

# 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

Das Arbeitszeitrecht der IAO: ein Impulsgeber für das Unionsrecht?  
*Achim Seifert* \_\_\_\_\_ Seite **169**

Die Reichweite der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenz-  
minimums aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG als Menschenrecht  
*Frank Schreiber* \_\_\_\_\_ Seite **181**

Die Jobs Act-Reform in Italien: »Smarte Regelung« des Weisungsrechts  
und neuer Rechtsrahmen für Selbständige  
*Elena Gramano/Hendric Stolzenberg* \_\_\_\_\_ Seite **195**

## Rezensionsaufsätze

*Ricarda Zeh*, Der Arbeitnehmer im liberalisierten Welthandel, Freizügigkeit,  
Entsendung und Freie Exportzonen  
*Benedikt Schmidt* \_\_\_\_\_ Seite **207**

Zusammenfassungen (Abstracts) | Vorschau \_\_\_\_\_ Seite **212**

# Demokratisierung der Wirtschaft durch Arbeitsrecht



## Festschrift für Thomas Klebe zum 70. Geburtstag

Herausgegeben von Olaf Deinert,  
Johannes Heuschmid, Michael Kittner,  
Marlene Schmidt.

Mit Beiträgen von insgesamt  
90 Autorinnen und Autoren –  
der *Crème de la Crème* im Arbeitsrecht  
aus Deutschland und Übersee.

2018. 510 Seiten, gebunden  
€ 98,–

ISBN 978-3-7663-6809-6  
[www.bund-verlag.de/6809](http://www.bund-verlag.de/6809)



**BUND  
VERLAG**

## Impressum

### Soziales Recht

5/2018  
ISSN 2193-5157  
Oktober 2018, 8. Jahrgang

### Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)  
Prof. Dr. Rüdiger Krause  
Institut für Arbeitsrecht der  
Georg-August-Universität Göttingen

### in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

### Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert  
Dr. Manfred Walser LL.M.

### Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der  
Georg-August-Universität Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 6  
37073 Göttingen  
Tel. 0551 / 39 – 279 48  
Fax: 0551 / 39 – 272 45  
E-Mail: [sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de](mailto:sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de)

### Verlag

Bund-Verlag GmbH

### Geschäftsführer

Rainer Jöde

### Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)  
Tel. 069/79 50 10-83

### Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH  
Heddenheimer Landstraße 144  
60439 Frankfurt/Main  
(ladungsfähige Anschrift)  
Tel. 069/79 50 10-0  
Fax: 069/13 30 77-666

### Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)  
Thorsten Kauf  
Tel. 069/79 50 10-602  
[thorsten.kauf@bund-verlag.de](mailto:thorsten.kauf@bund-verlag.de)

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

### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

### Druck

Druckerei Marquardt GmbH, Aulendorf

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

Alle in diesem Supplement veröffentlichten  
Beiträge und Abbildungen sind  
urheberrechtlich geschützt.

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

# Das Arbeitszeitrecht der IAO: ein Impulsgeber für das Unionsrecht?

Prof. Dr. Achim Seifert, Friedrich-Schiller-Universität Jena\*

## I. Problemaufriss

Die Regelung der Arbeitszeit gehört zweifelsohne zu den zentralen Bereichen der Normsetzung der IAO seit ihrer Entstehung vor nahezu einhundert Jahren. Schon Übereinkommen Nr. 1 über die Begrenzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf acht Stunden täglich und achtundvierzig Stunden wöchentlich (1919) – das erste Regelungsinstrument der IAO überhaupt – beschäftigt sich mit arbeitszeitrechtlichen Fragen; im Laufe der Jahrzehnte ist die Zahl der geltenden Übereinkommen zum Arbeitszeitrecht sogar auf mehr als ein Dutzend<sup>1</sup> und die der Empfehlungen auf sechs angewachsen,<sup>2</sup> die inzwischen aufgehobenen (überholten) Übereinkommen<sup>3</sup> und die zahlreichen Übereinkommen und Empfehlungen, die nur vereinzelt arbeitszeitrechtliche Regeln enthalten, nicht mit eingerechnet.<sup>4</sup>

Trotz dieser großen Bedeutung, welche die Arbeitszeit im Rahmen der Normsetzungstätigkeit der IAO einnimmt, sind die einschlägigen Übereinkommen und Empfehlungen im deutschen Recht aber auch auf der europäischen Ebene bislang nur selten thematisiert worden.<sup>5</sup>

Der folgende Beitrag soll diese Lücke schließen. Dies geschieht vor allem mit Blick auf das Arbeitszeitrecht der EU: Es soll insbesondere nach der Bedeutung des Arbeitszeitrechts der IAO für das Unionsrecht gefragt und ausgelotet werden, ob die Rechtsordnung der IAO dem Unionsrecht auf diesem Gebiet Impulse geben kann. Gerade weil die Reform des europäischen Arbeitszeitrechts, namentlich der Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung («Arbeitszeitrichtlinie»)<sup>6</sup>, schon seit einiger Zeit zum Stillstand gekommen ist<sup>7</sup> und auch die am 17. Januar 2017 proklamierte »Europäische Säule sozialer Rechte«<sup>8</sup> an diesem Befund nichts ändern wird, kann ein solcher Blick auf die Arbeitszeitstandards des universalen Arbeitsvölkerrechts von Interesse sein. In einem ersten Schritt sollen die wesentlichen Arbeitszeitstandards der IAO sowie ihre Funktionen skizziert werden (II). In einem zweiten Schritt

\* Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Rechtsvergleichung. Der Aufsatz ist die ausgearbeitete Version eines Vortrages, den der Verfasser am 22. 9. 2017 auf der vom Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) und dem Hugo-Sinzheimer-Institut in Trier veranstalteten Konferenz »Social Pillar – Social Europe? International Labour Law as a Stimulus for better social integration – aspirations and reality« gehalten hat.

- 1 Vgl. insbesondere Übereinkommen Nr. 1 über die Begrenzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf acht Stunden täglich und achtundvierzig Stunden wöchentlich (1919); Übereinkommen Nr. 14 über den wöchentlichen Ruhetag in gewerblichen Betrieben; Übereinkommen Nr. 30 über die Regelung der Arbeitszeit im Handel und in Büros (1930); Übereinkommen Nr. 43 über die Arbeitszeit in automatischen Tafelglashütten (1934); Übereinkommen Nr. 47 über die Verkürzung der Arbeitszeit auf vierzig Stunden wöchentlich (1935); Übereinkommen Nr. 89 über die Nachtarbeit der Frauen im Gewerbe (1948); Protokoll zum Übereinkommen Nr. 89 über die Nachtarbeit der Frauen im Gewerbe (1989); Übereinkommen Nr. 106 über die wöchentliche Ruhezeit im Handel und in Büros (1957); Übereinkommen Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub (1970); Übereinkommen Nr. 140 über den bezahlten Bildungsurlaub (1974); Übereinkommen Nr. 146 über den bezahlten Jahresurlaub der Seeleute (1976); Übereinkommen Nr. 171 über Nachtarbeit (1990); Übereinkommen Nr. 175 über Teilzeitarbeit (1994); Übereinkommen Nr. 180 über die Arbeitszeit der Seeleute (1996).
- 2 Vgl. insbesondere Empfehlung Nr. 13 betreffend die Nachtarbeit der Frauen in der Landwirtschaft (1921); Empfehlung Nr. 98 betreffend den bezahlten Urlaub (1954); Empfehlung Nr. 103 betreffend die wöchentliche Ruhezeit im Handel und in Büros (1957); Empfehlung Nr. 116 betreffend die Verkürzung der Arbeitszeit (1962); Empfehlung Nr. 178 betreffend Nachtarbeit (1990); Empfehlung Nr. 182 betreffend die Teilzeitarbeit (1994).
- 3 Eine Reihe von arbeitszeitrechtlichen Übereinkommen ist inzwischen außer Kraft getreten. So insbesondere: Übereinkommen Nr. 46 über die Begrenzung der Arbeitszeit im Kohlenbergbau (1935); Übereinkommen Nr. 61 über die Verkürzung der Arbeitszeit bei öffentlichen Arbeiten (1936); Übereinkommen Nr. 61 über die Verkürzung der Arbeitszeit in der Textilindustrie (1937); Übereinkommen Nr. 67 über die Arbeitszeit und die Ruhezeiten im Straßentransport (1939).
- 4 So zB. Art. 4 Nr. 2 und 3 Übereinkommen Nr. 172 über die Arbeitsbedingungen in Hotels, Gaststätten und ähnlichen Betrieben (1991). Als Beispiel für Empfehlungen mit einzelnen arbeitszeitrechtlichen Inhalten siehe zB. Empfehlung Nr. 123 betreffend die Beschäftigung von Frauen mit Familienpflichten (1965).
- 5 Eine Ausnahme bildet insoweit sicherlich der Beitrag von *Buschmann*, FS Eitzel, 2011, S. 103 ff.; ebenso *ders.*, FS Düwell, 2011, S. 34, 40 f. Ein knapper Überblick über das Arbeitszeitrecht findet sich auch bei *J. Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, Berlin 2017, S. 191 ff.
- 6 ABl. 2003, L 299/9.
- 7 Zu den diversen Reformbemühungen und ihrem Scheitern siehe den Überblick bei *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018, Art. 1 RL 2003/88/EG, Rn. 1 ff.
- 8 Sie wurde gemeinsam von der Europäischen Kommission, dem Europäischen Parlament und dem Europäischen Rat auf dem Göteborger Sozialgipfel am 17. 11. 2017 proklamiert, thematisiert das Arbeitszeitrecht aber nicht ausdrücklich.

steht dann der Modernisierungsbedarf, der unzweifelhaft im Arbeitszeitrecht der IAO besteht, im Vordergrund (III). In einem dritten Schritt soll die Bedeutung des Arbeitszeitrechts der IAO für das Unionsrecht erörtert werden (IV).

## II. Die zentralen Arbeitszeitstandards der IAO

Schon der Versailler Friedensvertrag von 1919, das Gründungsdokument der IAO, verlangte die Durchsetzung grundlegender arbeitszeitrechtlicher Standards durch die zu gründende IAO. Dessen Art. 427 Abs. 3 Nr. 4 und Nr. 5 zählte nämlich zu den »Verfahren und Grundsätzen für die Regelung der Arbeitsverhältnisse [...], die alle industriellen Gemeinschaften zu befolgen sich bemühen sollen, soweit ihre besonderen Verhältnisse dies gestatten«, auch »die Annahme des Achtstundentags oder der 48-Stunden-Woche als zu erstrebendes Ziel überall da, wo es noch nicht erreicht ist«, sowie »die Annahme einer wöchentlichen Arbeitsruhe von mindestens 24 Stunden, die nach Möglichkeit jedes Mal den Sonntag einschließen soll«. Mit der Verankerung des Achtstundentages trug die Versailler *Labor Commission*,<sup>9</sup> welche die Vorschriften des Friedensvertrages zur Arbeit (Teil XIII) ausgearbeitet hatte, einer zentralen Forderung der internationalen Gewerkschaftsbewegung der damaligen Zeit Rechnung.<sup>10</sup> Diese im Versailler Friedensvertrag niedergelegten Grundsätze greift die Verfassung der IAO auf, wenn sie in ihrer Präambel klarstellt, dass »eine Verbesserung [der Arbeitsbedingungen] dringend erforderlich [ist], zum Beispiel durch Regelung der Arbeitszeit, einschließlich der Festsetzung einer Höchstdauer des Arbeitstages und der Arbeitswoche, [...]«. Die Begrenzung der Arbeitszeit besitzt somit sogar Verfassungscharakter im Recht der IAO.

Und dennoch gehören die zentralen Übereinkommen der IAO zur Arbeitszeit nicht zu den Kernarbeitsnormen, die in der Erklärung der IAO von 1998 über grundlegende Prinzipien und Rechte bei der Arbeit aufgelistet sind.<sup>11</sup> Ein Recht auf Erholung und Freizeit sowie auf eine angemessene Begrenzung der Arbeitszeit und auf regelmäßigen bezahlten Urlaub, wie es Art. 7 lit. d des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) vom 19. Dezember 1966 und Art. 24 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte (AEMR) vom 10. Dezember 1948 ausdrücklich gewährleisteten,<sup>12</sup> ist von der

IAO nicht als Grundrecht der Arbeitnehmer anerkannt. Grund hierfür dürfte vor allem sein, dass die in der Erklärung von 1998 genannten vier Kernarbeitsnormen einen politischen Kompromiss darstellen, der von Industrie- und Entwicklungsländern in gleicher Weise getragen wird und es sich letztlich um *enabling rights* von Arbeitnehmern und Gewerkschaften handelt, deren Gewährleistung nicht von wirtschaftlichem Fortschritt abhängig ist, sondern sozialen Fortschritt überhaupt erst ermöglicht.<sup>13</sup>

Die Arbeitszeitstandards der IAO sind auf zahlreiche Übereinkommen und Empfehlungen verstreut und sind das Ergebnis unterschiedlicher Entwicklungsstufen der Organisation. Dies ist bei der folgenden knappen Skizze der zentralen Arbeitszeitstandards der IAO zu berücksichtigen (1.). Auch ist im Blick zu behalten, dass diese zahlreichen Übereinkommen und Empfehlungen zum Teil sehr unterschiedlichen Regelungszwecken dienen (2.).

### 1. Die wesentlichen Übereinkommen zur Arbeitszeit

Beginnend mit der ersten Internationalen Arbeitskonferenz, die im Jahre 1919 in Washington stattfand, hat die IAO eine Reihe von Übereinkommen und Empfehlungen auf dem Gebiet des Arbeitszeitrechts verabschiedet. Im Unterschied zum Unionsrecht, das mit der Arbeitszeitrichtlinie über ein allgemeines Regelungsinstrument zum Arbeitszeitrecht verfügt, besitzt das Recht der IAO keinen Rechtsakt, der die wesentlichen Aspekte des Arbeitszeitrechts in sich vereinigt. Stattdessen sind die Arbeitszeitregelungen stark verstreut und lassen allgemeine Regeln, die für sämtliche Arbeitsverhältnisse gelten, vermissen. Dies erschwert deren systematische Untersuchung erheblich.

9 Zur Arbeit der Labor Commission ausführlich *Phelan*, in: Shotwell (Hrsg.), *The Origins of the International Labor Organization II*, 2 Bde., New York 1934, S. 127 ff.

10 Vgl. Ziffer IV des Manifests der Internationalen Gewerkschaftskonferenz in Bern v. 4. 10. 1917, abgedruckt in: Shotwell (Fn. 9), S. 44 ff.

11 Kernarbeitsnormen iSd. Erklärung von 1998 sind die Vereinigungsfreiheit, das Verbot der Kinderarbeit, das Verbot der Zwangsarbeit sowie das Verbot der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf.

12 Auf regionaler europäischer Ebene enthalten Art. 2 ESC und Art. 31 ChGrEU entsprechende grundrechtliche Gewährleistungen.

13 Zu diesen Hintergründen im Überblick *Maupain*, *The Future of the International Labour Organization in the Global Economy*, Oxford/Portland (Oregon) 2013, S. 140 mwN.

### a) Arbeitszeitdauer

Den Auftakt für die Regelung der Arbeitszeit durch die IAO bildete Übereinkommen Nr. 1 über die Begrenzung der Arbeitszeit in gewerblichen Betrieben auf acht Stunden täglich und achtundvierzig Stunden wöchentlich, das auf der ersten Internationalen Arbeitskonferenz im Herbst 1919 in Washington nahezu einstimmig verabschiedet wurde. Mit der Verankerung des Achtstundentages und der 48-Stundenwoche als Grundsatz setzte die IAO nicht nur Art. 427 Nr. 4 Friedensvertrag von Versailles, sondern zugleich auch eine alte Forderung der Gewerkschaftsbewegung um.<sup>14</sup> Allerdings verwirklicht dieses nach wie vor geltende Übereinkommen beide arbeitszeitrechtlichen Grundsätze aus zwei Gründen nur unvollkommen. So ist sein sachlicher Geltungsbereich auf gewerbliche Betriebe (insbesondere Industriebetriebe und Bergwerke) beschränkt<sup>15</sup> und schließt somit kaufmännische Betriebe und die öffentliche Verwaltung – in der Sprache der IAO »Betriebe des Handels sowie Büros« –<sup>16</sup> nicht ein. Außerdem sieht es eine Reihe von Ausnahmen vor, bei deren Vorliegen eine längere Arbeitszeit festgelegt werden darf: Außer für leitende Angestellte oder für Notfälle kann insbesondere durch Kollektivvertrag ein längerer Arbeitstag (um maximal eine Stunde) vorgesehen werden, sofern nur an einem oder mehreren Wochentagen die Arbeitszeit unter acht Stunden liegt.<sup>17</sup> Der zentrale Beweggrund für die nahezu einhellige Verabschiedung von Übereinkommen Nr. 1 und das damit verbundene soziale Zugeständnis an die Arbeitnehmerschaft dürfte weniger das Bestreben der Industriestaaten, Wettbewerbsverzerrungen im internationalen Handel zu verhindern, die aufgrund von unterschiedlichen Höchstarbeitszeiten entstehen können, als vielmehr die damals noch sehr präsente Angst vor einer »Bolschewisierung« Europas gewesen sein.<sup>18</sup> Denn die Zahl der Ratifikationen dieses Übereinkommens blieb in den ersten Jahren nach seiner Verabschiedung sehr niedrig; die meisten Industriestaaten befürchteten, dass eine Bindung an Übereinkommen Nr. 1 ihre Wirtschaft gerade in den Wiederaufbaujahren nach dem Krieg Wettbewerbsnachteile aussetzen würde. An diesem Befund konnte auch der Kampf, den das Internationale Arbeitsamt während der 1920er und frühen 1930er Jahre um die Ratifizierung von Übereinkommen Nr. 1 führte, nichts ändern:<sup>19</sup> Gegenwärtig haben nur 55 von 187 Mitgliedstaaten Übereinkommen Nr. 1 ratifiziert.<sup>20</sup>

Mit Übereinkommen Nr. 30 über die Regelung der Arbeitszeit im Handel und in Büros (1930) wurden der Achtstundentag und die 48-Stundenwoche auf die vom Geltungsbereich des Übereinkommens Nr. 1 ausgenommenen kaufmännischen Betriebe und Bürobetriebe – darunter Betriebe der öffentlichen Verwaltung – ausgeweitet.<sup>21</sup> Seine Verabschiedung steht im Zusammenhang mit dem Erstarken der internationalen Angestelltengewerkschaften während der 1920er Jahre und deren Forderung nach Schaffung eines wirksamen Schutzes für die damals erheblich wachsende Gruppe der Angestellten.<sup>22</sup> Im Wesentlichen übernimmt Übereinkommen Nr. 30 die von Übereinkommen Nr. 1 für den gewerblichen Bereich geschaffenen Standards. Es geht aber insoweit über Übereinkommen Nr. 1 hinaus, als es den Begriff der Arbeitszeit erstmals definiert, und zwar als »die Zeit, während der die Arbeitnehmer zur Verfügung des Arbeitgebers stehen«, allerdings ohne »die Ruhepausen, während der die Arbeitnehmer nicht zur Verfügung des Arbeitgebers stehen«.<sup>23</sup> Doch auch Übereinkommen Nr. 30 ist von nur wenigen Mitgliedstaaten ratifiziert worden.<sup>24</sup> Für besonders schutzbedürftige Gruppen von Arbeitnehmern legte die IAO in der Folgezeit durch mehrere Übereinkommen sogar kürzere Arbeitszeiten fest. So verkürzte das Übereinkommen Nr. 43 über die Arbeitszeit in automatischen Tafelglashütten (1934) die Arbeitszeit der in diesem Wirtschaftszweig

14 Zur Geschichte dieser Forderung in der deutschen Gewerkschaftsbewegung siehe *Schneider*, Streit um Arbeitszeit: Geschichte des Kampfes um Arbeitszeitverkürzung in Deutschland, Frankfurt aM. 1984.

15 Zu den Einzelheiten siehe Art. 1 Übereinkommen Nr. 1.

16 So der sachliche Geltungsbereich von Übereinkommen Nr. 30 über die Regelung der Arbeitszeit in Handel und Büros, das Übereinkommen Nr. 1 ergänzt.

17 Vgl. Art. 2 S. 3 lit. b Übereinkommen Nr. 1.

18 So die Einschätzung von *Scelle*, L'Organisation Internationale du Travail et le B.I.T., Paris 1930, S. 258.

19 Zu dieser Auseinandersetzung ausführlich *Grabherr*, Das Washingtoner Arbeitszeitübereinkommen von 1919: Versuch einer internationalen Regelung der Arbeitszeit in Europa, Berlin 1992, S. 8–424; ein sehr guter Überblick zu der Diskussion findet sich bei *Scelle* (Fn. 18), S. 258–266.

20 Eine Liste der Ratifikationen ist abrufbar unter: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312146](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312146) (25.7.2018). Die Bundesrepublik Deutschland hat Übereinkommen Nr. 1 nicht ratifiziert.

21 Der sachliche Geltungsbereich ist in Art. 1 Übereinkommen Nr. 30 abgesteckt.

22 Zu diesen Hintergründen *Scelle* (Fn. 18), S. 266.

23 Vgl. Art. 2 Übereinkommen Nr. 30.

24 Insgesamt haben nur 30 Staaten Übereinkommen Nr. 30 ratifiziert, zu ihnen gehört nicht die Bundesrepublik Deutschland. Eine Liste der Ratifikationen ist abrufbar unter: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312175](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312175) (25.7.2018).



beschäftigten Arbeitnehmer auf 42 Stunden wöchentlich und Übereinkommen Nr. 46 über die Begrenzung der Arbeitszeit im Kohlenbergbau (1935)<sup>25</sup> begrenzte die maximale Anwesenheitsdauer im Steinkohlebergbau auf 7,45 Stunden werktäglich.

Obwohl die in den Übereinkommen Nr. 1 und 30 gewährleistete 48-Stundenwoche in den meisten Industriestaaten als Grundsatz nicht durchgesetzt werden konnte, begann die IAO bereits in den frühen 1930er Jahren, für einen Übergang zur 40-Stundenwoche zu werben.<sup>26</sup> Hintergrund dieser Politik war die Massenarbeitslosigkeit, die im Zuge der Weltwirtschaftskrise entstanden war und zu deren Verringerung eine weitere Arbeitszeitverkürzung als beschäftigungspolitisches Instrument eingesetzt werden sollte. Aus dieser politischen Diskussion ging Übereinkommen Nr. 47 über die Verkürzung der Arbeitszeit auf vierzig Stunden wöchentlich (1935) hervor, das die 40-Stundenwoche, »durchgeführt in der Weise, dass dadurch der Stand der Lebenshaltung der Arbeitnehmer nicht gesenkt wird«, zum Grundsatz erhob.<sup>27</sup> Allerdings enthält das Übereinkommen, das nach wie vor in Kraft ist, keine Vollregelung, sondern verpflichtet die ratifizierenden Mitglieder der IAO, »diesen Grundsatz auf die verschiedenen Beschäftigungsgruppen anzuwenden nach den näheren, noch festzulegenden Bestimmungen von besonderen Übereinkommen, falls diese von [ihnen] ratifiziert werden«.<sup>28</sup> Übereinkommen Nr. 47 verweist somit auf noch zu schaffende ergänzende Regelungen. Solche ergänzenden Regelungen wurden mit Übereinkommen Nr. 49 über die Verkürzung der Arbeitszeit in Flaschenglashütten (1935), Übereinkommen Nr. 51 über die Verkürzung der Arbeitszeit bei öffentlichen Arbeiten (1936),<sup>29</sup> Übereinkommen Nr. 61 über die Verkürzung der Arbeitszeit in der Textilindustrie (1937)<sup>30</sup> sowie Übereinkommen Nr. 67 über die Arbeitszeit und die Ruhezeiten im Straßen-transport (1939) geschaffen<sup>31</sup>. Übereinkommen Nr. 47 ist bis heute erst von 15 Staaten ratifiziert worden, die ergänzenden Übereinkommen, soweit sie heute überhaupt noch in Kraft sind, weisen sogar noch weniger Ratifikationen auf.<sup>32</sup>

Die IAO hat die Politik einer Verkürzung der Wochenarbeitszeit auf 40 Stunden auch in der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg weiterverfolgt, insbesondere durch die Empfehlung Nr. 116 betreffend die Verkürzung der Arbeitszeit (1962), die ausdrücklich auf Übereinkommen Nr. 47 Bezug nimmt. Allerdings scheinen bei dieser Arbeitszeit-

politik in den Zeiten wirtschaftlicher Prosperität der Nachkriegsjahre weniger beschäftigungspolitische als vielmehr andere Motive (zB. Gesundheitsschutz, Ausweitung der Freizeit) im Vordergrund gestanden zu haben.

## b) Wöchentliche Ruhezeit und bezahlter Urlaub

Jenseits dieser täglichen oder wöchentlichen Höchstleistungszeitgrenzen regeln verschiedene Übereinkommen auch noch die wöchentliche Ruhezeit und den bezahlten Urlaub.

So sichern Übereinkommen Nr. 14 über den wöchentlichen Ruhetag in gewerblichen Betrieben (1921) und Übereinkommen Nr. 106 über die wöchentliche Ruhezeit im Handel und in Büros (1957) Arbeitnehmern eine Ruhezeit von mindestens 24 aufeinanderfolgenden Stunden in der Woche; sie ist so festzusetzen, »dass sie, soweit wie möglich, auf die durch Herkommen oder Brauch des Landes oder der Gegend bestimmten Ruhetage fällt«.<sup>33</sup> Arbeitnehmer in Handel und in Büros sind somit erst 36 Jahre nach den gewerblichen Arbeitnehmern in den Genuss dieses Schutzes gelangt.

Außerdem gewährleistet Übereinkommen Nr. 132 über den bezahlten Jahresurlaub (1970), das an die Stelle von Übereinkommen Nr. 52 (1936) getreten ist, einen bezahlten Jahresurlaub von mindestens drei Arbeitswochen. Ein besonderes Übereinkommen zum bezahlten Jahresurlaub besteht für Seeleute.<sup>34</sup> Übereinkommen Nr. 140 über den bezahlten Bildungsurlaub (1974) gewährleistet überdies das Recht von Arbeitnehmern auf eine Freistellung unter Entgeltfortzahlung zu Zwecken des Bildungsurlaubs.

25 Aufgehoben durch Beschluss der 88. IAK (2000).

26 Dazu *Alcock*, History of the International Labour Organization, London 1971, S. 100 ff. mwN.

27 Vgl. Art. 1 Übereinkommen Nr. 47.

28 Art. 1 aE. Übereinkommen Nr. 47.

29 Aufgehoben durch Beschluss der 88. IAK (2000).

30 Aufgehoben durch Beschluss der 88. IAK (2000).

31 Aufgehoben durch Beschluss der 106. IAK (2017).

32 Übereinkommen Nr. 49 ist nur von zehn Staaten ratifiziert worden. Für einen Überblick über die Ratifizierung dieser ergänzenden Übereinkommen siehe *Valticos*, Droit international du travail, Paris 1970, Rn. 363 mwN. Übereinkommen Nr. 51 und 61 wurden sogar nur von einem einzigen Staat (Neuseeland) ratifiziert.

33 Art. 2 Abs. 3 Übereinkommen Nr. 14; ähnlich auch Art. 6 Übereinkommen Nr. 106.

34 Übereinkommen Nr. 146 über den bezahlten Jahresurlaub der Seeleute.

### c) Nachtarbeit

Schließlich hat die IAO in einer Reihe von Übereinkommen die Nachtarbeit eingeschränkt. Im Zentrum der Normsetzung hat dabei stets das Verbot der Nachtarbeit für weibliche Beschäftigte gestanden.<sup>35</sup>

Sahen Übereinkommen Nr. 4 über die Nachtarbeit der Frauen (1919), das durch Übereinkommen Nr. 41 (1934) überarbeitet wurde, sowie Übereinkommen Nr. 89 über die Nachtarbeit der Frauen im Gewerbe (1948) für Arbeiterinnen noch ein grundsätzliches Nachtarbeitsverbot vor, wurde dieses durch das Protokoll zu Übereinkommen Nr. 89 (1989) stark zugunsten von Ausnahmen gelockert. Übereinkommen Nr. 171 über Nachtarbeit (1990), das neben das Protokoll zu Übereinkommen Nr. 89 getreten ist, regelt sogar die Nachtarbeit von männlichen und weiblichen Beschäftigten weitgehend unterschiedslos.<sup>36</sup> Auf das Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen wird noch im Zusammenhang mit der Bedeutung des Arbeitszeitrechts der IAO für das EU-Recht zurückzukommen sein.<sup>37</sup> Ein allgemeines Nachtarbeitsverbot für Kinder und Jugendliche enthält Empfehlung Nr. 146 betreffend das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (1973).

## 2. Einzelne Funktionen der arbeitszeitrechtlichen Instrumente der IAO

Schon dieser sehr kurze Streifzug zeigt, dass das Arbeitszeitrecht der IAO auf zahlreiche Übereinkommen und Empfehlungen verstreut und infolgedessen sehr unübersichtlich ist.

Anstelle eines Rechtsaktes, der wie etwa die Arbeitszeitrichtlinie für das Unionsrecht einen allgemeinen Rahmen schafft, hat die IAO auf dem Gebiet des Arbeitszeitrechts Regelungen für bestimmte Arten von Betrieben (gewerbliche Betriebe, Handel und Büros), für einzelne Berufsgruppen und für einzelne Branchen geschaffen. Von der ökonomischen Perspektive betrachtet, dienen die Übereinkommen und Empfehlungen der IAO zum Arbeitszeitrecht – wie andere Arbeitsstandards der IAO auch<sup>38</sup> – der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen im internationalen Handel. Betrachtet man sie von dem zu schützenden arbeitenden Menschen aus, lassen sich vor allem drei verschiedene Funktionen arbeitszeitrechtlicher Regelungen unterscheiden, welche die IAO im Laufe ihrer nahezu hundertjährigen Tätigkeit entwickelt hat. Diese Funktionen schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern

können sich ergänzen. Für das Verständnis der einzelnen Übereinkommen und Empfehlungen sowie der ihnen zugrunde liegenden Politik ist es allerdings wichtig, diese drei Funktionen auseinander zu halten.

### a) Gesundheitsschutz und Arbeitssicherheit

Vorschriften über die Arbeitszeit, insbesondere über die Verkürzung der Arbeitszeit sowie das Verbot oder doch zumindest die Begrenzung von Nachtarbeit haben stets in erster Linie dem Schutz von Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer gedient. Dieser Schutz trägt letztlich dem bereits in Art. 427 Versailler Vertrag (1919) verankerten und in die IAO-Verfassung übernommenen allgemeinen Grundsatz Rechnung, dass »die Arbeit nicht als bloße Handelsware betrachtet werden darf« (*»labour is not a commodity«*). Bei dem Grundsatz, der in dieser Formulierung letztlich im US-amerikanischen Clayton Antitrust Act von 1914 seinen Ursprung hat,<sup>39</sup> geht es vor allem darum, den Besonderheiten der Arbeitskraft innerhalb des Arbeitsverhältnisses Rechnung zu tragen und damit um die Anerkennung der personenrechtlichen Elemente des Arbeitsverhältnisses: Denn »der Arbeitende gibt nicht etwas, sondern sich selbst hin [...]«. <sup>40</sup> Arbeitszeitschutz in diesem Sinne ist Ausbeutungsschutz.

Auch heute noch dient ein großer Teil der Übereinkommen und Empfehlungen der IAO zum Arbeitszeitrecht zweifelsohne dem Gesundheitsschutz und der Arbeitssicherheit. Dies gilt in besonderer Weise für die bereits erwähnten Übereinkommen Nr. 1 und 30, die Übereinkommen Nr. 14 und 106 über die wöchentliche Ruhezeit und das Übereinkommen Nr. 132 (1970) über bezahlten Urlaub. Doch auch die Übereinkommen über Nachtarbeit und die wöchentliche Ruhezeit sind in diesem Zusammenhang zu nennen. In Ermangelung eines Grundrechts auf Erholung und Freizeit sowie auf eine angemessene

35 Dazu ausführlich *Valticos/von Potobsky*, *International Labour Law*, Deventer 1994, Rn. 10 ff. mwN.

36 Vgl. aber Art. 7, der die Nachtarbeit von Arbeitnehmerinnen vor und nach der Niederkunft beschränkt.

37 Vgl. unten IV.2. mwN.

38 Dazu eingehender *Valticos/von Potobsky* (Fn. 35), Rn. 10 ff. mwN.

39 Der erste Satz von Section 17 Clayton Antitrust Act lautet: »The labour of a human being is not a commodity or article of commerce«.

