

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



## Abhandlungen

Gleichheitsrechte: Klassisch – europäisch – fordernd

*Susanne Baer* ..... Seite **133**

Das Recht der Berufskrankheiten – Bilanz, Probleme, Perspektiven – Teil 1

*Wolfgang Spellbrink* ..... Seite **140**

Das Meldeversäumnis im SGB II

*Bettina Weinreich* ..... Seite **158**

Verfassungsfragen öffentlich geförderter Beschäftigung

*Bernd J. Hartmann* ..... Seite **164**

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite **172**

# Gleichheitsrechte: Klassisch – europäisch – fordernd<sup>1</sup>

Prof. Dr. Susanne Baer, LL.M., Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe

Arbeitsrecht ist – und die Arbeitsgerichte sind – in einer heute durchaus unübersichtlichen Welt vielfach gefordert. Im Verfassungsstaat des Grundgesetzes gehört es zu den Herausforderungen, mit den klassischen Grund- und Menschenrechten sachgerecht umzugehen, also auch: dem Recht auf Gleichbehandlung, gegen Diskriminierung. Dazu kommt die Herausforderung, dies nicht nur im Rahmen nationalen Gesetzes- und Verfassungsrechts, sondern auch im Kontext der europäischen Integration und des europäischen Menschenrechtsschutzes zu tun. Dieser Beitrag beleuchtet das aus der Perspektive der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

## I. Vielfache Perspektiven

Karlsruhe befasst sich auch mit Arbeitsrecht. Verfahren aus dem Rechtsgebiet fallen in die Zuständigkeit des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts; nach der Geschäftsordnung des Gerichts ressortiert allerdings beispielsweise das kirchliche Arbeitsrecht, soweit es in erster Linie Fragen des Staatskirchenrechts aufwirft, im Zweiten Senat. Somit entscheidet entweder ein Senat, der auf neue verfassungsrechtliche Fragen zu acht antworten muss, oder eine Kammer, in wechselnder Besetzung, zwingend im Konsens, zu dritt. Anders als in der Arbeitsgerichtsbarkeit sitzen sich also nicht Vertreter der Arbeitgeberseite und Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmerseite gegenüber. Doch wird im Senat und in den Kammern des Verfassungsgerichts auf die politische, berufsbiographische und lebensweltliche Vielfalt der Perspektiven auf besondere Weise geachtet. Dazu dienen die Vorschlagsrechte der politischen Parteien zur Wahl durch Bundestag oder Bundesrat. Sinn der Sache ist es, dass die Parteien dabei ihre politischen Präferenzen zur Geltung zu bringen; die für die Entscheidung geforderte Zweidrittelmehrheit sorgt dafür, dass diese Präferenzen durchaus vorhanden, aber nicht allzu scharf und damit dysfunktional ausgeprägt sind. Jede Wahl muss der Institution auch insgesamt gerecht werden. In der Pra-

xis war das Gericht als Institution auch immer prägender als die parteipolitische Genese des Vorschlags: Richterinnen und Richter agieren bewusst und betont unabhängig, und viele haben deshalb in Karlsruhe auch durchaus diejenigen überrascht, die weltanschauliche Nähe als Garant für bestimmte Entscheidungen nahmen. Insgesamt spielt es also eine Rolle, ob und dass Verfassungsrichter und Verfassungsrichterin gewissermaßen genetisch rot, schwarz, gelb oder grün sind. In der Entscheidungspraxis ist damit aber regelmäßig nicht gesagt, wer wofür votiert. Die »Enttäuschung« darüber hängt wohl auch damit zusammen, dass Ideologien zu Verfassungsrecht jedenfalls dann nicht mehr passen, wenn dogmatisch präzise gearbeitet werden muss.

Neben dem Wahlmodus gibt es in Karlsruhe noch weitere Mechanismen, die Lagerbildungen und ähnliche Verwerfungen tendenziell verhindern. Dazu gehört, dass sich das Bundesverfassungsgericht zwar immer nur mit dem einen Maßstab des Verfassungsrechts befasst, sich in der Sache aber mit sehr vielen Rechtsfragen aus allen Rechtsgebieten auseinandersetzen muss. Es schärft den Blick durchaus, sich nicht nur mit einem Fachrecht zu identifizieren. Die Richter und Richterinnen des Bundesverfassungsgerichts sind zudem immer auch mit Rechtsfragen befasst, die weit über das hinaus reichen, was vorher zum beruflichen Alltag gehörte. Diese Allround-Zuständigkeit ist auch durchaus funktional: Sie ermöglicht und sichert eine gewisse Distanz zu Lagerkämpfen, die Rechtsgebiete durchaus prägen können, und auch die Arbeitsrechtswissenschaft durchziehen. Das Gericht wahrt so eine gewisse Distanz zum Fachrecht, neben der ohnehin zurückgenommenen Prüfungsdichte: Wo etwas fachgerichtlich plausibel vertretbar ist, interveniert das Verfassungsgericht nicht. Diese Distanz darf also nicht mit fehlendem Wissen verwechselt werden; dies sichern nicht zuletzt auch die als wissenschaftlich Mitarbeitende tätigen Fachrichterinnen und Fachrichter. Für die Rechtsprechung ist allerdings

<sup>1</sup> Dem Beitrag liegt der Vortrag auf der 25. Verbandstagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes am 9.5.2014 in Stuttgart zugrunde. Für wertvolle Anregungen danke ich Fabian Pulz und Barbara Seeling.

zentral, dass – auch durch auf 12 Jahre begrenzte Amtszeiten – immer wieder ein neuer Blick auch auf bekannte Fragen geworfen wird.

## II. Ein Klassiker als doppelte Herausforderung

Es gehört damit zu den Tugenden reflektierter Gerichtsbarkeit, nicht nur das eigene Vorwissen, sondern auch das, was als juristischer »Klassiker« bezeichnet werden könnte, immer wieder als Herausforderung zu begreifen. Ein solcher Klassiker sind die Gleichheitsrechte, als Kern einer europäisch aufgeklärten Verfassungskultur. Sie sind das Versprechen des Grundgesetzes nach 1945, Menschen nie wieder auszugrenzen, nie wieder zu diskriminieren und sie sind heute Teil eines europäischen Grundrechtskonsenses – in nationalen und regionalen Verfassungen, in den europäischen Verträgen, in der EMRK und der ESC. Sie sind aber auch kompliziert, immer wieder fordernd. Gleichheit ist dogmatisch nicht ganz leicht zu fassen.

Gleichheitsrechte sind aber auch deshalb eine Herausforderung, weil die Klage vor Gericht, das große Versprechen der Gleichbehandlung sei in einer Gesellschaft, die sich durchaus zurecht als aufgeklärt, als zivil, als tolerant begreift, nun endlich auch tatsächlich einzulösen, durchaus als störend empfunden wird: Gleichheitsfragen sind verstörende Fragen. Gleichheitsrechte fordern die Justiz also mehrfach heraus: auf der Ebene der Dogmatik und auf der Ebene der Rechtsprechungsrealität.

## III. Die Ausgangslage

Gleichheit ist im Grundgesetz – in Art. 3 und anderen Gleichheitsgarantien wie Art. 6 oder 33 oder 38 GG – als Grundrecht garantiert. So ist zum durchsetzbaren Anspruch geworden, was zuvor die Weimarer Reichsverfassung zumindest versprach und was etwa gleichzeitig in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte statuiert wurde.

Auch im Arbeitsrecht hat die Gleichbehandlung eine lange Tradition. Zwar wird nicht selten suggeriert, Gleichbehandlung habe ins Arbeitsrecht erst mit dem AGG Einzug gehalten<sup>2</sup>. Das tut dem Arbeitsrecht jedoch Unrecht. Bekanntlich hat das Bundesarbeitsgericht schon früh und mehrfach auch ausdrücklich betont, dass dieses Grund-

recht im Arbeitsrecht gilt<sup>3</sup>, im Verhältnis zum Staat direkt, zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten mittelbar<sup>4</sup>. Zudem hat der Gesetzgeber schon früh begonnen, im Arbeitsrecht Gleichbehandlungsgebote zu verankern. Paradigmatisch ist wohl § 75 Abs. 1 BetrVG, der im Sinne »betrieblicher Gerechtigkeit«<sup>5</sup> unmittelbar dazu verpflichtet, die dort genannten Diskriminierungsverbote zu beachten.

Das Arbeitsrecht ist also in bester Verfassung. Die »großen« Judikate zum Arbeitsrecht aus Karlsruhe sind nicht häufig – und das ist grundsätzlich auch gut so: Je weniger Karlsruhe über Arbeitsrecht entscheiden muss, desto besser ist die Verfassung desselben, denn desto mehr entspricht die Praxis der Arbeitsgerichte dem, was das Grundgesetz erwartet. Das gilt jedenfalls, insoweit Konflikte an das Gericht in hinreichender Weise herangetragen werden. Das Gericht muss dann nur im Ausnahmefall intervenieren. Dies ist zur Durchsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben für effektiven Rechtsschutz der Fall, wenn die Aussetzung eines Verfahrens nicht etwa wie meist sachgerecht ist, sondern eine arbeitsgerichtliche Aussetzung insgesamt 20 Jahre dauert<sup>6</sup>. Aber das ist eher selten. Offensichtlich muss das Verfassungsgericht auch intervenieren, wenn komplizierte rechtliche Fragen bereits im Verfahren des Antrags auf Prozesskostenhilfe geklärt werden und Rechtssuchenden damit die Möglichkeit genommen wird, die Dinge in einem ordentlichen Verfahren anwaltlich unterstützt zu klären<sup>7</sup>. Aber auch diese Auslagerung des Rechtsschutzes ins PKH-Verfahren geschieht selten.

2 Vgl. zB. Becker, in: Däubler ua. (Hrsg.), Arbeitsrecht, 2008, S. 181, Rn. 32. Das AGG differenziert den Diskriminierungsschutz allerdings aus; vgl. BAG, 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – AP zu § 99 BetrVG Einstellung Nr. 62.

3 Das Maß der Bindung ist umstritten. Vgl. BAG, 15.1.1955 – 1 AZR 305/54 – AP zu Art. 3 GG Nr. 4; BAG, 4.4.2000 – 3 AZR 729/98 – AP zu § 1 TVG Gleichbehandlung Nr. 2; BAG, 18.3.2010 – 6 AZR 156/09 – AP zu § 29 BAT-O Nr. 6; vertiefend Schiek, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz, 2. Aufl., 2006, Einl. Rn. 168 ff. Verfassungsrechtlich initial BVerfG, 13.11.1979 – 1 BvR 631/78 – AP zu § 1 HausarbTagsG NRW Nr. 28. Zur Altersdiskriminierung aus Sicht des EU-Rechts und des GG vgl. ArbG Hamburg, 25.1.2011 – 21 Ca 235/08 – Betrieb 2012, 524.

4 Zu den Kündigungsschutzvorschriften BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – AP zu § 23 KSchG 1969 Nr. 17 sowie BVerfG, 21.2.1995 – 1 BvR 1397/93 – AP zu Einigungsvertrag Anlage I Kap XIX Nr. 44; BVerfG, 8.7.1997 – 1 BvR 1243/95, 1 BvR 1247/95, 1 BvR 744/96 – AP zu Einigungsvertrag Anlage I Kap XIX Nr. 71; BVerfG, 8.7.1997 – 1 BvR 2111/94, 1 BvR 195/95, 1 BvR 2189/95 – AP zu Art. 2 GG Nr. 39; BVerfG, 8.7.1997 – 1 BvR 1621/94 – BVerfG, 8.7.1997 – 1 BvR 1621/94 – AP zu Einigungsvertrag Anlage I Kap XIX Nr. 66.

5 Fastrich, RdA 1999, 24 ff.

6 BVerfG, 5.8.2013 – 1 BvR 2965/10 – NZA 2013, 1229.

7 Im Arbeitsrecht BVerfG, 11.3.2010 – 1 BvR 290/10 – NZA 2010, 965; BVerfG, 7.4.2000 – 1 BvR 81/00 – AP zu § 114 ZPO Nr. 12; zu den Grundsätzen BVerfG, 3.3.2014 – 1 BvR 1671/13 – NJW 2014, 1291.

Zudem stellen sich durchaus komplizierte verfassungsrechtliche Fragen, wenn ganze Systeme der materiellen Absicherung durch Erwerbsarbeit umgestellt werden, wie bei den Betriebsrenten<sup>8</sup>, oder wenn der Gesetzgeber die Spielräume der Beteiligten strukturell verändert, wie im Befristungsrecht. Schließlich ist Verfassungsrecht gefragt, wenn sich in grundlegenden Fragen die gesellschaftliche Wahrnehmung verändert<sup>9</sup>, wie zum Verhältnis zwischen Leistungsfähigkeit und Lebensalter, oder wenn sich Verhältnisse ändern, also im Arbeitskampf nicht mehr klassisch gestreikt wird. Die zuständige Kammer des Bundesverfassungsgerichts hat im Jahr 2014 entschieden, das Bundesarbeitsgericht berücksichtige im Einzelfall eines Flashmobs in der Tarifaueinandersetzung im Einzelhandel die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 des Grundgesetzes hinreichend, denn dieser schützt koalitionspezifische Maßnahmen, wenn und solange sie verhältnismäßig sind.<sup>10</sup> Die Arbeitsgerichte erfüllen zudem die ihnen im System verteilter Verantwortung der Gewalten zugewiesene Aufgabe, wenn sie im Arbeitskampfrecht judizieren, obwohl der Gesetzgeber den Bereich nicht im Einzelnen regelt. Tut er dies, kann das Grundgesetz auch zur verfassungskonformen Auslegung einfachen Rechts zwingen.<sup>11</sup> Insgesamt ändern auch diese Entscheidungen nichts an dem Befund, dass sich das Arbeitsrecht im Regelfall in guter Verfassung befindet.

#### IV. Europäisierung - Globalisierung

Neue Antworten auf klassische Fragen sind allerdings auch gefordert, wenn und weil wir heute mit dem Grundgesetz und dem deutschen Arbeitsrecht nie mehr isoliert nur national zu tun haben. Auch diese Situation ist nicht neu, denn gerade im Arbeitsrecht reichen die Bemühungen um internationale Standards historisch weit zurück. Aber als Mitgliedstaat der Europäischen Union verwirklichen wir eine Rechtsordnung im Mehrebenensystem, und wir agieren als Teil des regionalen Menschenrechtsschutzes des Europarates und sind Mitglied der Weltrechtsgemeinschaft in den Vereinten Nationen. Auch der Klassiker des Rechts auf Gleichbehandlung muss heute also jedenfalls europäisch und auch global gedacht werden.

Dieser transnationale Umgang mit dem Recht ist auch im Arbeitsrecht gegen Diskriminierung bekannt. So geht das AGG ganz wesentlich auf europäische Richtlinien

zurück. Das ist nicht neu, denn schon vorher erhielt das individualarbeitsrechtliche Benachteiligungsverbot hinsichtlich des Geschlechts in § 611a BGB bereits mehrfach europäisch den Nachdruck, den effektiver Diskriminierungsschutz durch Gerichte im Arbeitsleben offensichtlich braucht. Schon damals war das auch ein Nachdruck in dem, was der ehemalige Verfassungsrichter und Präsident des Bundesarbeitsgerichts Thomas Dieterich einen arbeitsrechtlichen Prozess genannt hat<sup>12</sup>, im europäischen Gerichtsverbund<sup>13</sup>: Geäußert hat sich mehrfach der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), und 1993 schrieb das Bundesverfassungsgericht den Arbeitsgerichten ins Stammbuch, dass der Klassiker »Männer und Frauen sind gleichberechtigt« in Art. 3 Abs. 2 GG tatsächlich Diskriminierung verbieten soll. Er ziele ernstlich darauf, »für die Zukunft Gleichberechtigung der Geschlechter durchzusetzen«<sup>14</sup>; eine Auslegung, die diesen Schutzzweck grundlegend verfehlt, ist mit dem Grundgesetz nicht vereinbar. Diese liege auch vor, wenn ein Gericht nicht ausreichend prüft, ob eine an sich unproblematische Handlung nicht tatsächlich Diskriminierung darstellt. Das Verfassungsgericht hat auch geklärt, es komme nicht darauf an, ob das Geschlecht bei einer abschließenden Einstellungsentscheidung noch eine nachweisbare Rolle gespielt hat. Diskriminierungsschutz bedeutet vielmehr auch, Verfahren so zu gestalten, das gleiche Chancen gesichert sind.<sup>15</sup> Und das gilt nicht nur für Arbeitgeber, das gilt auch für Gerichte: Unvereinbar mit dem Gleichheitsgrundrecht ist es nach der damaligen Entscheidung auch, wenn Anforderungen an die Darlegung gestellt und Beweise gefordert werden, die den Diskriminierungsschutz faktisch leerlaufen lassen<sup>16</sup>.

Ein Jahr zuvor hatte das Bundesverfassungsgericht auch erklärt, dass im Fall der Diskriminierung Motive keine

8 BVerfG, 8.5.2012 – 1 BvR 1065/03 – NZA 2012, 905; nachfolgend ua. BVerfG, 17.12.2012 – 1 BvR 488/10 – ZTR 2013, 668.

9 Im Überblick zu Geschlecht, Alter, Behinderung und sexueller Identität Rölfs, SR 2/2013, 41.

10 BVerfG, 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – NJW 2014, 1874.

11 Vgl. BVerfG, 12.2.2014 – 1 BvL 7/11 – NZA 2014, 981.

12 Dieterich, Arbeitskampfrechtsprechung als arbeitsteiliger Prozess deutscher und europäischer Gerichtshöfe, FS Jaeger, 2011, S. 95 ff.

13 Vofskuhle, NVwZ 2010, 1; sa. Baer, Praxen des Verfassungsrechts. Text, Gerichte und Gespräche im Konstitutionalismus, FS Bryde, 2013, S. 3–22.

14 BVerfG, 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – AP zu § 611a BGB Nr. 9.

15 BVerfG, 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – AP zu § 611a BGB Nr. 9; BVerfG, 21.9.2006 – 1 BvR 308/03 – AP zu § 611a BGB Nr. 24.

16 BVerfG, 16.11.1993 – 1 BvR 258/86 – AP zu § 611a Nr. 9.

Rolle spielen. Wer gut gemeint benachteiligt, verstößt dennoch gegen das Gebot der Gleichbehandlung. Konkret: Das Nachtarbeitsverbot für Frauen überall da, wonach Nachtarbeit gut bezahlt wird, sollte diese zwar vor der Mehrfachbelastung erwerbstätiger Ehefrauen und Mütter schützen, grenzte sie aber dennoch unzulässig aus.<sup>17</sup>

Das auf Männer und Frauen bezogene Gleichbehandlungsgebot benötigt offensichtlich immer wieder einmal Nachdruck. Im Jahr 2010 musste der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts nochmals erklären, dass Art. 3 Abs. 2 GG wirklich ernst gemeint ist. Gleichheitsrechte schützen danach nicht nur vor Benachteiligungen, die unmittelbar und ausdrücklich auf das Geschlecht oder auf andere Diskriminierungsgründe zielen. Das große Versprechen der Gleichbehandlung lässt sich vielmehr juristisch nur dann effektiv einlösen, wenn dieser Schutz auch gegen faktische Benachteiligungen wirkt. Das entspricht, so der Senat damals ausdrücklich, der Entwicklung im Europarecht. In der Entscheidung ging es um die Diskriminierung der Putzfrauen bei der Privatisierung der Kliniken in Hamburg<sup>18</sup>.

Mit dem Europarecht sind Richterinnen und Richter im Arbeitsrecht heute gut vertraut. Wie wichtig Gleichheitsrechte in der Europäischen Union sind<sup>19</sup>, verdeutlicht die Grundrechtecharta. Sie gilt zwar nur für die Union selbst und im Bereich der Durchführung von Unionsrecht (Art. 51 GRCh), also dort, wo Unionsrecht für den Mitgliedstaat hinreichend bestimmte, zwingende Vorgaben enthält<sup>20</sup>. Doch zeigt der um die Jahrtausendwende nicht zuletzt auch von der deutschen Grundrechtstradition mitgeprägte Katalog der Charta, wie der Klassiker heute begriffen wird. So fällt die Liste der spezifischen Ungleichheiten, die in Erinnerung an Unrechts Erfahrungen benannt worden sind, in der EU etwas länger aus als in der EMRK, und beide etwas aktueller sind als Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes. Die Diskriminierungsverbote, die in Deutschland nicht zuletzt ein »nie wieder« gegen das Unrecht des Nationalsozialismus setzten, beziehen sich auf die Abstammung, die Rasse, die Sprache, die Heimat und Herkunft, den Glauben, die religiöse oder politische Anschauung, und, übrigens zuerst genannt, auf das Geschlecht, zu dem Art. 3 Abs. 2 GG auch noch klarstellt, dass hier die tatsächliche Gleichberechtigung von Männern und Frauen gemeint ist, und 1994 durch den Verfassungsgeber nochmals betont wurde, dass es wirklich um die »Beseitigung bestehender Nachteile« geht. 1994 hat der deutsche Verfassungsgeber mit Art. 3 Abs. 2 GG auch die Behinderung als ein Merkmal aufgegriffen, das strukturell typisch zu Nachteilen

führt. Die Gleichbehandlungsgebote in der EU erstrecken sich darüber hinaus auch auf das Alter und auf die sexuelle Identität oder Orientierung<sup>21</sup>. Das ist die aktualisierte Version des Klassikers, was sich in § 1 AGG nachlesen lässt.

Allerdings ist mit der Charta, den europäischen Richtlinien und auch mit Art. 3 des Grundgesetzes zum Thema Gleichheit rechtlich noch nicht alles gesagt. Auch der regionale Menschenrechtsschutz in Europa – nicht als EU, sondern als Europarat – trägt zum Thema bei. Das Straßburger Gericht entwickelt zwar eher vorsichtig auch substantielle Schutzstandards gegen Diskriminierungen, beispielsweise zum Schutz von Roma vor rassistischer Ausgrenzung.<sup>22</sup> Daneben gilt allerdings auch die Sozialcharta von 1961 – ein Meilenstein, der trotz seiner innerstaatlichen Bedeutung noch nicht immer voll entfaltet ist.<sup>23</sup>

Schließlich gibt es die globalen Regeln. Die Normen der IAO sind Teil eines, wie es Däubler und Zimmer genannt haben, Arbeitsvölkerrechts<sup>24</sup>; die Menschenrechtsgarantien der Vereinten Nationen, die die Bundesrepublik Deutschland gänzlich ratifiziert hat, bieten auch dafür den Rahmen. Zu diesen globalen Garantien gehört die Behindertenrechtskonvention<sup>25</sup>, die Frauenrechtskonvention CEDAW und die Konvention gegen Rassismus CERD. Schon die Lektüre ist zu empfehlen, denn alle drei sind

17 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – AP zu § 19 AZO Nr. 2.

18 BVerfG, 14.4.2010 – 1 BvL 8/08 – EuGRZ 2010, 336. Ganz evident ist die faktisch geschlechtsbezogene Benachteiligung bei der Schwangerschaft, denn die erleben nur Frauen. Der klassische Sachverhalt im Arbeitsrecht ist die Teilzeitbeschäftigung, wo angeblich neutrale Differenzierungen tatsächlich Frauen benachteiligen. Wer also Neutralität behauptet und damit nur vertuscht, tatsächlich die Schwächeren zu treffen, kommt an einem richtig verstanden Gleichheitsrecht nicht vorbei.

19 Einfluss ist allerdings nie per se positiv, sondern immer auch geteilte Erfahrung. Zu den Auswirkungen der Krise *Nebe*, SR 2013, 1 ff.

20 StRSpr. seit BVerfG, 13.3.2007 – 1 BvF 1/05 – EuGRZ 2007, 340; aus Sicht des EuGH zuletzt ua. Urteil vom 10.7.2014 – C 198/13 – juris (*Hernandez*).

21 In Deutschland hat es die verfassungsändernde Mehrheit mehrfach abgelehnt, das Grundgesetz entsprechend zu ergänzen. Verfassungsrechtlich zwingt dies zu der Prüfung, ob Ungleichbehandlungen vorliegen, die denen des Art. 3 Abs. 3 GG gleichen. Näher dazu *Baer*, NJW 2013, 3145.

22 Zur Verpflichtung der Staaten, gegen Rassismus vorzugehen, EGMR, 26.7.2007 – 55523/00 – *Angelova and Iliev v. Bulgaria*; EGMR, 26.2.2004 – Rs 43577/98 – EuGRZ 2005, 1 (*Nachova* ua. v. *Bulgaria*); EGMR, 13.12.2005 – 15250/02 – *Bekos und Koutropoulos v. Griechenland*; sa. *Nußberger*, RdA 2012, 270.

23 Vertiefend *Evju*, AuR 2012, 276 ff.

24 Däubler/Zimmer (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, 2013. Zu den IAO-Normen *Heuschmid*, SR 1/2014, 1 ff.

25 Vertiefend *Aichele*, AnwBl 2011, 727. Zu Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG BVerfG, 11.11.2008 – 1 BvL 3/05, 1 BvL 4/05, 1 BvL 5/05, 1 BvL 6/05, 1 BvL 7/05 – SGB 2010, 30; kritisch dazu *Oppermann*, SozSicherheit 2012, 314 ff.

nicht zuletzt Fundgruben für ein differenziertes Verständnis von dem, was Menschen in tatsächlich gleichberechtigten Gesellschaften mindestens zusteht.

Die globale Dimension des Gleichheitsgrundrechts ist heute auch keine Frage mehr, die wir nach der Vorlesung im Völkerrecht getrost ins Langzeitgedächtnis schieben könnten. Menschenrechte sind nicht mehr nur der Ausgangspunkt für humanistisch-idealistische Träume von globaler Gerechtigkeit. Bei Grundfragen der Gerechtigkeit gibt es keinen nationalen Alleingang – oder, rechtlich formuliert: es sollte ihn nicht geben. Schon die Präambel des Grundgesetzes zielt darauf, »in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen« und statuiert in Art. 1 Abs. 2 des Grundgesetzes ein Bekenntnis »zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt«. Dann ist es nur folgerichtig, in Art. 25 GG die allgemeinen Regeln des Völkerrechts als Bestandteil des Bundesrechtes anzuerkennen und ihnen den Vorrang vor den Gesetzen zu geben. Schließlich betont das Bundesverfassungsgericht in mittlerweile ständiger Rechtsprechung, dass auch die Verfassung selbst im Einklang mit den verbindlichen Garantien der Menschenrechtskataloge zu interpretieren ist.<sup>26</sup>

## V. Herausgefordert

Die Zusammenschau dürfte belegen, dass wir im 21. Jahrhundert juristisch durchaus gefordert sind. Europäisierung und Globalisierung bereichern unsere Rechtsordnung. Sie stellen der ebenso eindeutigen wie kurzen Formulierung des Art. 3 Abs. 3 des Grundgesetzes präzisierende Diskriminierungsverbote an die Seite. Es ist Teil der Aufklärung, dies nicht als Bedrohung zu empfinden oder als unnötige Komplikationen abzuwehren, sondern als Gewinn und Stärke einer Rechtsordnung in Europa und im Menschenrechtskonsens mit der Welt in die eigene Praxis zu integrieren, durch die eigene Praxis aber auch mit zu prägen, was unter Gleichheit genau verstanden wird. Wir sind durchaus gefordert, daran mitzuwirken, ein überzeugendes Verständnis dieser Normen zu entwickeln, im Gespräch.<sup>27</sup>

Die Herausforderung im Umgang mit der Gleichheit ist allerdings nicht nur dogmatisch zu bewältigen. Gleichheitsrechte sind auch deshalb fordernd, weil da etwas stört, oft verstört. Ganz praktisch führt das dazu, dass Klägerin-

nen und Kläger, die sich auf das AGG berufen, schnell in den Verdacht geraten, nur »Hopper« zu sein, Diskriminierung nicht ernsthaft zu erleiden. Dieses Bild ist in der rechtspolitischen Auseinandersetzung gezielt gezeichnet worden. Es bezieht sich allerdings auf einen empirischen Ausnahmefall. Tatsächlich wird Rechtsschutz gegen Diskriminierung eher selten in Anspruch genommen. Dafür gibt es viele Gründe.

Im Kern ist es alles andere als angenehm und fällt niemandem »leicht«, sich über Sexismus oder Rassismus, über Homophobie oder Fremdenfeindlichkeit oder über die Ausgrenzung als Behinderte zu beschweren, gar »angemessene Vorkehrungen« zu fordern<sup>28</sup>. Verständnis und Unterstützung sind alles andere als erwartbar, weder im sozialen Umfeld noch andernorts.

Auch ist tragfähige Kompetenz im Umgang mit Diskriminierungsfällen alles andere als gängig. Deshalb hat das Deutsche Institut für Menschenrechte ein Projekt aufgelegt, das die Diversity-Kompetenz in der Anwaltschaft erhöhen soll, und arbeitet an einem Folgeprojekt zur Erhöhung der Kompetenz von Gerichten, solche Verfahren zu handhaben.<sup>29</sup>

Schließlich gehen Klagen vor Gericht, die also ohnehin eher ausnahmsweise erhoben werden, oft auf komplizierte Konstellationen zurück, in denen Menschen schon lange leiden. Auch das macht es nicht einfacher. Wir alle sollten sehr vorsichtig sein, die Anliegen dieser Menschen – oder die Menschen selbst – dann als überempfindlich, übertrieben, nervig, eben störend letztlich beiseite zu schieben. Wer lange gelitten hat, ist nicht nur freundlich, sachlich, gut zu haben. Vielmehr bewirkt Diskriminierung gerade in der heute regelmäßigen Form subtiler Ausgrenzung, dass Menschen zermürbt und oft krank werden. Das macht niemandem zur kooperativen Prozesspartei, zur verständigen Klägerin. Dies aber denen vorzuwerfen, die so nachvollziehbar auf Diskriminierung reagieren, widerspricht nicht nur dem großen Versprechen auf tatsächliche Gleichbehandlung, sondern verletzt auch das Gebot effektiven Rechtsschutzes.

Hier sind Gerichte durchaus gefordert. Richterinnen und Richter haben mit den Diskriminierungsverboten Ins-

<sup>26</sup> BVerfG, 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08, 2 BvR 2365/09, 2 BvR 571/10, 2 BvR 740/10, 2 BvR 1152/10 – NJW 2011, 1931 stRspr.

<sup>27</sup> Vgl. *Bryde*, SR 2012, 2 ff.; zum Gespräch *Baer* (Fn. 13).

<sup>28</sup> *Kocher/Wenckebach*, SR 2013, 17 ff.

<sup>29</sup> Mehr dazu unter <http://www.institut-fuer-menschenrechte.de> (14.10.2014).

trumente in der Hand, die sie befähigen, mit diesen Fragen viel aufgeklärter, eben kompetenter umzugehen als sehr viele andere um uns herum. Es gibt zwar Diskriminierungsfälle, die alle als ganz klare Verletzungen von Gleichbehandlungsansprüchen entwerten würden. Sehr viel häufiger und prägender für die diskriminierende Benachteiligung von Menschen unserer Gesellschaft sind jedoch die Fälle, in denen die Dinge nicht so klar liegen, in zwei Konstellationen.

