

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 Betriebsverfassungsgesetz in der Kommentarliteratur

Sebastian Krebber Seite 1

Das Recht der Berufskrankheiten – Bilanz, Probleme, Perspektiven – Teil 2

Wolfgang Spellbrink Seite 15

Rezensionsaufsätze

Stephan Pötters, Grundrechte und Beschäftigtendatenschutz

Bernd Waas Seite 26

Peter Hanau, 60 Jahre Bundesarbeitsgericht – Eine Chronik

Martin Henssler Seite 29

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 36

Das Betriebsverfassungsgesetz in der Kommentarliteratur¹

Prof. Dr. Sebastian Krebber, LL.M. (Georgetown), Freiburg

I. Einleitung

Auch aus Anlass der regelmäßigen Betriebsratswahlen (§ 13 I BetrVG) sind im Jahre 2014 bedeutsame Kommentare zum Betriebsverfassungsgesetz neu aufgelegt worden. Anhand ausgewählter Themen werden im Folgenden *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Bund Verlag, 14. Auflage, Frankfurt am Main 2014, *Fitting* (Begründer)/*Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, Betriebsverfassungsgesetz, Verlag Franz Vahlen, 27. Auflage, München 2014, *Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs*, Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar, Luchterhand Verlag, 10. Auflage, Köln 2014 sowie *Richardi* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Verlag C.H.Beck, 14. Auflage, München 2014 jeweils beschränkt auf die Kommentierung des BetrVG (ohne Wahlordnung und andere Gesetze wie EBRG) besprochen und verglichen. Der Bezug auf die Kommentare erfolgt in den Kurzformen: *Däubler*, *Fitting*, *GK* und *Richardi*.

Nach Abschnitten über Selbstverständnis (II.) und Äußerlichkeiten (III.) wird zuerst die Behandlung von Grundlagenfragen in den Kommentaren gesichtet: Die Fundamente der Eigenständigkeit der Betriebsverfassung im System des kollektiven Arbeitsrechts (IV. 1.) mit den Unterthemen betriebliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung und einem besonderen Schwerpunkt auf dem Nebeneinander von Betriebsverfassungsrecht und Tarifrecht, in dem insbesondere auf die Kommentierungen des § 74 Abs. 2 BetrVG einschließlich der Unterlassungsansprüchen, des Betriebsratsamts als Ehrenamt, des § 40 BetrVG sowie des theoretischen und praktischen Nebeneinanders von Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht eingegangen wird. Es folgt ein Blick auf die Kommentierung des flexiblen Organisationsrechts der Betriebsverfassung am Beispiel der §§ 3, 28a BetrVG (IV. 2.). Ein weiterer Abschnitt (IV. 3.) ist Einzelfragen zu Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten gewidmet, in dem neben einer allgemeinen Bewertung eine besonders aktuelle Rechtsfrage (Leiharbeit) sowie das Auffangen neuerer rechtlicher

Moden (Compliance), tatsächlicher Erscheinungen (sogenannte neue Technologien) und einer ungewöhnlichen Frage (Sicherheit im Betrieb unter dem Gesichtspunkt, dass ein Arbeitsplatz einer Person besonderen Zugriff auf Güter des Einzelnen und der Gemeinschaft vermitteln kann und sich daher die Frage der Terrorabwehr im Betrieb stellen kann) in den Mittelpunkt gestellt werden. Die unter IV. 4. behandelte Kommentierung von Fragen des Diskriminierungsschutzes ist im Rahmen von §§ 15 Abs. 2, 75 Abs. 1 BetrVG originäres Betriebsverfassungsrecht, doch ist der Diskriminierungsschutz gleichzeitig Querschnittsthema bei der Ausübung von Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten. Unter IV. 5. und IV. 6. werden noch die Berücksichtigung rechtsvergleichender Bezüge und historischer Hinweise in den vier Kommentaren angesprochen.

II. Selbstverständnis

Wie sich ein Kommentar selbst einordnet, wo inhaltliche Schwerpunkte gesetzt und welche Leser angesprochen werden, kann in einem Kommentar nur im Vorwort ausgeführt werden. Das Vorwort des umfangreichsten Kommentars, des *GK*, ist knapp gehalten und erwähnt in inhaltlicher Hinsicht exemplarisch lediglich die als bemerkenswert bezeichnete Rechtsprechung des ersten Senats des BAG zur Mitbestimmung bei der betrieblichen Lohngestaltung sowie die Preisgabe der Zwei-Komponenten-Lehre bei aufgespaltener Arbeitgeberstellung durch den 7. Senat des BAG. Darüber hinaus wird nur allgemein formuliert, dass Fortentwicklungen in Rechtsprechung und Literatur seit Erscheinen der 9. Auflage zu zahlreichen grundsätzlichen Neuorientierungen

¹ Besprechung von *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Bund Verlag, 14. Aufl., Frankfurt am Main 2014, 98 €; *Fitting* (Begründer)/*Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*, Betriebsverfassungsgesetz, Verlag Franz Vahlen, 27. Aufl., München 2014, 79 €; *Wiese/Kreutz/Oetker/Raab/Weber/Franzen/Gutzeit/Jacobs*, Betriebsverfassungsgesetz Gemeinschaftskommentar, Luchterhand Verlag, 10. Aufl., Köln 2014, 349 €; *Richardi* (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, Verlag C.H.Beck, 14. Aufl., München 2014, 169 €.

gen geführt hätten. Die Neuauflage habe die Entwicklung der vergangenen vier Jahre ein- und aufgearbeitet. Der Kommentar solle der Praxis ein verlässlicher Ratgeber sein und zugleich die wissenschaftliche Diskussion anregen.

Am kürzesten ist das Vorwort des *Richardi*, welches in inhaltlicher Hinsicht in einem einzigen Satz lediglich erwähnt, dass der Kommentar auf den neuesten Stand gebracht wurde. Welcher Leserkreis dem Selbstverständnis nach angesprochen wird, wird auch nicht mittelbar zum Ausdruck gebracht.

Kürze und Nüchternheit der Vorworte im *Richardi* und auch im *GK* entsprechen guter wissenschaftlicher Tradition. Das Vorwort des *Fitting* demgegenüber fällt auf, weil der für diesen Kommentar bei jeder Neuauflage übliche ausführliche Bericht über die Neuerungen in einigen Passagen in einer etwas parteiisch klingenden Sprache verfasst ist. Als thematische Schwerpunkte werden genannt: ein besonderes Augenmerk auf die Kommentierung der Vorschriften zur Betriebsratswahl sowie der betriebsratsinternen Wahlen (Betriebsratsvorsitzender; stellvertretender Betriebsratsvorsitzender; Ausschussmitglieder; freigestellte Betriebsratsmitglieder); die Rechtsprechung des BGH zur Haftung eines Betriebsratsmitglieds unter Hervorhebung des Umstandes, dass diese Rechtsprechung zum Schutz einzelner Betriebsratsmitglieder eingehend behandelt werde und die Betriebsratsmitglieder der Kommentierung entnehmen könnten, wie sie eine persönliche finanzielle Inanspruchnahme vermeiden könnten; eine Darstellung der Grundzüge der Gesetze zu sogenannten prekären Arbeitsverhältnissen, damit Betriebsräte die ihnen obliegenden Überwachungs- und Förderungsaufgaben wahrnehmen und mit dem Arbeitgeber auf Augenhöhe argumentieren könnten; soweit ersichtlich findet sich eine vergleichbare Sprache zum ersten Mal im Vorwort der 25. Auflage aus dem Jahre 2010², während frühere Formulierungen neutral die Bedürfnisse der Praxis erwähnen³. Ein weiterer thematischer Schwerpunkt sollen Leiharbeit, Dienst- und Werkverträge sein. Darüber hinaus werden aufgeführt: das Verfahren bei Massenentlassungen, zu dem das BAG Vorgaben geklärt habe, die die Position des Betriebsrats vor allem im Konsultationsverfahren mit dem Arbeitgeber stärken, das Eingliederungschancengesetz, das Gesetz zur Umsetzung der RL 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds, das Gesetz zur Abschirmung von Risiken und zur Planung der Sanierung und Abwicklung von Kreditinstituten und Finanzgruppen, eine Aktualisierung der im Kommentar berücksichtigten betriebsverfassungsrechtlichen

Sonderregelungen bei Privatisierung. Als Benutzer werden im Vorwort des *Fitting* in folgender Reihenfolge genannt: Betriebsräte, Gewerkschaften, Arbeitgeber und ihre Verbände, Rechtsanwälte und Wissenschaftler⁴.

Im *Däubler* wird betont, dass die in den Betrieben aktuellen Themen »sehr frühzeitig« und auch bevor sich die Rechtsprechung mit ihnen auseinandergesetzt habe aufgegriffen werden. Die rechtliche Einordnung werde mit Regelungsvorschlägen und Praxistipps verbunden. Auch wenn es nicht ausdrücklich formuliert wird, liegt hierin ein klares Bekenntnis zu einem Praxisbezug des Kommentars mit einem Praxisverständnis, welches Praxis nicht erst mit Gerichtspraxis gleichsetzt. Die im Vorwort in Spiegelstrichen aufgeführten Themen (Betriebsratswahlen, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, Werkverträge und Leiharbeit, Arbeitszeit und mobile Arbeit, Schicht und Kurzarbeit, Crowdsourcing, Social Media, Facebook und BYOD, Integrationsvereinbarungen sowie schließlich betriebliche Umstrukturierungen und Betriebsübergänge) geben Auskunft über inhaltliche Schwerpunkte des Kommentars und bekräftigen den Eindruck des Praxisbezugs.

III. Äußerlichkeiten

1. Erscheinungsrhythmus

Der *Däubler*, der *Fitting* und der *Richardi* werden jedenfalls in der jüngeren Zeit jeweils im Zweijahresrhythmus neu aufgelegt. Sie erscheinen im Jahre 2014 damit auch aus Anlass der Betriebsratswahl. Beim *Richardi* (»Zur Betriebsratswahl«) und beim *Fitting* (»Die Wahlausgabe«) nutzt der Verlag diesen Umstand zu Werbezwecken auf dem Umschlag der Kommentare. Der *GK* ist etwas unregelmäßig, aber überwiegend alle vier Jahre in einer Neuauflage erschie-

2 Die Kommentierung des § 109a BetrVG gebe Wirtschaftsausschuss und Betriebsräten das nötige Rüstzeug in die Hand, um auf diesem neuen Aktionsfeld bestehen und auf bevorstehende Unternehmensübernahmen erfolgreich Einfluss nehmen zu können.

3 1. Aufl. Vgl. auch das Vorwort der 10. Aufl. 1972: Der Kommentar solle der Praxis dienen und eine möglichst reibungslose Zusammenarbeit zwischen Arbeitgebern und deren Personalleitern, Betriebsräten, Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden ermöglichen. Vergleichbare Wendungen finden sich in den Vorworten zur 15., 17., 18. Aufl.; aus der Zeit vor der 20. Aufl. 2000 wurden nicht sämtliche Vorworte gesichtet.

4 Ähnlich bereits das Vorwort zur 15. Aufl. 1986. Es fehlen jedoch die Rechtsanwälte und die Wissenschaftler, die erst ab der 18. Aufl. 1996 genannt werden.

nen, weshalb bei der nun vorliegenden 10. Auflage im Vorwort auch auf eine 40-jährige Tradition hingewiesen wird.

2. Autorenkreis

Der Autorenkreis hat sich in jüngerer Zeit nur beim *GK* geändert, während die Bearbeiter vom *Richardi* und vom *Däubler* sowie die Bearbeiterinnen und Bearbeiter vom *Fitting* nach zeitlich etwas weiter zurückliegenden Änderungen dieselben geblieben sind. Wenn man sich diese Spitze vorweg erlauben darf: Nur zwei Frauen finden sich unter den Autoren der vier Kommentare und beide sind sie Kommentatorinnen des *Fitting*.

Der *GK* ist ein reiner Professorenkommentar und wird in der gegenwärtigen 10. Auflage von *Günther Wiese*, *Peter Kreuz*, *Hartmut Oetker*, *Thomas Raab*, *Christoph Weber*, *Martin Franzen*, *Martin Gutzeit* und *Matthias Jacobs* bearbeitet. Die Gesamtreaktion obliegt *Hartmut Oetker*. *Martin Gutzeit* und *Matthias Jacobs* sind für die 10. Auflage in den Kreis der Autoren aufgenommen worden.

Der *Richardi* wird weiterhin von dem Herausgeber selbst sowie von *Gregor Thüsing* und *Georg Annuß* bearbeitet. Damit ist auch bei diesem Kommentar der starke Wissenschaftsbezug schon über die Autoren, von denen *Georg Annuß* neben seiner Tätigkeit als Rechtsanwalt auch außerplanmäßiger Professor an der Universität Regensburg ist, erkennbar.