40 So bereits *Sinzheimer*, Über den Grundgedanken und die Möglichkeit eines einheitlichen Arbeitsrechts für Deutschland, in: ders., *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie: gesammelte Aufsätze und Reden*, Bd. 1, Frankfurt aM./Köln 1976, S. 35, 47.

sene Begrenzung der Arbeitszeit und auf regelmäßigen bezahlten Urlaub in der Rechtsordnung der IAO formen die genannten Übereinkommen letztlich Art. 7 lit. d IPwskR und Art. 24 AEMR aus, die beide ein solches Grundrecht der Arbeitnehmer auf der Ebene des universalen Völkerrechts gewährleisten.

### b) Beschäftigungspolitik

Der Gesundheitsschutz und der Schutz der Arbeitssicherheit blieben indessen nicht die alleinigen Funktionen des Arbeitszeitrechts der IAO. Ebenso wie die meisten nationalen Rechtsordnungen der entwickelten Volkswirtschaften wechselte die arbeitszeitrechtliche Perspektive im Zuge der großen Wirtschaftskrise seit 1929 von der Mikro- auf eine Makroperspektive und stellte die beschäftigungspolitischen Effekte einer Arbeitszeitregulierung in den Vordergrund. Eine Umverteilung der Arbeitszeit zwischen Arbeitnehmern und Arbeitslosen sollte die Massenarbeitslosigkeit verringern. Dieser Paradigmenwechsel dürfte vor allem auf die Politik des *New Deal* von *Franklin D. Roosevelt* in den 1930er Jahren zurückzuführen sein. Mit der Erklärung von Philadelphia (1944),<sup>41</sup> die seit 1948 Teil der Verfassung der IAO ist, hat die Beschäftigungspolitik für die IAO sogar Verfassungscharakter erlangt.

Ausdruck einer solchen beschäftigungspolitischen motivierten Regelung der Arbeitszeit sind vor allem das bereits erwähnte Übereinkommen Nr. 47 über die Verkürzung der Arbeitszeit auf vierzig Stunden wöchentlich (1935) und die in seiner Ergänzung verabschiedeten Übereinkommen.<sup>42</sup> Auch Übereinkommen Nr. 175 über die Teilzeitarbeit (1994) ist in einen beschäftigungspolitischen Zusammenhang eingebettet, erkennt es doch in seiner Präambel ausdrücklich die Notwendigkeit an, »dass die Beschäftigungspolitik der Rolle der Teilzeitarbeit bei der Förderung zusätzlicher Beschäftigungsmöglichkeiten Rechnung trägt«. In der jüngsten Zeit scheint diese beschäftigungspolitische Funktion des Arbeitszeitrechts für die Normsetzung der IAO aber keine zentrale Bedeutung mehr einzunehmen.

### c) Förderung einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Eine dritte Funktion von Arbeitszeitvorschriften der IAO ist die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf. Die IAO hat sich diesem Ziel bereits in den 1960er Jahren zugewandt und im Jahre 1965 hierzu die Empfehlung

Nr. 123 betreffend die Beschäftigung von Frauen mit Familienpflichten verabschiedet.<sup>43</sup> Die arbeitszeitrechtliche Dimension dieser Politik ist in der Empfehlung Nr. 123 zwar nur angedeutet.<sup>44</sup> Sie ist indessen mit der Verabschiedung von Übereinkommen Nr. 156 über die Chancengleichheit und Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer: Arbeitnehmer mit Familienpflichten (1981) stärker in den Vordergrund getreten, das die ratifizierenden Mitgliedstaaten<sup>45</sup> zu Maßnahmen verpflichtet, um Arbeitnehmer mit Familienpflichten in das Arbeitsleben zu (re)integrieren bzw. eine bereits bestehende Arbeitstätigkeit trotz entgegenstehender familiärer Einbindungen aufrecht zu erhalten. Auch wenn das Übereinkommen nicht ausdrücklich Regelungen der Arbeitszeit anspricht,<sup>46</sup> ist doch klar, dass neben einem Ausbau von Kinderbetreuungseinrichtungen auch und vor allem flexiblere Arbeitszeitmodelle ein geeignetes Mittel darstellen können, Arbeitnehmer mit Familienpflichten ins Arbeitsleben zu integrieren. Diese arbeitszeitrechtliche Flankierung findet sich vor allem in der zeitgleich mit Übereinkommen Nr. 156 angenommenen Empfehlung Nr. 165, die in diesem Zusammenhang eine »schrittweise Verkürzung der täglichen Arbeitszeit und die Verringerung von Überstunden«, die Verbesserung einer flexibleren Arbeitszeiteinteilung sowie die Berücksichtigung von Familienpflichten von Arbeitnehmern bei

41 Erklärung über die Ziele und Zwecke der Internationalen Arbeitsorganisation. Zur Erklärung von Philadelphia näher *Lee*, *The Declaration of Philadelphia: Retrospect and prospect*, ILR 133, 1994, S. 467, 470 ff.; siehe auch *Alcock* (Fn. 26), S. 171 ff.

42 Dazu oben II.1.1. mwN. Empfehlung Nr. 116 betreffend die Verkürzung der Arbeitszeit (1962) besitzt – wie oben II.1.1. bereits ausgeführt – diesen beschäftigungspolitischen Hintergrund indessen nicht, obwohl es ausdrücklich Übereinkommen Nr. 47 in Bezug nimmt.

43 Zu der Empfehlung siehe *Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations General Survey of the Reports relating to the Employment (Women with Family Responsibilities) Recommendation 1965 (No. 123)*, Report III, Part 4b to the 64th Session of the International Labour Conference, Genf 1978.

44 Der Schwerpunkt der Empfehlung lag auf Vorschlägen über »Dienste und Einrichtungen zur Betreuung der Kinder«. Nur am Rande (vgl. § 11) wurde die Notwendigkeit einer besseren Abstimmung der Arbeitszeit von Arbeitnehmern mit Familienpflichten und den Schulstunden bzw. Öffnungszeiten von Betreuungseinrichtungen für Kinder thematisiert.

45 Zu diesen gehört jedoch nicht die Bundesrepublik Deutschland.

46 Art. 4 Übereinkommen Nr. 156 verlangt nur allgemein, dass »im Hinblick auf die Schaffung der tatsächlichen Chancengleichheit und Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer [...] alle mit den innerstaatlichen Verhältnissen und Möglichkeiten im Einklang stehenden Maßnahmen zu treffen [sind], um bei den Beschäftigungsbedingungen und bei der Sozialen Sicherheit ihren Bedürfnissen Rechnung zu tragen«.



deren Einteilung zur Nacharbeit als geeignete Maßnahmen nennt.<sup>47</sup>

Ebenso ist das bereits erwähnte Übereinkommen Nr. 175 über die Teilzeitarbeit (1994) im Zusammenhang mit der Beschäftigungspolitik zu nennen. Wenn dessen Art. 9 Abs. 1 die ratifizierenden Mitgliedstaaten verpflichtet, »Maßnahmen zu treffen, um den Zugang zu produktiver und frei gewählter Teilzeitarbeit zu erleichtern«, dient dies nicht nur beschäftigungspolitischen Zielen, sondern damit eng verwoben auch einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf.<sup>48</sup>

### III. Modernisierungsbedarf des Arbeitszeitrechts der IAO

Schon der obige kurze Streifzug durch das Arbeitszeitrecht der IAO hat angedeutet, dass dieses in erheblicher Weise überholungs- und modernisierungsbedürftig ist. Dies gilt sowohl für dessen Form und Struktur, als auch für seinen Inhalt, der an die Wandlungen des Arbeitslebens der vergangenen Jahrzehnte angepasst werden muss. Die IAO hat hierzu bereits erste Ansätze einer Modernisierung ihrer Arbeitsstandards in Angriff genommen. So hat der Verwaltungsrat im Jahre 2015 einen *Standards Review Mechanism* (SRM) errichtet, der aus einer dreigliedrig zusammengesetzten Arbeitsgruppe besteht und die Arbeitsstandards der IAO einer Überprüfung unterziehen soll:<sup>49</sup> Ihr Mandat umfasst insbesondere die Feststellung des Status der Standards, die Ermittlung von Schutzlücken sowie Vorschläge für eine Anpassung von Standards. Nach dem Arbeitsprogramm der Arbeitsgruppe<sup>50</sup> soll eine Überprüfung der arbeitszeitrechtlichen Übereinkommen und Empfehlungen erst im Anschluss an den *General Survey* zur Arbeitszeit erfolgen, den der Sachverständigenausschuss für die Anwendung von Übereinkommen und Empfehlungen 2018 der Internationalen Arbeitskonferenz vorgelegt hat.<sup>51</sup>

#### 1. Die Form: Schaffung eines einheitlichen Instruments zur Arbeitszeit

Mit Blick auf die Form bedarf es einer gründlichen Konsolidierung des Arbeitszeitrechts der IAO. Die zahlreichen auf einzelne Arten von Betrieben, Wirtschaftszweige oder einzelne Berufsgruppen beschränkten Regelungen des Arbeitszeitrechts sind unübersichtlich und sollten in einem Übereinkommen zusammengeführt werden. So ist

die Unterscheidung zwischen gewerblichen und kaufmännischen Betrieben, die den Übereinkommen Nr. 1 und 30 sowie Nr. 14 und 106 im Kern zugrunde liegt, nicht mehr zeitgemäß und in den meisten nationalen Rechtsordnungen inzwischen aufgegeben worden.<sup>52</sup>

Überdies sollten die grundsätzlichen Regelungen der IAO zum Arbeitszeitrecht in einem Übereinkommen – vergleichbar der Arbeitszeitrichtlinie der EU – zusammengeführt werden, um die derzeit bestehende große Unübersichtlichkeit des Arbeitszeitrechts der IAO zugunsten einer transparenten Regelung zu überwinden. Gegebenenfalls sind ergänzende Übereinkommen für bestimmte Beschäftigtengruppen zu schaffen, die allerdings auf dem allgemeinen Übereinkommen aufbauen müssten.

#### 2. Inhaltliche Modernisierung

Das Arbeitszeitrecht der IAO bedarf aber auch einer tiefgreifenden inhaltlichen Überarbeitung. Immerhin datieren nicht wenige arbeitszeitrechtliche Übereinkommen aus der Zwischenkriegszeit und orientieren sich noch an Formen der Arbeitsorganisation wie dem Taylorismus, welche von einer Standardisierung des Arbeitstages und der Arbeitswoche ausgehen und nicht die zunehmende Flexibilisierung der Arbeitszeiten in den vergangenen Jahrzehnten abbilden. Mit dieser Forderung nach einer inhaltlichen Überarbeitung soll nicht einer Deregulierung des Arbeits-

47 Vgl. Nr. 18 und 19 Empfehlung Nr. 165 betreffend die Chancengleichheit und die Gleichbehandlung männlicher und weiblicher Arbeitnehmer.

48 Vgl. Art. 9 Abs. 2 lit. c Übereinkommen Nr. 175. Diese Funktion des Übereinkommens wird auch in dessen Präambel unterstrichen, in der ua. auch auf »die Bedeutung der Bestimmungen [...] des Übereinkommens und der Empfehlung über Arbeitnehmer mit Familienpflichten, 1981« für die Ausgestaltung der Teilzeitarbeit besonders hingewiesen wird.

49 GB.325/LILS/3.

50 Vgl. SRM TWG Working Paper 1: Defining the programme of work, 2/2016, 9, abrufbar unter: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/genericdocument/wcms\\_449869.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/genericdocument/wcms_449869.pdf) (27. 7. 2018).

51 CEACR, General Survey concerning working-time instruments – Ensuring decent working time for the future, Report III (Part B). Allerdings enthält der insgesamt 330 Seiten umfassende General Survey leider keinerlei Vorschläge für eine Reform des Arbeitszeitrechts der IAO. Auch wenn das Mandat des Sachverständigenausschusses auf die Kontrolle der Anwendung der Übereinkommen und Empfehlungen der IAO beschränkt ist, wäre doch zu erwarten gewesen, dass der Ausschuss aus dem Füllhorn seiner Erfahrung und Expertise schöpft, um den Organen der IAO konkrete Vorschläge für eine Reform zu unterbreiten, die tatsächlich dem Titel des General Survey – Ensuring decent working time for the future – gerecht wird.

52 Dies gilt auch für das deutsche Arbeitsrecht: So gelten die §§ 105 ff. GewO nicht mehr nur für gewerbliche Arbeitnehmer, sondern für alle Arbeitnehmer; vgl. §§ 6 Abs. 2, 110 Satz 2 GewO, eingeführt durch Art. 1 Drittes Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung v. 24. 8. 2002, BGBl. I, S. 3412.

zeitrechts das Wort geredet werden. An dem ehernen Grundsatz des Achtstundentages und der 48 Stundenwoche wird auch künftig festgehalten werden können. Der Entstehungshintergrund der Arbeitszeitstandards der IAO lässt allerdings offen zutage treten, dass diese gegenwärtigen Herausforderungen des Arbeitslebens, wie sie sich in den vergangenen zwei bis drei Jahrzehnten herausgebildet haben, nicht bewältigen. Einige Andeutungen zu Problemfeldern mögen an dieser Stelle genügen.

So sind bislang ausgeschlossene Beschäftigtengruppen in den Geltungsbereich der bestehenden Übereinkommen und Empfehlungen zur Arbeitszeit einzubeziehen. Dies gilt namentlich für Arbeitnehmer in der Landwirtschaft, für die Höchstarbeitszeiten bislang von der IAO noch nicht festgelegt worden sind.<sup>53</sup> Auch Arbeitnehmer des Hotel- und Gaststättengewerbes sind vom arbeitszeitrechtlichen Schutz der Übereinkommen Nr. 2 und 30 nicht erfasst. Ihre Arbeitsbedingungen sind durch Übereinkommen Nr. 172 über die Arbeitsbedingungen in Hotels, Gaststätten und ähnlichen Betrieben (1991) geregelt, das den Arbeitnehmern dieses Wirtschaftszweiges nur einen »Anspruch auf eine angemessene Normalarbeitszeit und angemessene Überstundenregelungen gemäß der innerstaatlichen Gesetzgebung und Praxis« gibt und die Mitgliedstaaten verpflichtet, den Arbeitnehmern »angemessene tägliche und wöchentliche Mindestruhezeiten gemäß der innerstaatlichen Gesetzgebung und Praxis zu gewähren«.<sup>54</sup> Der arbeitszeitrechtliche Schutz dieser Beschäftigtengruppe ist somit in unbestimmter Weise abgeschwächt. Doch auch eine Einbeziehung von Arbeitnehmern des Krankenpflegesektors und von Hausangestellten drängt sich auf: Für diese Beschäftigtengruppen gibt es zwar besondere Übereinkommen, die insoweit einen gewissen Mindestschutz bei der Festlegung der Arbeitszeit gewähren, als sie eine Gleichbehandlung mit dem Normalarbeitnehmer nach dem jeweiligen nationalen Recht vorsehen.<sup>55</sup> Diese Regelungen sind allerdings deshalb problematisch, weil sie den Umfang internationaler Arbeitszeitstandards für bestimmte Beschäftigtengruppen mithilfe nationaler Regelungen bestimmen, obgleich die Funktion der Normsetzung der IAO doch gerade ist, den nationalen Gesetzgebern für ihre Normsetzungstätigkeit Vorgaben im Sinne angemessener Arbeitsbedingungen zu machen.

Außerdem kennt das Arbeitszeitrecht der IAO keinen allgemeinen Arbeitszeitbegriff. Lediglich Art. 2 Überein-

kommen Nr. 30 definiert den Begriff der Arbeitszeit als Zeit, während welcher der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Verfügung steht (ohne Ruhepausen). Die Begriffsbestimmung entspricht zwar weitgehend derjenigen von Art. 2 Nr. 1 Arbeitszeitrichtlinie. Art. 2 Übereinkommen Nr. 30 ließe sich somit durchaus verallgemeinern. Es fehlt aber eine arbeitszeitrechtliche Einordnung von Bereitschaftsdiensten oder Rufbereitschaften, etwa vergleichbar der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitszeitbegriff.<sup>56</sup> Eine zeitgemäße Gestaltung des (internationalen) Arbeitszeitrechts muss auch diese Fragen regeln.<sup>57</sup>

Darüber hinaus ist die Verteilung der Arbeitszeit durch die Bildung von Arbeitszeitkonten eine Frage, die einer Regelung bedarf. In vielen nationalen Rechtsordnungen ist die Schaffung längerer Ausgleichszeiträume inzwischen erlaubt.<sup>58</sup> Wegen ihrer Fixierung an einer Standardarbeitszeit lassen Übereinkommen Nr. 1 und Nr. 30 aber nur in sehr engen Grenzen die Errichtung von Arbeitszeitkonten zu. Auch die Sicherung von Arbeitszeitwertguthaben auf Arbeitszeitkonten stellt sich in diesem Rahmen.<sup>59</sup> Ferner erfassen die Instrumente der IAO nicht Formen der Arbeitszeit, die sich vor etwa drei bis vier Jahrzehnten entwickelt haben, wie beispielsweise die Arbeit auf Abruf. So fehlen im Recht der IAO vollständig schützende Regeln für Arbeitnehmer auf Abruf<sup>60</sup> oder für das Job-Sharing.

53 Art. 20 Übereinkommen Nr. 184 über den Arbeitsschutz in der Landwirtschaft (2001) verlangt lediglich, dass »die Arbeitszeit, die Nacharbeit und die Ruhezeiten der Arbeitnehmer in der Landwirtschaft [...] mit der innerstaatlichen Gesetzgebung oder den innerstaatlichen Gesamtarbeitsverträgen übereinstimmen [müssen]«.

54 Vgl. Art. 4 Nr. 2 und 3 Übereinkommen Nr. 172.

55 Vgl. Art. 6 Übereinkommen Nr. 149 über die Beschäftigung und die Arbeits- und Lebensbedingungen des Krankenpflegepersonals; Art. 10 Abs. 1 Übereinkommen Nr. 189 über menschenwürdige Arbeit für Hausangestellte (2011).

56 Dazu statt vieler *Ulber*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht: Grundlagen – Richtlinien – Folgen für das deutsche Recht, Köln 2015, § 6, Rn. 116 ff. mwN.

57 Allerdings ist einzuräumen, dass Art. 2 Arbeitszeitrichtlinie ebenso wenig eine ausdrückliche Regelung der Problematik enthält.

58 Für das deutsche Recht siehe insbesondere § 3 sowie § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ArbZG.

59 Der deutsche Gesetzgeber hat die Problematik in § 7e SGB IV geregelt; eine entsprechende Pflicht zur Insolvenzsicherung sieht § 8a ATG für Wertguthaben, die im Rahmen einer Altersteilzeitvereinbarung aufgebaut werden.

60 Etwa vergleichbar dem deutschen § 12 TzBfG. Das Fehlen von Regeln der IAO zur Arbeit auf Abruf erkennt auch der Sachverständigenausschuss an: vgl. CEACR, General Survey concerning working-time instruments – Ensuring decent working time for the future, Report III (Part B), Genf 2018, 264.

Auch die durch die Digitalisierung der Arbeitswelt entstehenden Herausforderungen sind nicht einmal im Ansatz von den Übereinkommen und Empfehlungen der IAO zur Arbeitszeit bewältigt worden. Man denke nur an die zunehmende Entgrenzung zwischen Arbeitszeit und Freizeit aufgrund der modernen IT-gestützten Kommunikationsformen: Ein Recht des Arbeitnehmers auf Nichterreichbarkeit außerhalb der Arbeitszeit (zB. mit Blick auf die Beantwortung von SMS oder E-Mails in der Freizeit), ist bislang innerhalb der IAO nicht einmal thematisiert worden. Einzelne nationale Rechtsordnungen sind hier schon wesentlich weiter: So verpflichten das französische und das belgische Recht Arbeitgeber grundsätzlich, auf Unternehmensebene mit der Arbeitnehmerseite Verhandlungen über die Ausgestaltung des Rechts auf Nichterreichbarkeit zu führen.<sup>61</sup> Möglicherweise muss sich diese Rechtsentwicklung in den Mitgliedstaaten noch verstärken, bis die IAO diesen Gedanken aufgreift und durch ein Übereinkommen oder eine Empfehlung »universalisiert«.

#### IV. Bedeutung des IAO-Rechts für das Arbeitsrecht der EU

Nach dieser knappen *Tour d'horizon* durch das Arbeitszeitrecht der IAO und seiner Reformbedürftigkeit ist die eingangs aufgeworfene Frage nach der Bedeutung aufzugreifen, welche diese über einen Zeitraum von nahezu einhundert Jahren geschaffenen Arbeitszeitstandards des universalen Arbeitsvölkerrechts für das Arbeitsrecht der Europäischen Union entfalten. Hierzu bedarf es zunächst einer grundsätzlichen Bestimmung des Verhältnisses zwischen den Rechtsordnungen der IAO und der EU (1.), bevor einzelne konkrete Beziehungen zwischen beiden Rechtsordnungen in den Blick genommen werden können (2.).

##### 1. Zum grundsätzlichen Verhältnis von IAO-Recht und EU-Recht

Die EU ist nicht Mitglied der IAO und ist somit an deren Übereinkommen grundsätzlich nicht unmittelbar gebunden. Wohl aber kann das Recht der IAO mittelbare Bedeutung für die EU entfalten, wenn sämtliche Mitgliedstaaten oder doch zumindest eine Mehrheit von ihnen bestimmte Übereinkommen ratifiziert haben und infolgedessen eine Missachtung dieser Standards der IAO durch die

Union zu einer Verletzung von völkerrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten gegenüber der IAO führen würde. Eine solche Bindung sämtlicher Mitgliedstaaten der EU an Übereinkommen der IAO besteht insbesondere auf dem Gebiet des Antidiskriminierungsrechts.<sup>62</sup>

Grundlage für die Koordinierung beider Rechtsordnungen ist ein Vertrag zwischen der EWG und der IAO, der am 7. Juli 1959, also gut zwei Jahre nach Inkrafttreten der Römischen Verträge, abgeschlossen wurde und die Zusammenarbeit zwischen beiden näher regelt.<sup>63</sup> Der völkerrechtliche Vertrag, der auch heute noch in Kraft ist, sieht – zusammen mit diversen Briefwechseln, welche das Abkommen konkretisieren – lediglich Verfahrensregeln vor, inhaltliche Vorgaben für die von der EWG bzw. der EU zu schaffenden harmonisierenden Vorschriften auf dem Gebiet des Arbeitsrechts enthält er nicht. Die Vereinbarung sieht im Wesentlichen eine Pflicht zur wechselseitigen Unterrichtung und Konsultation vor der Schaffung von arbeitsrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts vor. Grundgedanke des Vertrages ist somit, Kohärenz zwischen dem Recht der IAO und der EU verfahrensförmig, und zwar durch eine kontinuierliche Zusammenarbeit bei der Rechtssetzung, zu gewährleisten.

##### 2. Interaktionen zwischen IAO und EU im Arbeitszeitrecht

Auch wenn das Recht der IAO und das EU-Recht zwei voneinander getrennte Rechtsordnungen sind, interagieren sie doch auf vielfältige Weise. So ist die Europäische Kommission in den vergangenen Jahren dazu übergegangen, die Ratifizierung einzelner Übereinkommen der IAO den Mitgliedstaaten der EU zu empfehlen, sofern die darin verankerten Arbeitsstandards nicht im Konflikt mit geltendem

<sup>61</sup> Vgl. Art. L. 2242-18 Nr. 7 Code du travail franç. sowie Art. 15-17 loi belge du 26 mars 2018 relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale. Zum Recht von Arbeitnehmern auf Nichterreichbarkeit ausführlich Krause, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016, B 41 ff. mwN.

<sup>62</sup> Sowohl Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (1951) als auch Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf sind von sämtlichen Mitgliedstaaten der EU ratifiziert worden.

<sup>63</sup> Accord concernant la liaison entre l'Organisation Internationale du Travail et la Communauté Economique Européenne, ABl. 1959, C 521/29. Zu dem Abkommen eingehender Seifert, The still complex relationship between the ILO and the EU: The example of anti-discrimination law, in: IJCLIR 29, S. 39 ff. mwN.

Unionsrecht stehen.<sup>64</sup> Das Seearbeitsübereinkommen der IAO (2006) ist sogar durch Abschluss eines Abkommens der Europäischen Sozialpartner der Seefahrt, das nach Maßgabe von Art. 139 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 EGV (= Art. 155 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 AEUV) in Richtlinienrecht überführt worden ist, in Unionsrecht umgesetzt worden.<sup>65</sup> In ihrer Außenhandelspolitik fördert die EU insbesondere die Durchsetzung der Kernarbeitsnormen, wie sie in der Erklärung über grundlegende Rechte bei der Arbeit (1998) verankert sind: So macht die Union eine bevorzugte Behandlung für Waren aus Entwicklungsländern beim Zugang zum Binnenmarkt ua. davon abhängig, dass in den Herkunftsländern die Kernarbeitsnormen der IAO respektiert werden.<sup>66</sup> Entsprechende Regelungen bestehen für die Entwicklungspolitik der Union.<sup>67</sup>

Auch beim Arbeitszeitrecht ist erkennbar, dass das Unionsrecht die Wirkung der Standards der IAO innerhalb des Binnenmarktes durch deren Rezeption und die Schaffung von Konvergenz mit dem Recht der IAO fördert und verstärkt (a). Es bestehen aber auch einzelne Konfliktfelder, in denen beide Rechtsordnungen in Widerspruch zueinander treten (b).

#### a) Rezeption des Arbeitszeitrechts der IAO durch die EU

Die Arbeitszeitrichtlinie erkennt ebenso wie Übereinkommen Nr. 1 und 30 der IAO den Achtstundentag und die 48-Stundenwoche als Grundsätze an.<sup>68</sup> Auch gewährleistet Art. 5 der Arbeitszeitrichtlinie eine wöchentliche Ruhezeit von 24 Stunden in der Woche und entspricht somit den Übereinkommen Nr. 14 und 116 zur wöchentlichen Ruhezeit. Die Garantie eines bezahlten Jahresurlaubs von mindestens vier Wochen in Art. 7 Abs. 1 der Arbeitszeitrichtlinie geht sogar über den Mindeststandard von Übereinkommen Nr. 172 (drei Wochen) hinaus.

Diese Übereinstimmung von Unionsrecht und IAO-Recht ist allerdings nicht darauf zurückzuführen, dass das Recht der IAO bei der Schaffung des europäischen Arbeitszeitrechts Pate gestanden hat. Gegen einen solchen Einfluss der Übereinkommen Nr. 1 und 30 über die Höchstarbeitszeit auf die Ausarbeitung der Arbeitszeitrichtlinie spricht bereits, dass nur die wenigsten Mitgliedstaaten der früheren EG bzw. der heutigen EU die beiden Übereinkommen der IAO ratifiziert haben.<sup>69</sup> Vielmehr ist davon auszugehen, dass sich die Mitgliedstaaten bei der Ausarbeitung des europäischen Arbeitszeitrechts vor allem an ihren nationalen Standards orientiert haben. Und doch wollte der Unionsgesetzgeber das Arbeitszeitrecht der Mitgliedstaaten in

der Weise harmonisieren, dass es mit den arbeitszeitrechtlichen Übereinkommen und Empfehlungen der IAO in Einklang steht. Diese gesetzgeberische Absicht kommt in Erwägungsgrund Nr. 6 der Arbeitszeitrichtlinie klar zum Ausdruck: »Hinsichtlich der Arbeitszeitgestaltung ist den Grundsätzen der IAO Rechnung zu tragen; dies betrifft auch die für Nachtarbeit geltenden Grundsätze«.

An dieser Bezugnahme von Erwägungsgrund Nr. 6 der Arbeitszeitrichtlinie auf das Recht der IAO knüpft der EuGH in seiner Rechtsprechung an und sieht in ihr die Pflicht begründet, die Arbeitszeitrichtlinie möglichst im Lichte von IAO-Recht auszulegen.<sup>70</sup> Auch die Generalanwälte beim EuGH haben in ihren Schlussanträgen immer wieder am Arbeitszeitrecht der IAO angeknüpft. So hat Generalanwalt Saggio in der Rechtssache *SIMAP*, in der es um die Frage ging, ob auch Bereitschaftszeiten als Arbeitszeit im Sinne der Arbeitszeitrichtlinie zu qualifizieren sind, ausdrücklich auf den Arbeitszeitbegriff in Art. 2 Übereinkommen Nr. 30 über die Arbeitszeit im Handel und in Büros (1930) Bezug genommen.<sup>71</sup> Die Heranziehung von arbeitszeitrechtlichen

64 Vgl. zB. Empfehlung 2000/581/EG der Kommission v. 15. 9. 2000 zur Ratifizierung des Übereinkommens 182 der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) v. 17. 6. 1999 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit, ABl. 2000, L 243/41. Siehe auch Entscheidung 2005/367/EG des Rates v. 14. 4. 2005 zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, das Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation über Ausweise für Seeleute (Übereinkommen Nr. 185) im Interesse der Europäischen Gemeinschaft zu ratifizieren, ABl. 2005, L 136/1; ebenso Entscheidung 2007/431/EG des Rates v. 7. 6. 2007 zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, das Seearbeitsübereinkommen 2006 der Internationalen Arbeitsorganisation im Interesse der Europäischen Gemeinschaft zu ratifizieren, ABl. 2007, L 161/63. 65 Richtlinie 2009/13/EG v. 16. 2. 2009 zur Durchführung der Vereinbarung zwischen dem Verband der Reeder in der Europäischen Gemeinschaft (ECSA) und der Europäischen Transportarbeiter-Föderation (ETF) über das Seearbeitsübereinkommen 2006 und zur Änderung der Richtlinie 1999/63/EG, ABl. 2009, L 124/30. Zu dieser »Vergemeinschaftung« des Seearbeitsübereinkommens näher *Charbonneau/Chaumette*, The ILO Maritime Labour Convention 2006: An Example of Innovative Normative Consolidation in a Globalized Sector, ELLJ 1 (2010), 332, 344 f.

66 Vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. b iVm. Anhang VIII Teil A Verordnung (EU) 978/2012 v. 25. 10. 2012 über ein Schema allgemeiner Zollpräferenzen und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 732/2008 des Rates, ABl. 2012, L 303/1.

67 Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1905/2006 v. 18. 12. 2006 zur Schaffung eines Finanzierungsinstruments für die Entwicklungszusammenarbeit, ABl. 2006, L 378/41.

68 Vgl. Art. 6 Arbeitszeitrichtlinie.

69 Zu den Mitgliedstaaten der IAO, die Übereinkommen Nr. 1 und 30 ratifiziert haben, siehe die Liste, abrufbar unter: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312146](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312146) (24. 7. 2018).

70 Vgl. EuGH, 22. 11. 2011 – C-214/10 – NZA 2011, 1333 (KHS AG/Winfried Schulte), Rn. 41 f.

71 Schlussanträge des Generalanwalts Saggio v. 16. 12. 1999, Rs. C-303/98 – Slg. 2000, I-7963 (Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP)), Rn. 34.



Übereinkommen der IAO hat in Verfahren vor dem EuGH jedoch stets nur eine ergänzende Funktion gehabt.