Manche Dinge liegen nicht so klar, weil die Mehrheit sie eher unproblematisch findet – aber Diskriminierungsschutz gerade bedeutet, auch Minderheiten das Recht zuzugestehen, ihre Probleme vor Gericht zu bringen. Deswegen wird sexuelle Belästigung öffentlich in Deutschland oft nur als der schlechte Witz älterer oder auch jüngerer »Herren« diskutiert, ist gleichheitsrechtlich aber eben eine Diskriminierung. Manche regen sich auch auf, wenn überhaupt erklärt werden muss, warum und für wen genau eine sexistische Bemerkung witzig sein soll. Vergleichbar ist der politische Streit um etwas, was lange als ganz normal galt und nie erklärt werden musste – die konformistische Präsenz von Männern in Aufsichtsräten. Wer da Gleichheit fordert – gegen Alltagssexismen oder auch gegen männliche Monokulturen –, fordert zunächst einmal gute Begründungen für bisher Unhinterfragtes. Wo gute Gründe fehlen, endet die Ungleichbehandlung, hoffentlich, irgendwann. Die Ratio des Klassikers Gleichbehandlung ist insofern auch das Ende der Bequemlichkeit – jedenfalls für diejenigen, die von ihr profitierten. Es dauert allerdings seine Zeit, bis sich Begründungslasten verschieben, weil bequeme Normalität endet. So wird die geschlechtsspezifische Lohndifferenz heute zwar diskutiert, gilt jedoch vielen schlicht als Ausdruck der Struktur des Arbeitsmarktes; gleichheitsrechtlich stellt sich die Frage nach Diskriminierung, neben dem Geschlecht auch nach der ethnisierten oder »rassifizierten« Differenz. Dann verschiebt sich die Analyse von einer Differenz als Unterschied hin zu einer Unterscheidung als Diskriminierung<sup>30</sup>.

Andere Dinge erscheinen kompliziert und manchmal sogar störend, liegen also nicht klar auf der Hand, weil sie gesellschaftlich mehrheitlich tabuisiert sind. Diskriminierungsschutz bedeutet aber gerade, Menschen das Recht zu geben, ein Tabu zu brechen, wenn es sie benachteiligt. So ist Rassismus in Deutschland bislang eher selten Thema vor Gericht. Der Vorwurf – und auch der Schriftsatz, die Klage –, eine Handlung sei rassistisch gewesen, gilt als so schwerwiegend, dass viele meinen, er dürfe nur erhoben werden,

wenn es sich um ganz krasse, eindeutige Taten handelt. Verfassungsrechtlich gesprochen: Rassismus wird nur als solcher anerkannt, wo die Menschenwürde ganz eindeutig verletzt ist. Tatsächlich ist Rassismus aber kein solcher Exzess. Rassistische Ausgrenzung ist überhaupt nicht selten, aber oft subtil. Der gesamte Dienstleistungssektor – von Diskotheken, die bereits Gegenstand zivilgerichtlicher Entscheidungen waren, über Autohäuser bis zu Versicherungen – hat hier noch viel zu tun<sup>31</sup>. Das gilt jedoch auch für das Arbeitsleben, einschließlich Bildung und Ausbildung.

Wenn also der Antrag auf Prozesskostenhilfe gestellt wird, weil ein Vorgesetzter oder ein Kollege rassistische »Sprüche macht« – dann mögen das viele als geschmacklos oder Frage des Temperaments, als »nicht so gemeint« oder »doch zu kontern«, als »nicht wirklich« rassistisch und also übertrieben bewerten. Richterinnen und Richter sind jedoch kompetenter, denn sie haben nicht zuletzt differenzierte Gleichheitsrechte im Gepäck. Sie ermöglichen es und verpflichten auch dazu, jeden Vorwurf der Diskriminierung zunächst einmal ernst zu nehmen, das Verfahren entsprechend zu gestalten, Darlegungsanforderungen sachgerecht zu handhaben, nicht auf Motive zu achten, sondern auf Nachteile, also all das umzusetzen, dass sich auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 3 GG ergibt. Dabei gelten die Maßstäbe, die für die Gleichberechtigung von Frauen und Männern entwickelt worden sind, um Recht tatsächlich gegen Sexismus wirksam werden zu lassen, auch für einen effektiven Rechtsschutz gegen Rassismus, gegen Behindertenfeindlichkeit, gegen jede Form der Diskriminierung. Dies gilt auch und gerade dann, wenn eine Mehrheit das übertrieben findet, weil sie sich als Mehrheit leisten kann, worunter eine Minderheit eventuell leidet.

Da werden sich Leute aufregen.

Das BVerfG hat die Liste des Grundgesetzes von 1948 bzw. 1994 ernst genommen und auch erklärt, dass Benachteiligungen, die strukturell so funktionieren wie Rassismus oder Sexismus oder die Ausgrenzung Behinderter, vom Schutz des Gleichheitsgrundrechts erfasst werden. Daher

30 Hier liegt die entscheidende Weichenstellung von einem formalistisch-symmetrischen Verständnis von Gleichheit als Verbot von Unterscheidungen zu einem materiell-asymmetrischen Verständnis von Gleichberechtigung als Verbot von Benachteiligung. Die amerikanische Juristin C. A. MacKinnon hat das grundlegend als Bewegung »von Differenz zu Dominanz« markiert.

31 Der Nachweis kann durch sog. »Testing« geführt werden, Antidiskriminierungsstelle des Bundes (BADs), *Klose/Kühn*, Die Anwendbarkeit von Testing – Verfahren im Rahmen der Beweislast, § 22 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2010.

haben das BVerfG und dann auch das BAG – anders als zuvor der BGH und das BVerwG – im Jahr 2009 entschieden, dass ein System der Hinterbliebenenversorgung, in dem Menschen Ansprüche erwerben, weil sie ihr Leben miteinander teilen, niemanden benachteiligen darf, der oder die genau das tut, als in einer gleichgeschlechtlichen Beziehung leben<sup>32</sup>. Diese Entscheidungen zum Schutz homosexueller Menschen vor Diskriminierung haben durchaus Aufsehen erregt, und das ist die sehr zurückhaltende Beschreibung des Geschehens. Es erstaunt allerdings nicht. Vielmehr liegt es gerade in der Natur von Verfassungsrecht und Menschenrechten, dass sie Mehrheiten Grenzen setzen, die diese selbst im politischen Prozess überschreiten. Die Kernfunktion des Klassikers Gleichheitsrecht besteht gerade darin, Gleichbehandlung auch für diejenigen zu sichern, die nicht ohnehin gleich behandelt werden. Insofern ist Aufregung für ein Verfassungsgericht die erwartbare Reaktion, Respekt vor der Aufgabe des Minderheitenschutzes aber auch ein wichtiger Teil gelebter Verfassungskultur. Und das gilt für alle Gerichte: Insofern es zu ihrer Aufgabe gehört, sich auch Traditionen, Mehrheitsüberzeugungen oder Alltagsnormalität in den Weg zu stellen, müssen sie mit Ärger rechnen.

## VI. Kompetenz gefragt

Die Durchsetzung von Gleichheitsrechten als Klassikern eines aufgeklärten Konstitutionalismus lebt gerade deshalb auch von einer spezifischen Kompetenz. So bedarf es besonderer Aufmerksamkeit, wenn Menschen mit einem »Pauschalverdacht der Leistungsschwäche«<sup>33</sup> belegt werden, wie das bei Frauen weiterhin geschieht – zu schwach, zu wenig belastbar, halten das nicht aus, können sich nicht durchsetzen –, und wie dies viele Altersregelungen prägt – zu alt, um zu fliegen. Es bedarf auch besonderer richterlicher Aufmerksamkeit, wenn versucht wird, den gerade neu errungenen Begründungsanforderungen zu Normalitäten, die vielleicht aber Diskriminierungen sind, trickreich wieder zu entkommen. Es ist zwar akzeptabel, wenn Unternehmen eine bestimmte Personalstruktur in Balance halten wollen, um ihr Unternehmen auch in demografischer Hinsicht nachhaltig zu führen. Daher ist es zulässig, wenn Erwerbsarbeit auf Altersgrenzen stößt, weil auch junge Menschen in ein Unternehmen hineinwachsen sollen. Zum Trick wird das, wenn diese Argumentation nur rechtfertigen soll, Leute zu entlassen, ohne die frei werdenden Positionen wieder zu

besetzen. Gerichte können und müssen dafür sorgen – und Gleichheitsrechte geben ihnen die Instrumente dafür an die Hand –, dass solche Tricks nicht greifen.<sup>34</sup>

Insgesamt lässt sich das Gebot der Gleichbehandlung so verstehen, dass eine Begründungslast etabliert wird, wo zuvor Selbstverständlichkeit herrschte. So brach vor Jahren jeweils ein neuer Sturm der Entrüstung los, als erklärt werden musste (und vor dem Bundesverfassungsgericht nicht mehr überzeugend erklärt werden konnte), warum Frauen nicht auch ohne vorherige Erlaubnis ihres Ehemannes erwerbstätig sein dürften, warum Frauen nicht daran teilhaben sollten, was auch mit ihrer Unterstützung in einer Ehe erwirtschaftet worden ist, warum Frauen nicht auch dann nachts arbeiten dürfen, wenn und wo es die Lohnzuschläge gibt. Heute muss erklärt werden, wenn Entgelt nicht nach Leistung, sondern nach dem Alter gezahlt werden soll, oder wenn ein Aufstieg nicht nach Dienstjahren, sondern nach Lebensjahren ermöglicht wird. Wo auch immer das Recht auf Gleichheit gilt, endet die Selbstverständlichkeit vorher als normal erlebter, aber tatsächlich ungleicher Verhältnisse. Das regt insbesondere die auf, die von der bisherigen Normalität profitiert haben. Die Dinge werden irgendwie mühsamer. Sie werden lästig. Und manchmal fühlt sich auch Juristisches so an: Neue Regeln, die die Dinge komplizierter machen, immer auch Europarecht prüfen und Vorlagepflichten an den EuGH und an das BVerfG beachten... Doch ist dies der Fortschritt, auf den wir gerade in Europa stolz sein können. Wir exportieren gerade das als Rechtsstaat und Verfassungsstaatlichkeit: mühsam und aufwändig, aber ein großes Werk, das da immer wieder vollendet werden will.

In jedem einzelnen auch arbeitsgerichtlichen Verfahren wird also herauszufinden sein, was tatsächlich der Fall ist. Dazu gehört es heute, den Klassiker des Gleichheitsrechts grundgesetzlich, europäisch und auch global zu verstehen, um effektiven Rechtsschutz gegen jedwede Form der Diskriminierung alltäglich zu realisieren. Es wird gelingen, wenn auch die für Diskriminierungsfälle typischen Problemlagen erkannt und sachgerecht bewertet werden. Die Arbeitsgerichtsbarkeit ist hier unverzichtbar in dem Bemühen, das große Versprechen diskriminierungsfreier Chancengleichheit tatsächlich zu halten.

<sup>32</sup> BVerfG, 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07 – NJW 2010, 1439.

<sup>33</sup> Adam, ArbuR 4/2014, 141.

<sup>34</sup> Vgl. Bertelsmann, Zwangsweise Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit 65, FS Pfarr, 2010, S. 170.

# Das Recht der Berufskrankheiten – Bilanz, Probleme, Perspektiven – Teil 1<sup>1</sup>

Prof. Dr. Wolfgang Spellbrink, Richter am Bundessozialgericht, Kassel

## I. Der besondere Stellenwert der Berufskrankheiten innerhalb des deutschen Sozialsystems

Die seit dem 1.1.1997 im siebten Buch des Sozialgesetzbuches (SGB VII)<sup>2</sup> geregelte Gesetzliche Unfallversicherung (in Zukunft GUV) stellt einen der ältesten und zugleich traditionsreichsten Zweige des deutschen Sozialsystems dar, sind doch wesentliche Elemente der erstmals 1884 durch das Unfallversicherungsgesetz (UVG)<sup>3</sup> eingeführten Unfallversicherung weitgehend erhalten geblieben und über die Reichsversicherungsordnung (RVO)<sup>4</sup> in das SGB VII tradiert worden<sup>5</sup>. Das SGB VII normiert nunmehr in § 7 Abs. 1, dass Versicherungsfälle der GUV Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten (BKen) sind. Obwohl gerade bei dem Versicherungsfall der BK hierzu § 551 Abs. 1 S. 1 RVO noch bestimmte, dass eine BK lediglich »als Arbeitsunfall gilt« und das UVG von 1884 zu dem Begriff der BK noch ganz schwieg, kann mittlerweile davon ausgegangen werden, dass der Rechtsbegriff der BK, wie er jetzt in § 9 Abs. 1 und Abs. 2 SGB VII ausformuliert ist, weitgehend geklärt ist. Wenn dennoch das BK-Recht zu den schwierigsten und auch umstrittensten Materien des Sozialrechts gezählt werden kann, so dürfte dies eher an den äußerst diffizilen Umsetzungs- und Anwendungsproblemen des Rechts der BKen liegen, die ihrerseits natürlich wieder logische Konsequenz der strukturellen normativen Vorgaben sind. Diese Vorgaben des Gesetzgebers, die die Verwaltung binden und damit letztlich auch Restriktionen für die Verwaltungspraxis darstellen, werden aber zumeist ausgeblendet, wenn insbesondere von gewerkschaftlicher Seite zutreffend darauf verwiesen wird, dass die Anerkennungsquote nach BK-Verdachtsanzeigen äußerst gering ist<sup>6</sup>. So wurden etwa im Jahre 2012 ca. 70.000 Verdachtsfälle einer BK angezeigt, eine Verletztenrente erhielten am Ende aber nur 4.924 Erkrankte.<sup>7</sup> In diesem Beitrag soll verdeutlicht werden, dass dieses Unbehagen weitgehend seine Ursache in den gesetzlichen Vorgaben findet und kaum Auslegungsalternativen de lege lata bestehen und auch durch eine bloße

Änderung der Verwaltungspraxis wohl kaum eine durchgreifende Verbesserung iS. einer höheren Anerkennungsquote erzielt werden könnte. Am Ende soll unter IV. daher diskutiert werden, wie diesem Unbehagen an der Praxis des BK-Rechts durch normative Änderungen Rechnung getragen werden könnte<sup>8</sup>.

Interessanterweise sind die Anwendungs- und Umsetzungsprobleme des BK-Rechts bereits im Jahre 1925 bekannt gewesen und breit diskutiert worden, als zum ersten Mal eine Verordnung insgesamt 11 gewerbliche BKen in einer Anlage 1 definierte. Diese Verordnung trägt den Titel »Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf gewerbliche Berufskrankheiten«<sup>9</sup> und reflektiert in ihrer Begründung<sup>10</sup> zutreffend und sogleich das Problem, dass die an einer

1 Teil 2 der Abhandlung wird voraussichtlich in SR 1/2015 erscheinen.

2 Vgl. Gesetz zur Einordnung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung in das Sozialgesetzbuch (Unfallversicherungs-Einordnungsgesetz – UVEG) vom 7.8.1996, BGBl. I 1996, S. 1254.

3 Unfallversicherungsgesetz (UVG) vom 6.7.1884, RGBl. I, S. 69; hierzu *Breuer*, in: Schulin (Hrsg.), Handbuch des Sozialversicherungsrechts Band 2, UV, München 1996, § 1 Rn. 56 ff.; zum UVG in seiner besonderen Bedeutung für die Geschichte der Sozialgerichtsbarkeit – erstmalige Einrichtung von gesonderten Schiedsgerichten unter Beteiligung von Laienrichtern vgl. *Ayaß*, Schiedsgerichte und Reichsversicherungsamt bis 1945, in: Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre BSG, Berlin 2014, S. 265.

4 Einen wichtigen Regelungsschritt markiert hier das Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Unfallversicherung (Unfallversicherungsneuordnungsgesetz – UVNG) vom 30.4.1963, BGBl. I, S. 241.

5 Bezeichnenderweise fand auf der Festveranstaltung zum 60. Geburtstag des BSG, bei der die Zukunftsprobleme der sozialen Sicherheit besprochen wurden, keine Diskussion zur GUV statt. Diese wird auch in der Denkschrift (Fn. 2) nicht problematisiert.

6 So sprach *Konstanty* 1989 bezüglich der Entschädigungspraxis der Berufsgenossenschaften im BK-Recht von einem »Skandal ohne Ende«, vgl. *SozSich* 1989, 129 und *Hien* 2012 unverändert von dem »Elend« mit den Berufskrankheiten, *SozSich* 2012, 382; der Altmeister des Unfallrechts *Otto Ernst Krasney* nennt das BK-Recht die Achillesferse der gesetzlichen UV, FS Friedrich Watermann, 1996, S. 91; zu den Praxisproblemen der Sozialgerichtsbarkeit instruktiv *Keller*, SGB 2001, 226.

7 Vgl. die Zahlen in *Gute Arbeit*, Heft 10/2013, 15 ff.; dieses Heft enthält weitere instruktive Beiträge zum BK-Recht, insb. zu den beklagten Vollzugsdefiziten.

8 Insbesondere die IG Metall ist hier zuletzt in Erscheinung getreten, vgl. nur das Schwarzbuch des Vorstands vom Dezember 2013.

9 Vom 12.5.1925, RGBl. I, S. 69.

10 Reichsrats-Drs. Nr. 23, 7.2.1925.

(»Berufs«)-Krankheit Erkrankten bereits im Rahmen des (auch 1925) schon bestehenden Sozialsystems geschützt sind. Dort heißt es: »Schutz gegen die wirtschaftlich schädigenden Folgen einer Erkrankung gewähren den Versicherten und ihren Angehörigen die Krankenversicherung, die Invalidenversicherung und die Angestelltenversicherung«.<sup>11</sup> Sodann wird im Einzelnen aufgeführt, dass das etablierte System sozialer Sicherheit bereits die Risiken abdeckt, die durch arbeitsbedingte Erkrankungen zum Ausdruck kommen, dass aber das Leistungssystem von Kranken- und Rentenversicherung vom Niveau her niedriger ist als die Leistungen der GUV<sup>12</sup>. Dies dürfte auch heute noch ein wesentlicher Gesichtspunkt sein, der Erkrankte dazu motivieren könnte, die Anerkennung ihrer Erkrankung gerade als Berufs-Erkrankung durch die GUV zu betreiben. Ist das System GUV für den Betroffenen mithin »günstiger«, so stellt sich sofort die Frage, nach welchen Kriterien dieses Spezialsystem vom allgemeinen Kranken- und Rentenversicherungsschutz abzugrenzen ist. Die Grundfrage des BK-Rechts seit 1925 lautet mithin: Nach welchen Kriterien kann eine Krankheit als arbeitsbedingt dem besonderen Schutzsystem UV mit tendenziell besseren Leistungen zugewiesen werden? Für die Abgrenzung »normaler« Krankheiten von arbeitsbedingten »Berufs«-Krankheiten spielt natürlich eine Rolle, dass die GUV ausschließlich aus Beiträgen der Arbeitgeber finanziert wird, die durch diese Beitragszahlung von der Haftung gegenüber ihren Arbeitnehmern frei werden<sup>13</sup>. Durch diese haftungsersetzende Funktion steht jeweils der (kausale) Zusammenhang des Erkrankungsgeschehenes mit der Arbeitstätigkeit in Frage, der letztlich immer die Verantwortung des Arbeitgebers für die Arbeitsbedingungen berührt.

In der Begründung der Verordnung von 1925 wird zu diesem Problem bereits sehr klarsichtig ausgeführt<sup>14</sup>:

■ »Man wies darauf hin, daß die Umschreibung der zu entschädigenden Krankheiten, die Bestimmung des Begriffs Berufskrankheit schwierig, wenn nicht unmöglich sei. Es gibt Krankheiten, die ausschließlich oder fast nur in bestimmten Gewerbezweigen oder Betriebsarten vorkommen. Dazu gehören zB. die Wurmkrankheit und das Augenzittern der Bergleute, ferner bestimmte Vergiftungskrankheiten in der chemischen Industrie. Andere Krankheiten befallen zwar die in bestimmten Berufen Tätigen besonders häufig, sind aber außerdem im Volke weit verbreitet, wie zB. die Tuberkulose. Endlich gibt es Krankheiten, die häufig und ohne Beziehung zu einem bestimmten Beruf auftreten, die aber ausnahmsweise

oder unter gewissen Voraussetzungen auch durch berufliche Tätigkeit erworben werden können. Bekanntgeworden sind Fälle der Übertragung der Syphilis vom kranken auf gesunde Mitarbeiter in Glasbläsereien durch gemeinsame Benutzung des Pfeifenmundstücks beim Blasen. Hierher gehören auch Erkältungskrankheiten, die wohl bei jeder Berufsarbeit erworben werden können.«

Lässt man das Zeitkolorit außer Acht, so findet man hier in nuce eine gute Zusammenfassung der sich auch heute noch stellenden Probleme bei der Frage, welche Krankheiten abstrakt-generell als BK definiert oder anerkannt werden können. Im Folgenden wird unter II. dargestellt, welche Anforderungen das Gesetz in § 9 Abs. 1 SGB VII formuliert, damit eine Krankheit abstrakt als BK Anerkennung finden kann. Unter II. 1. wird sich zeigen, dass der wissenschaftliche und legislatorische Prozess der Anerkennung einer Krankheit als arbeitsbedingte BK langwierig ist, wobei institutionelle Hürden zu überwinden sind, die ua. aus der Einschaltung des »Ärztlichen Sachverständigenbeirats Berufskrankheiten beim BMAS« und dessen Definitionsmacht über die »Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft« resultieren. Dabei wird unter II. 2. aufgezeigt, dass es nach dem bundesdeutschen Rechtssystem zwingende Voraussetzung einer Anerkennung einer BK ist, dass eine BK in der Anlage 1 zur Berufskrankheitenverordnung (BKV) definiert wird<sup>15</sup>. Wegen des Grund-

11 Reichsrats-Drs. Nr. 23, 7.2.1925, S. 3.

12 Man vergleiche etwa die Anspruchsvoraussetzungen des Anspruchs auf Verletztenrente nach § 56 SGB VII, der das Prinzip der abstrakten Schadensberechnung zu Grunde liegt oder das besondere berufsgenossenschaftliche Heilverfahren nach §§ 27 ff. SGB VII.

13 Zu den Grundprinzipien der GUV nach wie vor lesenswert *Gitter/Numius*, in: Schulin (Fn. 3). Umfassend zum Beitragsrecht *Spellbrink*, SR 2012, 17 und zur besonderen Belastung der Arbeitgeber *Spellbrink*, BPUVZ 2012, 88.

14 Wie Fn. 10.

15 Die letzte Novellierung der BKV erfolgte mit Wirkung zum 1.7.2009 (Zweite Verordnung zur Änderung der BKV, BGBl. I 2009, S. 1273). Durch diese Änderung wurden in die Liste in Anlage 1 der BKV fünf weitere BKen aufgenommen, ua. die Nr. 2112 »Gonarthrose durch eine Tätigkeit im Knien (...)«, die in der Praxis zu weitgehenden Abgrenzungsproblemen geführt hat, vgl. nur Schiltenswolf/Grosser/Thomann (Hrsg.), Berufskrankheit Gonarthrose (BK 2112), Frankfurt am Main 2012. Auf der Grundlage der Ermächtigungen in § 9 Abs. 1 SGB VII wurde mit Wirkung zum 1.1.1997 erstmals eine »BKV« erlassen (BGBl. I 1997, S. 2623), während die früher auf der Basis des § 551 Abs. 4 RVO erlassenen Verordnungen zumeist als »BKVO« abgekürzt werden. Der Zeitablauf zwischen der letzten Novellierung dieser BKV im Jahre 2009 und der Abfassung dieses Artikels von über fünf Jahren macht deutlich, dass das System der Anerkennung neuer Listen-BKen durch formale Anerkennung des Verordnungsgebers und Aufnahme in die Anlage 1 der BKV äußerst schwerfällig ist. Dieser zeitliche Abstand zwischen dem Entstehen »neuer« wissenschaftlicher Erkenntnisse und der formalen Anerkennung durch Aufnahme in die Liste, ist der (einzige) Grund für die Möglichkeit der Anerkennung von Wie-BKen nach § 9 Abs. 2 SGB VII (vgl. hierzu unter II. 4.).

satzes des Vorbehalts des Gesetzes in § 31 SGB I können im Einzelfall grundsätzlich nur solche »Listen-BKen« anerkannt werden. Die in der Anlage 1 der BKV genannten Listen-BKen weisen allerdings keine gemeinsame Normstruktur auf (hierzu unter II. 3.). Es handelt sich bei der BKV bzw. der Anlage 1 zur BKV weder um eine Liste von Krankheiten, noch um eine Liste gefährlicher Stoffe oder Expositionen, noch um eine Liste von bestimmten Arbeitsstätten<sup>16</sup> oder Berufstätigkeiten. Die insofern diffuse Normstruktur der Anlage 1 zur BKV erschwert sicher das Verständnis des BK-Rechts insbesondere für Laien, die zumeist davon ausgehen, es würden schlicht »Krankheitsbilder« gelistet. Schließlich wird unter II. 4. abgehandelt, unter welchen Voraussetzungen die Anerkennung einer »Wie-BK« iSd. § 9 Abs. 2 SGB VII erfolgen kann. Hierbei handelt es sich gerade nicht um eine allgemeine Härtefallklausel, die im BK-Recht grundsätzlich fehlt.

Mit einer abstrakt-generell durch den Gesetz- bzw. Verwaltungsgeber erfolgten Anerkennung einer Erkrankung als Listen-BK in der Anlage 1 der BKV, wie sie in ihren Voraussetzungen unter II. erörtert wird, ist aber noch nicht zwingend verbunden, dass der Versicherte oder Arbeitnehmer im Einzelfall auch einen Anspruch auf Anerkennung des Versicherungsfalls BK und dessen Entschädigung hat. In Abschnitt III. wird dargestellt, dass der individuelle Nachweis des Vorliegens der Kausalbeziehung Arbeitstätigkeit/Erkrankung ebenso schwierig und aufwendig ist<sup>17</sup>, auch wenn die BK bereits abstrakt als solche anerkennungsfähig ist. Hierbei wird das Prüfschema des Vorliegens einer BK im Einzelfall erörtert, wie es aus der neueren Rechtsprechung des BSG folgt (III. 1.) und auch auf Fragen des Kausalzusammenhangs – und möglicher Beweiserleichterungen – eingegangen (III. 2.). Diese Schwierigkeiten wurden bereits in der Begründung der ersten Verordnung 1925 hellsichtig wie folgt beschrieben:

■ »Damit kommt man auf die zweite, mehr praktische, aber nicht weniger bedeutungsvolle Schwierigkeit. Eine Krankheit, die als Berufskrankheit entschädigt werden soll, muß »nachweislich« auf die Berufstätigkeit zurückzuführen sein. Dieser Nachweis ist naturgemäß – wenn die Krankheit auch außerhalb des Berufs entstehen kann –, schwer zu führen, ja in vielen Fällen unmöglich. Unterstellt man eine solche Krankheit der höheren Entschädigung, so ist die Folge, daß viele Ansprüche erhoben werden, die mangels Nachweises des ursächlichen Zusammenhangs mit dem Berufe abgewiesen werden müssen. Das ruft Enttäuschung, Verbitterung hervor, und damit kann der Schaden einer solchen Ausdehnung

der Versicherung größer sein als ihr Segen. Vermehrt werden diese rein praktischen Schwierigkeiten dadurch, daß die ärztlichen Anschauungen darüber, ob bestimmte Krankheiten mit bestimmter beruflicher Tätigkeit zusammenzuhängen pflegen, dauernd im Flusse sind, daß häufig die Erkennung des Zusammenhangs (...) auch für den erfahrenen Arzt schwierig ist und daß bei manchen Krankheiten überhaupt nur Ärzte mit besonderer Vorbildung in der Lage sind, ein einwandfreies Urteil abzugeben.«<sup>18</sup>

Diese schon 1925 zu recht prognostizierte Unzufriedenheit mit dem System des BK-Rechts im Einzelfall hängt natürlich auch mit den rechtlich geregelten tatsächlichen Phänomenen zusammen, die hier zu betrachten sind. Während bei einem Arbeitsunfall ein einmaliges plötzliches Ereignis, das den Versicherten von außen trifft, zu bewerten ist, handelt es sich bei der BK um Krankheitsprozesse, die sich ggf. über Jahrzehnte hinweg entwickeln (mit langen Latenzzeiten) und bei denen die arbeitstechnischen Einwirkungen auf den Versicherten oftmals schwer rekonstruierbar sind (Betriebe, die mittlerweile in Konkurs sind, Rekonstruktion in der Vergangenheit liegender Arbeitsbedingungen). Da in diesem multikausalen Geschehen zugleich auch immer die private Lebensgestaltung in die Betrachtung mit einbezogen wird (war der Versicherte zugleich starker Raucher, trank er in erheblichem Umfang Alkohol? etc.), tendiert nach der Erfahrung des Verfassers der BK-Prozess oftmals dazu, zu einer Bilanzierung des gesamten (Berufs-)Lebens der jeweiligen Klägerinnen und Kläger zu werden. Allerdings dürfte an der kausalen Ausrichtung des Rechts der GUV kein Weg vorbei führen, solange man eine klare Trennung der Systeme GUV und Krankenversicherung aufrechterhalten will. Abschnitt IV. beschäftigt sich sodann abschließend, nachdem die Materie BK in ihrer von Gesetzes wegen gewollten Komplexität aufgezeigt wurde, mit der Frage, wie der Gesetzgeber zu einer »Reduktion von Komplexität«, dh. zu einer Vereinfachung und Nachvollziehbarkeit des Systems beitragen könnte.

16 So hatte die erste BK-Verordnung von 1925 den Begriff der BK in ihrer Anlage 1 noch ausdrücklich auf bestimmte Betriebe, wie etwa Betriebe des Bergbaus etc. beschränkt.

17 P. Becker, ein Kenner des BK-Rechts, spricht bei der Anerkennung des Vorliegens einer BK im Einzelfall von der sog. »individuellen BK«, in: Becker/Burchardt/Krasney/Kruschinsky (Hrsg.), Gesetzliche Unfallversicherung, § 9, Rn. 15.

18 Wie Fn. 9., S. 4.

## II. Das abstrakt-normative System der BKen nach § 9 SGB VII iVm. der BKV

### 1. Voraussetzungen und Verfahren der generellen Anerkennung einer Krankheit als Berufskrankheit

Eine Legaldefinition des Begriffs der BK findet sich in § 9 Abs. 1 SGB VII. BKen sind nur solche Krankheiten, die die Bundesregierung durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats als BK bezeichnet. § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII enthält die für diese »Bezeichnung« erforderliche inhaltliche Ermächtigung. Hiernach wird die Bundesregierung ermächtigt, in der Rechtsverordnung solche Krankheiten als BK zu bezeichnen, die nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft durch besondere Einwirkungen verursacht sind, denen bestimmte Personengruppen durch ihre versicherte Tätigkeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung ausgesetzt sind.