Bearbeiterinnen und Bearbeiter des *Fitting* sind unverändert *Gerd Engels*, *Ingrid Schmidt*, *Yvonne Trebinger* und *Wolfgang Linsenmaier*. Bei ihnen handelt es sich um aktive und nicht mehr aktive Ministerialbeamte aus dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (*Engels*, *Trebinger*) sowie um die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichtes und den früheren Vorsitzenden Richter des 7. Senats des Bundesarbeitsgerichtes. Im *Fitting* wird nicht ausgewiesen, dass bestimmte Kommentierungen von bestimmten Bearbeiterinnen oder Bearbeitern stammen. Dies bedeutet eigentlich, dass alle vier Personen Autoren des gesamten Textes sind, was im Vorwort der jetzigen Auflage nicht erwähnt und auch in vereinzelt früheren Vorworten allenfalls angedeutet wird⁵. Hier wäre mehr Transparenz wünschenswert.

Zehn Autoren bearbeiten den *Däubler*, der damit den größten Autorenkreis hat: *Michael Bachner*, *Peter Berg*, *Rudolf Buschmann*, *Wolfgang Däubler*, *Jochen Homburg*, *Michael Kittner*, *Thomas Klebe*, *Wolfgang Trittin*, *Ralf Trümner* und *Peter Wedde*. Vor allem mit *Wolfgang Däubler*, Professor an einer Rechtswissenschaftlichen Fakultät, sowie mit

Michael Kittner von der Universität Kassel ist die Wissenschaft vertreten. Die anderen Autoren sind bei Gewerkschaften beschäftigt und/oder als Rechtsanwalt aktiv.

3. Kommentierte Gesetze

Im *Däubler* werden das BetrVG, die Wahlordnung sowie das Gesetz über europäische Betriebsräte kommentiert. Die RL 2002/14 wird abgedruckt. In einem letzten Anhang über die europäische Aktiengesellschaft und grenzüberschreitende Verschmelzungen findet sich keine eigentliche Kommentierung von Normen, sondern eine Einführung in diese Thematik, die sechs Seiten umfasst.

Im *Fitting* werden das BetrVG und die Wahlordnung kommentiert. Das Gesetz über europäische Betriebsräte findet sich als Text, dem eine als Übersicht bezeichnete Erläuterung auf den S. 2083 bis 2107 folgt.

Die Kommentierung des *GK* umfasst das BetrVG, die Wahlordnung sowie das Gesetz über europäische Betriebsräte. Die Bearbeitung zur Wahlordnung und zum Gesetz über europäische Betriebsräte findet sich zum Ende des ersten Bandes, was vermutlich dem Umstand geschuldet ist, dass Band 1 noch immer mit § 73b BetrVG enden soll und dieser Band inzwischen erheblich dünner ist als Band 2. Zwischen der Kommentierung der Wahlordnung in Anhang 1 und der des Gesetzes über europäische Betriebsräte in Anhang 7 finden sich Abdrucke der Wahlordnung Schifffahrt, der Wahlordnung Post, des Postpersonalrechtsgesetzes, des Deutsche Bahn Gründungsgesetzes sowie des Sprecherausschussgesetzes. Hält man an der Überzeugung fest, dass die Bandaufteilung zwingend im Anschluss an § 73b BetrVG erfolgen soll, wäre eine andere systematische Alternative, Normen, die auch kommentiert werden, lediglich abgedruckten Gesetzen doch vielleicht vorgehen zu lassen. Zum Ende von Band 2 werden dann noch abgedruckt: allgemeine Verwaltungsvorschrift über das Zusammenwirken der technischen Aufsichtsbeamten der Träger der Unfallversicherung mit den Betriebsvertretungen; allgemeine Verwaltungsvorschrift über das Zusammenwirken der Träger der Unfallversicherung und der Gewerbeaufsichtsbehörden; Rahmenvereinbarung über das Zusammenwirken der staatlichen Arbeitsschutzbe-

⁵ Vorwort zur 15. Aufl. 1987, 17. Aufl. 1992, 18. Aufl. 1995: Kommentierung aus einem Guss bei Abstimmung aller wesentlicher Fragen unter den Autoren.

hörden der Länder und der Träger der gesetzlichen Unfallversicherung im Rahmen der gemeinsamen deutschen Arbeitsschutzstrategie; sowie allgemeine Verwaltungsvorschrift über das Zusammenwirken der Berufsgenossenschaften und der für die Bergaufsicht zuständigen Behörden.

Im *Richardi* werden das BetrVG und die Wahlordnung kommentiert, abgedruckt sind in den Anhängen 2 und 3 die Wahlordnung Post sowie die Wahlordnung Seeschifffahrt.

4. Umfang und Gestaltung

Am seitenstärksten ist der *GK* (4258 Seiten im Vergleich zu 3954 Seiten bei der Voraufgabe), gefolgt vom *Däubler* (2887 Seiten gegen 2805 Seiten bei der Voraufgabe), vom *Richardi* (2444 Seiten; Voraufgabe: 2548 Seiten) sowie zuletzt vom *Fitting* (2192 Seiten im Vergleich zu den 2262 Seiten der Voraufgabe). Der Gesamtumfang der vier Kommentare lässt sich freilich nicht sicher anhand der Seitenzahlen vergleichen, weil die Seitenformate voneinander abweichen. Deutlich sichtbare Änderungen im Umfang von Einzelcommentierungen, die sich auch in Veränderungen der Gliederung der Kommentierung niederschlagen, finden sich vor allem im *GK*⁶ und im *Däubler*⁷, in geringerem Umfang auch im *Richardi* und im *Fitting*⁸.

Nur der *Däubler* nennt die Nachweise in Fußnoten, während sie in den anderen drei Kommentaren in den Text eingebaut werden. Auch bei umfangreicheren Nachweisen, aus wissenschaftlicher Sicht sehr erwünscht, wird hierdurch im *GK* und im *Richardi* der Lesefluss nicht gestört.

IV. Einzelthemen

1. Die Betriebsverfassung im System des kollektiven Arbeitsrechts

a) Betriebliche Mitbestimmung und Unternehmensmitbestimmung

Sämtliche Kommentare widmen sich dem Nebeneinander von Tarifrecht, Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung, wenngleich in unterschiedlicher Tiefe und an unterschiedlichen Stellen. Der *GK*⁹, der *Richardi*¹⁰ sowie der *Fitting*¹¹ erklären den Unterschied

zwischen betrieblicher und Unternehmensmitbestimmung mit der gängigen Kategorisierung in Integrations- bzw. Einheitsmodell auf der einen und dualistischem Modell auf der anderen Seite. Auf die Verzahnung von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung weist zu Recht *Wiese* hin¹². Ob es deshalb nahe gelegen hätte, die Unternehmensmitbestimmung in der Neufassung des BetrVG von 1972 zu regeln¹³, wird man freilich auch anders sehen können.

Im *Däubler*¹⁴ findet sich eine abweichende Kategorienbildung mit dem Kollektivvertrag auf der einen Seite und der institutionalisierten Mitbestimmung auf der anderen Seite. Letztere soll die Repräsentation der Arbeitnehmer in bestimmten Gremien umfassen, die für bestimmte Themen zuständig seien. So verstanden, fallen Unternehmensmitbestimmung und betriebliche Mitbestimmung in dieselbe Kategorie. Ob eine derartige Systembildung hilfreich ist, mag trotz Verzahnung von Unternehmensmitbestimmung und betrieblicher Mitbestimmung angezweifelt werden, weil sie die Rechtstechnik ausblendet, mit der die Arbeitnehmerseite Einfluss auf Entscheidungen nimmt: Bei der Unternehmensmitbestimmung innerhalb eines Organs, bei der der Aufsichtsrat nach interner Willensbildung und Wahl nach außen einheitlich auftritt, oder durch ein offenes Gegenüber zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber in vertrauensvoller Zusammenarbeit und gegebenenfalls durch Zwangsschlichtung. Zum Verständnis der verschiedenen Modelle wichtig ist auch, dass die rechtliche Ansiedlung der Unternehmensmitbestimmung im Aufsichtsrat eine bestimmte Rechtsform voraussetzt¹⁵, während für das Eingreifen der betrieblichen Mitbestimmung das tatsächliche Vorliegen eines Betriebs reicht; der Unterschied wird in grenzüberschreitenden Sachverhalten spätestens bei Anwendung der unionsrechtlichen Niederlassungsfreiheit greifbar. Schließlich bedeutet das Fehlen einer gesetzlichen

6 Insbesondere §§ 5, 7, 99, 102, 112, 112a BetrVG und vielleicht etwas weniger § 77 BetrVG.

7 Vor allem §§ 50, vor 54 und 54 BetrVG, §§ 112, 112a BetrVG und etwas weniger §§ 14a, 21a, 23, 79 und 89 BetrVG.

8 *Richardi*: etwa §§ 5, 19, 99 BetrVG; *Fitting*: §§ 3, 50, 87, 111 BetrVG.

9 Einleitung Rn. 44 (*Wiese*).

10 Einleitung Rn. 4 (*Richardi*).

11 § 1 BetrVG Vorbemerkungen Rn. 3.

12 *GK*, Einleitung Rn. 44.

13 *GK*, Einleitung Rn. 54 (*Wiese*).

14 Einleitung Rn. 53 (*Däubler*).

15 Darauf weist beispielsweise *Richardi*, Einleitung Rn. 4, hin.

Betriebsverfassung nicht, dass die Arbeitnehmerseite auf der betrieblichen Ebene keinen Einfluss auf Arbeitgeberentscheidungen nimmt. So kann eine Betriebsverfassung durch Tarifvertrag eingerichtet werden. Selbst in Rechtsordnungen, die sich damit rühmen, keine Betriebsverfassung zu haben, können Gewerkschaften Formen einer betrieblichen Mitbestimmung durchsetzen (sogenannte Work Councils in England). Demgegenüber ist wegen des zwingenden Charakters des Gesellschaftsrechts nicht vorstellbar, dass bei Fehlen einer gesetzlich angeordneten Unternehmensmitbestimmung entsprechende oder vergleichbare Strukturen durch Tarifvertrag eingerichtet würden.

b) Betriebsverfassungsrecht und Tarifrecht

(1) Allgemeines

Für das Verständnis der Betriebsverfassung nach dem Muster des BetrVG noch bedeutsamer ist das Nebeneinander von Tarifrecht und Betriebsverfassungsrecht. Die Kommentare widmen sich der Eigenständigkeit der Betriebsverfassung im Verhältnis zum Tarifvertragsrecht und thematisieren alle erforderlichen Einzelfragen (jeweils typischerweise in Einleitung, Grundlagen oder Vorbemerkungen sowie bei §§ 2, 74, 77 und 87 BetrVG). Eine Gegenüberstellung des Tarifrechts und des Betriebsverfassungsrechts an einem Stück mit Erörterung der grundlegenden Unterschiede und der zahlreichen Umsetzungsprobleme wegen des in Art. 9 III GG verankerten Vorrangs des Tarifrechts findet sich hingegen nicht. Das Fehlen einer solchen Gegenüberstellung entspricht durchaus der Tradition der Kommentarliteratur und, wenn man beispielsweise an *Neumann-Duesbergs* Betriebsverfassungsrecht aus dem Jahre 1960 denkt, auch dem in der sonstigen Literatur zum Betriebsverfassungsrecht üblichen Vorgehen: Das Betriebsverfassungsrecht wird aus sich heraus und nicht im Kontrast zum Tarifrecht untersucht und erläutert. Diese Vorgehensweise ist auch deshalb nachvollziehbar, weil die Unterschiede etwa bei Bindung, Finanzierung und Konfliktlösung allgemein bekannt sind und das rechtliche Nebeneinander teilweise durch die Kommentatoren selbst an anderer Stelle eingehend untersucht worden ist. Dennoch wäre es lohnenswert, diesem Themenkreis auch in einem Kommentar einen eigenen Abschnitt zu widmen. Nur die Unterschiede rechtfertigen die Existenz beider Systeme und wer sie relativiert (zB. erga omnes Wirkung von

Tarifverträgen oder das Erschweren der Abwehr von Arbeitskämpfen in der Betriebsverfassung), kratzt letztlich auch immer an dem Nebeneinander von Tarif- und Betriebsverfassungsrecht. Wenn man bedenkt, dass in einigen der Kommentare bei § 2 BetrVG ausführlich der dem Betriebsverfassungsrecht nicht eigene Koalitionsbegriff erörtert wird, kann das Fehlen eines entsprechenden Abschnitts jedenfalls nicht auf einem Raumproblem beruhen. Auf die trotz rechtlicher Trennung bestehende tatsächliche Verzahnung weist *Däubler*¹⁶ hin.

