die nicht im Rahmen eines Dienstleistungsvertrags erbracht werden

Tätigkeiten der Erstmontage oder des Einbaus sind gemäß § 34 AEntG für die Dauer von acht Tagen innerhalb eines

Jahres möglich, ohne dass einige wichtige Vorschriften des Gesetzes eingreifen. Für Besprechungen und Verhandlungen, den Besuch von Messeveranstaltungen oder Fachkonferenzen, die Gründung eines inländischen Unternehmensteils oder der konzern- bzw. unternehmensinternen Weiterbildung dürfen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer maximal 14 Tage ununterbrochen und 30 Tage innerhalb von zwölf Monaten im Inland eingesetzt werden. Die Herausnahme dieser Tätigkeiten ist durch den engen Entsendebegriff der Entsende-RL gedeckt, der sich auf Entsendungen im Rahmen einer Dienstleistung für ein anderes Unternehmen erstreckt, was in diesen Fallgestaltungen nicht gegeben ist.²⁸

2. Sonderregelungen und Ausnahmen für den Straßenverkehrssektor

Für den Straßenverkehrssektor bestehen einige Besonderheiten. Verordnung (EU) 2020/1054²⁹ ist Bestandteil des so genannten Mobilitätspakets, das die Verordnung (EG) Nr. 561/2006³⁰ aktualisiert. Mit dieser Novelle sollen Probleme für die Arbeitsbedingungen der LKW-Fahrerinnen und -Fahrer begegnet werden. Es geht aber auch um die Herstellung von Rechtssicherheit. Denn die Anwendung der entsenderechtlich gebotenen Arbeitsbedingungen ist von der Rechtsprechung nur für angemessen gehalten worden, wenn eine »hinreichende Verbindung« mit dem Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats gegeben ist, was zu Unsicherheit in der Rechtsanwendung geführt hat.³¹

Die Neuregelung war das Ergebnis von intensiven politischen Verhandlungen zwischen den östlichen klassischen Herkunftsländern der LKW-Fahrer und den Regierungen der westlichen EU-Staaten. Sie enthält verschiedene Verbesserungen und Mindeststandards für LKW-Fahrer, etwa eine Pflicht zur Rückkehr an den Ort der Niederlassung, Vorschriften zum Fahrtenschreiber und seiner Nutzung, das Verbot, die reguläre Wochenruhezeit im Fahrzeug zu

27 Nach Art. 1 Abs. 3-7 RL (EU) 2020/1057 wird häufig festzustellen sein, ob sich der LKW grenzüberschreitend im bilateralen Verkehr befindet, im Transit, im kombinierten Verkehr oder auf einer Kabotagebeförderung, zur Problematik *Weirich/Wahl* (Fn. 5), S. 7 f.

28 Vgl. *Franzen*, EuZA 2021, 3, 21 ff.

29 Verordnung (EU) 2020/1054 des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 15.7.2020, ABL L 249/1.

30 Verordnung (EG) Nr. 561/2006 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 15.3.2006, ABL L 102/1.

31 Näher *Klein*, in: *Schlachter/Heinig* (Rn. 18), § 10 Rn. 57.

verbringen und Vorschriften zur täglichen und wöchentlichen Lenkzeit.³²

Sofern Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im Transportbereich grenzüberschreitend tätig sind, hat ihr Arbeitsverhältnis Berührung zu mitunter häufig wechselnden Arbeitsrechtsordnungen. Die Anwendung des EU-Entsenderechts hätte zur Folge, dass nach jedem Grenzübertritt die »Kernarbeitsnormen« nach dem jeweiligen nationalen Entsenderecht anzuwenden wären, Art. 3 EntsendeRL. Dies hätte zwar den Vorteil, dass das anwendbare Recht relativ leicht zu ermitteln wäre. Allerdings wird es schnell unübersichtlich, wenn sich das anwendbare Recht häufig ändert. Dies ist – wie in Erwägungsgrund 2 zur RL (EU) 2020/1057 zum Ausdruck kommt – aus Sicht der an der EU-Gesetzgebung beteiligten Organe unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungsfreiheit der betreffenden Arbeitgeber nicht angemessen.³³ In Erwägungsgrund 3 wird daher postuliert: »Für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes ist es entscheidend, dass ein Gleichgewicht zwischen der Verbesserung der Sozial- und Arbeitsbedingungen für Kraftfahrer und der Erleichterung der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit durch in- und ausländische Unternehmen auf der Grundlage eines fairen Wettbewerbs besteht.« Deshalb werden in dieser RL sektorspezifische Regelungen geschaffen.

Nicht unter das Entsenderecht fallen demnach insbesondere folgende Konstellationen:

- bilaterale Beförderung vom Staat der Niederlassung in das Hoheitsgebiet eines anderen Staates,³⁴ einschließlich entsprechender Teilstrecken im Rahmen eines kombinierten Verkehrs,
- Transit, während dessen das Hoheitsgebiet eines anderen Staates durchfahren wird.³⁵

In diesen Fällen richtet sich das Arbeitsrechtsstatut nach den allgemeinen, oben näher dargestellten Bestimmungen³⁶, in der Regel kommt also das Recht des Niederlassungsmitgliedstaats zur Anwendung, wobei Eingriffsnormen des Rechts des Mitgliedstaats greifen dürften.

In den weiteren Fällen kommt das Entsenderecht – und damit die im AEntG geregelten Arbeitsbedingungen – hingegen zur Anwendung, insbesondere bei Kabotagebeförderungen, also während Fahrten mit Be- und Entladeort im Aufnahmemitgliedstaat.³⁷

Im Übrigen sollen mit der Richtlinie die Kontrollmaßnahmen durch die Mitgliedstaaten vereinheitlicht werden, um Marktverzerrungen zwischen den Mitgliedstaaten zu

vermeiden und den Verwaltungsaufwand für Unternehmen zu verringern.³⁸

Unionsrechtlich wurden die Ausnahmen vom Entsenderecht für LKW-Fahrerinnen und -Fahrer somit kodifiziert. Die Rechtslage ist aber nach wie vor komplex. Nach ersten Erfahrungen, die von Seiten des DGB-Beratungsnetzwerks Faire Mobilität gemacht wurden, wissen häufig nach wie vor Fahrerinnen und Fahrer nicht von der neuen Rechtslage. In der Praxis für die Kontrollbehörden ist es zudem nicht möglich, die Fallkonstellationen einfach festzustellen.³⁹ Diese Faktoren tragen nach dem gegenwärtigen Stand der Dinge dazu bei, dass die intensiv verhandelten Bestimmungen zum Mobilitätspaket nicht den Effekt haben, dass die Arbeitsbedingungen der LKW-Fahrerinnen und -Fahrer deutlich verbessert werden. Doch es gibt weitere Faktoren.

3. Grenzüberschreitende Entsendung von (Schein-)Selbstständigen

Eine weitere Konstruktion hat über die Proteste im Verkehrssektor aktuell die öffentliche Aufmerksamkeit erhalten. Nach polnischem Recht existiert eine rechtliche Kategorie, eine Art Honorarvertrag, auf den das Arbeitsrecht keine Anwendung findet. Er ist bekannt aus dem Bereich der 24-Stunden-Pflege.⁴⁰ Die Beratungsstelle Faire Mobilität berichtet, dass Pflegende nicht als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer entsandt werden, sondern im Wege von Verträgen, die verbreitet als »Müll-Verträge« bezeichnet werden, als Selbstständige

32 Instrukтив Klein, in: Schlachter/Heinig (Rn. 18), § 10 Rn. 57 ff.

33 Vgl. Ewg. 2; zu Recht kritisch zur Fixierung auf die Dienstleistungsfreiheit unter Vernachlässigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan (Fn. 17), Rn. 16.9.

34 Ewg. 10.

35 Ewg. 11.

36 S.o. B.II.1.

37 Ewg. 13.

38 Ewg. 18 ff.

39 Weirich/Wahl (Fn. 5), S. 7 f.

40 Siehe Kocher/Potocka-Sionek, Rechtsfragen beim Einsatz polnischer Betreuungskräfte (Live-ins) in Deutschland durch Vermittlung polnischer Agenturen, 2022, S. 8, 36, abrufbar unter <https://www.eu-gleichbehandlungsstelle.de/eugs-de/analysen/rechtsfragen-beim-einsatz-polnischer-betreuungskraefte-live-ins-in-deutschland-durch-vermittlung-polnischer-agenturen-2124804> (7.11.2023); Otto, in: Rasnača/Bernaciak (Hrsg.), Posting of workers before national courts, Brussels 2020, S. 181, 188.

angewiesen werden, pflegerische und organisatorische Aufgaben in deutschen Haushalten zu übernehmen.⁴¹

Auf diese Art Verträge werde nun auch im Straßen-transport zurückgegriffen. Polnische Spediteure setzten Fahrer – häufig Drittstaatsangehörige etwa aus Georgien oder Usbekistan⁴² – auf Grundlage dieser »Müll-Verträge« für Fahrten in Europa ein.⁴³ Hier stellt sich die Frage danach, ob die Fahrer tatsächlich als Selbstständige anzusehen sind mit der Folge, dass arbeitsrechtliche Standards nicht greifen.

In Deutschland werden LKW-Fahrerinnen und -Fahrer regelmäßig als Arbeitnehmerinnen bzw. Arbeitnehmer eingesetzt, § 611a BGB.⁴⁴ Aber auch nach dem polnischen Recht könnte in Wirklichkeit ein Arbeitsvertrag vorliegen.

Ob es sich um einen Arbeitsvertrag handelt, ist im ersten Schritt eine kollisionsrechtliche Vorfrage zu Art. 8 Rom I-VO (»Qualifikation«), der das anwendbare Recht speziell für Individualarbeitsverträge regelt. Der Norm liegt einer juristischen Auffassung zu Folge ein autonomer unionsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff zu Grunde.⁴⁵ Arbeitnehmer ist nach der Formel des EuGH, wer für einen anderen nach dessen Weisung Leistungen erbringt, für die er eine Vergütung erhält, wobei wiederum umstritten ist, ob diese Definition auch Art. 8 Rom I-VO zu Grund zu legen ist.⁴⁶ Andere Ansichten wollen das Recht des Gerichtsstands (*lex fori*) oder das Sachrecht (*lex causae*) zur Anwendung bringen. Wiederum eine weitere Auffassung hingegen hält Art. 8 Rom I-VO bereits für anwendbar, wenn das Rechtsverhältnis nach einer der berührten nationalen Rechtsordnungen als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren ist.⁴⁷ Schon zu dieser wichtigen Weichenstellung existieren somit verschiedene Rechtsauffassungen.

Die anhand von Art. 8 Rom I-VO ermittelte Rechtsordnung ist für die materiell-rechtlichen Anspruchsvoraussetzungen maßgeblich.⁴⁸ Die Mitgliedstaaten sind bei der Anwendung der innerstaatlichen Rechtsvorschriften an die kollisionsrechtliche Qualifikation als Arbeitsverhältnis nicht zwingend gebunden: Auch wenn sich das Rechtsverhältnis im Sinne von Art. 8 Rom I-VO als Arbeitsverhältnis darstellt, kann es nach dem anwendbaren nationalen Recht als Selbstständigkeit qualifiziert werden. In vielen Fragen allerdings ist das nationale Recht durch unionsrechtliche Vorschriften determiniert, sodass hier wiederum der unionsrechtliche Arbeitnehmerbegriff zum Tragen kommt.

Für die praktische Rechtsanwendung heißt das: Beruft sich eine LKW-Fahrerin aus Polen darauf, dass sie nicht

als Selbstständige, sondern als Arbeitnehmerin anzusehen ist, haben die Behörden bzw. das international zuständige Gericht zunächst zu prüfen, ob aufgrund der unionsrechtlichen Kriterien die Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen ist. Dies wird im Fall von LKW-Fahrern, die Waren auf Geheiß von Kunde A zu Kunde B liefern und dabei eine Reihe von Vorgaben zu beachten haben, regelmäßig zu bejahen sein. Nach der für den eingeklagten Anspruch relevanten Norm des innerstaatlichen Rechts wiederum richtet sich, ob für die weiteren Anspruchsvoraussetzungen der unionsrechtliche oder der nationale Arbeitnehmerbegriff heranzuziehen ist. Gerade in Konstellationen wie den polnischen Müll-Verträgen im Fall der 24-Stunden-Pflege zeigt sich, dass dies keineswegs regelmäßig der Fall ist.

4. Entsendung von Drittstaatsangehörigen

Die Proteste der LKW-Fahrer in Gräfenhausen waren vor allem von Staatsangehörigen aus Usbekistan und Georgien getragen. Ungeachtet der genauen rechtlichen Bewertung der Fälle, verweist dies auf den Tatbestand der Entsendung von Drittstaatenangehörigen. Aktuelle Studien weisen darauf hin, dass die Entsendung von Drittstaatenangehörigen derzeit – praktisch, aber auch in der internationalen rechtswissenschaftlichen Fachöffentlichkeit⁴⁹ – an Bedeutung gewinnt. So befassen sich

41 S. etwa den Beitrag von Faire Mobilität – Berufsbildungswerk Gemeinnützige Bildungseinrichtung des DGB GmbH (bfw) v. 18.3.2016, »Wie mit polnischen »Müllverträgen« der Mindestlohn in der 24-Stunden-Pflege umgegangen wird«, abrufbar unter www.faire-mobilitaet.de/++co++af3c8396-ed20-11e5-8818-52540023ef1a (7.11.2023).

42 Näher zum Thema Drittstaatenangehörigkeit unten C.III.

43 Vgl. *Meiners*, Magazin Mitbestimmung 3/2023, 38, 39.

44 *Weirich/Wahl* (Fn. 5), S. 6 f.

45 *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Rn. 15), Rn. 29; *ErfK-Schlachter* (Fn. 20), Art. 9 Rom I-VO, Rn. 4; einen – weiten – autonomen Begriff entwickelt *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 20), § 4 Rn. 14 ff.

46 Zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff: EuGH, 2.6.2022 – C-587/20 – NZA 2022, 1183 (HK/Danmark, HK/Privat), Rn. 28; EuGH, 3.7.1986 – C-66/85 – Slg. 1986, 2121 (Lawrie-Blum), Rn. 17; ausf. auch *Sagan*, in: *Preis/Sagan* (Fn. 17), Rn. 1.107 ff.; *Wank*, EuZA 2023, 22.

47 Zutreffend, jedenfalls soweit es um die Wahl zwischen dem unionsrechtlichen Begriff und der *lex causae* geht, *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Rn. 15), Art. 1 Rom I-VO, Rn. 33, mwN. zu den weiteren Auffassungen in Rn. 32.

48 So auch die Rechtsprechung, die die Voraussetzungen des unionsrechtlichen und des deutschen Arbeitnehmerbegriffs gesondert prüft, vgl. etwa BAG, 15.12.2016 – 6 AZR 430/15 – NZA 2017, 502, Rn. 54, 60.

49 Überblickartig *Danaj/Jevšnik/Kielbasa/Szaraniec*, ELLJ 2023, 391, 394 ff., auch ausf. zu empirischen Erkenntnissen über das Wachstum der Entsendung von Drittstaatenangehörigen aus Slowenien und Polen.

im von *Rasnača/Bernaciak*⁵⁰ herausgegebenen Sammelband insbesondere die Länderstudien von *Rasnača* zu Lettland und *Kresal* zu Slowenien mit dem Thema,⁵¹ im Sommer 2023 erschienen Band von *Rasnača* und *Bogoeski* »Interaction between labour law and immigration regimes« wird rechtsvergleichend die rechtliche Situation von Drittstaatenangehörigen in europäischen Staaten verglichen.⁵²

In Lettland beschäftigen Fälle unter Beteiligung von Drittstaatenangehörigen verstärkt die Gerichte; die Rechtsprechung akzeptiert auch die Entsendung von Drittstaatenangehörigen durch Briefkastenfirmen, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu dem Zweck anstellen, diese in andere Länder zu entsenden.⁵³ *Rasnača* berichtet daneben von Gerichtsverfahren, von Drittstaatenangehörigen aus Litauen, die nach Lettland entsandt worden sind. Der Länderbericht von *Kresal* zeigt auf, dass Entsendeunternehmen aus Slowenien in größerer Zahl Drittstaatenangehörige insbesondere aus Bosnien-Herzegowina entsenden, wobei auch hier sog. Briefkastenfirmen eine Rolle spielen.⁵⁴ In der nationalen öffentlichen Debatte haben das Thema Entsendung und missbräuchliche Gestaltungen wohl auch deshalb eine vergleichsweise große Bedeutung.⁵⁵ Relevanz hat die Entsendung von Drittstaatenangehörigen auch in Polen.⁵⁶

Der rechtliche Hintergrund zeigt das Potential für die Entsendung von Drittstaatenangehörigen auf. Denn die rechtlichen Hürden sind relativ niedrig. Die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern unterliegt dem EuGH zufolge von Seiten des Unternehmens der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV, und zwar unabhängig von der Staatsangehörigkeit der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers.⁵⁷ Eine unterschiedliche Behandlung von Unionsbürgerinnen und -bürgern aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit ist ohnehin gemäß Art. 45 Abs. 2 AEUV ausgeschlossen. Da jedoch auch die Entsendung von Drittstaatenangehörigen der Dienstleistungsfreiheit unterliegt, ist auch diese nach Auffassung des EuGH unterschiedslos möglich.