#### a) Der Begriff der »Krankheit«

Eine BK ist zunächst einmal eine Krankheit. Hierunter ist, wie in der gesetzlichen Krankenversicherung, jeder regelwidrige Körper- oder Geisteszustand zu verstehen. Dass dieser Zustand Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit auslöst, ist allerdings nur Voraussetzung des Leistungsfalls, nicht des Versicherungsfalls BK.<sup>19</sup> § 8 Abs. 1 SGB VII setzt für den Arbeitsunfall lediglich einen »Gesundheitsschaden« voraus, was von den Anforderungen her noch unter der Schwelle des Krankheitsbegriffs liegen dürfte. Das Arbeitssicherheitsgesetz (ASiG) verwendet den Begriff der arbeitsbedingten Erkrankung. Betriebsärzte sind nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 ASiG zur Untersuchung der Ursachen arbeitsbedingter Erkrankungen verpflichtet. Die hier genannten Gesundheitsgefahren liegen ebenfalls unterhalb der Schwelle der Begriffsdefinition der BK. Letztlich könnte man sich hier mit einem rein pragmatischen Krankheitsbegriff behelfen nach dem Motto: »BK ist grundsätzlich nur, was in der Anlage 1 der BKV als BK gelistet ist«. Dies ist aber nicht immer möglich, weil die BKV in den Listentatbeständen der Anlage 1 eine äußerst heterogene Normstruktur aufweist (eingehend sogleich unter II. 3.). Zahlreiche Listen-BKen, die sog. »offenen BK-Tatbestände«, nennen jeweils nur die schädigende Einwirkung (die Noxe) und nicht die konkrete Erkrankung, die bei dem

Versicherten diagnostiziert werden muss. So normieren die unter der laufenden Ordnungsnummer arabisch 1 in der Anlage zur BKV genannten »durch chemische Einwirkungen verursachte Krankheiten« jeweils nur einen Schadstoff. Nr. 1101 der Anlage 1 lautet etwa: »Erkrankungen durch Blei oder seine Verbindungen« und die folgenden BKen sind ähnlich »offen« formuliert, in dem sie jeweils einen Stoff wie Quecksilber, Chrom, Cadmium, Phosphor etc. nennen und lediglich fordern, dass »Erkrankungen« durch Einwirkung dieses Stoffes vorliegen. Vereinzelt hat man hieraus den Schluss gezogen, dass folglich bei der BK Nr. 1101 auch ein geringfügig erhöhter Blutbleispiegel als Krankheit iSd. BK-Rechts angesehen werden könnte<sup>20</sup>. Angesichts der »Weite« des Krankheitsbegriffs in § 9 SGB VII erscheint ein solcher niedrigschwelliger Krankheitsbegriff – jedenfalls zur Bestimmung des Versicherungsfalles – nicht gänzlich abwegig. Andererseits wurde zu Recht darauf hingewiesen<sup>21</sup>, dass zur Auslegung der »offenen« (und auch aller anderen BK-Tatbestände) jeweils ergänzend auf die wissenschaftlichen Begründungen des ärztlichen Sachverständigenbeirats beim BMAS [hierzu sogleich unter 1. d)], die Merkblätter etc. zurückgegriffen werden muss, die jeweils auch konkrete Krankheitsbilder umfassen<sup>22</sup>. Diese – rechtsstaatlich allerdings bedenkenswerte – Normformulierung der offenen BK-Tatbestände hat aber jedenfalls den Vorteil, dass auch später gewonnene wissenschaftliche Erkenntnisse über generelle Kausalbeziehungen zwischen den genannten Schadstoffen wie Blei etc. und konkreten Erkrankungen

<sup>19</sup> Hinsichtlich des Vorliegens eines Versicherungsfalls wird Feststellungsklage erhoben mit dem Ziel, festzustellen, dass bei dem Kläger eine bestimmte BK der Anlage zur BKV vorliegt. Der Leistungsfall hingegen ist gekennzeichnet durch die Umsetzung des Versicherungsfalls in Leistungen der GUV, die »Zahlbarmachung« einer konkreten Leistung; vgl. hierzu nur BSG, 3.4.2014 – B 2 U 25/12 R – SGB 2014, 322, Rn. 20; dass die berufsbedingte Erkrankung ggf. den Leistungsfall auslösende Folgen nach sich zieht (haftungsausfüllende Kausalität), ist keine Voraussetzung einer Listen-BK; vgl. mwN. BSG, 4.7.2013 – B 2 U 11/12 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 2109 Nr. 1.

<sup>20</sup> So Bayerisches LSG, 13.12.1989 – L 10 U 144/88 – HV-INFO 1991, 221; ähnlich Bayerisches LSG, 29.1.2008 – L 18 U 162/05 – UV-Recht Aktuell 2008, 826, insoweit nicht beanstandet von BSG, 2.4.2009 – B 2 U 9/08 – SozR 4 -2700 § 9 Nr. 14.

<sup>21</sup> So *Brandenburg*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK SGB VII, 2. Aufl., Saarbrücken 2014, § 9 Rn. 51 f. und Mehrtens/Brandenburg (Hrsg.), BKV-Kommentar, E § 9 Anm. 6.3, Stand XI/08.

<sup>22</sup> Zur Bedeutung dieser Materialien für die Auslegung von BK-Tatbeständen der Anlage 1 zur BKV zuletzt: BSG, 4.7.2013 – B 2 U 11/12 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 2109 Nr. 1. Allerdings haben diese Merkblätter, Empfehlungen etc. selbst keinen normativen Gehalt (tendenziell anders wohl *Brandenburg*, S. Fn. 21) und sind reine Auslegungshilfen für unbestimmte bzw. nicht definierte Rechtsbegriffe, wie des »regelmäßigen Tragens schwerer Lasten auf der Schulter« (BK Nr. 2109) etc.

berücksichtigt werden können<sup>23</sup>. Je genauer und exakter ein BK-Tatbestand die Krankheit umschreibt, desto größer ist jedenfalls die Gefahr, dass durch enge Normformulierungen Gesundheitsbeeinträchtigungen ausgeschlossen werden, die de lege lata dann erst wieder nach dem mühseligen Verfahren der Änderung des Verordnungstextes anerkannt werden könnten. Wesentlich relevanter als der Krankheitsbegriff als solcher dürfte hingegen die Frage sein, nach welchen Kriterien der Verordnungsgeber zu entscheiden hat, ob eine Krankheit durch Aufnahme in die Anlage 1 zur BKV zur Listen-BK wird.

### b) Generelle Geeignetheit nach den Kriterien der medizinischen Wissenschaft

§ 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII nennt als erstes Kriterium für die BK-Anerkennung einer Krankheit die »Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft«. Hier geht es mithin darum, einen Nachweis der generellen Eignung bestimmter äußerer Einwirkungen zur Hervorrufung von bestimmten Erkrankungen zu liefern. Grundsätzlich kann und muss hier auf epidemiologische Studien abgestellt werden. Typischerweise vergleicht man hier Personen mit einem potentiellen Risikofaktor für eine Erkrankung mit Personen ohne diesen Risikofaktor (also beispielsweise Raucher und Nichtraucher) bezüglich des Auftretens einer bestimmten Erkrankung (etwa Lungenkrebs)<sup>24</sup>. Generell setzen solche Studien eine große Anzahl von Patienten/Probanden voraus, um inferenzstatistisch abgesicherte Schlüsse ziehen zu können. Ein wichtiges Kriterium für die Gültigkeit/Validität epidemiologischer Studien ist, ob die Probanden auch tatsächlich zutreffend der jeweiligen Kategorie (gesund/erkrankt) zugeordnet wurden<sup>25</sup>. Die generelle Zusammenhangsfrage (dh. gibt es zwischen einer Einwirkung und einer Erkrankung im Allgemeinen einen Zusammenhang) ist aber nie im Sinne einer absoluten Sicherheit beantwortbar. Auch die Epidemiologie liefert nur relative Wahrscheinlichkeiten, die dann jeweils erst normativ bewertet werden müssen. Oder anders gewendet: die medizinische Wissenschaft liefert nur Daten, die mehr oder weniger überzeugend Zusammenhänge belegen, sie kann aber nicht an die Stelle des Normgebers treten. Die Forderung nach Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft als Voraussetzung einer Anerkennung einer Listen-BK hat zwar die unbestreitbar (positive) Konsequenz, dass sie fortlaufend die Gewinnung neuer medizinischer Erkenntnisse anregt. Nach § 9 Abs. 8 SGB VII sind die Unfallversicherungsträger folglich auch verpflichtet, bei der Gewinnung und Fortentwicklung

von medizinischen Erkenntnissen im BK-Recht mitzuwirken und durch eigene Forschung oder Beteiligung an fremden Forschungsvorhaben dazu beizutragen, Ursachenzusammenhänge in diesem Sinne aufzuklären<sup>26</sup>.

Man könnte es nun hinsichtlich des Begriffs »Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft« bei diesem Hinweis auf die Voraussetzungen und Grundlagen der Epidemiologie belassen. Ein solches Vorgehen würde sich jedoch dem Verdacht aussetzen, »naiv« zu sein, würde es doch die Interessengeleitetheit der Erzeugung gerade auch von medizinischem Wissen und damit einen Diskussionsstrang negieren, der jedenfalls die gesetzliche Krankenversicherung, den eigentlichen Sozialversicherungszweig, der sich mit Krankheit und Krankheitsursachen befasst, seit geraumer Zeit intensiv beschäftigt<sup>27</sup>. *Friedhelm Hase* hat hierzu in seinem Beitrag »Sozialrecht und die Integration gesellschaftlichen Wissens« für die Denkschrift 60 Jahre BSG<sup>28</sup> Fragen aufgeworfen, die auch in unserem Zusammenhang – Rekurs bei der Anerkennung als BK in § 9 Abs. 1 SGB VII auf die »Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft« – dringend einer Diskussion bedürfen. *Hase* schreibt:

■ »Wissen – und zumal professionelles Wissen – hat sich in vielen Bereichen von Überzeugungen und Erfahrungssätzen emanzipiert, die allgemein oder in Fachkreisen als gesichert gelten können, dieser Prozess der Dezentrierung des Wissens wird, (...), durch Entwicklungen in der medizinisch-gesundheitlichen Versorgung besonders deutlich vor Augen geführt. Medizinische Kenntnisse und Realitätskonstruktionen sind heute vielfach außerordentlich

23 Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG ist bei der Frage, ob die in einem BK-Tatbestand genannten Voraussetzungen vorliegen, jeweils auf den aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnisstand zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung abzustellen, vgl. nur BSG, 15.9.2011 – B 2 U 25/10 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 4111 Nr. 3 zu dem Kriterium »in der Regel« 100 Feinstaubjahre in BK Nr. 4111.

24 In der einfachsten Versuchsanordnung (design) ist in einer Kreuztabelle (Vierfeldertabelle) ablesbar, wie viele Personen mit und ohne Risikofaktor erkranken bzw. gesund bleiben. Das Quotenverhältnis (odds ratio) ist sodann ein Maß dafür, um wieviel größer die Chance zu erkranken in der Gruppe mit Risikofaktor ist, verglichen mit der Gruppe ohne Risikofaktor. Instrukтив hierzu etwa *Lehmacher*, Studientypen in der Epidemiologie, <http://imsieweb.uni-koeln.de/lehre/epidemiologie/KlinEpi01a-Einfuehrung.pdf> (22.10.2014).

25 Dies macht etwa bei psychischen Erkrankungen enorme Schwierigkeiten; bei der Bestimmung des sog. relativen Risikos (im Unterschied zum odds ratio) ist die Anzahl der Erkrankten nicht fest vorgegeben.

26 Der Erhalt der hier etablierten wissenschaftlichen Strukturen sollte auch bei Reformvorschlügen immer mit bedacht werden (vgl. noch unter IV.).

27 Zum medizinischen Wissen – allerdings nur zum Teil mit juristischen Bezügen – die Beiträge in: *Peter/Funcke* (Hrsg.), *Wissen an der Grenze*, Frankfurt a.M./New York 2013; zum Medizin- und Gesundheitsrecht *Rixen*, MedR 2008, 24; *Schlegel*, MedR 2008, 30; *Pitschas*, MedR 2008, 34; *Ladeur*, GesR 2011, 455; *Hase*, ZEFQ 2012, 168, 170 ff.

28 Vgl. Fn. 3.

speziell, komplex und heterogen, neues Wissen bricht sich blitzartig Bahn, vorhandenes wird ebenso rasch entwertet. Innovative Methoden und Verfahren können im Extremfall nur noch von den unmittelbar an einem konkreten Projekt Beteiligten angemessen beurteilt werden, sie sind also einer direkten Einschätzung selbst durch allgemein gut informierte Fachleute im Wesentlichen entzogen. Dem bislang vorherrschenden Wissenskonzept, für das Neues gedanklich fortlaufend mit erfahrungsgestützten und in der Profession geteilten Richtigkeitsannahmen abzugleichen ist, sind damit die Grundlagen zunehmend entzogen, von einer spontanen Formierung und Fortentwicklung eines allgemeinen – Orientierung vermittelnden – Wissensfundus kann immer weniger die Rede sein.«

Die Medizin hat sich auf diese durch den Wandel bedingte Krise mit einer überaus bedeutsamen Selbstveränderung eingestellt, mit der ein – letztlich weltweit vernetztes – Wissensmanagement entstanden ist. Dieses hat mit seinen Bewertungsansätzen, die vor allem auf klinische Tests und deren statistische Auswertung gestützt sind, den Status professioneller Erfahrung entscheidend relativiert. Nach den Maßstäben der evidence based medicine sind Einschätzungen und selbst die Konsense der Fachleute von äußerst geringer Überzeugungskraft. (...)

Damit aber sind in vielen Bereichen des Gesundheitssektors neue Formen einer außerordentlich komplexen Organisation des Wissens entstanden. Dieses wird zunehmend – von fachlich verantwortlichen wie von förmlich autorisierten Stellen – in geordneten Verfahren erfasst und bewertet, über Fragen der Wirksamkeit und der Sicherheit zumal neuer Behandlungsmethoden werden jeweils zu einem angebbaren Zeitpunkt aufgrund der verfügbaren Studienlage bestimmte Aussagen getroffen, die wiederum stets reversibel zu halten sind: Wissen wird erarbeitet, gebündelt, auf dem jeweils aktuellen Stand »festgestellt«, es wird zum Gegenstand eines fachlichen Managements, das seine Festlegungen, wie gezeigt, allenfalls am Rande noch auf die – vielfach uneindeutig gewordenen oder gar nicht mehr bestimmbar – Richtigkeitsüberzeugungen »maßgeblicher Kreise« stützt.<sup>29</sup>

Aus diesem Befund zieht Hase weitgehende juristische Schlussfolgerungen:

- »Die Folgen, die sich aus diesem Wandel der Wissensgrundlagen der Medizin für die rechtliche Regelung und Bewertung medizinisch-gesundheitlicher Fragen ergeben,

werden in der Rechtswissenschaft bislang kaum angemessen erörtert, vielfach wird die Problematik vermutlich nicht einmal erkannt. Auch die Rechtsprechung sieht sich beträchtlichen Herausforderungen gegenüber. Die Zivilgerichtsbarkeit scheint bislang – im Einklang mit einem großen Teil der Literatur – an der in der Vergangenheit mit dem Standardbegriff verbundenen Annahme festzuhalten, bei der Beurteilung und Entscheidung von Zweifelsfragen im Bereich der Medizin stehe jedem – informierten, erfahrenen – Berufskollegen ein hinreichender und gesicherter Fundus an fachlichen Kenntnissen und Wertungen zu Gebote – was in Wirklichkeit aber oft gar nicht mehr der Fall ist. Insofern ist es nicht mehr legitim, bei der Konkretisierung allgemein gefasster rechtlicher Regelungsvorgaben einseitig auf gutachterlich beglaubigte Überzeugungen »maßgeblicher Kreise« zu setzen (...).

- In der sozialgerichtlichen Rechtsprechung wird der evidenzbasierten Medizin und der wachsenden Bedeutung eines professionellen gesundheitlichen Wissensmanagements deutlich stärker Rechnung getragen, auch hier scheint es aber an ausgearbeiteten und hinreichend komplexen dogmatischen Konzepten zu fehlen, die an den grundlegend veränderten (und sich weiter immer rascher verändernden) Bedingungen des »Zusammenspiels« zwischen rechtlicher Normgebung, Rechtskonkretisierung und der Rezeption und Generierung von Wissen ausgerichtet sind. Besonders gravierend sind solche Schwächen der rechtlichen Konzeptionalisierung insoweit, als komplexes, professionell aufbereitetes (gebündeltes, geprüftes, bewertetes, zu Standards oder Regeln verdichtetes) Wissen aufgrund gesetzlicher Ermächtigungen in förmlichen untergesetzlichen Regelwerken zu erfassen und zu strukturieren ist, etwa in den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses iS. des § 92 SGB V oder in Richtlinien der Bundesärztekammer zum Stand der medizinischen Erkenntnisse iS. von § 16 TPG.«<sup>30</sup>

Insofern könnte gerade § 9 SGB VII hier zu einem interessanten Ausgangspunkt der Erforschung der Integrationsprozesse außerjuristischen Wissens in das formale Recht werden, zumal hier die Wissenskompilierung und damit auch der definitorische Zugriff in dem »Ärztlichen Sachverständigenbeirat Berufskrankheiten beim BMAS«

<sup>29</sup> Hase, in Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried (Fn. 3), S. 423, 431.

<sup>30</sup> Hase (Fn. 3), S. 423, 432 f.

institutionell eindeutig zuordenbar verankert ist. Gerade die immer wieder zu thematisierende zeitlich und institutionell aufwendige Abfolge von der Erkenntnis »neuen« medizinischen Wissens hin zur legislatorischen Normierung als Listen-BK in der Anlage 1 der BKV lässt hier an mancher Stelle Diskussionsbedarf aufkommen, ob das bisher etablierte System Anforderungen an einen zeitgemäßen (und auch transparenten) Wissenstransfer noch genügt oder ob die Rechtsprechung (und alle anderen am System beteiligten Akteure) nicht die Fiktion der Möglichkeit, einen eindeutigen medizinischen Standard ermitteln zu können, aufgeben müssen – und mit welchen Konsequenzen? Des Weiteren stellt sich die Frage, auf welches Krankheitsgeschehen die zuständigen Gremien gerade ihre Aufmerksamkeit und Aktivitäten fokussieren und auf welches nicht<sup>31</sup>. Ohne dass dies hier vertieft werden könnte, zeigt gerade die Diskussion um die Aufnahme einer BK »Lungenkrebs durch Passivrauchen« auch, in welchem Maße hier (wirtschaftliche) Interessen den vermeintlich rein objektiv feststellbaren aktuellen medizinischen Erkenntnisstand mitbestimmen können<sup>32</sup>.

Mit dem überkommenen Kriterium einer letztlich statistisch-epidemiologischen Absicherung einer generellen Ursache-Wirkungsbeziehung verhindert § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII zudem schon vom Ansatz her, dass besonders seltene Krankheiten oder Krankheiten, die nur in ganz kleinen Gruppen auftreten, überhaupt zu Listen-BK werden können. Das BSG hat hierzu im Rahmen der Prüfung des Vorliegens einer Wie-BK nach § 9 Abs. 2 SGB VII (hierzu iE. II. 4.) entschieden, dass in sog. Seltenheitsfällen die den generellen Ursachenzusammenhang zwischen besonderer Einwirkung und Erkrankung belegenden medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse nicht ausschließlich anhand der Methoden der »klassischen« Epidemiologie und statistischer Belege nachgewiesen werden müssen. Fehlt es an einer im Allgemeinen notwendigen langfristigen zeitlichen Überwachung von Krankheitsbildern, da aufgrund der Seltenheit einer Erkrankung medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse durch statistisch abgesicherte Zahlen nicht erbracht werden können, kommt nach dieser Rechtsprechung ausnahmsweise auch ein Rückgriff auf Einzelfallstudien, auf Erkenntnisse aus anderen Staaten und auf frühere Anerkennungen entsprechender Erkrankungen, auch in der ehemaligen DDR, in Betracht<sup>33</sup>. Eine solche Vorgehensweise unter Zugrundelegung eines geringeren wissenschaftlichen Standards ist aber nach derzeit

»herrschender Lehre« und Rechtsprechungspraxis wenn überhaupt, so wohl nur im Rahmen der Anerkennung einer Wie-BK nach § 9 Abs. 2 SGB VII denkbar.

### c) Besondere Einwirkung auf eine bestimmte Personengruppe – Erheblichkeit der Einwirkung

Der Rechtsbegriff (*besondere*) *Einwirkungen* ist zunächst weit auszulegen. In Betracht kommt alles, was von außen auf den Körper einwirkt<sup>34</sup>, wobei auch rein psychisch wirkende Einwirkungen zu berücksichtigen sind. Nicht notwendig ist, dass nur Versicherte/Arbeitnehmer den Einwirkungen ausgesetzt sind, es kann sich auch um Einwirkungen des täglichen Lebens handeln. Maßgebend ist nur, dass die Intensität und Dauer infolge der Eigenart einer versicherten Tätigkeit gesteigert ist, wie es etwa in der Umschreibung der BK Nr. 2108 – bandscheibenbedingte Erkrankung der Lendenwirbelsäule durch langjähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten – der Fall ist.<sup>35</sup> Diesen schädlichen Einwirkungen müssen bestimmte Personengruppen durch ihre Arbeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung ausgesetzt sein. Verkürzt wird dieses Kriterium so zusammengefasst, dass der Nachweis eines bestimmten berufsgruppenspezifisch erhöhten Erkrankungsrisikos geführt werden muss. Obwohl § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII explizit nur von einer erhöhten Exposition einer bestimmten Personengruppe und nicht von einer erhöhten Krankheitsrate in einer Gruppe spricht, folgt allein schon aus der Tatsache, dass die Wirksamkeit einer Einwirkung nach den Standards der medizinischen Wissenschaft generell nachgewiesen sein muss, dass bei einer erheblichen Einwirkung einer generell geeigneten Noxe auch mit einem

31 Instrukтив zur Interessensgeleitetheit von Forschungen und zur medizinischen Einordnung des Nachweises von Chrysotil (Weißasbest) bei durch Asbest induzierten Krankheiten zuletzt *Glensk*, BPUVZ 2014, 80.

32 Zu Passivrauchen als Ursache für eine BK aus medizinischer Sicht vgl. *Triebig*, MedSach 2010, 102 und zur juristischen Einordnung des Phänomens, *P. Becker*, MedSach 2010, 108; vgl. hierzu den Bericht des Center for Tobacco Control Research and Education der University of California, San Francisco vom 21.3.2006, S. <http://www.escholarship.org/uc/item/9ft813m5> (22.10.2014); in diesem Bericht gelangen die AutorInnen *Bornhäuser, Mc Carthy und Glantz* zu der Überzeugung, dass die insbesondere in Deutschland starke Lobbyarbeit des Verbands der Cigarettenindustrie den wahrgenommenen wissenschaftlichen Erkenntnisstand über die Wirkungen des Passivrauchens iS. einer Verharmlosung der Risiken beeinflusst hat. Hiergegen etwa: »Lügen des EPA über Passivrauchen« [www.smokershistory.com/lugen.html](http://www.smokershistory.com/lugen.html) (22.10.2014).

33 BSG, 4.6.2002 – B 2 U 20/01 R – juris, Rn. 22 mwN.; BSG, 14.11.1996 – 2 RU 9/96 – SozR 3-2200 § 551 Nr. 9 S 21; zuletzt BSG, 18.6.2013 – B 2 U 6/12 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 22.

34 *P. Becker*, MedSach 2010, 145, 148.

35 *Mehrtens/Brandenburg* (Fn.21), E § 9 Anm. 8.1.

erhöhten Krankheitsaufkommen in der Gruppe gerechnet werden muss, andernfalls sind die Aussagen über einen generellen Ursache-Wirkungszusammenhang doch in Zweifel zu ziehen.

Eine nach wie vor ungeklärte Frage des BK-Rechts ist es, ob die »Erheblichkeit« einer Einwirkung quantifizierbar ist. Zunächst ist klarzustellen, dass der Terminus »erheblich« einen klassischen unbestimmten Rechtsbegriff umschreibt, dessen Auslegung die Rechtspraxis vorzunehmen hat. Immer wieder wird hier gefordert – und neuerdings auch vom Ärztlichen Sachverständigenbeirat beim BMAS wohl rein faktisch so praktiziert – auf die sog. Risikoverdopplung oder die Verdopplung des relativen Risikos als Kriterium abzustellen. Hiernach muss das Risiko in der zu beurteilenden Gruppe an der zu untersuchenden Krankheit zu erkranken, doppelt so hoch sein wie in der Kontrollgruppe. Das BSG ist dem nicht gefolgt und hat klargestellt, dass sich weder aus dem Gesetz noch dem Sinn der Regelung (damals noch des § 551 Abs. 1 S. 3 RVO; jetzt § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII) ableiten lasse, dass die erheblich höhere Gefährdung bezogen auf das allgemeine Auftreten einer Krankheit vom Verordnungsgeber erst dann angenommen werden könne, wenn sich das Erkrankungsrisiko innerhalb der exponierten Berufsgruppe im Vergleich zur übrigen Bevölkerung mehr als verdoppelt habe<sup>36</sup>. Es wäre nicht verständlich, aus welchem Grunde der Gesetzgeber den Umfang der Erhöhung des Erkrankungsrisikos ausdrücklich mit »in erheblich höherem Grade« umschrieben hat, wenn er eine – klar ausdrückbare – Verdoppelung gemeint haben soll. Für eine derartige Absicht des Gesetzgebers finden sich keine Anhaltspunkte. Wesentliches Merkmal der Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der BKV ist vielmehr gerade die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe. Hierdurch wird der Beurteilungsspielraum des Verordnungsgebers erweitert, um ihn in die Lage zu versetzen, die oft streitigen medizinischen Meinungen überhaupt bewerten zu können. Zwar werden in der Literatur insbesondere von Medizinern entsprechende Forderungen erhoben, diese können aber lediglich Aspekte des common senses bzw. der Praktikabilität für sich beanspruchen.<sup>37</sup> Weder juristisch-normativ noch medizinisch-naturwissenschaftlich ist es zwingend, gerade auf die Risikoverdoppelung abzustellen. Es bleibt vielmehr ein normativer Gestaltungsspielraum, welchen Grad der Risikoerhöhung durch eine bestimmte Exposition der Verordnungsgeber für ausreichend erachtet, um eine bestimmte BK als Listen-BK einzuführen zu können.

Freilich wird man, wenn man (durchaus nachvollziehbar) fordert, dass BK-Tatbestände in der Anlage 1 möglichst exakt definiert sein sollten, dh. jeweils auch eine Maßzahl oder ein Kriterium für die Einwirkung enthalten, hier auch numerische Aussagen zur Risikoerhöhung bei Überschreiten der Expositionsgrenzwerte erwarten dürfen.

#### d) Verfahren zur Anerkennung einer BK – Ermessensspielraum des Verordnungsgebers?

Das Verfahren, das zur Anerkennung einer BK als Listen-BK führt, dauert, nicht zuletzt wegen der Schwierigkeiten, den jeweiligen aktuellen Stand des medizinischen Wissens festzustellen, lange<sup>38</sup>. Das BMAS hat als federführendes Ressort zu diesem Zwecke einen »Ärztlichen Sachverständigenbeirat Berufskrankheiten« eingerichtet, der den Verordnungsgeber im Hinblick auf die neuen Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft berät. Die Errichtung dieses Sachverständigenbeirats ist allerdings nirgendwo gesetzlich vorgesehen<sup>39</sup>, es fehlt insoweit an jeder demo-

36 BSG, 23.3.1999 – B 2 U 12/98 R – SozR 3-2200 § 551 Nr.12.

37 *Woitowitz*, Zbl. Arbeitsmedizin 51, 2001, 262; *ders.*, BG 1994, 16; *ders.*, MedSach 1998, 105; Hierzu hat das BSG zuletzt am 29.11.2011 – B 2 U 26/10 R – juris, Rn. 29 klargestellt, dass »die Revision zunächst zu Recht gerügt hat, dass das LSG mit dem Verdoppelungsrisiko ein nicht unmittelbar aus dem Gesetz abgeleitetes Kriterium zugrunde gelegt hat, ohne im Einzelnen die wissenschaftliche Basis dieses Kriteriums in den Prozess einzuführen« (vgl. hierzu auch BSG, 5.7.2011 – B 2 U 17/10 R – Rn. 31). Das LSG werde daher nach der Zurückverweisung zunächst klarzustellen haben, auf welchem medizinischen Erfahrungssatz die Annahme der jeweiligen Verdoppelungsgrenzwerte für die hier betroffenen BKen beruht (kritisch zur Zugrundelegung des Verdoppelungsrisikos als notwendiges Kriterium für die Einführung einer BK S. BSG, 23.3.1999 – B 2 U 12/98 R – SozR 3-2200 § 551 Nr. 12 S. 42. Ebenso skeptisch hinsichtlich des Verdoppelungskriteriums *P. Becker*, SGB 2006, 449, 454.

38 So hat *Bolm-Audorff*, Zbl Arbeitsmed 63 (2013), 132, 134 ff. im Einzelnen dargelegt, dass teilweise erhebliche Zeiträume zwischen einer Einstufung der »Internationalen Agentur für Krebsforschung« (IARC), einer Organisation der WHO, dass eine Substanz in die Gruppe der Stoffe mit ausreichender Evidenz für eine krebserzeugende Wirkung beim Menschen gehört und der Aufnahme in die Liste als BK vergehen. In diesem instruktiven, mit Tabellen unterlegten Aufsatz, wird zugleich deutlich, dass die Einstufungen der IARC keinesfalls nahtlos übernommen werden, weshalb dann zunächst das wissenschaftliche »Standing« der jeweiligen Organisation hinterfragt werden müsste. Dies alles sind Themen, wie sie oben im Text mit Verweis auf *Hase* angrissen werden.

39 Anders etwa der Gemeinsame Bundesausschuss in § 91 SGB V. Interessanterweise gibt es auch keine »Homepage« dieses Gremiums. Die Zusammensetzung der wohl 12 Mitglieder ist nur mittelbar erschließbar etwa über Fachartikel wie von *Bolm-Audorff* (soeben Fn. 37) oder *Giesen*, Zbl Arbeitsmed 58 (2008), 258, 260, wonach 7 Hochschullehrer für das Fach Arbeitsmedizin, 1 Hochschullehrer Epidemiologie, 2 Landesgewerbeärzte, 2 Werks- bzw. Betriebsärzte der Metall bzw. chemischen Industrie sowie zwei »Gäste« aus den Reihen der Unfallversicherung mitwirken. Zur Zusammensetzung der zahlreichen Gremien und Institutionen, die ohne gesetzliche Grundlage gleichsam »praeter legem« das BMAS unterstützen, vgl. auch die kleine Anfrage von Abgeordneten der Fraktion die Linke, BT-Drs. 16/3074 und die Antwort der Bundesregierung vom 23.11.2006 – BT-Drs. 16/3550.

kratischen oder sonstigen rechtlichen Legitimation für dieses Gremium. Mithin handelt es sich um ein reines Beratungsgremium, das keineswegs als Ersatzverordnungsgeber fungieren kann. Der Sachverständigenbeirat formuliert jeweils eine »wissenschaftliche Begründung«<sup>40</sup> zu einzelnen Krankheiten bzw. Komplexen und mit ihr verbunden die Empfehlung an den Verordnungsgeber, eine bestimmte BK in die Anlage 1 zur BKV aufzunehmen. Wann und aus welchen Gründen der Verordnungsgeber diese Empfehlungen aufgreift und umsetzt, ist oftmals wenig nachvollziehbar<sup>41</sup>.

Hier stellen sich zwei Fragen, die unmittelbar den Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers betreffen. Zum einen:

(1) Kann der VO-Geber auch bei einem »geringeren Erkenntnisstand« eine Listen-BK normieren? Wenn die Datenlage unklar ist und der Sachverständigenbeirat lediglich ein beratendes Expertengremium, so liegt letztlich die Verantwortung, aber auch der (politische) Gestaltungsspielraum beim Verordnungsgeber selbst. Der Verfasser hat hierzu – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BSG – die Position vertreten, dass dem Verordnungsgeber der BKV hier ein – schon aus der Natur der Sache folgender – weiter Spielraum zustehen muss, welche neuen BKen er in die Anlage 1 der BKV aufnehmen will. Andernfalls müsste die Rechtsprechung selbst überprüfen, ob die in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII genannten gesetzlichen Anforderungen an die Aufnahme einer neuen BK in die Liste vorliegen bzw. ob der Verordnungsgeber von richtigen sachlichen/wissenschaftlichen Annahmen ausgegangen ist, als er eine neue Listen-BK normierte. Ein solcher Prüfungsauftrag würde die Kompetenzen zwischen Gesetzgebung und Jurisprudenz einseitig in Richtung der Gerichte verschieben. Das BSG hatte sich in den 90er Jahren des letzten Jahrhunderts intensiv mit dieser Frage zu befassen, als insbesondere das LSG Niedersachsen die Auffassung vertrat, der Verordnungsgeber hätte die BK Nr. 2108 der Anlage 1 zur BKV (bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch langjähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten) niemals erlassen dürfen. Das BSG hat hierzu 1999 klargestellt<sup>42</sup>, dass die Aufnahme oder Nichtaufnahme von Krankheiten in die BK-Liste als Rechtsetzungsakt des Verordnungsgebers nur in begrenztem Rahmen der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt, ob das Ermessen pflichtgemäß dem Zweck der Ermächtigung entspre-

chend ausgeübt worden ist. Insbesondere hat das BSG klar zwischen den (noch unter II. 4. zu diskutierenden) harten Kriterien des § 9 Abs. 2 SGB VII und denen in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII unterschieden. Die Entscheidung des Verordnungsgebers über die BK-Reife setzt naturgemäß zwingend die Bewertung medizinischer Meinungen voraus (»Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft«). Mit wissenschaftlichen Methoden und Überlegungen muss zu begründen sein, dass bestimmte Einwirkungen die generelle Eignung besitzen, eine bestimmte Krankheit zu verursachen. Auf dieser Grundlage steht dem Verordnungsgeber grundsätzlich das Recht zu, sich neuesten oder einem kleineren Teil wissenschaftlicher Untersuchungen anzuschließen, auch wenn sich die überwiegende Zahl der Fachwissenschaftler noch nicht von ihrer Richtigkeit hat überzeugen können. Dieser ist innerhalb der Grenzen seines Ermessensspielraums frei in der Entscheidung, ab welcher Schwelle er bei der Beurteilung medizinischer Streitfragen auch einer ernstzunehmenden medizinischen Mindermeinung noch Gewicht beimisst oder nicht. Im Rahmen des Systems der BKen kann erst dann nicht mehr von einem wissenschaftlich gesicherten Ursachenzusammenhang ausgegangen werden, wenn sich aus der Wissenschaft nicht einmal mehr deutliche Hinweise auf entsprechende Zusammenhänge herleiten lassen. Aus diesen – uneingeschränkt zu teilenden – Grundsätzen der BSG-Rechtsprechung hat der Verfasser die vorsichtige Einschätzung abge-

40 Das Instrument der wissenschaftlichen Begründung wurde 1994 eingefügt; eine Auflistung der seitdem veröffentlichten wissenschaftlichen Begründungen findet sich bei *Giesen* (Fn. 38). Am 1.7.2011 wurde eine Empfehlung (wissenschaftliche Begründung) des Ärztlichen Sachverständigenbeirats betr. eine BK »Larynxcarcinom durch intensive und mehrjährige Exposition gegenüber schwefelsäurehaltigen Aerosolen« abgegeben (GMBL 2011, 502); zuletzt hat der Ärztliche Sachverständigenbeirat eine Empfehlung zu einer BK »Hautkrebs durch UV-Licht« vom 1.7.2013 abgegeben (abgedruckt etwa in: *Dermatologie in Beruf und Umwelt*, 2013 (61), 52. Umgesetzt in neue Listen-Bken wurden diese Empfehlungen bislang nicht.