(2) Arbeitskampfverbot und Unterlassungsansprüche

Das Arbeitskampfverbot des § 74 Abs. 2 S. 1, 1. Hs BetrVG, Grundlage und wesentlicher Baustein der Eigenständigkeit des Betriebsverfassungsrechts im Verhältnis zum Tarifrecht, wird in allen Kommentaren eingehend behandelt. Hierbei werden durchaus unterschiedliche Akzente gesetzt. Der *Däubler*¹⁷ etwa lehnt anders als der *Richardi*¹⁸, der *GK*¹⁹ sowie der *Fitting*²⁰ eine Neutralitätspflicht ab. Die Begrenzung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte während eines Arbeitskampfes wird teilweise ebenfalls unterschiedlich beurteilt. Im *Däubler*²¹ wird sie weitgehend abgelehnt, doch kommentiert *Berg* der Sache nach hilfsweise die Rechtsprechung und andere hierzu vertretene Meinungen. Besonders hervorzuheben ist an dieser Stelle die Kommentierung von *Kreutz* im *GK*, der sich auch eingehend mit der Herleitung einer etwaigen Begrenzung betriebsverfassungsrechtlicher Beteiligungsrechte im Arbeitskampf auseinandersetzt²².

Inwieweit ein Verstoß gegen § 74 Abs. 2 S. 1, 1. Hs BetrVG einen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat auslöst, wird ebenfalls unterschiedlich beurteilt, soweit diese Frage im Rahmen von § 74 BetrVG überhaupt erläutert wird; so enthält die Kommentierung im *Richardi* anders als zur Friedenspflicht und zum Verbot parteipoliti-

¹⁶ Einleitung Rn. 61 (*Däubler*).

¹⁷ § 74 BetrVG Rn. 23 (*Berg*).

¹⁸ § 74 BetrVG Rn. 24 (*Richardi*).

¹⁹ § 74 BetrVG Rn. 67 (*Kreutz*).

²⁰ § 74 BetrVG Rn. 14.

²¹ § 74 BetrVG Rn. 32 (*Berg*).

²² Nur aus § 74 Abs. 2 S. 1, Hs. 1 BetrVG Rn. 72; dagegen nennt etwa *Richardi* das Gebot der Kampfparität als Grundlage einer entsprechenden Einschränkung, § 74 Rn. 42.

scher Betätigung²³ hierzu keinen eigenen Gliederungspunkt. Der *Fitting*²⁴ sowie der *Däubler*²⁵ sprechen sich für eine Übernahme der zum Verstoß gegen das Verbot parteipolitischer Betätigung ergangenen Entscheidung 7 ABR 95/08²⁶ aus, die einen Unterlassungsanspruch unmittelbar aus § 74 Abs. 2 S. 3 BetrVG in einer Abkehr zu älterer Rechtsprechung ablehnt. Der *Fitting* beschränkt die Übernahme dieser Ansicht aber nur auf die Situation, in der es sich um einen Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsrat handelt. Einen Unterlassungsanspruch gegen den Arbeitgeber soll es aus § 74 Abs. 2 S. 1, 1. Hs BetrVG hingegen noch geben²⁷. Diese Differenzierung ist nur möglich, wenn man die Regelung des § 23 BetrVG nicht insgesamt für abschließend hält, wie es die Entscheidung 7 ABR 95/08 nahelegt²⁸, sondern den abschließenden Charakter von § 23 Abs. 1 BetrVG darauf beschränkt, dass vom Betriebsrat wegen § 23 Abs. 1 BetrVG kein Unterlassen verlangt werden kann. Der *GK* plädiert zu Recht für die Möglichkeit eines unmittelbar aus § 74 Abs. 2 S. 1, 1. Hs BetrVG hergeleiteten Unterlassungsanspruchs des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat²⁹.

Die Entscheidung des BAG vom 15.10.2013, 1 ABR 31/21³⁰, in der der erste Senat des BAG einen Unterlassungsanspruch des Arbeitgebers gegen den Betriebsrat bei Verstoß gegen das Arbeitskampferbot aus § 74 Abs. 2 S. 1, 1. Hs BetrVG abgelehnt hat, wird nur im *Däubler* am Ende von Fn. 250 zu Rn. 90 (*Berg*) mit falschem Aktenzeichen als anhängig erwähnt, in den sonstigen Kommentaren hingegen nicht angeführt. Dies ist verständlich für den *GK* (Berücksichtigung von Literatur und Rechtsprechung bis zum 1.8.2013) sowie für den *Richardi* (Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur nach Möglichkeit bis zur Drucklegung im September 2013), nicht aber mehr für den *Däubler* (Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur bis einschließlich Oktober 2013) sowie möglicherweise auch für den *Fitting* (nach dessen Vorwort das Schrifttum bis Ende 2013 berücksichtigt wird; eine klare Aussage zum Stichtag zur Rechtsprechung fehlt, doch ist naheliegend, dass dasselbe Datum maßgeblich ist).

Die Auseinandersetzungen um Unterlassungsansprüche außerhalb von § 23 BetrVG kommen nicht zur Ruhe. Es ist einerseits völlig richtig, so wie die besprochenen Kommentare die jeweiligen Fragen dort zu problematisieren, wo sie sich stellen. Angesichts der Komplexität der Problematik, der Rechtsprechungssprünge und möglicherweise auch der Widersprüche in der Haltung der Rechtsprechung wäre es jedenfalls für die umfangreicheren Kommentare überlegens-

wert, an irgendeiner Stelle einen Gesamtüberblick zu geben, der auch den vom BAG in 1 ABR 31/12³¹ ins Spiel gebrachten § 1004 BGB berücksichtigt und ferner die Auswirkungen der Entscheidung des BGH vom 25.10.2012, III ZR 266/11³² in die Überlegungen mit einbezieht. Letztlich ist es nur über eine solche – wenngleich möglicherweise knappe – Gesamtdarstellung möglich, auch in der Kommentarliteratur die Ungereimtheiten der Rechtsprechung und Wege zu deren Überwindung aufzuzeigen.

Die genannten jüngeren Entscheidungen des BAG, die auf § 74 Abs. 2 BetrVG gestützte Unterlassungsansprüche ablehnen, geben darüber hinaus Anlass, über folgende Frage nachzudenken: Ist vorstellbar, dass wegen der herausragenden Bedeutung des Arbeitskampferbots für die Betriebsverfassung jeder Verstoß gegen § 74 Abs. 2 S. 1, 1. Hs BetrVG ein grober Verstoß im Sinne von § 23 Abs. 1 oder Abs. 3 BetrVG ist? Soweit ersichtlich gehen die Kommentare auf diese Möglichkeit nicht ein, was vor dem Hintergrund des allgemeinen Verständnisses von § 23 BetrVG auch nachvollziehbar ist. Wird ein Unterlassungsanspruch aus § 74 Abs. 2 S. 1, 1. Hs BetrVG aber abgelehnt, stellt sich eine neue Situation. Obwohl die Existenz der Betriebsverfassung auf ihrer Unterschiedlichkeit zum Tarifrecht fußt, ist nun »ein bisschen Arbeitskampf« in der Betriebsverfassung möglich. Die bloße Feststellung der Rechtswidrigkeit über eine Feststellungsklage kann den Wegfall des Unterlassungsanspruchs nicht kompensieren. Ein auf § 1004 BGB gestützter Unterlassungsanspruch setzt am Schutze des Eigentums des Arbeitgebers an, eine Voraussetzung, die nicht immer erfüllt sein wird. »Ein bisschen Arbeitskampf« aber untergräbt das Fundament, das die Existenz einer selbständigen Betriebsverfassung nach deutschem Muster überhaupt erst trägt. Die Grobheit eines jeden Verstoßes gegen das Arbeitskampferbot ließe sich unter Hinweis auf die tragende Bedeutung dieses Prinzips daher durchaus begründen. Was jedoch – dies

23 § 74 BetrVG Rn. 52, 72 (*Richardi*).

24 § 74 BetrVG Rn. 74, 74a.

25 § 74 BetrVG Rn. 90 (*Berg*).

26 BAG, 17.3.2010 – 7 ABR 95/08 – AP § 74 BetrVG 1972 Nr. 12.

27 § 74 BetrVG Rn. 74a.

28 § 74 BetrVG Rn. 88, *Kreutz*.

29 BAG, 17.3.2010 – 7 ABR 95/08 – AP § 74 BetrVG 1972 Nr. 12, Rn. 27.

30 AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 181.

31 BAG, 15.10.2013 – 1 ABR 31/12 – AP Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 181.

32 AP § 40 BetrVG 1972 Nr. 110.

unterstellt – gerade auch wegen der Schwierigkeiten für Betriebsratsmitglieder in der Praxis, die Unterscheidung zwischen tariflichem und betriebsverfassungsrechtlichem Arbeitskampf zu verstehen und richtig anzuwenden, nicht passt, sind die Rechtsfolgen des § 23 I BetrVG (Ausschluss eines Betriebsratsmitglieds oder Auflösung des Betriebsrats). Im Ergebnis wird damit umso deutlicher, dass ein unmittelbar auf § 74 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BetrVG gestützter Unterlassungsanspruch gegen den Betriebsrat bei Verstoß gegen das Arbeitskampfverbot erforderlich ist, um die Grundlagen der Betriebsverfassung zu schützen.

(3) §§ 40, 41 BetrVG

Wenn man an die Gegnerunabhängigkeit als Voraussetzung der Eigenschaft als Koalition denkt, wird deutlich, dass auch §§ 40, 41 BetrVG (ebenso wie §§ 20 Abs. 3, 100 S. 2 BetrVG) Merkmal der Eigenständigkeit der Betriebsverfassung sowie Ausprägung der Unterschiedlichkeit vom Tarifrecht sind. Rechtsvergleichend betrachtet, sind ganz unterschiedliche Modelle der Finanzierung einer Betriebsverfassung nachzuweisen. Die US-amerikanische Vertretung von Gewerkschaften im Betrieb, die von manchen in Deutschland jedenfalls auch als Äquivalent einer Betriebsverfassung betrachtet wird, kann über die tarifvertragliche Vereinbarung eines sogenannten agency shops auch Nichtorganisierten eine Mitfinanzierungspflicht auferlegen. Das österreichische Recht kennt eine Betriebsratsumlage, die den Betriebsratsfonds nährt. Das französische comité d'entreprise wird im Grundsatz durch Pauschalzahlungen vom Arbeitgeber finanziert (subvention de fonctionnement, Art. L 2325-43 Code du Travail; eigene wiederum pauschale Finanzierung der sogenannten institutions sociales, die an BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG³³ Sozialeinrichtung erinnern und die teilweise auch mit gemeinsamen Einrichtungen im Sinne von § 4 II TVG vergleichbar sind, Art. L 2323-86 Code du Travail; vom comité d'entreprise nach Art. L 2325-35 Code du Travail hinzugezogene Experten werden von dem Unternehmen bezahlt, Art. L 2325-40 Code du Travail).

Auf einzelne Finanzierungsmodelle ausländischer Arbeitsrechtsordnungen weist Thüsing im Richardi³⁴ hin. Ansonsten spielt ein Blick in andere Rechtsordnungen keine Rolle und es wird in den Kommentaren auch nur teilweise über einen Bezug zwischen § 40 und § 41 BetrVG gestreift, woher die Regelung der §§ 40, 41 BetrVG stammt und wie sie zu erklären ist³⁵. Schon § 36 Betriebsrätegesetz

sah eine Kostentragungspflicht für Geschäftsführungskosten einschließlich etwaiger Aufwandsentschädigungen des Arbeitgebers vor. In dem Kommentar von Flatow/Kahn-Freund findet sich in der 13. Auflage 1931³⁶ folgende Erklärung für diese Regelung: Grundgedanke sei, dass der Betrieb die Kosten der Betriebsverfassung trage, so wie die Kosten der politischen Verfassungsorgane wie Reichstag und Landtag von den Gebietskörperschaften zu tragen seien. Der Betrieb werde mangels privatrechtlicher Selbständigkeit durch den Arbeitgeber dargestellt. Mansfeld³⁷ schreibt, der Arbeitgeber habe die Kosten zu tragen, weil er Spitze des Betriebs sei. Darin liege »an und für sich« eine Inkonsequenz, weil der Betriebsrat ein Organ der Arbeitnehmerschaft sei. Da aber der dem heutigen § 41 BetrVG entsprechende § 37 Betriebsrätegesetz die Beitragserhebung von den Arbeitnehmern verbiete, entspreche die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers dem Grundgedanken des Gesetzes und gebe eine weitere Garantie für eine nach beiden Seiten unabhängige und unparteiische Amtsführung.