Das Aufenthaltsrecht steht Entsendungen nicht entgegen. Sofern eine Arbeitserlaubnis im Herkunftsstaat besteht, bedarf diese Arbeitnehmerin/dieser Arbeitnehmer in einem Zielstaat keiner erneuten Arbeitserlaubnis, wie der Gerichtshof bereits in der Entscheidung *Van der Elst* am 9. August 1994⁵⁸ festgestellt hat. Im Vertragsverletzungsverfahren gegen Deutschland hat der Gerichtshof

den damals in Deutschland geltenden Genehmigungsverbehalt für Entsendungen von Drittstaatsangehörigen nach Deutschland für unvereinbar mit der Dienstleistungsfreiheit befunden.⁵⁹

Die aufenthaltsrechtliche Bewertung der Situation ergibt sich heute in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Gerichtshofs aus Art. 19 Abs. 1 des Schengener-Durchführungsübereinkommens (SDÜ) iVm. §§ 15, 17 Abs. 2 S. 1 AufenthV, § 30 BeschV. Danach können Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zur Erbringung einer Dienstleistung durch ein Unternehmen vorübergehend in einen anderen Mitgliedstaat entsandt wurden⁶⁰, aufgrund des durch einen Mitgliedstaat erteilten Visums Freizügigkeit im gesamten Schengen-Raum beanspruchen. Die betreffenden Personen haben nach § 15 BeschäftigungsV vor der Entsendung zwar ein deklaratorisches »Vander-Elst-Visum« zu beantragen, das aber keiner vorherigen Zustimmung durch die BA bedarf und zügig zu erteilen ist.⁶¹ Welche Staatsangehörigkeit entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern haben, spielt für die rechtliche Bewertung der Entsendung damit letztlich keine Rolle.

Augenscheinlich ist die relativ einfache Handhabung der Entsendung von Drittstaatsangehörigen trotz deren besonders vulnerabler Situation⁶² nicht von entsprechenden Unterstützungen bei der Durchsetzung der

50 *Rasnača/Bernaciak*, in: dies. (Fn. 35); vgl. auch die Rezension von Klengel, SR 2022, 247.

51 S. mit Beispielen auch aus weiteren Mitgliedstaaten die Conclusion von *Rasnača/Bernaciak*, in: dies. (Fn. 35), S. 239, 253 f.

52 *Rasnača/Bogoeski* (Hrsg.), Interaction between labour law and immigration regimes, Brüssel 2023. Auch diese Studie ist Open Access digital verfügbar.

53 *Rasnača*, in: *Rasnača/Bernaciak* (Fn. 35), S. 141, 156 ff.

54 *Kresal*, in: *Rasnača/Bernaciak* (Fn. 35), S. 217, 219, 222, 224.

55 *Kresal*, in: *Rasnača/Bernaciak* (Fn. 35), S. 217, 224.

56 Zur Zeit vor der Invasion Russlands in der Ukraine: *Otto*, in: *Rasnača/Bernaciak* (Fn. 35), S. 181, 188.

57 EuGH, 9.8.1994 – C-43/93 – AP Nr. 1 zu Art. 59 EWG-Vertrag (*Vander Elst*).

58 EuGH, 9.8.1994 – C-43/93 – AP Nr. 1 zu Art. 59 EWG-Vertrag (*Vander Elst*).

59 EuGH, 19.1.2006 – C-244/04 – Slg. 2006, I-1885 (Kommission/Deutschland).

60 Zur Begrenzung des Personenkreises BVerwG, 20.6.2019 – 1 B 12.19 – BeckRS 2019, 18157.

61 Näher *Klaus*, in: Timmermann/Uznanski/Mävers/Klaus (Hrsg.), Beschäftigung ausländischer Mitarbeiter, Baden-Baden 2021, Rn. 1033; *Wißmann*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 5. Aufl., München 2021, § 30 Rn. 17

62 So auch *Kresal*, in: *Rasnača/Bernaciak* (Fn. 35), S. 217, 224.

geltenden Arbeitsstandards begleitet.⁶³ Das Recht auf Gleichbehandlung in Art. 12 Abs. 1 lit. a) RL 2011/98/EU⁶⁴ für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aus Drittstaaten bezüglich der Arbeitsbedingungen, das die Gleichberechtigung gegenüber entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mit der Staatsangehörigkeit des Herkunftsstaats vorsieht, greift zu kurz.⁶⁵ Dass die Entsendung von Drittstaatsangehörigen besondere Schwierigkeiten der Rechtsdurchsetzung aufwirft, wird am Beispiel des LKW-Verkehrs deutlich. Die Beraterinnen und Berater bei Faire Mobilität berichten, dass die Fahrerinnen und Fahrer kaum Kenntnis von ihren Rechten geschweige denn Möglichkeiten ihrer Durchsetzung haben. Der prekäre Aufenthaltsstatus erleichtert zudem illegales und missbräuchliches Vorgehen, sprachliche Barrieren tun ihr Übriges.⁶⁶

IV. Die klageweise Rechtsdurchsetzung durch die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer

Weitere, vornehmlich juristische, Durchsetzungsfragen knüpfen daran an, auf welchem Weg die Rechtsdurchsetzung erfolgt – ob über individuelle Klagen, über die Rechtsdurchsetzung durch staatliche Behörden oder über die kollektive Interessenvertretung.

1. Individuelle Rechtsverfolgung gegenüber dem Vertragsarbeitgeber

Ist ein Anspruch zu bejahen, stellt sich zunächst die Frage, wo die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer diesen geltend machen können. Für eine Geltendmachung im Herkunftsstaat werden oftmals die Zugänglichkeit und die fehlende Sprachbarriere sprechen. Allerdings dürften Gerichte im Herkunftsstaat mit den möglicherweise eingreifenden deutschen Rechtsvorschriften weniger gut vertraut sein. Auch der Zugang zu deutschen Gerichten dürfte nicht immer einfach sein, zumal die entsandten Beschäftigten sich nur vorübergehend im Land aufhalten und die Beendigung des Einsatzes auch noch in der Hand des (verklagten) Arbeitgebers liegt.

Liegt – etwa im Fall der Transit-Beförderung durch Deutschland hindurch – kein Fall der Entsendung vor, so ist der Anspruch am Ort, an dem der Arbeitnehmer

gewöhnlich seine Arbeit verrichtet bzw. am Ort der Niederlassung, in der er eingestellt wurde, also idR. im Herkunftsstaat, einzuklagen, Art. 21 Abs. 1 Brüssel 1a-VO⁶⁷. Ist – wie im Fall der Kabotagebeförderung oder der 24-Stunden-Pflege durch eine Arbeitnehmerin – eine Entsendung zu bejahen, greift § 15 AEntG: Neben dem Gerichtsstand im Herkunftsstaat tritt derjenige in Deutschland. Die Vorschrift weicht zwar vom an sich einschlägigen Art. 21 Brüssel 1a-VO ab, der die gerichtliche Zuständigkeit an den gewöhnlichen Arbeitsort knüpft. Diese Abweichung durch das AEntG ist durch Art. 6 EntsenderL gedeckt und daher unionsrechtskonform.

Betrachtet man vergleichend die Praxis des Entsenderechts zwischen Mitgliedstaaten, so spielt die gerichtliche Geltendmachung durch die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer selbst nur eine Rolle neben anderen Formen der Rechtsdurchsetzung (Verhandlung, staatliche Behörden, Gewerkschaften/gemeinsame Einrichtungen) – und im Vergleich in der Tendenz nicht die wichtigste.⁶⁸ Allerdings weicht die Situation zwischen den Mitgliedstaaten deutlich voneinander ab.⁶⁹ Dass entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer die klageweise Durchsetzung der Ansprüche nicht immer in Betracht ziehen, zeigt exemplarisch die Situation der LKW-Fahrer in Gräfenhausen. Eine zivilrechtliche Klage gegen den Arbeitgeber auf Zahlung der ausstehenden Entgeltbestandteile wurde – soweit bekannt – von keinem der Fahrer eingereicht.⁷⁰ Sie haben sich vielmehr auf die kollektiv durchgeführte Selbsthilfe verlegt. Die damit verbundenen Fragen sowie die

63 Siehe etwa die Darstellung von *Bakirtzi*, in: *Rasnača/Bogoeski* (Fn. 35), S. 77 ff.

64 Richtlinie 2011/98/EU vom 13.12.2011 über ein einheitliches Verfahren zur Beantragung einer kombinierten Erlaubnis für Drittstaatsangehörige, sich im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats aufzuhalten und zu arbeiten, sowie über ein gemeinsames Bündel von Rechten für Drittstaatsarbeitnehmer, die sich rechtmäßig in einem Mitgliedstaat aufhalten.

65 Ewg. 7 der Richtlinie 2011/98/EU v. 13.12.2011.

66 *Weirich/Wahl* (Fn. 5), S. 4 f.

67 Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, ABl. L 351/1.

68 *Rasnača/Bernaciak*, in: dies. (Fn. 4), S. 239, 244 ff.

69 *Rasnača/Bernaciak*, in: dies. (Fn. 4), S. 239, 246 f.

70 In der Berichterstattung ist von Klagen der Fahrer keine Rede, vgl. etwa *Hessenschau* v. 2.10.2023, Lkw-Streik auf A5-Raststätte Gräfenhausen beendet – Fahrer werden ausbezahlt, <https://www.hessenschau.de/wirtschaft/lkw-streik-auf-a5-raststaette-graefenhausen-beendet-fahrer-werden-ausbezahlt-v6,lkw-streik-graefenhausen-beendet-100.html> (7.11.2023). Dem Autor wurde auch von *Faire Mobilität* bestätigt, dass von Klagen keine Kenntnis vorliegt.

kollektivarbeitsrechtlichen Unterstützungsinstrumente werden unten unter Gliederungspunkt VI. angesprochen.

2. Individuelle Rechtsverfolgung gegenüber dem nichtvertraglichen Arbeitgeber (Entleiher)

Einen Fall der Arbeitnehmerentsendung stellt die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung dar (siehe oben). Hier stellt sich die Frage, ob die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Ansprüche gegenüber dem Entleiher geltend machen können.

Mit der Arbeitnehmerüberlassung geht eine Aufspaltung der Arbeitgeberstellung einher, die einen atypischen Charakter der Leiharbeit⁷¹ und einen prekären Status der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter begründet.⁷² Das AÜG enthält daher besondere Rechte für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter, die auch die Möglichkeiten zur Rechtsdurchsetzung verbessern. Da die Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter in den Dienst eines Entleihers gestellt werden, zu dem nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen kein Vertragsverhältnis besteht, enthält das deutsche Recht einige Regelungen, die eine Rechtsdurchsetzung auch durch zivilrechtliche Ansprüche gegenüber dem Entleiher ermöglichen. Da die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung aber Bezug zu mehreren Rechtssystemen hat, bestehen hier Besonderheiten.

Hierfür muss danach unterschieden werden, ob das Arbeitsverhältnis vollständig dem deutschen Recht unterliegt oder ob eine Entsendekonstellation gegeben ist.

a) Deutsches Arbeitsvertragsstatut

Das Arbeitsvertragsstatut und somit auch die Anwendbarkeit des deutschen AÜG auf das Arbeitsverhältnis richtet sich bei Fehlen einer Rechtswahl nach dem gewöhnlichen Arbeitsort gemäß Art. 8 Abs. 2 Rom I-VO. Welcher das bei der grenzüberschreitenden Leiharbeit ist, ist nicht unproblematisch. Zu der verwandten Frage im Sozialversicherungsrecht hat der EuGH entschieden, dass der gewöhnliche Arbeitsort iSv. Art. 12 Abs. 1 VO (EG) 883/2004 nur dann bei der Niederlassung, die die Leiharbeiterin eingestellt hat, zu verorten ist, wenn Leiharbeiterinnen und -arbeiter auch in nennenswertem Umfang im betreffenden Mitgliedstaat eingesetzt werden. Es genüge nicht, wenn etwa ein Leiharbeitsunternehmen in Bulgarien nur Leitungs- und Verwaltungspersonal beschäftige, aber alle Leiharbeitskräfte eingestellt

würden, um ins EU-Ausland entsandt zu werden.⁷³ Diese für die Koordination der Sozialversicherungssysteme geltende rechtliche Wertung ist auf das Arbeitskollisionsrecht zu übertragen. Denn auch die Begriffsbestimmung des »entsandten Arbeitnehmers« in Art. 2 Abs. 1 EntsendeRL enthält als Ausgangspunkt, dass ein Arbeitnehmer »normalerweise« im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats arbeitet und nur »während eines begrenzten Zeitraums seine Arbeitsleistung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats erbringt«.⁷⁴

Nicht maßgeblich ist für die arbeitsrechtliche Wertung hingegen, ob die Behörden des Herkunftsstaats für die Leiharbeiterin eine A1-Bescheinigung ausgestellt haben. Diese entfaltet auch nach Rechtsprechung des EuGH Wirkung nur für die Koordination der Sozialversicherungssysteme mit dem Ziel, eine eindeutige Zuordnung des Arbeitsverhältnisses in ein Sozialversicherungssystem zu erreichen. Die A1-Bescheinigung erzeugt über die Zuordnung zum Sozialversicherungssystem eines Mitgliedstaats hinaus keine Bindung für die arbeits- oder strafrechtliche Zuordnung des Rechtsverhältnisses zur Rechtsordnung eines Mitgliedstaats.⁷⁵

Für die zur Überlassung ins Ausland eingestellten Leiharbeiterinnen und -arbeiter gilt daher in vielen Fällen das Arbeitsrechtsstatut des gewöhnlichen Einsatzortes. Dann sind die Bestimmungen des deutschen AÜG anwendbar, die die Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter schützen sollen, namentlich insbesondere

- die Erlaubnispflicht gemäß § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG,
- die Sicherung des vorübergehenden Charakters der Überlassung gemäß § 1 Abs. 1 S. 4 AÜG sowie die Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1 S. 4, Abs. 1b AÜG,
- den Grundsatz der Gleichstellung, § 8 AÜG, sowie den gleichberechtigten Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen und -diensten, § 13b AÜG,
- die grundsätzliche Vergütungspflicht auch für die verleihsfreie Zeit, § 11 Abs. 4 S. 2 AÜG,
- die Transparenzvorschriften des § 1 Abs. 1 S. 5 und 6 AÜG,
- das Informationsrecht über freie Arbeitsplätze und die Übernahme, § 13a AÜG.

71 So ausdrücklich der EuGH, 12.5.2022 – C-426/20 – NZA 2022, 1041, 1042 (Luso-Temp), Rn. 36, dazu Klengel, AuR 2023, 20.