## b) Konflikte

Trotz der Bezugnahme von Erwägungsgrund Nr. 6 der Arbeitszeitrichtlinie auf die Grundsätze der IAO ist das Arbeitszeitrecht der Union an einigen Stellen hinter den von der IAO geschaffenen Arbeitszeitstandards des universalen Arbeitsvölkerrechts zurückgeblieben. So dürfte die sog. »Opt-out-Klausel« des Art. 22 der Arbeitszeitrichtlinie nicht mit den strikten Vorgaben der Übereinkommen Nr. 1 und 30 zu vereinbaren sein.<sup>72</sup> Ein besonders gutes Beispiel für einen Konflikt zwischen beiden Rechtsordnungen bildet das grundsätzliche Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen in Art. 3 Übereinkommen Nr. 89 über die Nachtarbeit der Frauen im Gewerbe (1989), das in ein Spannungsverhältnis mit den europäischen Regeln über die Gleichbehandlung der Geschlechter geraten ist. Auch in einzelnen nationalen Arbeitsrechtsordnungen wurde das Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen gekippt oder doch zumindest stark in Zweifel gezogen.<sup>73</sup>

Der EuGH hat in mehreren Urteilen entschieden, dass nationale Rechtsvorschriften von Mitgliedstaaten, die ein Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen anordnen, gegen Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen<sup>74</sup> verstießen. In der Rechtssache *Strafverfahren gegen Alfred Stoeckel* entschied der Gerichtshof, dass Art. 5 der Richtlinie 76/207 einem grundsätzlichen Verbot der Nachtarbeit von Frauen entgegenstehe, sollte das betreffende nationale Recht – im vorliegenden Fall ging es um eine Vorschrift des französischen *Code du travail* – nicht zugleich auch ein Verbot der Nachtarbeit von Männern vorsehen.<sup>75</sup> Interessanterweise nahm der Gerichtshof in dem Urteil mit keinem Wort zu dem Problem eines Konfliktes zwischen Europarecht und Übereinkommen Nr. 89 Stellung, obgleich die Europäische Kommission in ihren Schriftsätzen und Generalanwalt *Tesauro* in seinen Schlussanträgen die Problematik angesprochen hatten.<sup>76</sup> In der Rechtssache *Jean-Claude Lévy* ging der Gerichtshof allerdings weiter und stellte fest, dass nationale Gerichte grundsätzlich nationale Vorschriften über ein Nachtarbeitsverbot von Frauen wegen Verstoßes gegen Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG nicht anwenden dürfen,

es sei denn mit der Vorschrift werden völkerrechtliche Verpflichtungen des Mitgliedstaates aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages erfüllt (Art. 234 Abs. 1 EWG-Vertrag = Art. 351 Abs. 1 AEUV).<sup>77</sup> In seinem Urteil vom 3. Februar 1994 in der Rechtssache *Office National de l'Emploi/Madeleine Minne* bestätigte der Gerichtshof seine in der *Stoeckel*-Entscheidung entwickelte Linie erneut und sah auch in nationalen Vorschriften, die Ausnahmen vom Nachtarbeitsverbot für Arbeitnehmerinnen erlaubte, sofern die Unterscheidung zwischen den Geschlechtern nicht zum Schutze der Frau (zB. Mutterschutz) notwendig ist, einen Verstoß gegen Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG.<sup>78</sup> Zugleich betonte der Gerichtshof nochmals, dass die Richtlinienvorschrift nicht verletzt werde, wenn die streitgegenständliche nationale Vorschrift völkerrechtliche Verpflichtungen des Mitgliedstaates aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrages erfüllt.

In der Folge dieser Rechtsprechung haben mehrere Mitgliedstaaten in Anwendung von Art. 234 Abs. 2 EG (= Art. 351 Abs. 2 AEUV) Übereinkommen Nr. 89 gekündigt;<sup>79</sup> einzelne Mitgliedstaaten hatten sich bereits zuvor von Übereinkommen Nr. 89 gelöst.<sup>80</sup> Das Unionsrecht hat auf diese Weise einerseits zu einer Schwächung des Arbeitszeitrechts der IAO beigetragen. Andererseits hat es dadurch eine Reformdiskussion zu Übereinkommen Nr. 89 innerhalb der IAO verstärkt, auch wenn zu beklagen ist, dass dieser Prozess bislang noch nicht in eine grundle-

72 So zu Recht *Buschmann*, FS Düwell, 2011, S. 34, 40f.

73 Für die Bundesrepublik Deutschland siehe BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BVerfGE 85, 191 ff.

74 ABl. 1976, L 39/42. Die Vorschrift entspricht dem derzeit geltenden Art. 14 Abs. 1 lit. c Richtlinie 2006/54/EG v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung).

75 EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1989, I-4062.

76 Zum Vorbringen der Kommission in dem Verfahren siehe den Sitzungsbericht des Berichterstatters Slyn, EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1989, I-4048, 4053 ff. (Stoeckel). Die Schlussanträge von Generalanwalt Giuseppe Tesauro v. 24.1.1991 konzentrierten sich sogar auf die Frage der Vereinbarkeit von Übereinkommen Nr. 89 und Art. 5 Richtlinie 76/207/EWG; vgl. EuGH, 25.7.1991 – C-345/89 – Slg. 1989, I-4055, 4056 ff. (Stoeckel).

77 EuGH, 2.8.1993 – C-158/91 – Slg. 1993, I-4300 ff. (Strafverfahren gegen Jean-Claude Lévy).

78 EuGH, 3.2.1994 – C-13/93 – Slg. 1994, I-376 ff. (Office national de l'emploi).

79 Dies gilt namentlich für Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien und Portugal. Für Einzelheiten zur Ratifizierung von Übereinkommen Nr. 89 und dessen Kündigung siehe die Angaben auf der Website der IAO: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312234\(25.7.2018\)](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312234(25.7.2018)).

80 So die Niederlande (1972) und Luxemburg (1982).

gende Überarbeitung dieses Übereinkommens eingemündet ist.<sup>81</sup>

### 3. Zwischenfazit

Die Beziehungen zwischen dem Arbeitszeitrecht der IAO und der Union erweisen sich als kompliziert. Einerseits besteht eine grundsätzliche Konvergenz bei der Regelung der Höchstdauer der Arbeitszeit, der wöchentlichen Ruhezeit und dem bezahlten Jahresurlaub. Der Vorrang des Unionsrechts vor den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten hat zur Folge, dass die genannten Arbeitszeitstandards der IAO auch für diejenigen Mitgliedstaaten der EU rechtsverbindlich sind, welche die einschlägigen Übereinkommen der IAO nicht ratifiziert haben. Andererseits bestehen aber auch einzelne Konfliktfelder. Dies gilt vor allem für das Verbot der Nacharbeit von Arbeiterinnen, das in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU in Umsetzung von Übereinkommen Nr. 89 bestand und das nach der gefestigten Rechtsprechung des EuGH mit dem unionsrechtlichen Verbot der Benachteiligung wegen des Geschlechts bei den Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen nicht zu vereinbaren ist.

## V. Schluss

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Regelung von Arbeitszeitfragen traditionell einen zentralen Stellenwert in der Rechtsordnung der IAO einnimmt. Seit ihrer Gründung im Jahre 1919 hat die IAO eine große Zahl von Übereinkommen und Empfehlungen auf diesem Gebiet verabschiedet. Die meisten dieser Instrumente dienen in erster Linie dem Schutz von Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer und verwirklichen somit deren Schutz vor Ausbeutung. In den 1930er Jahren sind aber die Beschäftigungspolitik und ab den 1960er Jahren die Förderung einer besseren Vereinbarkeit von Familie und Beruf als weitere Funktionen arbeitszeitrechtlicher Regelungen der IAO hinzugetreten. Die große Fülle arbeitszeitrechtlicher Regelungen der IAO darf indessen nicht darüber hinwegtäuschen, dass viele der Übereinkommen auf dem Gebiet des Arbeitszeitrechts nur von einer Minderheit der Mitglieder der IAO ratifiziert worden sind: So sind selbst die grundlegenden Übereinkommen Nr. 1 und 30 zur Höchstarbeitszeit nur von 52 bzw.

30 der gegenwärtig 187 Mitgliedstaaten der IAO ratifiziert worden.

Es ist deutlich geworden, dass die Arbeitszeitstandards der IAO einer gründlichen Überholung und Modernisierung bedürfen. Sie spiegeln ganz überwiegend noch eine Arbeitswelt wider, in der standardisierte Arbeitszeiten vorherrschend waren. Die arbeitszeitrechtlichen Herausforderungen der vergangenen Jahrzehnte (Flexibilisierung der Arbeitszeiten, Arbeit auf Abruf, Recht auf Nichterreichbarkeit) sind noch nicht einmal im Ansatz von der IAO bewältigt worden. Die auf eine Vielzahl von Übereinkommen verstreuten Arbeitszeitstandards der IAO sollten in einem grundlegenden Übereinkommen zusammengeführt werden, das für sämtliche Beschäftigtengruppen gilt und das auch die genannten Herausforderungen angeht. Erste behutsame Ansätze für eine Überarbeitung der in die Jahre gekommenen Arbeitsstandards der IAO gibt es bereits; konkrete Konturen einer Reform des Arbeitszeitrechts sind jedoch bislang nicht erkennbar. Klar ist, dass der Erfolg einer solchen Reform vom politischen Willen der Gruppen innerhalb der IAO abhängig ist. Soll das Arbeitszeitrecht der IAO nicht nur auf Grundsätze wie den Achtstundentag oder die 48-Stundenwoche beschränkt bleiben und auch eine Antwort auf die arbeitszeitrechtlichen Herausforderungen der Gegenwart geben, wird man auf dessen grundlegende Reform in dem skizzierten Sinne nicht verzichten können. Der bevorstehende hundertste Jahrestag der Gründung der IAO könnte ein guter Anlass sein, sich dieser Herausforderung zu stellen.

Angesichts dieses Reformbedarfs ist die Bedeutung der Arbeitszeitstandards der IAO für das Arbeitszeitrecht der Union sicherlich von begrenzter Relevanz. Sieht man einmal von den nach wie vor gültigen Grundsätzen des Achtstundentages und der 48-Stundenwoche sowie der fehlenden Vereinbarkeit der »Opt-out-Klausel« des Art. 22 der Arbeitszeitrichtlinie mit den Übereinkommen Nr. 1 und 30 ab, eignet sich das Recht der IAO nur wenig für eine Orientierung des Unionsgesetzgebers bei der Bewältigung anstehender aktueller arbeitszeitrechtlicher Herausforderungen. Das Beispiel des Konfliktes um die Vereinbarkeit von Übereinkommen Nr. 89 und dem europäischen Diskriminierungsrecht und die aktuelle Reformdiskussion innerhalb der IAO zeigt sehr gut, dass die IAO auch vom Unionsrecht lernen kann.

<sup>81</sup> Vgl. den Nachweis in Fn. 50.

# Die Reichweite der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG als Menschenrecht

Dr. Frank Schreiber, Hessisches Landessozialgericht, Darmstadt

## I. Die Problematik

In Literatur und Rechtsprechung finden sich vermehrt Stellungnahmen, wonach die Leistungsausschlüsse in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II, ihre Ergänzungen<sup>1</sup> und die Neuregelung des § 23 Abs. 3 SGB XII mit dem Grundrecht auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar sein sollen. Bei mittellosen, arbeitslosen Ausländerinnen und Ausländern – so die verschiedenen Argumentationsansätze – bestehe die Zuständigkeit oder »Grundsicherungsverantwortung des Herkunftsstaats«<sup>2</sup> fort, es werde ein Nachrang des deutschen Sozialrechts gegenüber dem des Herkunftsstaates normiert.<sup>3</sup> Die Menschenwürde könne nicht so verstanden werden, dass Bürgerinnen und Bürger ihren Aufenthalt in einem beliebigen Staat wählen dürften, mit der Folge, dass der jeweilige Staat für ihre Alimentation zuständig würde.<sup>4</sup> Die betroffene Person könne jedenfalls darauf verwiesen werden, von ihrer Freizügigkeit Gebrauch zu machen, um Sozialleistungen im Herkunftsstaat in Anspruch zu nehmen.<sup>5</sup> Verfassungsrechtlich sei nur geboten, diese Personen mit solchen Leistungen zu versorgen, die zur Organisation und Durchführung der Rückreise unerlässlich seien.<sup>6</sup> Die Verweisung auf die Selbsthilfemöglichkeit im Herkunftsstaat entspreche dem Menschenwürdekonzept des Grundgesetzes, wonach Selbstbestimmung und Selbstverantwortung zusammengehörten.<sup>7</sup> Auch sei die Situation von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern, die jederzeit in ihr Herkunftsland zurückkehren könnten, nicht mit der Situation von Asylantragstellerinnen und -antragstellern vergleichbar.<sup>8</sup>

Die Frage des Zugangs zu existenzsichernden Leistungen von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern wurde in Literatur und Rechtsprechung etwa bis 2015 sowohl verfassungs- wie unionsrechtlich bislang überwiegend als Gleichheits- bzw. Diskriminierungsproblem begriffen.<sup>9</sup>

Konsequent wurde mit der Gegenüberstellung einer über die Staatsangehörigkeit und die vermeintlich darauf bezogene »Solidargemeinschaft« vermittelten personalen Zugehörigkeit im Gegensatz zum bloßen Unterworfensein unter den territorialen Herrschaftsanspruch des Staates argumentiert und darauf aufbauend nach zulässigen Dif-

1 IdF. des Gesetzes zur Regelung von Ansprüchen ausländischer Personen in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch vom 22.12.2016, BGBl. I, S. 3155. Ebenso lesenswert wie die Entwurfsbegründung BT-Drs. 18/10211: Ausschuss für Arbeit und Soziales, Ausschussdr. 18(11)851; Plenarprotokoll 18/206, S. 20.624 ff.

2 Hünlein, in: Gagel (Begr.), SGB II/SGB III, 69. EL März 2018, (im Folgenden: Gagel), § 7 SGB II Rn. 69; SG Berlin, 25.7.2017 – S 95 SO 965/17 ER – JurionRS 2017, 19123, Rn. 37.

3 Bayerisches LSG, 13.10.2015 – L 16 AS 612/15 ER – openJur 2015, 18629, Rn. 36; LSG Rheinland-Pfalz, 11.8.2016 – L 3 AS 376/16 B ER – NZS 2016, 794, Rn. 26; LSG Rheinland-Pfalz, 19.12.2017 – L 3 AS 280/16 – juris, Rn. 60; LSG Nordrhein-Westfalen, 7.3.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – JurionRS 2016, 11905, Rn. 34; Thüringer LSG, 1.11.2017 – L 4 AS 1225/17 B ER – juris, Rn. 26; SG Berlin, 23.5.2016 – S 135 AS 3655/13 – JurionRS 2016, 18130, Rn. 79 ff.; wohl auch Ulmer, ZRP 2016, 224, 225; ders., DVBl. 2017, 482, 484 mwN.

4 ZB. LSG Berlin-Brandenburg, 30.11.2017 – L 31 AS 1431/16 ZVW – NZS 2018, 419 Rn. 43.

5 LSG Rheinland-Pfalz, 19.12.2017 – L 3 AS 280/16 – juris, Rn. 61; LSG Niedersachsen-Bremen, 22.2.2016 – L 9 AS 1335/15 B ER – JurionRS 2016, 12232, Rn. 86; ähnl. LSG Mecklenburg-Vorpommern, 7.7.2016 – L 9 SO 12/16 B ER – openJur 2016, 8274, Rn. 33; LSG Sachsen-Anhalt, 4.2.2015 – L 2 AS 14/15 B ER – NZS 2015, 351, Rn. 40.

6 SG Augsburg, 7.9.2017 – S 8 AS 621/17 – JurionRS 2017, 23025, Rn. 47; SG Berlin, 25.7.2017 – S 95 SO 965/17 ER – juris, Rn. 46; ähnl. Ulmer, DVBl. 2017, 482, 483 als Hilfe zur Selbsthilfe.

7 Ulmer, DVBl. 2017, 482, 483; ähnl. LSG Rheinland-Pfalz, 19.12.2017 – L 3 AS 280/16 – juris, Rn. 66.

8 ZB. LSG Mecklenburg-Vorpommern, 7.7.2016 – L 9 SO 12/16 B ER – openJur 2016, 8274, Rn. 33; LSG Nordrhein-Westfalen, 7.3.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – juris, Rn. 34; SG Augsburg, 7.9.2017 – S 8 AS 621/17 – JurionRS 2017, 23025, Rn. 47; Greiser/Ascher, VSSR 2016, 61, 110; ähnl. auch BT-Drs. 18/10211, S. 14.

9 Zum Verfassungsrecht insbesondere: Kingreen, SGB 2013, 132; Walter, VVDStRL 72 (2013), 7, 25 f.; Eichenhofer, SozSich 2014, 198, 200 f.; damals schon Art. 1 iVm. Art. 20 GG problematisierend: Frerichs, ZESAR 2014, 279, 282 ff.; zum Unionsrecht zusammenfassend: Schreiber, NZS 2016, 847; Wallrabenstein, ZESAR 2016, 349, beide mwN. Hintergrund ist, dass die Leistungsausschlüsse ganz überwiegend nur auf Unionsbürgerinnen und Unionsbürger abzielen, vgl. Schreiber, info also 2008, 3, 4 f.; BT-Drs. 16/688, S. 13.

ferenzierungskriterien oder Rechtfertigungsgründen gesucht, etwa nach Qualitäten beim Aufenthaltsrecht oder hinreichenden »tatsächlichen Verbindungen«.<sup>10</sup> Problematisch hieran ist nicht nur, dass Personalität und Territorialität notwendig entweder auf den Nationalstaat oder die supranationale Ebene zu beziehen sind und so jeweils konträre Argumente liefern.<sup>11</sup> Vielmehr dürfte das erst nach der Neuorientierung des EuGH<sup>12</sup> richtig in den Fokus geratene Grundrecht auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums als Menschenrecht auf der Basis der bundesverfassungsgerichtlichen Judikatur derartigen auch migrationspolitisch motivierten Differenzierungen kaum zugänglich sein.<sup>13</sup> Daher fordern Kritiker vom BVerfG auch eine Korrektur seines vermeintlich an einem »Leitbild der Sesshaftigkeit« ausgerichteten Konzepts des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG.<sup>14</sup>

Der nachfolgende Beitrag beschränkt sich auf die Frage, ob die eingangs genannten Argumentationsansätze grundrechtsdogmatisch mit der bisherigen Konzeption des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar sind oder ob eine Öffnung für derartige Argumente in der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung angelegt ist. Hierfür ist es erforderlich, zunächst die Konstruktion des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG in der Rechtsprechung des BVerfGs umfassend grundrechtsdogmatisch zu analysieren. Auf dieser Grundlage sollen die Thesen einer fehlenden »Zuständigkeit«, eines grenzüberschreitend wirkenden Nachranggrundsatzes und einer der Menschenwürde inhärenten Selbsthilfeobliegenheit in Gestalt der Ausreiseverpflichtung einer kritischen Überprüfung unterzogen werden.

## II. Würdigung der grundrechtsdogmatischen Aussagen in der bisherigen Rechtsprechung des BVerfGs

### 1. Zur personalen Reichweite

Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG gewährleistet das menschenwürdige Existenzminimum als Menschenrecht, das »deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen«<sup>15</sup> zusteht. Dies ist konsequent, denn die beiden Verfassungsnormen, aus denen das

Grundrecht folgt, sind ihrerseits in den Rechtswirkungen nicht auf deutsche Staatsangehörige oder auf Menschen mit einem bestimmten Aufenthaltstitel beschränkbar: Art. 1 Abs. 1 GG sichert die individuelle Würde des jeweiligen Menschen und die Würde des Menschen als Gattungswesen unabhängig seiner Befähigung und ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status.<sup>16</sup> Das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG hält den Gesetzgeber an, die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht im Hinblick auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums zu erfassen.<sup>17</sup> Dieser Ermittlungs- und Ausgestaltungsauftrag beruht im modernen Sozialstaat nicht mehr auf einer Personal-, sondern primär auf einer Territorialverantwortung, die freilich auf supranationaler Ebene Weiterungen bedarf.<sup>18</sup> Diese Territorialverantwortung zeigt sich auch nach der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung darin, dass es die Verfassung nicht erlaubt, das in Deutschland zu einem menschenwürdigen Leben Notwendige unter Hinweis auf das Existenzniveau des Herkunftslandes von Hilfebedürftigen oder auf das Existenzniveau in anderen Ländern niedriger als nach den hiesigen Lebensverhältnissen geboten festzulegen.<sup>19</sup>

Die Frage, ob es für die Grundrechtsträgerschaft eines bestimmten Aufenthaltsrechts bedarf, ist nach dieser Konzeption zu verneinen; solange der deutsche Staat Menschen anderer Staatsangehörigkeit auf seinem Territorium aufnimmt, beherbergt oder auch nur duldet, ist der Gewährleistungsbereich in personaler Hinsicht eröff-

10 Dazu aus unterschiedlichen Perspektiven und mit unterschiedlichen Referenzgebieten *Bast*, ZAR 2013, 353; *Devetzi*, EuR 2014, 638; *Heinig*, EuR-Beihft 2013, 31; *Kingreen*, FS Goerlich, 2015, S. 73; *Thym*, CMLR 52 (2015), 17.

11 Kritisch hierzu aus jeweils unterschiedlicher Perspektive *Bernsdorff*, RuP 2016, 28, 29 f.; *Schreiber*, SRa-Sonderheft 2015, 36, 37 f.

12 Insbesondere EuGH, 11.11.2014 – C-333/13 – NJW 2015, 145 (Dano); EuGH, 15.9.2015 – C-67/14 – NJW 2016, 555 (Alimanovic).

13 Vgl. BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 173, Rn. 95.

14 So *Thym*, VVDStRL 76 (2017), 169, 181 ff., der dies aber nicht als migrationspolitische Relativierung der Menschenwürde, sondern als Bestimmung des Grades solidarischer Verbundenheit ansieht, aaO., 183 f.

15 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 159 Rn. 63.

16 BVerfG, 20.10.1992 – 1 BvR 698/89 – BVerfGE 87, 209, 228.

17 BVerfG, 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 160 f.

18 Vgl. die Nachweise in Fn. 10 und 11.

19 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 161 Rn. 67.



net.<sup>20</sup> Die Statusunabhängigkeit des Menschenwürdeschutzes manifestiert sich daher auch in der Unabhängigkeit vom Aufenthaltsstatus.

Nicht abschließend geklärt ist, ob in der bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption des Grundrechts das Merkmal der Bedürftigkeit zum personalen Gewährleistungsbereich des Grundrechts gehört, also das subjektive Recht aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG von vornherein nur hilfebedürftigen Personen zusteht.<sup>21</sup> Dafür könnte die Beschreibung der Zielrichtung des Anspruchs durch das BVerfG angeführt werden: Wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil er sie weder aus seiner Erwerbstätigkeit, noch aus eigenem Vermögen, noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann, ist der Staat im Rahmen seines Auftrages zum Schutz der Menschenwürde und in Ausfüllung seines sozialstaatlichen Gestaltungsauftrages verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass die materiellen Voraussetzungen dafür dem Hilfebedürftigen zur Verfügung stehen.<sup>22</sup> Auch andere Formulierungen der Senatsrechtsprechung setzen an der hilfebedürftigen Person an.<sup>23</sup> Nach einer älteren Entscheidung zum Sozialstaatsprinzip widerspräche es dem Gedanken des sozialen Rechtsstaats, dass Mittel der Allgemeinheit, die zur Hilfe für deren bedürftige Mitglieder bestimmt sind, mangels genügender Kontrolle auch in Fällen in Anspruch genommen werden können, in denen wirkliche Bedürftigkeit nicht vorliege.<sup>24</sup> Auf den zweiten Blick ist diesen Formulierungen keine sichere grundrechtsdogmatische Aussage zu entnehmen. Es erscheint gleichermaßen plausibel, die Bedürftigkeit als Grund und Grenze der gesetzgeberischen Ausgestaltungsbefugnis zu sehen; zugunsten des nicht-bedürftigen Menschen muss dann lediglich kein einfachgesetzlicher Leistungsanspruch geschaffen werden.<sup>25</sup> Zudem darf der Gewährleistungsanspruch nicht auf den Anspruch auf eine sozialhilfeartige Leistung verengt gesehen werden; wie der Staat den Schutz der Würde aller Menschen durch die Sicherung des Existenzminimums verwirklicht, ist keine Frage des persönlichen Schutzbereichs. Nur in diesem Sinne ist auch die Aussage in einem Kammerbeschluss zu verstehen, die Verfassung gebiete nicht die Gewährung bedarfsunabhängiger, voraussetzungsloser Sozialleistungen; das Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG greife nur dann ein, wenn und soweit andere Mittel zur Gewährleistung eines menschen-

würdigen Existenzminimums nicht zur Verfügung stünden.<sup>26</sup>

## 2. Zur territorialen Reichweite

Die zur personalen Reichweite zitierte Passage, wonach das Menschenrecht aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG »deutschen und ausländischen Staatsangehörigen, die sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhalten, gleichermaßen«<sup>27</sup> zusteht, kann auch als Aussage zur territorialen Reichweite gelesen werden. Sie deckt sich mit einer früheren Formulierung, wonach der Staat »in Deutschland lebenden Menschen [...] jedenfalls die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein sichern« muss.<sup>28</sup>

Die Begrenzung auf den tatsächlichen Aufenthalt im Bundesgebiet versteht sich nicht von selbst, ist aber unter Heranziehung von Art. 1 Abs. 3 GG konsequent.<sup>29</sup> Zwar folgt aus Art. 1 Abs. 3 GG nicht zwingend eine räumliche Beschränkung der Grundrechtsbindung öffentlicher Gewalt auf Inlandssachverhalte. Vielmehr binden die Grundrechte die gesamte deutsche Staatsgewalt, auch

20 So auch die Interpretation von BVerfG, 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134 durch den damaligen Vorsitzenden des Ersten Senats: *Kirchhof*, NZS 2015, 1, 4; ebenso BSG, 20.1.2016 – B 14 AS 35/15 R – NZS 2016, 552, Rn. 42; *Berlit*, NDV 2017, 67, 70; *Frerichs*, ZESAR 2014, 279, 283; *Gärditz*, VVDStRL 72 (2013), 49, 76; *Kanalan*, ZESAR 2016, 365, 368; *ders.* ZESAR 2016, 414, 415 f.; *Wunder*, SozSich 2016, 198, 203.

21 Ausdrücklich *Aubel*, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des BVerfGs*, Bd. 2, Berlin 2011, S. 273, 288; *Schmidt-De Caluwe*, FS Höland, 2015, S. 223, 234; SG Mainz, 18.4.2016 – S 3 AS 99/14 – juris, Rn. 164 (anhängig am BVerfG unter 1 BvL 6/16); wohl auch *Axer*, GS Bruggler, 2013, S. 335, 343; krit. *Kempny/Krüger*, SGB 2013, 384, 386.

22 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 221; [Hervorhebung d. Verf.].

23 ZB. BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223 f.; BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 72 f., Rn 76.

24 BVerfG, 16.12.1958 – 1 BvL 3/57, 1 BvL 4/57, 1 BvL 8/58 – BVerfGE 9, 20, 35.

25 *Kempny/Krüger*, SGB 2013, 384, 386. Vgl. zur Problematik insgesamt bereits von *Arnauld*, in: von *Arnauld/Musil* (Hrsg.), *Strukturfragen des Sozialverfassungsrechts*, Tübingen 2009, S. 249, 279 f.

26 Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senates, BVerfG, 7.7.2010 – 1 BvR 2556/09 – BVerfGK 17, 375, 377 f., Rn. 14.

27 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 159 Rn. 63.

28 BVerfG, 18.6.1975 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 40, 121, 133.

29 Vgl. zum Folgenden insbesondere *Kempny/Krüger*, SGB 2013, 384, 386; *Hessisches LSG*, 26.2.2018 – L 4 SO 11/18 B ER – juris, Rn. 47; im Ergebnis ebenso *Starck*, in: v. *Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg.), GG, Bd. 1, 7. Aufl., München 2018, Art. 1 Rn. 41. Siehe auch die Nachweise in Fn. 20, die insoweit nicht differenzieren.

wenn sich ihr Handeln im Ausland auswirkt.<sup>30</sup> Auch begrenzt das Territorialprinzip allein, dh. ohne normative Grundlage im jeweiligen Grundrecht, nach heutigem Verständnis nicht die Grundrechtsbindung.<sup>31</sup> Allerdings fordert Art. 1 Abs. 3 GG für die Zurechnung zumindest eine »Auswirkung«, dh. einen Bezug zu einem Verhalten eines deutschen Hoheitsträgers.<sup>32</sup> Damit stellt sich die Frage, welche Bedürftigkeit eines Menschen im Ausland eine zurechenbare Auswirkung hoheitlichen Verhaltens, insbesondere des deutschen Gesetzgebers bei der Ausgestaltung des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG sein kann. Letztlich scheint bei einem Leistungsgrundrecht – anders als bei einem sich »auswirkenden« Eingriff – eine die Grundrechtsbindung begründende zurechenbare Wirkung staatlichen Handelns oder Unterlassens im Ausland nur schwer konstruierbar zu sein.<sup>33</sup>

### 3. Zur temporären Reichweite

Der gesetzliche Leistungsanspruch muss so ausgestaltet sein, dass er stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers deckt;<sup>34</sup> dies ist gleichbedeutend mit »in jedem Fall« und »zu jeder Zeit«.<sup>35</sup> Dieser Rechtssatz beschreibt sowohl den Gewährleistungsgehalt des Grundrechts wie auch eine Grenze der Ausgestaltungsbefugnis (»muss so ausgestaltet sein«). Die Strenge der Anforderungen an die jederzeitige Bedarfsdeckung zeigt sich auch in den Anforderungen an die Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse bei der Ausgestaltung: »Der elementare Lebensbedarf eines Menschen kann grundsätzlich nur, er muss aber auch in dem Augenblick befriedigt werden, in dem er entsteht.«<sup>36</sup> Dass es sich um eine nahezu absolute Grenze handelt, belegen die Regelungen zur Fortgeltungsanordnung in der ersten Regelsatzentscheidung und in der Entscheidung zu § 3 AsylbLG.<sup>37</sup> Sowohl das Fehlen einer Härtefallklausel als auch die evident unzureichende Leistungshöhe bedurften Übergangsregelungen durch das BVerfG selbst, da eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG »auch nicht vorübergehend hingenommen werden kann«,<sup>38</sup> weil der elementare Lebensbedarf eben in dem Augenblick zu befriedigen ist, in dem er entsteht.<sup>39</sup> Allerdings ist nur die Übergangsregelung zum AsylbLG auch rückwirkend in Kraft gesetzt worden. Der Aktualitätsgrundsatz bzw. das Gegenwärtigkeitsprinzip des Grundrechtssicherungsrechts haben damit Verfassungsrang.<sup>40</sup>

Die Dauer des Aufenthalts von Menschen mit ausländischer Staatsangehörigkeit ist für diese Pflicht zur Bedarfsdeckung unbeachtlich, solange dies keine Auswirkungen auf die Bedürftigkeit hat: Ausländische Staatsangehörige verlieren den Geltungsanspruch als soziale Individuen nicht dadurch, dass sie ihre Heimat verlassen und sich in der Bundesrepublik Deutschland möglicherweise auch nicht auf Dauer aufhalten; die einheitlich zu verstehende menschenwürdige Existenz muss daher ab Beginn des Aufenthalts in der Bundesrepublik Deutschland realisiert werden.<sup>41</sup>

### 4. Zum Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei bestehendem Aufenthalt im Inland

Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG ist ein ausgestaltungsbefähigtes Grundrecht. Dieser Ausgestaltungsauftrag steht in einem Spannungsverhältnis zum Umstand, dass die Menschenwürdegarantie nach nahezu einhelliger Auffassung<sup>42</sup> abwägungsfest ist.

30 Vgl. BVerfG, 20. 4. 2016 – 1 BvR 966/09, 1 BvR 1140/09 – BVerfGE 141, 220, 342, Rn. 326; Hillgruber, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK-Grundgesetz, Stand 15. 11. 2017, Art. 1 Rn. 76.

31 Becker, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. XI, 3. Aufl., Heidelberg 2013, § 240 Rn. 8.

32 Kempny/Krüger, SGB 2013, 384, 386.

33 Insbesondere ist das Gewährleistungsgrundrecht nicht mit einem Schadensersatzanspruch für vorangegangenes staatliches Handeln mit existenzgefährdender Wirkung zu verwechseln. Offen lassend Hessisches LSG, 26. 2. 2018 – L 4 SO 11/18 B ER – juris, Rn. 47.

34 BVerfG, 9. 2. 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 224; BVerfG, 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 160 Rn. 65 mwN.

35 BVerfG, 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 172 Rn. 94.

36 BVerfG, 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 163 Rn. 72; vgl. bereits BVerfG, 12. 5. 2005 – 1 BvR 569/05 – BVerfGE 115, 237, 241.

37 BVerfG, 9. 2. 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 259 f.; BVerfG, 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 174.

38 BVerfG, 9. 2. 2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 259.

39 BVerfG, 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 174, Rn. 99.

40 So auch Pattar, in: Berlit/Conradis/Sartorius (Hrsg.), Existenzsicherungsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, Kap. 23 Rn. 11. Vgl. als Grenze der Ausgestaltungsbefugnis Schmidt-De Caluwe, FS Höland, 2015, S. 223, 234; Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 201.

41 BVerfG, 18. 7. 2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 172 f., Rn. 94.

42 Statt vieler: Häberle, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), (Fn. 31), Bd. II., § 22 Rn. 56; ausf. zum Meinungsstand und den Konsequenzen Dreier, in: Dreier (Hrsg.) Grundgesetz, 3. Aufl. Tübingen 2013, Art. 1 Abs. 1 Rn. 46, 130 ff.; im hiesigen Kontext zu Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG Baer, NZS 2014, 1, 3.