41 Beispielsweise hat der Ärztliche Sachverständigenbeirat bereits am 1.10.2005 eine wissenschaftliche Begründung zur BK Nr. 2112 »Gonarthrose« vorgelegt (BArBl. 10/2005, S.46). Eine solche Veröffentlichung ist insb. für die Sozialgerichtsbarkeit von Bedeutung, liegt doch spätestens im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Empfehlung des Sachverständigenbeirats die »BK-Reife« einer entsprechenden Krankheit vor (s. hierzu noch unter II. 4.). Die Einfügung der neuen BK Nr. 2112 »Gonarthrose« in die Liste erfolgte dann durch die zweite VO zur Änderung der BKV vom 11.6.2009 (BGBl. I, S. 1273), mithin gut vier Jahre nach der Empfehlung. Die VO enthält wiederum eine amtliche Begründung, bei der BK Nr. 2112 etwa abgedruckt in BR-Drucks. 242/09, S. 16.

42 23.3.1999 – B 2 U 12/98 R – SozR 3-2200 § 551 Nr. 12. Die Position des LSG Niedersachsen-Bremen, das sich gegen die Erhebung von Volkskrankheiten zu BKen wandte, erläutern *Schulte/Wilde*, SGB 2004, 599.

leitet<sup>43</sup>, dass sich die Rechtsprechung etwa einer neuen Listen-BK betreffend psychische Erkrankungen nicht verschließen würde, jedenfalls unter dem Aspekt der Überschreitung des Regelungsermessens des Verordnungsgebers. Es besteht daher – was oftmals übersehen wird – bereits *de lege lata* ein erheblicher Gestaltungsspielraum bei der Normierung von BKen, gerade wegen der Schwierigkeiten medizinische Standards und Erkenntnisse konsensuell festzustellen. Hinter der »Autorität« des Ärztlichen Sachverständigenbeirats kann sich ein »politisch« denkender Verordnungsgeber jedenfalls auch juristisch nicht verstecken.

- (2) Folglich stellt sich im Umkehrschluss aber die zweite Frage, ob der Verordnungsgeber handeln muss, wenn sich tatsächlich einmal die medizinische Evidenz so verdichtet haben sollte, dass die Kriterien des § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII zweifelsfrei erfüllt sind. Hierzu hat das BSG klargestellt, dass durch die Ermächtigungsgrundlage des § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII »dem Verordnungsgeber ein Beurteilungsspielraum eingeräumt wird, der wiederum durch die Verpflichtung begrenzt wird, bei Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigung die entsprechenden Krankheiten als Berufskrankheiten zu bezeichnen.«<sup>44</sup> Obwohl dies vordergründig in Widerspruch zu der soeben getroffenen Aussage steht, der Verordnungsgeber habe auch bei Vorliegen geringerer medizinischer Erkenntnisse den Spielraum, dennoch eine Listen-BK zu formulieren, ist auch diese Aussage des BSG zutreffend<sup>45</sup>. Nach § 38 SGB I besteht für den Bürger auf Sozialleistungen ein Rechtsanspruch, soweit nicht die Normen der besonderen Teile des SGB – wie das SGB VII – Ermessen einräumen. Die gesamte Normstruktur des § 9 SGB VII und auch weitgehend des sich an die Feststellung des Versicherungsfalls der BK anschließenden Leistungsrechts räumen den Unfallversicherungsträgern kein Ermessen ein. Der Verordnungsgeber würde damit sein »Ermessen« dahingehend ausüben, dass er sehenden Auges auf die Umsetzung einer Listen-BK verzichtet, auf deren Normierung der betroffene Versicherte aber zumindest mittelbar einen »Rechtsanspruch« hätte und die er nach dem Sinn und Zweck des SGB (vgl. auch § 1 SGB I) auch normieren müsste. Würde der Verordnungsgeber tatsächlich so handeln, so könnte hier in der Tat die von der IG Metall ins Spiel gebrachte Idee aufgegriffen werden, den Gedanken eines Anspruchs des Versicher-

ten bei »Systemversagen« aus der Rechtsprechung zum SGB V auch ins SGB VII zu übertragen<sup>46</sup>.

## 2. Das Listensystem der Anlage 1 der BKV und der Vorbehalt des Gesetzes

Letzterer Gedanke erscheint auch deswegen zwingend, weil – abgesehen von dem Ausnahmefall des § 9 Abs. 2 SGB VII – mit der Aufnahme einer BK in die Liste der Anlage 1 der BKV die Möglichkeit einer Anerkennung und Entschädigung einer BK in der Rechtswirklichkeit steht und fällt. Das juristische Denken ist immer davon geprägt, für den zu beurteilenden Lebenssachverhalt eine passende Norm (ein Gesetz) zu finden. Geprüft wird dann, ob der Sachverhalt unter die Norm »passt« (sog. Subsumtion). Ohne Norm dürfen Rechtsfolgen in der Regel nicht ausgesprochen werden. Im Sozialrecht hat dabei der Grundsatz des »Vorbehalts des Gesetzes« in § 31 SGB I eine besonders prominente Ausprägung gefunden: »Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbooks dürfen nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt«. Dies bedeutet, dass etwa ein Verwaltungsträger nicht aufgrund subjektiver Überzeugung oder Mitleid oder aus anderen Beweggründen einem Geschädigten oder dessen Hinterbliebenen Leistungen zusprechen darf, sondern nur, wenn eine Rechtsgrundlage für eine zusprechende Entscheidung vorliegt. Das über die Ermächtigungsgrundlage in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII gesteuerte Recht der BKen ist in der Bundesrepublik daran fixiert, dass BKen – wenn die soeben unter 1. diskutierten Voraussetzungen der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaften vorliegen – in konkrete Listen-BKen mit einer konkreten Ordnungsnummer in der Anlage 1 der BKV umgesetzt werden<sup>47</sup>. Andernfalls ist die Anerkennung einer BK im Einzelfall nicht

<sup>43</sup> Spellbrink, WzS 2012, 259 und SGB 2013, 154.

<sup>44</sup> BSG, 18.3.2003 – B 2 U 13/02 – SozR 4-2700 § 9 Nr. 1, Rn. 15.

<sup>45</sup> Kritisch hierzu allerdings *Brandenburg* in seiner Urteilsanmerkung in SGB 2004, 70.

<sup>46</sup> Vgl. Fn. 7; zum Systemversagen vgl. nur BSG, 7.5.2013 – B 1 Kr 44/12 R – SozR 4-2500 § 13 Nr. 29.

<sup>47</sup> Genau dies ist der Grund, warum es keinen Ermessenspielraum zum Nicht-Handeln für den Verordnungsgeber gibt, wenn denn die gesetzlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII feststellbar sind. Ein Nicht-Handeln käme hier einer Leistungsverweigerung bei bestehendem Rechtsanspruch des Bürgers gleich. Im Übrigen dürfte mit einer bewussten Entscheidung des Verordnungsgebers, einen bestimmten Sachverhalt nicht zur Listen-BK zu machen, auch jede Entschädigung als Wie-BK ausscheiden, da dann keine »neuen Erkenntnisse« iS. dieser Norm mehr vorliegen, die den Verordnungsgeber eigentlich zum Handeln hätten zwingen müssen.

möglich. Das bundesdeutsche Recht verzichtet damit auch bewusst auf eine (subsidiäre oder grundlegende) Generalklausel, ebenso wie auf jegliche Härtefallklausel, die § 9 Abs. 2 SGB VII eben gerade nicht darstellt<sup>48</sup>.

Aufgrund des Vorbehalts des Gesetzes iVm. dem härtefalllosen Listensystem der BKV ist es beispielsweise de lege lata kaum möglich, das Problem der *Synkanzerogenese*<sup>49</sup> in den Griff zu bekommen. An gefahrstoffbelasteten Arbeitsplätzen ist der Beschäftigte selten nur einer Noxe ausgesetzt. Häufig kommt es zur gleichzeitigen oder sukzessiven Exposition durch mehrere toxische oder krebserzeugende Stoffe, mitunter auch zusätzlich zu einer Belastung mit krebserzeugender Strahlung. In der medizinischen Wissenschaft wird diesem Phänomen der multikausal oder multifaktoriell ausgelösten Krebserkrankung unter dem Leitbegriff der *Synkanzerogenese* Rechnung getragen. Das Recht der BKen regelt demgegenüber im Wesentlichen die gesundheitlichen Folgen von einzelnen Noxen »monokausal« und hat auch von dieser systematischen Anlage her Schwierigkeiten, das Problem der multikausalen Verursachung in »den Griff« zu bekommen. Soweit einzelne Listen BKen explizite Grenzwerte normieren, werden diese Grenzwerte der Einwirkung für den einzelnen Stoff hier zumeist nicht erreicht (es haben ja gerade viele Noxen zusammengewirkt). Bei Listen-BKen ohne Grenzwert stellt sich die Frage, wie inkrementelle Einwirkungsgrößen zu beurteilen sind<sup>50</sup>. Die Schaffung neuer »Kombinations- BKen« analog der Erfindung neuer Grundrechte (»iVm.«) durch das BVerfG hat das BSG für das BK-Recht strikt abgelehnt<sup>51</sup>. Es hat klargestellt, dass es dem Bundesrecht widerspricht, wenn die Verwaltung oder die Gerichte Tatbestände mehrerer Listen-BKen zu einer neuen Gesamt-BK verbinden. Zur Bezeichnung einer neuen (Listen-)BK ist nach § 9 Abs. 1 SGB VII nur die Bundesregierung als Verordnungsgeberin ermächtigt und neben diesem Listenprinzip gibt es nur die sog. Öffnungsklausel unter den eingeschränkten Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 SGB VII (siehe hierzu noch unter II. 4.). Der Verordnungsgeber hat mit der Schaffung des BK-Tatbestands der Nr. 4114 mit Wirkung zum 1.7.2009, der erstmals eine Erkrankung nach schädigenden Einwirkungen zweier synkanzerogen wirkender Stoffe als Versicherungsfall bezeichnet, auch deutlich gemacht, dass er durchaus die berufsbedingte Verursachung einer Erkrankung durch das Zusammenwirken verschiedener gefährdender Stoffe als BK bezeichnen kann.<sup>52</sup>

Das Hessische LSG hat dieses aus dem Vorbehalt des Gesetzes folgende Verbot der Schaffung einer neuen Kom-

binations-BK erkannt und im Falle eines synkanzerogen verursachten Krebsleidens eines Schweißers ausschließlich geprüft, ob bei dem Versicherten die BK Nr. 1103 (Chrom) vorliegt<sup>53</sup>. Allerdings sind einem solchen Vorgehen – Bestimmung einer BK zur führenden BK und Hinzuaddierung weiteren Noxen zu dieser führenden BK – enge rechtliche Grenzen gesetzt<sup>54</sup>.

### 3. Die Normstruktur der in Anlage 1 zur BKV gelisteten BKen

Schon die Auseinandersetzung mit dem Problem der Synkanzerogenese (siehe oben 2.) macht deutlich, wieso dem Recht der BKen erhebliches Misstrauen bzw. Missbehagen entgegengebracht wird. Es liegt doch für den Laien »auf der Hand«, dass das Krebsleiden eines Arbeitnehmers, der

48 Gl. hierzu noch unter IV. und zu einem Vorschlag von Spellbrink, SozSach 2013, 431, 437.

49 Hierzu Spellbrink, BPUVZ 2012, 360; ders. in DGUV (Hrsg.), Erfahrungen mit der Anwendung von § 9 Abs. 2 SGB VII (6. Erfahrungsbericht), Berlin 2013, S. 53ff., sowie Hallier, ebenda, S. 72 ff.; vgl. hierzu bereits P. Becker, MedSach 2005, 115 und Keller, SGB 2005, 205.

50 Zum einen wird nach der wohl hM. in der medizinischen Wissenschaft (vgl. Fn. 37) hier ja eine Risikoverdoppelung durch die Belastung angemahnt [vgl. oben II. 1. c)]; kritisch hierzu auch BSG, 29.11.2011 – B 2 U 26/10 R – UV-Recht Aktuell 2012, 412, zum anderen fehlt es gegenwärtig wohl an wissenschaftlichen Grundlagen, solche geringeren Risiken exakt zu bewerten; zur Frage der Expositions-Risiko-Beziehung vgl. noch unten III. 1. b).

51 Das Schleswig-Holsteinische LSG hatte versucht (13.9.2007 – L 1 U 44/03 – Breithaupt 2008, 308), das Problem der Synkanzerogenese im Falle eines Schweißers mit Lungenkrebs und dem Vorliegen mehrerer Noxen so zu lösen, dass es eine neue kombinierte BK aus mehreren Listen-BKen gebildet hat. Das BSG ist einem solchen Vorgehen bereits in seinem Urteil vom 12.1.2010 – B 2 U 5/08 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 17, Rn. 37 entgegen getreten.

52 Das BSG hat zuvor auch nicht selbst eine aus den Tatbeständen der Nr. 2108 und 2110 zusammengesetzte neue BK gebildet, sondern in dem Urteil vom 27.6.2006 – B 2 U 9/05 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 8 zum Verhältnis der »Wirbelsäulen«-BKen 2108 und 2110 lediglich dem Umstand Rechnung getragen, dass in Bezug auf die Wirbelsäulenerkrankung die Tatbestandsvoraussetzungen beider BKen (nebeneinander) vorliegen können.

53 Hessisches LSG, 31.8.2010 – L 3 U 162/05 – UV-Recht Aktuell 2011, 138. Im Ansatz richtig ist das LSG davon ausgegangen, dass aufgrund des Zusammenwirkens von Stoffen keine außergesetzliche, neue Gesamt-BK gebildet werden kann. Vielmehr ist jeweils stoffbezogen zu prüfen, ob nicht die Einwirkungen nach jeder der in Betracht kommenden BKen eine rechtlich wesentliche Teilersache für die Lungenerkrankung bilden.

54 Das BSG hat am 29.11.2009 – B 2 U 26/10 R – UV-Recht Aktuell 2012, 412, Rn. 36 ff. deutlich gemacht, dass bei einem solchen Vorgehen in keiner Weise plausibel (aufgrund wissenschaftlicher Erfahrungssätze) wird, wieso zunächst gerade Chrom eine notwendige oder hier sogar hinreichende wesentliche (Teil-) Ursache für den Lungenkrebs des Versicherten gesetzt haben soll und folglich ausschließlich die BK Nr. 1103 in Betracht komme. Letztlich ohne nachvollziehbare Begründung wurde hier Chrom als »Leitstoff« (wieso nicht Thorium oder Nickel?) gesetzt und sodann davon ausgegangen, die BK Nr. 1103 könne bejaht werden, wenn Chrom in Kombination mit allen anderen Stoffen insgesamt nach der sog. Wichmann'schen Formel zu einer Verursachungswahrscheinlichkeit von über 50 vH. führt. Insbesondere bleibt unklar, welcher in der Wissenschaft anerkannte Erfahrungssatz durch die Wichmann'sche Formel ausgedrückt wird; vgl. hierzu im Einzelnen Spellbrink (Fn. 48).

bei einem Umwelt- und Arbeitsschutzaufgaben neugierenden Arbeitgeber jahrzehntelang beim Schweißen und auch sonst multiplen Schadstoffen ausgesetzt war, »irgendwie« mit der Arbeit zu tun hat. Dennoch muss der Arbeitnehmer bzw. dessen Hinterbliebene zunächst eine explizit normierte BK finden, die auf die Erkrankung passt. Hier kommt nun als weitere Verständnisschwierigkeit die gewachsene Normstruktur der BKV zum Tragen.

## Struktur der Tatbestände der BKV



Das Problem der Synkanzerogenese im Berufskrankheitenrecht

Abbildung 1 verdeutlicht, dass die BKV in ihrer Anlage BKen auf vier unterschiedliche Arten strukturell umschreibt. Zunächst gibt es Normen, die lediglich eine Noxe definieren und keine konkrete Krankheit. Ebenso schreiben diese Normen selbst keinen Grenzwert für die Einwirkung explizit vor. Beispiele hierfür sind die unter der Überschrift »Durch chemische Einwirkungen verursachte Krankheiten« aufgelisteten Erkrankungen nach Nrn. 1101 bis 1110. Dort heißt es jeweils: Erkrankungen durch Blei (...); Erkrankungen durch Quecksilber (...); Erkrankungen durch Chrom (...) etc. Andere Nummern der Anlage 1 zur BKV nennen nur eine konkrete Erkrankung, ohne die geforderte Einwirkung zu definieren wie etwa die Nr. 2301 – Lärmschwerhörigkeit oder Nr. 2106 – Druckschädigung der Nerven. Zu einer dritten Gruppe von BK-Definitionen gehören solche mit einer exakten Definition der Noxe/Einwirkung und der Krankheit, wie etwa die Nr. 4104 – Lungenkrebs oder Kehlkopfkrebs iVm. Asbestose (...) oder bei Nachweis der Einwirkung einer kumulativen Asbestfaserstaub-Dosis am Arbeitsplatz von mindestens 25 Faserjahren. Schließlich gibt es eine einzige BK, nämlich die Nr. 4114, die eine Kombination von Einwirkungen aus Asbest und PAK berücksichtigt und in der Anlage 2 der BKV aus der Kombination der Werte zur Berechnung von Verursachungswahrscheinlichkeiten gelangt. Diese synkanzerogene BK wurde zum 1.1.2009 eingeführt.

Der Anhang 1 zur BKV führt die Berufskrankheiten in sechs Gruppen auf:

- Gruppe 1: durch chemische Einwirkungen verursachte Krankheiten,
- Gruppe 2: durch physikalische Einwirkungen verursachte Krankheiten,
- Gruppe 3: durch Infektionserreger oder Parasiten verursachte Krankheiten sowie Tropenkrankheiten,
- Gruppe 4: Erkrankungen der Atemwege und der Lungen, des Rippenfells und Bauchfells,
- Gruppe 5: Hautkrankheiten,
- Gruppe 6: Krankheiten sonstiger Ursachen.

Innerhalb dieser Gruppen werden die einzelnen BKen dann durch vierstellige Ordnungsziffern bezeichnet. Interessanterweise zeigt sich auch schon in den Gruppenüberschriften, dass die BKV zum einen Einwirkungen (Gruppen 1 bis 3) zum anderen Erkrankungen (Gruppen 4–6) in den Vordergrund stellt. Damit ergibt sich für den Laien das Problem, dass er zunächst entweder nach einer konkreten Umschreibung seiner Gesundheitsstörung in der Liste<sup>55</sup> oder nach der Einwirkung suchen muss, die seine Krankheit verursacht haben könnte. Nennt eine BK-Definition nur einen Stoff, ohne Benennung der Krankheit, so handelt es sich um einen sog. »offenen« BK-Tatbestand, bei dem die Anforderungen an die (eben nicht definierte) Gesundheitsstörung [wie oben II. 1. a) ausgeführt] nicht zu hoch angesetzt werden dürfen.

Nach der Formulierung im Normtext der Ermächtigungsnorm des § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII müssten in der Anlage 1 zur BKV eigentlich Krankheiten bzw. Krankheitsbilder exakt definiert werden, die durch besondere Einwirkungen verursacht wurden. Ermächtigungskonform sind daher eigentlich nur BKen des Typus: »Konkrete Einwirkung – konkreter Erfolg«. Diese erleichtern auch dem Rechtsanwender die Arbeit, ist doch, wenn der in der BKV jeweils explizit definierte Einwirkungsgrenzwert überschritten ist, auch im Einzelfall regelmäßig davon auszugehen, dass die Kausalitätsbeziehung Einwirkung – Erkrankung vorliegt. So hatte das BSG<sup>56</sup> im Falle eines Stark-Rauchers, bei dem der von der BK Nr. 4104 (Lungenkrebs in Verbindung mit Asbeststaublungenerkrankung) geforderte Nachweis der Einwirkung

<sup>55</sup> Und dann etwa feststellen wird, dass die Anlage 1 zur BKV keine einzige psychische Erkrankung explizit nennt.

<sup>56</sup> BSG, 30.1.2007 – B 2 U 15/05 R – SozR 4- 5671 Anl. 1 Nr. 4104 Nr. 2.

einer kumulativen Asbestfaserstaubdosis am Arbeitsplatz von mindestens 25 Faserjahren vorlag, klaggestellt, dass wenn der Verordnungsgeber wie im Fall der Nr. 4104 Anl. 1 BKV die Voraussetzungen für das Vorliegen einer Berufskrankheit durch Vorgabe präziser Kriterien (hier: Einwirkung einer berufsbedingten Asbestfaserstaub-Dosis von mindestens 25 Faserjahren) selbst festlegt, die Vermutung besteht, dass, wenn diese Kriterien erfüllt sind, die betreffende Krankheit auch im Einzelfall durch die berufsbedingte Schadstoffexposition verursacht wurde.<sup>57</sup>

Die meisten Listen-BKen verschieben aber durch ihre unpräzise gefassten Tatbestände das Problem auf die Rechtsanwendung und insbesondere die Rechtsprechung. Diese hat – insofern besteht jedenfalls Konsens – bei nicht exakt definierten Grenzwerten jeweils das aktuelle medizinische Wissen über Kausalbeziehungen im Zeitpunkt der letzten Tatsachenentscheidung zugrunde zu legen<sup>58</sup>. Dies gilt auch insbesondere bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe bzw. Definitionen wie etwa der »Einwirkung« langjähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten in der BK 2108. Gerade zu letzterer BK hat das BSG mehrfach betont, dass diese unbestimmten Rechtsbegriffe jeweils anhand der neuesten wissenschaftlichen Erkenntnisse auszulegen sind und von den Verwaltungsträgern zugrunde gelegte Dosismodelle nach unten korrigiert<sup>59</sup>. Im Ergebnis legt damit die Rechtsprechung<sup>60</sup> letztverbindlich den normativen Gehalt aller der Listen-BKen fest, die nicht vom Typus »konkrete Einwirkung – konkrete Erkrankung« sind, und das sind die meisten BKen.

Das BSG hat aber unter dem Gesichtspunkt des rechtsstaatlichen Bestimmtheitsgebots bestehende Zweifel an der BKV bzw. der Normstruktur der in der Anlage 1 definierten BKen verworfen<sup>61</sup>. Dabei hat es sich allerdings jeweils auf die Frage konzentriert, ob § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII eine iSd. Art 80 Abs. 1 S. 2 GG hinreichende Ermächtigungsgrundlage enthält<sup>62</sup>, was zweifelsohne der Fall sein dürfte. Dies beantwortet aber nicht die weitergehende verfassungsrechtliche Frage, ob die diffuse Normstruktur der Anlage 1 der BKV insgesamt für den sozialversicherten Bürger unter dem Gesichtspunkt der Normenklarheit hinzunehmen ist. Jedenfalls ist nach Überzeugung des Verfassers ein Teil des diagnostizierbaren Unbehagens am BK-Recht auch dieser unklaren und den Erwartungen des common sense zuwiderlaufenden Normstruktur geschuldet, die auch unter Gesichtspunkten einer Normästhetik nicht zu befriedigen vermag.

Schließlich enthält § 9 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 SGB VII eine weitere Ermächtigung an die Bundesregierung zu bestimmen, dass die in die Liste aufzunehmenden Krankheiten nur dann BKen sind, wenn sie zur Unterlassung aller Tätigkeiten geführt haben, die für die Entstehung, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder sein können. Da die Vorgängervorschrift des § 9 SGB VII, der § 551 Abs. 1 RVO, keine Regelung zum Unterlassungszwang enthielt, hat

57 Diese Vermutung wird nicht dadurch widerlegt, dass der Versicherte auch außerberuflich als Raucher Einwirkungen ausgesetzt war, die eine derartige Krankheit (Lungenkrebs) hervorrufen können. Umgekehrt gilt natürlich auch, dass bei Unterschreiten einer solch explizit geforderten Einwirkungsgröße wie der 25 Faserjahre die entsprechende BK 4104 nicht vorliegen kann. Dies ist insb. ein Problem der Feststellung des Vorliegens des Versicherungsfalls im Einzelfall; vgl. hierzu unter III. 1.

58 So beispielsweise bei der Feststellung, wie die Wendung »in der Regel 100 Feinstaubjahre« in BK Nr. 4111 auszulegen ist; 15.9.2011 – B 2 U 25/10 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 4111 Nr. 3; vgl. auch. BSG, 9. 5. 2006 – B 2 U 1/05 R – SozR 4-2700 § 8 Nr. 17 und 27. 6.2006 – B 2 U 20/04 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 7 Rn. 18.

59 So hat das BSG am 30.10.2007 – B 2 U 4/06 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 2108 Nr. 5 Rn. 20 ff. klargestellt, dass die vom MDD (Mainz-Dortmunder-Dosis-Modell) vorgegebenen Orientierungswerte im Lichte neuer wissenschaftlicher Erkenntnisse modifiziert werden müssen. Bezüglich der BK Nr. 2108 hatte das BSG bereits in seinen früheren Urteilen darauf hingewiesen, dass das MDD im Hinblick auf die an seinen wissenschaftlichen Grundlagen und seinem Berechnungsmodus geäußerte Kritik der weiteren Überprüfung bedarf und insb. auf die damals laufende, aber noch nicht abgeschlossene »Deutsche Wirbelsäulenstudie« (...) verwiesen. Die Ergebnisse dieser Untersuchung deuten darauf hin, dass auch unterhalb der Orientierungswerte nach dem MDD ein erhöhtes Risiko für bandscheibenbedingte Erkrankungen der LWS bestehen kann. Im Ergebnis hat das BSG sodann den unteren Grenzwert, bei dessen Unterschreitung nach gegenwärtigem Wissensstand ein Kausalzusammenhang zwischen beruflichen Einwirkungen und bandscheibenbedingter Erkrankung der Lendenwirbelsäule ausgeschlossen und deshalb auf einzelfallbezogene medizinische Ermittlungen verzichtet werden kann, auf die Hälfte des im MDD vorgeschlagenen Orientierungswertes für die Gesamtbelastungsdosis von 25 x 10 6 Nh herabgesetzt.

60 Instruktiv insoweit BSG, 4.7.2013 – B 2 U 11/12 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 2109 Nr. 1 zur Auslegung der BK Nr. 2109 und den Anforderungen an die Einwirkung/Tätigkeit (siehe hierzu noch unter III. 1.).

61 BSG, 4.7.2013 (Fn. 60), 30.1.2007 (Fn. 56) und 18.3.2003 – B 2 U 13/02 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 1.

62 Insbesondere am 18.3.2003 (Fn. 43) hat das BSG in Rn. 16 ff. klargestellt, es deute nichts darauf hin, dass die Regelungen im Widerspruch zu dem in Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG speziell für Ermächtigungsgrundlagen von Rechtsverordnungen normierten Bestimmtheitsgebot stehen, demzufolge bereits Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung durch das »formelle« Gesetz bestimmt sein müssen. (...) Auch in dieser Hinsicht hielt das BSG an seiner bisherigen, hierzu ergangenen Rechtsprechung (BSG, 23.3.1999 – B 2 U 12/98R – SozR 3-2200 § 551 Nr. 12; BSG, 10.8. 1999 – B 2 U 11/99 R – USK 99138; S. auch BSG, 2.5.2001 – B 2 U 16/00R – SozR 3-2200 § 551 Nr. 16) fest. Der Inhalt der seinerzeit maßgebenden Ermächtigungsnorm des § 551 Abs. 1 S. 3 RVO, der im Wesentlichen von der entsprechenden Neuregelung in § 9 Abs. 1 SGB VII übernommen wurde, erschließt sich ohne weiteres durch den Wortlaut und schließt als solcher nicht die Normierung der in Nr. 2108 der Anlage zur BKV bezeichneten BK aus. Es entspricht dem Zweck der Ermächtigung, solche Krankheiten dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung zu unterstellen, die wesentlich durch die versicherte Tätigkeit mit verursacht und daher vom Schutzgedanken der Unfallversicherung mit erfasst sind. Im Folgenden betont das BSG dann zutreffend den auch hier vertretenen Gestaltungsspielraum des Verordnungsgebers bei der Normierung neuer BKen [vgl. oben II. 1. d)].

der Gesetzgeber des SGB VII mit der Aufnahme dieser Ermächtigungsnorm auf die Kritik an der Praxis des früheren Verordnungsgebers reagiert<sup>63</sup>. Das Tatbestandsmerkmal »Unterlassung« in den einzelnen Tatbeständen der Listen-BKs dient im Wesentlichen zwei Zwecken: Zum einen sollen Bagatell-Erkrankungen, die eine Aufgabe der schädigenden Tätigkeit nicht rechtfertigen und für deren Schutz durch die GUV kein Erfordernis gesehen wird, aus der Entschädigung durch die GUV ausgenommen, zum anderen soll aus Gründen der Prävention verhindert werden, dass der Versicherte seine Gesundheit durch ein Verbleiben am Arbeitsplatz weiter schädigt.<sup>64</sup> Dieser Unterlassungszwang kann vom Verordnungsgeber aber nur dann in den Tatbestand einer Listen-BK aufgenommen werden, als damit diesen beiden Zielen Rechnung getragen werden soll. Ansonsten fehlt es, insbesondere unter Berücksichtigung des verfassungsrechtlichen Gebots der Gleichbehandlung, an einer Rechtfertigung für diese Einschränkung<sup>65</sup>. Ua. diese Bedenken haben in der Rechtsprechung zu einer teleologischen Reduktion der einen Unterlassungszwang normierenden BK-Tatbestände<sup>66</sup> idS. geführt, dass eine Anerkennung der BK auch zu erfolgen hat, wenn die Gefahr für den Versicherten durch Präventionsmaßnahmen beseitigt werden kann, wenn zuvor eine Mde von mindestens 10 vH. bestanden hat<sup>67</sup>.