Die besprochenen Kommentare beschränken sich im Wesentlichen auf Anwendungsprobleme von § 40 BetrVG. Der Einbettung in das Gesamtsystem Betriebsverfassung widmen sich vor allem Weber im GK³⁸ sowie Thüsing im Richardi³⁹. Die Kommentierung der Anwendungsprobleme von § 40 BetrVG erfolgt in allen Kommentaren auf hohem Niveau und nicht nur im umfangreichen GK ausgesprochen detailliert und informativ. Sämtliche Kommentare sprechen auch modernere Fragen rund um Internet und neue Kommunikationsmöglichkeiten an. In besonderem Maße widmet sich diesem Fragenkomplex der Däubler⁴⁰.

Der Betriebsrat französischen Rechts ist auch rechtsfähig und als solcher wie erwähnt Träger bestimmter sozialer Einrichtungen. Dem deutschen Betriebsrat fehlt eine solche Rechtsfähigkeit bekanntlich, was zu der Frage führt, welche Rechtslage im Außenverhältnis eintritt, wenn Betriebsrat/Betriebsratsmitglieder etwa bei Hin-

33 BAG, 24.4.1986 – 6 AZR 607/83 – AP § 87 BetrVG 1972 Nr. 7 Sozialeinrichtung.

34 § 40 BetrVG Rn. 46, § 41 BetrVG Rn. 1.

35 Richardi: § 41 BetrVG Rn. 1 (Thüsing); Fitting: § 41 Rn. 3; GK: § 41 Rn. 1 mit Hinweis auf den Beitrag von Franzen, FS Adomeit, 2008, S. 173 ff. (Weber).

36 S. 205.

37 Mansfeld, Betriebsrätegesetz, 3. Aufl., Mannheim 1930, S. 206.

38 § 40 BetrVG Rn. 1.

39 § 40 BetrVG Rn. 1.

40 § 40 BetrVG Rn. 150 ff. (Wedde).

zuziehung eines Rechtsanwalts im Rahmen von § 40 BetrVG oder bei Hinzuziehen eines Beraters nach § 111 S. 2 BetrVG die Erforderlichkeit falsch einschätzen und zu Unrecht bejahen. Dies war Gegenstand eines Urteils des BGH⁴¹. Alle Kommentare setzen sich mit dieser Entscheidung auseinander⁴². Die Überlegungen an den verschiedenen Stellen, an denen auf diese Entscheidung eingegangen wird, zeigen klar, dass über die Frage einer Teilrechts- und Vermögensfähigkeit keine Einigung besteht. Das Urteil des BGH wird teilweise sogar innerhalb eines Kommentars unterschiedlich bewertet⁴³. Im *Richardi*⁴⁴ findet die Entscheidung, die zur Grundhaltung der Bearbeitung passt, Zustimmung. Mit überzeugenden Argumenten wird sie von *Weber* im *GK*⁴⁵ abgelehnt.

(4) Das Betriebsratsamt als Ehrenamt

Eng mit §§ 40, 41 BetrVG zusammenhängend und weiteres Merkmal der Eigenständigkeit der Betriebsverfassung im Verhältnis zum Tarifrecht ist das Prinzip, dass das Betriebsratsamt Ehrenamt ist, § 37 Abs. 1 BetrVG, mit weiterer Absicherung in § 78 S. 2 BetrVG. Der Verbindung von §§ 37 Abs. 1, 78 S. 2 BetrVG mit §§ 40, 41 BetrVG wird in besonderem Maße in den Kommentierungen des *Richardi*⁴⁶ und des *GK*⁴⁷ Rechnung getragen.

Die in jüngerer Zeit geführte Auseinandersetzung um die Frage, ob das Verständnis des Betriebsratsamtes als Ehrenamt noch zeitgemäß ist, weil einerseits Betriebsräte in der Praxis Funktionen wahrnehmen können, die Leitungsfunktionen in einem Unternehmen gleichkommen, und weil andererseits insbesondere die sogenannte Volkswagen-Affäre aufgedeckt hat, in welchem Maße in der Praxis gegen §§ 37 Abs. 1, 78 S. 2 BetrVG verstoßen werden kann⁴⁸, wird in den Kommentaren nur vereinzelt angesprochen. Im *GK* weist *Weber* unter Nennen von Literatur auf die Diskussion hin, bezieht selbst aber nicht Stellung. Ebenfalls im *GK* spricht *Kreutz*⁴⁹ die rechtspolitische Frage an, doch legt er sich nur nach der *lex lata* fest. Allein *Däubler*⁵⁰ bezieht auch zu möglichen Entwicklungen des Rechts klar Stellung. Er spricht sich für eine Beibehaltung des bewährten Ehrenamtsprinzips aus. Sein Hinweis, dass die Funktion des Betriebsratsmitglieds als Co-Manager in letzter Konsequenz dazu führen müsste, dem Betriebsrat einen Stab von Mitarbeitern zur Verfügung zu stellen, der in etwa dem der Arbeitgeberseite entspricht, ist nicht ohne Berechtigung. Aufschlussreich dann die Bemerkung, dass wegen des mit einer Änderung des Verständnisses des Betriebsratsamtes ver-

bundenen Steigerung der Bezahlung sich insbesondere Personen zur Wahl stellen würden, deren Interesse primär dem eigenen finanziellen Wohlergehen gelte und dass dies nicht im Interesse der Belegschaften liegen könne.

Der enge sachliche Zusammenhang zwischen Ehrenamt und Finanzierung des Betriebsrats lässt sich auch daran festmachen, dass eine Pauschalfinanzierung der Betriebsratstätigkeit, wie sie wie erwähnt beispielsweise im französischen Recht zu finden ist, deutschem Verständnis nach an §§ 37 Abs. 1, 78 S. 2 BetrVG zu messen ist. Möglichkeiten und Grenzen einer pauschalen Aufwandsentschädigung erörtern sämtliche Kommentare. Es besteht Einigkeit, dass pauschale Aufwandsentschädigungen das Ehrenamtsprinzip nicht untergraben dürfen. Weil pauschale Aufwandsentschädigungen indes schon aus Praktikabilitätserwägungen nicht schlechthin ausgeschlossen werden können, ist entscheidend, wie man sie begrenzt. Die Formulierungen und Maßstäbe in den verschiedenen Kommentierungen weichen voneinander ab. Der *Fitting*⁵¹ stellt mit der Rechtsprechung darauf ab, ob die Pauschale im Wesentlichen dem Durchschnitt der wirklichen Auslagen und Aufwendungen entspricht und sich in ihr also keine versteckte Vergütung verberge. Für *Thüsing* ist im *Richardi* maßgeblich, ob bestimmte Aufwendungen nach der Verkehrsanschauung durch die Festlegung einer Pauschale abgegolten werden können, ohne dass darin die Gewährung eines Sondervorteils zu erblicken sei⁵². Bei der Erörterung

41 BGH, 25.10.2012 – III ZR 266/11 – AP § 40 BetrVG 1972 Nr. 110.

42 *Fitting*: § 1 BetrVG Rn. 197 ff., 209, § 40 BetrVG Rn. 92; *Richardi*: Einleitung Rn. 109 ff., Vor § 26 BetrVG Rn. 8 ff. (*Richardi* selbst); *Däubler*: Einleitung Rn. 141 ff., insb. Rn. 143 Fn. 267, § 23 BetrVG Rn. 153 Fn. 180, § 40 BetrVG Rn. 50 Fn. 176, Rn. 54 Fn. 191 (*Wedde*); *GK*: § 40 BetrVG Rn. 18 ff., insb. Rn. 25 f. (*Weber*), § 1 BetrVG Rn. 72 ff., insb. Rn. 74 ff. (*Franzen*), Einleitung Rn. 101 (*Wiese*).

43 So im *Däubler*: ablehnend mit Hinweis auf das Ehrenamt § 40 BetrVG Rn. 54 (*Wedde*); befürwortend § 23 BetrVG Rn. 153 (*Trittin*); ebenso § 111 BetrVG Rn. 183a (*Däubler*), mit dem interessanten Hinweis, dass im Übrigen ein Berater auch bei anderen Betriebsräten jede Akzeptanz verlieren würde, wenn er ein Betriebsratsmitglied persönlich wegen des Honorars verklagen würde. Der *Fitting* (§ 1 BetrVG Rn. 211) befürwortet eine Haftungsbeschränkung auf Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit.

44 Einleitung Rn. 111, 113 (*Richardi*).

45 § 40 BetrVG Rn. 24 ff.

46 § 40 BetrVG Rn. 46 (*Thüsing*).

47 § 40 BetrVG Rn. 33 f., § 41 BetrVG Rn. 1 (*Weber*).

48 Siehe die Sachverhaltsschilderung durch *Vogel*, Untreue als Auffangtatbestand – auch im Arbeitsrecht?, in: *Rieble/Junker/Giesen* (Hrsg.), Arbeitsstrafrecht im Umbruch, München 2009, S. 49, 59 ff.

49 § 78 BetrVG Rn. 62.

50 Einleitung Rn. 266 (*Däubler*).

51 § 37 BetrVG Rn. 10.

52 § 37 BetrVG Rn. 8.

des Pauschalaufwandsersatzes im Rahmen von § 40 BetrVG⁵³, auf den die Rn. 8 der Kommentierung von § 37 BetrVG verweist, wird diese Formulierung wiederholt und auch begründet, warum die im *Fitting* zu findende Haltung nicht überzeugen kann. Nach *Wedde*⁵⁴ ist der pauschale Aufwandsersatz nur zulässig, wenn die Pauschale sich einerseits auf den Ausgleich tatsächlich anfallender Auslagen und Aufwendungen beschränkt und wenn andererseits Einzelabrechnungen entweder betriebswirtschaftlich unverhältnismäßig aufwändig oder unmöglich sind. *Weber* spricht im *GK* bei § 37 BetrVG⁵⁵ nur die Pauschalierung des Arbeitsentgelts an, die nur als Abschlagszahlung zulässig sei. Bei § 40 BetrVG Rn. 33 beschränkt *Weber* die allgemeine Kostenpauschale auf die typischen Fälle, in denen nach allgemeinen Erfahrungssätzen bestimmte Beträge den tatsächlichen Aufwendungen entsprechen und daher angemessen sind, sodass eine Einzelabrechnung unzweckmäßig wäre. Der im *Fitting* aufgegriffene Maßstab der Rechtsprechung wird §§ 37 Abs. 1, 78 S. 2 BetrVG am wenigsten gerecht. Insgesamt gesehen ist es erfreulich, dass in der Literatur teilweise zu verzeichnende noch weitergehende Aufweichungen des Ehrenamtsprinzips in der Kommentarliteratur weitestgehend abgelehnt werden.

(5) Das theoretische und praktische Nebeneinander von Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht nach §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG

Über § 77 Abs. 3 BetrVG wurde insbesondere seit den 1991 vorgelegten Vorschlägen aus der Literatur, aber auch aus der Deregulierungskommission und der Monopolkommission gestritten. Schon früher war darauf hingewiesen worden, dass § 77 Abs. 3 BetrVG eine Norm sei, die in der Praxis vielfach nicht eingehalten wird. *Birk*⁵⁶ etwa ging noch vor Einsetzen der theoretischen Auseinandersetzung der 1990er Jahre so weit zu sagen, § 77 Abs. 3 BetrVG sei gewohnheitsrechtlich derogiert. Dem dogmatischen Hintergrund der Auseinandersetzung um die Möglichkeit, durch Betriebsvereinbarung von tarifvertraglichen Regelungen abweichen zu können oder Betriebsvereinbarungen auch zu tarifüblichen Fragen vereinbaren zu können, widmen sich eingehend der *GK*⁵⁷, der *Richardt*⁵⁸ sowie der *Fitting*⁵⁹. Im *Däubler*⁶⁰ findet sich vor allem ein Hinweis zum praktischen Hintergrund, der allerdings teilweise in einer auch im Rahmen einer rechtspolitischen Stellungnahme für einen Kommentar ungewohnten Sprache ver-

fasst ist (Angriffe auf die Tarifautonomie von marktradikalen Ökonomen und konservativen Politikern).

Wie *Kreutz* im *GK* als Einziger richtigerweise ausdrücklich festhält⁶¹, ist die Reformdiskussion um § 77 Abs. 3 BetrVG zu Beginn der 2000er Jahre abgeebbt. Auch *Kreutz* nennt hierfür freilich keinen Grund. In den anderen Kommentaren wird aus den Formulierungen nicht immer hinreichend klar, dass zu dieser Auseinandersetzung keine neueren Stellungnahmen veröffentlicht worden sind. Insbesondere *Richardt*⁶² stellt die Auseinandersetzung noch im Präsens dar. Im *Fitting* wird in der Vergangenheitsform nur festgehalten, dass Abschaffung oder Einschränkungen von § 77 Abs. 3 BetrVG von der herrschenden Meinung abgelehnt wurden⁶³.