72 Ebenso Thüsing, in: Thüsing (Hrsg.), AÜG, 4. Aufl., München 2018, Einl. Rn. 5 ff.; Hamann, NZA-Beil. 2014, 3, 6.

73 EuGH, 3.6.2021 – C-784/19 – ECLI:EU:C:2021:427 (Team Power Europe).

74 Lakies/Walser, in: Däubler, TVG (Fn. 12), § 1 AEntG Rn. 46.

75 EuGH, 14.5.2020 – C-17/19 – NZA 2020, 1237 (Bouygues travaux publics).

Unter Berücksichtigung des AÜG bestehen folgende Mechanismen zur Durchsetzung der geltenden Arbeitsbedingungen:

- zivilrechtliche Klagemöglichkeiten gegen den Verleiher (Vertragsarbeitgeber),
- Zuständigkeit des beim Entleiher gebildeten Betriebsrats für die Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter des Betriebs mit sämtlichen betriebsverfassungsrechtlichen Möglichkeiten,
- die Durchsetzung durch die Erlaubnisbehörde, § 6 AÜG,
- Fiktion des Arbeitsverhältnisses nach §§ 9, 10 AÜG bei Arbeitnehmerüberlassung ohne die erforderliche Erlaubnis, bei der fehlenden Offenlegung des Charakters als Leiharbeitsverhältnis sowie beim Überschreiten der gesetzlichen Überlassungshöchstdauer.

b) Ausländisches Arbeitsvertragsstatut – Entsendekonstellation

Ist der gewöhnliche Arbeitsort bei der grenzüberschreitenden Leiharbeit hingegen weiter im Herkunftsland, unterliegt das Leiharbeitsverhältnis auch während des Einsatzes in Deutschland weiter dem Arbeitsvertragsstatut des Herkunftslandes. Das ist allerdings nur der Ausgangspunkt. Denn diese Konstellation ist gemäß § 2 Abs. 2 AEntG als Entsendung anzusehen. Damit sind die in § 2 Abs. 1 AEntG aufgeführten, in Deutschland geltenden Arbeitsbedingungen anzuwenden, zu denen nach Nr. 4 auch die »Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften, insbesondere durch Leiharbeitsunternehmen« zählen. Damit sind zumindest die im AÜG geregelten materiellen Arbeitsbedingungen auf das Leiharbeitsverhältnis anwendbar. Sofern das AÜG also ausdrückliche Regelungen für das Rechtsverhältnis zum Verleiher (insbesondere Gleichstellungsgrundsatz in Hinblick auf die Vergütung) oder zum Entleiher (zB. Information über freie Arbeitsplätze) betrifft, überformen die entsenderechtlich anwendbaren Eingriffsnormen das Rechtsverhältnis zwischen Leiharbeiterin bzw. Leiharbeiter und Verleiher bzw. Entleiher. Geklärt ist auch, dass auch ausländische Arbeitgeber eine Überlassungserlaubnis benötigen, um Beschäftigte in Deutschland an Unternehmen überlassen zu dürfen.⁷⁶

Streitig ist allerdings die für die Rechtsdurchsetzung relevante Frage, welche Folgen ein Verstoß des Entleihers gegen die Pflichten aus dem AÜG hat. Das Bundesarbeitsgericht hatte darüber zu befinden, ob das Fehlen

der Überlassungserlaubnis bei der grenzüberschreitenden Überlassung dieselben Konsequenzen hat wie bei Sachverhalten, die vollständig dem innerstaatlichen Recht unterfallen (siehe oben a), Arbeitsvertragsstatut in Deutschland). In zwei Entscheidungen vom 26. April 2022 ist es darum gegangen, ob bei einer fehlenden Überlassungserlaubnis die Folge der §§ 9, 10 AÜG eintritt, ob also das Arbeitsverhältnis mit dem ausländischen Verleiher aufgelöst und ein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher fingiert wird.⁷⁷

Das Gericht hat es abgelehnt, die Fiktionswirkung der §§ 9, 10 AÜG auch auf die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung anzuwenden. Das Arbeitsverhältnis mit dem Verleiher bleibt nach dieser Rechtsauffassung unangetastet und es entsteht kein Arbeitsverhältnis mit dem Entleiher, auch wenn der Verleiher entgegen § 1 Abs. 1 S. 1 AÜG aF. keine Überlassungserlaubnis hat.

Die Entscheidung ist zur Rechtslage vor der AÜG-Reform 2017 ergangen. Mit der Reform hat die Frage noch einmal eine größere Tragweite erhalten, greift die Fiktionswirkung doch nicht nur für Fälle der fehlenden Überlassungserlaubnis, sondern auch, wenn der Verleiher dem Leiharbeiter entgegen § 1 Abs. 1 S. 5 AÜG nicht offenlegt, dass es sich um eine Überlassung handelt und insbesondere bei Verstößen gegen die Überlassungshöchstdauer. Überträgt man die Entscheidung auf den seitdem geltenden Rechtszustand, würde die gesetzlich an sich vorgesehene Sanktionswirkung bei Verstößen gegen arbeitsrechtliche Schutzvorschriften in der nennenswerten Fallgruppe grenzüberschreitender Überlassungen nicht mehr greifen. Dies ist deshalb eine bemerkenswerte Folge, weil die Sanktion der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses im Vergleich zu sonstigen Rechtsfolgen wirkungsvoll ist. Denn der Entleiher hat in diesem Fall nicht nur einen Arbeitnehmer mehr, er muss auch rückwirkend Entgelt zahlen, sowie Steuern und Sozialversicherungsbeiträge nachentrichten.⁷⁸ Die Nichtzahlung kann als Vorenthalten

⁷⁶ So BAG, 26.4.2022 – 9 AZR 228/21 – NZA 2022, 1257, 1260, Rn. 21; ErfK-Roloff (Fn. 20), Rn. 8; J. Ulber, in: Ulber/Ulber (Hrsg.), AÜG, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2023, § 1 Rn. 327.

⁷⁷ BAG, 26.4.2022 – 9 AZR 228/21 – NZA 2022, 1257; BAG, 26.4.2022 – 9 AZR 139/21 – NZA 2022, 1333; zustimmend Hennecke, ZESAR 2023, 164; Holler, jurisPR-ArbR 45/2022, Anm. 2; Thüsing/Peisker, EWIR 2022, 698; kritisch und mit Schwerpunkt auf die sozialversicherungsrechtlichen Folgen Barkow v. Creytz, NZA 2022, 1314; ablehnend Brors/Schüren, NZA 2022, 1310; zustimmend Hamann/Rathmann, AP Nr. 42 zu § 1 AÜG.

⁷⁸ Überblickartig Schüren, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, 6. Aufl., München 2022, § 9 AÜG Rn. 22.

von Sozialversicherungsabgaben sogar strafbewehrt sein, § 266a StGB.⁷⁹

Die Auffassung des BAG hat für die grenzüberschreitende Arbeitnehmerüberlassung praktisch ein Durchsetzungsdefizit zur Folge. Lehnt man die Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher ab, bleiben als Sanktionen der illegalen Arbeitnehmerüberlassung noch Ordnungswidrigkeiten bis zu einer Höhe von 30.000 Euro, §§ 16, Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 AÜG. Diese Sanktion hat angesichts der eher schwachen behördlichen Rechtsdurchsetzung wohl keine ausreichende Effektivität.⁸⁰ Zwar hängt die Beurteilung als sozialversicherungsrechtliches Beschäftigungsverhältnis nicht zwingend an der arbeitsrechtlichen Beurteilung als Arbeitsverhältnis – im Fall der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses nach § 10 AÜG aber hängt die sozialversicherungsrechtliche Beitragspflicht des Entleihers daran, ob die Fiktion zum Entleiher gegeben ist oder nicht.⁸¹ *Barkow v. Creytz* spricht in Konsequenz des Urteils deshalb von einer weitreichenden Haftungsprivilegierung von Entleihern, die im Rahmen einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung aus dem Ausland Arbeitnehmer beschäftigen.⁸²

Anders sieht es aus, wenn Betriebsräte bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung die Zustimmung zur Einstellung gemäß § 99 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BetrVG verweigern und den Einsatz so verhindern können.⁸³ Doch dies setzt voraus, dass es im Einsatzbetrieb einen Betriebsrat gibt. In Betrieben, in denen das nicht der Fall ist, sind die Sanktionsmechanismen für die betreffenden Verstöße gegen Vorgaben des AÜG in Fällen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung nicht ausreichend. Dies ist allerdings unionsrechtlich zwingend, da die RL Leiharbeit gemäß § 10 Abs. 1 AÜG die Anforderung stellt, dass Verstöße gegen die Richtlinie durch geeignete Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren geahndet werden.

Allerdings gibt es gute Gründe dafür, dass die Entscheidung des 9. Senats nicht das letzte Wort zu dieser Frage gewesen ist.

Dies hat zunächst prozessuale Gründe: Denn der 7. Senat hat in einem Urteil vom 21. März 2017 anders entschieden.⁸⁴ Unter Zugrundelegung der Vorgängervorschrift, Art. 34 EGBGB aF, hat der Senat erkannt, dass die Fiktion nach § 9 Nr. 1 AÜG aF. auch für einen ausländischen Verleiher greift. Die Anrufung des Großen Senats nach § 45 Abs. 2 ArbGG war dennoch noch nicht

geboten.⁸⁵ Die Erwägung des 7. Senats zur Fiktion ist nicht tragend gewesen, weil der Senat letztlich keine Arbeitnehmerüberlassung angenommen hat.⁸⁶ Auch ist das Arbeitsverhältnis im vom 7. Senat entschiedenen Fall noch nicht unter die Rom I-VO gefallen, sondern noch unter die Vorschriften des EGBGB. Wenn der 7. Senat in einem zukünftigen Fall an seiner Auffassung festhalten möchte, wird die Anrufung des Großen Senats nach § 45 Abs. 2 ArbGG jedoch unausweichlich sein. Dass das so ist, daran besteht kein ernstlicher Zweifel, denn in dem Urteil wurde Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO ausdrücklich als Orientierungshilfe zur Auslegung herangezogen und die Auffassung des 7. Senats wurde auch auf die Auslegung von § 2 Nr. 4 AEntG gestützt.⁸⁷

Hinzu kommt, dass das BAG durch die Entscheidung des 9. Senats vom Urteil des BSG abgewichen ist, was an sich die Anrufung des Obersten Senats der Bundesgerichte hätte zur Folge haben müssen.⁸⁸ Das BSG hatte erkannt, dass das Arbeitsverhältnis bei illegaler grenzüberschreitender Arbeitnehmerüberlassung fingiert wird mit der Folge, dass der Entleiher auch bei grenzüberschreitender illegaler Arbeitnehmerüberlassung Sozialversicherungsbeiträge abzuführen hat.⁸⁹ Das kommentarlose Unterlassen der Vorlage durch das BAG könnte allenfalls darauf gestützt werden, dass die Rechtsgrundlage der Entscheidung des BSG noch in der Vorläufervorschrift von Art. 9 Rom I-VO, also in Art. 34

79 *Schüren*, in: *Schüren/Hamann* (Rn. 71), § 9 AÜG Rn. 22; zur vorliegenden Konstellation *Bock*, *jurisPR-StrafR* 21/2022, Anm. 2; vgl. auch *J. Ulber*, in: *Ulber/Ulber* (Fn. 69), Art. 3 Änderung sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften, Rn. 7.

80 So datiert das letzte in der Datenbank *juris* auffindbare Gerichtsverfahren über eine Ordnungswidrigkeit wegen fehlender Überlassungserlaubnis aus 2016: OLG Bamberg, 9.8.2016 – 3 Ss OWi 494/16 – NZA-RR 2016, 597.

81 Anders wohl *Bissels/Singraven*, DB 2022, 2803, die deshalb weiterhin Beratungsbedarf feststellen.

82 *Barkow v. Creytz*, NZA 2022, 1314, 1316; ähnlich *Bock*, *jurisPR-StrafR* 21/2022, Anm. 2 zur strafrechtlichen Würdigung.

83 *Hamann*, in: *Schüren/Hamann* (Rn. 71), § 14 AÜG Rn. 245a; zu *Dohna-Jaeger*, in: *Ulber/Ulber* (Fn. 69), § 14 Rn. 215.

84 BAG, 21.3.2017 – 7 AZR 207/15 – NJOZ 2018, 1744.

85 *Holler*, *jurisPR-ArbR* 45/2022, Anm. 2; ebenso zur Divergenzvorlage *Hamann/Rathmann*, AP Nr. 42 zu § 1 AÜG und *Pingel*, RdA 2023, 180, 186, die jedoch die Voraussetzungen einer Grundsatzvorlage nach § 45 Abs. 4 ArbGG bejahen.

86 BAG, 21.3.2017 – 7 AZR 207/15 – NJOZ 2018, 1744, 1755, Rn. 71 ff.

87 BAG, 21.3.2017 – 7 AZR 207/15 – NJOZ 2018, 1744, 1754, Rn. 67 f.

88 Für das Erfordernis *Brors/Schüren*, NZA 2022, 1310, 1313; *Hamann/Rathmann*, AP Nr. 42 zu § 1 AÜG; *Holler*, *jurisPR-ArbR* 45/2022, Anm. 2.

89 BSG, 29.6.2016 – B 12 R 8/14 R – NZS 2017, 237.

EGBGB aF. zu suchen war.⁹⁰ Die Anrufung des Obersten Senats wird in Zukunft bei vergleichbaren Fällen aber auf der Tagesordnung stehen.

Außerdem ist die Auslegung von Unionsrecht maßgeblich. Hier begründet der 9. Senat zwar, weshalb er die Rechtsfrage als vom EuGH geklärt ansieht (»acte éclairé«). Die Anforderungen für die Annahme, dass eine Rechtsfrage als geklärt anzusehen ist, sind jedoch hoch.⁹¹ Zwar könnte die Frage der Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher bei einem engen Verständnis tatsächlich nicht die in Art. 3 Abs. 1 EntsendeRL aufgeführten »Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften« betreffen, sondern ihre Durchsetzung. Auch ist diese Fiktion isoliert betrachtet nicht unionsrechtlich zwingend. Der Gerichtshof hat zwar zur RL Leiharbeit entschieden, dass die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses unter dem Gesichtspunkt der effektiven Sanktionierung der RL Leiharbeit nicht zwingend ist.⁹² Die Mitgliedstaaten sind nämlich frei, das ihnen opportun erscheinende Mittel zur Sanktionierung zu ergreifen.

Der Gerichtshof hat aber bislang keine Stellung zu der Frage genommen, ob die Fiktion des Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher für EU-Ausländerinnen und -Ausländer unionsrechtlich geboten ist, wenn ein solches Verbot für Inländerinnen und Inländer gilt und bei der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung keine gleichwertigen Durchsetzungsinstrumente zur Verfügung stehen. Art. 5 Abs. 1 EntsendeRL verlangt, dass geeignete Maßnahmen für den Fall der Nichteinhaltung der Entsende-RL greifen; Art. 10 RL Leiharbeit verlangt dasselbe für die Einhaltung der in der Richtlinie festgelegten Mindeststandards für Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter. Dass die Durchsetzungschancen für die im AÜG festgelegten Arbeitsbedingungen ausgerechnet für grenzüberschreitend eingesetzte Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter geringer sein sollen, dürfte mit dem unionsrechtlichen Äquivalenzgebot⁹³ nicht zu vereinbaren sein. Zwar geht, legt man den rechtlichen Ansatz des EuGH zu Grunde, mit der Fiktion eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit der entsendenden Unternehmen einher. Doch einer Beeinträchtigung, die durch diese (auch) im Interesse der Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter stehende Regelung ausgeht, kann nicht dadurch begegnet werden, dass man sie auf innerdeutsche Sachverhalte beschränkt.

Neben dem Äquivalenzgebot, das sich auf die gleichwertige Durchsetzung von Unions-Sachverhalten bezieht, greift

im Übrigen auch das Verbot der Diskriminierung von EU-Ausländerinnen und EU-Ausländern. Art. 45 Abs. 2 AEUV gebietet die »Abschaffung jeder auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung der Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten in Bezug auf Beschäftigung, Entlohnung und sonstige Arbeitsbedingungen«. Dies umfasst auch ein Verbot aller verdeckten Formen der Diskriminierung. Der EuGH hat zwar die Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf die Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern abgelehnt.⁹⁴ Unabhängig davon, dass die dafür vom Gerichtshof bemühte Begründung, Entsendungen beeinflussten den Arbeitsmarkt im Zielstaat nicht, nicht zu überzeugen vermag⁹⁵, muss beachtet werden: Die Entscheidungen betrafen nicht die Konstellation, in denen eine Gleichbehandlung bei der Durchsetzung von arbeitsrechtlichen Vorgaben für Beschäftigte aus dem EU-In- und Ausland angestrebt wird. Vielmehr richtet sich die Anwendung der Dienstleistungsfreiheit darauf, ungerechtfertigte Barrieren im grenzüberschreitenden Einsatz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu unterbinden. Spätestens mit Art. 18 AEUV ist aber klar, dass eine ungleiche Behandlung von Inländerinnen/Inländern und EU-Ausländerinnen/EU-Ausländern nunmehr auch in Entsendekonstellationen rechtfertigungsbedürftig ist.

Dass durch die weniger effektive Durchsetzung von Arbeitsstandards bei der grenzüberschreitenden Leiharbeit EU-Ausländerinnen und -Ausländer in besonderer Weise betroffen sind, dürfte außer Frage stehen. Auf der

90 Das BAG hat das Unterlassen der Vorlage an den Obersten Senat der Bundesgerichte nicht begründet. Im vom BSG-Fall entschiedenen Sachverhalt war der Arbeitsvertrag im Jahr 2000 geschlossen worden, weshalb gemäß Art. 28 Rom I-VO die Rom I-VO noch nicht anzuwenden war. Nicht überzeugen kann hingegen die Auffassung, dass die Vorlage nach § 2 Abs. 2 RsprEinhG entbehrlich war. Dies setzt voraus, dass zunächst der Gemeinsame Senat des BAG anzurufen gewesen wäre, was nicht der Fall gewesen ist, anders aber Pingel, RdA 2023, 180, 186 f.