**a) Bedarfsbezogene Grenzen des Ausgestaltungsspielraums**

Die bisherige Senatsrechtsprechung hatte sich primär mit den Grenzen der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers bei der Regelbedarfsermittlung, auch mit den Grenzen bei besonderen Bedarfssituationen zu beschäftigen. Diese Grenzen des Gestaltungsspielraums sind zweistufig zu prüfen: Zunächst ist zu untersuchen, ob die Leistungen evident unzureichend sind.<sup>43</sup> Evident unzureichend sind Sozialleistungen nur, wenn offensichtlich ist, dass sie in der Gesamtsumme keinesfalls sicherstellen können, Hilfebefürhtigen in Deutschland ein Leben zu ermöglichen, das physisch, sozial und kulturell als menschenwürdig anzusehen ist.<sup>44</sup> Jenseits dieser Evidenzkontrolle überprüft das BVerfG auf der zweiten Stufe der Plausibilitätskontrolle, ob Leistungen jeweils aktuell auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren im Ergebnis zu rechtfertigen sind.<sup>45</sup>

Bezugspunkt des Ausgestaltungsauftrags hinsichtlich des Leistungsanspruchs sind dabei die unbedingt erforderlichen Mittel zur Sicherung sowohl der physischen Existenz als auch zur Sicherung eines Mindestmaßes an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben.<sup>46</sup> Es handelt sich also um ein einheitliches Grundrecht, das sowohl das physische als auch das soziokulturelle Existenzminimum schützt. Allerdings ist der Gestaltungsspielraum enger, soweit der Gesetzgeber das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige konkretisiert, und weiter, wo es um Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben geht.<sup>47</sup> Der weite Spielraum rechtfertigt aber auch hier keine Unterdeckung<sup>48</sup>, sondern eröffnet lediglich Raum zur Berücksichtigung gesellschaftlicher Anschauungen über den Bedarf, unter Umständen auch, welche soziokulturellen Bedarfe unaufschiebbar sind und welche gegebenenfalls auch später zu decken sind.<sup>49</sup>

Die Grenzen der Ausgestaltung hat das BVerfG auch hinsichtlich der Leistungshöhe für bestimmte Personengruppen ohne deutsche Staatsangehörigkeit konkretisiert: Falls der Gesetzgeber bei der Festlegung des menschenwürdigen Existenzminimums die Besonderheiten bestimmter Personengruppen berücksichtigen will, darf er bei der konkreten Ausgestaltung existenzsichernder Leistungen nicht pauschal nach dem Aufenthaltsstatus differenzieren; eine Differenzierung ist nur möglich, sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies

folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann.<sup>50</sup> Lassen sich tatsächlich spezifische Minderbedarfe bei einem nur kurzfristigen, nicht auf Dauer angelegten Aufenthalt feststellen, und will der Gesetzgeber die existenznotwendigen Leistungen für eine Personengruppe deshalb gesondert bestimmen, muss er sicherstellen, dass die gesetzliche Umschreibung dieser Gruppe hinreichend zuverlässig tatsächlich nur diejenigen erfasst, die sich regelmäßig nur kurzfristig in Deutschland aufhalten; dies lässt sich zu Beginn des Aufenthalts nur anhand einer Prognose beurteilen.<sup>51</sup>

In diesen Anforderungen zeigt sich auch, dass das BVerfG seinen Maßstab in der Entscheidung zu § 3 AsylbLG keinesfalls nur mit dem Blick auf Personen formuliert hat, die nicht oder nur unter Schwierigkeiten in ihr Herkunftsland zurückkehren können.<sup>52</sup> Eine solche Annahme wäre bereits deshalb fernliegend, weil einer der beiden Kläger eine Person mit einer Duldung war (§ 60a Abs. 2 S. 1 AufenthG, anspruchsberechtigt nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 AsylbLG). Ausgeschlossen erscheint daher ein Rückgriff auf diese Differenzierungsbefugnis bei materiell aufenthaltsberechtigten Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern wie den Arbeitsuchenden.<sup>53</sup>

43 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 225 f.; BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 165 Rn. 78.

44 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 75 Rn. 81.

45 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 75 Rn. 82; vgl. auch BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 225 f.; BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 165 f. Rn. 79.

46 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223; BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – 132, 134, 160 Rn. 64; BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 72 Rn. 75.

47 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 161 Rn. 67; vgl. BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09 und 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 224 f.

48 Vgl. die Ausführungen zur Unzulässigkeit einer Beschränkung auf das physische Existenzminimum bei kurzer Aufenthaltsdauer in BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 172 f. Rn. 94; wie hier *Bittner*, GLJ 12 (2011), 1941, 1952 f.

49 *Aubel*, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.) (Fn. 21), S. 273, 298 im Hinblick auf Sanktionen.

50 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 164 Rn. 73.

51 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 164 f. Rn. 75.

52 Ebenso *Kanalan*, ZESAR 2016, 414, 416; vgl. auch SG Mainz, 18.4.2016 – S 3 AS 149/16 – JurionRS 2016, 18066, Rn. 513 ff. (anhängig am BVerfG unter 1 BvL 4/16).

53 Wohl auch bereits zur alten Rechtslage *Frerichs*, ZESAR 2014, 279, 285.

### b) Hinweise auf die Zulässigkeit bedarfsunabhängiger Ausgestaltungen in der Kammerrechtsprechung?

Entgegen einer verbreiteten Ansicht<sup>54</sup> kann aus einer Formulierung im Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 7. Juli 2010<sup>55</sup>, wonach die Verfassung nicht die Gewährung bedarfsunabhängiger, voraussetzungsloser Sozialleistungen gebiete, nicht auf die Zulässigkeit der Normierung von bedarfsunabhängigen Mitwirkungsobliegenheiten oder auf die Zulässigkeit des faktischen Zwangs zur Ausreise aufgrund eines Leistungsausschlusses geschlossen werden. Die entsprechende Passage beschäftigt sich allein mit der Bedarfsabhängigkeit als zulässiger Ausgestaltung des Grundrechts; im konkreten Fall ging es um die Anrechnung von BAföG-Leistungen als Einkommen.

Als Hinweis auf die grundsätzliche Zulässigkeit bedarfsunabhängiger Ausgestaltungsbefugnisse werden die beiden Kammerentscheidungen<sup>56</sup> zum Leistungsausschluss des § 7 Abs. 5 SGB II in der bis zum 31. März 2011 geltenden Fassung gelesen;<sup>57</sup> den Bedürftigen wird hier nach verfassungskonform zur Verwirklichung des Anspruchs aus dem SGB II unabhängig vom Bedarf der Ausbildungsabbruch zugemutet. Jedenfalls kann den Entscheidungen entnommen werden, dass es dem Gesetzgeber nicht verwehrt ist, unterschiedliche Sozialleistungssysteme für unterschiedliche Bedarfslagen vorzusehen und diese Systeme über die Subsidiarität des SGB II herstellende Leistungsausschlüsse voneinander abzugrenzen. Der dortige faktische Zwang, erst durch die Mitwirkungshandlung des Ausbildungsabbruchs die Voraussetzungen für den Arbeitslosengeld II-Anspruch zu erfüllen, soll danach allein ein Problem von Art. 12 Abs. 1 iVm. Art. 3 Abs. 1 und des Sozialstaatsgebots aus Art. 20 Abs. 1 GG sein,<sup>58</sup> weil diese Mitwirkungshandlung allein eine Weichenstellung zwischen zwei Leistungssystemen bewirken. Dies ist ein wesentlicher Unterschied zu den Leistungsausschlüssen und Leistungsbeschränkungen der § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII, die keinen Weg zu einem vorrangigen Leistungssystem im Inland weisen, der durch eine einfache Mitwirkungshandlung – wie in Gestalt der Exmatrikulation – sofort eröffnet werden kann. Der Anspruch auf Gewährleistung der menschenwürdigen Existenz im Inland (siehe oben II.2.) liefe ins Leere, weil die Ausreise zur Nichterfüllung einer zweifelsfrei verfassungskonformen Anspruchsvoraussetzung, nämlich dem Inlandsaufenthalt führt.

Demgegenüber muss die bereits eingangs dieses Beitrags erwähnte Passage in der Entscheidung zum AsylbLG dahingehend gelesen werden, dass durch bedarfsfremde Zwecke jedenfalls nicht die Bedarfsdeckung unterlaufen werden darf. Mithin wird der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers unmittelbar durch Art. 1 Abs. 1 GG begrenzt:<sup>59</sup> »Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungs-niveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen [...]. Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.«<sup>60</sup>

### c) Meinungsstand in der Literatur

Angesichts dieser nur punktuellen Klärungen durch die bundesverfassungsgerichtliche Rechtsprechung besteht in der rechtswissenschaftlichen Literatur Uneinigkeit hinsichtlich der hieraus ableitbaren Gründe und Grenzen der Ausgestaltungsbefugnis, insbesondere der Ausgestaltung aus bedarfsunabhängigen Erwägungen.

1. Am Strengsten ist hier die von *Nešković* und *Erdem* zur Problematik der Sanktionen entwickelte These, es überschreite schon aufgrund der Verankerung des Anspruchs in Art. 1 Abs. 1 GG den Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, wenn Mitwirkungsobliegen-

54 ZB. *Berlit*, in: *Berlit/Conradis/Sartorius* (Hrsg.), *Existenzsicherungsrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2013, Kap. 23, Rn. 11; LSG Berlin-Brandenburg, 15.10.2015 – L 34 AS 2053/11 – juris, Rn. 52; LSG Rheinland-Pfalz, 19.12.2017 – L 3 AS 280/16 – juris, Rn. 64; zutreffend dagegen SG Mainz, 18.4.2016 – S 3 AS 149/16 – JurionRS 2016, 18066, Rn. 501 ff. mwN. zum Meinungsstand.

55 BVerfG, 7.7.2010 – 1 BvR 2556/09 – BVerfGK 17, 375, 377 f.

56 BVerfG, 3.9.2014 – 1 BvR 1768/11 – JurionRS 2014, 34569 und BVerfG, 8.10.2014 – 1 BvR 886/11 – JurionRS 2014, 34544.

57 ZB. *Ulmer*, DVBl. 2017, 482, 484 f.; LSG Nordrhein-Westfalen, 7.3.2016 – L 12 SO 79/16 B ER – JurionRS 2016, 11905, Rn. 35; LSG Rheinland-Pfalz, 11.8.2016 – L 3 AS 376/16 B ER – NZS 2016, 794, Rn. 26.

58 Vgl. BVerfG, 3.9.2014 – 1 BvR 1768/11 – JurionRS 2014, 34569, Rn. 24. Damit ist allerdings das verfassungsprozessuale Problem nicht gelöst, in welchem Leistungssystem der Rechtsweg zu bestreiten ist, um mit einer Verfassungsbeschwerde eine Unterdeckung in einem System zu rügen, wenn der Zugang zum einfachgesetzlichen vorgesehenen System einfachgesetzlich evident verschlossen ist.

59 So auch im hiesigen Kontext *Devetzi/Janda*, ZESAR 2017, 197, 200; zu § 1a AsylbLG ähnl. *Kanalan*, ZfSH/SGB 2018, 241, 254 f.

60 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 173 Rn. 95.



- heiten und bedarfsdeckender Anspruch bei Leistungsabsenkungen oder -ausschlüssen verknüpft würden.<sup>61</sup>
2. Demgegenüber wird aus der grundrechtsdogmatischen Struktur der Prüfung der Grenzen der Ausgestaltung der Regelsatzhöhe, der Begründung des Anspruches mit seinen Voraussetzungen als Menschenrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG und der absoluten Ausgestaltungsgrenze, wonach der Leistungsanspruch stets den gesamten existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers decken müsse, gefolgert, dass Leistungsvoraussetzungen oder Leistungsausschlüsse, die keinen unmittelbaren Bedarfsbezug aufweisen, zwar nicht von vornherein ausgeschlossen seien, aber nur dann verfassungskonform seien, wenn sie sich aus dem Gewährleistungsgehalt von Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG selbst ergäben.<sup>62</sup> Die gesetzliche Regelung müsse also einer grundrechtsimmanenten Begrenzung der Gewährleistung entsprechen oder sonst den bekannten bedarfsbezogenen Grenzen der Ausgestaltungsbefugnis entsprechen. Gestritten werden kann dann allerdings darüber, welche immanenten Begrenzungen der Gewährleistung aus der Menschenwürde tatsächlich abgeleitet werden können.<sup>63</sup>
  3. Die Möglichkeit der „verfassungsrechtlichen Rechtfertigung“<sup>64</sup> (sic!) auch einer Unterdeckung des Existenzminimums wird auf der Basis der These angenommen, dass Art. 1 Abs. 1 GG nur den Anspruch dem Grunde nach garantiere, im Übrigen aber Beschränkungen des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG – wie bei anderen ausgestaltungsbefürdigten Grundrechten auch – der Rechtfertigung am Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung zugänglich seien.<sup>65</sup> Zum Teil wird aber auch von Vertretern dieser These anerkannt, dass ein Kerngehalt der Menschenwürde oder ein Menschenwürdesockel hierbei abwägenfest ist.<sup>66</sup>

#### d) Stellungnahme

Grund und Grenzen des gesetzgeberischen Ausgestaltungsspielraums werden in der aktuellen Diskussion auch von allgemein-grundrechtsdogmatischen Vorverständnissen geprägt.<sup>67</sup> Insoweit ist zunächst *Aubel* darin zuzustimmen, dass die erste Senatsentscheidung zu den SGB II-Regelsätzen (BVerfGE 125, 175)<sup>68</sup> nur so verstanden werden kann, dass das Gewährleistungsrecht aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG zweistufig zu prüfen ist, nach Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsinhalt.<sup>69</sup> Genaugenommen handelt es sich um eine »doppelt-zweistufige« Prüfung: Auf der

ersten Stufe ist zu fragen, ob die Voraussetzungen der Gewährleistung gegeben sind, auf der zweiten Stufe, ob der Gesetzgeber die Grenzen des Gestaltungsspielraums gewahrt hat, um den Anspruchsinhalt, die Leistungen, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind, sicherzustellen. Diese zweite Prüfung ist nach dem bisherigen, zur Regelsatzhöhe entwickelten Verständnis ebenfalls zweistufig, nämlich die Evidenzkontrolle und die Prüfung der tragfähigen Begründbarkeit der Leistungshöhe. Zwar sprach der Erste Senat hier zuletzt von einer »Rechtfertigung« der Leistungshöhe,<sup>70</sup> dies hat aber nichts mit der dreistufigen Struktur der freiheitsrechtlichen Grundrechtsprüfung zu tun. Wird der Anspruchsinhalt gemessen an den Grenzen des Gestaltungsspielraums unzureichend ausgestaltet, so ist das keine zu rechtfertigende Beeinträchtigung oder gar ein zu rechtfertigender Eingriff, sondern eine verfassungswidrige, weil den Ausgestaltungsauftrag verkennende Ausgestaltung.<sup>71</sup> Es wird dann ein grundrechtlicher Anspruch missachtet und nicht in eine Gewährleistung eingegriffen.<sup>72</sup> Für eine

61 *Nešković/Erdem*, SGB 2012, 134 und 326; ähnl. wohl *Drohse*, NZS 2014, S. 96, 100.

62 So zu den Sanktionen der §§ 31 SGB II *Schmidt-De Caluwe*, FS Höland, 2015, S. 223, 230 ff.; im Ergebnis wohl auch *Aubel*, in: Emmenegger/Wiedmann (Fn. 21), S. 273, 297 f.

63 Vgl. dazu unten III.3.; siehe auch *Kanalan*, ZfSH/SGB 2018, 245, 250 ff.

64 *Susjar/Greiser*, ZfSH/SGB 2018, 256, 264.

65 Ausf. jüngst *Susjar/Greiser*, ZfSH/SGB 2018, 256, 262 ff. mwN.; ähnl. *Lauterbach* ZfSH/SGB 2011, 584, 586; *Merold*, SGB 2016, 440, 442 ff., *Petersen*, ZfSH/SGB 2014, 669.

66 *Merold*, Freiheit durch den Staat, Hamburg 2016, S. 548 ff.; im Ergebnis auch *Berlit*, info also 2013, 195, 198, der dies als Grenze der Ausgestaltungsbefugnis und nicht als Rechtfertigung einer Beeinträchtigung formuliert. Weiter hingegen *Susjar/Greiser*, ZfSH/SGB 2018, 256, 266 f.

67 Siehe auch die Kontroverse *Burkiczak*, SGB 2012, 324 und *Nešković/Erdem*, SGB 2012, 326 zur Problematik der Sanktionen; *Susjar/Greiser*, ZfSH/SGB 2018, 256 – Der Grundsatzfrage, welcher Erkenntnisgewinn aus der Anwendung allgemeiner Grundrechtslehren auf konkrete Probleme verbunden ist, kann hier nicht nachgegangen werden, vgl. dazu *Jarass*, AöR 120 (1995), 345; *Müller*, Die Positivität der Grundrechte, 2. Aufl., Berlin 1990, passim.

68 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175.

69 Siehe die Interpretation der bisherigen Rechtsprechung bei *Aubel*, in: Emmenegger/Wiedmann (Fn. 21), S. 273, 286; *Schmidt-De Caluwe*, FS Höland, 2015, S. 223, 231; ähnl. auch *Axer*, GS Brugger, 2013, S. 335, 343 f.; *Sommermann*, in: Calliess ua. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union, Berlin 2014, S. 107, 120 und 122.

70 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 75 Rn. 82.

71 So wohl auch *Burkiczak*, SGB 2012, 324, 325; aA. *Susjar/Greiser*, ZfSH/SGB 2018, 256, 262 ff.

72 Eine entsprechende Erweiterung des Eingriffsbegriffs ist allerdings konstruierbar, siehe bereits *Lübbe-Wolff*, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, Baden-Baden 1988, S. 14 ff., 37 ff., 226 ff., die aber die hiesige Problematik nur am Rande behandelt.

Rechtfertigung am Maßstab der Verhältnismäßigkeitsprüfung bleibt hier kein Raum, denn der Verfassungsverstoß liegt bereits in der Überschreitung der Grenzen des Ausgestaltungsspielraums. Ausgeschlossen ist damit auch der Rückgriff auf die Dogmatik zu den verfassungsrechtlichen Bindungen des grundrechtsausgestaltenden Gesetzgebers bei ausgestaltungsbedürftigen Freiheitsrechten.<sup>73</sup> Nur auf den ersten Blick paradox erscheint dabei, dass die freiheits-sichernde Begrenzung des Verhältnismäßigkeitsprinzips beim Leistungsrecht seine grundrechtsschutzerhaltende Kraft als »Schranken-Schranke« nicht entfalten können soll. Nach der oben vorgestellten Gegenthese hat das Verhältnismäßigkeitsprinzip hier indes eine komplementäre Funktion; es soll – vergleichbar dem Untermaßverbot – das Maß der legitimierbaren Nichterfüllung von Ansprüchen bestimmen.<sup>74</sup> Konsequenter erscheint es, wegen der Unabwägbarkeit der Menschenwürde von vornherein die Nichterfüllung als nicht rechtfertigungsfähig anzusehen und die Anspruchsbegrenzungen nur grundrechtsimmanent im Anspruchsinhalt zu diskutieren.

Wird der einfachrechtliche Anspruch an eine Voraussetzung gekoppelt oder aus Gründen gemindert, die der verfassungsrechtliche Gewährleistungsgehalt nicht vorsieht, oder die dazu führt, dass aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG fremden Gründen nicht der gesamte existenznotwendigen Bedarf jedes individuellen Grundrechtsträgers gedeckt wird oder zeitweise ungedeckt bleibt, kann es auf die Wahrung der anderen Grenzen des Gestaltungsspielraums nicht mehr ankommen.<sup>75</sup> Positiv formuliert: Nur wenn die bedarfsunabhängige einfachgesetzliche Leistungsvoraussetzung oder Leistungsabsenkung entweder bereits nicht den verfassungsrechtlichen Gewährleistungsgehalt des in Art. 1 Abs. 1 GG begründeten Anspruchs beeinträchtigt oder aber trotz fehlender Bedarfsabhängigkeit die Grenzen des Ausgestaltungsspielraums wahrt, ist sie mit Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar.

Dieser Befund aus den bisherigen Erkenntnissen über die grundrechtsdogmatische Struktur des Grundrechts wird heuristisch zunächst dadurch bestätigt, dass das BVerfG bislang allein aus dem Grundrecht selbst den Grund und die Grenzen des Ausgestaltungsspielraums bestimmt hat.<sup>76</sup> Einerseits hat es den Gestaltungsauftrag zur Festlegung der Regelsatzhöhe tendenziell stärker im Sozialstaatsprinzip verankert und dort auch den relativ großen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers wegen der Abhängigkeit des Leistungsumfangs von gesellschaftli-

chen Anschauungen und der sozialen Wirklichkeit betont.<sup>77</sup> Andererseits zeigen die argumentativ mit Art. 1 Abs. 1 GG verknüpften Elemente der Konstitutionalisierung des Aktualitätsgrundsatzes (oben II.3.), der gesetzgeberischen Pflicht zur Normierung eines Anspruchs<sup>78</sup> und der Absage an die Rechtfertigung einer Unterdeckung aus menschenwürde- oder sozialstaatsfremden, nämlich migrationspolitischen Erwägungen (oben II.4.b), dass die unmittelbar der Menschenwürde zuzurechnenden Gehalte der Garantie der Existenzminimums nicht einer Abwägung zugänglich sind. Die Eigenständigkeit des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG kann mithin nicht als Grund dafür herangezogen werden, die leistungsrechtliche Gewährleistung der Menschenwürde durch Abwägung mit beliebigen anderen Verfassungswerten zu relativieren.<sup>79</sup> Die gegenteilige Ansicht würde zudem dazu führen, dass die nunmehr anerkannte subjektiv-leistungsrechtliche Funktion hinter der objektivrechtlichen Schutzpflicht zurückbliebe, die zuvor bereits garantiert hat, die Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein zu sichern.<sup>80</sup> Vermögen also andere Verfassungswerte den Ausgestaltungsspielraum nicht in der Weise zu erweitern, dass sie keine Bedarfsunterdeckung rechtfertigen können, so gilt dies nach der bundesverfassungsgerichtlichen Konzeption allerdings auch für die Grenzen des Ausgestaltungsspielraums: »Andere Grundrechte, wie zum Beispiel Art. 3 Abs. 1 GG oder Art. 6 Abs. 1 GG, vermögen für die Bemessung des Existenzminimums im Sozialrecht keine weiteren Maßstäbe zu setzen. Entscheidend ist von Verfassungs wegen allein, dass für jede individuelle hilfebedürftige Person das Existenzminimum nach Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG ausreichend erfasst wird; eines Rückgriffs auf weitere

73 Dazu *Bumke*, *Ausgestaltung von Grundrechten*, Tübingen 2009, S. 49 ff. Auch dort ist aktuell aus der Perspektive der allgemeinen Grundrechtsdogmatik wenig geklärt, vgl. nur *Epping*, *Grundrechte*, 6. Aufl., Berlin 2015, Rn. 435 ff.

74 Vgl. *Sommerrmann*, in: *Calliess ua.* (Fn. 69), S. 107, 126; dagegen *Bittner*, *GLJ* 12 (2011), 1941, 1953.

75 Ähnl. *Schmidt-De Caluwe*, *FS Höland*, 2015, S. 223, 231.

76 So auch *Schmidt-De Caluwe*, *FS Höland*, 2015, S. 223, 231; ähnl. jüngst *Kanalan*, *ZfSH/SGB* 2018, 247, 249 f.

77 Vgl. BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125 175, 224 f.

78 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223.

79 So aber *Susjar/Greiser*, *ZfSH/SGB* 2018, 256, 259 f., 266 f. mwN.

80 Vgl. BVerfG, 18.6.1975 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 40, 121, 133.

Grundrechte bedarf es hier nicht«. <sup>81</sup> Dies mag man kritisieren, weil vielleicht andere Grundrechte von vornherein maßstabsreicher wären und griffigere Kriterien bereithielten als Menschenwürde und Sozialstaat, <sup>82</sup> belegt aber hier die Konsequenz des Gerichts hinsichtlich der Konturierung von Grund und Grenzen des Ausgestaltungsspielraums. Die zitierte Formulierung zielt zunächst nur auf die Bedarfsbemessung. Wird aber bestimmten Personengruppen der Zugang zu existenzsichernden Leistungen von vornherein verwehrt, ist das Menschenrecht auf Erhalt eines Existenzminimums gleichermaßen betroffen. Die notwendige Prüfung dieses prima facie zwar gleichheitswidrigen Zustands findet zumindest in Höhe des entzogenen Mindeststandards ausschließlich am Maßstab von Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG statt. <sup>83</sup> Nur wenn die entsprechende Ungleichbehandlung überhaupt keinen Bezug zur menschenwürdesichernden Funktion der Gewährleistung des Existenzminimums bzw. der Bedarfsdeckung aufweist, ist insbesondere Art. 3 Abs. 1 GG zu prüfen. <sup>84</sup>

Aus alledem folgt nicht, dass bedarfsunabhängige Mitwirkungsobliegenheiten oder andere, nicht am Bedarf anknüpfende Leistungsvoraussetzungen oder -ausschlüsse schlechthin verfassungswidrig wären. Sie müssen sich nur aus dem Grundrecht selbst ergeben. So ist es im Regelfall der Einsichtsfähigkeit der betreffenden Person mit der Menschenwürde unvereinbar, dieser bedürftigen Person gegen ihren Willen existenzsichernde Leistungen aufzuzwängen <sup>85</sup>; eine Mitwirkungspflicht in Gestalt eines Antragserfordernisses bei der Grundsicherung der Erwerbsfähigen in § 37 SGB II findet hierin ihre grundrechtsimmanente Grundlage. Auch bleibt es dem Gesetzgeber grundsätzlich gestattet, unterschiedliche Leistungssysteme für unterschiedliche Gruppen typisierend so auszugestalten, dass die Zugehörigkeit zur Gruppe Leistungsvoraussetzung ist, die auch durch Mitwirkungshandlungen hergestellt werden kann (siehe oben II.4.b). Dies gilt allerdings nur dann, wenn alle Leistungssysteme für den jeweiligen Adressatenkreis den Anforderungen aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG genügen. <sup>86</sup> Schließlich können migrationspolitische, arbeitsmarktpolitische und sonstige Steuerungsziele über die Normierung bedarfsunabhängiger Mitwirkungsobliegenheiten oder anderer nicht am Bedarf anknüpfender Leistungsvoraussetzungen oder -ausschlüsse grundsätzlich solange verfolgt werden, solange sie gleichsam im Windschatten einer immanenten Begrenzung der Gewährleistung »segeln«.

### III. Konsequenzen

#### 1. »Zugehörigkeit«, kollisionsrechtliche Zuständigkeit und die Frage der Anwendbarkeit von Grundrechten

Soweit die Verfassungskonformität der Leistungsausschlüsse und Leistungsabsenkungen in § 7 Abs. 1 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII mit der fehlenden »Zuständigkeit« der Bundesrepublik Deutschland begründet wird, ist festzustellen, dass die Argumentationen kollisionsrechtlich sowohl am Internationalen Sozialrecht als auch an den Grundrechten ansetzen.

Das Internationale Sozialrecht, das über Kollisionsnormen die anzuwendende Sozialrechtsordnung bestimmt, ist innerhalb der Europäischen Union durch die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit allseitig harmonisiert. <sup>87</sup> Für beitragsunabhängige Geldleistungen – in der Bundesrepublik Deutschland nach Anhang X VO (EG) 883/2004 Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung nach dem Vierten Kapitel des SGB II sowie Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts der Grundsicherung für Arbeitssuchende – ist nach der Kollisionsnorm <sup>88</sup> des Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 der Wohnsitzstaat, dh. der Staat des gewöhnlichen Aufenthalts, ausschließlich zuständig. <sup>89</sup> Demnach könnte die

81 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 227.

82 Dazu Axer, GS Brugger, 2013, S. 335, 345 f. mwN. Vgl. auch die Argumentation des vorliegenden Hessischen LSG zu Art. 3 Abs. 1 GG und Art. 6 GG, 29.10.2008 – L 6 AS 336/07 – juris, Rn. 126 ff.

83 Ascher, Sozialleistungen für Unionsbürger, Baden-Baden 2017, S. 156, dort auch eine ausführliche Darstellung der Problematik der Grundrechtskonkurrenzen mwN.

84 So zu Fragen der Einkommensanrechnung bei existenzsichernden Leistungen jüngst BVerfG, 27.7.2016 – 1 BvR 371/11 – BVerfGE 142, 353, 385 ff. Rn. 68 ff.; siehe bereits BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvR 293/05 – BVerfGE 116, 229, 240.

85 Gagel-Striebing (Fn. 2), § 37 SGB II Rn. 10.

86 So ist der Vorschlag von Berlit, NDV 2017, 67, 71, die nicht materiell-aufenthaltsberechtigten, von den Leistungsausschlüssen im SGB II und SGB XII Betroffenen auf einen Antrag auf Feststellung des Wegfalls des Aufenthaltsrechts zu verweisen, um Leistungsberechtigung im AsylbLG herzustellen, allenfalls dann verfassungskonform, wenn die dort dann abgesenkte Leistungshöhe dem Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG genügt. Zur Folgeproblematik siehe insbesondere Brings/Oehl, ZAR 2016, 22; Voigt, info also 2016, 99.

87 Becker, SDSRV 59 (2010), 89, 94; Steinmeyer, in: Fuchs (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2018, Vorbem. Titel II VO (EG) 883/2004, Rn. 1 mwN., auch zur aA. hinsichtlich der Allseitigkeit.



Bundesrepublik Deutschland durch eine nationale Kollisionsnorm ohnehin nur den Leistungsbezug von Unionsbürgerinnen und Unionsbürgern bei nur tatsächlichem Aufenthalt<sup>90</sup> und den von der europäischen Sozialrechtskoordinierung nicht betroffenen Leistungen nach dem Dritten Kapitel des SGB XII regeln, wobei die nationale Kollisionsnorm darüber hinaus den völkerrechtlichen Vorgaben des Europäischen Fürsorgeabkommens vom 11. Dezember 1953 sowie weiterer bilateraler Abkommen über die Sozialhilfegewährung genügen müsste. Wenn insoweit gleichwohl auf die Europarechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes verwiesen und unter Hinweis auf das Urteil in der Rechtsache *Alimanovic*<sup>91</sup> behauptet wird, die Zuständigkeitszuweisung an den Heimatstaat entspreche der Sozialordnung der EU<sup>92</sup>, werden Kollisionsnorm und Sachnorm verwechselt. Die kollisionsrechtliche Rechtsfolge von Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 ist strikt von der umstrittenen sachrechtlichen Frage zu trennen, ob und welche Ungleichbehandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit im zuständigen Staat zulässig sind, die sekundärrechtlich aus Art. 4 VO (EG) 883/2004 und Art. 24 RL 2004/38/EG zu beantworten ist.<sup>93</sup> Der EuGH hat in der Rechtsache *Alimanovic* in Ansehung<sup>94</sup> der alleinigen Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland sachrechtlich weitgehende Leistungsausschlüsse gerechtfertigt, weswegen sich vermehrt die Frage nach einem weitergehenden Schutz nach dem Grundgesetz stellt.

Nun wird darüber hinaus vertreten, die Bundesrepublik Deutschland sei auch nicht für den Grundrechtsschutz aller sich hier aufhaltender Unionsbürgerinnen und Unionsbürger zuständig.<sup>95</sup> Auf kollisionsrechtliches Denken bei der Bestimmung der anwendbaren Grundrechtsordnung zurückzugreifen, ist keine Selbstverständlichkeit und bislang allenfalls im Mehrebenensystem bei der Auflösung von Grundrechtsanwendungskonflikten diskutiert worden.<sup>96</sup> Hier geht es allerdings nicht um positive Normanwendungskonflikte, vielmehr soll eine Kollisionsnorm zur Unanwendbarkeit der deutschen Grundrechte führen. Die Vertreter dieser These bleiben eine Antwort schuldig, aus welcher *verfassungsrechtlichen* oder höherrangigen Kollisionsnorm sie diese Rechtsfolge herleiten. In Ermangelung einer solchen bleibt *sedes materiae* der Problematik allein Art. 1 Abs. 3 GG und der persönliche Gewährleistungsbereich des jeweiligen Grundrechts.<sup>97</sup> Auf dieser Grundlage ist es

nicht möglich, zu anderen Ergebnissen zu gelangen als zu den bereits unter II.1. und II.2. dargestellten.

## 2. Grenzüberschreitender Nachrang?

Die These eines Nachrangs kann auch nicht verfassungskonform als sachrechtlicher Gedanke dahingehend verstanden werden, dass ein Leistungsausschluss solange Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG genüge, solange es der Person zumutbar sei, in einen anderen Staat auszureisen und dort einen Anspruch auf existenzsichernde Sozialleistungen geltend zu machen.