#### 4. Voraussetzungen der Anerkennung einer Krankheit als »Wie-BK«

##### a) § 9 Abs. 2 SGB VII keine allgemeine Härtefallklausel

Ist eine konkrete Erkrankung oder eine konkrete Einwirkung nicht in einem der Tatbestände der Anlage 1 der BKV enthalten, so verbleibt für den Betroffenen nur noch die Möglichkeit, die Anerkennung einer Wie-BK zu erstreiten. Nach § 9 Abs. 2 SGB VII haben die Unfallversicherungsträger eine Krankheit, die nicht in der BKV bezeichnet ist oder bei der die dort bestimmten Voraussetzungen nicht vorliegen, wie eine BK (Wie-BK) als Versicherungsfall anzuerkennen, sofern im Zeitpunkt der Entscheidung nach neuen Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft die Voraussetzungen für eine Bezeichnung nach § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII erfüllt sind. Diese »Öffnungs-oder Ergänzungsklausel« des § 9 Abs. 2 SGB VII soll aber – wie bereits betont – nur die Regelungslücken in der BKV schließen, die sich aus den zeitlichen Abständen zwischen den Änderungen

der BKV ergeben. Die Regelung ist gerade keine allgemeine Härtefallklausel, für deren Anwendung es genügen würde, dass im Einzelfall arbeitsbedingte Einwirkungen die rechtlich wesentliche Ursache einer nicht in der BK-Liste bezeichneten Krankheit sind<sup>68</sup>. Vielmehr soll die Anerkennung einer Wie-BK nur erfolgen, wenn die Voraussetzungen für die Aufnahme der betreffenden Einwirkungs-Krankheits-Kombination in die Liste der BKs (vgl. § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII) erfüllt sind, der Verordnungsgeber aber noch nicht tätig geworden ist, was den – bereits dargestellten – aufwendigen Zeitabläufen bis zur Anerkennung einer Listen-BK geschuldet ist.

Der Versicherungsfall einer Wie-BK ist eingetreten, wenn neben den Voraussetzungen der schädigenden Einwirkungen aufgrund der versicherten Tätigkeit, der Erkrankung und der haftungsbegründenden Kausalität im Einzelfall auch die Voraussetzungen für die Aufnahme der betreffenden Einwirkungs-Krankheits-Kombination in die Liste der BKs nach neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen erfüllt sind. Der Versicherungsfall der Wie-BK lässt sich zwar nachträglich feststellen, er ist aber objektiv zu dem Zeitpunkt eingetreten, zu dem die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 SGB VII gegeben sind<sup>69</sup>. Hier muss Rechtsprechung – zumal höchstgerichtliche – natürlich immer offen bleiben für neue Entwicklungen/Tendenzen der medizinischen Wissenschaften und es bleibt die Frage, ob neue Erkenntnisse gerade über die Einwirkung von Kom-

63 Vgl. BSG, 26. 1. 1978 – 2 RU 27/77 – Breithaupt 1979, 228; BSG, 22. 3. 2011 – B 2 U 4/10 R – SGB 2012, 413, Rn. 37 ff. mit Anm. von Römer/Brandenburg.

64 BSG, 22. 3. 2011 – B 2 U 4/10 R – SGB 2012, 413 mit Anm. von Römer/Brandenburg; BSG, 23. 3. 1999 – B 2 U 12/98 R – SozR 3-2200 § 551 Nr. 12; BSG, 9. 12. 2003 – B 2 U 5/03 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 5101 Nr. 1; Pöhl, BG 2000, 475; P. Becker, Der Unterlassungszwang bei Berufskrankheiten, 2003, S. 81 ff.

65 P. Becker, in: Becker ua. (Fn.17), § 9 Rn. 83.

66 Die Aufgabe der schädigenden Tätigkeit ist Tatbestandsvoraussetzung bei den folgenden BKs der Anlage 1: Nr. 1315 (Erkrankungen durch Isocyanate), Nr. 2101 (Erkrankungen der Sehenscheiden), Nr. 2104 (vibrationsbedingte Durchblutungsstörungen), Nr. 2108 (bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch langjähriges Heben oder Tragen schwerer Lasten), Nr. 2109 (bandscheibenbedingte Erkrankungen der Halswirbelsäule durch langjähriges Tragen schwerer Lasten), Nr. 2110 (bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule durch Ganzkörperschwingungen), Nr. 4301 (durch allergisierende Stoffe verursachte obstruktive Atemwegserkrankungen), Nr. 4302 (durch chemisch irritative oder toxisch wirkende Stoffe verursachte obstruktive Atemwegserkrankungen) und Nr. 5101 (schwere oder wiederholte rückfällige Hauterkrankungen).

67 Hierzu noch unter III. 1. c).

68 Vgl. BSG, 30. 1. 1986 – 2 RU 80/84 – SozR 2200 § 551 Nr. 27; zuletzt BSG, 18.6.2013 – B 2 U 6/12 R – BSG SozR 4-2700 § 9 Nr. 22.

69 Vgl. noch zu § 551 Abs. 1 S. 2 RVO: BSG, 2. 12. 2008 – B 2 KN 1/08 U R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 12, Rn. 23.

binationen bestimmter Stoffe auf bestimmte Krankheiten übersehen wurden.<sup>70</sup>

Das BSG hatte in letzter Zeit Gelegenheit zu den Voraussetzungen einer Wie-BK gem. § 9 Abs. 2 SGB VII Stellung zu nehmen, als psychische Erkrankungen als Wie-BK geltend gemacht wurden<sup>71</sup>. Bei der Prüfung des Anspruchs eines Entwicklungshelfers auf Anerkennung seiner Posttraumatischen Belastungsstörung (PTBS) als Wie-BK hat es das BSG zumindest für möglich erachtet, dass die spezifische Gruppe der Entwicklungshelfer besonderen Belastungen ausgesetzt ist. Die »besondere Personengruppe«, die nach § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung besonderen Einwirkungen ausgesetzt gewesen sein muss, darf nicht vorab nach gesetzesfremden Merkmalen bestimmt werden, sondern ergibt sich erst durch die Prüfungen nach § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII. Zuerst ist die Art der Einwirkungen zu ermitteln, die im Blick auf die geltend gemachte Krankheit abstrakt-generell als Ursachen in Betracht kommen können. Dann ist zu klären, ob diese abstrakt-generell einer bestimmten Art von verrichteten versicherten Tätigkeiten zuzurechnen sind. Erst aus dieser Verbindung von krankheitsbezogenen Einwirkungen und versicherten Tätigkeiten ergibt sich die abstrakt-generelle Personengruppe, die sich von der Allgemeinbevölkerung unterscheidet. An diese bestimmte Personengruppe sind keine besonderen Anforderungen hinsichtlich ihrer Größe oder sonstiger charakterisierender Merkmale zu stellen. Die Einwirkungen, denen die Personengruppe durch die versicherte Tätigkeit ausgesetzt ist, müssen abstrakt-generell nach dem Stand der Wissenschaft die wesentliche Ursache einer Erkrankung der geltend gemachten Art sein. Dabei ist zu klären, ob nach wissenschaftlichen Methoden und Überlegungen belegt ist, dass bestimmte Einwirkungen generell bestimmte Krankheiten verursachen<sup>72</sup>.

Das BSG hat weiterhin den Anspruch eines Legasthenikers auf Anerkennung einer sekundären Neurotisierung als Wie-BK aufgrund falscher Schulpädagogik – hier Unterlassen einer behinderungsgerechten Förderung – abgelehnt<sup>73</sup>. Es hat bereits die Feststellbarkeit eines generellen Ursachenzusammenhangs [hierzu insb. II. 1. b)] zwischen den Einwirkungen, denen Schüler im Rahmen ihres Besuchs von allgemeinbildenden Schulen ausgesetzt sind, und psychischen Erkrankungen verneint, weil wissenschaftliche Erkenntnisse, nach denen die Ausgestaltung des Schulunterrichts an allgemeinbildenden Schulen ein gegenüber der

Allgemeinbevölkerung erhöhtes Risiko der Schüler zur Folge habe, psychisch zu erkranken, nicht erkennbar seien<sup>74</sup>.

Auch hier zeigt sich wieder die Problematik der Definition und Feststellbarkeit der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft. Das BSG hat es in diesem Zusammenhang am 18.6.2013 jedenfalls abgelehnt, die aus der sog. Schulter-Kinn-Zange resultierenden Wirbelsäulenbeschwerden von Berufsmusikern als Wie-BK anzuerkennen und auf das Fehlen von entsprechenden epidemiologischen Studien hingewiesen.<sup>75</sup> Zugleich hat es aber in Anknüpfung an frühere Rechtsprechung einen »minderen Standard« des ärztlichen Wissens für zulässig erklärt, zumindest in den Fällen seltener Erkrankungen, die epidemiologische Studien mit großen Zahlen nicht zulassen. Fehlt es an einer im Allgemeinen notwendigen langfristigen zeitlichen Überwachung von Krankheitsbildern, da aufgrund der Seltenheit einer Erkrankung medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse durch statistisch abgesicherte Zahlen nicht erbracht werden können, kommt nach dieser Rechtsprechung ausnahmsweise auch ein Rückgriff auf Einzelfallstudien, auf Erkenntnisse aus anderen Staaten und auf frühere Anerkennungen entsprechender Erkrankungen, auch in der ehemaligen DDR, in Betracht<sup>76</sup>.

In der Praxis der Unfallversicherungsträger scheint ebenfalls nicht immer der Standard umfassender epidemiologischer Erkenntnisse als Basis des Vorliegens medi-

70 In den vom BSG entschiedenen Fällen synkanzerogen erzeugter Krebserkrankungen kam es dem Gericht mithin zu Recht entscheidend darauf an, ob es spätestes zum Zeitpunkt des Todes des jeweiligen Versicherten wissenschaftliche Erkenntnisse gab, nach denen die Erkrankung Lungenkrebs, wenn sie durch die Einwirkungen von Chrom-VI und nickeloxidhaltigen Schweißrauchen, zinkchromathaltigen Tröpfchenaerosolen, Asbest und ionisierenden Thorium-Verfallsprodukten gemeinsam verursacht worden ist, die Voraussetzungen für eine Aufnahme in die BKV erfüllte. Das Vorliegen dieser Voraussetzung hat das BSG verneint, vgl. BSG, 29.11.2011 – B 2 U 26/10 R – UV-Recht Aktuell 2012, 412, Rn. 25 ff.; BSG, 12.1.2010 (Fn.50), Rn. 32 mwN. aus der wissenschaftlichen Literatur.

71 Eine Listen-BK »psychische Erkrankungen« gibt es ja gerade nicht. Vgl. BSG, 20. 7. 2010 – B 2 U 19/09 – UV-Recht Aktuell 2010, 1297 PTBS eines Entwicklungshelfers als Wie-BK; BSG, 27.4. 2010 – B 2 U 13/09 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 18 sekundäre Neurotisierung aufgrund falscher Schulpädagogik; vgl. hierzu *Spellbrink*, WzS 2012, 259.

72 Das ist – so das BSG am 20.7.2010 – B 2 U 19/09 – UV-Recht Aktuell 2010, 1297, Rn. 23 ff. anzunehmen, wenn die Mehrheit der medizinischen Sachverständigen, die auf den jeweils in Betracht kommenden Gebieten über besondere Erfahrungen und Kenntnisse verfügen, zu derselben wissenschaftlich fundierten Meinung gelangt.

73 BSG, 27. 4. 2010 – B 2 U 13/09 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 18.

74 BSG (Fn. 72), Rn. 29, 30.

75 BSG, 18.6.2013 – B 2 U 6/12 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 22.

76 BSG, 4.6.2002 – B 2 U 20/01 R – juris, Rn. 22 mwN.; BSG, 14.11.1996 – 2 RU 9/96 – SozR 3-2200 § 551 Nr. 9, 21; zuletzt BSG, 18.6.2013 – B 2 U 6/12 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 22; vgl. auch noch unter IV.

zinischen Erfahrungswissens in voller Konsequenz durchgehalten zu werden. So zeigt Praefke<sup>77</sup> in ihrem Bericht über die anerkannten BKen nach § 9 Abs. 2 SGB VII auf, dass in den Jahren 2005 bis 2011 insgesamt 253 Erkrankungsfälle nach dieser Norm anerkannt wurden, davon 129 Krebserkrankungen. Unter den sonstigen Anerkennungen findet sich etwa der Ermüdungsbruch des 3. Mittelfußknochens durch eine Tänzerin oder die Ellenbogengelenksarthrose beidseits eines Großtierarztes. Letzteres zeigt, dass im Einzelfall – aus welchen Gründen auch immer – durchaus Anerkennungen nach § 9 Abs. 2 SGB VII erfolgen können, die bei einer Subsumtion »lege artis« eigentlich nicht erfolgen dürften. Hieraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass die Verwaltungsträger bei der Anwendung des § 9 Abs. 2 SGB VII generell einen minderen medizinischen Standard anlegen, bzw. die Norm faktisch als Härtefallklausel auslegen würden.

#### b) Die »Neuheit« medizinischer Erkenntnisse

Eine Anerkennung nach § 9 Abs. 2 SGB VII darf nur auf »neue« medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse gestützt werden. Da es Sinn der Öffnungsklausel ist, die langen Zeiträume zwischen den jeweiligen Änderungen der BKV zu überbrücken, ist grundsätzlich der Zeitpunkt der jeweils letzten Änderung der BK-Liste maßgeblich für die Beurteilung, ob es sich um »neue« Erkenntnisse handelt<sup>78</sup>. »Neu« sind die Erkenntnisse folglich immer dann, wenn sie bei Erlass der letzten Änderungsverordnung noch nicht vorlagen<sup>79</sup>. Wie oben bereits mehrfach betont, ist aber die Frage, wann Erkenntnisse auf einer solchen Intensitätsstufe der Erkenntnis vorliegen, dass eine Umsetzung der BK als Listen-BK durch den Ordnungsgeber gerechtfertigt bzw. ggf. sogar zwingend wäre, rechtlich und tatsächlich schwer zu beantworten. Folglich müssen hier gerade deshalb auch Erkenntnisse ausreichen, die bei Erlass der letzten Änderungsverordnung zwar schon vorlagen, aber erst nach Erlass der letzten Änderungsverordnung sich zur »Berufskrankheitenreife« verdichteten, dh. allgemeine wissenschaftliche Anerkennung gefunden haben<sup>80</sup>. Auch wenn der Ordnungsgeber Erkenntnisse zwar bereits einmal geprüft hat, nach Abschluss der Prüfung aber trotz positiver Bewertung – zunächst – davon absah, diese Erkenntnisse in einem neuen oder ergänzten Listentatbestand umzusetzen, sind die Erkenntnisse jedenfalls rechtlich als »neu« zu betrachten. Dies gilt schließlich auch, wenn es sich um objektiv »alte« Erkenntnisse handelt, wenn

diese dem Ordnungsgeber aber nicht bekannt waren und daher von ihm nicht berücksichtigt werden konnten, oder aber trotz Kenntnis des Ordnungsgebers jedenfalls überhaupt nicht geprüft worden sind<sup>81</sup>.

#### c) Der Zeitpunkt des Versicherungsfalls einer Wie-BK und Probleme der Rückwirkung

Der Versicherungsfall der Wie-BK tritt zu dem Zeitpunkt ein, zu dem tatsächlich neue wissenschaftliche Erkenntnisse über die arbeitsbedingte Verursachung einer bestimmten Erkrankung sich zur sog. BK-Reife verdichtet haben. Das BSG hatte unlängst über das Begehren der Witwe eines verstorbenen Bergmanns zu entscheiden, die den Eintritt des Versicherungsfalls der Wie-BK auf einen Zeitpunkt vor dem Vorliegen neuer Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft zurückverlegt wissen wollte<sup>82</sup>, weil jedenfalls die Erkrankung des Ehemanns früher – bereits 1986 – eingetreten sei. Das BSG hat klargestellt, dass der Versicherungsfall der Wie-BK des § 9 Abs. 2 SGB VII voraussetzt, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt neue Erkenntnisse der Wissenschaft über Kausalzusammenhänge vorliegen. Erst in diesem Zeitpunkt entstehen auch mögliche Leistungsansprüche aus dem Versicherungsfall der Wie-BK. Allerdings müssen diese Kenntnisse nicht bereits zum Zeitpunkt des Eintritts der Erkrankung vorgelegen haben, der im zu entscheidenden Fall im Jahre 1986 lag. Das BSG hatte zwar bereits entschieden, neue wissenschaftliche Erkenntnisse müssten sich im Zeitpunkt der Erkrankung des Versicherten noch nicht bis zur Aufnahme in die BK-Liste verdichtet haben. Es reiche aus, wenn dies im Zeitpunkt der Entscheidung der letzten Tatsacheninstanz über den Anspruch geschehen sei<sup>83</sup>. Hieraus folgt aber noch nicht, wovon die Witwe ausging, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen des Versicherungsfalls der Wie-BK (hier der Zeitpunkt des Vorliegens neuer Erkenntnisse) gleichsam rückwirkend bereits für den Zeitpunkt des Eintritts der Krankheit fin-

77 Praefke, Auswertung der Dokumentation der Erkrankungen nach § 9 Abs. 2 SGB VII in DGVU (Hrsg.) wie Fn. 49, S. 13 ff.

78 Hierzu instruktiv *Brandenburg* in jurisPK, § 9 Rn. 120 ff.; Römer, in Hauck/Noftz, SGB VII, § 9 Rn. 39a ff.

79 BSG, 29.9.1964 – 2 RU 30/64 – BSGE 21, 296, 298.

80 BSG, 23.6.1977 – 2 RU 53/76 – BSGE 44, 90, 93; BSG, 4.8.1981 – 5a/5 RKnU 1/80 – SozR 2200 § 551 RVO Nr. 18.

81 BVerfG, 22.10.1981 – 1 BvR 1369/79 – SozR 2200 § 551 RVO Nr. 19.

82 BSG, 13.2.2013 – B 2 U 33/11 R – SozR 4 -2900 § 9 Nr. 21.

83 BSG, 14.11.1996 – 2 RU 9/96 – SozR 3-2200 § 551 Nr. 9 S 22; BSG, 4.6.2002 – B 2 U 16/01 R – juris, Rn. 17.

giert werden könnten. In dieser Entscheidung hat es das BSG im Übrigen akzeptiert, dass die Beteiligten sich in einem Vergleich darauf geeinigt hatten, dass der maßgebliche Stichtag für das Vorliegen neuer Erkenntnisse (Tag des Versicherungsfalls) auf den Tag festgesetzt wurde, an dem im Ärztlichen Sachverständigenbeirat zwei umfassende Literaturstudien vorlagen und der Sachverständigenbeirat grundsätzlich die Anerkennung einer neuen Listen-BK 4111 gefordert hatte. Zu diskutieren sei bis zur endgültigen Empfehlung des Sachverständigenbeirats, die dann erst am 4.4.1995 erfolgt ist, lediglich noch das geforderte Ausmaß der schädigenden Einwirkung gewesen<sup>84</sup>. Nachvollziehbar wird hiergegen von Seiten der Berufsgenossenschaften eingewandt, dass es angesichts der Vielzahl von Forschungsvorhaben, Studien etc. relativ schwierig sei, in dem kontinuierlichen wissenschaftlichen Erkenntnis- und Diskussionsprozess im Ärztlichen Sachverständigenbeirat eine entsprechende Zäsur zu finden bzw. zu setzen.<sup>85</sup>

Bis zum Jahre 2010 war es gängige Entscheidungspraxis, dass die Entscheidungen des Verordnungsgebers über die Aufnahme einer neuen Erkrankungsart in die BK-Liste auf der Grundlage des § 9 Abs. 1 SGB VII sachlogisch und gesetzsystematisch Vorrang hätten vor den Entscheidungen der UV-Träger und der Sozialgerichte über die Anerkennung einer Erkrankung im Einzelfall »wie« eine Berufskrankheit nach § 9 Abs. 2 SGB VII<sup>86</sup>. Daraus wurde der Schluss gezogen, dass es für die Dauer des Beratungs- und Entscheidungsprozesses des Verordnungsgebers über die Bezeichnung einer neuen BK in der BK-Liste den Beteiligten verwehrt sei, im Einzelfall positive Entscheidungen nach § 9 Abs. 2 SGB VII zu treffen. Diese »Sperrwirkung« sollte mit Aufnahme »aktiver Beratungen« des Verordnungsgebers eintreten, also mit dem Beginn der Beratungen des Entwurfs der wissenschaftlichen Begründung durch den Ärztlichen Sachverständigenbeirat beim BMAS und sodann – nach dieser mittlerweile überholten Rechtsprechung – jedenfalls für einen »sozial verträglichen« Zeitraum gelten<sup>87</sup>. Das BSG hat diese Rechtsprechung zu recht aufgegeben, nachdem das BVerfG die so postulierte Sperrwirkung verfassungsrechtlich beanstandet hatte<sup>88</sup>. Neben den Geboten der unverzüglichen Entscheidung (§ 17 SGB I) und der Gleichbehandlung (Art. 3 GG) verstößt die Annahme einer Sperrwirkung gegen den Grundsatz, dass der Versicherte eine einmal über Abs. 2 erlangte Rechtsposition auf Anerkennung seiner Erkrankung als BK und deren Entschädigung aus rechtsstaatlichen Gründen nicht durch eine spätere, in einer VO getroffenen Rege-

lung wieder verlieren kann. Es wäre daher eine gesetzliche Regelung über Beginn und Ende einer Sperrwirkung notwendig, wenn dem Verordnungsgeber nach Aufnahme von Beratungen ein Vorrang eingeräumt werden soll. Solange es eine solche gesetzliche Regelung nicht gibt, wird die Möglichkeit einer Entscheidung nach § 9 Abs. 2 SGB VII nicht durch laufende Beratungen im Ärztlichen Sachverständigenbeirat über die Schaffung einer neuen Listen-BK desselben Inhalts tangiert.

Wird eine neue BK in die Liste aufgenommen, so wird der Geltungszeitraum vom VO-Geber jeweils mit einer Rückwirkungsklausel versehen. Obwohl Rechtsänderungen grundsätzlich ex nunc wirken, wird durch Rückwirkungsklauseln in der BKV regelmäßig eine zeitliche beschränkte

84 Das BSG hat es im konkreten Fall (Fn. 82) offen gelassen, ob nicht dieser 4.4.1995 als maßgeblicher Zeitpunkt der BK-Reife zu gelten hat, weil an diesem Tage die förmliche Empfehlung des Ärztlichen Sachverständigenbeirats ausgesprochen worden war. In seinem Urteil vom 2.12.2008 (B 2 KN 1/08 U R – BSGE 102, 121 – SozR 4-2700 § 9 Nr. 12, Rn. 15) war es noch davon ausgegangen, dass angesichts der Tatsache, dass die obstruktive Bronchitis und das Lungenemphysem im Jahr 1995 noch nicht in der BKV bezeichnet worden waren, die generellen Voraussetzungen für die Bezeichnung dieser Erkrankungen als Listen-BK erst mit der Anerkennungsempfehlung des Ärztlichen Sachverständigenbeirats Berufskrankheiten vom 4.4.1995 vorlagen (vgl. Bekanntmachung des BMAS vom 1.8.1995, BArbBl.1995, Heft 10, S. 39 ff.). Das BSG hat es nunmehr ausdrücklich offengelassen, ob hieran angesichts des Ablaufs der Beratungen im Sachverständigenbeirat festzuhalten sei und ob der vom LSG festgesetzte Zeitpunkt der BK-Reife (14.9.1993) bei der chronischen obstruktiven Bronchitis und dem Emphysem von Bergleuten vorzugswürdig wäre. Denn der beklagte UV-Träger hatte diesen Zeitpunkt in einem vor dem LSG geschlossenen Vergleich selbst anerkannt und lediglich die Klägerin Revision eingelegt. Das BSG wies allerdings beiläufig darauf hin, dass der jeweilige Zeitpunkt der förmlichen Empfehlung des Sachverständigenbeirats (hier der 4.4.1995) zweifelsohne den Vorteil einer rechtssicheren Handhabung in sich trägt. Das Abstellen auf eine irgendwie geartete »Einigung« im Sachverständigenbeirat hat den Nachteil, dass ohne eine dokumentierte förmliche Beschlussfassung in dem Gremium jeweils im Einzelfall (ggf. unter Heranziehung der beteiligten Sachverständigen als Zeugen etc.) zu ermitteln ist, wann ein (an welchen Kriterien auch immer festzumachender) Konsens in dem Sachverständigenbeirat festgestellt werden kann.

85 So *Kranig*, in 6. Erfahrungsbericht (Fn. 49), S. 41, allerdings unter völliger Negierung, dass diese Handhabung durch den entsprechenden Vergleich des UV-Trägers vor dem LSG überhaupt erst anerkannt wurde.

86 BSG, 4.6.2002 – B 2 U 20/01 R – ZfS 2002, 334.

87 Damit sollte vermieden werden, dass die Versicherungsträger und Gerichte Erkrankungen nach § 9 Abs. 2 SGB VII entschädigen, die später nach Abschluss der Beratungen des Verordnungsgebers keine Aufnahme in die Liste finden. Das Konzept der Sperrwirkung brachte eine Reihe von Problemen mit sich. Es war jeweils zu entscheiden, wann genau »aktive Beratungen« begannen, insbesondere ob Erörterungen im Ärztlichen Sachverständigenbeirat dem Verordnungsgeber zuzurechnen waren, und wann diese endeten. Unklar war auch, wie lange diese Sperrwirkung aufrechterhalten werden sollte. So führte das BSG (4.6.2002 – B 2 U 20/01 R – ZfS 2002, 334) aus, dass die Sperrwirkung nur so lange gelte, wie die Beratungen aktiv betrieben würden und ein Abschluss der Beratungen innerhalb einer sozial verträglichen Zeitspanne zu erwarten sei. Dies sei weitgehend vom jeweiligen Einzelfall abhängig.

88 BSG, 27. 6. 2006 – B 2 U 5/05 R – SGB 2007, 154 mit Anm. *Rüfner*; BVerfG, 9.10.2000 – 1 BvR 791/95 – SozR 3-2200 § 551 Nr. 15 und 23.6.2005 – 1 BvR 235/00 – SGB 2006, S. 94 mit Anm. *P. Becker*.

Rückwirkung zugunsten der Betroffenen bestimmt. Dabei knüpft der Ordnungsgeber als »Stichtag« zumeist an das Datum des Inkrafttretens der jeweils zuletzt vorausgegangen Änderungsverordnung der BKV an. Zu diesem Zeitpunkt hatten dem Ordnungsgeber die medizinischen Erkenntnisse noch nicht zu einer positiven Entscheidung über die Aufnahme in die BK-Liste ausgereicht.

§ 9 Abs. 2 SGB VII kennt hingegen keine zeitliche Begrenzung. Alle Erkrankungen – gleich wann sie aufgetreten sind – müssen nach § 9 Abs. 2 SGB VII anerkannt werden, wenn die übrigen gesetzlichen Voraussetzungen zu dem Zeitpunkt vorlagen, zu dem erstmals die neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse gegeben waren. Dies erzeugt ein Spannungsverhältnis zwischen dem Zeitpunkt, zu dem nach § 9 Abs. 2 SGB VII eine BK anzuerkennen wäre und den Übergangsregelungen der (neuen) BK-Tatbestände der BK-Liste, die den Anspruch zumeist zeitlich abschneiden. Im Übergang von der Anwendung des § 9 Abs. 2 SGB VII zur Anwendung eines neu in die Anlage 1 zur BKV aufgenommenen BK-Tatbestands kann (wegen der insofern unbeschränkten Wirkung) die Anwendung des § 9 Abs. 2 SGB VII zu günstigeren Ergebnissen führen als der neue, in seiner Rückwirkung beschränkte BK-Tatbestand. In einem Verfahren betreffend eine Polyneuropathie entschied das BSG am 27.6.2006,<sup>89</sup> dass die Rückwirkungsregelung des § 6 Abs. 2 BKV nicht die zum Zeitpunkt ihres Inkrafttretens anhängigen Verfahren auf Feststellung einer Wie-BK nach § 551 Abs. 2 RVO (bzw. § 9 Abs. 2 SGB VII) erfasse. Das BSG gab damit seine frühere Rechtsprechung auf<sup>90</sup>, wonach eine wirksame Rückwirkungsvorschrift in der BKV es ausschließen sollte, für Versicherungsfälle vor dem Stichtag noch eine Entschädigung nach § 9 Abs. 2 SGB VII zuzusprechen. Das BSG machte dies davon abhängig, dass zu diesem Zeitpunkt bereits ein Antrag auf Entschädigung als »Wie-BK« gestellt war und die Voraussetzungen für eine solche Entschädigung an sich gegeben waren. Rückwirkungsklauseln erfassen mithin solche Sachverhalte nicht, bei denen ein vor

dem Inkrafttreten der Änderung der BKV gestellter entscheidungsreifer Antrag trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 SGB VII allein mit Rücksicht auf das künftige Recht abgelehnt wurde. Das BSG hat betont, dass die Versicherten bereits eine anwartschaftsähnliche Rechtsposition erlangt haben, deren nachträgliche Entziehung aufgrund von Zufälligkeiten in der Bearbeitung durch den Unfallversicherungsträger nicht gerechtfertigt wäre<sup>91</sup>. Das BVerfG hat schließlich auch die Übergangsregelung in § 6 Abs. 2 BKV zur BK Nr. 4111 gebilligt<sup>92</sup>.

*(Der Beitrag wird fortgesetzt.)*

<sup>89</sup> BSG, 27.6.2006 – B 2 U 5/05 R – SozR 4-5671 § 6 Nr. 2.

<sup>90</sup> BSG, 24.2.2001 – B 2 U 43/98 R – SozR 3-2200 § 551 Nr. 14.

<sup>91</sup> Es könne nicht darauf ankommen, ob der Anspruch im Zeitpunkt des Inkrafttretens der Rückwirkungsklausel bereits entscheidungsreif war. Der Begriff der Entscheidungsreife wirft im Einzelfall große Schwierigkeiten auf, sodass eine klare Handhabung im Feststellungsverfahren kaum durchführbar erscheint. Außerdem steht die Rückwirkungsklausel einer Anerkennung als »Wie-BK« auch dann nicht entgegen, wenn ein vor Inkrafttreten der neuen BK gestellter Antrag zunächst abgelehnt wurde, weil die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII nicht vorlagen, die spätere Prüfung aber ergibt, dass diese objektiv doch gegeben waren.

<sup>92</sup> Bei einem Bergmann aus dem Steinkohlenbergbau war die Emphysem-Bronchitis bereits spätestens im September 1992 eingetreten, die BK-Verdachtsanzeige wurde erst 2003 erstattet. Diese Krankheit wurde als BK-Nr. 4111 mit Wirkung ab 1.12.1997 in die BK-Liste aufgenommen. § 6 Abs. 1 BKV in der Fassung vom 31.10.1997 sah hierfür eine Rückwirkung vor. Danach war die Erkrankung als BK anzuerkennen, wenn der Versicherungsfall nach dem 31.12.1992 eingetreten war. Aufgrund der Stichtagsregelung lehnte die BG die BK-Anerkennung ab. Diese Entscheidung wurde in allen Instanzen bestätigt. Die Verfassungsbeschwerde gegen das Urteil des BSG, 13. 6. 2006 – B 8 KN 3/05 U R – juris, nahm das BVerfG mit Beschluss vom 30.3.2007 – 1 BvR 3144/06 – SozR 4-2700 § 9 Nr. 10 nicht zur Entscheidung an und bestätigte die bisherige Rechtsprechung, dass die Rückwirkungsklauseln bei Einführung einer BK mit dem GG vereinbar sind. Der Kläger argumentierte, die BK-Nr. 4111 liefe weitgehend leer, weil die meisten betroffenen Steinkohlebergleute bereits vor dem Stichtag an der Erkrankung gelitten hätten und neue Fälle aufgrund der verbesserten Arbeitsbedingungen unter Tage nicht zu erwarten seien. Dieses Argument hatte das BSG bereits im Urteil vom 30. 9.1999 – B 8 KN 5/98 U R – SozR 3-2200 § 551 Nr. 13 aufgegriffen und dem Ordnungsgeber aufgegeben, die Auswirkungen der Stichtagsregelung zur BK-Nr. 4111 zu beobachten. Das BVerfG stellte hierzu fest, dass die Prüfung durch den Ordnungsgeber eine Anerkennungsquote von 35 % ergeben habe und der Trend zu weniger Ablehnungen aufgrund der Stichtagsregelung gehe. Deswegen könne aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht von einer unverhältnismäßig kleinen Quote von Anerkennungen gesprochen werden. Der Ordnungsgeber sei aber frei, die bestehende Regelung durch eine für die Betroffenen günstigere zu ersetzen.