91 S. bereits EuGH, 27.3.1963 – 28/62 – AP Nr. 1 zu Art. 267 AEUV (da Costa), wo der EuGH darauf abstellt, ob die »gestellte Frage tatsächlich bereits in einem gleichgelagerten Fall Gegenstand einer Vorabentscheidung gewesen ist«; vgl. für die Anforderungen Karpenstein, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 79. EL, München 2023, Art. 267 AEUV Rn. 56; zur aktuellen Bedeutung der »acte éclairé«-Doktrin Colneric, ZEuP 2020, 759, 762.

92 EuGH, 17.3.2022 – C232/20 – NZA 2022, 549 (Daimler).

93 Siehe etwa Schill/Kremm, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der EU, 79. EL, München 2023, Art. 4 EUV Rn. 92.

94 EuGH, 23.11.1999 – verb. Rs. C-369/96, C-376/96 (Arblade u. Leloup); EuGH, 27.3.1990 – C-311/89 (Rush Portuguesa Lda.).

95 Daher zu Recht für eine Einbeziehung von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern in den Anwendungsbereich von Art. 45 AEUV Erk-Schlachter (Fn. 22), Art. 45 AEUV Rn. 2; Franzen, in: Streinz, EUV/AEUV, 3. Aufl., München 2018, Art. 45 AEUV, Rn. 35.

Grundlage der nach der AÜG-Reform 2017 bestehenden Rechtslage haben sie nach der vom BAG vertretenen Ablehnung der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses einen sehr konkreten Nachteil: Eine Leiharbeiterin hat in einem innerdeutschen Sachverhalt im Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung die Wahl, den Übergang des Arbeitsverhältnisses auf den Entleiher zu akzeptieren oder eine Festhaltungserklärung auszusprechen, aufgrund derer sie beim Verleiher verbleibt. Diese Option besteht nach Auffassung des BAG in grenzüberschreitenden Sachverhalten nicht. Die Dienstleistungsfreiheit ist zwar ein Gut, das zur Rechtfertigung einer mittelbaren Ungleichbehandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit herangezogen werden kann. Akzeptiert man allerdings die Rechtspflicht, eine Überlassungserlaubnis einzuholen – wie es auch das BAG tut – stellt die Sanktionierung des Verstoßes über die Rechtsfiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Erwerber keine erheblich ins Gewicht fallende zusätzliche Eingriffsschwere dar. Es handelt sich daher um eine verhältnismäßige Sanktion. Das Urteil des BAG begründet demnach nicht nur eine Verletzung des Äquivalenzgrundsatzes, sondern auch eine mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit. Jedenfalls können diese unionsrechtlichen Rechtsfragen nicht als in der Rechtsprechung des EuGH geklärt angesehen werden. Sie hätten deshalb gemäß Art. 267 AEUV dem EuGH zur Vorabentscheidung gestellt werden müssen.

Schließlich wird vertreten, dass die deutsche Rechtsordnung ganz grundsätzlich nicht den Bestand eines nach dem ausländischen Recht geschlossenen und diesem nach wie vor unterliegenden Vertrag beseitigen kann.⁹⁶ Deshalb soll nach einer starken Auffassung in der Literatur die Fiktion des Arbeitsverhältnisses einer Ansicht nach auf seine territoriale Wirkung in Deutschland begrenzt werden, der Bestand des ausländischen unterliegenden Arbeitsverhältnisses also nicht angetastet werden.⁹⁷ Gegen diese Lösung spricht aber, dass sie mit dem Grundgedanken einer nationalen Eingriffsnorm, die sich gerade gegen das ausländische Statut durchsetzen soll, nicht zu vereinbaren ist.⁹⁸

Allerdings richtet sich diese Frage allein nach den einschlägigen Rechtsnormen und danach, ob diese als Eingriffsnormen im öffentlichen Interesse das Eingreifen der betreffenden Regelung treffen.⁹⁹ Ein rechtlich übergeordnetes Prinzip, wonach sich die Beendigung eines nach einer anderen Rechtsordnung begründeten Rechtsverhältnisses

ausschließlich nach dieser Rechtsordnung richtet, existiert nicht. So sind Vorschriften des allgemeinen¹⁰⁰, jedenfalls aber des besonderen Kündigungsschutzes¹⁰¹ (etwa für Schwerbehinderte und Schwangere) als Eingriffsnormen anzusehen, die auch bei einem ausländischen Arbeitsvertragsstatut greifen. Das Interesse der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wird durch die Anwendung der Fiktion des Arbeitsverhältnisses zum Entleiher nicht stärker berührt als bei einem Arbeitgeberwechsel, der durch das innerstaatliche Recht angeordnet wird.¹⁰² Beachtlich ist dabei, dass es den betreffenden Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern nach dem aktuell geltendem Recht frei steht, am Arbeitsvertrag mit dem Verleihunternehmen festzuhalten – jedenfalls sofern der Einsatz nicht ohnehin für die Dauer der Entsendung befristet ist.

Entscheidend ist daher die Auslegung der einschlägigen Vorschriften des deutschen und europäischen Rechts. Nach Art. 12 Abs. 1 lit. d), e) Rom I-VO erfasst das Vertragsstatut insbesondere auch die verschiedenen Arten des Erlöschens von rechtlichen Verpflichtungen sowie die Folgen der Nichtigkeit eines Vertrags. Es kommt somit darauf an, ob die Fiktionswirkung des § 10 AÜG als Eingriffsnorm gemäß Art. 9 Rom I-VO ausgestaltet ist. Unter diesem Blickwinkel stellen sich erneut die angesprochenen Rechtsfragen: Sofern es mit Unionsrecht unvereinbar ist, die Fiktionswirkung des deutschen Rechts auf innerstaatliche Sachverhalte zu beschränken, müssen § 2 Abs. 1 Nr. 4 AEntG und § 10 AÜG im Lichte des Unionsrechts so gelesen werden, dass sie Eingriffsnormen auch für grenzüberschreitende, an sich dem ausländischen Recht unterfallende Leiharbeitsverhältnisse darstellen.

96 Hamann/Rathmann, AP Nr. 42 zu § 1 AÜG mwN., so wohl auch Brors/Schüren, NZA 2022, 1310, 1311.

97 So etwa Brors/Schüren, NZA 2022, 1310.

98 Hamann/Rathmann, AP Nr. 42 zu § 1 AÜG.

99 Deinert, Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben, HSI-Schriftenreihe Nr. 14, Frankfurt aM. 2016, S. 63.

100 Zutreffend *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Rn. 15), Art. 9 VO (EG) 593/2008 Rn. 52 aE.; anders die hM., BAG, 24.8.1989 – 2 AZR 3/89 – NZA 1990, 841; BAG, 1.7.2010 – 2 AZR 270/09 – AP Nr. 5 zu Art. 25 GG; BAG, 10.4.2014 – 2 AZR 741/13 – RIW 2014, 691; *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 19), § 13 Rn. 32.

101 *Krebber*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Rn. 15), Art. 9 VO (EG) 593/2008, Rn. 56 mwN. auch zu den bisher unterschiedlichen Wertungen in der Rspr.; ebenso *Deinert*, Internationales Arbeitsrecht (Fn. 19), § 13 Rn. 32, der diese Auffassung in Bezug auf den Sonderkündigungsschutz für Schwerbehinderte zur hM. zählt.

102 *D. Ulber*, ZESAR 2015, 3, 5 f.

3. Klageweise Durchsetzung gegenüber dem Auftraggeber

Während bei der Arbeitnehmerüberlassung (einschließlich des Einsatzes von Scheinwerkverträgen) dem Entleiher Arbeitgeberrechte übertragen werden, ist die Rechtsbeziehung der Beschäftigten zum Auftraggeber des Arbeitgebers in Entsende-Fällen, die keine Leiharbeit darstellen, noch stärker gelockert.

Dies führt zu dem wirtschaftlichen Anreiz des Auftraggebers, eigene Beschäftigung auf Auftragnehmer auszulagern, die durch geringere Arbeits- und Sozialstandards die Arbeitsleistung kostengünstiger erbringen können. Das Entsenderecht tritt diesem Mechanismus durch Mindestarbeitsbedingungen – wenn auch unzureichend – entgegen. Abgesichert werden sollen diese Ansprüche durch die Auftraggeberhaftung: Beschäftigte können die Ansprüche auf Zahlung der Mindestvergütung gemäß § 14 AEntG nicht nur gegenüber dem Arbeitgeber, sondern auch gegenüber dessen Auftraggeber geltend machen. Damit werden Auftraggeber angehalten, nur mit gesetzeskonform arbeitenden Unternehmen zusammenzuarbeiten.¹⁰³ Die Regelung wird durch branchenweit geregelte Haftungstatbestände für Sozialversicherungsbeiträge ergänzt.¹⁰⁴

Als Auftraggeber ist nunmehr nicht mehr – wie in der bis zum 30. Juni 2007 geltenden Fassung des Gesetzes – nur ein Generalunternehmer auf dem Bau anzusehen, sondern jeder »Unternehmer, der einen anderen Unternehmer mit der Erbringung von Werk- oder Dienstleistungen beauftragt«, § 14 S. 1 AEntG. Die Auftraggeberhaftung greift nunmehr zudem nicht nur in grenzüberschreitenden Sachverhalten, da § 13 MiLoG auf sie verweist. Allerdings wird die Regelung durch das BAG restriktiv ausgelegt. Obwohl der Gesetzwortlaut keinerlei Anhaltspunkte dafür gibt, soll die Auftraggeberhaftung nur greifen, sofern eine »besondere Verantwortungsbeziehung zwischen Auftraggeber und Nachunternehmer« bestehe. Das BAG führt aus: »Diese besteht nur dann, wenn der Auftraggeber eine eigene Verpflichtung an seinen Auftragnehmer weitergibt, wenn also der Auftragnehmer eine Werk- oder Dienstleistung erbringen soll, die für die vom Auftraggeber am Markt angebotene Leistung geschäftsprägend ist [...] bzw. sich im Rahmen seines üblichen Geschäftsgegenstands bewegt [...]«. ¹⁰⁵ Es geht also um Fälle, in denen eine Leistung durch Subunternehmen erbracht wird. Branchen, in denen die Regelung der Sache nach zur Anwendung

kommt, sind nach wie vor die Bauwirtschaft, aber auch die Post- und Zustellbranche sowie der LKW-Transport.

Die Haftung nach § 14 AEntG ist als selbstschuldnerische Bürgenhaftung ausgestaltet – der Arbeitnehmer kann sich direkt an den Auftraggeber halten. Die Haftung erfasst nicht nur den direkten Auftraggeber, sondern die gesamte Auftragskette, also auch den Auftraggeber eines Subunternehmens.¹⁰⁶

Unter Durchsetzungsgesichtspunkten ist dieser Weg durchaus erfolgversprechend. Allerdings lassen sich nur die Mindestentgelte realisieren, darüber hinaus vereinbartes Entgelt und weitere Entgeltbestandteile können nicht gegenüber dem Auftraggeber geltend gemacht werden. Am Beispiel der Paketwirtschaft werden weitere, gravierende Durchsetzungsdefizite deutlich, die auch für die Auftraggeberhaftung greifen, wie *Kärcher/Walser* in einem aktuellen Forschungsprojekt untersuchen.¹⁰⁷ Das Beratungsnetzwerk Faire Mobilität berichtet davon, dass es aufgrund der geringen Nutzung für Bau-Arbeitgeber profitabel ist, Nachunternehmer einzusetzen und das Risiko einiger Haftungsfälle einzugehen.¹⁰⁸

Hürden bestehen bereits darin, die eigenen Ansprüche zu erkennen, sie einzufordern und gerichtlich zu verfolgen. Für Beschäftigte sind dabei die mehrstufigen, unübersichtlichen und kurzfristig wechselnden Auftragsketten oft unklar. Hinzu kommen die verbreitete Scheinselbstständigkeit, die erst einmal erkannt werden muss, sowie Repressionen durch den Vertragsarbeitgeber¹⁰⁹. Bis eine Klage Erfolg hat, kann das betreffende Unternehmen wie in einem beschriebenen Fall insolvent gegangen sein.

Nimmt man die Lieferkette in einem weiteren Sinn in den Blick, werden von der Auftraggeberhaftung Konstellationen

¹⁰³ So auch die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 14/45, S. 17 f.; *ErfK-Franzen* (Fn. 20), § 14 AEntG Rn. 1; *Lakies/Walser*, in: Däubler, TVG (Fn. 12), § 14 AEntG Rn. 2.

¹⁰⁴ So § 3 Gesetz zur Sicherung von Arbeitnehmerrechten in der Fleischwirtschaft; § 28e Abs. 3a SGB IV für die Bauwirtschaft, § 28e Abs. 3g SGB IV für Unternehmen im Speditions-, Transport- und damit verbundenen Logistikgewerbe, die im Bereich der Kurier-, Express- und Paketdienste tätig sind.

¹⁰⁵ BAG, 16.10.2019 – 5 AZR 241/18 – juris, Rn. 24.

¹⁰⁶ BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 490/10 – NZA 2012, 563.

¹⁰⁷ Als Vorveröffentlichung daraus bereits erschienen: *Kärcher/Walser*, Vereinbarkeit eines Direktanstellungsgebots in der Paketzustellung mit dem Verfassungs- und Unionsrecht (Fn. 3), S. 21 ff.

¹⁰⁸ *Faire Mobilität v. 28.2.2018*, Bayerische Schlupflochsuche – Lohnbetrug trotz Generalunternehmerhaftung, <https://www.faire-mobilitaet.de/faelle/++co++7a8625b8-7404-11e8-a1e9-52540088cada> (7.11.2023).

¹⁰⁹ Siehe den Bericht von *Faire Mobilität 2017*, Stillstand auf der Autobahn – Entsendung im Transportgewerbe, <https://www.faire-mobilitaet.de/faelle/++co++16c98148-7402-11e8-89d7-52540088cada> (7.11.2023).

nicht erfasst, deren Auslandsbezug noch stärker ist als bei der Entsendung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern nach Deutschland. Wird die Arbeitsleistung vollständig im Ausland erbracht und das Produkt oder die Dienstleistung vom Auftraggeber bzw. Unternehmen eingekauft, so bestehen die Fehlanreize fort, dass durch niedrigere Arbeitsbedingungen in anderen Rechtssystemen Kostenvorteile erzielt werden. Diesem Effekt wird nicht durch das Entsenderecht begegnet, sondern durch das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG), das zum 1. Januar 2023 für Unternehmen (Konzerne) mit mehr als 3.000 Beschäftigten und zum 1. Januar 2024 für Unternehmen (Konzerne) mit mehr 1.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Inland in Kraft getreten ist. Es regelt aber keine Auftraggeberhaftung für den Fall, dass Verstöße gegen Rechtsvorschriften dem Auftraggeber zugerechnet werden können. Vielmehr regelt es Pflichten der erfassten Unternehmen, Vorkehrungen gegen die Verletzung grundlegender Rechte vorzunehmen (»Sorgfaltspflichten«).

Das LkSG erweitert aber an wenigstens einer Stelle auch die prozessuale Möglichkeit zur prozessualen Durchsetzung von Ansprüchen der Beschäftigten: Über § 11 LkSG wird eine Prozesstandschaft für diejenigen eingeführt, die geltend machen, in einer der in § 2 Abs. 1 LkSG aufgeführten Rechtspositionen verletzt zu sein. Da das LkSG nicht nur Rechtsverletzungen im Ausland, sondern auch im Inland erfasst, kann auch in Entsendefällen auf diese Möglichkeit zurückgegriffen werden. Allerdings sind die Vorteile eines derartigen Vorgehens gegenüber der Prozessvertretung, der Ermächtigung zur Prozessführung oder der Abtretung des Anspruchs an die Gewerkschaft begrenzt.

V. Die Rechtsdurchsetzung durch staatliche Behörden

Eine weitere Säule der Rechtsdurchsetzung sind staatliche Behörden. Die Überwachung der Einhaltung der Arbeitgeberpflichten nach § 8 AEntG, die in einem Tarifvertrag geregelten Arbeitsbedingungen zu gewähren, obliegt der Zollverwaltung, § 16 AEntG. § 17 AEntG regelt über eine Verweisung ins Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz weitere behördliche Zuständigkeiten, weitreichende Befugnisse zur Überwachung, Durchsetzung und Repression sowie Mitwirkungspflichten des Arbeitgebers. Ein Arbeitgeber

mit Sitz im Ausland ist zudem verpflichtet, vor Beginn jeder Werk- oder Dienstleistung eine schriftliche Anmeldung in deutscher Sprache bei der zuständigen Behörde der Zollverwaltung vorzulegen, § 18 AEntG. Der Arbeitgeber ist zudem zu einer Arbeitszeiterfassung verpflichtet, § 19 AEntG.