§ 77 Abs. 3 BetrVG stellt nicht nur eine Regelungssperre für Betriebsvereinbarungen auf, sondern liefert mit der Möglichkeit der Vereinbarung von Öffnungsklauseln gleichermaßen das rechtliche Instrument, diese Sperre außer Kraft zu setzen. Eine mögliche Erklärung für das Abebben der Auseinandersetzung um § 77 Abs. 3 BetrVG könnte daher darin liegen, dass die Praxis, für die in den 1990er Jahren die Vorstellung der Notwendigkeit der Flexibilisierung von Verbandstarifverträgen über Öffnungsklauseln noch nicht so präsent war, inzwischen hinreichend Öffnungsklauseln vereinbart. Dann wäre dem hinter dem Streit stehenden Bedarf nicht durch Änderung des Rechts, sondern durch seine Anwendung Rechnung getragen worden. Die Öffnungsklausel wird in allen vier Werken eingehend dargestellt, wobei eine gewisse Uneinigkeit über das Ausmaß der Möglichkeit besteht, Öffnungsklauseln zu vereinbaren⁶⁴. Auf die Praxis wird indes nicht eingegangen⁶⁵.

53 § 40 BetrVG Rn. 46 (*Thüsing*).

54 Im *Däubler*, § 37 BetrVG Rn. 3.

55 § 37 BetrVG Rn. 17.

56 ZfA 1986, 73, 104.

57 § 77 BetrVG Rn. 82 ff. (*Kreutz*).

58 § 77 BetrVG Rn., 64 ff., 242 (*Richardt*).

59 § 77 BetrVG Rn. 68 ff.

60 § 77 BetrVG Rn. 126 (*Berg*).

61 § 77 BetrVG Rn. 88 (am Ende der Rn.).

62 § 77 BetrVG Rn. 242.

63 § 77 BetrVG Rn. 68.

64 Eng hier insbesondere *Berg* im *Däubler*, § 77 BetrVG Rn. 153 f. unter Anwendung von Art. 80 I 2 GG; dagegen etwa *Kreutz* im *GK* (§ 77 BetrVG Rn. 168); *Fitting* (§ 77 BetrVG Rn. 121).

65 Die Praxis wurde hingegen noch bei *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 2. Auflage 2004, § 4 Rn. 206 f., in Tabellenform aufgearbeitet. Eine entsprechende Tabelle ist in der 3. Auflage 2012 aber auch in diesem Kommentar nicht mehr zu finden.

Unter welchen Voraussetzungen der Tarifvorrang von § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ausgelöst wird, ist ein offener Streitpunkt. *Richardt*⁶⁶, der *Fitting*⁶⁷ sowie *Klebe* im *Däubler*⁶⁸ tragen die herrschende Meinung mit, nach der auch bei Individualnormen die alleinige Tarifbindung des Arbeitgebers ausreicht; teilweise werden Einschränkungen bei Tarifpluralität gefordert⁶⁹. *Wiese* hält im *GK*⁷⁰ an seiner seit jeher vertretenen Auffassung fest, nach der Voraussetzung des Tarifvorrangs ist, dass der Tarifvertrag für den gesamten Betrieb gilt. Bei Individualnormen müssten entweder sämtliche Arbeitnehmer ebenfalls tarifgebunden oder der in Frage stehende Tarifvertrag für allgemeinverbindlich erklärt worden sein. Bemerkenswert ist, dass *Wiese* nicht lediglich an seiner Meinung festhält, sondern darlegt, dass die auf große Kritik stoßende und schon im Vorwort des *GK* erwähnte Rechtsprechung des BAG zum Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 10 BetrVG beim nicht (mehr) tarifgebundenen Arbeitgeber Folge der Auffassung sei, dass die Mitbestimmung durch den Eingangssatz von § 87 I BetrVG bereits bei Tarifbindung des Arbeitgebers ausgeschlossen werde. Folge man nämlich seiner Ansicht, wäre für die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer eine mitbestimmte Regelung der Entlohnungsgrundsätze erforderlich und eine solche Betriebsvereinbarung würde auch neu eingetretene Arbeitnehmer erfassen⁷¹.

2. Betriebsverfassungsrecht als flexibles Organisationsrecht: §§ 3, 28a BetrVG

Dem Organisationsrecht des Betriebsverfassungsgesetzes liegt ein bestimmtes, typisierendes Muster zugrunde, welches atypischen Sachverhaltskonstellationen nicht zwingend gerecht wird. 2001 wurde § 3 BetrVG vollständig überarbeitet und hierbei die Abweichungsmöglichkeiten vom gesetzlichen Regelmodell erweitert. Ebenfalls 2001 wurde § 28a BetrVG neu in das Gesetz aufgenommen. Die Grundzüge des Organisationsrechts der deutschen Betriebsverfassung bleiben damit erhalten: Die Organisation ist gesetzlich vorgegeben. Nur unter bestimmten Voraussetzungen kann insbesondere nach § 3 und § 28a BetrVG von der gesetzlich vorgegebenen Organisation durch Vereinbarung abgewichen werden. Genau umgekehrt funktionieren die punktuellen Regelungen des betriebsverfassungsrechtlichen Sekundärrechts der Union. Nach Art. 4 ff. RL 2009/38/EG⁷² sowie gem. Art. 5 RL 2002/14/EG⁷³ gebührt verhandelten Strukturen im Verhältnis zum

normativen Regelungsmodell Vorrang. Das normative Regelungsmodell ist hier Auffanglösung nur für diejenigen Fälle, in denen es zu keiner Vereinbarungslösung gekommen ist.

§§ 3, 28a BetrVG werden in allen vier Kommentaren eingehend erläutert. In den Kommentierungen zu § 3 werden zahlreiche praktische Beispiele genannt⁷⁴. Im *Däubler* werden darüber hinaus zu § 3 BetrVG konkrete Fallbei-

66 § 87 BetrVG Rn. 153.

67 § 87 BetrVG Rn. 44.

68 § 87 BetrVG Rn. 37.

69 *Richardt* selbst, § 87 BetrVG Rn. 153 sowie *Klebe* im *Däubler*, § 87 BetrVG Rn. 37.

70 § 87 BetrVG Rn. 68.

71 § 87 BetrVG Rn. 941.

72 Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. 2000, L 122/28, S. 28-44.

73 Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft – Gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission zur Vertretung der Arbeitnehmer, ABl. 2002, L 80/29, S. 29-34.

74 Ohne Anspruch auf Vollständigkeit *Fitting*: Betriebe mit kontinuierlichem Personalwechsel (Varietés), mit ständig wechselnden Betriebsstätten (in der Forstwirtschaft, Binnenschifffahrt, bei Wanderbühnen, Zirkussen), Betriebe mit einer kleinen Stammbesellschaft und einer großen Zahl kurzzeitig oder unständig Beschäftigter (Qualifizierungsgesellschaften, reine Ausbildungsbetriebe); Just-in-Time-Produktionskette, fraktale Fabrik, Shop-in-Shop-Konzept, virtuelle Fabrik, Inhouse-Produktion, Unternehmensnetzwerke, Industrieparks; für Betriebe mehrerer Unternehmen ein gemeinsamer Betriebsrat, wenn die Voraussetzungen des § 1 I 2, II nicht vorliegen; bei mittelständischen Konzernen ein einheitlicher Betriebsrat anstelle des dreistufigen Modells; Regionalbetriebsrat in Fällen, in denen die Filialen eines bundesweiten Einzelhandelsunternehmens die Voraussetzungen des § 1 I 1 nicht erfüllen, § 3 BetrVG Rn. 50; *Richardt*: Betriebe mit einem hohen Anteil an kurzzeitig oder unregelmäßig Beschäftigten oder einem hohen Anteil Teilzeitbeschäftigter; Betriebsräte in Gleichordnungskonzernen; bei Standortverschiedenheit von Betrieben mit gleichen oder ähnlichen Dienstleistungen, sofern sie durch eine Regionalleitung geführt werden, § 3 BetrVG Rn. 38 ff. (*Richardt* selbst); *Däubler*: Spartenbetriebsräte, die nicht wie Nr. 2 nach Produkten oder Projekten organisiert sind; Betriebsräte in Gleichordnungskonzernen; Profitcenter-Strukturen (Unternehmen im Unternehmen ohne Spartenbildung); Betriebe mit einer relativ kleinen Anzahl an Stammbeschäftigten (Betriebe von kommunalen Beschäftigungsförderungsgesellschaften, industrielle Qualifizierungsgesellschaften, reine Ausbildungsbetriebe), zudem Betriebe mit kontinuierlichem Personalwechsel (beispielsweise Varietés) oder ständig wechselnden Betriebsstätten; unternehmensinterner Spartengesamtbetriebsrat, der mehrere Spartenbetriebsräte zusammenfasst; Zusammenfassung von verschiedenen Einzelkonzernbetriebsräten zu einem Gesamtkonzernbetriebsrat, bei kleinen mittelständischen Konzernen eine einheitliche Konzernarbeitnehmervertretung anstelle des sonst üblichen dreistufigen Modells; Arbeitsgemeinschaften von Betriebs- und Personalräten im »Konzern Stadt«; gemeinsamer Betriebsrat für Betriebe verschiedener Unternehmen; Zusammenfassung von Betrieben verschiedener Unternehmen innerhalb von Regionen; Unternehmen der Energieversorgung; Arbeitnehmervertretung für räumlich eng zusammengefasste Ansammlungen von Kleinstbetrieben auf Flughäfen, Bahnhöfen, in Ladenstraßen, Einkaufsparks, Bürohäusern und Technologiezentren; Franchising-Systeme; Just-in-time-Konzepte, fraktale Fabriken, Inhouse-Produktionen, Industrieparks, § 3 BetrVG Rn. 94, 98, 102, 103, 104, 105, 108, 109, 110, 111, 112, 115 f. (*Trümmer*); *GK*: Betriebe mit einer kleinen

spiele gebildet, die dann auch in der weiteren Kommentierung zugrunde gelegt und immer wieder thematisiert werden⁷⁵. In allen Kommentierungen handelt es sich um Beispiele, die der Literatur entnommen werden und die nur dann echte Praxisbeispiele sind, wenn die Autoren der in den Kommentaren zitierten Veröffentlichungen ihrerseits praktische Fallbeispiele ausgewertet und nicht lediglich über theoretische Möglichkeiten nachgedacht haben.

Soweit ersichtlich findet sich in den Bearbeitungen zu § 3 BetrVG kein Material, um die Akzeptanz dieser Bestimmung in der Praxis bewerten und damit beurteilen zu können, ob die Reform von 2001 eine praktischen Bedürfnissen gerecht werdende Norm geschaffen hat. Zu § 28a BetrVG findet sich im *GK*⁷⁶ und im *Richardi*⁷⁷ der Hinweis, dass diese Norm keine praktische Bedeutung erlangt hat; etwas schwächer die Formulierung von *Wedde* im *Däubler*⁷⁸: Begrenzter Nutzen und sehr verhaltenes Nutzen der Möglichkeiten des § 28a BetrVG. *Fitting* begnügt sich in Rn. 6a mit dem Hinweis auf den Beitrag, auf den sich auch die anderen Kommentare berufen, doch ist aus dem Hinweis alleine die fehlende praktische Bedeutung nicht zu erkennen. Die breite Erläuterung praktisch bedeutungsloser Normen wie § 28a BetrVG entspricht guter Tradition in der deutschen Rechtswissenschaft und man kann sich darüber streiten, ob hierin eine Stärke oder eine Schwäche liegt. Der Verfasser neigt schon deshalb dazu, dies als Stärke zu betrachten, weil nicht auszuschließen ist, dass die dogmatische Auseinandersetzung mit dieser Norm erst der Praxis klargemacht hat, dass sie ihren Bedürfnissen nicht entspricht. Bei Normen mit Praxisbezug, die auch genutzt werden, wäre dann aber wünschenswert, dass die Praxis und damit auch die Akzeptanz in der Praxis verstärkt erläutert werden.

3. Einzelfragen zu Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten

a) Allgemeines

Die Kommentierung der drei großen Blöcke Mitwirkung und Mitbestimmung in personellen, in sozialen und in wirtschaftlichen Angelegenheiten weist allgemein eine hohe Qualität und Detailfreude auf. Die Unterschiede sind graduell und hängen teilweise naturgemäß mit der Gesamtlänge eines Kommentars sowie mit der Grundhaltung des jeweiligen Werks zur Verarbeitung von Literatur und Rechtsprechung zusammen.