Die territoriale Reichweite des Grundrechts ist jedenfalls deckungsgleich mit der territorialen Reichweite des Anspruchs auf gesetzliche Ausgestaltung eines Anspruchs auf Existenzsicherung während des Aufenthalts im Inland (II.2.).<sup>98</sup> Die bloße Heimkehrmöglichkeit ist wegen des hinreichenden tatsächlichen Aufenthalts irrelevant.<sup>99</sup> Der

88 Zur weiteren Charakterisierung der Norm siehe EuGH, 19.9.2013 – C-140/12 – NZS 2014, 20 (Brey), Rn. 39 ff.; Schreiber, in: Schreiber/Wunder/Dern (Hrsg.), VO (EG) 883/2004, München 2012, Art. 70 Rn. 30–33 mwN.

89 Insoweit einhellige Ansicht, vgl. Greiser/Ascher, VSSR 61 (2016), 84 f. und die Nachweise in der vorherigen Fn.

90 Zur kollisionsrechtlichen Bedeutung von Sozialrechtsnormen, die an den tatsächlichen oder gewöhnlichen Aufenthalt anknüpfen siehe Schreiber, SRa-Sonderheft 2015, 37, 38 f.

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

92 So Ulmer, DVBl. 2017, S. 482, 484.

93 Siehe dazu die Nachweise in Fn. 9 und 10 und im Hinblick auf den neuen Leistungsausschluss in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 c SGB II Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197; Oberhäuser/Steffen, ZAR 2017, 149.

94 Das BSG ist in seinem Vorabentscheidungsersuchen von der Zuständigkeit der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 70 Abs. 4 VO (EG) 883/2004 ausgegangen, vgl. BSG, 12.12.2013 – B 4 AS9/13 R – NZS 2014, 234, Rn. 33 ff.; zum kollisionsrechtlichen Verständnis der Norm durch den EuGH siehe oben Fn. 85.

95 So insbesondere SG Berlin, 25.7.2017 – S 95 SO 965/17 ER – JurionRS 2017, 19123, Rn. 37; LSG Berlin-Brandenburg, 30.11.2017 – L 31 AS 1431/16 ZVW – NZS 2018, 419, Rn. 43; vgl. auch die Nachweise in Fn. 3.

96 Insbesondere Sauer, in: Matz-Lück/Hong (Hrsg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem, Berlin 2012, S. 1 ff.; allgemein ders., Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, Berlin 2008, S. 111 ff. Bereichsspezifische Überlegungen zB bei der Grundrechtsgeltung im Privatrecht bei Ladeur/Viellechner, in: Vesting/Augsberg (Hrsg.), Das Recht der Netzwerkgesellschaft, Baden-Baden 2013, S. 665, 675.

97 Vgl. auch die Prüfung der möglichen Ausstrahlungswirkung von Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG und der Grundrechtsverpflichteten bei Kempny/Krüger, SGB 2013, 384, 386 ff., sowie Hessisches LSG, 26.2.2018 – L 4 SO 11/18 B ER – juris, Rn. 47.

98 Wie hier und zum Folgenden auch Devetzi/Janda, ZESAR 2017, 197, 201; Wunder, SozSich 2016, 198, 203; ähnl. SG Mainz, 18.4.2016 – S 3 AS 149/16 – JurionRS 2016, 18066, Rn. 508 f. Kritisch zur Neuregelung insoweit auch Berlit, NDV 2017, 67, 69.

99 BSG, 20.1.2016 – B 14 AS 35/15 R – JurionRS 2016, 13613, Rn. 42.



Anspruch ist auch nur im Inland zu verwirklichen.<sup>100</sup> Insoweit erschiene es paradox, eine ausgestaltende Norm als Anspruchsinhalt oder Obliegenheit als verfassungskonform anzusehen (vorrangige Bedarfsdeckung durch Ausreise in den Herkunftsstaat), die im Moment ihrer Erfüllung den Anspruch bereits dem Grunde nach entfallen ließe. Soweit auf die Sicherstellung eines hinreichenden Anspruchs im Herkunftsstaat auf der Grundlage von Art. 13 ESC hingewiesen wird,<sup>101</sup> leidet die Argumentation an dem Mangel, dass dies nicht der zu prüfende Sachverhalt ist. Die gegenwärtige Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums im Inland unterscheidet sich von der ebenfalls uU. am Maßstab von Art. 1 Abs. 1 GG zu prüfenden Frage, ob zB. eine Abschiebung in einen Zielstaat aufgrund der dortigen Verhältnisse verfassungswidrig ist.<sup>102</sup> Darin zeigt sich zudem, dass die Verweisung auf die Sozialleistungen im Herkunftsstaat die anerkannte temporäre Grenze des Ausgestaltungsspielraums missachtet (II.3.). Denn wegen des fehlenden Aufenthalts im Herkunftsstaat kann die Verweisung auf dortige Ansprüche nicht »stets und zu jeder Zeit« den in der Bundesrepublik entstehenden Bedarf decken. Es fehlt in den Herkunftsländern jedenfalls bei existenzsichernden Leistungen regelmäßig an Leistungsexportansprüchen. Erst wenn durch Ausreise der Statutenwechsel und die dortigen Anspruchsvoraussetzungen hergestellt sind, kann auch dort der Bedarf gedeckt werden, aber dies ist ein anderer Fall (s. o.). Da bereits die territoriale Reichweite des Grundrechts dieser Lösung entgegensteht, muss hier aber nicht weiter erörtert werden, welche Zeitspanne hinreichend ist, um den elementaren Lebensbedarf in dem Augenblick zu befriedigen, in dem er entsteht.

Hinzu kommt, dass es Staaten gibt, die ihren eigenen Staatsangehörigen nicht schon beim tatsächlichen Aufenthalt, sondern erst nach Wiederherstellung des gewöhnlichen Aufenthalts oder nach der nach neuerer EuGH-Rechtsprechung nicht zu beanstandenden Drei-Monats-Frist<sup>103</sup> existenzsichernde Leistungen gewähren.<sup>104</sup> Selbst wenn es also diesen grenzüberschreitenden Nachrang gäbe, der zudem gegenwärtig nach Auffassung des BSG im SGB II oder SGB XII so nicht normiert ist<sup>105</sup>, müsste geprüft werden, ob die Bedürftigkeit so tatsächlich beseitigt werden kann.

Mit alledem soll allerdings nicht in Abrede gestellt werden, dass der (einfachrechtliche) Nachranggrundsatz

bei bestehender Rechtslage in der Weise grenzüberschreitend wirkt, dass insbesondere auch bereite Mittel aus ausländischen Quellen als Einkommen oder Vermögen zu berücksichtigen sind. So ist es verfassungsrechtlich unbedenklich, exportierte Sozialleistungen von Sozialleistungsträgern aus anderen Mitgliedstaaten als Einkommen anzurechnen (vgl. zB. die Leistungsexportansprüche nach Art. 21 VO (EG) 883/2004 bei Leistungen wie Krankengeld oder Art. 64 VO (EG) 883/2004 bei Geldleistungen wegen Arbeitslosigkeit). Geht es bei einem nur tatsächlichen Aufenthalt um den Bedarf zur Rückreise in den Herkunftsstaat, so können konsularische Leistungen des Herkunftsstaats vorrangig sein.

### 3. Ausreiseobliegenheit und das Menschenbild der Menschenwürde

Es bleibt mithin die sich vom positiven Recht allzu leicht entfernende Frage zu beantworten, ob aufgrund der Menschenwürde inhärenter Grenzen eine Selbsthilfeobliegenheit durch Ausreise formuliert werden kann, mit der Folge, dass die Grenzen des Ausgestaltungsspielraums auf der zweiten Stufe des Grundrechts gar nicht berührt oder aber entsprechend erweitert werden. Die Argumente scheinen an zwei Punkten ansetzen, beide am Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft: *Ers-tens* könnte formuliert werden, dass es nicht geboten sei, Menschen zu helfen, die eigenverantwortlich in die Bundesrepublik Deutschland gekommen sind und die eigenverantwortlich dieses Land wieder verlassen können, um sich selbst zu helfen, wenn im Übrigen ein eigenverantwortliches Leben in der Bundesrepublik Deutschland nicht geglückt ist; insoweit bestünde allenfalls Anspruch auf die Rückreisekosten.<sup>106</sup> *Zweitens* könnte in der (vermeintlich) hochmobilen europäischen Gesellschaft die

100 Kanalan, ZESAR 2016, 414, 416; Oberhäuser/Steffen, ZAR 2017, 149, 151; ähnl. zum Nachranggrundsatz LSG Nordrhein-Westfalen, 24. 4. 2013 – L 20 AY 153/12 B ER, juris, Rn. 58 mwN.

101 BT-Drs. 18/10211, S. 14; LSG Niedersachsen-Bremen, 25. 11. 2016 – L 11 AS 567/16 B ER – juris, Rn. 25 mwN.

102 Zum dortigen Bedeutung von Art. 1 Abs. 1 GG im Kontext von Art. 19 Abs. 4 GG vgl. BVerfG, 21. 4. 2016 – 2 BvR 273/16 – juris, Rn. 14.

103 EuGH, 25. 2. 2016 – C-299/14 – NJW 2016, 1145 (García Nieto).

104 Siehe Janda, SRa-Sonderheft 2015, 16, 18 f. unter Hinweis auf das Vereinigte Königreich.

105 BSG, 20. 1. 2016 – B 14 AS 35/15 R – JurionRS 2016, 18887 Rn. 42.

106 In diese Richtung geht Ulmer, DVBl. 2017, 482, 483 mwN.

Frage nach der Bestimmung der »richtigen« Solidargemeinschaft<sup>107</sup> gestellt werden, in der sich der Gemeinschaftsbezug der Menschenwürde verwirklicht. Diese klingt an, wenn jenseits von Zuständigkeitsüberlegungen vertreten wird, dass nicht jede EU-Ausländerin und jeder EU-Ausländer durch die Bundesrepublik alimentiert werden könne. Der Aspekt kann auch in *Thyms* Überlegung gesehen werden, auch unter Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG den Grad der Verbundenheit mit der Aufnahmegesellschaft zu bestimmen und hieran abgestufte Solidaritätspflichten zu knüpfen, wobei ein Gebietskontakt nicht notwendig mit voller sozialer Teilhabe einhergehen müsse.<sup>108</sup>

Die Auseinandersetzung mit diesen beiden Aspekten ist gefahrgeneigt, zielen sie doch auf das gleichsam hinter der Norm liegende Menschenbild, wo es für die juristische Methode »dunkel« wird.<sup>109</sup>

#### a) Das Verhältnis des Individuums zur Gemeinschaft

Wenn wir zunächst auf das Bild vom Individuum schauen, so besitzt jedes Individuum die Menschenwürde, ohne Rücksicht auf seine Eigenschaften, seine Leistungen und seinen sozialen Status; selbst durch »unwürdiges« Verhalten geht sie nicht verloren.<sup>110</sup> Dem Menschen darf also nicht zum Vorwurf gemacht werden, dass er mit den Plänen für seine Integration in die hiesige Gemeinschaft nicht erfolgreich gewesen ist. Bereits in der »Lebach«-Entscheidung wurde zudem mit der Verbindung von Menschenwürde und Sozialstaatlichkeit bei der Resozialisierung argumentiert: »Als Träger der aus der Menschenwürde folgenden und ihren Schutz gewährleistenden Grundrechte muss der verurteilte Straftäter die Chance erhalten, sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen. [...] Von der Gemeinschaft aus betrachtet verlangt das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge für Gruppen der Gesellschaft, die auf Grund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind; dazu gehören auch die Gefangenen und Entlassenen.«<sup>111</sup> Fähigkeit und Eigenverantwortung sind hier nicht Grenze, sondern Grund oder Ziel des Menschenwürdeschutzes.<sup>112</sup> Das Individuum wird geschützt, um sich integrieren zu können. Daraus kann keine Obliegenheit zur Selbstaussgrenzung konstruiert werden.

Wenn das BVerfG die Verbindung von Freiheit und Eigenverantwortung eines gemeinschaftsbezogenen und

gemeinschaftsgebundenen Individuums betont, so geschieht dies im Kontext der abwehrrechtlichen Funktion der Menschenwürde.<sup>113</sup> Das bedeutet aber nicht mehr, als dass die Grenzen der Allgemeinen Handlungsfreiheit nicht unter Berufung auf die Menschenwürde in Richtung individueller Selbstherrlichkeit verschoben werden können. Hieraus folgt insbesondere keine allgemeine »Sozialpflichtigkeit des Hilfebedürftigen«<sup>114</sup> im Sinne einer Pflicht zur eigenverantwortlichen Hinnahme der Bedarfsunterdeckung, denn die Grenze der Freiheitssphäre gegenüber Dritten bestimmt kein Kriterium für die Verteilungsfrage, wem in welcher Höhe staatliche Leistungen zu gewähren sind. Zudem käme dies einer durch Abwägung mit ungeschriebenen Grundpflichten bewirkten Relativierung der Menschenwürde gleich, die bereits in der abwehrrechtlichen Funktion des Grundrechts nicht anzuerkennen ist.<sup>115</sup> Anspruchs begründend bleibt hier – unter den unter II.1. genannten dogmatischen Ungewissheiten – allein die Bedürftigkeit. Insoweit kann bei der Ausgestaltung der Anspruchshöhe allein auf einen tatsächlich bestehenden Minderbedarf wegen einer zu prognostizierenden zeitnahen Ausreise abgestellt werden. Da die Notlage im Inland aktuell besteht und sie ohne Rücksicht auf die Verantwortlichkeit zu beseitigen ist, darf die ausgestaltende Regelung diesen Bedarf aber nicht ungedeckt lassen, nur weil er auf einer eigenverantwortlichen Einreise beruht.

107 Differenzierend *Klopstock*, ZESAR 2017, 426, 429 f. Mit der Solidargemeinschaft argumentiert auch *Dietz*, DÖV 2015, 727, 728 und 733 zum AsylbLG.

108 *Thym*, VVDStRL 76 (2017), 169, 184 f.; daran anknüpfend *Berlit*, NDV 2017, 67, 70 f.; ähnl. bereits *Hofmann*, AöR 118 (1993), 353, 373 ff.

109 Siehe im hiesigen Zusammenhang das »Caveat« bei *Spellbrink*, DVBl. 2011, 661, 661 f. Zu einem rechtslinguistischen Forschungsansatz zum Grundrecht auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums siehe *Werner*, in: Vogel (Hrsg.), *Recht ist kein Text*, Berlin 2017, S. 185 ff.

110 BVerfG, 20.10.1992 – 1 BvR 698/89 – BVerfGE 87, 209, 228, zitiert in BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 222 f.

111 BVerfG, 5.6.1973 – 1 BvR 536/72 – BVerfGE 35, 202, 236.

112 Vgl. zu den moralphilosophischen Grundlagen auch von *Arnauld*, in: von *Arnauld/Musil* (Fn. 25), S. 249, 265 ff.; siehe auch den Rückgriff auf *Margalit* bei *Kluth*, *SozSich* 2018, 32, 36 f.

113 Insbesondere BVerfG, 21.06.1977 – 1 BvL 14/76 – BVerfGE 45, 187, 227 f. zur lebenslangen Freiheitsstrafe; siehe zuletzt auch BVerfG, 19.3.2013 – 1 BvR 2635/12 – BVerfGE 133, 167, 197, Rn. 53; BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317, Rn. 54 zur Verankerung des strafrechtlichen Schuldprinzips in der Menschenwürde. Weitere Nachweise bei *Schmidt De Caluwe*, FS Höland, 2015, S. 223, 240 zum Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

114 So aber *Luthe*, SGB 2006, 637, 646 ff., allerdings basierend auf einer Menschenwürdekonzepktion, die mit den heutigen Maßstäben des BVerfGs nicht in Einklang zu bringen ist.

115 Ausf. *Schmidt De Caluwe*, FS Höland, 2015, S. 223, 238 ff.

## b) Das Verhältnis der Gemeinschaft zum Individuum

Die »Solidargemeinschaft« ist kein Verfassungsrechtsbegriff. Wer ihn entweder heuristisch oder rechtsphilosophisch im hiesigen Kontext gebraucht, mag zunächst das Solidaritätsversprechen per se als im engeren Sinne gemeinschaftsgebunden ansehen, unterscheidet also zwischen solidaritätsberechtigten Mitgliedern und nichtberechtigten Externen. Nun folgt aus dem (philosophischen) Menschenwürdebegriff zwar noch nicht, wer zur Sicherung der ökonomischen Würdebedingungen verantwortlich ist, wenn ein Mensch bedürftig wird; dies kann theoretisch auch die Familie oder jede andere soziale Einheit sein.<sup>116</sup> Eine Verpflichtung aller Menschen zur Sicherung gerade der ökonomischen Würdebedingungen aller Menschen auf der Welt stellte wohl eine moralische Überforderung dar. Ist der Menschenwürdeschutz durch die Sicherung des Existenzminimums aber Staatsaufgabe und Gegenstand eines ausgestaltungsbedürftigen Leistungsgrundrechts, so besteht für eine Verfassung wenig Gestaltungsspielraum bei der Definition einer »Solidargemeinschaft« der Grundrechtsverpflichteten. Konsequenz wäre aus Sicht der nach der »richtigen« Solidargemeinschaft Suchenden wohl folgende Überlegung: Anspruchsgegner des Grundrechts auf Ausgestaltung ist zunächst der Gesetzgeber.<sup>117</sup> Unter diesem Blickwinkel liegt es wegen des den Gesetzgeber legitimierenden Souveräns jedenfalls nach überkommener Sichtweise<sup>118</sup> auch unter dem Grundgesetz nahe, im Staatsvolk die maßgebliche Solidargemeinschaft zu sehen.<sup>119</sup> Dies scheint auch eine denkbare Lesart der »Gemeinschaft« der unter III.3.a) zitierten »Lebach«-Entscheidung zu sein, von der aus betrachtet »das Sozialstaatsprinzip staatliche Vor- und Fürsorge« verlangt. Damit übten also die deutschen Staatsangehörigen Solidarität mit fremden Staatsangehörigen, allein weil diese der Territorialgewalt des deutschen Staates unterworfen sind. Die Banalität dieses Erkenntnis zeigt nun aber die Vergeblichkeit auf, nach weiteren Abgrenzungskriterien für die maßgebliche Solidargemeinschaft zu suchen, da es in Art. 1 Abs. 1 GG von vornherein angelegt ist, dass der weite Kreis der Berechtigten (Mensch, nicht Staatsbürger, Beitrags- oder Steuerzahler<sup>120</sup>) und die den verpflichteten Staat legitimierenden Personen nicht auch nur abstrakt deckungsgleich sind. Soll der Begriff der Solidargemeinschaft also dazu dienen, einen Kreis abstrakt Berechtigter und – im übertragenen Sinne – Verpflichteter abzugrenzen, so ist diese Unterscheidung mit jedem menschenwür-

debierten Konzept der Existenzsicherung von vornherein unvereinbar, da der grundrechtsgebundene Staat (Art. 1 Abs. 3 GG) den Externen bei der Ausübung seiner Staatsgewalt den Menschenwürdeschutz jedenfalls nicht deshalb vorenthalten darf, weil sie Externe sind.<sup>121</sup>

An dieser Stelle besteht ein wesentlicher Unterschied zum unionsbürgerschaftlichen Solidaritätsversprechen des Diskriminierungsschutzes beim Zugang zu Sozialleistungen. Der EuGH sah hier über viele Jahre hinweg, anknüpfend an die Unionsbürgerschaft als grundlegendem Status, in der sekundärrechtlichen Ausgestaltung der Freizügigkeit eine »bestimmte finanzielle Solidarität« der Staatsangehörigen des Aufnahmemitgliedstaats mit denen der anderen Mitgliedstaaten.<sup>122</sup> Bei dieser Form von Solidarität handelt es sich um eine unionsrechtlich vermittelte Erwartung, dass die Partner des Solidarverhältnisses sich die gleiche Form der Unterstützung zukommen lassen, sofern sie sich in einer vergleichbar bedürftigen Lage befinden.<sup>123</sup> Die Konstruktion der unionsbürgerschaftlichen Solidarität verdeckt dabei, dass die Union weder für die Leistungsvoraussetzungen noch für deren Finanzierung verantwortlich ist. Anders als die Bundesrepublik Deutschland bei Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG erfüllt sie also nicht in eigener Verantwortung eine sozialstaatliche Aufgabe durch die Bereitstellung eines konkreten Leistungsanspruchs, sondern zielt mit der Vermittlung derivativer Teilhaberechte auf Integration. Insoweit reduziert sich ihre Aufgabe auf die Bestimmung eines zuständigen Mitgliedstaates und der Garantie dortiger Gleichbehandlung. Sich hierbei bestimm-

<sup>116</sup> Was nicht am Begriff der Menschenwürde liegt, vgl. aus rechtsphilosophischer Sicht von der Pfordten, *Menschenwürde*, München 2016, S. 72.

<sup>117</sup> Vgl. Kempny/Krüger, *SGb* 2013, 384, 387.

<sup>118</sup> Zum verfassungsrechtlichen Stand der Legitimationsproblematik zuletzt BVerfG, 12. 7. 2017 – 1 BvR 2222/12, 1 BvR 1106/13 – BVerfGE 146, 164; zur grundlegenden Kritik Bryde, *StWStP* 1994, 305.

<sup>119</sup> Vgl. bereits Hofmann, *AöR* 118 (1993), 353, 373 ff.; allgemein im europäischen Kontext zum Solidarverband des Staates Volkman, *StWStP* 1998, 17, 19 ff.

<sup>120</sup> Zum positiven Sozialtransfersaldo in der Bundesrepublik Deutschland vgl. Bonin, *Der Beitrag von Ausländern und künftiger Zuwanderung zum deutschen Staatshaushalt*, Gütersloh 2014, abrufbar unter [https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/28\\_Einwanderung\\_und\\_Vielfalt/Bonin\\_Bei-trag\\_Zuwanderung\\_zum\\_dt\\_Staatshaushalt\\_141204\\_nm.pdf](https://www.bertelsmann-stiftung.de/fileadmin/files/Projekte/28_Einwanderung_und_Vielfalt/Bonin_Bei-trag_Zuwanderung_zum_dt_Staatshaushalt_141204_nm.pdf) (14. 8. 2018).

<sup>121</sup> von Arnould, in: von Arnould/Musil (Fn. 25), S. 249, 282. Nur insoweit zutreffend problematisierend Klopstock, *ZESAR* 2017, 426, 429.

<sup>122</sup> Zuletzt EuGH, 19. 9. 2013 – C-140/12 – NZS 2014, 20 (Brey), Rn. 72; ausf. dazu Schreiber, *NZS* 2016, 847.

<sup>123</sup> Vgl. Farahat, *DÖV* 2016, 45, 53 f. mwN.; vgl. mit anderer Akzentuierung auch Heinig, in: Calliess (Hrsg.), *Europäische Solidarität und nationale Identität*, Tübingen 2013, S. 143, 150 ff.

ter Kriterien der Zugehörigkeit zu bedienen ist dieser supranationalen Aufgabe angemessen, da innerhalb der Union immer ein Staat zuständig ist und idealiter<sup>124</sup> auch zur Gleichbehandlung verpflichtet ist.

Nach alledem ist auch nicht ersichtlich, wie die Kriterien zur Bestimmung des zuständigen Staates oder Zugehörigkeitskriterien, die für die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen tauglich sind, insbesondere Grade der Verbundenheit, sich in Grund und Grenzen der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums wiederfinden sollen. Konsequenterweise greift auch die Europäische Union bei der Fundierung des Schutzes des Existenzminimums von Drittstaatsangehörigen auf die Menschenwürde zurück,<sup>125</sup> die allerdings wegen des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung nicht für den Schutz aller Drittstaatsangehörigen zuständig ist.

#### IV. Fazit und Ausblick

Wesentliche Argumente, die gegenwärtig für die Verfassungskonformität der Neuregelung der Leistungsausschlüsse und Leistungsabsenkungen in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und § 23 Abs. 3 SGB XII angeführt werden, sind nicht mit den grundrechtsdogmatischen Aussagen der bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbar. Soweit das BVerfG noch keine weiteren Konkretisierungen zum Ausgestaltungsspielraum bei Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG vorgenommen hat, ist nicht erkennbar, wie diese Argumente unter Würdigung der bisherigen Rechtsprechung zu Art. 1 Abs. 1 GG Anerkennung erfahren könnten.

Da dieser Beitrag kein Gutachten zu den Detailfragen der Verfassungskonformität der zum 29. Dezember 2016 in Kraft getretenen Rechtslage sein kann und will, sollen die naheliegenden Schlussfolgerungen lediglich thesenartig und ohne Anspruch auf Vollständigkeit zusammengefasst werden:

1. Die Leistungsausschlüsse für Personen in § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 lit. b und c<sup>126</sup> SGB II, deren materiell-rechtliches Aufenthaltsrecht auch nicht durch den Sozialleistungsbezug beseitigt wird, dürften keine mit Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG vereinbare Ausgestaltungen des Grundrechts sein, soweit sie gegenwärtig evident auch Fälle erfassen, bei denen keine von Inländerinnen und Inländern unterscheidbare Bedarfssituation vorliegt

(II.4.a). Da dieser Personenkreis nicht nur kurzzeitig aufenthaltsberechtigt ist, ist auch keine bedarfsunabhängige grundrechtsimmanente Grenze erkennbar, die einen Leistungsausschluss oder eine Leistungsabsenkung rechtfertigen könnte. Entsprechendes gilt erst recht hinsichtlich der Sperrwirkung bei einer Neuantragstellung auf der Basis eines solchen Aufenthaltsrechts innerhalb der Zweijahresfrist nach § 23 Abs. 3 S. 3 SGB XII.

2. Auf der Grundlage der Maßstäbe aus BVerfGE 132, 134, 164 f.<sup>127</sup> ist eine Leistungsabsenkung wie in § 23 Abs. 3 S. 3 bis 6 SGB XII jedenfalls nicht von vornherein ausgeschlossen. Problematisch erscheint aber insbesondere die dortige zeitliche Beschränkung vor dem Hintergrund, dass § 23 Abs. 3 SGB XII keine Regelung für den Fall enthält, dass sich die den niedrigeren Bedarf begründende Prognose einer zeitnahen Ausreise als falsch erweist.
3. Angesichts einer fehlenden Lückenlosigkeit zwischen § 23 Abs. 3 SGB XII und dem Leistungssystem des AsylbLG und der verfassungsrechtlichen Bedenken, die gegen die Leistungshöhe bei vollziehbar ausreisepflichtigen Personen nach § 1a Abs. 1 AsylbLG vorgebracht werden, erscheint es zweifelhaft, dass die Annahme einer Mitwirkungsobliegenheit, über einen Antrag bei der Ausländerbehörde nach § 5 Abs. 4 FreizügG/EU die Leistungsberechtigung im AsylbLG herzustellen, die Verfassungskonformität von § 23 Abs. 3 SGB XII begründen kann. Eine solche Mitwirkungsobliegenheit ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie lediglich den Zugang zu einem Leistungssystem steuert, das den Besonderheiten für eine entsprechende Personengruppe Rechnung trägt (II.4.b) und d).

<sup>124</sup>Dabei hat der EuGH zuletzt die Konsistenz dieses Konzepts untergraben, indem er ein Auseinanderfallen der Wertungen beider Aspekte zulässt und in den zuständigen Staaten den sekundärrechtlichen Diskriminierungsschutz auf den materiell-rechtmäßigen Aufenthalt beschränkt und die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen auch hier ausgedehnt hat. Mit der Bestimmung des zuständigen Staates geht daher immer öfter keine Leistungspflicht einher; vgl. *Thym*, VVDStRL 76 (2017), 169, 180 Fn. 58 mwN.

<sup>125</sup>Erwägungsgrund Nr. 35 der Richtlinie 2013/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.6.2013 zur Festlegung von Normen für die Aufnahme von Personen, die internationalen Schutz beantragen, ABl. 2013, L 180/96.

<sup>126</sup>Bei diesem Fällen ist aber auch ein möglicher Anwendungsvorrang des Unionsrechts zu beachten, siehe LSG Nordrhein-Westfalen, 10.11.2017 – L 6 AS126/17 B ER – juris; Schleswig-Holsteinisches LSG, 17.2.2017 – L 6 AS 11/17 B ER – JurionRS 2017, 11716; *Devetzi/Janda*, ZESAR 2017, 197; *Oberhäuser/Steffen*, ZAR 2017, 149.

<sup>127</sup>BVerfG, 18.07.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 164 f.



# Die Jobs Act-Reform in Italien: »Smarte Regelung« des Weisungsrechts und neuer Rechtsrahmen für Selbständige

Dr. Elena Gramano/Hendric Stolzenberg, Goethe-Universität Frankfurt aM.\*

## I. Einleitung

Die italienische Rechtsordnung kennt zwei Kategorien von Erwerbstätigen: Arbeitnehmer<sup>1</sup> (*lavoratori subordinati*) iSv. Art. 2094 des italienischen Zivilgesetzbuches (*codice civile* – im Folgenden ZGB) und Selbständige iSv. Art. 2222 ZGB (*lavoratori autonomi*). Seit Inkrafttreten des ZGB 1942 schützen die arbeitsrechtlichen Vorschriften nur Arbeitnehmer in vollen Umfang, während Selbständigen dieser (arbeitsrechtliche) Schutz verwehrt bleibt. Einzig das Vorliegen eines Arbeitsvertrages (*contratto di lavoro subordinato*) bietet einen Rahmen, in welchem gesetzlich und tarifvertraglich gewährte Rechte Anwendung finden.

Mit der jüngsten Reform – auch bekannt als *Jobs Act* – wurde ein neuer Ansatz zur Bewältigung der Arbeitsmarktprobleme geschaffen, welche nicht nur durch die anhaltende schwere Wirtschaftskrise, sondern auch durch die technologische Entwicklung verursacht worden sind. Diese Reform verändert die betriebliche Organisation stark und relativiert die Grenzen zwischen den Kategorien von Abhängigkeit und Autonomie.

Die komplexe Reform *Jobs Act* besteht aus mehreren Rechtsakten. Obwohl formell nicht in der ursprünglichen Regelung des *Jobs Act* enthalten, kann das Gesetz Nr. 81 von 22. Mai 2017 als die nachhaltigste Veränderung angesehen werden, welche der derzeitige Gesetzgeber (dessen Legislaturperiode zu Ende gegangen ist) zur Erneuerung des Arbeitsrechts unternommen hat. Mit dem Gesetz Nr. 81/2017 hat das italienische Parlament zum ersten Mal spezifische Rechte für Selbständige definiert. Das Gesetz schützt Selbständige gegenüber ihren Auftraggebern sowohl im Rahmen der Vertragsanbahnung als auch hinsichtlich des Inhalts des Vertrages. Zudem führt es das *smart work*-Konzept (auch *agile work*) ein mit dem Ziel, »die Wettbewerbsfähigkeit zu erhöhen und die Vereinbarkeit

von Arbeits- und Freizeit zu erleichtern« (Art. 18 Gesetz Nr. 81/2017).

Vorliegender Aufsatz hat zum Ziel, Inhalt und Bedeutung des Gesetzes zu erläutern. Dieses stellt einen der ersten Versuche in Europa dar, Selbständigen angemessenen Schutz zu gewähren. Gleichzeitig werden neue rechtliche Instrumente für einen Vertrag eingeführt, der das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer regelt, ohne dass Arbeitsort und Arbeitszeit festgelegt sind.

Auf einen Aspekt des *Jobs Act* soll hier nur hingewiesen werden, ohne näher darauf einzugehen. Durch den *Jobs Act* wird der Arbeitnehmerbegriff (zumindest *de facto*) erheblich erweitert. Unangetastet bleibt die Definition des Art. 2094 ZGB. Das im Rahmen der *Jobs Act*-Reform verabschiedete Dekret Nr. 81/2015 bestimmt indes, dass alle Regelungen des Arbeitsrechts auf jene Vertragsverhältnisse angewendet werden sollen, bei denen die Leistungserbringung durch den Auftraggeber festgelegt wird (*collaborazioni eterorganizzate*). Laut Art. 2 des Dekrets reicht es hierfür aus, dass der Auftraggeber Zeit und Ort der Leistungserbringung bestimmen kann.

\* Dr. Elena Gramano und Hendric Stolzenberg, LL.M. Eur. sind Wiss. Mitarbeiter an der arbeitsrechtlichen Professur des Instituts für Zivil- und Wirtschaftsrecht. Abschnitte I–IV sind in der englischen Originalfassung Elena Gramano; Abschnitt V und die dt. Übersetzung Hendric Stolzenberg zuzuordnen. Der Artikel basiert auf den Abschnitten 4, 6 und 7 des Beitrags *Del Conte/Gramano, Looking to the other side of the bench: the new legal status of independent contractors under the Italian legal system, Comparative Labour Law & Policy Journal*, 2018 (im Erscheinen).

<sup>1</sup> Aus Gründen der Lesbarkeit wurde im Text die männliche Form gewählt, nichtsdestoweniger beziehen sich die Angaben auf Angehörige aller Geschlechter.