Stellt die Zollverwaltung einen Verstoß fest, können gemäß § 23 AEntG Bußgelder verhängt werden, deren Höhe bis zu 500.000 Euro beträgt. Ab einer tatsächlich verhängten Bußgeldhöhe von 2.500 Euro sollen Unternehmen vom Wettbewerb über öffentliche Aufträge über Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen ausgeschlossen werden, § 21 AEntG.

Neben den Behörden der Zollverwaltung haben auch die Sozialversicherungsträger (etwa bei der Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen oder bei der Statusfeststellung im Dreiecksverhältnis) sowie die Finanzbehörden Befugnisse zur Kontrolle der für ihren Zweig relevanten Regelungen.

Die ausgefeilten Regelungen über die behördliche Durchsetzung unterstellen, dass die Zollverwaltung im erforderlichen Umfang Kapazitäten für die Überwachung bereitstellt. In der Praxis scheinen aber selbst die Behörden von der Komplexität der Regelungen zur Arbeitnehmerentsendung, der Geschäftsstrukturen der entsendenden Unternehmen sowie der Auftragskette überfordert. Dies könnte einer der Gründe dafür sein, dass im Laufe des Jahres 2023 die Missstände im Straßentransport einer größeren Öffentlichkeit bekannt wurden (s.o. I.).

VI. Kollektive Rechtsdurchsetzung

Generell spielen in Deutschland kollektivarbeitsrechtliche Instrumente für die Rechtsdurchsetzung eine besondere Rolle.

1. Kollektive Interessenvertretungen für entsandte Beschäftigte

Gewerkschaften sind dazu berufen, die Einhaltung von Tarifverträgen als zentrale Rechtsquellen für die Regelung von Arbeitsbedingungen, zu überwachen. Sie gewähren in großem Umfang Individualrechtsschutz, wirken aber auch über die Verbände auf eine Einhaltung von Tarifverträgen ein. Daneben stehen Institutionen der betrieblichen

Mitbestimmung. So haben Betriebsräte gemäß § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG die Aufgabe, die Einhaltung der zugunsten der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Betriebs eingreifenden arbeitsrechtlichen Vorschriften zu überwachen; für den Einsatz von Leiharbeiterinnen und Leiharbeitern haben sie Rechte in personellen Angelegenheiten (s.o. IV.2.b)), ihr Mandat erstreckt sich aber auch darüber hinaus vollständig auf die Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter des Betriebs als Belegschaftsangehörige. Voraussetzung dafür ist aber, dass ein Betriebsrat besteht, was nur für 43 % der Beschäftigten der Fall ist.¹¹⁰

Im Bereich des Entsenderechts greifen beide Institutionen aber nur eingeschränkt.¹¹¹ Da die Entsendung häufig in Branchen erfolgt, in denen die gewerkschaftliche Organisation nur schwach ausgeprägt ist, kann diese nur begrenzt Druck zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen ausüben. Über das Beratungsnetzwerk Faire Mobilität bietet der DGB, finanziert mit öffentlichen Mitteln, eine Anlaufstelle für entsandte Beschäftigte an. Darüber hinaus bietet die IG BAU eine Sondermitgliedschaft für entsandte Beschäftigte an.¹¹²

2. Insbesondere: Sozialkasse in der Bauwirtschaft (SOKA-BAU)

Als Einrichtung der Sozialpartner muss auch die für die Bauwirtschaft bestehende gemeinsame Einrichtung angesprochen werden: Die SOKA-BAU stellt eine der wichtigsten Instanzen für die Rechtsdurchsetzung im Baubereich dar.¹¹³ Unter ihrem Dach sind die Urlaubs- und Lohnausgleichskassen der Bauwirtschaft und die Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes AG versammelt. Sinn der Einrichtung ist nicht vorrangig die Rechtsdurchsetzung. Die SOKA-BAU als gemeinsame Einrichtung der Tarifparteien ist vielmehr ua. Trägerin einer Urlaubskasse, mit der über ein Umlageverfahren Urlaubsansprüche zwischen den auf dem Bau häufiger wechselnden Arbeitgebern übertragen werden können. Aufgrund eines Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) v. 28. September 2018 sind alle Bau-Arbeitgeber verpflichtet, an diesem Urlaubsverfahren teilzunehmen. Als Trägerin des Urlaubsverfahrens trägt die SOKA-BAU aber zur Durchsetzung arbeitsrechtlicher Bestimmungen im Baugewerbe, in dem die Arbeitnehmerentsendung eine besondere Rolle spielt, bei.

Abgesehen davon hängen kollektive Durchsetzungsinstrumente davon ab, wie stark die kollektive Interessenvertretung an dem betreffenden Arbeitsplatz vertreten ist, wobei im Rahmen der Entsendung besondere Hürden aufgrund des häufig kurzfristigen Einsatzes, des prekären Status sowie der fehlenden sozialen Einbindung bestehen.

3. Arbeitsniederlegung

Die Ereignisse um die LKW-Fahrer in Gräfenhausen haben gezeigt, dass auch spontane und selbstorganisierte Arbeitsniederlegungen bei der Interessendurchsetzung erfolgreich sein können.

Dies führt zur Frage, ob die LKW-Fahrer berechtigt sein können, die Arbeitsleistung zu verweigern, um ihre Forderungen durchzusetzen. Losgelöst vom konkreten Fall sollen nach deutschem Recht Streiks lediglich im Rahmen von Regelungsstreitigkeiten zulässig sein, deren Gegenstände in Tarifverträgen vereinbart werden können.¹¹⁴ Die Durchsetzung von Ansprüchen soll hingegen nicht im Wege des Arbeitskampfes erfolgen können. Dass in Gräfenhausen eine nennenswerte Anzahl von Fahrerinnen und Fahrern zusammengekommen und koordiniert vorgegangen ist, Druck durch eine Arbeitsniederlegung, gemeinsame Öffentlichkeitsarbeit und Kontaktaufnahme mit den Kunden der Spedition erzeugt hat, spricht dafür, dass sich auf dem Autobahnrastplatz ad hoc eine kollektive Vereinigung gebildet hat, die den grundgesetzlichen Anforderungen an eine Koalition im Sinne von Art. 9 Abs. 3 GG entspricht und der die Mittel des Arbeitskampfes offenstehen.¹¹⁵ Dies findet in vielen Diskussionen

110 Hohendanner/Kohaut, Tarifbindung und Mitbestimmung: Keine Trendumkehr in Westdeutschland, Stabilisierung in Ostdeutschland, <https://www.iab-forum.de/tarifbindung-und-mitbestimmung-keine-trendumkehr-in-sicht/> (7.11.2023).

111 Zu den bestehenden rechtlichen Ansatzpunkten der Gewerkschaftsbewegung innerhalb des EU-Rechtsrahmens und praktischen Erfahrungen Cremers, Supporting mobile migrant labour – the role of the trade union movement, Policy Brief I.M.U., Düsseldorf 2023.

112 So ermöglicht etwa die IG BAU Wanderarbeitenden eine Jahresmitgliedschaft (Beschluss des Gewerkschaftsbeirats vom 28.1.2020 aufgrund von § 8 Abs. 10 der Satzung in der aktuellen Fassung).

113 Fechner, in: Rasnača/Bernaciak (Fn. 35), S. 105, 110 ff.

114 Dagegen zu Recht Däubler, in: Däubler (Hrsg.) Arbeitskampfrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2018, § 13 Rn. 22 ff., denn die mehr oder weniger spontane kollektive Selbsthilfe ist – historisch betrachtet – gerade Anlass und Ausgangspunkt von Arbeitskämpfen gewesen – eine Erscheinung, der das Recht erst im Nachhinein einen Rahmen gegeben hat.

115 Däubler, in: Däubler (Fn. 105) § 12 Rn. 20 ff.; zumindest das Erfordernis einer »organisierten Willensbildung« fordert Treber, in: Schaub (Hrsg.), Arbeitsrechts-Handbuch, 20. Aufl., München 2023, § 188 Rn. 13.

über die Rechtmäßigkeit eines angeblich »nicht gewerkschaftlichen Streiks« nicht genügend Beachtung.

Daneben ist aber insbesondere denkbar, dass entsandte Arbeitnehmer ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs. 1 BGB¹¹⁶ bzw. § 320 BGB¹¹⁷ ausüben. Hierbei müssen sie bei Verweigerung der Arbeitsleistung auf ihre konkrete, nicht geringfügige (§ 320 Abs. 2 BGB) Forderung verweisen.¹¹⁸ Die Fahrer werden dadurch von ihrer Arbeitsleistung befreit, wobei der Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Entgelts auch für die Zeit der Arbeitsverweigerung fortbesteht.¹¹⁹

Des Weiteren stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten kollektive Akteure haben, die entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der individuellen Rechtsdurchsetzung zu unterstützen. Keineswegs immer wird während des Einsatzes ein zuständiger Betriebsrat bestehen. Gerade in Fällen der konzerninternen Entsendung nach Deutschland oder der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung ist das durchaus denkbar. Der Betriebsrat wird in einigen Fällen bereits in der Sprechstunde weiterhelfen können, in der auch individualarbeitsrechtliche Fragen erörtert werden können.¹²⁰

4. Wege der betrieblichen Mitbestimmung

Das Betriebsverfassungsgesetz kennt zudem die Möglichkeit, Beschwerden entgegenzunehmen und gegenüber dem Arbeitgeber auf Abhilfe zu drängen, § 85 Abs. 1 BetrVG. Die in Abs. 2 vorgesehene Möglichkeit, eine Einigungsstelle über die Streitigkeit einzusetzen, gilt nicht für Rechtsstreitigkeiten. Außerdem haben Betriebsräte die Möglichkeit, mit Behörden zusammenzuarbeiten und die Meldekanäle nach dem Hinweisgeberschutzgesetz und – bei Vorliegen der Voraussetzungen – nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (zu beidem s.u. VII., VIII.) zu nutzen. Außerdem ist denkbar, dass ein Verhalten des Arbeitgebers den entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gegenüber einen Tatbestand der erzwingbaren Mitbestimmung verletzt – etwa wenn diese ohne Absicherung durch den Dienstplan für kurzfristige Aufgaben abgerufen werden. Dann käme ein Unterlassungsanspruch entweder aus einer bestehenden Betriebsversammlung oder der unterlassenen Mitbestimmung in Betracht; bei grob betriebsverfassungswidrigem Verhalten des Arbeitgebers auch eine Unterlassung nach § 23 Abs. 3 BetrVG.

5. Rechtsschutz

Gewerkschaften haben die Möglichkeit, entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei ihrer individuellen Rechtsdurchsetzung zu unterstützen, insbesondere Rechtsschutz zu gewähren. Da Gewerkschaften eine Sondermitgliedschaft für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer anbieten¹²¹, ist dies sogar als satzungsmäßige Mitgliedsleistung denkbar. Da dies aber die praktischen Probleme der entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nicht löst, die nach ihrer Rückkehr ins Herkunftsland häufig keinen Prozess in Deutschland führen wollen, ist es zudem denkbar, dass sie ihre Ansprüche der Gewerkschaft selbst abtreten oder die Gewerkschaft über die gesetzliche Prozessstandschaft des § 11 LkSG die Ansprüche der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers als eigene Rechte geltend macht. Dafür müssten natürlich die Voraussetzungen des Gesetzes gegeben sein. Dies ist aber etwa bei der Geltendmachung von Mindestlohnansprüchen gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 8 LkSG der Fall. Weitere Beratungsmöglichkeiten bestehen über das DGB-Projekt Faire Mobilität.

VII. Unternehmerische Sorgfaltspflichten nach dem LkSG

In der jüngsten Vergangenheit sind neue gesetzliche Anforderungen in Kraft getreten, die an die Organisation von Unternehmen ansetzen, um Rechtsverstöße zu unterbinden. Im Zusammenhang mit der Einhaltung sozialer Ziele ist hierfür zuerst das LkSG zu nennen. Anlass für das Inkrafttreten des LkSG waren Überlegungen, die Durchsetzung von Arbeits- und Sozialstandards auf globaler Ebene zu erhöhen.¹²² Das in Umsetzung des

116 BAG, 9.5.1996 – 2 AZR 387/95 – NJW 1997, 274; zust. *ErfK-Preis* (Fn. 20), § 611a BGB Rn. 575.

117 So zu Recht *Linck*, in: *Schaub* (Fn. 106), Rn. 3.

118 *Linck*, in: *Schaub* (Fn. 106), Rn. 1; jedenfalls das Zweifache eines Monatsentgelts ist nicht geringfügig. Die Grenze dürfte deutlich niedriger anzusetzen sein – vgl. LAG Thüringen, 28.1.1999 – 5 Sa 895/97 – juris: 60 % eines Monatsentgelts »ganz erheblicher Betrag«.

119 *Picker*, in: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht* (Fn. 56), § 73 Rn. 21.

120 *Wedde*, in: *Däubler/Klebe/Wedde* (Hrsg.), *BetrVG*, 18. Aufl., Frankfurt am M. 2022, § 39 Rn. 18 mwN. zur umstrittenen Rechtsfrage.

121 S.o. VI.1.

122 Zur Genese etwa *Windfuhr*, in: *Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß* (Hrsg.), *LkSG*, München 2023, Einl. Rn. 4 ff., sowie die Gesetzesbegründung, BT-Drs. 19/28649, S. 1.

nationalen Aktionsplans ergangene LkSG etabliert unternehmerische Pflichten mit dem Ziel, die Verletzung menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Rechtsgüter zu verhindern. Da es sich auch auf in Deutschland begangene Rechtsverletzungen bezieht (§ 2 Abs. 5 LkSG), enthält es neue Durchsetzungshebel für die Rechte entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Interessanterweise wurde bei den Protesten der LKW-Fahrer in Gräfenhausen explizit auf das junge Gesetz Bezug genommen, beide Protest-Wellen sind sogar maßgeblich durch das Entgegenkommen der Auftraggeber gelöst worden.¹²³ Die Überwachungsbehörde BAFA hat die Protestierenden vor Ort besucht und eine Sonderprüfung vorgenommen.¹²⁴

1. Anwendungsbereich

Auftraggeber mit Verwaltungs- oder Niederlassungssitz in Deutschland sind ab einer bestimmten Größe vom LkSG erfasst. Ab dem 1. Januar 2024 liegt diese bei 1.000 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, wobei bei der Obergesellschaft eines Konzerns Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Töchter mitzählen, § 1 LkSG.

2. Erfasste Rechtsverletzungen

Gemäß § 2 Abs. 2 LkSG schützt das Gesetz – schlagwortartig zusammengefasst – folgende Rechtspositionen:

- Kinderarbeit
- Zwangsarbeit; Sklaverei, sklavenähnliche Praktiken, Leibeigenschaft uä.
- der am Beschäftigungsort geltende Arbeitsschutz
- Koalitionsfreiheit (einschließlich der Betätigung der betrieblichen Mitbestimmung¹²⁵)
- Schutz vor Diskriminierung
- das Verbot des Vorenthaltens eines angemessenen Lohns (Mindestlohn)
- das Verbot der erheblichen Schädigung von Boden, Gewässer, Luft
- Schutz vor widerrechtlicher Zwangsräumung und Entzug der Lebensgrundlagen
- das Verbot von Folter, körperlichen Verletzungen oder der Verletzung der Koalitionsfreiheit durch mangelhaft unterwiesene oder überwachte Sicherheitskräfte.

Eine unterlassene Lohnzahlung beispielsweise stellt damit ebenso unproblematisch eine relevante Verletzung dar wie

die Behinderung gewerkschaftlicher Aktivitäten oder die Missachtung von Sicherheitsbestimmungen.

3. Arbeitnehmerentsendung im Rahmen einer Lieferkette

Die Sorgfaltspflichten des Auftraggebers erfassen seine Lieferkette, wenn auch in gestufter Verantwortlichkeit je nachdem, ob es sich um einen direkten Zulieferer handelt oder etwa einen Zulieferer des Zulieferers. Der Begriff der Lieferkette »umfasst alle Schritte im In- und Ausland, die zur Herstellung der Produkte und zur Erbringung der Dienstleistungen erforderlich sind, angefangen von der Gewinnung der Rohstoffe bis zu der Lieferung an den Endkunden und erfasst gemäß § 2 Abs. 5 S. 2 LkSG

1. das Handeln eines Unternehmens im eigenen Geschäftsbereich,
2. das Handeln eines unmittelbaren Zulieferers und
3. das Handeln eines mittelbaren Zulieferers.«

Der Schutzzumfang des Gesetzes erfasst auch Risiken im Inland. Damit werden etwa LKW-Fahrerinnen und -Fahrer erfasst, die dem Auftraggeber eine Lieferung zustellen.