Die Autoren des *GK* und des *Richardi* bearbeiten die drei Bereiche jeweils als Block. So kommentiert *Raab* im *GK* die Mitwirkung und Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, *Wiese* übernimmt § 87 BetrVG ganz überwiegend noch allein und nur bei § 87 I Nr. 7 BetrVG und bei § 87 Abs. 2 BetrVG unter Mithilfe von *Gutzeit*, während *Oetker* die §§ 106 ff. BetrVG bearbeitet. Im *Richardi* liegt die Erörterung der personellen Angelegenheiten in den Händen von *Thüsing*, während *Richardi* selbst § 87 BetrVG kommentiert und *Annuß* die wirtschaftlichen Angelegenheiten bearbeitet. Im *Däubler* liegen nur die Passagen zu sozialen Angelegenheiten (*Klebe*) und wirtschaftlichen Angelegenheiten (*Däubler*) in einer Hand. Die personellen Angelegenheiten werden erörtert durch *Homburg* (§ 92 BetrVG), *Däubler* (§ 92a BetrVG), *Buschmann* (§ 93 BetrVG sowie §§ 96-98 BetrVG), *Klebe* (§§ 94 f. BetrVG) sowie schließlich *Bachner* (§§ 99-105 BetrVG).

Einzelne Kommentierungen besonders hervorzuheben, ist kaum in sinnvoller Weise möglich. Es existiert kein objektiver Maßstab für Lesbarkeit und Verständlichkeit, die Erwartungen an eine Kommentierung sind von Person zu Person unterschiedlich und vor allem auch situationsbedingt davon abhängig, ob man sich einen Gesamtüberblick verschaffen möchte, ob eine Einzelfrage interessiert, ob man den Stand der Rechtsprechung erfahren möchte oder eher auf dogmatische Durchdringung der Rechtsfragen hofft. Wen konzise und systematische Kommentierungen besonders beeindrucken, wird eine Freude daran haben, die Kommentierung der allgemeinen Lehren des § 87 BetrVG durch *Richardi* oder auch die Schilderung des Systems der §§ 111 ff. BetrVG durch *Däubler* zu lesen. Besonders beeindruckend ist aber sicherlich die Kommentierung des § 87 BetrVG durch *Wiese* im *GK*. Der Grad dogmatischer Durchdringung der rechtlichen Probleme besticht und es ist auch eine Freude zu lesen, wie umfassend ganz allgemein die Literatur und insbesondere auch Dissertationen in seiner Bearbeitung verarbeitet werden. Die Kommentierung stellt nicht nur einen Einstieg in

Stammelegschaft und vielen kurzzeitig oder unregelmäßig Beschäftigten (kommunale Beschäftigungsförderungsgesellschaften, Qualifizierungsgesellschaften); einstufige Interessenvertretung in mittelständischen Konzernen; Just-in-Time-Produktionen, fraktale Fabriken, Shop-in-Shop, virtuelle Unternehmen, Inhouse-Produktion, Unternehmensnetzwerke wie Joint-Ventures, strategische Allianzen, Franchise-Systeme oder Subunternehmersysteme, § 3 BetrVG Rn. 20, 21 (*Franzen*).

⁷⁵ § 3 BetrVG Rn. 65, 66, 69 (*Trümmer*).

⁷⁶ § 28a BetrVG Rn. 5 (*Raab*).

⁷⁷ § 28a BetrVG Rn. 3 (*Thüsing*).

⁷⁸ § 28a BetrVG Rn. 1 (*Wedde*).

die Rechtsfragen des § 87 BetrVG dar, sondern ist regelmäßig auch eine erschöpfende Untersuchung der rechtlichen Probleme. Ein Leser, der die Kommentierung nicht am Stück lesen möchte, sondern den GK nur konsultiert, um sich über eine konkrete Frage zu informieren, kann allerdings auf das Problem der Auffindbarkeit stoßen. Es könnte hilfreich sein, die Gliederung der Kommentierung nicht in ihrer Gesamtheit zu Beginn von § 87 BetrVG abzudrucken, sondern Detailgliederungen der einzelnen Mitbestimmungstatbestände sowie sonst abgrenzbarer Probleme der jeweiligen Kommentierung unmittelbar voranzustellen. Die Kommentierung von § 87 Abs. 1 Nr. 13 BetrVG etwa beginnt knapp 380 Seiten nach Abdruck der Gesamtgliederung. Die besonderen Literaturhinweise sind ohnehin schon bei den einzelnen Tatbeständen des § 87 Abs. 1 BetrVG zu finden.

b) Einzelfragen

(1) Leiharbeit

Die arbeitsrechtliche und gerade auch die betriebsverfassungsrechtliche Bedeutung der Leiharbeit ist groß, wie es nicht zuletzt das Urteil des BAG zu § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG zeigt, in welchem erstmals zu dem Merkmal der vorübergehenden Überlassung aus § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG Stellung bezogen wurde⁷⁹. Es überrascht daher nicht, wenn sich die vier Kommentare eingehend der Leiharbeit zuwenden. Im Zentrum stehen die allgemeine Frage der Betriebszugehörigkeit von Leiharbeitnehmern im Entleiherbetrieb (§ 5 BetrVG), Schwellenwerte (etwa §§ 1, 9, 14a, 38, 111 BetrVG), § 7 BetrVG, § 99 BetrVG sowie die Bedeutung der Leiharbeit bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten. Technisch gehen die Kommentare überwiegend so vor, dass die Erörterung der betriebsverfassungsrechtlichen Probleme an den jeweils relevanten Stellen erfolgt⁸⁰. Ein größerer Block findet sich in allen Werken bei § 5 BetrVG⁸¹, daneben insbesondere im GK auch bei § 7 und § 99 BetrVG⁸². In inhaltlicher Hinsicht variieren die Stellungnahmen. Anders etwa als *Richardi*⁸³ und der *Fitting*⁸⁴ lehnen *Kreutz/Jacobs* im GK die Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei § 9 BetrVG und § 14a BetrVG ab⁸⁵. Im Rahmen von § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG findet die Auseinandersetzung um die Frage, ob der vorübergehende Charakter der Arbeitnehmerüberlassung im Sinne von § 1 Abs. 1 S. 2 AÜG arbeitsplatzbezogen oder personenbezogen zu verstehen ist, auch Einzug in das Betriebsverfassungsrecht⁸⁶. Dass die rechtliche Auseinandersetzung

um die Leiharbeit in Teilen der Literatur durch die Ablehnung dieser Beschäftigungsform geprägt ist, sodass rechtliche Argumente mit einem bestimmten Ziel eingesetzt und nicht nüchtern abgewogen werden, merkt man den Kommentaren erfreulicherweise nicht an.

(2) Compliance- und Ethikregeln

Mit Ausnahme des GK, bei dem in § 87 BetrVG Rn. 227 die Kommentierung durch *Wiese* bei den Spiegelstrichen Complianceregeln und Ethikregeln im Wesentlichen auf umfangreiche Literaturhinweise beschränkt ist, setzten sich die anderen drei Kommentare im Rahmen der Bearbeitung jeweils von § 87 BetrVG mit dieser Frage ausführlicher auseinander. Es wird sowohl der Hintergrund der Complianceregeln geschildert, als auch eine ausgewogene Auseinandersetzung mit der Frage geführt, inwieweit diese Regelwerke nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig sind. Hierbei kommt es auf die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Ordnungsverhalten an⁸⁷. Im *Fitting* wird richtigerweise auch

79 BAG, 10.7.2013 – 7 ABR 91/11 – AP § 1 AÜG Nr. 33.

80 Hier jeweils ohne Anspruch auf Vollständigkeit besonders ausführlich *Fitting*: § 1 BetrVG Rn. 31, 279, § 7 BetrVG Rn. 37–58, § 8 BetrVG Rn. 26 ff., § 9 BetrVG Rn. 25 f., 30–33, § 39 BetrVG Rn. 26, § 42 BetrVG Rn. 14, § 75 BetrVG Rn. 12, § 81 BetrVG Rn. 1, § 82 BetrVG Rn. 1, § 87 BetrVG Rn. 11, 129, 137, § 99 BetrVG Rn. 8b, 57–61, 83 f., 102 f., 178–180, 192b–192n, 232, § 102 BetrVG Rn. 83, § 106 BetrVG Rn. 37, 130; *Däubler*: § 1 BetrVG Rn. 242 f. (*Trümmer*), § 7 BetrVG Rn. 6–9, § 8 BetrVG Rn. 20 f., § 9 BetrVG Rn. 13–19 (*Homburg*), § 80 BetrVG Rn. 108 f. (*Buschmann*), § 87 BetrVG Rn. 9 (*Klebe*), § 92 BetrVG Rn. 25 (*Homburg*), § 99 BetrVG Rn. 13, 58f., 73, 126, 147f., 195, 200, 212, § 102 BetrVG Rn. 7, § 104 BetrVG Rn. 7 (*Bachner*), § 107 BetrVG Rn. 7, § 111 BetrVG Rn. 36 (*Däubler* selbst); und vor allem der GK: § 7 BetrVG Rn. 51–73, 94–117 (*Raab*), § 8 BetrVG Rn. 16 f., 24, 33 (*Kreutz/Raab*), § 9 BetrVG Rn. 10 f., 17, § 14a BetrVG Rn. 15 (*Kreutz/Jacobs*), § 39 BetrVG Rn. 10, 29 ff. (*Weber*), § 75 BetrVG Rn. 16 (*Kreutz*), § 87 BetrVG Rn. 290, 376, 441 ff., 578, 610, 697, 816, 1036 (*Wiese* sowie teilweise *Wiese/Gutzeit*), § 92 BetrVG Rn. 14, 33, § 94 BetrVG Rn. 9 f., § 99 BetrVG Rn. 16, 27, 78, 132, § 102 BetrVG Rn. 23, § 104 BetrVG Rn. 4 (*Raab*).

81 *Richardi*, Rn. 93 ff. (*Richardi* selbst); *Däubler*, Rn. 81 ff. (*Trümmer*); *Fitting*, Rn. 232 ff.; GK, Rn. 102 ff. (*Raab*).

82 § 99 Rn. 233 ff.; § 7 Rn. 65 ff. (jeweils *Raab*).

83 § 5 BetrVG Rn. 97 (*Richardi*).

84 § 5 BetrVG Rn. 238, 265.

85 § 9 BetrVG Rn. 10 f.; § 14a BetrVG Rn. 15.

86 Arbeitsplatzbezogen: im *Däubler*, § 99 BetrVG Rn. 197 – Spiegelstrich AÜG (*Bachner*); personenbezogen: *Raab* im GK, § 99 BetrVG Rn. 253 sowie § 7 BetrVG Rn. 67; so auch LAG Berlin Brandenburg, 22.5.2014 – 14 TaBV 184/14 – ZTR 2014, 739.

87 Etwa *Richardi*, § 87 BetrVG Rn. 196 und 199 (*Richardi* selbst); *Däubler*, § 87 BetrVG Rn. 62 – Compliance, wo *Klebe* insbesondere die Auffassung ablehnt, dass Meldepflichten, die sich auf den gesamten Verhaltenscodex beziehen, den Codex als solchen insgesamt mitbestimmungspflichtig machen; es bestehe kein unauflösbarer Zusammenhang und auch eine Annexkompetenz komme nicht in Betracht, weil die Verhaltenspflichten nicht notwendig und zwingend mit der Meldepflicht zusammenhängen, sodass das Mitbestimmungsrecht bei der Meldepflicht kein Mitbestimmungsrecht bei den zu meldenden Tatbeständen begründe.

noch auf den Umstand hingewiesen, dass Meldungen zum außerdienstlichen Verhalten und der privaten Lebensführung der Regelung durch die Betriebsparteien nicht zugänglich seien⁸⁸. *Richardi* setzt sich zudem bei § 77 BetrVG Rn. 88 mit der Frage der Regelbarkeit von sogenannten Compliance- und Ethikregeln durch Betriebsverfassung auseinander.

(3) Neue Technologien

Sogenannte neue Technologien werden in den Kommentaren einerseits unter dem Gesichtspunkt behandelt, inwieweit der Arbeitgeber den Betriebsrat mit ihnen ausstatten muss⁸⁹. Darüber hinaus werden sie vor allem im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG und noch stärker bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG berücksichtigt. Zu § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht Uneinigkeit⁹⁰. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG wird hingegen einvernehmlich bejaht⁹¹.

(4) Sicherheitsüberprüfung

Dass Sicherheitsüberprüfungen⁹² sowie die EG-Antiterrorverordnung⁹³ im *Däubler* überhaupt erwähnt werden⁹⁴, obwohl diese Fragen bislang in der Literatur vergleichsweise stiefmütterlich behandelt werden und Rechtsprechung soweit ersichtlich nicht bekannt ist, zeugt von einem hohen Maß vorausschauender Aktualität.