## II. »Smart working« als Relativierung der »Subordination« im Arbeitsverhältnis

### 1. Ziele und Hintergründe

Sowohl die Bestimmung der Arbeitszeit als auch des Arbeitsortes als zwei traditionell wichtige Abgrenzungskriterien des Arbeitsvertrags zur selbständigen Tätigkeit verlieren seit dem ausgehenden 20. Jahrhundert an Bedeutung. Informationstechnologien machen es profitabel, Telearbeit zu nutzen, die in Italien bereits vor der *Jobs Act* Reform bekannt war. Das Problem des bisherigen Konzepts von Telearbeit bestand laut Unternehmen wie Gewerkschaften vor allem im Fehlen eines spezifischen Regelungsrahmens. Die einzigen auf Telearbeit zugeschnittenen Normen waren Bestandteil des Tarifvertrages von 9. Juni 2004<sup>2</sup>, welcher die (rechtlich unverbindliche) europäische Rahmenvereinbarung über Telearbeit vom 16. Juli 2002<sup>3</sup> umgesetzt hat.

In Großbritannien, den Niederlanden und Skandinavien bspw. entwickelte sich Telearbeit zu einem Organisationsmodell, das sich leicht an unterschiedliche Anforderungen unterschiedlicher Arbeitsplätze anpassen lässt. In Italien war sie mit rechtlichen Problemen und Zwängen versehen, etwa im Zusammenhang mit behördlichen Zustimmungen, Berechnung des Gehalts und Versicherungsschutz bei Unfällen. Dies machte Telearbeit nur für wenige Tätigkeitsbereiche praktikabel. Hierzu zählten tendenziell prekäre Beschäftigungsmodelle, wie sie zB. in vielen Call Centern zu finden sind.

Der Übergang vom bisherigen Modell der Telearbeit zum Modell der smart work setzte zunächst voraus, sich vom bisherigen Verständnis zu lösen, das Telearbeit vor allem als Bürotätigkeit verstand, die zuhause erbracht wird, und damit als eindimensionales Synonym zur Heimarbeit. ISd. smart work-Konzeptes wird Telearbeit nicht nur als übliche Büroarbeit gestaltet. Unternehmen und Mitarbeiter haben mit diesem Konzept die Möglichkeit, die Tätigkeiten nach innovativen Modellen zu organisieren, ohne dass der Arbeitnehmer dadurch seinen Schutz verliert. Hierfür hat das italienische Parlament mit dem Gesetz Nr. 81/2017 den erforderlichen Rahmen geschaffen, der Bedenken und Zweifel in Zusammenhang mit Telearbeit ausräumen soll.<sup>4</sup>

Das smart work-Konzept ermöglicht eine Arbeitsorganisation, die keinen festen Standort voraussetzt. Dadurch können Arbeitnehmer ihre Tätigkeit zu Hause, im Park, im Zug oder etwa in einem Co-working-Büro in einer beliebigen Stadt ausüben. Obwohl derzeit noch nicht alle

Arbeiten aus der Ferne ausgeführt werden können und der potenzielle Anwendungsbereich bislang auch bei smart work hauptsächlich in Büroarbeit besteht, haben mittlerweile einige Unternehmen – auch im verarbeitenden Gewerbe – begonnen, mit Telearbeit und smart work zu experimentieren.<sup>5</sup> Die Vorteile liegen in einer höheren Zufriedenheit der Arbeitnehmer, die ihre Arbeitszeit und Organisation des Familienlebens besser steuern können, in kürzeren Fahrzeiten, geringeren Fehlzeiten, höherer Produktivität pro Arbeitsstunde sowie geringeren Energie-, Sach- und Instandhaltungskosten. Diese Vorteile kommen auch der Gesellschaft zugute, da die Kosten für Verkehr, Umweltverschmutzung und Unterstützungsleistungen, etwa für Betreuung von Kindern und älteren Menschen, gesenkt werden.

### 2. Begriffsbestimmung von smart work

Das Gesetz Nr. 81/2017 definiert smart work als eine Ausführungsmodalität des Arbeitsvertrages, die durch Vereinbarung zwischen den Parteien geregelt wird. Smart work unterscheidet sich von einer angestellten Tätigkeit insbesondere dadurch, dass sie weder an bestimmte Zeitvorga-

2 »Accordo Interconfederale per il recepimento dell'« Accordo Quadro Europeo sul Telelavoro concluso il 16 luglio 2002 tra Unice/Ueapme, Ceep E Ces, geschlossen zwischen Confindustria, Confartigianato, Confesercenti, Cna, Confapi, Confservizi, Abi, Agci, Ania, Apla, Casartigiani, Cia, Claii, Coldiretti, Confagricoltura, Confcooperative, Confcommercio, Confinterim, Legacoop, Unci (auf der Arbeitgeberseite) und den Gewerkschaften Cgil, Cisl, Uil.

3 Rahmenvereinbarung über Telearbeit v. 16.7.2002, abrufbar unter: [http://www.ueapme.com/docs/joint\\_position/Telework%20agreement.pdf](http://www.ueapme.com/docs/joint_position/Telework%20agreement.pdf) (16.8.2018), s. ferner die Gemeinsame Erklärung zu Telearbeit im europäischen Bankensektor v. 17.11.2017, abrufbar unter: <http://www.ebf.eu/wp-content/uploads/2017/11/Joint-Declaration-Telework-in-the-European-Banking-Sector-Final-version-signed.pdf> (16.8.2018).

4 Unter den ersten Anmerkungen zu Gesetz Nr. 81/2017: Santoro Passarelli, Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, WP CSDLE »Massimo D'Antona«, IT – 327/2017; Tiraboschi, Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro, WP CSDLE »Massimo D'Antona«, IT – 335/2017; Frediani, Lavoro nella giurisprudenza 2017, 630; Lai/Ricciardi, Diritto e pratica del lavoro 2016, 707; Manicasteri, Diritto e pratica del lavoro 2017, 88; eine Reihe an Beiträgen finden sich in Zilio Grandi/Biasi (Hrsg.), Commentario Breve allo Statuto del Lavoro Autonomo e del Lavoro Agile, Padua 2018; Fiorillo/Perulli (Hrsg.), Il jobs act del lavoro autonomo e del lavoro agile, Turin 2018.

5 Die italienische Regierung hat in Zusammenarbeit mit dem Ministerium für Chancengleichheit und dem Forschungszentrum »DONDENA« der Universität Luigi Bocconi das Forschungsprojekt »E.L.E.N.A.« (»Experimenting flexible Labour tools for Enterprises by engaging men and women«) ins Leben gerufen, um Auswirkungen des Gesetzes über smart work zu überprüfen und um beurteilen zu können, ob und wie Unternehmen diese Art von Beschäftigung annehmen. Informationen hierzu finden sich unter: <http://www.pariopportunita.gov.it/elena-experimenting-flexible-labour-tools-for-enterprises-by-engaging-men-and-women/> (16.8.2018).

ben<sup>6</sup> noch an einen festen Arbeitsplatz gebunden ist. Die Arbeitsaufgaben können mittels PC, Smartphone und Internet auch außerhalb des Unternehmens, dh. ohne festen Standort, ausgeübt werden.

Vor dem Hintergrund der im 2. Teil dieses Aufsatzes behandelten Reformen zu den Rechten Selbständiger ist zu betonen, dass es sich bei smart work nicht um einen neuen Vertragstypus handelt, sondern um eine besondere Form des Arbeitsvertrages. So setzt seine Vereinbarung ein reguläres Arbeitsverhältnis voraus, in dessen Rahmen der Arbeitnehmer an die Weisungen des Arbeitgebers gebunden ist. Die neuen Regeln zur smart work finden somit keine Anwendung auf die mit neuen Rechten ausgestatteten Selbständigen. Der Arbeitsvertrag wird um eine Nebenvereinbarung ergänzt, welche Details der smart work festlegt und gesetzlichen Anforderungen entsprechen muss.

### 3. Die smart work-Vereinbarung

Um das smart work-Modell nutzen zu können, müssen die Arbeitsvertragsparteien eine schriftliche Vereinbarung treffen, welche grundlegende Aspekte ihrer Beziehung regelt. Die Vereinbarung ersetzt nicht den Arbeitsvertrag, sondern legt notwendige Spezifikationen für die Ausübung der smart work im Rahmen des Arbeitsverhältnisses fest. Deshalb regelt die Vereinbarung zum einen die Art der Tätigkeiten, die der Arbeitnehmer sowohl auf dem Betriebsgelände als auch außerhalb davon ausüben kann. Art. 18 des Gesetzes Nr. 81/2017 setzt voraus, dass zumindest ein Teil der Arbeit in der Betriebsstätte ausgeübt wird. Jedoch schreibt das Gesetz kein Mindestmaß an Arbeit oder Arbeitszeit vor, die hier auszuführen ist, sondern überlässt diese Festlegung den Vertragsparteien. Zum anderen verlangt das Gesetz von ihnen, den Inhalt des Weisungsrechts des Arbeitgebers gemeinsam vertraglich zu regeln. Dies verwundert, denn schließlich beruht das Arbeitsverhältnis (*rapporto di lavoro subordinato*) im Kern auf dem Recht des Arbeitgebers, den Inhalt der Tätigkeit einseitig festlegen zu können. Nach dem italienischen Verständnis der Subordination gem. Art. 2094 ZGB liegt gerade in der vertraglichen Zuweisung der Weisungsbefugnis an den Arbeitgeber der Unterschied zu einem Selbständigen. Eine gemeinsame Regelung zur Ausübung des Weisungsrechts erscheint nicht kompatibel mit Art. 18 des Gesetzes Nr. 81/2017.

Entsprechend kritisch positioniert sich die Literatur, in der diese Vereinbarung als Oxymoron beschrieben wird iSe. erheblichen Abweichung vom Grundgedanken des traditionellen Subordinationskonzepts, welche das Weisungsrecht des Arbeitgebers zu sehr einschränke.<sup>7</sup> Ein Erklärungsversuch für diese Abweichung könnte darin liegen, dass der Gesetzgeber die Besonderheit der smart work hinsichtlich der Ausübung des Weisungsrechts erkannte und das Recht des Arbeitgebers, genaue Festlegungen zum Inhalt der Tätigkeit zu treffen – zumindest wenn sie außerhalb des Unternehmens ausgeübt wird – flexibler gestaltete, um die große zeitliche und örtliche Bandbreite des smart work-Konzeptes in Einklang mit der Achtung der Privatsphäre des Arbeitnehmers zu bringen. Auch deshalb fordert das Gesetz, dass die Vereinbarung ua. die Befugnis des Arbeitgebers regeln muss, wie die vom Arbeitnehmer außerhalb des Unternehmens ausgeübten beruflichen Tätigkeiten etwa mittels GPS-, E-Mail- oder sonstiger Daten kontrolliert werden dürfen.<sup>8</sup> Ebenso sollen in der Vereinbarung jene für ein nicht an Zeit und Ort gebundenes Arbeitsverhältnis typischen vertragswidrigen Verhaltensweisen aufgeführt werden, die eine Sanktion des Arbeitnehmers nach sich ziehen können. Muss der Arbeitgeber im Allgemeinen in Bezug auf Sanktionsmöglichkeiten lediglich den gesetzlichen Rahmen beachten, ist er bei einem Vertragsverhältnis nach dem smart work-Konzept gezwungen, mit dem Arbeitnehmer über die Bedingungen dieser Rechte zu verhandeln, denen er sodann unterworfen ist.

Einen wesentlichen Bestandteil der Vereinbarung bildet die Regelung der Arbeitszeit. Wie erwähnt, erlaubt das Gesetz Nr. 81/2017 smart work ausdrücklich nur im Rahmen jener arbeitszeitrechtlichen Regelungen, die sich aus dem Gesetz und dem anwendbaren Tarifvertrag ergeben. Vereinbart werden zwischen den Parteien ua. die Ruhezeiten des Arbeitnehmers sowie die technischen und organisatorischen Maßnahmen, mithilfe derer Arbeitnehmer zur Einhaltung der Ruhezeiten bei der Nutzung technischer Arbeitsmittel angehalten werden sollen. In der Realität

<sup>6</sup> Zu beachten sind die gesetzlichen oder tarifvertraglichen Vorgaben zur Höchstdauer der Arbeitszeit.

<sup>7</sup> Santoro Passarelli, Lavoro eterorganizzato, coordinato, agile e il telelavoro: un puzzle non facile da comporre in un'impresa in via di trasformazione, WP CSDLE »Massimo D'Antona«, IT – 327/2017.

<sup>8</sup> Die Grundlage bildet Art. 4 des Gesetzes Nr. 300 v. 20. 5. 1970, welcher zulässige Überwachungsmaßnahmen regelt.

dürfte es eher unwahrscheinlich sein, dass ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber im Rahmen der Verhandlungen zu erheblichen Einschränkungen seiner Rechte bewegen kann. Dennoch ist die Vereinbarung, welche Verhaltensweisen der Kontrolle des Arbeitgebers unterliegen und welche Verhaltensweisen sanktioniert werden können, für den Arbeitnehmer von Vorteil, denn sie verschafft ihm einen Überblick über die abweichenden anwendbaren Regeln in dieser für ihn neuen Form der Arbeitsorganisation.

Traditionell befürchtet der italienische Gesetzgeber bei jedem Verweis auf die Arbeitsvertragsparteien, dass das Ungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein ebenbürtiges Aushandeln des Vertrages unmöglich mache. Aus diesem Grund muss der Wille des Arbeitnehmers (*volontà*), eine bestimmte vertragliche Regelung zu akzeptieren oder auf ein bestimmtes Recht zu verzichten, oft durch die obligatorische Anwesenheit einer dritten unparteiischen Instanz garantiert werden (etwa eines Gewerkschaftsvertreters oder einer autorisierten Zertifizierungskommission, die überprüfen soll, ob die von den Parteien getroffene Vereinbarung tatsächlich einen fairen Kompromiss zwischen beiden widerspiegelt).

Umso überraschender ist in Bezug auf smart work, dass der Gesetzgeber keine vergleichbare Regelung vorgesehen hat, nach der Dritte einbezogen werden müssen, um Arbeitnehmer bei ihren Verhandlungen mit dem Arbeitgeber zu unterstützen. So entsteht für die Parteien eine im italienischen Arbeitsrecht beispiellose Freiheit, ihre Beziehung zu regeln. Das Gesetz sieht jedoch spezifische Grenzen vor, um zu vermeiden, dass diese Freiheit Rechte des Arbeitnehmers beeinträchtigt. Art. 20 des Gesetzes Nr. 81/2017 beinhaltet einen Gleichbehandlungsgrundsatz: Ein nach diesem Gesetz beschäftigter Arbeitnehmer hat mindestens Anspruch auf jenen Gesamtbetrag des Entgelts, der an Arbeitnehmer gezahlt wird, welche dieselben Aufgaben ausschließlich innerhalb des Unternehmens leisten und gem. dem geltenden Tarifvertrag (Mindestlohn, Zuschläge usw.) bezahlt werden. Darüber hinaus kann eine Partei die Nebenvereinbarung kündigen, wenn sie mit Inhalt oder Durchführung des Vertrags nicht zufrieden ist.

Keine Vorgaben werden zur Problematik der ständigen Erreichbarkeit und Verfügbarkeit des Arbeitnehmers getroffen. Es gilt somit die Grundregel, dass die Parteien sich auf entsprechende Vorgaben frei einigen können. Möglich ist immerhin, dass im Tarifvertrag zukünftig Vorgaben getroffen werden.

Die Vereinbarung kann auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geschlossen werden. Im letzteren Fall können beide Parteien den Vertrag unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von mindestens 30 Tagen kündigen (90 Tage bei Arbeitnehmern mit Behinderung iSv. Art. 1 des Gesetzes Nr. 68 v. 12. März 1999<sup>9</sup>). Im Falle einer befristeten Vereinbarung kann jede Partei aus wichtigem Grund vor Ablauf dieser Frist und bei einer unbefristeten Vereinbarung ohne Beachtung einer Kündigungsfrist kündigen. Diese Bestimmung bildet den Kern des smart work-Systems. Hervorzuheben ist, dass mit Kündigung der Vereinbarung nicht Kündigung des Arbeitsvertrags gemeint ist. Vielmehr wird das Arbeitsverhältnis nach Kündigung der Vereinbarung wie jedes andere reguläre Arbeitsverhältnis behandelt. Der Arbeitnehmer setzt seine Tätigkeit innerhalb des Unternehmens fort. Da der Arbeitgeber für die Sicherheit der dem Arbeitnehmer zugewiesenen Arbeitsmittel verantwortlich ist und diese von Gegenständen aus dem Eigentum des Arbeitnehmers unterscheidbar sein müssen, umfasst der Regelungsgegenstand des Vertrages auch die Arbeitsmittel.

#### 4. Arbeitsschutz der smart worker

Art. 22 des Gesetzes Nr. 18/2017 bestimmt, dass sich der Arbeitgeber nicht von seinen arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen lösen kann. Er hat Sicherheit und Gesundheit des Arbeitnehmers auch im Rahmen eines smart work-Verhältnisses zu gewährleisten und ist für den Schutz dieser Arbeitnehmer vor Arbeitsunfällen verantwortlich. Zwar hat der Arbeitnehmer nach dem neuen Gesetz ausdrücklich die Verpflichtung, die arbeitsschutzrechtlichen Richtlinien des Arbeitgebers einzuhalten und aktiv mit ihm zusammenzuarbeiten. Der Arbeitgeber gilt aber im Falle eines Unfalls als verantwortlich, es sei denn, er kann beweisen, dass er alles getan hat, um den Unfall zu verhindern. Gerade bei Arbeiten außerhalb des Betriebs und des Homeoffices des Arbeitnehmers ist es somit am Arbeitgeber, mittels geeigneter Richtlinien und anderweitigen Maßnahmen sicherzustellen, dass die arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden. Diese Verant-

<sup>9</sup> S. auch Gesetz Nr. 104 v. 5.2.1992 »Rahmengesetz für Hilfeleistung, soziale Integration und die Rechte von Menschen mit Behinderungen« (Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate) und Dekret Nr. 81 v. 9.4.2008 über die Sicherheit am Arbeitsplatz (Testo unico in materia di sicurezza sul lavoro).



wortung erstreckt sich auch auf Unfälle während der normalen Fahrt vom Wohnort zu dem für die Ausführung der Arbeit außerhalb des Betriebsgeländes gewählten Ort.

Zur Gewährleistung der arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen unterrichtet der Arbeitgeber den Arbeitnehmer und den Sicherheitsbeauftragten (*rappresentante per la sicurezza aziendale*) mindestens einmal jährlich schriftlich über die allgemeinen und spezifischen Risiken, die sich aus der besonderen Art und Weise der Ausführung des jeweiligen Arbeitsverhältnisses ergeben können. Bei einer Tätigkeit des Arbeitnehmers außerhalb der Betriebsstätte ist es für den Arbeitgeber allerdings schwierig, die arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen zu erfüllen. Er ist in noch größerem Maß als auf seinem Betriebsgelände auf die Mitwirkung seiner Mitarbeiter angewiesen, um arbeitsschutzrechtliche Vorschriften effektiv in die Abläufe zu integrieren. Daher ist der Arbeitnehmer verpflichtet, bei der Umsetzung, insb. von Präventionsmaßnahmen, mitzuwirken, die der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der sich aus der jeweiligen Art der Tätigkeit ergebenden Risiken entwickelt hat.

### III. Der neue rechtliche Status Selbständiger

Selbständigkeit wird in der italienischen Politik wie in der Literatur seit langem mit großem Misstrauen beobachtet. Dies rührt daher, dass bei einer langfristigen Beziehung, bei der ein freier Mitarbeiter eine Tätigkeit unmittelbar zugunsten eines bestimmten Auftraggebers erbringt, häufig Scheinselbständigkeit vorliegt. Die wahre Natur des vertraglichen Verhältnisses werde häufig, so der Vorwurf, von der mächtigeren Partei der Arbeitsbeziehung, dem Arbeitgeber, verschleiert, um die mit einem Arbeitsverhältnis verbundenen Kosten und rechtlichen Verpflichtungen ganz oder zumindest teilweise zu umgehen. Die steigende Zahl an Selbständigen wurde und wird daher zumindest als fragwürdig wahrgenommen.

Diese Überlegungen führten zu einer ausgedehnten Debatte über den tieferen Sinn der zur Unterscheidung eines Arbeitnehmers vom Selbständigen herangezogenen Abgrenzungskriterien. Insbesondere wird diskutiert, ob das Konzept der Subordination noch ausreicht, um den Veränderungen der Markt- und Produktionsbedingungen effizient zu begegnen. Diese Debatte wird vor dem Hintergrund geführt, dass auch in Italien eine Vielzahl neuer

atypischer Arbeitsverhältnisse wie on-call- bzw. on-demand-Arbeitsverhältnisse, Leiharbeit und jüngst die Organisationsformen der platform economy geschaffen wurden.

In der Vergangenheit wählte die italienische Rechtsordnung recht unterschiedliche Ansätze, um dem Schutzgedanken des Arbeitsrechts einerseits und dem Bedürfnis nach Flexibilität und Rechtssicherheit der Arbeitgeber andererseits gerecht zu werden. Wie erwähnt, erkennt das italienische System seit Beginn des 20. Jahrhunderts zwei Kategorien von gleichsam »Auftragnehmern« an: Arbeitnehmer und Selbständige. Die Einordnung in die richtige Kategorie ist seit Entstehung des Arbeitsrechts als eigenständiges Gebiet von entscheidender Bedeutung für die weitere Behandlung des Vertragsverhältnisses, da sich für jede Kategorie vollkommen unterschiedliche Rechtsfolgen ergeben. Die Festlegung der beiden Kategorien ist nicht auf das Arbeitsrecht beschränkt, sondern erfasst auch das italienische Sozialversicherungsrecht.

Den Kern der Unterscheidung bildet die Annahme, dass der Arbeitnehmer Unterordnung (welche sich im Weisungsrecht des Arbeitgebers zeigt) gegen wirtschaftliche Stabilität tauscht (die ihm durch einen unbefristeten und durch Kündigungsschutz abgesicherten Vertrag gewährt wird), während ein Selbständiger das Risiko seiner wirtschaftlichen Tätigkeit im Austausch gegen volle Autonomie trägt.<sup>10</sup> Bei Selbständigen handelt es sich nach dieser Abgrenzung um eigenständige Wirtschaftssubjekte, die in der Lage sind, die Bedingungen ihres Vertrags autonom zu verhandeln, ohne dass der Gesetzgeber eingreifen müsste.

Einer der früher verfolgten Ansätze dehnte den Schutz in Teilen auf eine dritte Kategorie aus. Diese wurde in einigen europäischen Ländern entwickelt,<sup>11</sup> in Großbritannien mit der (sui generis-)Kategorie »worker«<sup>12</sup>, in Deutschland mit der auf Grundlage eines Dienst- oder Werkvertrages beschäftigten »arbeitnehmerähnlichen Person«. Die Grundlage dieser Kategorie bildet eine koordinierte und kontinuierliche Zusammenarbeit (*collaborazione coordinata e continuativa*). Dieser »parasubordinato-Beschäftigte« wird als Unterfall

<sup>10</sup> Rosioru, European Labour Law Journal 2014, 279.

<sup>11</sup> Überblick bei Waas, in: Waas/Heerma van Voss (Hrsg.), Restatement of Labour Law, London 2017, S. xlii und lxiii ff.; s. ferner Pottschmidt, Arbeitnehmerähnliche Personen in Europa, Baden-Baden 2006; Rebhahn, RdA 2009, 236.

<sup>12</sup> Hierzu etwa Jones/Prassl, in: Waas/Heerma van Voss (Fn. 12), S. 747, 753 f.

des Selbständigen angesehen. Eine Weiterentwicklung dieses Konzepts, das ebenfalls zur teilweisen Anwendung des Arbeitsrechts führte, war die sog. Projektarbeit (*lavoro a progetto*). Sie wurde 2003 durch das Dekret Nr. 276 (sog. Marco-Biagi-Dekret) eingeführt, aber in der Praxis hauptsächlich zur Vermeidung eines Arbeitsverhältnisses eingesetzt und daher im Zuge des *Jobs Act* abgeschafft.<sup>13</sup>

Der italienische Gesetzgeber schlägt mit dem am 6. Juni 2017 verabschiedeten Gesetz Nr. 81 mit dem Titel »Maßnahmen zur Sicherung nicht-unternehmerischer Selbständigkeit und Maßnahmen zur Erleichterung flexibler Beschäftigungsbedingungen« einen neuen Weg ein. In der Presse wird es auch als »Selbständigen- und Smart Work-Statut« bezeichnet (*Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato*). Es soll das 1970 in Kraft getretene Arbeitnehmerstatut (*Statuto dei lavoratori*), welches die wichtigste Grundlage für Arbeitnehmerrechte bildet, flankieren.

Das Gesetz stellt einen grundsätzlichen Wandel im Verständnis der unterschiedlichen Behandlung Selbständiger und Arbeitnehmer dar. Erstmals erhalten Selbständige spezifische eigene Rechte, die zwar in vielen Bereichen denen des Arbeitsrechts gleichen, in anderen Bereichen aber kein entsprechendes Pendant finden. Um Inhalt und Bedeutung dieses Teils der *Jobs Act*-Reform besser zu verstehen, ist es sinnvoll, die Entstehungsgeschichte kurz vorzustellen. Obwohl allgemein bekannt war, dass es im Zusammenhang mit (Schein-)Selbständigkeit zur Umgehung der Gesetze und zur Steuerhinterziehung in einem exorbitanten Ausmaß kam, war die (heterogene) Gruppe der Selbständigen nie Gegenstand einer grundlegenden Reform mit Blick auf die arbeitsmarktpolitischen Auswirkungen der Selbständigkeit. Diese Reform strebte nun der Gesetzgeber an. Er schuf mit dem Gesetz Nr. 81/2017 eine Reihe speziell für Selbständige konzipierte Bestimmungen und Rechte. Einige Bestimmungen erinnern an die bereits Arbeitnehmern gewährten Rechte (zB. Entgeltfortzahlung bei Krankheit, Schwangerschaft oder Unfällen – auch wenn der Fokus sich auf Rechte im Verhältnis zwischen Selbständigem und Staat richtet); andere Bestimmungen konzentrieren sich auf den Schutz der wirtschaftlichen, sozialen und vertraglichen Stellung der Auftragnehmer im Geschäftsverkehr. Diese Schutzstandards basieren auf Vorschriften zur Subvergabe von Aufträgen und geschäftlichen Verbindungen und sollen das reibungslose Funk-

tionieren des Marktes durch die Hemmung von Vormachtstellungen gewährleisten. Mit anderen Worten: Das Gesetz nimmt den Unterschied zwischen abhängiger und selbständiger Erwerbstätigkeit zur Kenntnis und entwirft für jede der beiden Formen spezifische Lösungen.

Der Anwendungsbereich des Statuts wird durch Art. 1 Gesetz Nr. 81/2017 bestimmt, der ausdrücklich auf og. Art. 2222 ZGB mit seiner Definition von Selbständigen Bezug nimmt und zugleich Kategorien explizit ausschließt: Arbeitnehmer auf der einen Seite und Unternehmer iSv. Art. 2082 ZGB auf der anderen Seite (auch Kleinunternehmer wie in Art. 2083 ZGB definiert). Zu beachten ist, dass sich das Konzept des Unternehmers sowie die rechtlichen Folgen bei entsprechender Einordnung im italienischen Recht, grundlegend vom Begriff des Unternehmers iSv. § 14 BGB unterscheiden; es besteht kein Bezug zum Verbraucherschutz. Gem. Art. 2082 ZGB ist Unternehmer, wer »berufsmäßig eine organisierte wirtschaftliche Tätigkeit zum Zweck der Produktion oder des Austausches von Gütern oder von Dienstleistungen ausübt.«<sup>14</sup>

Zu betonen ist, dass der Gesetzgeber keine neue dritte Kategorie oder Unterart der bestehenden Kategorien geschaffen hat; das Gesetz gilt für Berufstätige, die tatsächlich selbständig sind. In diesem Zusammenhang konkretisiert das Statut den Schutz, der unabhängigen Auftragnehmern gewährt wird, in drei Bereichen. Der erste hat zum Ziel, Selbständige bei Vertragsverhandlungen mit dem Auftraggeber zu schützen. Der zweite gewährt soziale Rechte im Rahmen des Austauschverhältnisses mit dem Auftraggeber, diese Rechte ähneln einigen, die bisher nur Arbeitnehmern gewährt wurden. Der dritte Bereich regelt den spezifischen Schutz im Geschäftsverkehr, insbesondere mit dem Auftraggeber.

## 1. Schutz beim Vertragschluss

Das Statut erkennt den autonomen Charakter jener Arbeit an, die von unabhängigen Auftragnehmern geleistet wird,

<sup>13</sup> Del Conte/Gramano, *Comparative Labour Law & Policy Journal* 2018 (im Erscheinen); Pedrazzoli, *Tipologie contrattuali a progetto e occasionali*, *Commento al Titolo VII del D. lgs. 276/2003*, WP C.S.D.L.E. »Massimo D'Antona«, IT-94/2004; Sandulli, *Lavoro autonomo e parasubordinazione*, in: Rescigno (Hrsg.), *Trattato di diritto privato*, vol. XV, Turin 1986.

<sup>14</sup> So Übersetzung des Südtiroler Amts für Sprachangelegenheiten: Bauer/Eccher/König/Kreuzer/Zanon (Stand Mai 2015), abrufbar unter: [http://www.provinz.bz.it/politik-recht-aussenbeziehungen/recht/downloads/PDF\\_ZGB\\_Stand\\_Mai\\_2015\\_deu\(1\).pdf](http://www.provinz.bz.it/politik-recht-aussenbeziehungen/recht/downloads/PDF_ZGB_Stand_Mai_2015_deu(1).pdf) (16. 8. 2018).

und bestätigt, dass ein Selbständiger ständig im Wettbewerb steht, wenn er persönlich und selbstorganisiert Dienstleistungen anbietet. Das Gesetz erwähnt ebenfalls, dass ein unabhängiger Auftragnehmer in Hinblick auf den Wettbewerb mit anderen Wirtschaftsteilnehmern in einer schwachen Position sei und deshalb Schwierigkeiten haben könnte, gebührende Gegenleistungen für die von ihm angebotene Tätigkeit auszuhandeln. Der erste Schritt des Gesetzgebers betrifft daher den Schutz des unabhängigen Auftragnehmers im Verhandlungsprozess.

#### a) Zahlungen im Geschäftsverkehr

Art. 2 des Gesetzes Nr. 81/2017 besagt, dass die Verordnung Nr. 231/2002 über die Umsetzung der Richtlinie 2000/35/EG zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr<sup>15</sup> in vollem Umfang auch für den Geschäftsverkehr Selbständiger gilt. Durch die Anwendung dieser Verordnung hat ein Unternehmer Anspruch auf Verzugszinsen, soweit er seinen vertraglichen und gesetzlichen Verpflichtungen nachgekommen ist und den fälligen Betrag nicht fristgerecht erhalten hat, es sei denn, der Schuldner weist nach, dass der Verzug durch Unmöglichkeit verursacht wurde, die auf einem ihm nicht zurechenbaren Grund beruht. Die Zinsen sind ab dem im Vertrag festgelegten Zeitraum oder andernfalls ab der gesetzlichen Frist zu zahlen (Art. 4 VO Nr. 231/2002).

Die Parteien können (in Ausübung ihrer Vertragsfreiheit) eine längere als die gesetzliche Frist festlegen. Eine solche Klausel muss schriftlich vereinbart werden, ansonsten ist sie nichtig. Art. 3 des Gesetzes Nr. 81/2017 schränkt ein, dass die Bedingungen, unter denen der Auftraggeber das Recht hat, den Auftragnehmer erst mehr als 60 Tage nach der Übersendung des Zahlungsbelegs zu bezahlen, als unlauter angesehen werden. Der Selbständige hat ferner Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Einziehung nicht rechtzeitig gezahlter Beträge unter der Bedingung, dass er einen höheren Schaden nachweist, sofern der Schuldner nicht seinerseits nachweist, dass er die Verzögerung nicht zu vertreten hat.