4. Zu ergreifende Pflichten

Unternehmen haben Maßnahmen zu ergreifen, um »mensenrechtlichen oder umweltbezogenen Risiken vorzubeugen oder sie zu minimieren oder die Verletzung menschenrechtsbezogener oder umweltbezogener Pflichten zu beenden«, § 3 Abs. 1 LkSG. Hierzu zählt ein Risikomanagement: Die in einer bestimmten Lieferantenbeziehung bestehende Gefährdungslage muss analysiert werden und für den Fall, dass sich relevante Risiken herausstellen, müssen Vorkehrungen getroffen werden. Außerdem müssen Unternehmen Berichte sowie eine

¹²³ Siehe hessenschau v. 2.10.2023, Lkw-Streik auf A5-Raststätte Gräfenhausen beendet – Fahrer werden ausbezahlt, <https://www.hessenschau.de/wirtschaft/lkw-streik-auf-a5-raststaette-graefenhausen-beendet-fahrer-werden-ausbezahlt-v6, lkw-streik-graefenhausen-beendet-100.html> (7.11.2023). Offen ist aber, ob das LkSG hierfür eine maßgebliche Rolle gespielt hat oder eher der öffentliche bzw. ökonomische Druck in der Lieferkette.

¹²⁴ Frankfurter Rundschau v. 25.9.2023, Arbeitskampf auf Rastplatz in Gräfenhausen: Lastwagenfahrer beenden Hungerstreik, <https://www.fr.de/rhein-main/arbeitskampf-auf-rastplatz-in-graefenhausen-lastwagenfahrer-beenden-hungerstreik-92541865.html> (7.11.2023).

¹²⁵ Zimmer, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz, HSI-Schriftenreihe, Bd. 48, Frankfurt aM. 2023, S. 25.

Grundsatzerklärung veröffentlichen und einen Kanal für Beschwerden einrichten.

5. Ansatzpunkte der Rechtsdurchsetzung

Da das LkSG ein relativ neuartiges Gesetz ist, sind Unternehmen, aber auch die Kontrollbehörden und die Interessenvertretungen und NGOs derzeit noch dabei, Erfahrungen mit der Umsetzung zu sammeln. Das betrifft auch die Auslegung der oftmals recht ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffe.

Werden aber beispielsweise Unternehmen mit der Durchführung von Lieferungen per LKW beauftragt und zahlen diese ihren Fahrerinnen und Fahrern in Deutschland nicht den geschuldeten Lohn oder verrechnen Subunternehmer im Bau überhöhte Spesen mit dem Entgelt, sodass die Vergütung unter dem geltenden Mindestentgelt liegt, kann dies als menschenrechtliches Risiko iSd. LkSG gewertet werden: Bei der Nicht-Zahlung von Entgelt handelt es sich um eine Verletzung des Rechts auf einen angemessenen Lohn nach den am Beschäftigungsort geltenden Bestimmungen, § 2 Abs. 2 Nr. 8, Abs. 4 LkSG. Da im Gesetz vom »Beschäftigungsort«, nicht dem »gewöhnlichen Beschäftigungsort« die Rede ist, ist für die Bestimmung des Mindestentgelts auf den Einsatzort der Arbeitnehmerin bzw. des Arbeitnehmers in Deutschland abzustellen.

Für den Auftraggeber kann diese Verletzung nach dem LkSG verschiedene Folgen haben. Irrelevant ist das LkSG zunächst für die Möglichkeit, das Entgelt gegenüber dem Arbeitgeber geltend zu machen. Das Vorgehen im Klageweg gegen den Auftraggeber kann uU. nach der Auftraggeberhaftung gem. § 14 AEntG Erfolg versprechen. Unter Zugrundelegung der durch die Rechtsprechung vertretenen restriktiven Auslegung des § 14 AEntG¹²⁶ scheiden wichtige Fallkonstellationen von der Generalunternehmerhaftung aus. Die Durchsetzung eines Schadensersatzanspruchs nach § 823 Abs. 1 BGB unter Verweis auf unternehmerische Sorgfaltspflichten wird häufig an den fehlenden Möglichkeiten der Arbeitnehmerin scheitern, die Verletzung von Sorgfaltspflichten, die sich in der Sphäre des Arbeitgebers abspielen, zu erfahren und gerichtlich darzulegen und zu beweisen. Das LkSG selbst etabliert keine Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzbarkeit, da die Verletzung einer darin geregelten Sorgfaltspflicht keine zivilrechtliche Haftung begründet, § 3 Abs. 3 LkSG.¹²⁷ Zwar könnte auch eine Gewerkschaft oder

eine NGO in Prozessstandschaft gemäß § 11 LkSG klagen. Das dürfte aber die prozessuale Situation kaum einmal entscheidend verbessern.¹²⁸

Um Wirkungen nach dem LkSG zu erzeugen, genügt es aber, einem Auftraggeber, der unter das LkSG fällt, Kenntnis vom Verstoß zu verschaffen. Gemäß §§ 3 Abs. 1, 6, 7 LkSG gilt ein gestuftes Pflichtenprogramm: Der Auftraggeber muss erstens durch organisatorische Vorkehrungen Risiken für die geschützten Rechtsgüter vorbeugen. Tritt ein Risiko auf, hat er dieses zu minimieren. Ist aber eine Verletzung eines Rechtsguts bereits eingetreten, muss das Unternehmen Abhilfemaßnahmen ergreifen, um diese Verletzungen zu beenden. Bei Verletzungen, die bei einem unmittelbaren Zulieferer auftreten und die der Auftraggeber nicht selbst beenden kann, muss gemäß § 7 Abs. 2 LkSG unverzüglich ein Konzept zur Beendigung oder Minimierung erstellt werden. Dieses Konzept muss einen konkreten Zeitplan enthalten. Vorgegeben ist dabei, dass hierbei folgende Maßnahmen in Betracht zu ziehen sind: Erarbeitung eines gemeinsamen Plans mit dem Zulieferer, Zusammenschluss mit anderen Unternehmen im Rahmen von Brancheninitiativen und -standards sowie ein temporäres Aussetzen der Geschäftsbeziehung während der Bemühungen zur Risikominimierung. Sofern der Auftraggeber von der Rechtsverletzung erfährt, muss er somit gegenüber seinem Geschäftspartner tätig werden, um die Verletzung abzustellen.¹²⁹ Um ihm diese Kenntnis zu verschaffen, bietet es sich an, den zur Verfügung gestellten Meldekanal zu nutzen.

Das Regelungskonzept des LkSG setzt auf die behördliche Durchsetzung der im Gesetz enthaltenen Sorgfaltspflichten. Von Seiten der Betroffenen und ihrer Vertretungen eröffnet dies als weiteren Weg zur Durchsetzung, das für die behördliche Kontrolle und Durchsetzung zuständige Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle (BAFA) zu involvieren. Dieses hat die Rechte einer Überwachungsbehörde (§§ 15–18 LkSG) und kann deshalb insbesondere die »geeigneten und erforderlichen Anordnungen und Maßnahmen« treffen, um Pflichtverstöße festzustellen, zu beseitigen und zu verhindern (§ 15 LkSG). Das BAFA hat, je nach Grad des

126 S.o. IV.3.

127 Zur umstrittenen Reichweite von § 3 Abs. 3 LkSG *Bachmann/Brunk*, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß (Fn. 113), § 3 Rn. 116 ff.

128 Zu den offenen Fragen *Hensel/Kocher*, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß (Fn. 113), § 11 Rn. 61 ff.

129 *Zimmer*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (Fn. 116), S. 43.

Risikos, nach pflichtgemäßem Ermessen tätig zu werden, um die Einhaltung der menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten zu überwachen und Verstöße festzustellen, zu beseitigen und zu verhindern (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 LkSG). Sie wird auch auf Antrag tätig, wenn die antragstellende Person die eingetretene oder unmittelbar bevorstehende Verletzung substantiiert geltend macht (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 LkSG). Einen solchen Antrag unterliegt keinen Formanforderungen.¹³⁰

Kaum im Fokus des Gesetzes stehen Rechte der Interessenvertretungen. Es gelten die allgemeinen Grundsätze. Dabei liegt es auf der Hand, dass der Aufsichtsrat die Implementierung des Risikomanagements zu prüfen und hinterfragen hat.¹³¹ Da Verstöße gegen geschützte Rechtspositionen von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern vom LkSG erfasst werden¹³², sind jene hierbei zu berücksichtigen. Für Betriebsräte ist mit Einführung des LkSG eine Spezialregelung geschaffen worden: § 106 gewährt dem Wirtschaftsausschuss Auskunftsansprüche. Der Betriebsrat hat bei der Umsetzung des LkSG verschiedene Mitbestimmungsrechte.¹³³ Da das LkSG auch Rechtsverletzungen im eigenen Geschäftsbereich und damit auch Verletzungen eigener Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer erfasst, haben Betriebsräte das Mandat, den Arbeitgeber bei der Umsetzung des Risikomanagements zu überwachen. Deshalb kann es sinnvoll sein, auch die Mitbestimmungsgremien von Rechtsverletzung entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Kenntnis zu setzen. Dies gilt umso mehr beim Einsatz von grenzüberschreitenden Leiharbeiterinnen oder -nehmern im Betrieb, da sich die Zuständigkeit der Betriebsratsgremien auf sie erstreckt. Gleiches gilt, wenn Scheinselbstständigkeit auch nur im Raume steht.

Dass die Rechtsdurchsetzung von Gewerkschaften betrieben werden kann, ist so selbstverständlich, dass es hier nur der Vollständigkeit halber erwähnt werden soll. Über die besondere Prozessstandschaft nach § 11 LkSG hinaus werden Gewerkschaften dabei im Rahmen ihres allgemeinen Mandats tätig.¹³⁴

VIII. Hinweisgeberschutzgesetz einschließlich Öffentlichkeitsarbeit

Auch das Hinweisgeberschutzgesetz kann zur Rechtsverfolgung der Rechte von entsandten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern herangezogen werden. Aus ihm ergibt sich

die Möglichkeit, Rechtsverletzungen an eine in Unternehmen mit idR. 50 Beschäftigten (§ 12 Abs. 2 HinSchG) zu bildende, interne Meldestelle des Unternehmens zu melden. Für Hinweisgeber in Kleinbetrieben stehen die auf Bundesebene errichteten Meldestellen zur Verfügung, § 19 Abs. 1, 4 HinSchG¹³⁵. Hinweisgeber kann sein, wer im Zusammenhang mit einer beruflichen Tätigkeit Informationen über Rechtsverstöße erlangt hat, § 1 Abs. 1 HinSchG. Dies können zB. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, aber auch Mitglieder der Interessenvertretungen sein, wobei die Hinweisgebenden vor Repressalien geschützt werden, § 3 Abs. 6 HinSchG.¹³⁶

Die Rechtsverstöße, auf die sich die Meldung beziehen kann, sind in § 2 HinSchG genannt. Eine allgemeine Einbeziehung arbeitsrechtlicher Vorschriften ist dort nicht enthalten. Generell meldefähig sind gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1, 2 HinSchG jedoch Verstöße, die strafrechtlich relevant sind. Auch eine Verletzung bußgeldbewehrter Pflichten kann gemeldet werden, soweit die verletzte Vorschrift dem Schutz von Leben, Leib, der Gesundheit oder der Rechte von Beschäftigten oder ihrer Vertretungsorgane dient. Davon dürften die meisten arbeitsrechtlichen Verstöße erfasst sein. Die Nichtzahlung von Arbeitsentgelt etwa ist gemäß §§ 20, 21 Abs. 1 Nr. 11 MiLoG bußgeldbewehrt und geht regelmäßig mit dem Vorenthalten der abzuführenden Sozialversicherungsbeiträge einher, was gemäß § 266a StGB strafbar ist.

Zum anderen ergibt sich aus dem HinSchG ein rechtlicher Rahmen für die Offenlegung des Verstoßes, die einerseits ein Druckmittel, andererseits insbesondere in Fällen von strategischer Bedeutung ein zentrales Instrument sein kann, Verletzungen von grundlegenden Beschäftigtenrechten zu unterbinden und für die Zukunft zu verhindern. Der Gang an eine begrenzte oder die allgemeine Öffentlichkeit (Offenlegung) – beispielsweise über Social Media – ist in zwei Fällen möglich (§ 32 HinSchG): Entweder wenn erfolglos der externe Meldekanal bereits

130 *Krebs*, in: Kaltenborn/Krajewski/Rühl/Saage-Maaß (Fn. 113), § 14 Rn. 55.

131 *Zimmer*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (Fn. 116), S. 56 ff.

132 S.o. VII.3.

133 *Zimmer*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (Fn. 116), S. 65 ff.

134 *Zimmer*, Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (Fn. 116), S. 84.

135 Zur Wahlfreiheit der Nutzung einer internen oder externen Meldestelle §§ 7 Abs. 1 S. 1, 19 Abs. 1 S. 1 HinSchG.

136 Zum Schutzzumfang etwa *Bruns*, NJW 2023, 1609, 1614.

benutzt worden ist oder wenn dieser Weg über einen externen Meldekanal für den Hinweisgeber aus im Gesetz benannten Gründen, etwa in einem Notfall, für den Hinweisgeber entbehrlich ist.

IX. Fazit

Der vorliegende Beitrag wirft einige Schlaglichter auf aktuelle Fragen der Durchsetzung von Arbeitsstandards bei grenzüberschreitenden Einsätzen von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Eine systematische Untersuchung der arbeitsrechtlichen Rechtsfragen, die bei grenzüberschreitenden Arbeitskräfteeinsätzen entstehen, steht aber aus. Nicht viel anders sieht es bei den relevanten sozialversicherungsrechtlichen Themen aus, die im vorliegenden Beitrag nur gestreift werden konnten.

Die Reform des Entsenderechts sowie die Verabschiedung des Mobilitäts-Pakets für den Kraftverkehr haben die materielle Rechtslage entsandter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in einigen Punkten verbessert. Richtet man den Blick auf die Rechtsdurchsetzung, so bestehen jedoch auch Defizite fort. So ist die kollisionsrechtliche Regelung des Entsenderechts nach wie vor mit Ausnahmen und Rückausnahmen bei der Bestimmung der anwendbaren Rechtsvorschriften verbunden. Auch die Feststellung des Arbeitnehmerstatus stellt die Rechtsanwendung vor Probleme. Dies macht die Prüfung des anwendbaren Rechts in der Praxis für die Behörden kompliziert, was sich insbesondere für den Straßenverkehr abzeichnet. An Bedeutung gewinnt die Entsendung von Drittstaatenangehörigen, eine Personengruppe mit besonders prekärem Status. Die rechtswissenschaftliche Aufarbeitung dieser Konstellation hat insbesondere in Deutschland gerade erst begonnen.

In der Betrachtung der Rechtsdurchsetzung anhand der »klassischen« Durchsetzungswege Individualklage, behördliche Überwachung und kollektive Rechtsdurchsetzung, geraten besonders Hürden aus der inner-juristischen Sphäre der Rechtsmobilisierung in den Blick. Für den Klageweg gegenüber dem Vertragsarbeitgeber besteht allerdings Zugang zu deutschen Gerichten, hier sind die Hürden im vorübergehenden Aufenthalt in Deutschland und in der

Distanz zum fremden Rechtssystem zu suchen. Im Fall der illegalen grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung führt die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, bei Verstößen gegen das AÜG die Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher zu verneinen, zu unionsrechtswidrigen Durchsetzungsdefiziten gerade für den Personenkreis der aus dem Ausland entsandten Beschäftigten. Der Wegfall der Fiktion eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleiher führt dazu, dass der Entleiher nicht als Arbeitgeber in Anspruch genommen werden kann. Kein Sanktionsinstrument, aber immerhin ein potentiell durchaus starkes Instrument zur Durchsetzung von Arbeitnehmerforderungen in Entsendefällen ist hingegen die Auftraggeberhaftung nach § 14 AEntG.

Die kollektivarbeitsrechtlichen Instrumente der Rechtsdurchsetzung, die in Deutschland ansonsten eine wichtige Rolle spielen, betreffen für entsandte Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zunächst zwei praktisch relevante Instrumente: Die rechtliche Geltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge sowie in der Bauwirtschaft die SOKA-BAU. Aber auch die betriebliche Mitbestimmung kann, wo vorhanden, zur Rechtsdurchsetzung beitragen.