# Das Meldeversäumnis im SGB II

Dr. Bettina Weinreich, Hochschule der Bundesagentur für Arbeit, Schwerin

## I. Einführung

Die Anzahl der Sanktionen im Bereich des SGB II ist in den letzten Jahren stetig steigend, obwohl die Anzahl der Leistungsberechtigten leicht rückgängig ist. Von den im Jahr 2012 sanktionierten 1.024.621 Leistungsberechtigten entfielen 695.665 Sanktionen auf ein Meldeversäumnis beim Leistungsträger und 9.350 auf ein Meldeversäumnis beim ärztlichen oder psychologischen Dienst.<sup>1</sup> Im Jahr 2013 wurden 1.009.614 Sanktionen verhängt, wovon 726.545 ein Meldeversäumnis beim Träger und 8.456 ein sonstiges Meldeversäumnis betraf.<sup>2</sup> Damit wird diese relativ milde Sanktion überproportional häufig verhängt, was auch Spekulationen über die Gründe produziert.<sup>3</sup>

Mit Fortschreiten der 1990er Jahre kam man angesichts steigender Arbeitslosenzahlen, der Globalisierung des Arbeitsmarkt und der damit einhergehenden Probleme sowie Haushalts- und Finanzkrisen, zu der Erkenntnis, dass sich ein Sozialstaat, der wie eine »soziale Hängematte«<sup>4</sup> wirke, nicht nur auf Dauer unbezahlbar sei<sup>5</sup>, sondern sich auch überholt habe. Aus dem in Art. 20 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich statuierten Sozialstaatsprinzip folge zudem nicht das Gebot, soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang zu gewähren, sondern nur, dass der Staat verpflichtet ist, Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein seiner Bürger zu schaffen.<sup>6</sup> Durch die Hartz-Reform richtete sich das Augenmerk stärker auf den Grundsatz des Förderns und Forderns<sup>7</sup>, das heißt, in der Aktivierung des Einzelnen durch Hilfe zur Selbsthilfe. Der Gesetzesentwurf von 2003<sup>8</sup> baute auf dem Gedanken auf, dass jeder Einzelne grundsätzlich dafür verantwortlich sei, seinen Lebensunterhalt zu sichern. Nur soweit er dazu nicht in der Lage sei, habe der Staat die entsprechende Verantwortung.<sup>9</sup> So gesehen ist es konsequent, wenn sich die soziale Absicherung nicht mehr nur in der Gewährung passiver Leistungen erschöpft, sondern der Arbeitssuchende gemeinsam mit seinem Jobcenter Wege finden muss, um auf dem Arbeitsmarkt wieder Fuß zu fassen und dadurch seine Hilfebedürftigkeit ganz oder teilweise zu beseitigen. Auch wenn der Gedanke an aktivierende Sozialstaats-

modelle zum Teil heftiger Kritik ausgesetzt ist, weil damit insbesondere eine Stigmatisierung des hilfesuchenden Leistungsberechtigten einhergehen könne<sup>10</sup> und die Würde des Menschen auf der Strecke bliebe<sup>11</sup>, wird zunehmend anerkannt, dass die Gewährung steuerfinanzierter Leistungen zur Grundsicherung im Interesse der Solidargemeinschaft von dem Einsatz der Arbeitskraft des Leistungsberechtigten abhängig gemacht werden kann.<sup>12</sup> Zum Kern des in § 2 SGB II verankerten Grundsatzes des Forderns gehören auch die Sanktionen, insbesondere bei Meldeversäumnis nach § 32 SGB II.

## II. Das Meldeversäumnis

Die Regelung des § 32 SGB II hat die Verstöße gegen Meldepflichten aus der Sanktionsvorschrift des § 31 SGB II wegen arbeitsbezogener oder sonstiger Pflichtverletzungen abgekoppelt und sanktioniert alle Leistungsberechtigten gleichermaßen. So mindern sich das Arbeitslosengeld II oder das Sozialgeld bei einem Meldeversäumnis um 10 Prozent des nach § 20 SGB II maßgebenden Regelbedarfs.

1 Siehe Übersicht über die Sanktionen im Jahr 2012, <http://statistik.arbeitsagentur.de> (15.10.2014).

2 Siehe Übersicht über die Sanktionen im Jahr 2013, <http://statistik.arbeitsagentur.de> (15.10.2014).

3 Vgl. Götz/ Schreyer, IAB Kurzbericht 10/2010.

4 Vgl. Schmidt/Steinbrück, Zug um Zug, Hamburg 2011, S. 132 sowie Galuske, Der aktivierende Sozialstaat, Dresden 2004, S. 4.

5 Vgl. Trube, Vom Sozialstaat zum Konditionalstaat, S. 1, <http://www.memo.uni-bremen.de/docs/m0307.pdf> (15.10.2014).

6 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 3/09, 4/09 – NJW 2010, 505-518; LSG Baden-Württemberg, 21.10.2011 – L 12 AS 3445/11 – juris.

7 Vgl. BT-Drs. 15/1516, S. 44.

8 BT-Drs. 15/1516.

9 BT-Drs. 15/1516, S. 44.

10 Vgl. Galuske (Fn. 4), S. 12; Gorz, Arbeit zwischen Misere und Utopie, Berlin 1999, S. 114.

11 Siehe Daseking/Freier/Koitz/vom Stein/Wernick, Wer nicht spurt, kriegt kein Geld, 2. Aufl., Berlin 2009, S. 5, [http://www.sanktionsmoratorium.de/pdfs/wer\\_nicht\\_spurt\\_2\\_auf.pdf](http://www.sanktionsmoratorium.de/pdfs/wer_nicht_spurt_2_auf.pdf) (15.10.2014).

12 Siehe Berlit, ZFSH/SGB 2006, 15; von Koppenfels-Spies, NZS 2011, 3.

Dies erfordert nach § 32 SGB II tatbestandlich, dass der Leistungsberechtigte trotz schriftlicher Belehrung über die Rechtsfolgen oder deren Kenntnis einer Aufforderung des zuständigen Trägers, sich bei ihm zu melden oder bei einem ärztlichen oder psychologischen Untersuchungstermin zu erscheinen, nicht nachkommt. Dies gilt nach Satz 2 nicht, wenn Leistungsberechtigte einen wichtigen Grund für ihr Verhalten darlegen und nachweisen. Gemäß § 31b Abs. 1 S. 1 SGB II beginnt die Minderung mit Beginn des Kalendermonats, der auf das Wirksamwerden des Verwaltungsaktes folgt, der die Pflichtverletzung und den Umfang der Minderung der Leistung feststellt. Der Minderungszeitraum beträgt drei Monate, vgl. § 32 Abs. 2 S. 2, § 31b Abs. 1 S. 3 SGB II.

Sieht man einmal von der allgemeinen Diskussion über die Verfassungswidrig- oder -mäßigkeit von Sanktionen im Allgemeinen ab<sup>13</sup>, so begegnet die Regelung des Meldeversäumnisses in § 32 SGB II im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit grundsätzlich keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.<sup>14</sup> Die Leistungen des SGB II sind vom Grundsatz des Förderns und Forderns geprägt und zielen darauf ab, dass der Leistungsberechtigte alles in seiner Macht stehende tut, um unabhängig von den staatlichen Transferleistungen, die aus dem allgemeinen Steueraufkommen finanziert werden, zu leben. Darauf zielt auch die Regelung über die Meldeaufforderung ab, die in das SGB II aus dem SGB III übernommen wurde. Zwar trifft es zu, dass allgemein mit der Erfüllung einer Meldepflicht der betreffende Hilfesuchende noch nicht ohne Weiteres in Arbeit gebracht wird. Doch dieses stetige Bemühen soll durch die Ordnungsvorschrift gefördert werden und hat bei massenhafter Arbeitslosigkeit und Leistungsbezug nach dem SGB II durchaus ihren Sinn.<sup>15</sup> Die Annahme, eine Absenkung von Leistungen stelle stets einen verfassungswidrigen Eingriff in das Existenzminimum dar<sup>16</sup>, verkennt, dass auch nach dem Grundgesetz staatliche Unterstützungsleistungen nicht voraussetzungslos gewährt werden müssen.

## 1. Voraussetzungen

Die Meldeaufforderung stellt einen Verwaltungsakt im Sinne des § 31 S. 1 SGB X dar und wird demnach gemäß § 37, 39 SGB X mit der Bekanntgabe wirksam.<sup>17</sup> Bestehen Zweifel über den Zugang bzw. Zeitpunkt des Zugangs trägt die Behörde den Nachteil, wenn der Zugang bzw. dessen Zeitpunkt nicht beweisbar ist. Erscheint ein Leistungsberechtigter nicht zum Meldetermin, wird er vor der Feststellung einer Sanktion wegen eines Meldeversäumnisses angehört (vgl. § 24 SGB X).

Ihm wird damit Gelegenheit gegeben, sich zu den Gründen des Nichterscheinens zu äußern. Trägt er vor, die auf dem Postweg versandte Einladung nicht erhalten zu haben, wird das Jobcenter das Gegenteil in der Regel nicht nachweisen können. Eine Sanktion tritt in diesem Fall nicht ein.<sup>18</sup>

Bei der Verpflichtung, einen Meldetermin wahrzunehmen, handelt es sich um eine Obliegenheit des Leistungsberechtigten, die zum einen an die allgemeine Obliegenheit zum persönlichen Erscheinen und zu Untersuchungen im Rahmen des § 61 f. SGB I anknüpft, und zum anderen an die allgemeine Meldepflicht in § 309 SGB III, dessen entsprechende Anwendung der Gesetzgeber in § 59 SGB II ausdrücklich angeordnet hat und die sich als Ausformung der umfassenden Mitwirkungsobliegenheit des § 2 SGB II über die erwerbsfähigen Leistungsberechtigten hinaus auch auf Sozialgeldbezieher bezieht. Diese Obliegenheit besteht nur dann, wenn sie für die Entscheidung über die Leistungsgewährung oder über erforderliche Maßnahmen angezeigt beziehungsweise erforderlich ist.<sup>19</sup> Die Melde- und Untersuchungsaufforderung muss einem in der Aufforderung konkret bezeichneten, nach § 309 SGB III analog zulässigen Zweck dienen.<sup>20</sup> In dem Aufforderungsschreiben müssen der Ort, der Tag, die Tageszeit der Meldung hinreichend bestimmt sein und der Meldezweck zumindest stichwortartig mitgeteilt werden.<sup>21</sup> Nicht vom Meldezweck erfasst sind aufgrund objektiver Anhaltspunkte erkennbar schikanoöse Meldeaufforderungen.<sup>22</sup>

Ein Meldeversäumnis liegt vor, wenn sich der Leistungsberechtigte nicht zum richtigen Zeitpunkt am richtigen Ort

13 Vgl. Die Linke. Pressedienst vom 30.7.2013; *Kipping*, Sanktionen nach dem zweiten Buch Sozialgesetzbuch; vgl. [www.sanktionsmoratorium.de](http://www.sanktionsmoratorium.de) (15.10.2014).

14 Vgl. BSG, 25.8.2011 – B 11 AL 30/10 R – SGB 2012, 545; aA. SG Chemnitz, 6.10.2011 – S 21 AS 2853/11 – info also 2013, 72.

15 LSG Niedersachsen-Bremen, 18.12.2013 – L 13 AS 161/12 – ZFSH/SGB 2014, 110.

16 *Neskovic/Erdem*, SGB 2012, 140.

17 LSG Hessen, 20.6.2011 – L 7 AS 255/10 – juris; LSG Berlin-Brandenburg, 21.7.2011 – L 14 AS 999/11 B ER – juris.

18 S. BT-Drs. 17/14277, S. 1.

19 LSG Bayern, 19.3.2014 – L 16 AS 383/11 – juris.

20 *Berlit*, in: Münder (Hrsg.), LPK-SGB II, 2. Aufl., Baden-Baden 2007, § 32 Rn. 6, zB. Termin zur Besprechung des Bewerberangebots beziehungsweise der beruflichen Situation, LSG Bayern, 24.10.2012 – L 16 AS 389/12 – juris, sowie LSG Hamburg, 23.5.2013 – L 4 AS 74/13 – juris; Gespräch über die vereinbarten Aktivitäten der letzten Eingliederungsvereinbarung, LSG Nordrhein-Westfalen, 17.9.2013 – L 19 AS 1430/13 B – juris.

21 LSG Berlin-Brandenburg, 21.7.2011 – L 14 AS 999/11 B ER – juris.

22 *Berlit* (Fn. 20), § 32 Rn. 6.

meldet, der in der Aufforderung genannt ist. Eine verspätete Vorsprache im Eingangsbereich stellt dann keine ordnungsgemäße Wahrnehmung des Meldetermins dar, wenn es anschließend nicht zu einer Nachholung des Termins beim Arbeitsvermittler kommt.<sup>23</sup> Dabei ist das wortlose kurze Erscheinen des Leistungsberechtigten nicht als Erfüllung der Meldepflicht nach § 59 SGB II iVm. § 309 SGB III anzusehen. Für die Arbeitsförderung nach SGB III wird zwar teilweise vertreten, dass der Meldepflichtige nur ein persönliches Erscheinen schuldet<sup>24</sup>, dies soll jedoch im Bereich der Grundsicherung für Arbeitsuchende nicht gelten. Der Zweck eines Meldetermins würde mit einem derartigen passiven Verständnis der Meldepflicht vereitelt werden, und außerdem verträgt sich das passive Verständnis nicht mit dem ausgeprägten Grundsatz des Forderns in § 2 SGB II.<sup>25</sup>

## 2. Meldeversäumnis im Bereich SGB III und Sanktionierung im SGB II

Gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II verletzten erwerbsfähige Leistungsberechtigte auch dann ihre Pflichten im Rechtskreis SGB II, wenn ihr Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht, weil die Agentur für Arbeit das Eintreten einer Sperrzeit nach den Vorschriften des SGB III festgestellt hat. Nach § 159 Abs. 1 S. 1, 2 Nr. 6 SGB III tritt eine Sperrzeit ein, wenn die oder der Arbeitslose einer Aufforderung der Agentur für Arbeit, sich zu melden (§ 309 SGB III), trotz Belehrung über die Rechtsfolgen nicht nachkommt oder nicht nachgekommen ist. Dabei beträgt die Dauer einer Sperrzeit bei Meldeversäumnis gemäß § 159 Abs. 6 SGB III eine Woche.

Soweit die Agentur für Arbeit das Eintreten einer Sperrzeit festgestellt, ist der SGB II-Leistungsträger grundsätzlich an diese Feststellung gemäß § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II ohne eigene Prüfungskompetenz gebunden und insofern hat der Bescheid der Agentur für Arbeit Tatbestandswirkung für den Leistungsträger nach dem SGB II.<sup>26</sup> Allerdings ist die Vorschrift des § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II bei einer von der Agentur für Arbeit festgestellten Sperrzeit bei Meldeversäumnis nicht anzuwenden, da der Anwendungsbereich des § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II auf die Nrn. 1 bis 5 des § 159 Abs. 1 S. 1, 2 SGB III sowie auf § 161 SGB III teleologisch zu reduzieren ist.<sup>27</sup> Dem Grundsatz des Forderns gemäß § 2 SGB II entsprechend ist Sinn und Zweck der §§ 31 ff. SGB II, dem Leistungsberechtigten in Form von Sanktionen zu verdeutlichen, dass eine Mitwirkung bei der Behe-

bung seiner Hilfebedürftigkeit zu erwarten ist. Sinn und Zweck der §§ 31 ff. SGB II ist somit auch, den Leistungsberechtigten angemessen auf seine Mitwirkungspflichten hinzuweisen. Eine Anwendung des § 31 Abs. 2 Nr. 3 SGB II mit seinen Rechtsfolgen des § 31a Abs. 1 SGB II würde aber zum einen unverhältnismäßig gegenüber der vergleichbaren einwöchigen Sperrzeit der Nr. 6 (und 7) des § 159 Abs. 1 S. 1, 2 iVm. Abs. 6 SGB III sein, und zum anderen wäre eine Anwendung dieser Norm auch im Vergleich zu den Sanktionen des § 32 SGB II bei Meldeversäumnissen im Rahmen des SGB II unverhältnismäßig. Bereits bei einer Absenkung des Regelbedarfs gemäß § 31a Abs. 1 SGB II um 30 Prozent würde ein Meldeversäumnis gegenüber § 159 Abs. 1 Satz 1, 2 Nr. 6, Abs. 6 SGB III bzw. § 32 Abs. 1 SGB II mit einer erheblich gravierenderen Rechtsfolge sanktioniert.<sup>28</sup>

## 3. Wichtiger Grund

Nach § 32 Abs. 1 S. 2 SGB II kann der Leistungsberechtigte durch Nachweis eines wichtigen Grundes eine Sanktion abwenden. Ein wichtiger Grund liegt vor, wenn dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten ein Erscheinen unmöglich ist oder so erschwert wird, dass ein anderes Verhalten bei einer Abwägung seiner Interessen gegenüber den Interessen der Allgemeinheit unzumutbar erscheint.<sup>29</sup> Die Amtsermittlungspflicht und die Beweislast hierfür trägt weiterhin der Leistungsempfänger.<sup>30</sup> Der wichtige Grund muss objektiv vorgelegen haben und Grund für das (subjektive) Nichterscheinen sein.<sup>31</sup>

Bei einer Erkrankung kommt es nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts darauf an, ob der Betroffene krankheitsbedingt daran gehindert war, den Melde-

23 LSG Bayern, 19.3.2014 – L 16 AS 383/11 – juris.

24 Düe, in: Brand (Hrsg.), SGB III, 6. Aufl., München 2012, § 309 Rn. 18.

25 LSG Bayern, 3.1.2011 – L 7 AS 921/10 B ER – juris.

26 *Sonnhoff*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK-SGB II, 3. Aufl., München 2012, § 31 Rn. 150.

27 SG Aachen, 30.9.2013 – S 5 AS 603/13 – juris.

28 SG Aachen, 30.9.2013 – S 5 AS 603/13 – juris.

29 BSG, 9.11.2010 – B 4 AS 27/10 R – NJW 2011, 2073; LSG Nordrhein-Westfalen, 17.9.2013 – L 19 AS 1430/13 – juris.

30 Vgl. SG Bremen, 23.4.2009 – S 26 AS 686/09 ER – info also 2009, 279.

31 *Berlit* (Fn. 20), § 32 Rn. 13.

termin wahrzunehmen.<sup>32</sup> Als Nachweis für die Unfähigkeit, aus gesundheitlichen Gründen beim Leistungsträger zu erscheinen, kommt regelmäßig die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Betracht. Die Arbeitsunfähigkeit ist jedoch nicht in jedem Fall gleichbedeutend mit einer krankheitsbedingten Unfähigkeit, zu einem Melde Termin zu erscheinen.<sup>33</sup> Da es sich bei dem Begriff der Arbeitsunfähigkeit zudem um einen Rechtsbegriff handelt, dessen Voraussetzungen anhand ärztlich erhobener Befunde – ggf. auch durch eine ex-post-Beurteilung – festzustellen sind, besteht im Streitfall schon keine Bindung an den Inhalt der von dem Vertragsarzt nach § 73 Abs. 2 S. 1 Nr. 9 SGB V ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung.<sup>34</sup> Daher ist von den Sozialgerichten zu überprüfen, ob der Leistungsempfänger den Meldetermin aus gesundheitlichen Gründen nicht wahrnehmen konnte.<sup>35</sup> Auch führt nicht bereits die bloße Erkrankung des Kindes zur Annahme eines wichtigen Grundes für das Nichterscheinen zum Termin. Denn auch bei einer Erkrankung kann der Termin wahrgenommen werden, soweit eine anderweitige Betreuungsmöglichkeit sichergestellt ist oder die Krankheit nicht so ausgeprägt ist, dass eine Mitnahme des Kindes zum Zeitpunkt des Meldetermins nicht möglich ist.<sup>36</sup>

#### 4. Addition von Sanktionsbeträgen

Aus § 32 Abs. 1 ergibt sich, dass sich die Sanktionszeiträume und -beträge wegen Meldeversäumnissen überlappen können. Dies kann bei mehreren in kurzen Abständen eingetretenen Meldeversäumnissen im Ergebnis zu einer Addition der Sanktionsbeträge führen.<sup>37</sup> Daraus ergibt sich, dass wiederholt Meldeversäumnisse nach § 32 SGB II festgestellt und addiert werden können, ohne dass – bezogen auf einen Absenkungszeitraum – bereits vor Eintritt einer wiederholten Pflichtverletzung ein Absenkungsbescheid ergangen ist.<sup>38</sup>

Zwar können sich bei sehr knapper Terminsetzung unter Umständen weitreichende Leistungseinschränkungen ergeben, was mit der Absicht des Gesetzgebers kollidieren dürfte, vor allem eine Entzerrung und bessere Übersichtlichkeit der Sanktionsregelungen auch im Interesse einer vereinfachten Verwaltungspraxis zu schaffen<sup>39</sup> und die Sanktionierung nicht im Sinne einer Bestrafung pflichtwidrigen Verhaltens, sondern als Konsequenz aus einer Obliegenheitsverletzung zu sehen, die eine Verhaltensänderung bewirken soll. Andererseits ist diese Warnfunktion bereits mit der jeweiligen Einladung erfüllt.<sup>40</sup>

#### 5. Gewährung von Sachleistungen

§ 31a Abs. 3 S. 1 SGB II sieht ergänzende Sachleistungen vor, soweit der Leistungsberechtigte mit mehr als 30 Prozent des nach § 20 SGB II maßgebenden Regelbedarfs sanktioniert wurde. Allerdings sind durch die Einführung des Antragerfordernisses nach § 31a Abs. 3 S. 1 SGB II nunmehr Sanktionsbescheide nicht deswegen rechtswidrig, weil in diesen Bescheiden nicht zugleich ergänzende Sachleistungen oder geldwerte Leistungen gemäß § 31a Abs. 3 S. 1 SGB II gewährt wurden.<sup>41</sup> Ein Hinweis im Sanktionsbescheid auf die Möglichkeit der Erbringung ergänzender Sach- bzw. geldwerter Leistungen »auf Antrag« ist damit ausreichend, insbesondere wenn dieser Hinweis bereits zuvor in den Anhörungsschreiben erteilt worden ist und ausreichend Zeit verblieben wäre, um sicherzustellen, dass diese Leistungen bereits zu Beginn der Absenkungszeiträume hätten zur Verfügung stehen können.<sup>42</sup> Gegen eine zwingende Verknüpfung der Sachleistungsgewährung mit der Absenkungsentscheidung spricht darüber hinaus auch, dass zur ergänzenden Leistungsgewährung weitere Ermittlungen erforderlich sein können, die eine abschließende Entscheidung über Art und Umfang dieser Leistungen im Zeitpunkt der Entscheidung über die Absenkung unter Umständen noch nicht erlauben.<sup>43</sup> Es handelt sich bei der Entscheidung über die Sachleistungsgewährung und der Entscheidung über die Sanktion schon aus diesem Grund nicht um eine »einheitliche Entscheidung«, sondern um zwei Entscheidungen, die lediglich sinnvollerweise in einem Bescheid verknüpft werden sollten.<sup>44</sup>

32 Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, 10.7.2008 – L 7 B 180/08 AS ER – juris.

33 *Sonnhoff* (Fn. 26), § 32 Rn. 35.

34 BSG, 26.2.1992 – 1/3 RK 13/90 – SozR 3-2200 § 182 Nr. 12; BSG, 9.11.2010 – B 4 AS 27/10 R – NJW 2011, 2073.

35 LSG Nordrhein-Westfalen, 21.8.2013 – L 19 AS 1402/13 B.

36 SG Detmold, 13.6.2013 – S 18 AS 859/13 ER – juris.

37 BT-Drs. 17/304, S. 112.

38 LSG Bayern, 24.10.2012 – L 16 AS 389/12 – juris.

39 BT-Drs. 17/304, S. 110 f.

40 LSG Bayern, 24.10.2012 – L 16 AS 389/12 – juris.

41 BT-Drs. 17/4032, S. 15, 17/4095, S. 41; vgl. *Berlit*, info also 2011, 57.

42 LSG Berlin-Brandenburg, 4.3.2014 – L 20 AS 3422/13 B ER – juris.

43 Vgl. LSG Hessen, 30.9.2011 – L 7 AS 614/10 B ER – juris.

44 LSG Berlin-Brandenburg, 4.3.2014 – L 20 AS 3422/13 B ER – juris.

## 6. § 60 ff. SGB I im Verhältnis zu § 32 SGB II

Grundsätzlich sind die allgemeinen Mitwirkungspflichten der §§ 60 ff. SGB I auch im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende anwendbar.<sup>45</sup> Zwar sind verschiedene Mitwirkungsobliegenheiten der Leistungsempfänger im SGB II auch ausdrücklich und explizit normiert (vgl. §§ 56, 58 Abs. 2, 59 SGB II), jedoch stellen sie eine bereichsspezifische Ausgestaltung der allgemeinen Mitwirkungsvorschriften des SGB I dar. Da im SGB II insgesamt die Verletzung von Mitwirkungsobliegenheiten nur sehr rudimentär geregelt ist, stellt § 66 SGB I wegen des generellen Vorbehalts des § 37 S. 1 SGB I eine Grundnorm dar, die insofern auch im Rahmen der Grundsicherung für Arbeitssuchende anwendbar bleibt.

Allerdings ist ein Rückgriff auf § 66 SGB I nur im Falle des Fehlens einer spezifischen Mitwirkungsnorm im SGB II denkbar, da der Leistungsträger nicht die materiell rechtlichen Vorgaben des SGB II unter Rückgriff auf die allgemeinen Regelungen des SGB I umgehen darf, weil die Rechtsfolgen des § 66 SGB I im Falle einer erstmaligen Verletzung der Mitwirkungspflichten einschneidender sein können, als bei einem Meldeversäumnis nach § 32 SGB II.<sup>46</sup> Ein bloßer Meldeverstoß kann daher nicht unter Rückgriff auf § 66 SGB I zu einer (höheren) Leistungsentziehung führen, allerdings wird man das Nichterscheinen zu einem (konkreten) ärztlichen oder psychologischen Untersuchungstermin von der (grundsätzlichen) Weigerung, sich untersuchen zu lassen, unterscheiden müssen.<sup>47</sup> In § 32 Abs. 1 S.1 SGB II geregelt sind nur Meldeversäumnisse und dabei ua. das Versäumen eines ärztlichen oder psychologischen Untersuchungstermins. Die Weigerung, sich überhaupt untersuchen zu lassen, ist also nicht spezialgesetzlich geregelt, so dass ein Rückgriff auf § 66 SGB I erfolgen muss.<sup>48</sup> Im Bereich des SGB I gibt es eine Vielzahl von Mitwirkungspflichten, für deren Verletzung es im Bereich des SGB II keine Sanktionstatbestände gibt, und dass § 66 SGB I die Funktion hat, eine Person, bei der die Anspruchsvoraussetzungen noch nicht geklärt sind, anzuhalten, an der Sachverhaltsaufklärung mitzuwirken, wohingegen die Sanktionstatbestände des SGB II regelmäßig bei einem Sachverhalt eingreifen, bei dem feststeht, dass die betreffende Person zum Kreis der Anspruchsberechtigten gehört.<sup>49</sup> Gleiches gilt für die nicht erteilte Zustimmung der Weitergabe des sozialmedizinischen Ergebnisses der Begutachtung an den Leistungsträger.<sup>50</sup>

## 7. Anforderungen an eine Rechtsbehelfsbelehrung

Die Rechtsfolgenbelehrung muss nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichtes konkret, richtig und vollständig sein und zeitnah im Zusammenhang mit dem jeweils geforderten Verhalten erfolgen.<sup>51</sup> Sie soll dem Leistungsberechtigten in verständlicher Form erläutern, welche unmittelbaren und konkreten Auswirkungen sich aus der Weigerung des geforderten Verhaltens ergeben, wenn er keinen wichtigen Grund für sein Verhalten geltend machen kann. Hintergrund dieser strengen Anforderungen ist, dass nur eine verständliche Rechtsfolgenbelehrung den hinter den Sanktionen stehenden Zweck, das Verhalten des Hilfebedürftigen zu steuern, verwirklichen kann.<sup>52</sup> Nur dann vermag eine Belehrung dem Zweck – der Warn- und Steuerungsfunktion – zu genügen. Es genügt daher nicht, dem erwerbsfähigen Leistungsberechtigten ein Merkblatt in die Hand zu geben, aus dem er die für seinen Fall maßgebenden Voraussetzungen und Rechtsfolgen selbständig ermitteln muss, denn die Belehrung darf sich nicht in einer bloßen Formalie oder der formelhaften Wiederholung des Gesetzestextes erschöpfen.<sup>53</sup> Es ist dabei als ausreichend angesehen worden, wenn dem Betroffenen die unmittelbaren und konkreten Auswirkungen der Sanktion verdeutlicht werden. Es sei nicht notwendig, dass dem Leistungsberechtigten der konkrete, verbleibende Auszahlungsbetrag oder der einzubehaltende Betrag ausdrücklich genannt wird, weil es grundsätzlich zumutbar ist, eine einfache Rechenoperation durchzuführen und die konkrete Höhe der verbleibenden Leistungen aus den Angaben im Bescheid zu entnehmen.<sup>54</sup>

45 BSG, 19.9.2008 – B 14 AS 45/07 R – SGB 2009, 665.

46 Vgl. BSG, 19.9.2008 – B 14 AS 45/07 R – SGB 2009, 665; LSG Hessen, 22.6.2011 – L 7 AS 700/10 B ER – info also 2012, 174; LSG Saarland, 2.5.2011 – L 9 AS 9/11 B ER – NZS 2012, 32; LSG Sachsen-Anhalt, 20.2.2009 – L 5 AS 376/08 AS ER – juris; SG Bremen, 1.10.2010 – S 18 AS 1928/10 ER – juris.

47 *Sonnhoff* (Fn. 26), § 32 Rn. 20.

48 SG Kassel, 31.3.2014 – S 6 AS 46/14 – juris.

49 Vgl. LSG Bayern, 31.8.2012 – L 7 AS 601/12 B ER – juris; LSG Nordrhein-Westfalen, 28.9.2009 – L 19 B 255/09 AS ER – juris; LSG Baden-Württemberg, 8.4.2010 – L 7 AS 304/10 ER – ZFSH/SGB 2010, 298.

50 SG Kassel, 31.3.2014 – S 6 AS 46/14 – juris.

51 BSG, 18.2.2010 – B 14 AS 53/08 R – info also 2010, 185.

52 BSG, 9.11.2010 – B 4 AS 27/10 R – NJW 2011, 2073.

53 Vgl. BSG, 16.12.2008 – B 4 AS 60/07 R – SGB 2009, 744; LSG Hessen, 26.3.2007 – L 9 AS 38/07 – juris; SG Bremen, 26.6.2009 – S 26 AS 1054/09 ER – juris.