Schließlich ist eine Vereinbarung über den Zahlungstermin oder über die Folgen des Zahlungsverzuges nichtig, wenn sie grob nachteilig ist und zwar unter Berücksichtigung »guter Handelspraxis« (*corretta prassi commerciale*), der Art der vertraglich vereinbarten Leistungen, der Vertragsumstände und sonstigen Geschäftsbeziehungen zwischen ihnen sowie sonstiger relevanter Umstände zum

Nachteil des Gläubigers (dh. des Selbständigen). Insbesondere gilt eine Vereinbarung als grob nachteilig, die, ohne durch objektive Gründe gerechtfertigt zu sein, in erster Linie darauf abzielt, dem Schuldner auf Kosten des Selbständigen zusätzliche Liquidität zur Verfügung zu stellen. Gleiches gilt für die Vereinbarung, mit der der Auftragnehmer oder Hauptunterauftragnehmer seinen Lieferanten oder Unterauftragnehmern ungerechtfertigt längere Zahlungsfristen als die ihm eingeräumten auferlegt.

#### b) Rechtsmissbräuchliche Klauseln

Das Statut bestimmt als Schranke der Vertragsfreiheit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer den Schutz vor rechtsmissbräuchlichen Klauseln. Missbräuchlich und damit nichtig sind gem. Art. 3 solche Klauseln, nach denen der Auftraggeber einseitig den Inhalt des Vertrages ändern oder ohne Einhaltung einer Frist den Vertrag kündigen kann (wenn dieser eine weiterführende Tätigkeit vorsieht) oder berechtigt ist, den Arbeitnehmer mehr als 60 Tage nach Zustellung der Rechnung des Selbständigen zu bezahlen. Ebenso gilt die Weigerung des Auftraggebers als missbräuchlich, den Vertrag schriftlich abzuschließen. Bei missbräuchlichen und damit, wie erwähnt, nichtigen vertraglichen Bestimmungen hat der Auftragnehmer zudem Anspruch auf Schadenersatz.

Das neue Gesetz schützt die Stellung des Selbständigen somit besser als die allgemeinen Bestimmungen des Vertragsrechts. Dieses beschränkt sich in Art. 1341 Abs. 2 ZGB darauf, bestimmte Klauseln nur dann mit Unwirksamkeit zu sanktionieren, wenn sie ohne gesonderte ausdrückliche schriftliche Genehmigung durch den Vertragspartner in den Vertrag aufgenommen wurden. Dazu zählen solche Klauseln, die zugunsten des Verfassers Haftungsbeschränkungen, ein Kündigungsrecht, Beschränkungen des Rechts auf Ausnahmen oder Beschränkungen der Vertragsfreiheit im Verhältnis zu Dritten vorsehen.

Es ist nicht klar, ob die in Art. 3 aufgeführte Liste der missbräuchlichen Klauseln abschließend ist oder durch Auslegung erweitert werden kann. Anzumerken ist, dass – abgesehen von der ausdrücklichen Bestimmung des

<sup>15</sup> Mit der VO Nr. 231/2002 wurde die RL 2000/35/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 29. 6. 2000 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2002, L 200/35 in das italienische Recht übernommen. Oben genannte VO Nr. 231/2002 wurde zwischenzeitlich durch VO Nr. 192/2012 zur Umsetzung von RL 2011/7/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 16. 2. 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2011, L 48/1, geändert.

Art. 3 – die allgemeinen Regeln des Art. 1341 Abs. 2 ZGB auf solche Klauseln, die nicht in Gesetz Nr. 81/2017 erwähnt sind, weiterhin uneingeschränkt anwendbar bleiben.

### c) Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit

Interessanterweise ist gemäß Art. 3 des Gesetzes Nr. 81/2017 auch Art. 9 des Gesetzes Nr. 192/1998 auf den Missbrauch wirtschaftlicher Abhängigkeit anwendbar. Ein großer Teil des italienischen Schrifttums sowie Einzelurteile unterstützten nachdrücklich die Idee eines besonderen Schutzes für Selbständige, die sich in einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von ihrem Hauptauftraggeber befinden.<sup>16</sup> Der Gesetzgeber lehnte diesen Vorschlag mit dem Argument ab, dass wirtschaftliche Abhängigkeit iS. quantitativer Einkommensparameter ein selektives Kriterium sei, das Rechtssicherheit und Grundsätze der Vertragsfreiheit untergrabe. So würden Aspekte, die nicht Teil des Vertragsgegenstandes sind (wirtschaftliche Situation einer der Parteien) in die Bewertung einfließen, stünden jedoch nicht im Zusammenhang mit jenen durch den Vertrag erzeugten Pflichten und Rechten.

Dennoch legt das neue Gesetz durch Bezugnahme auf Art. 9 des Gesetzes Nr. 192/1998 fest, dass im Falle eines wirtschaftlichen Abhängigkeitsverhältnisses der Missbrauch einer solchen Position durch ein oder mehrere Unternehmer verboten ist und zur Nichtigkeit der entsprechenden Vertragsabrede führt. Wirtschaftliche Abhängigkeit iSv. Art. 9 Gesetz Nr. 1998 liegt insbesondere vor, wenn ein Unternehmer in der Lage ist, ein übermäßiges Ungleichgewicht in seinen wirtschaftlichen Beziehungen mit einem anderen Unternehmer zu verursachen. Bei Beurteilung der wirtschaftlichen Abhängigkeit wird auch die Möglichkeit für die potenziell abhängige Partei bewertet, zufriedenstellende Alternativen auf dem Markt zu finden. Der Missbrauch kann auch Ausdruck finden in der Weigerung zum An- bzw. Verkauf, der Auferlegung ungerechtfertigt belastender oder diskriminierender Vertragsbedingungen oder in der willkürlichen Beendigung bestehender Geschäftsbeziehungen.

## 2. Sozialer Schutz der Selbständigen

Der innovativste Teil des Gesetzes sind jene Bestimmungen, die zum ersten Mal ein gewisses Maß an sozialem Schutz für Selbständige anerkennen. Das Gesetz Nr. 81/2017 widerspricht erwartungsgemäß der Annah-

me, dass ein Selbständiger grundsätzlich in der Lage ist, seine vertraglichen Arbeitsbedingungen zu verhandeln, und erkennt die Notwendigkeit an, grundlegende Rechte, die traditionell Arbeitnehmern vorbehalten waren, auf die Kategorie der Selbständigen auszudehnen. Das Gesetz enthält in erster Linie eine Ermächtigungsgrundlage, eine oder mehrere Verordnungen zu erlassen, die den sozialen Schutz Selbständiger verbessern sollen, die in Berufskammern eingetragen sind. Dazu gehört ua. die Stärkung privater (staatlich zugelassener) Pensionsfonds, die durch einen Sonderbeitrag finanziert werden und Leistungen der staatlichen Sozialkassen ergänzen sollen.

Selbständige Frauen haben Anspruch auf Mutterschaftsgeld für zwei Monate vor dem errechneten Geburtsdatum und für die folgenden drei Monate – unabhängig davon, ob sie tatsächlich die Arbeit in dieser Zeit ruhen lassen (Art. 13 Gesetz Nr. 81/2017). Während also im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses beschäftigte Frauen in diesem Zeitraum ihre Erwerbstätigkeit einstellen müssen, haben selbständige Frauen die Wahl, ob sie arbeiten oder ihre Erwerbstätigkeit einstellen wollen, da die Leistung unabhängig hiervon erbracht wird. Im Falle der Mutterschaft können selbständige Frauen mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers durch andere Auftragnehmer ersetzt werden, welche die beruflichen Anforderungen erfüllen. Außerdem besteht die Möglichkeit, sich nur teilweise vertreten zu lassen (Art. 14 Abs. 2 Gesetz Nr. 81/2017). Der Auftraggeber ist jedoch berechtigt, den Vertrag zu kündigen, sollte er kein Interesse mehr an der Fortsetzung haben.

Schließlich haben Selbständige während der ersten drei Lebensjahre des Kindes Anspruch auf Elterngeld in einem Zeitraum von bis zu sechs Monaten für beide Elternteile in Höhe von 30 % des Einkommens im Verhältnis zum gezahlten Beitrag. Für diesen Anspruch besteht eine Wartezeit von drei Monaten, in denen Beiträge geleistet werden mussten (Art. 8 Abs. 2 Gesetz Nr. 81/2017).

## 3. Schutz auf dem Arbeitsmarkt

Der dritte Teil des Statuts legt fest, dass öffentliche Arbeitsvermittlungsstellen und Einrichtungen, die zur Durchführung von Vermittlungsaktivitäten auf dem Arbeitsmarkt befugt sind, in jedem der Öffentlichkeit zugänglichen

<sup>16</sup> Pallini, *Il lavoro economicamente dipendente*, Padua 2013, passim.



Büro mit einer speziell für Selbständige bestimmten Stelle ausgestattet sein müssen (Art. 10 Gesetz Nr. 81/2017). Zweck dieser Stelle ist es, Anträge und Angebote von Selbständigen zu sammeln, Unternehmern auf Anfrage relevante Informationen zur Verfügung zu stellen und Informationen über Verfahren zur Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit, über den Zugang zum öffentlichen Auftragswesen sowie über potentielle Finanzierungsmöglichkeiten einer Selbständigkeit bereitzustellen. Behörden werden zudem aufgerufen, als öffentliche Auftraggeber die Beteiligung von Selbständigen an öffentlichen Aufträgen zur Erbringung von Dienstleistungen oder Ausschreibungen für Beratungs- oder Forschungsaufträge zu fördern, insbesondere durch Erleichterung des Zugangs zu Informationen über öffentliche Ausschreibungen und die Teilnahme an Vergabeverfahren (Art. 12 Gesetz Nr. 81/2017).

#### IV. Fazit

Das smart work-Konzept hat die Chance, in vielen Berufen zur neuen Standardform des Arbeitsvertrages zu werden, da es mit seinem überarbeiteten Über-Unterordnungs-Modell neuen technologischen und arbeitsorganisatorischen Anforderungen besser gerecht wird. Der Gesetzgeber erhofft sich, dadurch nicht nur die Arbeitsbedingungen zu verbessern, sondern auch die Zahl der Erwerbstätigen zu erhöhen. In der Digitalisierung wird keine Bedrohung, sondern eine Chance für den italienischen Arbeitsmarkt gesehen.

Das Problem, die Beziehungen zwischen Unternehmern und ihren »Kooperationspartnern« als Subordination oder Autonomie verbindlich zu definieren, ist weder für Wissenschaft noch Rechtssprechung neu. Die rechtlichen Probleme, welche durch technologische und wirtschaftliche Veränderungen entstanden, wurden jedoch stets aus einer externen Perspektive betrachtet: Indem verschiedene Vertragsmodelle, die für den Austausch von Arbeit und Entlohnung auf dem Arbeitsmarkt verwendet werden, lediglich in Abgrenzung zueinander analysiert wurden, wurde bis vor kurzem versäumt, neue und unterschiedliche Konzepte zur Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses zu entwickeln.

Der italienische Gesetzgeber hat nun begonnen, diese Lücke zu schließen. Er erkannte, dass dieselben Faktoren, die den Arbeitsmarkt und die Abgrenzung zwischen

Arbeitsverhältnis und Selbständigkeit prägen, auch das Arbeitsverhältnis selbst beeinflussen. Selbst in Fällen, in denen an der Einordnung eines Vertrages als Arbeitsvertrag keinerlei Zweifel bestehen, verändert der technologische und wirtschaftliche Wandel die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Alltag. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Arbeitsvertrag an Erfordernisse dieser neuen organisatorischen Flexibilität anzupassen und zwar nicht nur in Bezug auf die Arbeitszeit, sondern auch in Bezug auf Aufgaben, die der Arbeitnehmer zu erfüllen hat, und die Bewertung dieser Leistung. Entsprechend ist eine neue Denkweise hinsichtlich des Weisungsrechts des Arbeitgebers unumgänglich.

In der aktuellen Debatte dominiert in der italienischen Arbeitsrechtswissenschaft wie in der medialen Öffentlichkeit (womöglich voreilig) die Ansicht, dass die überwältigenden Entwicklungen in der Informationstechnologie automatisch die Überwindung des Konzeptes der Unterordnung und stabiler, dauerhafter vertraglicher Beziehungen bewirken. Stattdessen werde sich, so die allgemeine Annahme, ein völlig neues Konzept jenseits des Arbeitsvertrages entwickeln, in dem strukturell losgelöst von der Organisation des Unternehmens berufliche Tätigkeiten ausgeübt werden (die Rede ist hier vor allem von der im angelsächsischen Raum omnipräsenten Thematik der »on demand«-Arbeit).

Das Konzept der Subordination steht jedoch nicht im Widerspruch zu den Veränderungen, die unsere Gesellschaft und unsere Lebens- und Arbeitsweise nachhaltig beeinflussen. Schließlich wurde der Arbeitsvertrag von Anfang an als eines der flexibelsten bekannten Rechtsinstrumente konzipiert – und ist es bis heute geblieben. Das Konzept des Arbeitsvertrages hat organisatorische Flexibilität geradezu als Merkmal festgeschrieben. Unter diesem Gesichtspunkt könnte die Überprüfung neuer Subkonzepte des Arbeitsvertrags und eine tiefere Auseinandersetzung mit Organisations- und Leistungsbegriffen der Schlüssel sein, um neue Arbeitsformen aus rechtlicher Sicht zu konkretisieren.

Der zwischen 2015 und 2017 durch verschiedene Rechtsakte eingeführte italienische *Jobs Act* ist in diesem Zusammenhang ein gutes Beispiel. Einerseits möchte der italienische Gesetzgeber das klassische Arbeitsverhältnis durch Aktualisierung des Rechtsrahmens wieder in den Mittelpunkt rücken, um es an den Wandel des wirtschaftlichen und produktiven Umfelds anzupassen, in dem Unternehmen tätig sind. Andererseits reagiert er insbe-

sondere mit dem smart work-Konzept auf den technologischen Wandel, um unbefristeten Arbeitsverhältnisse jenseits des klassisch-fordistischen Organisationsmodells zu ermöglichen. Der Grundsatz lautet: Organisatorische Flexibilität und regulärer Arbeitsvertrag stellen keine Gegensätze dar. Selbst in einer Marktwirtschaft, deren Subjekte über natürliche und kontinentale Grenzen hinweg tätig sind, ist das Konzept der Subordination die beste Antwort auf die Herausforderung, den Austausch von Arbeit gegen Kapital zu regeln. Flankierend hierzu stellt das Selbständigenstatut eine notwendige Ergänzung dar, das die Besonderheiten autonomer Organisationsformen anerkennt und Existenzgründungen – vor allem junger – Menschen unterstützt, indem diese nicht vollkommen schutzlos gestellt werden.

## V. Anmerkungen aus deutscher Perspektive

### 1. Smart work

In Deutschland kann bei mobiler Arbeit nicht mehr bloß die Rede von einem kurzfristigen Trend sein. Eine aktuelle Umfrage des Branchenverbands *Bitkom* ergab, dass inzwischen in knapp jedem dritten deutschen Unternehmen Mitarbeiter ganz oder teilweise von zuhause aus arbeiten können.<sup>17</sup> Die Flexibilisierung umfasst neben zeitlichen Aspekten immer häufiger die Aufhebung der Anwesenheitspflicht; neben »Vertrauensarbeitszeit« tritt der »Vertrauensarbeitsort«,<sup>18</sup> wengleich dies zumeist nur einen Teil der Tätigkeit umfasst. Vorherrschendes Modell ist alternierende Telearbeit. Obwohl auch die deutsche Rechtslage zur mobilen Arbeit vielerlei Tücken bereithält,<sup>19</sup> ist fraglich, ob eine (sinngemäße) Übertragung der italienischen Regelungen zum smart work-Modell tauglich wäre. Als zentrale Aussage der Reform kann das Mitspracherecht des Arbeitnehmers bei smart work hinsichtlich der Ausgestaltung des Weisungsrechts des Arbeitgebers angesehen werden. In dieser Hinsicht ist festzustellen, dass auch in Deutschland Arbeitnehmer bei Einführung von mobiler Arbeit Unterstützung durch das Gesetz erhalten. Schließlich ist der Arbeitgeber nicht nur hinsichtlich der vertraglichen Konkretisierung von Inhalt, Zeit und Ort der Leistung insbesondere durch das AGB-Recht eingeschränkt;<sup>20</sup> seine Weisungen sind auch stets nach »billigem

Ermessen« auszuüben, soweit keine vorrangige Regelung den Spielraum des Arbeitgebers bereits einschränkt. Ein unmittelbares Äquivalent zur Vereinbarung über die Ausübung des Weisungsrechts zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer existiert auch in Deutschland. Anders als unter der smart work-Vereinbarung trifft der Arbeitnehmer die Vereinbarung aber nicht selbst, sondern im Kollektiv mit dem Arbeitgeber. Schließlich löst die Einführung von Telearbeit idR. nicht nur Informations- und Anhörungsrechte<sup>21</sup> des Betriebsrats aus, sondern auch »echte« Mitbestimmungsrechte des § 87 Abs. 1 Nrn. 1, 2, 3, 6, 7 BetrVG,<sup>22</sup> die in Italien kein direktes Pendant kennen.

Anders als aus den französischen Reformen<sup>23</sup> lässt sich aus den neuen Regelungen in Italien zu smart work bisher leider nur wenig für die Debatte um einen besseren Schutz des Arbeitnehmers vor arbeitszeit- und arbeitsschutzrechtlichen Regelverletzungen für eine Übertragung gewinnen; zu einem »Recht auf Nichterreichbarkeit« ist man in vielen Unternehmen in Deutschland bereits weiter.<sup>24</sup>

### 2. Reform des Rechts der Selbständigen

Den progressivsten Bestandteil der Reform dürfte die Gewährung spezifischer Rechte an Selbständige darstellen. In Deutschland wie in anderen europäischen Ländern

17 S. Balzter, »Vorsicht, Home-Office«, *Faz.net* v. 29.1.2017, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/beruf-chance/vorsicht-home-office-15420636.html> (16.8.2018).

18 Prümper/Lorenz/Hornung/Becker, »Mobiles Arbeiten«, Abschlussbericht der DGFP-Studie, Frankfurt 2016, abrufbar unter: [https://www.dgfp.de/fileadmin/user\\_upload/DGFP\\_e\\_V/Medien/Publikationen/Studien/Ergebnisbericht-Studie-Mobiles-Arbeiten.pdf](https://www.dgfp.de/fileadmin/user_upload/DGFP_e_V/Medien/Publikationen/Studien/Ergebnisbericht-Studie-Mobiles-Arbeiten.pdf) (16.8.2018).

19 Zu denken sei nur an die Zutrittsrechte von Arbeitgeber und Betriebsrat oder die derzeit besonders diskutierte Frage der Sicherstellung der Ruhezeiten mittels der teilweise eingesetzten Methode, nach der E-Mails und andere Benachrichtigungen erst zu Arbeitsbeginn »freigeschaltet« werden.

20 Auch wenn die Regelung vieler Aspekte anders als unter dem smart work-Konzept nicht zwingend ist, wird sie doch die absolute Regel darstellen, *Vogelsang*, in: *Schaub (Begr.) Arbeitsrechts-Handbuch*, 17. Aufl., München 2017: »In jedem Fall bedarf es der Regelungen im Arbeitsvertrag über die Art der zu leistenden Arbeit, das Volumen der Arbeitszeit und die Arbeitsmittel«.

21 Zu denken ist etwa an § 80 Abs. 2, 90, 92, 94, 102 BetrVG, vgl. auch *Schulze/Ratzesberger*, *ArbRAktuell* 2016, 109.

22 In Betracht kommt uU. sogar das Vorliegen einer Betriebsänderung iSv. § 111 S.3 Nr. 4 BetrVG, vgl. *Kreitner*, in: *Küttner (Hrsg.) Personalbuch*, 24. Aufl., München 2017, Rn. 12.

23 Hierzu: *Krause*, *NZA-Beilage* 2017, 53, 57.

24 Hierzu etwa *Klebe*, *NZA-Beilage* 2017, 77, 81; *Wiebauer*, *NZA* 2016, 1430, 1433 ff.; *Krause*, *NZA-Beilage* 2017, 53, 56; in diesem Kontext nun auch *LAG Thüringen*, 16.5.2018 – 6 Sa 442/17, 6 Sa 444/17 (Volltext bisher nicht veröffentlicht), das einen Anspruch auf die Mitteilung der privaten Mobilnummer ablehnt.

richtet sich der Fokus bei der Bekämpfung von Scheinselbständigkeit zum einen auf die Androhung weitreichender Rechtsfolgen, gepaart mit einer besseren bzw. strengeren Kontrolle nicht nur durch Gerichte, sondern auch durch den Betriebsrat. Dies macht Scheinselbständigkeit zum Risiko und damit unrentabel. Zum anderen richtet sich die Aufmerksamkeit auf eine teilweise Absenkung des Schutzniveaus des Arbeitsrechts (dazu zählen insbesondere sachgrundlose Befristungen sowie die Liberalisierung atypischer Beschäftigungsformen), die den Abschluss eines Arbeitsvertrages attraktiver machen soll. In Italien – wo Selbständige (möglicherweise auch Scheinselbständige) einen deutlich höheren Anteil an der Zahl der Erwerbstätigen ausmachen<sup>25</sup> – geht man den entgegengesetzten Weg. Letztlich wird durch Anhebung des Schutzniveaus von Selbständigen die Attraktivität eines Dienstverhältnisses gegenüber einem Arbeitsverhältnis gesenkt.

Man könnte fragen, ob die Anhebung des Schutzniveaus der Selbständigen nicht schlicht eine Flucht gleichsam in ein »Scheinunternehmertum« anstelle der Flucht in die Scheinselbständigkeit auslösen wird. Aufgrund der hohen Anforderungen an die Einordnung als Unternehmer scheint dies allerdings eher ausgeschlossen, zumal die vermiedenen Regelungen deutlich überschaubarer sind als die im Verhältnis vom Arbeitsvertrag zur freien Mitarbeit.

Ob die in Italien implementierten Überlegungen für das deutsche System genutzt werden können, hängt vom jeweiligen Standpunkt ab. Zunächst ist festzuhalten, dass eine »zivilrechtliche« Reform allein ohne entsprechende Anpassung des sozialrechtlichen<sup>26</sup> und möglicherweise auch steuerrechtlichen Rahmens sinnlos wäre, da für den Rechtsanwender alle drei Bereiche gleichermaßen wichtig sind.

Um zu bestimmen, welche Rechte überhaupt neu geregelt werden müssten, wäre der Status quo der Rechte der Dienstverpflichteten genauer herauszuarbeiten.<sup>27</sup> So dürfen bereits zum derzeitigen Stand viele Regelungsbereiche, die durch die Reform in Italien auf Selbständige erweitert wurden, in Deutschland ebenfalls Selbständigen Schutz bieten. Beispiel hierfür ist insbesondere die Kontrolle von AGB anhand der §§ 305 ff. BGB, die selbstverständlich auch im Rahmen von Dienstverträgen stattfindet. Es wäre genau zu bestimmen, welche anderen allgemeinen zivilrechtlichen Schutzmechanismen bereits den Dienstverpflichteten vor einem überstarken Vertragspartner schützen. Dazu kann auf bereits erfolgte Untersuchungen auf-

gebaut werden – als ein Beispiel sei die von *Bayreuther* behandelte Entgeltsicherung Selbständiger genannt.<sup>28</sup> Zudem enthalten §§ 611 ff. BGB Schutzvorschriften, die nicht nur auf Arbeitnehmer Anwendung finden. Ein Beispiel hierfür bildet § 616 BGB.<sup>29</sup>

Die Bestimmung der Rechte Selbständiger setzt eine differenzierte Auseinandersetzung mit einzelnen (sich unterscheidenden) Anwendungsbereichen der arbeitsrechtlich relevanten EU-Richtlinien voraus.<sup>30</sup> Es wäre durchaus möglich, die mit neuen Rechten ausgestatteten Selbständigen parziell in den Anwendungsbereich der EU-Richtlinien einzubeziehen.

Hinsichtlich der zivilrechtlichen Reform ergeben sich mehrere Anknüpfungspunkte. Zum einen könnte der Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person reformiert werden. Hierbei wäre der europäische kartellrechtliche Rahmen zu beachten, was für die Regelung eines breiteren Begriffs außerhalb des TVG sprechen würde, da im Tarifrecht die wahrscheinlich engsten Vorgaben zu finden sind, die in anderen Bereichen nicht zwingend zu befolgen wären.<sup>31</sup> Zum anderen wäre denkbar, wie in Italien (Solo-) Selbständigen bestimmte Rechte zu gewähren, sofern nicht aufgrund bestimmter Kriterien ausnahmsweise die Anwendbarkeit dieser Rechte ausgeschlossen ist. Ob eine Orientierung an der Unternehmereigenschaft iSv.

25 OECD, OECD Labour Force Statistics 2007–2016, Paris 2018, S. 28, abrufbar unter: [https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/oecd\\_lfs-2017-en.pdf?expires=1534784087&id=id&accname=ocid49014605&checksum=00D2518FBFB1CD23227E053D95FFF67B](https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/oecd_lfs-2017-en.pdf?expires=1534784087&id=id&accname=ocid49014605&checksum=00D2518FBFB1CD23227E053D95FFF67B) (16. 8. 2018).

26 Überlegungen zur Ausweitung der Sozialversicherungspflicht auf platform economy sind bereits in der Diskussion, vgl. *Mihm*, faz.net v. 3. 1. 2018, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/uber-myhammer-und-co-unfallversicherer-fordern-sozialabgaben-zahlung-15370667.html> (16. 8. 2018); *Creutzburg*, faz.net vom 4. 1. 2018, abrufbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/handwerkerportal-myhammer-lehnt-sozialversicherungspflicht-ab-15372600.html> (16. 8. 2018). Ob hierbei hilfreich ist, Airbnb als Beispiel anzuführen, bei dem im Gegensatz zu den weiteren Beispielen Myhammer und Uber nicht die Vermittlung von Werk- oder Dienstleistungen, sondern die Vermietung von Wohnungen im Vordergrund steht, darf allerdings bezweifelt werden.

27 Ebenso wären neue Entwicklungen auf europäischer Ebene, etwa zum Schutz von Beschäftigten in der sog. *platform economy* im Auge zu behalten, zu einem möglichen Regelungsansatz in einer Richtlinie: *Risak*, Fair Working Conditions for Platform Workers, 20178, abrufbar unter <https://library.fes.de/pdf-files/id/ifa/14055.pdf> (16. 08. 2018), insb. S. 16 ff.

28 *Bayreuther*, NJW 2017, 357; siehe auch *Heuschmid/Hlava*, Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbstständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbstständige) des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht, 2018, abrufbar unter: [https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user\\_data\\_hsi/Veroeffentlichungen/Working\\_Paper/12\\_2018/HSI-Working-Paper\\_Nr.\\_12.pdf](https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/Working_Paper/12_2018/HSI-Working-Paper_Nr._12.pdf) (16. 8. 2018).

29 S. etwa BAG, 7. 2. 2007 – 5 AZR 270/06 – NZA 2007, 1072 (Ls.).

30 Zum abweichenden Anwendungsbereich der Richtlinie im Vergleich zum nationalen Recht zuletzt *Wank*, EuZW 2018, 21.

Art. 2082 ZGB überzeugt, wäre zu überprüfen; die Ermittlung sinnvoller Abgrenzungskriterien sozial schutzwürdiger Selbständiger zu solchen, die diesen Schutz nicht benötigen, dürfte juristisch die spannendste und anspruchsvollste Aufgabe darstellen. Hierzu könnte auf die Rechtsprechung italienischer Gerichte zur Präzisierung der Unternehmereigenschaft zurückgegriffen werden.

Sollte man sich zu einer solchen Reform entschließen, stellt sich als nächste Frage, wie diese umgesetzt werden soll. Aufhänger könnte eine vollständige und systematische Überarbeitung der §§ 611 ff. BGB<sup>32</sup> bilden.<sup>33</sup> Vergleichbar etwa mit dem Kaufrecht könnte der 8. Titel in einem 1. Untertitel »Allgemeine Vorschriften« enthalten, gefolgt von einem Untertitel, der (vergleichbar mit dem Untertitel zum Verbrauchsgüterkauf) eine Situation besonderer Schutzwürdigkeit, also bestimmter Solo-Dienstverpflichteten, behandelt. Da rechtspolitisch nicht zu rechtfertigen ist, Dienstverpflichteten neue Rechte zu gewähren, während für Solo-Selbständige, die auf Grundlage von Werkverträgen tätig sind, alle bisherigen Regelungen bestehen blieben, wäre am Ende des neuen Untertitels festzusetzen, unter welchen Voraussetzungen die neuen Rechte auch auf Werkunternehmer Anwendung finden.<sup>34</sup>

Im Anschluss an die besonderen Rechte Solo-Selbständiger fänden sich sodann in einem dritten Untertitel für Arbeitsverträge der derzeitige § 611a BGB und sodann alle sonstigen – derzeit über den 8. Titel verstreuten – an die Arbeitnehmereigenschaft anknüpfende Normen, wie etwa §§ 612a, 613a etc. BGB wieder.<sup>35</sup> An diese 3 Untertitel würde sich der derzeitige Untertitel 2 zum Behandlungsvertrag in einem neuen 4. Untertitel anschließen.

31 Die kartellrechtliche Problematik tritt ebenso (möglicherweise sogar deutlicher) bei tarifrechtlichen Regelungen für Selbständige auf. Die Tariffähigkeit Solo-Selbständiger nach § 2 Abs. 1 TVG im Rahmen der Frage der Ausbildungskostenumlage wohl ablehnend: BAG, 31.1.2018 – 10 AZR 279/16 – AuR 2018, 152; vgl. auch *Vetter*, NZA-RR 2017, 281; *Löwisch/Rieble*, § 4 TVG, Rn. 364 ff.; aA. LAG Berlin-Brandenburg, 21.6.2016 – 14 BVL 5007/15, 14 BVL 5003/16, 14 BVL 5004/16, 14 BVL 5005/16, juris; *Bayreuther/Deinert*, RdA 2015, 129.

32 Genauer: den gesamten 8. Titel des 8. Abschnittes des 2. Buches des BGB.

33 Vgl. auch *Wank*, AuR 2017, 140.

34 Hier liegt ein Vergleich mit § 650 BGB nahe, nach dem auf Werklieferungsverträge grds. Kaufrecht Anwendung findet.

35 Womöglich wäre ein solches – hinsichtlich des Inhalts des neuen Untertitels anfangs offen – vorgebrachtes Gesetzesvorhaben weniger starken Gegenkräften ausgesetzt als die großen Vorhaben zur Kodifizierung eines Arbeitsvertragsgesetzes, s. insb. *Henssler/Preis*, NZA-Beilage 2007, S. 6 ff.; zu früheren Versuchen *Preis*, Individualarbeitsrecht, 5. Aufl., Köln 2017, Rn. 25 ff.



## Der Arbeitnehmer im liberalisierten Welthandel, Freizügigkeit, Entsendung und Freie Exportzonen

Dissertation von Ricarda Zeh, 2018, Duncker & Humblot, 2018, Berlin, 303 S. (ISBN 978-3-428-15210-0), 89,90 €, erschienen als Band 347 der Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Ricarda Zeh untersucht in ihrer mit dem Werner-von-Simson-Preis ausgezeichneten Freiburger Dissertation drei Konstellationen, in denen die Arbeitsbedingungen von Arbeitnehmern durch die Liberalisierung des Welthandels beeinflusst werden: Zum einen zwei von ihr unter dem Oberbegriff der Freizügigkeit zusammengefasste Fälle grenzüberschreitender Tätigkeit, nämlich erstens die aktive Teilnahme des Arbeitnehmers am Freihandel durch Überschreiten einer Grenze, um in einem anderen Staat ein Arbeitsverhältnis einzugehen (Arbeitnehmerfreizügigkeit) sowie zweitens die Entsendung von Arbeitnehmern durch ihren Arbeitgeber im Rahmen der grenzüberschreitenden Erbringung einer Dienstleistung oder Warenlieferung; zum anderen drittens die Arbeit in sog. Freien Exportzonen.

### Freizügigkeit und Entsendung

Nach einer Abgrenzung dieser möglichen, durch die Liberalisierung des Welthandels<sup>1</sup> entstandenen Arbeitsformen (S. 38 ff.) sowie ihrer rechtlichen Realisierung (S. 42 ff.) geht es zunächst um rechtliche Grundlagen der Freizügigkeit (S. 45 ff.). Es werden die Grundlagen im Recht der UN und der ILO (S. 45), im Welthandelsrecht der WTO (*General Agreement on Trade in Services*, GATS; S. 46 ff.) sowie in Verträgen zur regionalen Wirtschaftsintegration (etwa *North American Free Trade Agreement*, NAFTA; vor allem aber EU, S. 53 ff.) aufgezeigt. Hier erfolgt eine nähere Betrachtung der Grundfreiheit der Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 ff. AEUV und der Arbeitnehmerentsendung (S. 57 ff., 59 ff.).