Mit dem Lieferkettengesetz und dem Hinweisgeberschutzgesetz stehen neben diesen hergebrachten zwei neuere Instrumente zur Verfügung, die zur Rechtsdurchsetzung auch in Entsendefällen beitragen können. Das Lieferkettengesetz passt aufgrund des Ansatzes, Lieferbeziehungen in den Blick zu nehmen, sachlich gut zu Entsendekonstellationen, die ebenfalls meist in Rahmen von Werk- oder Dienstleistungen vollzogen werden. Ob die darin enthaltenen unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Entsendefällen einen hinreichenden Druck zu erzeugen vermögen, wird sich erst in der Durchsetzungspraxis zeigen. Erste Erfahrungen etwa bei den Protesten in Gräfenhausen zeigen, dass hier Instrumente enthalten sind, die situativ für die Rechtsdurchsetzung, aber auch die Öffentlichkeitsarbeit eingesetzt werden können. Etwas unspezifischer greift das Hinweisgeberschutzgesetz. Auch der darin verankerte Meldekanal dient der Rechtsdurchsetzung gesetzlich gewährleisteter Arbeitsbedingungen, da er zur Meldung von Verstößen gegen Rechte der Beschäftigten genutzt werden kann.

Ein Begründer des sozialen Rechtsstaats – Hermann Heller zum 90. Todestag

Thilo Scholle, Denkfabrik Digitale Arbeitsgesellschaft,
Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin

Der »soziale Rechtsstaat« ist ein zentraler Topos sowohl verfassungsrechtlicher als auch allgemeiner politischer Debatten in Deutschland. Zugleich wirkt die konkrete Auslegung und Fruchtbarmachung des Konzepts für die Verfassungsinterpretation teils eher diffus. Mit Blick auch auf aktuelle gesellschaftliche Debatten über das Aufkommen (rechts-) populistischer Bewegungen und Vertrauensverluste in politische Institutionen und etablierte Politik lohnt durchaus ein Blick zurück auf einen der Urheber des Begriffs – den Verfassungsrechtler *Hermann Heller* – der als Jude und Sozialdemokrat von den Nationalsozialisten verfolgt – am 5. November 1933 im Alter von nur 43 Jahren im spanischen Exil starb.

Hermann Ignaz Heller wurde am 17. Juli 1891 in Teschen an der Olsa geboren.¹ Die damals zum Habsburger Reich gehörende Stadt liegt heute teils auf polnischem, teils auf tschechischem Gebiet. *Hellers* Eltern waren Juden, der Vater Dr. *Jakob Heller* als Rechtsanwalt vor Ort niedergelassen. *Hermann Heller* wuchs im deutschsprachigen Milieu der Stadt auf und blieb Zeit seines Lebens durch eine starke Verbundenheit zu dem deutschen Sprach- und Kulturraum geprägt. Nach dem Abitur studierte *Heller* in Wien, Graz, Innsbruck und Kiel Rechts- und Staatswissenschaften. Bei Kriegsausbruch 1914 zum österreichisch-ungarischen Militär eingezogen, diente er bis November 1915 an der russischen Front als Artillerist und nahm an mehreren schweren Gefechten teil. Am 18. Dezember 1915 konnte *Heller* während eines Urlaubs eine »Kriegspromotion« ohne schriftliche Dissertation an der Universität Graz ablegen. Nach Kriegsende ließ *Heller* sich in Leipzig nieder. Hier begann er – neben der vermutlich bereits während des Krieges begonnenen Arbeit an einer Habilitationsschrift – auch erste Texte zur politischen Bildung zu veröffentlichen.

Die Habilitationsschrift schloss *Heller* mit einer Arbeit über das Denken *Georg Wilhelm Friedrich Hegels* in Kiel ab.² In Kiel entwickelte sich zudem eine enge persönliche und politisch-wissenschaftliche Bezie-

hung zu *Gustav Radbruch* (1878–1949), der an der dortigen Universität als Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie wirkte. Am Vorabend seiner Habilitation war auch *Hermann Heller* der SPD beigetreten. Nur wenige Tage nach Parteibeitritt und Habilitation brach sich die politische Unruhe der frühen Weimarer Republik Bahn. Im Zuge des »Kapp-Putsches« vom 13. März 1920 engagierten sich *Radbruch* und *Heller* in Kiel auf Seiten der den Putsch bekämpfenden Arbeiter. Beide gerieten in Gefangenschaft und kurzzeitig in Gefahr, als Aufständische hingerichtet zu werden. *Heller* und *Radbruch* beteiligten sich zudem am Aufbau der Volkshochschulbewegung.³ Politische Bildungsarbeit war für *Heller* ein zentraler Baustein für die Etablierung einer demokratischen Kultur in der neuen republikanischen Ordnung. Im April 1921 wechselte *Heller* nach Leipzig und begann zunächst für die städtischen Leipziger Büchereien zu arbeiten. Ein Jahr später übernahm *Heller* die Leitung der Volkshochschule sowie des Amtes für Volksbildung der Stadt Leipzig. Zu den von *Heller* selbst angebotenen Bildungsformaten gehörte beispielsweise eine »Jugendarbeitsgemeinschaft«, deren Ziel die »freie Aussprache über die gesellschaftlichen Fragen der Gegenwart« war, und deren egalitäre Arbeitsatmosphäre von Teilnehmenden als sehr beeindruckend beschrieben wurde.⁴ *Heller* engagierte sich zudem in der Bewegung der Jungsozialisten, die vorwiegend von der Altersgruppe der etwa Anfang zwanzigjährigen SPD-Mitglieder

1 Zu Überblick über Leben und Werk siehe *Scholle*, Hermann Heller. Begründer des sozialen Rechtsstaats, Leipzig 2023.

2 *Heller*, Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland, in: ders., Gesammelte Schriften Bd. I, Tübingen 1992, S. 21 ff., 96.

3 *Heller*, Volkshochschule und Parteischule, in: ders. (Fn. 2), S. 599 ff., 608.

4 *Borinski*, Hermann Heller. Lehrer der Jugend und Vorkämpfer der freien Erwachsenenbildung, in: Müller/Staff (Hrsg.), Der soziale Rechtsstaat, Gedächtnisschrift für Hermann Heller (1891–1933), Baden-Baden 1984, S. 89 ff., 91.

getragen wurde.⁵ Im Jahr 1925 veröffentlichte *Hermann Heller* mit dem Band »Sozialismus und Nation«⁶ einen vor allem für den, den rechten Flügel des Verbandes bildenden, »Hofgeismarkreis« inhaltlich prägenden Text.

Im April 1926 erhielt *Heller* eine feste Anstellung als Referent am »Kaiser-Wilhelm-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht« in Berlin. Er siedelte mit seiner Familie nach Berlin über und übernahm zudem Lehraufträge an der Deutschen Hochschule für Politik. Seinen Blick auf die politisch-ideologischen Strömungen der Weimarer Republik legte *Heller* in dem im Jahr 1926 erschienenen Band »Die politischen Ideenkreise der Gegenwart«⁷ dar. Identifiziert werden dabei ein »monarchischer«, ein »demokratischer«, ein »liberaler«, ein »nationaler«, und ein »sozialistischer Ideenkreis«. Mit Blick auf die Umwälzungen in der Arbeits- und Güterordnung und die Verfügungsmacht über weite Gebiete des Produktionsprozesses im demokratischen Staat bei den Volksvertretungen seien die Tendenzen des sozialistischen Ideenkreises in gewissem Umfang bereits Wirklichkeit geworden:

»Wir leben selbstverständlich noch in einer kapitalistischen Gesellschaftsordnung, in der sich aber in erstaunlich raschem Tempo sozialistische Einrichtungen entwickeln. Eine genaue Grenze, wo der kapitalistische Staat aufhört und der sozialistische beginnt, lässt sich selbstverständlich nicht ziehen. Diese Grenze wird aber sicher so lange nicht überschritten werden, solange nicht die Grenzen der europäischen Nationalstaaten überschritten sind und eine feste internationale politische Organisation erreicht ist.«⁸

Heller beteiligte sich intensiv an den Debatten über eine Neuausrichtung der Staatsrechtslehre.⁹ Seine Wortwahl erscheint dabei oft schroff. Wissenschaftliche Bezugnahmen laufen dabei teils auch quer zu sonstigen politischen Zuordnungen. So pflegte *Heller* längere Zeit durchaus freundliche Beziehungen zu *Carl Schmitt* (1888–1985), während er als harter Kritiker *Hans Kelsens* (1881–1973) auftrat, dessen »reine Rechtslehre« eine von politischen Einflüssen und Setzungen unabhängige Rechtswissenschaft entwickeln wollte. *Heller* hielt *Kelsen* entgegen, seine Normlogik wolle die Rechtswissenschaft zur reinen Normwissenschaft machen. Recht sei keine logische, sondern eine soziologische Spezifikation, deshalb sei der Staat kein ideelles Normensystem, sondern ein Herrschaftsverband, »und eben deshalb muss die reine Rechtslehre kapitulieren und zum Methodensynkretismus greifen, wenn sie nicht [...] eine Staatslehre ohne Staat und eine Rechtswissenschaft

ohne Recht« sein wolle.¹⁰ Das Streben nach Methodenreinheit sei erfolglos, sie bezahle dieses Streben damit, für den praktischen Juristen unbrauchbar zu sein: »Kelsens Allgemeine Staatslehre darf deshalb als klassischer Ausdruck der schweren Krisis unserer Staatslehre gewertet werden.«¹¹ Der Staat solle in diejenigen sozialen Zusammenhänge gesetzt werden, die heute zu den entscheidenden Staatsproblemen gehörten, die aber von der herrschenden Staatslehre entweder gar nicht – wie beispielsweise Wirtschaft, soziale Klasse, Presse, öffentliche Meinung, Religion – oder nur sehr unzulänglich behandelt würden, wie Parteien, Nation und internationale Beziehungen.¹²

Zum 1. Oktober 1928 ernannte der preußische Minister für Wissenschaft, Kunst und Volksbildung, *Carl Heinrich Becker*, *Heller* zum außerordentlichen Professor für öffentliches Recht an der Juristischen Fakultät der Berliner Universität. Die Ernennung durch den Minister war nötig geworden, weil maßgebliche Teile der Professorenschaft die Berufung *Hellers* als »politische Ernennung« ablehnten.

Die gegen Ende der 1920er Jahre in der Weimarer Republik wieder zunehmenden politischen Spannungen spiegeln sich auch in bedeutenden Weiterentwicklungen seines Werkes wider. In »Rechtsstaat oder Diktatur«¹³ setzt er sich insbesondere mit der politischen Rolle des Bürgertums auseinander – und benennt erstmals den »sozialen Rechtsstaat« als verfassungspolitische Antwort. Bis zum Ausgang des Weltkrieges sei der Rechtsstaat in Europa zumindest als Forderung eine Selbstverständlichkeit gewesen: »Selbst die marxistische Diktatur des Proletariats verstand[en] die großen sozialistischen Parteien bis zur bolschewistischen Revolution mehr oder weniger im demokratisch-rechtsstaatlichen Sinne.«¹⁴ Nun, zehn

5 Zur Geschichte der Jungsozialisten siehe *Scholle/Schwarz*, Wessen Welt ist die Welt? Geschichte der Jusos, Bonn 2019 sowie *Scholle/Schwarz/Ciftci* (Hrsg.), Zwischen Reformismus und Radikalismus. Jungsozialistische Programmatik in Dokumenten und Beschlüssen, Bonn 2014.

6 *Heller*, Sozialismus und Nation, in: ders. (Fn. 2), S. 437 ff.

7 *Heller*, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart, in: ders. (Fn. 2), S. 267 ff.

8 *Heller*, Die politischen Ideenkreise der Gegenwart, in: ders. (Fn. 2), S. 407.

9 S. etwa *Heller*, Die Krisis der Staatslehre, in: ders. (Fn. 2), S. 3 ff.

10 *Heller*, Die Krisis der Staatslehre, in: ders. (Fn. 2), S. 23 f.

11 *Heller*, Die Krisis der Staatslehre, in: ders. (Fn. 2), S. 24.

12 *Heller*, Die Krisis der Staatslehre, in: ders. (Fn. 2), S. 28.

13 *Heller*, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 443 ff.

14 *Heller*, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 445.

Jahre später, sei die Frage Rechtsstaat oder Diktatur allerdings ernsthaft zur Diskussion gestellt. Heller entwickelte die weitere Argumentation dabei mit Blick auf die sich entwickelnden faschistischen Diktaturen in Westeuropa – »die bolschewistische Diktatur, im ganzen doch nur eine Reprise der Regierungsform Peters des Großen, hat die Alternative Rechtsstaat oder Diktatur nie gekannt und kann aus unserer Betrachtung ausgeschlossen bleiben«. Verkehrssicherheit bzw. Rechtssicherheit werde durch eine erhöhte Berechenbarkeit und Planmäßigkeit der gesellschaftlichen Beziehungen ermöglicht: »Das vorläufige Endergebnis dieses gesellschaftlichen Rationalisierungsprozesses ist der moderne Rechtsstaat, der im Wesentlichen entstanden ist durch eine immer wachsende Gesetzgebung, d. h. bewusste Setzung von Regeln für das gesellschaftliche Handeln, welche Regeln für einen immer größeren Kreis von Personen und Sachen die Selbsthilfe zugunsten der zentralen Normsetzung und Durchsetzung ausschalteten.«¹⁵ Verbunden war dies mit einem Aufstieg des Bürgertums, dessen »politische und ökonomische Sekurität« seinen Einfluss bei der Gesetzgebung im gewaltenteilenden Rechtsstaate verlangt habe und dessen politisches Freiheits- und Gleichheitsideal seiner »Ethik der individuellen Autonomie«¹⁶ entsprochen habe: »Daß diese Demokratie auf ›Bildung und Besitz‹ beschränkt blieb, konnte von einer Zeit gerechtfertigt werden, in welcher der Besitz noch gebildet und die Bildung noch besitzend war. Das musste sich im Zeitalter des entwickelten und organisierten Kapitalismus grundlegend ändern. Ein sich beständig vermehrendes Proletariat erwacht zum Selbstbewusstsein und macht die Forderung der bürgerlichen Demokratie in Gestalt der sozialen Demokratie zu seiner eigenen. Selbstständig in Parteien und Gewerkschaften organisiert, erzwingt es seine Beteiligung an der rechtsstaatlichen Legislative. Dadurch wird diese Volkslegislative aber der Geist, den das Bürgertum gerufen hatte und nicht wieder bannen kann, wenn es ihn nicht von Grund auf verleugnen und mit Beelzebub Diktatur vertreiben will. [...] Das Bürgertum beginnt am Rechtsstaatsideal zu verzweifeln und seine eigene geistige Welt zu verleugnen.«¹⁷ Vorläufig habe sich das Bürgertum damit begnügt, dass Richter, »die in ihrer erdrückenden Mehrheit den herrschenden Schichten entstammen« die Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit dem Gleichheitssatz prüfen, eine wirksame Sicherung dagegen geschaffen hätten, dass die Volkslegislative den

liberalen in einen sozialen Rechtsstaat überführe. »Denn was als gleich und was als ungleich zu gelten hat, bestimmt sich sehr wesentlich nach den nicht nur historisch und national, sondern auch sozial divergierenden Wertauffassungen derjenigen, die darüber zu urteilen berufen sind [...].«¹⁸ Alle heutigen Diktatoren versicherten nichts anderes, als dass sie die »wahre« Demokratie verwirklicht hätten oder verwirklichen wollen. Dies gelinge ua. damit, dass zunächst entsprechende Freiheitsrechte des demokratischen Rechtsstaats durch Appelle an antiliberalen Affekte als »bürgerlich« denunziert würden. »Gelingt es nun, die bürgerliche Freiheit der Meinung, der Vereins-, Versammlungs- und Preßfreiheit (sic), die geheime Einzelabstimmung als ›eigentlich‹ undemokratisch herabzusetzen, so sind zugleich die Garantien einer allein demokratischen Ermittlung des Volkswillens beseitigt.«¹⁹ Verhüllt werde der diktatorische Gehalt auch durch Diskurse über korporative oder berufsständische Staatsmodelle. Letztlich gehe es immer um Absicherung der ökonomischen Beherrschung der Massen. »Indem das Bürgertum aber Rechtsstaat, Demokratie und Parlamentarismus konventionelle Lügen nennt, straft es sich selbst Lügen. Durch seinen neofeudalen Gesetzeshaß gerät es nicht nur in einen Selbstwiderspruch mit seinem eigensten geistigen Sein, sondern verneint auch die Existenzbedingungen seines gesellschaftlichen Lebens. Ohne die Gewissheit der gesetzmäßigen Freiheit [...] kann das Bürgertum weder geistig noch ökonomisch leben.«²⁰ Und er fährt schlussfolgernd fort: »Sie müssten einsehen, daß die Zukunft der abendländischen Kultur nicht gefährdet ist durch das Gesetz und seine Ausdehnung auf die Wirtschaft, sondern gerade durch die Anarchie und ihre politische Erscheinungsform, die Diktatur, sowie durch die anarchistische Raserei unserer kapitalistischen Produktion, die weder Handarbeitern noch Kopfarbeitern Muße und Möglichkeit zu kulturschöpferischer Tätigkeit lässt. Mit dieser Erkenntnis müsste sie angesichts des verantwortungslosen Geschwätzes blutloser Rationalisten und blutigieriger Irrationalisten das gleiche Gefühl des

15 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 446.