54 LSG Bayern, 19.3.2014 – L 16 AS 383/11 – juris.

### III. Meldeversäumnis und Bewilligungsbescheid

Nach § 31b Abs. 1 S. 1 SGB II mindert sich der Auszahlungsanspruch mit Beginn des Kalendermonats, der auf das Wirksamwerden des Verwaltungsaktes folgt, der die Pflichtverletzung und den Umfang der Minderung der Leistung feststellt. Soweit der Leistungsberechtigte einen Sanktionsbescheid erhält, ist es darüber hinaus deshalb grundsätzlich erforderlich, daneben eine Aufhebungsentscheidung zu erlassen, um die Sanktionsfeststellung im Rahmen der Leistungsgewährung auch umzusetzen. Ein Sanktionsbescheid nach §§ 31 ff. SGB II ginge ansonsten ins Leere, wenn für den Sanktionszeitraum bereits Leistungen nach dem SGB II bewilligt worden sind und ein bestehender Bewilligungsbescheid nicht im Umfang der Minderung nach § 48 SGB X aufgehoben wird.<sup>55</sup> Schon aus der Regelung § 31 Abs. 6 S. 1 SGB II aF. war zu entnehmen, dass im Rahmen der Festsetzung einer Sanktion die Aufhebung einer bestandskräftigen früheren Bewilligungsentscheidung erforderlich ist, wenn die Behörde mit dieser Leistungen in ungekürzter Höhe bewilligt hatte.<sup>56</sup>

Gleiches gilt auch nach der Reformierung der Sanktionsvorschriften, vgl. § 31b Abs. 1 S. 1 SGB II.<sup>57</sup> Soweit eine Differenzierung zwischen dem in § 31b Abs. 1 S. 1 SGB II genannten »Auszahlungsanspruch«, der sich »kraft Gesetzes« mindern soll, und dem im Bewilligungsbescheid geregelten »Leistungsanspruch«, der durch die Festsetzung einer Sanktion unberührt bleiben soll mit der Folge, dass die Behörde ohne Weiteres die mit dem ursprünglichen Bescheid gewährten Leistungen nur unter Abzug des Sanktionsbetrages auszahlen muss, vorgenommen wird, ist dies nicht überzeugend.<sup>58</sup> Leistungsanspruch und Auszahlungsanspruch stellen sich grundsätzlich als rechtliche Einheit dar, so dass die Auszahlung einer Leistung lediglich die Folge ihrer zuvor ausgesprochenen Bewilligung ist.<sup>59</sup> Maßgeblich ist, dass auch eine kraft Gesetzes eintretende Anspruchsminderung sich immer nur auf den materiell rechtlichen Anspruch des Hilfebedürftigen auswirken kann. Der »formalrechtliche« Anspruch »aus« einer bestandskräftigen Bewilligungsentscheidung ist jedoch unabhängig hiervon in der Welt. Will die Behörde diesen beseitigen und die »formalrechtliche« Rechtsposition des Hilfebedürftigen mit seiner materiellen Rechtsposition in Übereinstimmung bringen, muss sie der Bewilligungsentscheidung mit einem »actus contrarius« begegnen und ist in diesem Zusammenhang an das Instru-

mentarium der §§ 45, 48 SGB X gebunden, denn die Leistungsbewilligungsentscheidung beansprucht solange Geltung, bis sie im Sinne der Vorschriften der §§ 45 ff. SGB X aufgehoben wird. Der Bewilligungsbescheid ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, dessen Bestandskraft nur durch eine gegenläufige Aufhebungsentscheidung durchbrochen werden kann, so dass die Minderung nur dann eintritt, wenn der Bewilligungsbescheid geändert worden ist. § 31b Abs. 1 S. 1 SGB II kann daher lediglich eine Regelung zur kalendermäßigen Festlegung des Sanktionszeitraumes entnommen werden.<sup>60</sup> Die Feststellung der Minderung der Leistung ist mithin die »Änderung der Verhältnisse«, die Voraussetzung für eine Aufhebung gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X ist, macht diese jedoch nicht entbehrlich.<sup>61</sup>

Fehlt eine Aufhebungsentscheidung kann diese auch nicht durch eine Umdeutung des Absenkungsbescheides im Sinne von § 43 Abs. 1 SGB X ersetzt werden. Zwar kann ein fehlerhafter Verwaltungsakt in einen anderen Verwaltungsakt umgedeutet werden, wenn er auf das gleiche Ziel gerichtet ist, von der erlassenen Behörde in der geschehenen Verfahrensweise und Form rechtmäßig hätte erlassen werden können, und wenn die Voraussetzungen für dessen Erlass erfüllt sind. Die Umdeutung scheidet aber daran, dass der Absenkungsbescheid nicht fehlerhaft ist. Er stellt lediglich den Grund für eine noch zu vollziehende, hier jedoch fehlende (teilweise) Aufhebung ihrer ursprünglichen Leistungsbewilligungen dar. Darüber hinaus ist die Absenkungsentscheidung auch gerade nicht auf das gleiche Ziel wie die Änderungsentscheidung gerichtet, denn die Absenkungsentscheidung stellt lediglich den Grund für die Änderungsentscheidung dar.<sup>62</sup> Es handelt sich dabei um

55 SG Dortmund, 13.6.2014 – S 32 AS 1173/14 ER – juris.

56 BSG, 17.12.2009 – B 4 AS 30/09 R – SozR 4-4200 § 31 Nr. 3; vgl. auch BSG, 22.3.2010 – B 4 AS 68/09 R – NZS 2011, 72; BSG, 15.12.2010 – B 14 AS 92/09 R – juris.

57 LSG Niedersachsen-Bremen, 10.2.2014 – L 7 AS 1058/13 B – NZS 2014, 394; LSG Hessen, 3.12.2013 – L 9 AS 614/13 B ER – juris; SG Kassel, 28.8.2013 – S 7 AS 439/13 – juris; SG Kassel, 27.6.2013 – S 7 AS 121/13 ER – juris; LSG Niedersachsen-Bremen, 17.6.2013 – L 7 AS 332/13 B ER – juris; SG Detmold, 17.10.2013 – S 18 AS 1095/12 – juris; SG Trier, 14.12.2011 – S 4 AS 449/11 ER – juris; LSG Nordrhein-Westfalen, 4.3.2013 – L 19 AS 1688/12 B – juris; abweichend LSG Bayern, 30.1.2014 – L 7 AS 85/13 – NZS 2014, 270.

58 SG Dortmund, 13.6.2014 – S 32 AS 1173/14 ER – juris.

59 SG Dortmund, 26.5.2014 – S 35 AS 1758/14 ER – juris.

60 SG Kassel, 28.8.2013 – S 7 AS 439/13 – juris; SG Dortmund, 26.5.2014 – S 35 AS 1758/14 ER – juris; SG Dortmund, 13.6.2014 – S 32 AS 1173/14 ER – juris.

61 SG Dortmund, 26.5.2014 – S 35 AS 1758/14 ER – juris; SG Dortmund, 13.6.2014 – S 32 AS 1173/14 ER – juris.

62 SG Kassel, 28.8.2013 – S 7 AS 439/13 – juris.

zwei rechtlich unterschiedliche Wirkungen, so dass nicht vom gleichen angestrebten Erfolg bei gleicher materiell rechtlicher Tragweite gesprochen werden kann.

#### IV. Zusammenfassung

Das Meldeversäumnis nach § 32 SGB II ist jedes Jahr die am häufigsten angewandte Rechtsgrundlage für eine Leis-

tungsabsenkung. Da Sanktionen ihre Legitimation ausschließlich im Kontext von Fördern und Fordern finden und innerhalb eines existenzsichernden Leistungssystems nicht unerheblich auf die Leistungsberechtigten einwirken, kann das Meldeversäumnis nur sanktionsbewehrt sein, soweit ein der Erwerbsintegration zugrundeliegender Meldegrund besteht oder wenn leistungsrechtliche Angelegenheiten betroffen sind und der Leistungsberechtigten keinen wichtigen Grund für sein Verhalten hat.

## Verfassungsfragen öffentlich geförderter Beschäftigung

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann, LL.M. (Virginia), Universität Osnabrück<sup>1</sup>

Es gibt verschiedene Ansätze, Langzeitarbeitslosigkeit zu bekämpfen. Ein Werkzeug, das in der vergangenen Legislaturperiode auch als Gesetzesinitiative eingebracht worden ist, heißt Passiv-Aktiv-Transfer (PAT)<sup>2</sup>. Öffentliche Mittel, die langzeitarbeitslosen Menschen bislang als Sozialleistungen zu Gute kommen (insbesondere das Arbeitslosengeld II, umgangssprachlich »Hartz IV« genannt), sollen »transferiert« werden und auf diese Weise nicht mehr wie bisher »passiv« zur Linderung der Langzeitarbeitslosigkeit, sondern »aktiv« zur Eingliederung der Arbeitslosen Verwendung finden, als Zuschuss zu den Lohnkosten jener Arbeitgeber, die Langzeitarbeitslose sozialversicherungspflichtig beschäftigen. In seiner Höhe richtet sich der Lohnkostenzuschuss nach den eingesparten Sozialleistungen, pauschaliert berechnet. Dieser Aufsatz untersucht, welche Verfassungsfragen der Vorschlag aufwirft. Eine sozial-, wirtschafts- oder ordnungspolitische Bewertung ist nicht sein Gegenstand.

### I. Wirkungsweise des Passiv-Aktiv-Transfers

Der Gedanke, Beschäftigung öffentlich zu fördern, ist alt. Die bekanntesten Beispiele dürften die Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen (ABM) und die Ein-Euro-Jobs bilden. Öffentlich geförderte Beschäftigung unterliegt bislang jedoch, von § 16 SGB II (»Jobperspektive«) abgesehen, ganz überwiegend nicht der Sozialversicherungspflicht. Demgegenüber zielt der

PAT ausdrücklich auf die Förderung sozialversicherungspflichtiger und damit marktnaher, »richtiger« Arbeit in der Hoffnung, dass die Betroffenen mittelfristig eine Stelle finden, die ohne öffentliche Förderung auskommt.<sup>3</sup>

Der PAT überträgt öffentliche Mittel, die aus der Grundversicherung für Arbeitssuchende (früher: Arbeitslosen- und Sozialhilfe) stammen. Die »Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts«, auf die erwerbsfähige Leistungsberechtigte gem. §§ 19 ff. SGB II einen Anspruch haben (Arbeitslosengeld II), werden bislang teils vom Bund, teils von den Kommunen aufgebracht. Der Bund trägt über die Bundesagentur für Arbeit gem. § 46 Abs. 1 S. 1, Abs. 5 SGB II insbesondere den Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts gem. § 20 SGB II sowie die Zuschüsse zu den Beiträgen der Kranken- und Pflegeversicherung gem. § 26 SGB II. Die Kommunen tragen insbesondere die Bedarfe für Unterkunft und Heizung gem. § 22 SGB II. Für diese Leistungen liegt

1 Der Verfasser ist Professor für Öffentliches Recht, Wirtschaftsrecht und Verwaltungswissenschaften an der Universität Osnabrück. Der Beitrag gründet auf einem Rechtsgutachten, das er dem Evangelischen Fachverband für Arbeit und soziale Integration e.V. (EFAS) – Fachverband der Diakonie Deutschland – erstattet hat. Die Aufsatzfassung berücksichtigt das Urteil zu den Optionskommunen, BVerfG, 7.10.2014 – 2 BvR 1641/11 – [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007\\_2bvr164111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007_2bvr164111.html) (20.10.2014) in den Fußnoten.

2 Vgl. Bundesrat, Entwurf eines Gesetzes zur Neuausrichtung der öffentlich geförderten Beschäftigung, BT-Drs. 17/14404, S. 6, Begründung zu Nummer 2 (§ 46 Abs. 4 – neu); vgl. auch Min. *Altpeter* (Baden-Württemberg), Bundesrat Plenarprotokoll der 910. Sitzung v. 7.6.2013, S. 316 (B) (»Passiv-Aktiv-Tausch«); Diakonisches Werk (Hrsg.), *Option sozialversicherungspflichtige Beschäftigung*, Stuttgart 2006; dass. (Hrsg.), *Gerechte Teilhabe an Arbeit*, Stuttgart 2010; EFAS (Hrsg.), *Hunderttausend Langzeitarbeitslose stehen vor dem Nichts*, Stuttgart 2013.

3 EFAS (Fn. 2), S. 11.

der Bundesdurchschnittswert bei insgesamt 888,01 €. Davon entfallen auf die Kosten der Unterkunft und Heizung 350,00 €, auf die Regelleistung 382,00 € und auf Versicherungsbeiträge 156,01 €. <sup>4</sup> Diese Beträge unterliegen regelmäßig Anpassungen. Die prinzipielle Wirkungsweise des PAT beeinflussen diese Anpassungen nicht.

Flüsse der Betrag von 888,01 € nicht an den Leistungsberechtigten, sondern stattdessen als (nicht rückzahlbarer und in diesem Sinn sog. verlorener<sup>5</sup>) Lohnkostenzuschuss an den Arbeitgeber, läge darin ein starker Anreiz, einen Langzeitarbeitslosen einzustellen. Die Erfahrung zeigt, dass sich ohne einen solchen Nachteilsausgleich kaum ein Arbeitgeber zur Einstellung bereitfände. <sup>6</sup> Bei Bruttolohnkosten des Arbeitgebers in Höhe von 1.692,34 € (bei einer Wochenarbeitszeit von 39 Stunden zu 8,50 €) und einem Lohnkostenzuschuss gem. PAT in Höhe der genannten 888,01 € trafen den Arbeitgeber Bruttolohnkosten nur noch in Höhe von 804,33 €. Der (ehemalige) Arbeitslose erhalte als Arbeitnehmer einen Nettolohn in Höhe von 1.063,07 € und damit deutlich mehr als die (ehemals bezogenen) Leistungen in Höhe ebenjener 888,01 €. Weil der Arbeitnehmer sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, fallen Beiträge zur Rentenversicherung in Höhe von 285,86 € und zur Kranken- und Pflegeversicherung in Höhe von 252,09 € an; hinzu kommen Abgaben und Steuern in Höhe von 91,32 €. <sup>7</sup> Dem Lohnkostenzuschuss stünden also erhebliche Rückflüsse in öffentliche Kassen gegenüber.

Die Möglichkeit, für die Beschäftigung eines Langzeitarbeitslosen einen Lohnkostenzuschuss zu erhalten, soll allen Arbeitgebern offen stehen. <sup>8</sup> Profiteur wäre auch die Diakonie, wie sie selbst offen bekennt: »Auch in der Diakonie wäre die Schaffung neuer Arbeitsplätze möglich, wenn deren Arbeit auf eine vernünftige wirtschaftliche Basis gestellt würde. An Arbeit mangelt es weder in der Alten- und Behindertenhilfe, in Fahrdiensten noch bei Mobilitätshilfen.«<sup>9</sup>

## II. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

### 1. Kompetenztitel

Das Gesetz, das den PAT möglich macht (PAT-G), könnte der Bund gem. Art. 70 Abs. 1, Abs. 2, Art. 72 Abs. 1, Art. 74 Abs. 1 GG erlassen. Als Gegenstände der sog. konkurrierenden Bundesgesetzgebung kommen vor allem das Recht der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG),

aber auch das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) und das Arbeitsrecht einschließlich der Arbeitsvermittlung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) in Betracht.

Der Gesetzgebungstitel der öffentlichen Fürsorge gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG wird »in weitem Sinn«<sup>10</sup>, jedenfalls aber »nicht eng«<sup>11</sup> verstanden. Im Kern ist die öffentliche Hilfe bei wirtschaftlicher Notlage<sup>12</sup>, also insbesondere – so die ausdrückliche Feststellung des Parlamentarischen Rates – die »Arbeitslosenfürsorge«<sup>13</sup> erfasst, dh. heute insbesondere das Recht der Grundsicherung für Arbeit gem. SGB II<sup>14</sup>. Die »öffentliche Fürsorge« umfasst so insbesondere »Bestimmungen darüber, was die Träger der Fürsorge an materiellen Fürsorgeleistungen zu erbringen haben«<sup>15</sup>.

Der Lohnkostenzuschuss für den Arbeitgeber gem. PAT-G ist eine aus Steuermitteln finanzierte<sup>16</sup> Geldleistung an einen Dritten<sup>17</sup>, welche die bestehende Hilfebedürftigkeit

4 EFAS (Fn. 2), S. 22.

5 Zum Begriff *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Aufl., München 2013, Rn. 911; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 17 Rn. 6.

6 Bundesrat (Fn. 2), BT-Drs. 17/14404, S. 1, 6; EFAS (Fn. 2), S. 6.

7 Alle Zahlen nach EFAS (Fn. 2), S. 22 f.; zum Rückfluss S. aaO. insb. S. 24 f.

8 EFAS (Fn. 2), S. 21.

9 Diakonisches Werk, Option (Fn. 2), S. 15.

10 Dieses Verständnis war bereits im Parlamentarischen Rat Grundlage der Beratungen, vgl. *Doemming/Füsslein/Matz*, JöR 1 (1951), 519 mit dem Zitat; in der Sache ebenso BSG, 20.12.1957 – 7 RKg 4/56 – BSGE 6, 213, 219, 221; vgl. Axer, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Heidelberg, 168. Aktualisierung (Stand: 7/2014), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 13, 17, 20 f. (Stand: 7/2014) (»vom Bundesverfassungsgericht vertretene[s], weite[s] Verständnis von öffentlicher Fürsorge«).

11 BVerfG, 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 ua. – BVerfGE 88, 203, 329; BVerfG, 10.3.1998 – 1 BvR 178/97 – BVerfGE 97, 332, 341; BVerfG, 7.10.2014 – 2 BvR 1641/11 – [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007\\_2bvr164111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007_2bvr164111.html) (24.10.2014), Rn. 135.

12 Vgl. Axer (Fn. 10), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 24.

13 Abg. Hoch (SPD) und Laforet (CSU), zit. nach *Doemming/Füsslein/Matz* (Fn. 10), JöR 1, 1951, S. 521; vgl. BSG, 20.12.1957 – 7 RKg 4/56 – BSGE 6, 213, 222.

14 Axer (Fn. 10), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 25; Klein, in: Maunz/Dürig (Begr./Herzog/Scholz/Herdegen/Klein (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Loseblatt, München, 71. Lieferung (Stand: 3/2014), Art. 91e Rn. 16 (Stand: 62. Lieferung, 5/2011).

15 BVerfG, 7.10.2014 – 2 BvR 1641/11 – [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007\\_2bvr164111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007_2bvr164111.html) (24.10.2014), Rn. 135.

16 Vgl. Axer (Fn. 10), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 24.

17 Vgl. Axer (Fn. 10), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 24; Degenhart, in: Sachs (Hrsg.), GG, 6. Aufl., München 2011, Art. 74 Rn. 41; Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 12. Aufl., München 2012, Art. 74 Rn. 17; spiegelbildlich zählen zur öffentlichen Fürsorge Zwangsmaßnahmen (nicht nur gegen Hilfsbedürftige, sondern) auch gegen Dritte (siehe BVerfG, 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – BVerfGE 106, 62, 134), insbesondere Pflichten der (ehemaligen) Arbeitgeber (siehe BVerfG, 26.5.1981 – 1 BvL 56/78 ua. – BVerfGE 57, 139, 159, 166 f.; BVerfG, 23.1.1990 – 1 BvL 44/86 ua. – BVerfGE 81, 156, 186).

des Langzeitarbeitslosen zu überwinden sucht<sup>18</sup>, und daher schon als solche von dem Kompetenztitel der öffentlichen Fürsorge erfasst<sup>19</sup>. Zugleich beugt der an den Arbeitgeber gezahlte Lohnkostenzuschuss dagegen vor, dass der ehemalige Langzeitarbeitslose erneut in die Arbeitslosigkeit fällt, und zählt daher auch als Instrument der Prävention<sup>20</sup> zur öffentlichen Fürsorge im Sinn des Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG.

Weil der Lohnkostenzuschuss voraussetzt, dass der Arbeitgeber einen ehemals Arbeitslosen einstellt, erscheint Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG der vorzugswürdige Gesetzgebungstitel zu sein.<sup>21</sup> Unabhängig davon ist außerdem das Arbeitsrecht gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG einschlägig. Arbeitsrecht in diesem Sinn ist die Summe aller Vorschriften, die sich mit der in abhängiger Tätigkeit geleisteten Arbeit befassen.<sup>22</sup> Erfasst ist also nicht nur das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer untereinander, sondern auch deren Verhältnis zum Staat.<sup>23</sup> Die »Arbeitsvermittlung« nennt Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG dabei ausdrücklich als Unterfall des Arbeitsrechts. Arbeitsvermittlung in diesem Sinn sind Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, Arbeitssuchende und Arbeitgeber zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zusammenzuführen<sup>24</sup>. Dieses Ziel verfolgt der PAT hauptsächlich und ausdrücklich. Dementsprechend ist anerkannt, dass das Recht der Arbeitsförderung, das gem. § 1 Abs. 1 S. 1 SGB III »die Dauer der Arbeitslosigkeit verkürzen« soll, auf »Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 12 GG« beruht.<sup>25</sup> Für die gesetzliche Regelung des PAT ist der Bund also auch gem. Nr. 12 des Art. 74 Abs. 1 GG zuständig.<sup>26</sup>

Schließlich fällt das PAT-G, soweit es das Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft, unter das Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG. Die Rechtsprechung begreift diesen Kompetenztitel »in einem weiten Sinne«<sup>27</sup> und insbesondere die dort vorgenommene Aufzählung einzelner Wirtschaftszweige als nicht abschließend<sup>28</sup>. Die Gesetzgebungskompetenz erfasst »alle das wirtschaftliche Leben und die wirtschaftliche Betätigung als solche regelnden Normen«<sup>29</sup> einschließlich der Wirtschaftsförderung durch Subventionen<sup>30</sup>. Ein Arbeitnehmer, der seiner Arbeit zur Sicherung seines Lebensunterhalts nachgeht, betätigt sich wirtschaftlich, und die Einstellung eines Arbeitnehmers, die ein Arbeitgeber im Rahmen seiner wirtschaftlichen Betätigung vornimmt, ist selbst eine wirtschaftliche Betätigung. Die Förderung dieser Einstellung durch einen Lohnkostenzuschuss fällt daher schließlich in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, ohne dass an dieser Stelle geklärt werden müsste, ob das Arbeitsrecht im Sinn des

Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG<sup>31</sup> oder die öffentliche Fürsorge gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG als speziellere Vorschriften Vorrang genießen. Der Bund ist jedenfalls für das PAT-G zuständig.

## 2. Erforderlichkeit einer bundesgesetzlichen Regelung

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 und 11 (nicht aber aus Nr. 12) GG setzt gem. Art. 72 Abs. 2 GG außerdem voraus, dass die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlich-

18 Zu dieser Zweckrichtung und diesem Bezugspunkt öffentlicher Fürsorge vgl. nur *Axer* (Fn. 10), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 24, 26 und BSG, 20.12.1957 – 7 RKg 4/56 – BSGE 6, 213, 219 (»Abhilfe sozialer Bedürftigkeit«).

19 Der Kompetenztitel erfasst insbesondere Regelungen der Finanzierung, vgl. BVerfG, 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – BVerfGE 106, 62, 134 f.; BVerfG, 17.7.2003 – 2 BvL 1/99 ua. – BVerfGE 108, 186, 214.

20 BVerfG, 18.7.1967 – 2 BvF 3/62 ua. – BVerfGE 22, 180, 212 f.; BVerfG, 28.5.1993 – 2 BvF 2/90 ua. – BVerfGE 88, 203, 329 f.; BVerfG, 10.3.1998 – 1 BvR 178/97 – BVerfGE 97, 332, 341; BVerfG, 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – BVerfGE 106, 62, 134; BSG, 20.12.1957 – RKg 4/56 – BSGE 6, 213, 219.

21 Vgl. Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Zum Transfer passiver in aktive Leistungen im Rechtskreis des SGB II. Sozialrechtliche, haushaltsgesetzgeberische und verfassungsmäßige Voraussetzungen, Ausarbeitung von *Lohmann* und *Niespor*, Az. WD 6/WD 4 – 3000-178/11 vom 10.11.2011, S. 5.

22 BVerfG, 22.4.1958 – 2 BvL 32/56 ua. – BVerfGE 7, 342, 351; BVerfG, 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – BVerfGE 106, 62, 132 f.; vgl. auch BVerwG, 23.6.2010 – 6 P 8.09 – BVerwGE 137, 148, 155 f. (»umfassende Kompetenz für die Regelung der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer«).

23 *Axer* (Fn. 10), Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 Rn. 16.

24 BVerfG, 4.4.1967 – 1 BvR 84/65 – BVerfGE 21, 261, 268.

25 BVerwG, 10.1.2013 – 5 C 24/11 – NVwZ-RR 2013, 645, 648 f.; *Axer* (Fn. 10), Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 Rn. 25; vgl. BSG, 20.12.1957 – 7 RKg 4/56 – BSGE 6, 213, 223; aber auch *Degenhart* (Fn. 17), Art. 74 Rn. 41 (»jetzig[e]s ALG II« wegen der »arbeitsmarktpolitischen Komponente« wohl nur Nr. 12).

26 Wissenschaftliche Dienste (Fn. 21), S. 13.

27 BVerfG, 30.4.1956 – 1 BvF 3/53 – BVerfGE 5, 25, 28; BVerfG, 18.3.1970 – 2 BvO 1/65 – BVerfGE 28, 119, 146; BVerfG, 10.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274, 308; BVerwG, 4.10.1994 – 1 C 13.93 – BVerwGE 97, 12, 14; BVerwG, 21.4.2004 – 6 C 20.03 – BVerwGE 120, 311, 314; vgl. auch BVerfG, 15.12.1970 – 1 BvR 559, 571, 587/70 – BVerfGE 29, 402, 409 (»in einem weiteren Sinn«) und BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 215 (»weit zu verstehen«).

28 BVerfG, 20.7.1954 – 1 BvR 459/52 – BVerfGE 4, 7, 13; BVerfG, 10.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274, 309; BVerwG, 21.4.2004 – 6 C 20.03 – BVerwGE 120, 311, 314 f.

29 BVerfG, 18.3.1970 – 2 BvO 1/65 – BVerfGE 28, 119, 146; BVerfG, 15.12.1970 – 1 BvR 559/70 ua. – BVerfGE 29, 402, 409; BVerfG, 10.12.1980 – 2 BvF 3/77 – BVerfGE 55, 274, 308; BVerfG, 12.12.1984 – 1 BvR 1249/83 ua. – BVerfGE 68, 319, 330; BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – BVerfGE 116, 202, 216; BVerwG, 4.10.1994 – 1 C 13.93 – BVerwGE 97, 12, 14; BVerwG, 21.4.2004 – 6 C 20.03 – BVerwGE 120, 311, 314.

30 Vgl. *Rengeling/Szczekalla*, in: *Bonner Kommentar* (Fn. 10), Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Rn. 69 (Stand: September 2007).

31 Vgl. BVerfG, 18.12.1974 – 1 BvR 430/65 ua. – BVerfGE 38, 281, 299 (das Verhältnis der Kompetenztitel Wirtschaft und Arbeit ebenfalls offen lassend).

chen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Die »Notwendigkeit von Fürsorgebestimmungen für das gesamte Bundesgebiet« wurde bereits im Parlamentarischen Rat »bejaht«<sup>32</sup>. Nach der Rechtsprechung liegt namentlich die Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse, wenn »Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich« brächten<sup>33</sup>. Auf diese Voraussetzung konnte der Bundesgesetzgeber eine Regelung zur Vermeidung so genannter »Steueroasen« stützen.<sup>34</sup> Namentlich die Gewährleistung »gleicher Zugangsmöglichkeiten zu Berufen« begründet eine Bundeskompetenz.<sup>35</sup>

Das PAT-G garantiert dementsprechend die Bundeseinheitlichkeit der öffentlichen Förderung von Beschäftigung, um gleichermaßen Subventionsoasen wie »Hartz IV-Hochburgen« zu vermeiden und den Langzeitarbeitslosen bundesweit gleiche Zugangsmöglichkeiten zum Arbeitsmarkt zu ermöglichen. Nur so können »partikular-differenzierte Regelungen«<sup>36</sup> der Länder mit der Folge, dass der Lohnkostenzuschuss für die Beschäftigung Langzeitarbeitsloser von Land zu Land unterschiedlich hoch aus- oder in manchen Ländern ganz entfällt, ausgeschlossen werden. Für die Annahme der Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung spricht schließlich, dass das PAT-G (wenn es sich nicht sogar allein auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG stützen lässt) eine arbeitsrechtliche Regelung trifft. Für das Arbeitsrecht ist dem Grundgesetz die Erforderlichkeit einer bundeseinheitlichen Regelung derart selbstverständlich, dass es für Gesetze gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG keine Prüfung nach Art. 72 Abs. 2 GG anordnet. Dieser Gedanke gilt jedenfalls der Sache nach auch für den Lohnkostenzuschuss gem. PAT-G. Der Bund ist gesetzgebungskompetent. Dasselbe Ergebnis gilt, falls Art. 91e Abs. 3 GG – entgegen der Rechtsprechung – als »lex specialis« auch »zu Art. 30 GG und zu den Art. 70 ff. GG« zu begreifen ist.<sup>37</sup> In diesem Fall wäre der Bund sogar ausschließlich zuständig.

### III. Finanzierung durch Bund und Kommunen

#### 1. Konnexität von Aufgaben- und Ausgabenverantwortung gem. Art. 104a Abs. 1 GG

Die für die auszahlenden Lohnkostenzuschüsse an die Arbeitgeber gem. PAT-G erforderlichen Finanzmittel sol-

len zum Teil der Bund (in Höhe des pauschalierten Regelbedarfs zur Sicherung des Lebensunterhalts zzgl. Versicherungszuschuss) und zum Teil die Kommunen (in Höhe des pauschalierten Bedarfs für Unterkunft und Heizung) aufbringen. Art. 104a Abs. 1 GG schreibt jedoch vor, dass Bund und Länder die Ausgaben, die sich aus der Wahrnehmung ihrer Aufgaben ergeben, »gesondert« zu tragen haben. Dieser sog. Grundsatz der »Konnexität von Aufgaben- und Ausgabenverantwortung«<sup>38</sup> verbietet regelmäßig eine Mischfinanzierung derart, dass der Bund Landesaufgaben finanziert.<sup>39</sup> Die Kommunen, die Art. 104a Abs. 1 GG nicht eigens nennt, sind dabei als Teil der Länder<sup>40</sup> in den Regelungsbereich der Vorschrift einbezogen; Art. 104a Abs. 1 GG gilt insofern auch zwischen Bund und Gemeinden.<sup>41</sup>

Die an die Arbeitgeber auszahlenden Lohnkostenzuschüsse sind Ausgaben, die sich im Sinn des Art. 104a Abs. 1 GG aus der Wahrnehmung der Aufgabe, das PAT-G zu vollziehen, ergeben. Ausgaben in diesem Sinn sind nämlich alle kassenwirksamen Geldzahlungen an Dritte<sup>42</sup>; der Lohnkostenzuschuss an den Arbeitgeber ist als sog. Zweck-

32 Abg. Laforet (CSU), zit. nach Doemming/Füsslein/Matz (Fn. 10), JöR 1, 1951, S. 510; in der Sache ebenso Abg. Hoch (SPD) und Abg. Wessel (Z), beide aaO.

33 BVerfG, 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – BVerfGE 106, 62, 147; BVerfG, 26.1.2005 – 2 BvF 1/03 – BVerfGE 112, 226, 249.

34 Vgl. BVerfG, 27.1.2010 – 2 BvR 2185, 2189/04 – BVerfGE 125, 141, 155 f.

35 BVerfG, 24.10.2002 – 2 BvF 1/01 – BVerfGE 106, 62, 147; BVerfG, 26.1.2005 – 2 BvF 1/03 – BVerfGE 112, 226, 249; BVerfG, 3.7.2007 – 1 BvR 2186/06 – BVerfGE 119, 59, 82.

36 Vgl. BVerfG, 27.7.2004 – 2 BvF 2/02 – BVerfGE 111, 226, 254; BVerfG, 27.1.2010 – 2 BvR 2185/04 ua. – BVerfGE 125, 141, 154.

37 Mehde, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK GG, 21. Edition, Stand 1.6.2014, Art. 91e Rn. 14, 33; aA. BVerfG, 7.10.2014 – 2 BvR 1641/11 – [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007\\_2bvr164111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007_2bvr164111.html) (24.10.2014), Rn. 123, 144.

38 BVerwG, 11.6.1991 – 1 C 1/91 – NVwZ 1992, 264, 265; vgl. BVerwG, 8.2.1974 – VII C 16.71 – BVerwGE 44, 351, 364.

39 BVerfG, 15.7.1969 – 2 BvF 1/64 – BVerfGE 26, 338, 390 f. (zu Art. 106 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 GG); BVerwG, 8.2.1974 – VII C 16.71 – BVerwGE 44, 351, 364 f.; BVerwG, 17.10.1996 – 3 A 1.95 – BVerwGE 102, 119, 124.