4. Diskriminierungsschutz in der Betriebsverfassung

Vor allem zu § 75 BetrVG finden sich in allen vier Werken ausführliche Kommentierungen, die es in ihrer Qualität und Tiefe ohne weiteres mit den Spezialkommentaren zum AGG aufnehmen können, soweit die Umschreibung der Diskriminierungsmerkmale und der Rechtfertigungsmöglichkeiten betroffen ist. Eine derartige Schwerpunktsetzung ist durchaus plausibel, denn die Existenz von § 75 Abs. 1 BetrVG, die den Schutz vor Benachteiligungen aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Abstammung oder sonstigen Herkunft, der Nationalität, der Religion oder Weltanschauung, der Behinderung, des Alters, der politischen oder gewerkschaftlichen Betätigung oder Einstellung sowie des Geschlechts oder sexuellen Identität zu einer gemeinsamen Aufgabe von Arbeitgeber und Betriebsrat macht, trägt im Vorfeld dazu bei, dass nach dem AGG zu

beurteilende Diskriminierungen von vornherein vermieden werden. Indem der Katalog von § 75 Abs. 1 BetrVG weiter ist als der von § 1 AGG (Nationalität, gewerkschaftliche Betätigung), vermeidet diese Norm zudem manche Schwierigkeiten, die sich bei der Behandlung entsprechender Fälle auf der Grundlage des AGG ergeben können.

Einen weiteren Schwerpunkt zum Diskriminierungsschutz setzen die Kommentierungen zum Sozialplan⁹⁵. *Oetker* spricht sich im *GK*⁹⁶ dafür aus, dass wegen der Vorgaben in § 75 Abs. 1 BetrVG ein eigenständiger Rückgriff auf die Bestimmungen des AGG entbehrlich sei. Aus unionsrechtlicher Sicht ist diese Haltung jedenfalls dann unschädlich, wenn die unionsrechtlichen Vorgaben der Antidiskriminierungsrichtlinien auch in § 75 Abs. 1 BetrVG hineingelesen werden, was *Oetker* bejaht⁹⁷. Die Herausnahme von Sozialplänen aus dem AGG führt dann auf der Ebene des deutschen Rechts aber zu der weiteren Frage, ob auch die teilweise nicht ganz den Richtlinien entsprechenden Rechtfertigungsgründe des AGG im Rahmen von § 75 Abs. 1 BetrVG zu berücksichtigen sind. *Oetker* bejaht auch dies⁹⁸ richtigerweise, doch stellt sich dann schon die Frage nach dem Sinn seiner Grundannahme. Mit § 7 Abs. 2 AGG normiert dieses Gesetz schließlich auch den Ausgangspunkt der Beurteilung der Rechtsfolgen bei Vorliegen eines diskriminierenden Sozialplans.

88 § 75 BetrVG Rn. 158a.

89 § 40 II BetrVG; ohne Anspruch auf Vollständigkeit *Fitting*, § 40 BetrVG Rn. 128a, 132, 134f.; *Richardi*, § 40 BetrVG Rn. 68a ff., 82f. (*Thüsing*); *Däubler*, § 40 BetrVG Rn. 150-182 (*Wedde*); *GK*, § 40 BetrVG Rn. 170-176, 186-193 (*Weber*).

90 Siehe beispielhaft *Däubler*, § 87 BetrVG Rn. 67 (*Klebe*) – Nutzung der Telefonanlage, Nutzung von PC mit Internetzugang, Richtlinien für die dienstliche Nutzung privater Geräte – der das Mitbestimmungsrecht bejaht, während *Wiese* im *GK*, § 87 BetrVG Rn. 188, richtigerweise darauf hinweist, dass es um die Zulässigkeit der Verwendung von Betriebsmitteln, nicht aber um die Ordnung des Betriebs gehe.

91 *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 245; *Däubler*, § 87 BetrVG Rn. 198 ff. (*Klebe*); *Richardi*, § 87 BetrVG Rn. 487 (*Richardi* selbst); *GK*, § 87 BetrVG Rn. 551 (*Wiese*).

92 § 1 ff., 24 ff. Sicherheitsüberprüfungsgesetz; Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 12b Atomgesetz, § 7 Luftsicherheitsgesetz.

93 Verordnung EG Nr. 2580/2001 des Rates vom 27.12.2001 über spezifische, gegen bestimmte Personen und Organisationen gerichtete restriktive Maßnahmen zur Bekämpfung des Terrorismus, Abl. 2001, L 344/70.

94 *Däubler*, § 87 BetrVG Rn. 67 – Sicherheitsüberprüfungen, Rn. 197 (*Klebe*).

95 *Fitting*, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 134 ff., 144 ff.; *Richardi*, § 112 BetrVG Rn. 75, 102 ff. (*Annuß*); *Däubler*, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 94 ff., 130 (*Däubler* selbst); *GK*, §§ 112, 112a BetrVG Rn. 374 ff., 418, 420 (*Oetker*).

96 §§ 112, 112a BetrVG Rn. 381, 385.

97 §§ 112, 112a BetrVG Rn. 385.

98 §§ 112, 112a BetrVG Rn. 386.

5. Rechtsvergleichende Hinweise

Eher selten stellen die Kommentierungen Vergleiche mit ausländischen Rechtsordnungen her. Neben den bereits genannten rechtsvergleichenden Bezügen bei der Finanzierung des Betriebsrats sei beispielsweise noch der Hinweis von *Richardi*⁹⁹ auf den *Sarbanes Oxley Act* genannt.

Grundsätzlich wäre eine Steigerung und Vertiefung der rechtsvergleichenden Hinweise selbst in einem Kommentar wünschenswert. Der Sinn von Rechtsvergleichung leidet jedoch, wenn sie als ein »Zwang zur Rechtsvergleichung« empfunden wird, der am Ende dazu führen kann, dass Rechtsvergleichung durch Assistenten betrieben wird oder dass der Blick in ein oder zwei Lehrbücher zum ausländischen Recht ausreichen soll, weil wohl geglaubt wird, dass sich die ausländischen Pendanten hochgradig komplexer Konstruktionen des deutschen Rechts auf diese Weise erschließen lassen. Die Kommentare sollten dann besser so bleiben, wie sie es jetzt sind.

6. Historische Bezüge

Bezüge zum BetrVG von 1952 werden in den Kommentaren an unterschiedlichen Stellen und vor allem im Zusammenhang mit altbekannten Streitfragen zu § 87 BetrVG hergestellt. Die Rechtslage nach dem Betriebsrätegesetz von 1920 wird nur vereinzelt berücksichtigt. Die Qualität einer Kommentierung des geltenden Rechts hängt als solche freilich nicht von dem Umfang, in dem die Entwicklung des Betriebsverfassungsrechts mitbehandelt wird, ab. Auf der anderen Seite ist es Bestandteil der Wissenschaftlichkeit, die Rechtsentwicklung, aus ihr möglicherweise zu ziehende oder gerade nicht zu ziehende Schlüsse in die Argumentation mit einzubeziehen und die Geschichte des Betriebsverfassungsrechts nicht auf das Nennen von Daten und Gesetzen in einer Einleitung zu beschränken. Der *Richardi* kommt diesem wissenschaftlichen Ideal am nächsten. Vor allem die Autoren der beiden Professorenkommentare könnten in Betracht ziehen, vergleichbar mit dem *Staudinger* Vorgängerbestimmungen im BetrVG von 1952 und dem Betriebsrätegesetz von 1920 zu Beginn der Kommentierung eines jeden Paragraphen kurz zu nennen. Dies würde auf lange Sicht auch dazu beitragen, das geschichtliche Wissen für Nachwuchsgenerationen, die keinen gedanklichen Zugang mehr zu den Vorgängergesetzen haben, zu erhalten.

V. Fazit

Nur im Ansatz ist es möglich, die Kommentare jeweils dem Literaturtypus wissenschaftlicher Kommentar oder Praxiskommentar zuzuordnen. Sicher sind der *GK* und der *Richardi* die beiden wissenschaftlicheren Kommentare, jedoch hängt es auch hier vom Stil des jeweiligen Bearbeiters ab, in welchem Verhältnis Grundlagen- und Detailfragen erörtert werden und wie breit jeweils die Gedankenschritte offen gelegt werden. In sich betrachtet am uneinheitlichsten ist der *Däubler*, was vermutlich mit dem beruflichen Hintergrund der Autoren zu erklären ist. Je nach Bearbeiter handelt es sich eher um einen wissenschaftlichen oder einen Praxiskommentar, der sich, ohne sich lange mit Grundlagen aufzuhalten, einzelnen Detailfragen widmet. Gewisse Unterschiede in dieser Hinsicht finden sich auch beim *Fitting*, doch ist es hier mangels Offenlegung der Autorenschaft nicht möglich, sie zu erklären; es erscheint jedoch auch aus diesem Grunde vorstellbar, dass doch nicht alle vier Autoren sämtliche Kommentierungen zusammen erarbeiten.

Der *GK*, der *Richardi*, der *Däubler* und der *Fitting* haben jeweils ihren berechtigten Platz in der Literatur zum Betriebsverfassungsrecht. Die Überlegungen sind fundiert, Meinungen werden auch in den kürzeren Kommentaren wenigstens knapp begründet und aktuelle Entwicklungen werden stets hinreichend berücksichtigt. Welchen Kommentar man vorzieht, ist nicht nur eine Frage des persönlichen Geschmacks, sondern auch situationsbedingt. Wer eine rasche Antwort zu einem Einzelproblem sucht, wird eher nicht zum *GK* greifen. Leser, die Hintergründe erforschen wollen und dogmatische Durchdringung suchen, werden andererseits mit Kommentierungen nicht zufriedengestellt werden, die sich an Detailfragen orientieren und hierzu jeweils nur knappe Hinweise geben. Die Kommentierung des BetrVG liegt in allen vier besprochenen Kommentaren in guten und kompetenten Händen.

⁹⁹ § 77 BetrVG Rn. 88.

Das Recht der Berufskrankheiten – Bilanz, Probleme, Perspektiven – Teil 2⁹³

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

III. Die Anerkennung des Versicherungsfalles BK im konkreten Einzelfall

1. Prüfschema des Vorliegens einer BK

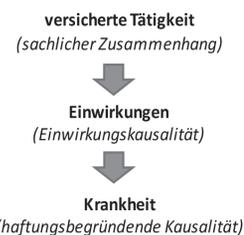
Es wurde bereits unter I. betont, dass zwischen der generellen Anerkennung einer BK als Listen-BK und der individuellen Feststellung des Versicherungsfalles einer BK zu unterscheiden ist. Auch wenn etwa bei einem Arbeitnehmer eine Kniegelenkarthrose vorliegt und er – etwa als Fliesenleger – einen erheblichen Teil seiner Arbeitszeit im Knien verbracht hat, ist es damit für den Versicherten keinesfalls ein »Selbstläufer«, dass in seinem konkreten Einzelfall eine BK nach Nr. 2112 der Anlage 1 zur BKV anerkannt wird.

a) Struktur der Prüfung des individuellen Vorliegens einer BK

Abbildung 2 zeigt, welche juristischen Prüfungsschritte vorzunehmen sind, wenn im Einzelfall zu prüfen ist, ob der Tatbestand einer Listen-BK erfüllt ist. Nach der gefestigten neuen Rechtsprechung des BSG⁹⁴ ist für die Feststellung einer Listen-BK erforderlich, dass die Verrichtung einer versicherten Tätigkeit (sachlicher Zusammenhang) zu Einwirkungen von Belastungen, Schadstoffen o.Ä. auf den Körper geführt hat (Einwirkungskausalität) und die Einwirkungen eine Krankheit verursacht haben (haftungsbegründende Kausalität). Dass die arbeitsbedingte Erkrankung ggf. den Leistungsfall auslösende Folgen nach sich zieht (haftungsausfüllende Kausalität), ist keine Voraussetzung einer Listen-BK. Dabei müssen die »versicherte Tätigkeit«, die »Verrichtung«, die »Einwirkungen« und die »Krankheit« im Sinne des Vollbeweises – also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – vorliegen. Für die später rechtlich nach der Theorie der wesentlichen Bedingung zu beurteilenden Ursachenzusammenhänge genügt indes die hinreichende Wahrscheinlichkeit, nicht allerdings die bloße Möglichkeit.