Spiegelbildlich zu den rechtlichen Grundlagen begibt sich Zeh sodann (S. 70 ff.) auf die Suche nach den jeweiligen völkerrechtlichen Schranken: vor allem Mindeststandards der ILO, internationale Menschenrechtsabkommen der UN sowie des Europarats (ESC und EMRK). Zu den beiden Freizügigkeitskonstellationen (Arbeitnehmerfrei-

zügigkeit und Entsendung) stellt Zeh einen Verstoß der Arbeitnehmerentsendung in ihrem Verständnis durch den EuGH gegen die UN-Wanderarbeiterkonvention und Art. 19 Abs. 4 ESC fest (S. 82 f.). Allein: Erstere ist von keinem EU-Mitgliedstaat ratifiziert (S. 83; ergänzend: auch sonst von keinem Industrie- und Einwanderungsland, sondern bisher nur von Staaten, aus denen ein Großteil der Arbeitsmigranten stammt<sup>2</sup>), und auch die Folgen eines ESC-Verstoßes sind »überschaubar« (S. 84 f.). Gegen Arbeitsvölkerrecht verstößt Zeh zufolge auch die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitskampf in Entsendefällen (Urteile *Viking* und *Laval*).

### Insbesondere: Überlegungen zur Entsenderichtlinie und deren aktuelle Reform

In diesem Zusammenhang äußert die Autorin (S. 93 ff., 108 ff.) grundlegende Kritik an der Entsenderichtlinie (RL 96/71/EG), die wohl auch durch deren aktuelle Revision nicht vollständig obsolet werden dürfte. Dabei diskutiert die Autorin ua. die interessante Frage nach den für Entsendekonstellationen maßgeblichen Grundfreiheiten, nämlich, ob die Arbeitnehmerentsendung aus der grundfreiheitlichen Sicht des entsandten Arbeitnehmers lediglich ein Annex zur Dienstleistungsfreiheit des entsendenden Arbeitgebers oder ob sie gleichzeitig ein Anwendungsfall der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist.<sup>3</sup>

Diese Frage wurde seit jeher kontrovers diskutiert<sup>4</sup> und ist gerade vor dem Hintergrund der nunmehr beschlossenen Reform der Entsenderichtlinie (wieder) bedeutsam. Denn diese wird durch die Stärkung des Arbeitsortsprin-

1 Die »Liberalisierung des Welthandels« als Prämisse ihrer Untersuchung wird von Zeh in ihren einleitenden Bemerkungen (S. 33 f.) mehr vorausgesetzt als nachgezeichnet, dort geht es va. um den sich daraus ergebenden Wettbewerb der Arbeitskosten und damit der Arbeitsrechtsordnungen; s. dazu auch den Beitrag des Betreuers der Arbeit: *Kreber*, JZ 2008, 53, 53 f., 57 f.

2 *Gareis/Varwick*, Die Vereinten Nationen. Aufgaben, Instrumente und Reformen, 5. Aufl., Bonn 2014, S. 198.

3 Für Ersteres der EuGH – grundlegend EuGH, 27.3.1990 – C-113/89 – Slg. 1990, I-1417 (Rush Portuguesa), Rn. 15 – und die hM., s. nur *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., München 2017, § 9 Rn. 4 mwN.; für die Gegenmeinung etwa *Heuschmid/Schierle*, in: *Preis/Sagan*, Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 5 Rn. 4 mwN.

4 S. zum Überblick etwa *Velikova*, Arbeitnehmerentsendung und Kollektivvertragssystem, Zwischen Mindestschutz und Günstigkeitsvergleich, Baden-Baden 2012 (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss., 2009), S. 91 ff.

zips den arbeitnehmerschützenden Charakter der Richtlinie deutlicher als bisher in den Vordergrund rücken.

Für ihre Arbeit konnte *Zeh* die erst kürzlich auf europäischer Ebene erzielte Einigung auf diese Reform<sup>5</sup> leider noch nicht berücksichtigen. Was die Entsenderichtlinie in ihrer bisherigen Fassung angeht, so hält die Autorin sie letztlich für »systemfremd« (S. 110). Konsequenterweise sollten entsandte Arbeitnehmer nicht der Dienstleistungsfreiheit (des entsendenden Arbeitgebers), sondern der Arbeitnehmerfreizügigkeit unterworfen werden. Die damit markierte Präferenz für eine eigenständige grundfreiheitliche Position von Entsandten verbindet sich bei *Zeh* allerdings nicht mit einem stärkeren Arbeitnehmerschutz. Für gewöhnlich wird der Verweis auf eine Betroffenheit (auch) der Arbeitnehmerfreizügigkeit in Entsendefällen als Argument in Richtung einer Gleichstellung entsandter mit regelmäßig im Inland beschäftigten Arbeitnehmern verwandt.<sup>6</sup> Anders *Zeh*: Vielmehr müssten Unterschiede in den Arbeitsbedingungen zwischen Herkunfts- und Aufnahmestaat im Sinne der Idee der gegenseitigen Anerkennung von Standards hingenommen werden, zumal mit Ausnahme des Entgelts die von der Entsenderichtlinie erfassten Arbeitsbedingungen mittlerweile ohnehin unionsrechtlich harmonisiert seien (S. 110).

Die politische Entwicklung verläuft aktuell freilich in Form der Revision der Entsenderichtlinie in die entgegengesetzte Richtung. Zwar erfolgt auch künftig nicht die von *Zeh* (S. 109) als allein konsequent bezeichnete vollständige Gleichstellung von entsandten mit regelmäßig im Inland beschäftigten Arbeitnehmern; die von ihr monierte Beschränkung der Entsenderichtlinie auf einen »harten Kern« von Arbeitsbedingungen, die international zwingend und damit auch in Entsendefällen zu beachten sind, bleibt vielmehr im Prinzip beibehalten. Jedoch sollen künftig im Hinblick auf das Arbeitsentgelt nicht mehr nur Mindestlöhne, sondern alle in allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgeschriebenen Entlohnungsbestimmungen entsprechend dem Arbeitsortsprinzip »entsendefest« sein. Ein weitgehender<sup>7</sup> Statutenwechsel hin zum Arbeitsrecht des Aufnahmestaats soll nur, aber immerhin bei Langzeitentsendungen von mehr als zwölf Monaten (bei Verlängerungsmöglichkeit auf 18 Monate) erfolgen<sup>8</sup>.

## Arbeit in Freien Exportzonen

Schon mit den Themen Freizügigkeit und Entsendung hat *Ricarda Zeh* ein breites Panorama aktueller europa- und völkerrechtlicher Problemstellungen des Arbeitsrechts entfaltet. Und die Untersuchung der Arbeit in Freien Exportzonen steht da noch aus; sie folgt auf den S. 112 ff.

Als Freie Exportzonen (neben den bei *Zeh* genannten Synonymen – Exportförderungszone, Ausfuhrfreizone, Sonderwirtschaftszone – findet sich in der Literatur auch die Bezeichnung als freie Produktionszone<sup>9</sup>) versteht *Zeh* in Übereinstimmung mit einer Definition der ILO »Industriezone mit besonderen Anreizen für ausländische Investoren, in denen importiertes Material in gewissem Umfang einer Bearbeitung unterzogen wird, bevor es (wieder) exportiert wird« (S. 112 f.). Regelmäßig handelt es sich um auch räumlich, etwa durch Zäune, abgegrenzte Gebiete, aber nicht immer; so können Unternehmen in Mauritius, Namibia oder Mexiko im ganzen Land in den Genuss des »Zonenstatus« kommen (S. 114, 117, 138, 144).

Nach einem Blick in die Entstehungsgeschichte (S. 113)<sup>10</sup> folgt eine umfassende Darstellung und Typenbildung verschiedener Konzepte zur Regelung des Arbeits-

5 Das Europäische Parlament hat die Änderungsrichtlinie am 29.5.2018 verabschiedet, s. *Philipp*, EuZW 2018, 475; der Text der RL zur Änderung der RL 96/71/EG ist als interinstitutionelles Dossier unter <http://www.consilium.europa.eu/register/de/content/int?typ=ADV> mit der Dokumentennummer 2016/0070 (COD) abrufbar (22.8.2018).

6 Etwa *Hanau*, NJW 1996, 1369, 1371; *ders.*, in: *Hanau/Steinmeyer/Wank* (Hrsg.), Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002, § 15 Rn. 423 f.; s. auch *Windisch-Graetz*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018, Art. 1 RL 96/71/EG Rn. 24 ff.; ferner *Schiek*, Europäisches Arbeitsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2007, Teil 1 D. Rn. 23.

7 Ausgenommen sind nach der Änderungs-RL (Fn. 5) die Regelungen zum Abschluss und zur Beendigung des Arbeitsvertrags einschließlich Wettbewerbsverboten sowie zu betrieblichen Altersversorgungssystemen.

8 Vgl. im Einzelnen die Änderungs-RL (Fn. 5) sowie Überblicke bei *Boysen*, DB 2018, 1668 und *Felisiak*, SPA 2018, 61 ff. Praktisch dürfte der Statutenwechsel bei Langzeitentsendungen freilich wenig relevant werden, liegt doch die durchschnittliche Entsendedauer bei etwa vier Monaten – s. zuletzt etwa *Dauner*, ifo-Schnelldienst 3/2018, 3, 5; zum Problem von Kettenentsendungen, zu denen die Änderungs-RL (Fn. 5) ebenfalls eine Bestimmung in Gestalt der Addition der Entsendezeiten enthält, s. *Hassel/Wagner*, ifo-Schnelldienst 3/2018, 8, 10.

9 *Däubler/Däubler-Gmelin*, Freihandel und Investorenschutz – verbindliche und effektive soziale Korrekturen?, Working Paper Nr. 08 des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht, Frankfurt am Main 2016, S. 12, 13; demn. *Buchholtz*, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber* (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Tübingen 2018, § 7.

10 Freie Exportzonen moderner Prägung traten danach erstmals Ende der 1950er-Jahre auf; 2006 existierten nach Schätzungen der ILO ca. 3.500 solcher Zonen in 130 Ländern (vornehmlich solchen mit schwach entwickelter Wirtschaft), beschäftigt wurden dort mehr als 66 Millionen Arbeitnehmer (*Zeh*, S. 113).

rechts für Arbeitnehmer in Freien Exportzonen (S. 115 ff.). Von speziell für solche Arbeitnehmer geltenden, abgesenkten Standards (S. 117 ff.; zB. in Bangladesch, der Türkei, Nigeria oder Iran) – wobei die Absenkung bis zur vollständigen Ausnahme der Arbeitnehmer von jeglichen arbeitsrechtlichen Schutzstandards geht (so in Pakistan, S. 127 f.) – geht die Untersuchung über zu Staaten, in deren Freien Exportzonen das Arbeitsrecht zwar rechtlich vollständig Anwendung findet, aber im Vergleich zu Betrieben außerhalb der Zonen praktisch nicht oder kaum durchgesetzt wird (S. 143 ff.; zB. Mexiko, Dominikanische Republik, Jamaika, Madagaskar).

Insgesamt ergibt sich für *Zeh* (S. 141 f.), dass die Einschränkungen der Arbeitnehmerrechte gegenüber dem außerhalb der Zonen geltenden Recht in den Ländern der ersten Gruppe va. die Bereiche Arbeitszeit (zB. Verpflichtung zur Leistung von Überstunden ohne Zahlung einer Überstundenvergütung; höhere zulässige wöchentliche Arbeitszeit als außerhalb der Zonen), Arbeitsschutzrecht sowie den Kündigungsschutz betreffen (geringere Abfindungen; Erweiterung der zulässigen Kündigungsgründe). Massive Schlechterstellungen gibt es aber nahezu durchgehend auch bei den aus der Koalitionsfreiheit folgenden Rechten (erschwerter Gründung von Gewerkschaften, Beschränkungen des Streikrechts; auch in der Türkei etwa war das Streikrecht für die ersten zehn Jahre nach Aufnahme der Produktion in den Zonen ausgeschlossen, S. 129).

In den meisten Ländern mit Freien Exportzonen findet heute zwar das Arbeitsrecht auch in den Zonen vollständig Anwendung (S. 143). So galt für die mexikanischen Freien Exportzonen, die sog. *Maquiladoras*, nie ein Sonderarbeitsrecht (S. 145). Insbesondere *Zehs* Schilderung der Situation von Arbeitnehmerinnen in den *Maquiladoras* (S. 145 ff.) zeigt freilich auf, dass weite Teile des Arbeitsrechts hier nur »*law in the books*« darstellen. Frauen machen danach den Großteil der Belegschaften in den *Maquiladoras* aus. Für viele ungelernete junge Frauen boten die ab 1964 in US-Grenznähe entstandenen *Maquiladoras* erstmals die Möglichkeit, eine Beschäftigung auszuüben (S. 145 f.). Die von *Zeh* ausgewerteten Berichte über die bis heute verbreiteten Diskriminierungen von Arbeitnehmerinnen in diesen Zonen sind erschütternd. Sie reichen von Schwangerschaftstests im Bewerbungsverfahren sowie in regelmäßigen Abständen auch im bestehenden Arbeitsverhältnis über Drangsalierungen und sofortige Entlas-

sungen nach Bekanntwerden einer Schwangerschaft bis zur sexuellen Belästigung (S. 146 ff.).

Ähnlich sieht es in vielen anderen Ländern dieser zweiten Gruppe aus (S. 155 ff.). Durchsetzungsprobleme bestehen des Weiteren va. im Bereich der Koalitionsrechte (bspw. *blacklisting* etwa in Mexiko, S. 153, oder der Dominikanischen Republik, S. 157). Gründe hierfür sieht *Zeh* ua. in Informationsdefiziten bei den Arbeitnehmern (S. 170 f.).

Die anschließende Untersuchung der rechtlichen Schranken der Arbeit in Freien Exportzonen (S. 175 ff.) mit den schon aus dem ersten Teil bekannten Rechtskreisen erfolgt präzise und nüchtern-juristisch. Politische Bewertungen wie die von *Manfred Weiss*, wonach Freie Exportzonen »auf skandalöse Weise von der Weltgemeinschaft geduldete rechtsfreie Räume« seien, »in denen sich eine ebenso rege wie menschenunwürdige Produktionstätigkeit« entfalte<sup>11</sup>, sind die Sache der Autorin nicht, wären in einer juristischen Dissertation aber auch nicht am Platze. So bleibt am Ende wenig überraschend ein Fazit, das zumindest in den »klassischen« arbeitsvölkerrechtlichen Instrumenten »kein wirklich schlagkräftiges Mittel zur Verbesserung der Arbeit in Freien Exportzonen« sieht (S. 276).

Das Arbeitsvölkerrecht also wieder einmal und immer noch ein »zahnloser Tiger« (vgl. S. 99, 111)? Die Autorin setzt Hoffnungen in Sozialklauseln in Freihandelsabkommen (S. 245 ff.) und spielt deren Potenzial konkret für Bangladesch, Mauritius und Mexiko durch (S. 259 ff.). Dem sanktionierenden Entzug von Handelspräferenzen va. durch die USA (S. 266 ff.) stellt *Zeh* das europäische Kooperationsmodell gegenüber (S. 271 ff.). Am vielversprechendsten seien Ansätze, die – wie etwa das *North American Agreement on Labor Cooperation* (NAALC), ein Seitenabkommen zum NAFTA – zur tatsächlichen Durchsetzung des eigenen nationalen (oft eben nur auf dem Papier stehenden) Arbeitsrechts verpflichten. Diese sollten auf alle vom Arbeitsvölkerrecht als fundamental eingestuften Arbeitnehmerrechte ausgeweitet<sup>12</sup>, mit handelsrechtlichen Sanktionsmöglichkeiten durchsetzbar

11 *Weiss*, FS Richardi, 2007, S. 1093, 1099; von *Zeh* zitiert auf S. 115 f.

12 Dazu, dass von der Verpflichtung zur Einhaltung des nationalen Arbeitsrechts nach dem NAALC nicht alle Arbeitsrechtsnormen erfasst sind und va. die Sanktionsmechanismen nicht für alle Bereiche des Arbeitsrechts gleichermaßen gelten, s. *Zeh*, S. 250, 268, 272; demn. *Buchholtz*, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber* (Fn. 9), § 7.

gemacht sowie mit Maßnahmen der Kooperation auch auf Gewerkschaftsebene und dem Einsatz der ILO<sup>13</sup> kombiniert werden (S. 276). Zudem bedürfe es der Einrichtung einer unabhängigen zwischenstaatlichen Kontrollinstanz mit Beschwerdeberechtigung auch von Gewerkschaften und NGOs (S. 273).

### (Detail-)Kritik und Gesamtwürdigung

Die Nebeneinanderstellung der Freizügigkeits- und der Entsendekonstellationen sowie der Thematik der Freien Exportzonen ist dogmatisch sicherlich reizvoll. *Zeh* weist darauf hin, dass sie bisher, soweit ersichtlich, in der Literatur nicht zueinander in Beziehung gesetzt worden sind (S. 36). Kritisch könnte man gegen diesen »weitwinkligen« Themenzuschnitt einwenden, dass er einerseits die Arbeit für Nichtexperten ausgesprochen anspruchsvoll macht, während andererseits einem »Eingeweihten« zur Freizügigkeits- und zur Entsendethematik wenig Neues geboten werden kann.

Vereinzelt führt die gewählte Breite der Untersuchung auch zu Ungenauigkeiten im Detail: So, wenn es heißt (S. 91 f., 208), der UN-Menschenrechtsausschuss sehe das Streikrecht als nicht durch Art. 22 des UN-Zivilpakts geschützt an. Dabei wird, wie hierzulande allerdings immer noch vielfach in der Literatur<sup>14</sup>, übersehen, dass es hierzu nach zutreffender Einschätzung der wohl h.M. im Schrifttum schon in den 1990er-Jahren einen stillschweigenden Meinungsumschwung gegeben hat. Denn während der Ausschuss Art. 22 des UN-Zivilpakts in der Tat noch in einer Entscheidung von 1986 mehrheitlich dahingehend interpretiert hatte, dass er – anders als der UN-Sozialpakt – keine Gewährleistung des Streikrechts umfasse<sup>15</sup>, zeigte er sich zehn Jahre später »besorgt« über das generelle Streikverbot für Beamte in Deutschland und vertrat die Ansicht, dieses könnte Art. 22 des UN-Zivilpakts verletzen<sup>16</sup>. Damit hat der Menschenrechtsausschuss das (individuelle) Streikrecht letztlich doch als durch Art. 22 des UN-Zivilpakts gewährleistet anerkannt.<sup>17</sup>

Auch die Aussage, die UN-Menschenrechtsabkommen enthielten keine Gewährleistung eines Kündigungsschutzes (S. 207), ist so nicht ganz korrekt, denn laut dem UN-Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte umfasst das Recht auf Arbeit nach Art. 6 des UN-Sozialpakts auch das Recht, seine Arbeit nicht ungerne zu verlieren.<sup>18</sup>

Die Stärke der Schrift bilden va. die Ausführungen zur Arbeit in Freien Exportzonen. Hier gelingt *Zeh* eine spannende Pionierarbeit, denn fundierte Untersuchungen dieses Phänomens standen bisher – nicht nur im deutschsprachigen Schrifttum – weitgehend aus (s. zum Forschungsstand S. 36). Bei ihrem Lösungsvorschlag, in dessen Zentrum die Aufnahme von Sozialklauseln in Freihandelsabkommen nach dem NAALC-Ansatz steht<sup>19</sup>, kann *Zeh* darauf verweisen, dass die Situation in den mexikanischen *Maquiladoras* ein wesentlicher Grund für das im NAALC gewählte Regelungsmodell war, die Mitgliedstaaten zur tatsächlichen Durchsetzung ihres eigenen nationalen Arbeitsrechts zu verpflichten (S. 250, 259).

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Wirksamkeit von Sozialklauseln in der Debatte um die arbeitsrechtlich relevanten Gefahren von Freihandelsabkommen zuletzt zunehmend in Zweifel gezogen wird. Zu häufig, so die Kritiker, würden diese sich als stumpfes Schwert entpuppen – va., weil von den Sanktionsmöglichkeiten faktisch kaum Gebrauch gemacht wird.<sup>20</sup> Als Mittel der Wahl wird stattdessen für Bereichsausnahmen plädiert und als Vorbild auf das Arbeitsrechtsmodell der EU verwiesen, welches gegenständlich in der Weise beschränkt sei, dass es vorwiegend Regelungen enthalte, die ohne Rücksicht auf den sozialökonomischen Entwicklungsstand des einzelnen Mitgliedsstaats befolgt und umgesetzt werden könnten.<sup>21</sup>

13 Zu deren Aktivitäten im Hinblick auf Freie Exportzonen s. *Zeh*, S. 175 ff.

14 S. etwa *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl., München 2017, Grundlagen Rn. 372.

15 UN-Ausschuss für Menschenrechte, Entscheidung vom 18. 7. 1986 – Unzulässigkeitsentscheidung betr. Mitteilung Nr. 118/1982, EuGRZ 1987, 47 ff. (50 f., Ziffer 6.3 und 6.4).

16 Abschließende Bemerkungen zu Deutschland vom 7. 11. 1996, UN-Dokument CCPR/C/79/Add. 73 vom 8. 11. 1996, Ziffer 18; allgemein zu den »Abschließenden Bemerkungen« demn. *Räuchle/B. Schmidt*, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber* (Fn. 9), § 4.

17 Zutreffend *Deinert/Kittner*, FS Lörcher, 2013, S. 283, 297; *Lörcher*, AuR 2009, 229, 237; *Lörcher*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 10 Rn. 64 mit weiterer Auswertung der Spruchpraxis des Ausschusses.

18 UN Dokument E/C.12/GC/18 vom 6. 2. 2006, Ziffer 4: »including the right not to be deprived of work unfairly«; ebenso nochmals Ziffer 6; weiterführend *Körner*, Das internationale Menschenrecht auf Arbeit, Völkerrechtliche Anforderungen an Deutschland, Berlin 2004, S. 22f.; *Lörcher*, AuR 2016, 488, 490.

19 Mit Präferenz hierfür auch schon *Krebber*, JZ 2008, 53, 59.

20 *Däubler/Däubler-Gmelin* (Fn. 9), S. 56 ff.; demn. *Buchholtz*, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber* (Fn. 9).

21 *Däubler/Däubler-Gmelin* (Fn. 9), S. 60 ff.; ihnen folgend *Heuschmid*, in: *Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid* (Hrsg.), *Arbeitsrecht*, 9. Aufl., Frankfurt a.M. 2017, § 8 Rn. 86; demn. *Buchholtz*, in: *Schlachter/Heuschmid/Ulber* (Fn. 9).



Solche Bereichsausnahmen sollen die nationale Arbeits- und Sozialgesetzgebung vom Freihandel abschirmen und sich idealiter nicht nur auf die gegenwärtige und künftige Arbeits- und Sozialgesetzgebung, sondern auch auf Kollektivvereinbarungen erstrecken.<sup>22</sup>

Auf die Möglichkeit von Bereichsausnahmen geht *Zeh* nicht ein. Die am Ansatz des NAALC geäußerte Kritik, das nationale Recht biete nicht genügend Schutz, weshalb eine Verpflichtung zu dessen tatsächlicher Durchsetzung nicht zielführend sei, will sie für die Freien Exportzonen jedenfalls nicht gelten lassen, da hier das Problem in den meisten Fällen nicht der gesetzlich vorgesehene Schutzstandard, sondern das Durchsetzungsdefizit sei. Dass die Sanktionsmöglichkeiten, wie sie Handelsabkommen wie etwa NAFTA/NAALC bieten, tatsächlich kaum genutzt werden, konstatiert aber auch *Zeh* (S. 269 ff.).

Nicht nur vor dem Hintergrund der aktuellen Befürchtungen vor den Auswirkungen von Freihandelsabkommen auf Arbeitnehmerrechte (*»race to the bottom«*<sup>23</sup>) ist *Zehs* Dissertation ein wichtiger Debattenbeitrag. Die Fokussierung auf die Freien Exportzonen verschafft der Arbeit in der gegenwärtigen Forschungslandschaft ein echtes Alleinstellungsmerkmal. Es ist zu wünschen, dass die Schrift einen Impuls für eine engagiertere Suche nach den Potenzialen arbeitsvölkerrechtlicher Instrumentarien für eine gerechtere Gestaltung der Arbeitsbeziehungen auch in diesem Bereich aussendet.

*Dr. Benedikt Schmidt, Berlin*

<sup>22</sup> Demn. *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber (Fn. 9).

<sup>23</sup> Statt vieler *Däubler/Däubler-Gmelin* (Fn. 9), S. 13.

## Zusammenfassungen

### Seifert: Das Arbeitszeitrecht der IAO: ein Impulsgeber für das Unionsrecht?

SR 5/2018, S. 169–180

Der Autor zeigt die Hintergründe und Bandbreite der Arbeitszeitregelungen in der Normsetzung der IAO auf, sowie deren Zusammenwirken mit unionsrechtlichen Vorgaben. Aufgrund der arbeitszeitrechtlichen Herausforderungen der vergangenen Jahrzehnte mahnt er dringenden Modernisierungs- und Handlungsbedarf an.

### Schreiber: Die Reichweite der Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 1 GG als Menschenrecht

SR 5/2018, S. 181–194

Der Verfasser beschäftigt sich kritisch mit der Frage, ob die Leistungsausschlüsse in § 7 Abs. 1 S. 2 SGB II und die Neuregelung des § 23 Abs. 3 SGB XII mit dem Grundrecht auf Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums vereinbar sind. Eine solche Vereinbarkeit lasse sich jedenfalls nicht mit der bisherigen Konzeption des Grundrechts aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG ableiten.

### Gramano/Stolzenberg: Die Jobs Act-Reform in Italien: »Smarte Regelung« des Weisungsrechts und neuer Rechtsrahmen für Selbständige

SR 5/2018, S. 195–206

Die Autoren erläutern Ziel, Inhalt und Bedeutung der italienischen Jobs Act-Reform, die eine Reaktion auf die aktuellen Arbeitsmarktprobleme darstellt. Die Reform nimmt dabei auch das Schutzbedürfnis Selbständiger in den Blick und könnte ein Vorbild für andere Länder sein.

## Abstracts

### Seifert: The ILO law on working time: a stimulus for EU law?

SR 5/2018, pp. 169–180

The author shows the backgrounds and scope of the working time regulation in the ILO law as well as its interaction with EU-law. Because of the challenges of the working time regulation in the past decades, he emphasizes the need for action and modernisation.

### Schreiber: Scope of the right to a decent minimum standard of living of art. 1 para. 1 Grundgesetz in conjunction with art. 20 para. 1 Grundgesetz as a human right

SR 5/2018, pp. 181–194

The author critically examines the question, if the exclusions of benefits in § 7 para. 1 s. 2 SGB II and the new regulation of § 23 para. 3 SGB XII are compatible with the human right to a decent minimum standard of living. This compatibility in any case does not follow from the current concept of the human right guaranteed in art. 1 para. 1 in conjunction with art. 20 Grundgesetz.

### Gramano/Stolzenberg: The Jobs Act-reform in Italy: »smart regulation« of the right to direction and a new legal framework for the self-employed

SR 5/2018, pp. 195–206

The authors explain the aim, content and meaning of the Italian Jobs Acts Reform on labour law, which is a reaction to the current labour market problems. The reform focuses on the protection requirements of self-employed and could be a model for other countries.

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

### Abhandlungen

- *Peter Hanau*: Gamillschegs Konzeption des kollektiven Arbeitsrechts
- *Ninon Colneric*: Does the case law of the European Court of Human Rights show that the Convention States of the European Convention on Human Rights must prescribe priority of internal whistle-blowing as a rule?
- *Andreas Spickhoff*: Franz Gamillscheg und die Entwicklung des Internationalen Arbeitsrechts
- *Anne Trebilcock*: Germany's challenges in complying with the Decent Work for Domestic Workers Convention



Feldes / Kohte / Stevens-Bartol (Hrsg.)

## SGB IX – Sozialgesetzbuch Neuntes Buch

Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen | Teil 1 – Regelungen für Menschen mit Behinderungen und von Behinderung bedrohte Menschen | Teil 3 – Besondere Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen (Schwerbehindertenrecht) | Kommentar für die Praxis 4., neu überarbeitete, aktualisierte Auflage 2018. 1.565 Seiten, gebunden

**Subskriptionspreis bis 30. November 2018: € 89,-**

Danach: € 109,-

ISBN 978-3-7663-6719-8

[www.bund-verlag.de/6719](http://www.bund-verlag.de/6719)

# Der Kommentar.

## Stemmt das Neue mit Bravour

Fundiert und verständlich erläutert der Kommentar in 4. Auflage die Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (SGB IX). Im Zentrum der Neuauflage stehen die Änderungen in Teil 1 und Teil 3 des SGB IX durch das Bundesteilhabegesetz (BTHG). Das BTHG stellt die größte Reform des Behindertenrechts seit Einführung des SGB IX dar. Zu einer kompletten Gesetzesneufassung führen

- > die neue 3-Teilung der SGB IX
- > die neuen für alle Rehabilitationsträger geltenden allgemeinen Vorschriften
- > das Überführen des Rechts der Eingliederungshilfe in einen neuen Teil 2, der erst 2020 in Kraft tritt und deswegen bei dieser Auflage noch nicht kommentiert wird
- > die Neuregelungen im Schwerbehindertenrecht und
- > die unterschiedlichen Termine des Inkrafttretens.

Die 4. Auflage des Kommentars für die Praxis SGB IX reagiert hierauf in allen Bereichen. Vor dem Hintergrund der inklusiven Anforderungen durch die UN-Behindertenrechtskonvention werden sämtliche Auswirkungen kommentiert und kritisch auf ihre Folgen für die Praxis überprüft. Etwa:

- > Welche Rechtsansprüche lassen sich jetzt schon ableiten?
- > Welche neuen Rechte stehen den Schwerbehindertenvertretungen zu?
- > Welche Handlungsmöglichkeiten ergeben sich für die Beratungspraxis?
- > Wie müssen die beteiligten Träger und Behörden reagieren?

Die Autorinnen und Autoren – anerkannte Expertinnen und Experten mit umfassender Praxiserfahrung – bieten neben den Änderungen durch das BTHG einen vollständigen Überblick über die neueste Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sowie des Bundesarbeitsgerichts und der Instanzgerichte sowie über den Stand der Fachdiskussion.

### Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/6719](http://www.bund-verlag.de/6719) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6719-8	Feldes / Kohte / Stevens-Bartol (Hrsg.) SGB IX – Sozialgesetzbuch Neuntes Buch Subskriptionspreis 30. November 2018, danach: € 109,-	89,-

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname: \_\_\_\_\_

Firma / Funktion: \_\_\_\_\_

Straße / Nr.: \_\_\_\_\_

PLZ / Ort: \_\_\_\_\_

Telefon: \_\_\_\_\_

E-Mail: \_\_\_\_\_

Datum / Unterschrift: \_\_\_\_\_



Postfach  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

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

#### Immer topaktuell informiert sein

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



Wedde (Hrsg.)

## Arbeitsrecht

Kompaktcommentar zum Individualarbeitsrecht  
mit kollektivrechtlichen Bezügen

6. neubearbeitete, aktualisierte Auflage

2018. 1805 Seiten, gebunden

€ 89,90

ISBN 978-3-7663-6507-1

[www.bund-verlag.de/6507](http://www.bund-verlag.de/6507)

**Zahlreiche Praxishinweise –  
besonders gekennzeichnet**

**Reduzierung auf das Wesentliche**

**Orientierung an der Rechtsprechung**

# Kompakt. Praktisch. Gut. 25 Kommentare in einem Band

Klar, prägnant und gut verständlich erläutert der Kompaktcommentar die wichtigsten Regelungen im Individualarbeitsrecht – und hat dabei stets die Arbeitnehmerposition im Blick. Zahlreiche Hinweise und Beispiele für die Interessenvertreter sind optisch hervorgehoben. Diese machen das Werk besonders für Betriebs- und Personalräte zu einem zuverlässigen Hilfsmittel für die tägliche Arbeit.

**Die Neuauflage berücksichtigt alle seit 2016 in Kraft  
getretenen Gesetze und Gesetzesänderungen, insbesondere:**

- > Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)
- > Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)
- > Mutterschutzgesetz (MuSchG)
- > Schwerbehindertenrecht (BTHG und SGB IX)
- > Datenschutzrecht (EU-DGSVO und BDSG-neu)
- > Entgelttransparenzgesetz (EntgTranspG)

**Vorteile auf einen Blick:**

- > Gut verständlich, auch für Nichtjuristen
- > Mit allen wichtigen Gesetzesänderungen seit 2016
- > Zahlreiche Hinweise für Betriebsräte und Personalräte

**Einfach online bestellen:**

**1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/6507](http://www.bund-verlag.de/6507) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:**

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6507-1	Wedde (Hrsg.) Arbeitsrecht	89,90

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Postfach  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

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

**Immer topaktuell informiert sein**

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