16 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 448.

17 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 448 f.

18 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 450.

19 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 457.

20 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 460.

unüberwindlichen Ekels packen, und die Entscheidung zwischen fascistischer [sic!] Diktatur und sozialem Rechtsstaat wäre gefallen.«²¹ Nach einer längeren Italienreise entstand zudem im Jahr 1929 eine ausführliche Auseinandersetzung *Hellers* mit dem Faschismus – der Band »Europa und der Faschismus«, der dann 1931 in erweiterter Auflage erschien.²² In seinen öffentlichen Vorträgen war *Heller* zudem sehr deutlich, was die Rolle *Carl Schmitts* als staatstheoretischer Wegbereiter in den Faschismus betraf.

Hellers Ambition, endlich auch einen »ordentlichen« juristischen Lehrstuhl zu erhalten, wurde im Frühjahr 1932 erfüllt – allerdings wieder durch eine unmittelbare Berufung seitens des preußischen Wissenschaftsministeriums. Am 15. März 1932 wurde *Heller* zum Professor für öffentliches Recht an der Universität Frankfurt aM. ernannt, obwohl eine Mehrzahl der Professoren sich gegen *Heller* ausgesprochen hatte. Für *Heller* hatte sich insbesondere *Hugo Sinzheimer* eingesetzt, andere Fakultätsmitglieder würdigten zumindest *Hellers* ausgewiesene Bedeutung im Bereich der Allgemeinen Staatslehre.

Am 20. Juli 1932 setzte der Reichspräsident die geschäftsführende preußische Regierung unter dem Sozialdemokraten *Otto Braun* mittels einer Notverordnung nach Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung ab und ernannte Reichskanzler *Franz von Papen* zum Reichskommissar für Preußen. Auch die übrigen Ministerien wurden Reichskommissaren unterstellt, *Otto Braun* und seine Regierung aus ihren Ämtern geholt. Zudem wurde eine Reihe von Grundrechten wie das Versammlungsrecht und das Streikrecht außer Kraft gesetzt. Für die klagende preußische SPD-Landtagsfraktion trat vor allem *Hermann Heller* vor dem Reichsgericht auf, gemeinsam mit dem Vertreter Preußens, Ministerialdirektor *Arnold Brecht*. Auf Seiten des Reichs gehörte *Carl Schmitt* zu den Anwälten.

Noch im Januar 1933 trat *Heller* öffentlich gegen die drohende Regierungsbeteiligung der Nationalsozialisten auf. Im März 1933 reiste er zu Vorträgen an der London School of Economics sowie an der University of Oxford. Auf Rat von Freunden kehrte er nicht mehr nach Deutschland zurück, sondern nahm die Einladung für eine Gastprofessur in Madrid an. In dieser Zeit gelang auch die Ausreise von *Hellers* Frau und Kindern nach Spanien. Im spanischen Exil arbeitete *Heller* intensiv an einer wohl bereits in den Jahren zuvor begonnenen Schrift zur Staatslehre, die seine Gedanken zu Verfassung, Demokratie und

sozialer Frage endlich einmal umfassend aufbereiten sollte.²³ Staat sei kein unveränderliches Ding, so *Heller*, daher ginge es auch nicht um die Suche nach dem Wesen »des« Staats. Der Mensch sei zudem immer Produkt und Produzent seiner Geschichte. Als Soziologie sei die Staatslehre Wirklichkeitswissenschaft und nicht Geisteswissenschaft.²⁴ »So ist die Staatslehre in jeder Hinsicht eine soziologische Wirklichkeitswissenschaft, die den Staat als wirkliches historisches Gebilde aus dem gesellschaftlich-geschichtlichen Wirkungszusammenhang deutend verstehen und ursächlich erklären will.«²⁵ Am 11. September 1933 wurde *Heller*, der für seine Tätigkeit in Madrid bei der Frankfurter Fakultät ordnungsgemäß um unbezahlten Urlaub gebeten hatte, auf Grund des »Gesetzes zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums« aus dem preußischen Staatsdienst entlassen. Am Nachmittag des 5. November 1933 hatte *Heller* noch mit drei spanischen Kollegen über ein Kapitel seiner Staatslehre diskutiert. Ein erneuter schwerer Herzanfall war dann tödlich.

In der Bundesrepublik entwickelte sich in der frühen Nachkriegszeit eine, wenn auch eher im Einzelfall, ausdrückliche Rezeption von *Hellers* Werk. Insbesondere *Wolfgang Abendroth* (1906–1985) schloss sich explizit an *Heller* an.²⁶ Eine der wichtigsten Ursachen für den Zusammenbruch des Weimarer Staates sei es gewesen, gerade nicht den Übergang von »einer lediglich formalen zu einer sozialen Demokratie praktisch zu vollziehen.«²⁷ Für das Grundgesetz sei der demokratische und soziale Rechtsstaat aus Art. 20 Abs. 1 und Art. 28 als Rechtsgrundsatz konstitutiv. Dieser sei gleichzeitig eine »aktuell wirksame Auslegungsregel des geltenden Verfassungs- und Gesetzesrechts«, an das die Rechtsprechung gebunden sei, und zugleich eine Maxime für die Fortentwicklung der Rechtsordnung. Wichtig sind in diesem Kontext etwa die Art. 14 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 sowie Art. 15 des Grundgesetzes: »Durch diese Einfallstore soll

21 *Heller*, Rechtsstaat oder Diktatur?, in: ders. (Fn. 2), S. 461 f.

22 *Heller*, Europa und der Faschismus, in: ders. (Fn. 2), S. 463 ff.

23 *Heller*, Staatslehre, in: ders. (Fn. 2), S. 81 ff.

24 *Heller*, Staatslehre, in: ders. (Fn. 2), S. 130.

25 *Heller*, Staatslehre, in: ders. (Fn. 2), S. 142.

26 Siehe zu *Abendroth* die Beiträge bei Fischer-Lescano/Perels/Scholle (Hrsg.), *Der Staat der Klassengesellschaft, Rechts- und Sozialstaatlichkeit bei Wolfgang Abendroth*, Baden-Baden 2011.

27 *Abendroth*, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Buckmiller/Perels/Schöler (Hrsg.), *Gesammelte Schriften*, Bd. 2 (1949–1955), Hannover 2010, S. 338 ff.

dem demokratischen Staat, der nunmehr zur Gesellschaft in selbstbestimmter Aktion geworden ist, die Möglichkeit eröffnet werden, die Umformung der Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung ohne die Schranken, die durch die Notwendigkeit von Verfassungsänderungen gebildet würden, in die eigene Hand zu nehmen.«²⁸ Die Stellung des Sozialstaatsgedankens im Rechtsgrundsatz der demokratischen und sozialen Rechtsstaatlichkeit sei darauf angelegt, den materiellen Rechtsstaatsgedanken der Demokratie auf die Wirtschafts- und Sozialordnung und auf das kulturelle Leben auszudehnen.²⁹ Aufgrund des Kompromisscharakters des Grundgesetzes sei diese Auslegung nicht die einzig mögliche. Gesichert sei ein Minimum an Vorstellungen der am Kompromiss beteiligten Kräfte: »Darüber hinaus aber hatte die Proklamation dieses Rechtsgrundsatzes den Sinn, die künftige Entwicklung zur sozialen Demokratie offenzuhalten, damit sie in dem Maße verwirklicht werden kann, das die Majoritätsverhältnisse in den gesetzgebenden Körperschaften jeweils bestimmen [...]«³⁰

Beachtenswert mit Blick auf die Schwierigkeiten der unmittelbaren Anknüpfung an *Heller* in verfassungsrechtlichen Fragen ist sicherlich die folgende Einordnung *Christoph Möllers*: »Heller entwirft eine materielle republikanische Staatstheorie, doch fehlt es seinem Werk [...] an der konkreten dogmatischen Aufbereitung politischer Konflikte, an der hermeneutischen Kopplung von Politik und Recht. So einflussreich die demokratietheoretischen und rechtspolitischen Entwürfe Hellers sind, so wenig findet sich von diesen, wenn der Jurist Heller sich professionell in der Lösung eines Rechtsproblems betätigt [...]«³¹ Unfreiwillig trenne *Heller* professionelle Praxis und politische Überzeugung am deutlichsten: »Das dürfte auch erklären, warum Heller zugleich der politisch meistgelieb-

te und der juristisch-praktisch einflussloseste Weimarer Staatsrechtslehrer in der staatsrechtlichen Rezeption der Bundesrepublik ist.«³² Dieser Gedankengang ist nicht ohne Substanz – allerdings ist zu berücksichtigen, dass *Heller* in einer Zeit agierte, in der die staats- und verfassungsrechtlichen Debatten durchaus noch auf der Ebene von sehr fundamentalen Grundsatzentscheidungen liefen. Seine wissenschaftliche Schaffenszeit umfasste zudem nur gut 15 Jahre, in denen insbesondere die letzten Jahre auch von aktiver Teilnahme an täglichen politischen Auseinandersetzungen mit dem aufkommenden Faschismus geprägt waren.

Mit Blick auf den Begriff des sozialen Rechtsstaats wichtig bleibt, dass *Heller* darunter nicht nur Fragen der sozial(versicherungsrechtlich)en Sicherung verstand. *Heller* ging es um die Gestaltung der Arbeits- und Sozialordnung im umfassenden Sinne, ohne dabei bei der jeweils bestehenden Ausgestaltung stehen bleiben zu müssen. Mit seiner klaren Benennung des Zusammenhangs von sozialer Ausgestaltung staatlich-gesellschaftlicher Ordnung und funktionierender Demokratie und der damit verbundenen Feststellung, dass eine sozialstaatliche Verfasstheit auch im Interesse derjenigen liegt, die meinen, auf soziales Recht gar nicht angewiesen zu sein, bietet *Heller* (mindestens) auch eine interessante Folie zu Reflexion aktueller gesellschaftlicher Entwicklungen und möglicher rechtspolitischer Antworten.

28 *Abendroth* (Fn. 27), S. 344.

29 *Abendroth* (Fn. 27), S. 347.

30 *Abendroth* (Fn. 27), S. 355.

31 *Möllers*, *Der Staat*, Heft 3/2004, 399 ff., 421.

32 *Möllers*, *Der Staat*, Heft 3/2004, 422.

Zusammenfassungen

Höland/Welti: Arbeits- und sozialgerichtlicher Rechtsschutz in der Pandemie – empirische Erkenntnisse und theoretische Fragen für die Zukunft

SR 1/2024, S. 1–12

Die empirische Untersuchung beleuchtet die Auswirkungen der Pandemie auf die Arbeitsweisen, Abläufe sowie Beteiligten an arbeits- sowie sozialgerichtlichen Verfahren. Dabei werden die ergriffenen Maßnahmen und deren Wirkungen dargestellt. Anhand der Analyse von Chancen und Risiken wird sodann die Zukunftsfähigkeit der Maßnahmen erörtert.

Klengel: Die Durchsetzung von Arbeitsrecht bei grenzüberschreitenden Einsätzen von Arbeitskräften im Lichte aktueller Entwicklungen

SR 1/2024, S. 13–34

Der Autor widmet sich den verschiedenen Formen der Entsendung und der Frage, welches Recht bei grenzüberschreitendem Einsatz von Arbeitnehmern im Einzelfall Anwendung findet und wie dieses durchgesetzt werden kann. Die Bedeutsamkeit der Frage nach dem anwendbaren Recht wird anhand aktueller rechtspolitischer Entwicklungen und Ereignisse verdeutlicht.

Scholle: Ein Begründer des sozialen Rechtsstaats – Hermann Heller zum 90. Todestag

SR 1/2024, S. 35–39

Die Abhandlung nimmt den 90. Todestag des Verfassungsrechtlers *Hermann Heller* zum Anlass, einen Blick auf sein Leben und sein Wirken in der Rechtswissenschaft zu werfen. Neben seiner Biografie befasst sich die Abhandlung insbesondere damit, dass *Heller* als Urheber des sozialen Rechtsstaats gilt, seiner Definition eines solchen sowie der Übertragung seiner Ansätze auf die heutige Zeit.

Abstracts

Höland/Welti: Labour and social court legal protection in the pandemic – empirical findings and theoretical questions for the future

SR 1/2024, pp. 1–12

The empirical study sheds light on the effects of the pandemic on the functioning, workflow and actors in labour court and social court proceedings. The measures taken and their effects are presented. The sustainability of the measures is then discussed based on the analysis of opportunities and risks.

Klengel: Current questions regarding the enforcement of labour law in cross-border deployment of workers

SR 1/2024, pp. 13–34

The author deals with the various forms of posting of workers and the question of which legal order applies in specific cases of cross-border deployment of workers and how this can be enforced. The significance of the question of the applicable law is illustrated based on current legal policy developments and events.

Scholle: A founder of the social constitutional state – On the 90th anniversary of death of Hermann Heller

SR 1/2024, pp. 35–39

The paper takes the 90th anniversary of the death of the constitutional lawyer *Hermann Heller* as an opportunity to take a look at his life and his work in jurisprudence. In addition to his biography, it deals in particular with the fact that *Heller* is regarded as the originator of the social constitutional state, his definition of such a state and the transfer of his approaches to the present day.

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

Abhandlungen

- *D. Ulber*: Das Urlaubskassenverfahren als besondere Ausprägung der Bauwirtschaft
- *V. Bogoeski*: Migrantische Saisonarbeiter:innen in der Landwirtschaft
- *B. Zwanziger*: Betriebsrentenanwartschaften werden unverfallbar

Rezensionen

- Kittner/Klengel, Entstehung des KSchG (*T. Keiser*)
- Phillip Knitter, Digitale Weisungen – Arbeitgeberentscheidungen auf Grundlage algorithmischer Berechnungen (*R. Zimmer*)

KITTNER

DER NEUE HAT IMMER RECHT!



**PRINT
+
ONLINE**

OHNE WENN UND ABER
für jedes Betriebsrats-
und Personalratsmitglied

Jetzt bestellen!

www.mein-kittner.de | kontakt@bund-verlag.de | Bestellhotline: 069 / 79 501 020 | Lieferbar ab Februar 2024



Der Hochkaräter im Arbeitsrecht

Das in der 11. Auflage komplett überarbeitete Standardwerk Arbeitsrecht Handbuch liefert eine umfassende systematische Darstellung zum materiell-rechtlichen Arbeitsrecht – konzentriert aufbereitet in einem Band. Die Kommentierungen haben gezielt die Arbeitnehmerposition im Blick. Großen Wert legen die Autorinnen und Autoren auf das Einbeziehen des die betriebliche Praxis prägenden Sozialrechts.

Der Aufbau des Werkes orientiert sich an den typischen Fragen, die in der täglichen Beratungspraxis zum Arbeitsrecht auftauchen. Neue Autorinnen und Autoren liefern frische Impulse.

Die Neuauflage berücksichtigt:

- › Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
- › Umsetzung der reformierten Entsenderichtlinie
- › Arbeitsschutzkontrollgesetz
- › Betriebsrätemodernisierungsgesetz
- › Berufsbildungsgesetz
- › Umsetzung der EU-Vereinbarkeitsrichtlinie
- › Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
- › Mindestlohngesetz
- › Umsetzung der EU-Transparenzrichtlinie
- › Teilzeit- und Befristungsgesetz
- › Das neue Nachweisgesetz
- › Hinweisgeberschutzgesetz
- › Revidierte Europäische Sozialcharta

Ein weiteres Plus:

Der Online-Zugriff auf alle Inhalte, auf Musterverträge, Formulare und Schriftsätze zur Bearbeitung in der eigenen Textverarbeitung, erleichtert die Arbeit und führt schnell zu guten Lösungen.

Deinert / Wenckebach / Zwanziger (Hrsg.)

Arbeitsrecht

Handbuch für die Praxis

11., aktualisierte, überarbeitete Auflage

2024. 2.740 Seiten, gebunden inklusive Zugang

zur Online-Ausgabe mit allen Arbeitshilfen

€ 198,-

ISBN 978-3-7663-7200-0

bund-shop.de/7200

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7200 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7200-0	Deinert / Wenckebach / Zwanziger (Hrsg.) Arbeitsrecht	198,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

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