40 BVerfG, 4.3.1975 – 2 BvF 1/72 – BVerfGE 39, 96, 109; BVerfG, 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 ua. – BVerfGE 119, 331, 364; Henneke, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein (Begr.)/Hofmann/Hopfauf (Hrsg.), GG, 12. Aufl., München 2011, Art. 84 Rn. 22; Isensee, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band VI, 3. Aufl., Heidelberg 2008, § 126 Rn. 174 f.

41 BVerfG, 27.5.1992 – 2 BvF 1/88 ua. – BVerfGE 86, 148, 215; BVerwG, 8.2.1974 – VII C 16.71 – BVerwGE 44, 351, 364 f.; BVerwG, 21.2.1995 – 1 C 11.93 – BVerwGE 98, 18, 21; BVerwG, 30.11.1995 – 7 C 56.93 – BVerwGE 100, 56, 58 f.; Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Band III, 2. Aufl., Tübingen 2008, Art. 104a Rn. 20 mwN.; im Ausgangspunkt ebenso Hellermann, in: von Mangoldt/Klein (Begr.)/Starck (Hrsg.), GG, Band III, 6. Aufl., München 2010, Art. 104a Rn. 59.

42 Heun (Fn. 41), Art. 104a Rn. 15; Pieroth (Fn. 17), Art. 104a Rn. 2.

ausgabe<sup>43</sup> erfasst.<sup>44</sup> Wahrnehmung meint den unmittelbaren Vollzug eines Gesetzes. Nicht, wer eine (kostenverursachende) Regelung getroffen hat (hier: der Bund als Gesetzgeber des PAT-G), ist also entscheidend, sondern wem die Verwaltungskompetenz zusteht.<sup>45</sup> Im Zusammenhang mit dem PAT sind es (auch) die Kommunen, die den Lohnkostenzuschuss auszahlen. Gem. Art. 104a Abs. 1 GG gilt daher die Regel, dass die Länder einschließlich der Kommunen die Kosten des Lohnkostenzuschusses finanzieren müssen. Die Kostenbeteiligung des Bundes ist danach nur zulässig, wenn das Grundgesetz eine Ausnahme von dieser Regel bestimmt.

## 2. Ausnahme für Geldleistungsgesetze des Bundes gem. Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG

Eine Ausnahme vom Grundsatz der Konnexität ist gem. Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG möglich. Danach können Bundesgesetze, die Geldleistungen gewähren und von den Ländern ausgeführt werden, bestimmen, dass diese Geldleistungen ganz oder zum Teil vom Bund getragen werden. Das PAT-G ist als Bundesgesetz, das Geldleistungen gewährt, geplant, dessen Ausführung (auch) den Kommunen als Teil der Länder (so.) obliegt. Nach den zugrundeliegenden Berechnungen trägt der Bund den Lohnkostenzuschuss von insgesamt 888,01 € pro Vollzeitbeschäftigtem und Monat zu einem Teil, nämlich in Höhe von 538,01 €. <sup>46</sup> Hinzu kommt noch die Beteiligung des Bundes an den Leistungen für Unterkunft und Heizung gem. § 46 Abs. 5 SGB II. Die vorgeschlagene Mischfinanzierung des PAT durch Bund und Kommunen ist damit finanzverfassungsrechtlich gem. Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG zulässig.<sup>47</sup> Dasselbe Ergebnis gilt, soweit Art. 91e GG als speziellere Norm die Anwendbarkeit des Art. 104 Abs. 1 GG von vornherein ausschließt<sup>48</sup>.

## 3. Durchführung des PAT-G als Auftragsverwaltung gem. Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG

Gem. Art. 104 Abs. 3 S. 2 GG wird das PAT-G im Auftrag des Bundes durchgeführt, wenn dieser die Hälfte der Ausgaben oder mehr trägt. Nach dem zu untersuchenden Vorschlag treffen den Bund pro Vollzeitbeschäftigtem und Monat mit der Regelleistung und den Versicherungsbeiträgen bereits 538,01 € des Lohnkostenzuschusses von insgesamt 888,01 €, <sup>49</sup> dh. der Bund trägt schon insoweit

rund 60 Prozent der Kosten<sup>50</sup>. Hinzu kommt die erwähnte Beteiligung des Bundes an den Leistungen für Unterkunft und Heizung gem. § 46 Abs. 5 SGB II. Das PAT-G würde also im Auftrag des Bundes durchgeführt werden. Es handelt sich um sog. »Bundesauftragsverwaltung«<sup>51</sup> oder – besser gesagt, weil die Bundesbehörden gerade nicht tätig werden<sup>52</sup> – schlicht um »Auftragsverwaltung«<sup>53</sup>.

## 4. Zustimmungspflichtigkeit des PAT-G gem. Art. 104a Abs. 4 GG

Weil das PAT-G, ein Bundesgesetz, also gem. Art. 104a Abs. 3 S. 2 GG im Auftrag des Bundes ausgeführt wird, muss der Bundesrat diesem Geldleistungsgesetz gem. Art. 104a Abs. 4 GG zustimmen. Im Fall des PAT-G ergibt sich die Zustimmungspflichtigkeit ggf. außerdem aus Art. 91e Abs. 3 aE. GG. Das Gesetz ist also zustimmungspflichtig, ohne dass es dafür auf das Verhältnis von Art. 104a und Art. 91e GG ankäme.<sup>54</sup>

43 Zum Begriff von *Arnim*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 40), § 138 Rn. 20; *Heintzen*, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Band 2, 6. Aufl., München 2012, Art. 104a Rn. 18 f.; *Prokisch*, in: Bonner Kommentar (Fn. 10), Art. 104a Rn. 294 ff.

44 Ebenso allgemein für Zuwendungen aufgrund von Geldleistungsgesetzen *Heun* (Fn. 41), Art. 104a Rn. 18.

45 *Heintzen* (Fn. 43), Art. 104a Rn. 13 ff.; *Pieroth* (Fn. 17), Art. 104a Rn. 2.

46 382,00 € Regelleistung + 156,01 € Versicherungsbeiträge = 538,01 € Bundesanteil.

47 Ebenso Wissenschaftliche Dienste (Fn. 21), S. 10: Das Vorbild der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung zeige, wie das Geld, das der Bund besteuert, durch die Länder anteilig an die Kommunen weitergegeben werden könne. Eine »Finanzierung des Passiv-Aktiv-Transfers durch Bund und Kommunen« sei »möglich, wenn die Trägerschaft bei den Kommunen liegt.« In ihrem Gutachten vom 10.11.2011 übergehen Wissenschaftliche Dienste (Fn. 21), aaO., freilich den kurz zuvor, am 27.6.2010, in Kraft getretenen Art. 91e GG.

48 So BVerfG, 7.10.2014 – 2 BvR 1641/11 – [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007\\_2bvr164111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007_2bvr164111.html) (24.10.2014), Rn. 85, 88; *Mehde* (Fn. 37), Art. 91e Rn. 11, 27 f.; vgl. aber auch *Klein* (Fn. 14), Art. 91e Rn. 23 (Art. 91e GG ohne Abweichungen von der Regel des Art. 104a Abs. 1 GG).

49 Oben Fn. 46.

50 S. MS 586.

51 So zB. Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5032, S. 2; schon unter der Weimarer Reichsverfassung war der parallel gebildete Ausdruck der »Reichsauftragsverwaltung« gebräuchlich, vgl. *Anschtz*, Verfassung des Deutschen Reichs, 14. Aufl., Berlin 1933, Nachdruck 1968, Art. 14 Anm. 4 in Fn. 1 mwN.

52 *Kluth*, in: Bonner Kommentar (Fn. 10), Art. 85 Rn. 30; *Pieroth* (Fn. 17), Art. 85 Rn. 2; *Suerbaum*, in: Epping/Hillgruber (Fn. 37), Art. 85 Rn. 5.

53 BT-Drs. 16/813, S. 15; BVerfG, 22.5.1990 – 2 BvG 1/88 – BVerfGE 81, 310, 331; BVerwG, 30.11.1995 – 7 C 56.93 – BVerwGE 100, 56, 58; auch dieser Ausdruck war bereits unter der Weimarer Reichsverfassung gebräuchlich, vgl. *Anschtz* (Fn. 51), Art. 14 Anm. 4 bei Fn. 1 mwN. (»Auftragsangelegenheit«).

54 Vgl. dazu oben bei und in Fn. 48.

## IV. Aufgabenübertragungsverbot gem. Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG

### 1. Wirkungsweise des Aufgabenübertragungsverbots

Seit der Föderalismusreform 2006<sup>55</sup> verbieten Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG dem Bundesgesetzgeber, den Gemeinden und Gemeindeverbänden Aufgaben zu übertragen. Dass das sog. Aufgabenübertragungsverbot wortgleich in zwei Vorschriften enthalten ist, liegt daran, dass Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG ausweislich seines Zusammenhangs die Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder »als eigene Angelegenheit« der Länder regelt (vgl. Art. 83, Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG) und daher die Aufgabenübertragung nur für ebendiese Fälle der sog. »Landeseigenverwaltung«<sup>56</sup> verbietet.<sup>57</sup> Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG regelt dagegen, ebenfalls ausweislich seines Zusammenhangs, den anderen Fall der Ausführung von Bundesgesetzen, die Ausführung durch die Länder »im Auftrage des Bundes«, und verbietet die Aufgabenübertragung dementsprechend für ebendiese Fälle der sog. »Auftragsverwaltung«<sup>58,59</sup>. Neben diese beiden Formen, in denen die Länder Bundesgesetze ausführen, tritt gem. Art. 86 GG die Ausführung von Bundesgesetzen durch den Bund selbst.<sup>60</sup>

In ihrer Zusammenschau schützen Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG die Kommunen davor, dass ihnen Bundesgesetze neue Aufgaben übertragen: Führt der Bund selbst ein Bundesgesetz aus, sind die Kommunen ohnehin »aus dem Schneider«: Weil ohnehin nur Bundesbehörden tätig werden, bedarf es keines Verbots der Aufgabenübertragung auf Kommunen. Führen die Länder ein Bundesgesetz aus, wie es der Regelvorgabe des Art. 83 GG entspricht, kann das Bundesgesetz nicht selbst die Vorgabe enthalten, dass innerhalb der Landesverwaltung die Kommunen dieses Gesetz ausführen müssten. Denn für beide Fälle der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder, also sowohl für die Landeseigenverwaltung als auch für die Auftragsverwaltung, greift das Aufgabenübertragungsverbot, in diesem Fall gem. Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG, in jenem gem. Art. 84 Abs. 1 S. 7 GG. Im Ergebnis kann den Kommunen daher seit Inkrafttreten des Aufgabenübertragungsverbots nur noch durch Landesrecht eine neue Aufgabe der Gesetzesausführung übertragen werden.<sup>61</sup> Falls ein Landesgesetz das tut, bestimmen nun aber

die Landesverfassungen, dass das Land den Kommunen die damit verbundenen Kosten erstattet.<sup>62</sup> Diese Vorgabe wird ebenfalls<sup>63</sup> »Konnexitätsprinzip«<sup>64</sup> genannt, obwohl die Begriffe »Konnexitätsregel«<sup>65</sup> oder Konnexitätsgebot treffender wären. Das Zusammenspiel von bundesverfassungsrechtlichem Aufgabenübertragungsverbot und landesverfassungsrechtlichem Erstattungsanspruch bringt das Ziel zum Ausdruck, das der grundgesetzändernde Gesetzgeber mit dem Aufgabenübertragungsverbot hauptsächlich verfolgt hat: die Kommunen vor den finanziellen Lasten zu schützen, die mit der Übertragung neuer Aufgaben verbunden sind.<sup>66</sup>

### 2. Unanwendbarkeit des Aufgabenübertragungsverbots gem. Art. 91e GG

Der Anwendungsbereich des Aufgabenübertragungsverbots nach Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG wird durch Art. 91e GG eingeschränkt. Diese Vorschrift wurde im Jahr 2010, also nach der Föderalismusreform 2006, in das Grund-

<sup>55</sup> *Germann*, in: Kluth (Hrsg.), Föderalismusreformgesetz, Baden-Baden 2007, Art. 84, 85 Rn. 7; *Kluth* (Fn. 52), Art. 85 Rn. 12; *Pieroth* (Fn. 17), Art. 84 Rn. 7.

<sup>56</sup> *Pieroth* (Fn. 17), Art. 83 Rn. 1, Art. 84 Rn. 1.

<sup>57</sup> *Hermes*, in: Dreier (Fn. 41), Art. 85 Rn. 28.

<sup>58</sup> *Pieroth* (Fn. 17), Art. 83 Rn. 1, Art. 85 Rn. 1; zum Begriff oben bei Fn. 53.

<sup>59</sup> Vgl. *Pieroth* (Fn. 17), Art. 85 Rn. 3 (»Folgeänderung«).

<sup>60</sup> *Pieroth* (Fn. 17), Art. 83 Rn. 1, Art. 86 Rn. 1.

<sup>61</sup> BT-Drs. 16/813, S. 15; *Germann* (Fn. 55), Art. 84, 85 Rn. 108; *Pieroth* (Fn. 17), Art. 83 Rn. 1, Art. 84 Rn. 7. Zur Fortgeltung bestehender Aufgabenzuweisungen vgl. Art. 125a Abs. 1 GG.

<sup>62</sup> Vgl. Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5032, S. 2.

<sup>63</sup> Zur Konnexität von Aufgaben- und Ausgabenverantwortung gem. Art. 104a Abs. 1 GG siehe oben bei Fn. 38, zur Bezeichnung als »Konnexitätsprinzip« siehe nur *Heun* (Fn. 41), Art. 104a Rn. 15.

<sup>64</sup> *Broß/Mayer*, in: von Münch/Kunig (Fn. 43), Art. 84 Rn. 32; *Germann* (Fn. 55), Art. 84, 85 Rn. 106 mwN.; *Hermes* (Fn. 57), Art. 84 Rn. 72.

<sup>65</sup> Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 16/5032, S. 2; *Hömig*, in: ders. (Hrsg.), GG, 10. Aufl., Baden-Baden 2013, Art. 28 Rn. 21, Art. 84 Rn. 13; *Oebbecke*, Der Gemeindehaushalt (im Erscheinen), sub I.

<sup>66</sup> LSG Berlin-Brandenburg, 25.4.2013 – L 36 AS 2095/12 NK – juris, Rn. 41; Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/2069, S. 4; Antwort der Bundesregierung, BT-16/8688, S. 18; *Broß/Mayer* (Fn. 64), Art. 84 Rn. 28, 32; *Dittmann*, in: Sachs (Fn. 17), Art. 84 Rn. 13; *Groß*, in: Friauf/Höfling (Hrsg.), Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, 43. Ergänzungslieferung, Berlin 2014, Art. 84 Rn. 21; *Henneke* (Fn. 40), Art. 84 Rn. 24, 29; ders., ZG 2007, 21, 27; *Hermes* (Fn. 57), Art. 84 Rn. 9; Art. 85 Rn. 28; *Huber/Wollenschläger*, VerwArch 100 (2009), 305, 306 f.; *Kahl/Schmidtchen*, LKV 2011, 439, 443; dies., Kommunalen Klimaschutz durch Erneuerbare Energie, Tübingen 2013, S. 302 f.; *Kluth* (Fn. 52), Art. 85 Rn. 86; *Knitter*, ZG 2009, 18, 22, 23, 33; *Oebbecke*, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 40), § 136 Rn. 20, 32 f.; *Pieroth*, FS Schnapp, 2008, S. 213, 216 ff.; *Schoch*, DVBl. 2007, 261, 263; *Suerbaum* (Fn. 52), Art. 84 Rn. 27 f.; vgl. auch *Dreier*, in: ders. (Fn. 41), Band II, 2. Aufl., Tübingen 2006, Art. 28 Rn. 122; *Germann* (Fn. 55), Art. 84, 85 Rn. 106.

gesetz aufgenommen, als Reaktion auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20. Dezember 2007<sup>67, 68</sup> Art. 91e GG erwähnt nicht nur die Länder, sondern ausdrücklich auch die Gemeinden und Gemeindeverbände, obwohl das Grundgesetz sie in diesen Zusammenhängen ansonsten als Teil der Länder anspricht.<sup>69</sup> Durch die abweichende Formulierung »durchbricht« Art. 91e GG »das Verbot der bundesgesetzlichen Aufgabenübertragung auf kommunale Behörden«<sup>70</sup>. Nach dem Grundsatz *lex specialis derogat legi generali* sind Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG daher »auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitssuchende« (Art. 91e Abs. 1 GG) nicht anwendbar.<sup>71</sup> Dieses Ergebnis entspricht dem ausdrücklich erklärten Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers<sup>72</sup>. Der Bundesgesetzgeber darf kommunale Träger daher unmittelbar mit der Grundsicherung befassen. Das Grundgesetz steht dabei einem Aufgabenzuwachs kommunaler Träger durch Änderungen des SGB II nicht entgegen.<sup>73</sup> Auch dieses Ergebnis entspricht dem erklärten Willen des verfassungsändernden Gesetzgebers.<sup>74</sup> Für Optionskommunen gilt dasselbe gem. Art. 93 Abs. 2 GG.<sup>75</sup>

Der Lohnkostenzuschuss für Arbeitgeber, die Langzeitarbeitslose einstellen, sind ein Fall der »Grundsicherung für Arbeitssuchende«, wie dessen bisherige Regelung in § 16e des SGB II – Grundsicherung für Arbeitssuchende belegt und wie § 1 Abs. 3 Nr. 1 SGB II ausdrücklich bestimmt. Der verfassungsändernde Gesetzgeber hatte bei der Verwendung des Begriffs der Grundsicherung für Arbeitssuchende in Art. 91e Abs. 1 GG gerade die in § 1 SGB II beschriebenen Leistungen »zur Beendigung oder Verringerung der Hilfebedürftigkeit insbesondere durch Eingliederung in Arbeit« und »zur Sicherung des Lebensunterhalts« vor Augen.<sup>76</sup>

Unabhängig davon ist der Sinn des Aufgabenübertragungsverbots im Fall des PAT ohnehin gewahrt. Die Kommunen bedürfen des Schutzes vor finanzieller Belastung durch bundesgesetzliche Aufgabenübertragung nicht,<sup>77</sup> denn der Lohnkostenzuschuss beschert ihnen keine Mehrkosten. Derselbe (pauschalierte) Betrag, den die Kommunen bislang den Langzeitarbeitslosen als Kosten der Unterkunft und Heizung gezahlt haben, fließt nun als Teil des Lohnkostenzuschusses an den Arbeitgeber, der den Langzeitarbeitslosen eingestellt hat, und in etwa derselbe Verwaltungsaufwand, der zuvor für die Leistungsgewährung an den Arbeitslosen entstanden ist, entsteht nun für die Leistungsgewährung an den Arbeitgeber. Die Berechnung nach Pauschalen ist zulässig,<sup>78</sup> das Aufgabenübertragungsverbot steht dem PAT nicht entgegen<sup>79</sup>.

## V. Garantie des Existenzminimums gem. Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG

Dem PAT ist entgegengehalten worden, dass er mit Art. 1 Abs. 1 GG unvereinbar sei: Weil die Regelleistung der Grundsicherung, die Beiträge zur Krankenversicherung und die Kosten der Unterkunft und Heizung das Existenzminimum des Langzeitarbeitslosen sicherten, könne dieses Geld nicht als ein an den Arbeitgeber auszahlender Lohnkostenzuschuss zweckentfremdet werden.

In der Tat schützen die Leistungen gem. SGB II das Existenzminimum des Berechtigten, vgl. nur § 1 Abs. 1 SGB II, und in der Tat geschieht das in Konkretisierung verfassungsrechtlicher Vorgaben<sup>80</sup>: Das Grundgesetz garantiert

67 BVerfG, 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04 ua. – BVerfGE 119, 331 ff.

68 Zu Vor- und Entstehungsgeschichte vgl. nur *Klein* (Fn. 14), Art. 91e Rn. 1 ff., 4 ff., 8 ff.; *Mehde* (Fn. 37), Art. 91e Rn. 1 f., 3 ff., 7 ff.; *Zieglmeier*, *KommJur* 2010, 441, 441 f.

69 Siehe nur oben bei Fn. 40 f.

70 *Pieroth* (Fn. 17), Art. 91e Rn. 1; in der Sache ebenso *Klein* (Fn. 14), Art. 91e Rn. 11.

71 BVerfG, 7.10.2014 – 2 BvR 1641/11 – [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007\\_2bvr164111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007_2bvr164111.html) (24.10.2014), Rn. 86 ff., 93 ff.; *Klein* (Fn. 14), Art. 91e Rn. 9, 11, 19; *Mehde* (Fn. 37), Art. 91e Rn. 11, 14; *Pieroth* (Fn. 17), Art. 91e Rn. 1.

72 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91e), BT-Drs. 17/1554, S. 4 [»Das Verbot einer bundesgesetzlichen Aufgabenübertragung auf die Gemeinden und Gemeindeverbände (Artikel 84 Absatz 1 Satz 7, Artikel 85 Absatz 1 Satz 2 GG) gilt nicht«].

73 *Klein* (Fn. 14), Art. 91e Rn. 19; *Mehde* (Fn. 37), Art. 91e Rn. 16.

74 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91e), BT-Drs. 17/1554, S. 4 (»Erfasst ist daher auch ein zukünftiger Aufgabenzuwachs bei den kommunalen Trägern bei Änderungen des SGB II«); vgl. auch BVerfG, 7.10.2014 – 2 BvR 1641/11 – [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007\\_2bvr164111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007_2bvr164111.html) (24.10.2014), Rn. 136, 140, 142 (bei Vorliegen einer »Sachgesetzgebungs-kompetenz«).

75 BVerfG, 7.10.2014 – 2 BvR 1641/11 – [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007\\_2bvr164111.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20141007_2bvr164111.html) (24.10.2014), Rn. 101 ff., insb. Rn. 142 (»Kostentragung für die Aufgabe«); Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91e), BT-Drs. 17/1554, S. 4 f.; *Klein* (Fn. 14), Art. 91e Rn. 26; *Mehde* (Fn. 37), Art. 91e Rn. 22, 28.

76 Vgl. *Klein* (Fn. 14), Art. 91e Rn. 17 f. (»liegt auf der Hand«); *Mehde* (Fn. 37), Art. 91e Rn. 16 (»erkennbar«).

77 Nw. oben Fn. 66.

78 Vgl. *Mehde* (Fn. 37), Art. 91e Rn. 28.

79 Wissenschaftliche Dienste (Fn. 21), S. 10 f., kommen möglicherweise zu einem anderen Ergebnis, übergehen in ihrer Ausarbeitung vom 10.11.2011 allerdings auch den kurz zuvor, am 27.6.2010, in Kraft getretenen Art. 91e GG.

80 BVerfG, 12.5.2005 – 1 BvR 569/05 – NVwZ 2005, 927, 928; *Bieback*, in: *Gagel* (Begr.), SGB II/SGB III, Loseblatt, 53. Ergänzungslieferung, München 2014, Rn. 16 vor § 1 SGB II (Stand: 31. Ergänzungslieferung 2008); *Dreier*, in: *ders.* (Fn. 41), Band I, 3. Aufl., Tübingen 2013, Art. 1 Rn. 155; Wissenschaftliche Dienste (Fn. 21), S. 5.

das Existenzminimum nach der Rechtsprechung gem. Art. 1 Abs. 1 iVm. dem Sozialstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 1 GG.<sup>81</sup> Voraussetzung eines Leistungsanspruchs auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums gegen den Staat ist dabei jedoch, dass der Betroffene die notwendigen Mittel »weder aus seiner Erwerbstätigkeit, noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann«<sup>82</sup>. Nur dem »mittellosen Bürger« muss der Staat die »Mindestvoraussetzungen« eines menschenwürdigen Daseins »erforderlichenfalls durch Sozialleistungen [...] sichern«<sup>83</sup>. Folgerichtig sind auch die Leistungen der Grundsicherung gem. SGB II »subsidiär«<sup>84</sup> gegenüber dem Einsatz ihrer Arbeitskraft und dem daraus erzielten eigenen Einkommen.

Der PAT gewährt dem Arbeitgeber nur dann einen Lohnkostenzuschuss, wenn er gerade einen Langzeitarbeitslosen einstellt. Der Langzeitarbeitslose erhält aufgrund seiner Beschäftigung einen Arbeitslohn, der oberhalb jener Sozialleistungen liegt, die er zuvor bezog (siehe oben unter I.). Daher vermag der Langzeitarbeitslose sein Existenzminimum nunmehr selbst zu sichern, eben aufgrund der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung und damit aus eigener Erwerbstätigkeit. Die Verfassung fordert für diesen Fall keine Staatsleistungen. Der Staat sichert das Existenzminimum gewissermaßen als »Ausfallbürge« eben nur, solange und soweit der Betroffene bedürftig ist. Entfällt die Bedürftigkeit, muss der Staat nicht mehr eingreifen.

Entfällt die Bedürftigkeit nur zum Teil, etwa weil der Geförderte nur in Teilzeit beschäftigt wird, muss dementsprechend der Staat insoweit, wie die Bedürftigkeit entfällt, nicht mehr eingreifen. Der Staat schuldet Sozialleistungen dann nur noch in Höhe der Differenz zwischen dem erzielten Arbeitslohn und dem Existenzminimum. In der Summe ist das Existenzminimum des ehemaligen Arbeitslosen daher auch in dieser Konstellation garantiert. Der PAT steht im Einklang mit Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG.

## VI. Zusammenfassung

Der Passiv-Aktiv-Transfer (PAT) verwendet öffentliche Mittel, die langzeitarbeitslosen Menschen bislang als Sozialleistungen zu Gute kommen, als Lohnkostenzuschuss für Arbeitgeber, die einen Langzeitarbeitslosen sozialversicherungspflichtig beschäftigen. Die zu transferierenden öffentlichen Mittel stammen aus der Grundsicherung für Arbeits-

suchende und werden bislang teils vom Bund (Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts und Zuschüsse zu den Beiträgen der Kranken- und Pflegeversicherung) und teils von den Kommunen aufgebracht (Bedarfe für Unterkunft und Heizung).

Das Gesetz, das den PAT einführt, fällt in die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 (öffentlichen Fürsorge) und Nr. 12 (Arbeitsrecht einschließlich Arbeitsvermittlung) GG. Es lässt sich außerdem als Recht der Wirtschaft gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG begreifen. Die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG sind erfüllt. Finanzverfassungsrechtliche Vorgaben stehen dem PAT nicht entgegen. Das Grundgesetz kennt Ausnahmen von der Regel des Art. 104a Abs. 1 GG, nach welcher der Bund einerseits und die Länder einschließlich der Kommunen andererseits die sie treffenden Ausgaben jeweils »gesondert« zu tragen haben. Eine solche Ausnahme normiert Art. 104a Abs. 3 S. 1 GG für Bundesgesetze, die Geldleistungen gewähren und von den Ländern einschließlich der Kommunen ausgeführt werden. Ein solches Gesetz ist das PAT-G. Dasselbe Ergebnis lässt sich aus Art. 91e GG ableiten. Kommunalverfassungsrechtliche Vorgaben stehen dem PAT ebenfalls nicht entgegen. Das Aufgabenübertragungsverbot gem. Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG ist nicht einschlägig. Für das Zusammenwirken von Bund und Kommunen auf dem Gebiet der Grundsicherung für Arbeitssuchende trifft Art. 91e GG eine spezielle Regelung, die Art. 84 Abs. 1 S. 7, Art. 85 Abs. 1 S. 2 GG verdrängt. Der PAT ist mit der Garantie des Existenzminimums gem. Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar. Nach der Vermittlung erzielt der Langzeitarbeitslose ein Arbeitseinkommen oberhalb des Existenzminimums. Er bedarf dann insoweit gerade keiner staatlichen Unterstützung mehr.

81 BVerfG, 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 – BVerfGE 45, 187, 228; BVerfG, 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96 – BVerfGE 113, 88, 108 f.; BVerfG, 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 ua. – BVerfGE 123, 267, 363; BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 ua. – BVerfGE 25, 175, 175, 222; zur Verwurzelung im Sozialstaatsprinzip siehe bereits BVerfG, 18.6.1975 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 40, 121, 133.

82 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 125, 175, 222; *Jarass*, in: ders./Pieroth (Fn. 17), Art. 1 Rn. 15.

83 BVerfG, 29.5.1990 – 1 BvL 20/84 ua. – BVerfGE 82, 60, 85; *Jarass* (Fn. 82), Art. 1 Rn. 22; in der Sache ebenso BVerfG, 18.6.1975 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 40, 121, 133; *Höfling*, in: Sachs (Fn. 17), Art. 1 Rn. 31, 48.

84 *Bieback* (Fn. 80), Rn. 15 vor § 1 SGB II.

### Zusammenfassungen

#### Baer: Gleichheitsrechte: Klassisch – europäisch – fordernd

SR SR 4/2014, S. 133–139

Die Autorin zeichnet die Entwicklung der Gleichheitsrechte und ihres Einflusses auf das Arbeitsrecht nach. Sie macht deutlich, dass die Prüfung von Gleichheitsrechtsverstößen immer wieder das Hinterfragen bisher gewohnter und als legitim angesehener Übungen erfordert.

#### Spellbrink: Das Recht der Berufskrankheiten – Bilanz, Probleme, Perspektiven – Teil 1

SR SR 4/2014, S. 140–157

Der Autor zeigt die Entwicklung und derzeitige Struktur des Rechts der Berufskrankheiten auf und verdeutlicht Probleme der Anerkennung von Erkrankungen als Berufskrankheiten. Der Beitrag wird fortgesetzt im nächsten Heft, insbesondere mit Kausalitätsfragen, um im Anschluss Reformperspektiven aufzuzeigen.

#### Weinreich: Das Meldeversäumnis im SGB II

SR SR 4/2014, S. 158–163

Die Autorin befasst sich mit dem Sanktionssystem für Verstöße gegen die Meldepflicht im Rechtskreis des SGB II.

#### Hartmann: Verfassungsfragen öffentlich geförderter Beschäftigung

SR SR 4/2014, S. 164–171

In dem Beitrag wird die verfassungsrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Mitteln der Grundsicherung als Lohnkostenzuschuss für die Beschäftigung Langzeitarbeitsloser untersucht, insbesondere mit Blick auf Kompetenzrecht sowie die Vereinbarkeit mit der Menschenwürde.

### Abstracts

#### Baer: Equality rights: conventional – European – reclamatory

SR SR 4/2014, p. 133–139

The author focuses on the evolution of fundamental equality rights and their influence on labour law. She makes it clear that examining violations of equality rights must continually challenge habitual practices that had earlier seemed to be legitimate.

#### Spellbrink: The law of occupational diseases – current situation, problems, perspectives – part 1

SR SR 4/2014, p. 140–157

The author describes the evolution and framework of the law of occupational diseases and reveals the problems encountered in having an illness recognized as an occupational disease. The article will continue in the next edition with questions of causation, followed by a discussion of perspectives for reform.

#### Weinreich: Failure to register under Social Code II

SR SR 4/2014, p. 158–163

The author deals with sanctions in the case of failure to register under the system of basic welfare benefits for able-bodied unemployed people.

#### Hartmann: Constitutional law questions relating to public sponsorship of employment

SR SR 4/2014, p. 164–171

The article concerns the proposal to use basic welfare benefits to subsidize employment of long-term unemployed persons and its compatibility with the German Constitution, especially regarding legislative competence and the protection of human dignity.

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

#### Abhandlungen

- *Sebastian Kriebler*: Neue Entwicklungen des Betriebsverfassungsrechts im Spiegel der neueren Kommentarliteratur
- *Wolfgang Spellbrink*: Das Recht der Berufskrankheiten – Bilanz, Probleme, Perspektiven (Teil II)

#### Rezensionsaufsätze

- Stephan Pötters, *Grundrechte und Beschäftigtendatenschutz* (Bernd Waas)