Die Komplexität der hier vorzunehmenden Sachverhaltsfeststellungen (und Kausalitätsbeurteilungen) kann

Struktur der Prüfung einer BK



am folgenden Beispiel nachvollzogen werden:

Die Klägerin war seit Oktober 1995 als Altenpflegehelferin im Altenzentrum B. beschäftigt. Sie wurde im Wesentlichen im Bereich »Betreutes Wohnen« eingesetzt. Zu ihren Aufgaben gehörte das Waschen, Baden und Rasieren der Pflegebedürftigen. Sie hatte Katheterbeutel zu wechseln sowie Wundbehandlungen und Bluttests durchzuführen. Außerdem gab sie einer Heimbewohnerin in den Monaten April und Mai 1999 insgesamt 87 Insulinspritzen, ohne zum Spritzen berechtigt zu sein. 1999 wurde bei der Klägerin eine Hepatitis C-Virus (HCV)-Infektion diagnostiziert. Das Begehren auf Feststellung der Infektion mit dem HCV als BK nach Nr. 3101 der Anlage 1 der BKV blieb ohne Erfolg⁹⁵. Die Klägerin war zwar seit Oktober 1995 als Altenpflegehelferin eines Altenzentrums beschäftigt und damit im Gesundheitsdienst tätig, sowie nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII versichert. Hepatitis C ist auch eine Infektionskrankheit. Damit lagen nach dem obigen Schema die versicherte Tätigkeit und

⁹³ Teil 1 der Abhandlung erschien in SR 4/2014, 140 ff.

⁹⁴ Zuletzt BSG, 4.7.2013 – B 2 U 11/12 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 2109 Nr. 1; BSG, 2.4.2009 – B 2 U 30/07 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 3101 Nr. 4 BKV, Rn. 16 mwN. und BSG, 2.4.2009 – B 2 U 9/08 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 14 Rn. 9 mwN.; grundlegend zu den neuen Prüfschemata im Recht der gesetzlichen UV: Becker, MedSach 2010, 145, sowie W. Meyer, DRV Beilage Heft 5/2014. Eine instruktive Anwendung des Prüfschemas auf den konkreten Einzelfall der BK Nr. 2108 findet sich bei Biersborn, in: Grosser/Schlittenwolf/Thomann (Hrsg.), Berufskrankheit »bandscheibenbedingte Erkrankungen der Lendenwirbelsäule« (BK 2108), Frankfurt 2014, S. 180, 185.

⁹⁵ BSG, 15.9.2011 – B 2 U 22/10 R – NZS 2012, 151; vgl. auch BSG, 2.4.2009 (Fn. 1).

die Krankheit als Prüfungspunkte vor. Der Anspruch scheiterte aber daran, dass die erforderlichen Einwirkungen⁹⁶ auf die Klägerin nicht im Vollbeweis vorlagen, denn die Klägerin war keinen »Einwirkungen« iS. einer besonders erhöhten Infektionsgefahr ausgesetzt. Diese beurteilt sich nach dem Grad der Durchseuchung des versicherten Tätigkeitsbereichs und dem Übertragungsrisiko der im Gefahrenbereich vorgenommenen Verrichtungen⁹⁷. Eine überdurchschnittliche Durchseuchung der Heimbewohner mit dem HCV ließ sich jedoch nicht feststellen. Ein nicht unerheblicher Teil sozialgerichtlicher und juristischer Energie wird darauf verwandt, die zur Anerkennung einer BK erforderlichen Einwirkungen bzw. deren Größenordnung festzulegen, um dann deren Vorliegen im Vollbeweis – mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit – festzustellen.

Dabei ergibt sich das erforderliche Ausmaß der Einwirkungen – wie bereits dargelegt – zum einen unmittelbar aus bezifferten Vorgaben der Normformulierung in einzelnen BK-Tatbeständen der Anlage 1 zur BKV. Oftmals ist es aber auch erst Aufgabe der Rechtsprechung, hier klare Wirkungsgrenzen in den Normtatbestand einzuziehen. Dies ist etwa der Fall, wenn die Normformulierung der BK Nr. 2109 der Anlage zur BKV voraussetzt, dass die bandscheibenbedingten Erkrankungen der Halswirbelsäule (Erkrankung = Vorliegen im Vollbeweis festzustellen) »durch langjähriges Tragen schwerer Lasten auf der Schulter« hervorgerufen wurden⁹⁸. Das BSG hat hier zuletzt⁹⁹ im Falle eines Zimmerers, der 23 Jahre bei einer Holzbaufirma gearbeitet hatte und bei dem eine chronisch-degenerative Hals- und Lendenwirbelsäulenerkrankung vorlag, die unbestimmten Tatbestandsmerkmale des Einwirkungsteils dieser Norm ausgelegt und definiert. Da der Tatbestand der BK 2109 die Tatbestandsmerkmale der erforderlichen beruflichen Einwirkungen nicht anhand exakter numerischer Einwirkungsgrößen umschreibt, sondern stattdessen unbestimmte Rechtsbegriffe wie »langjährig« oder »schwer«¹⁰⁰ verwendet, ist es Aufgabe der Versicherungsträger und Gerichte unter Berücksichtigung der Gesetzesmaterialien sowie anhand der Vorgaben des vom BMAS herausgegebenen Merkblatts für die ärztliche Untersuchung zur BK 2109, die für diese BK vorausgesetzten beruflichen Einwirkungen näher zu konkretisieren.¹⁰¹ Das BSG hat sodann eine Liste der beruflichen Einwirkungen zur Erfüllung der Voraussetzungen des Tatbestands der BK 2109 aufgestellt.¹⁰²

Ebenfalls im Vollbeweis festzustellen ist das Vorliegen einer Erkrankung, wie sie in dem BK-Tatbestand der kon-

kreten Nr. in der Anlage 1 festgeschrieben ist. Das Vorliegen der Krankheit muss also mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststehen, was bei zahlreichen Krankheitsformen schwierig ist, etwa der Polyneuropathie oder Enzephalopathie in BK Nr. 1307.¹⁰³ Diese Frage betrifft jeweils den konkreten Sachverhalt und dessen Feststellung

96 Zu den Einwirkungen im BK-Recht vgl. den grundlegenden Aufsatz von Bieresborn, NZS 2008, 354.

97 Das BSG hat klargestellt, dass eine schlichte Infektionsgefahr hierfür nicht genügt. Vielmehr wird eine (zT. typisierend nach Tätigkeitsbereichen) besonders erhöhte Infektionsgefahr vorausgesetzt (§ 9 Abs. 1 S. 2, 1. Hs SGB VII). Deshalb kommt es darauf an, welche einzelnen Arbeitshandlungen im Hinblick auf den Übertragungsweg besonders gefährdend sind. Die Durchseuchung des Arbeitsumfeldes auf der einen und die Übertragungsfahr der versicherten Verrichtungen auf der anderen Seite stehen in einer Wechselbeziehung zueinander (dazu kritisch Kunze, VSSR 4/2010, 283, 298 ff.). An den Grad der Durchseuchung können umso niedrigere Anforderungen gestellt werden, je gefährdender die spezifischen Arbeitsbedingungen sind. Je weniger hingegen die Arbeitsvorgänge mit dem Risiko der Infektion behaftet sind, umso mehr erlangt das Ausmaß der Durchseuchung an Bedeutung. Erscheint eine Infektion nicht ausgeschlossen, ist im Wege einer Gesamtbetrachtung der Durchseuchung und der Übertragungsfahr festzustellen, ob sich im Einzelfall eine Infektionsgefahr ergibt, die nicht nur geringfügig gegenüber der Allgemeingefahr erhöht ist, BSG, 2.4.2009 (Fn. 1) – Rn. 22 f.

98 Zur Frage des in der BK Nr. 2109 auch geforderten Unterlassungszwangs sogleich auch noch unter c).

99 BSG, 4.7.2013 – B 2 U 11/12 R – SozR 4 5671 Anl. 1 Nr. 2109 Nr. 1.

100 Vgl. zu dem insoweit vergleichbaren Problem bei BK 2108 schon: BSG, 18.11.2008 – B 2 U 14/08 R – UV-Recht Aktuell 2009, 287.

101 Vgl. zu den Motiven bei der Aufnahme der BK 2109 in die BKV die amtliche Begründung: BR-Drs. 773/92, S. 9; das Merkblatt findet sich in BarBl. 3/1993, 53; solchen Merkblättern kommt zwar keine rechtliche Verbindlichkeit zu (BSG, 12.4.2005 – B 2 U 6/04 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 5), sie sind allerdings als Interpretationshilfe und zur Wiedergabe des bei seiner Herausgabe aktuellen medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisstands heranzuziehen (BSG, 18.8.2004 – B 8 KN 1/03 U R – SozR 4-5670 Anl. 1 Nr. 2402 Nr. 1 mwN.).

102 Dies führt dann nach juristischer Auslegungsarbeit zu folgenden Erkenntnissen: Das Tragen von schweren Lasten auf der Schulter setzt Lastgewichte von 50 kg und mehr voraus, die langjährig getragen worden sein müssen, was bedeutet, dass zehn Berufsjahre als die im Durchschnitt untere Grenze der belastenden Tätigkeit zu fordern ist. Das Merkmal »langjährig« in der Norm umschreibt nur eine aus Erfahrungswissen gewonnene Dauer der Belastung, die mit »etwa zehn Jahren« angenommen wird. Es handelt sich nicht um eine starre Untergrenze. Dies gilt besonders in Fällen, in denen Versicherte Lasten mit noch höherem Gewicht bewegt haben. Wird allerdings eine Belastungsdauer von acht Jahren nicht erreicht, ist die BK 2109 ausgeschlossen (keine konkrete Untergrenze nannte das BSG bisher zur BK 2108, ließ aber sieben Jahre und neun Monate als möglicherweise ausreichende Belastung genügen: BSG, 22.6.2004 – B 2 U 22/03 R – juris Rn. 25. Bei Belastungen mit einer Dauer von weniger als zehn Jahren ist aber die haftungsbegründende Kausalität sorgfältig zu prüfen. Erforderlich ist weiter eine Regelmäßigkeit des Tragens schwerer Lasten auf der Schulter, wobei das Tragen schwerer Lasten in der ganz überwiegenden Anzahl der Arbeitsschichten ausreicht, ohne dass eine genaue Zeitgrenze pro Arbeitsschicht genannt werden kann. Wie bei der Belastungsdauer können geringere oder fehlende Einwirkungen in einer Arbeitsschicht durch stärkere oder länger dauernde Belastungen in anderen Schichten ausgeglichen werden. Insoweit lässt sich dem BK-Tatbestand, der Begründung des Verordnungsgebers und dem Merkblatt nur das Erfordernis eines regelmäßigen Tragens nicht aber eines arbeitstäglichen Tragens von schweren Lasten auf der Schulter entnehmen. Das Tragen schwerer Lasten muss allerdings mit einer nach vorn und seitwärts erzwungenen Zwangshaltung einhergehen, vgl. dazu iE. BSG, 4.7.2013 – B 2 U 11/12 R – SozR 4 5671 Anl. 1 Nr. 2109 Nr. 1, Rn. 20 ff.

103 Hierzu BSG, 24.7.2012 – B 2 U 100/12 B – SozR 4-1500 § 160 Nr. 24.

und ist in der Regel keine Rechtsfrage, sondern ein Problem lediglich der Sachverhaltsfeststellung.

**b) Die Frage der kausalen Verursachung:
die »Wesentlichkeitstheorie«**

Liegen die versicherte Tätigkeit, die Einwirkungen und die Erkrankung mit an Gewissheit grenzender Wahrscheinlichkeit vor, so ist jeweils noch mit hinreichender Wahrscheinlichkeit festzustellen, dass zwischen diesen Elementen auch eine Kausalbeziehung iS. einer Verursachungswahrscheinlichkeit besteht. Immer wieder zu Unklarheiten – insbesondere in Diskussionen zwischen Medizinerinnen und Juristen – trägt hier die sogenannte juristische Wesentlichkeitstheorie bei, deren Grundlagen (bezogen zumeist auf den Versicherungsfall des Arbeitsunfalls) das BSG zuletzt mehrfach detailliert herausgearbeitet hat¹⁰⁴. Für die durchzuführenden Prüfschritte bei der Frage der ursächlichen Verursachung einer Krankheit durch die festgestellten Einwirkungen erscheint es geboten, auf zweierlei hinzuweisen:¹⁰⁵

Die Theorie der wesentlichen Bedingung beruht zunächst auf der naturwissenschaftlich philosophischen Bedingungs- theorie, nach der jedes Ereignis (jede Bedingung) Ursache eines Erfolges ist, das nicht hinweg gedacht werden kann, ohne dass der Erfolg entfele (*conditio-sine-qua-non*). Erst wenn feststeht, dass ein bestimmtes Ereignis – hier Einwirkungen durch einen Arbeitsstoff – eine naturphilosophische Teilursache der Krankheit ist, stellt sich die Frage nach einer rechtlich wesentlichen Verursachung des Erfolgs durch das Ereignis. Die beiden möglichen Kausalglieder (Einwirkung und Gesundheitserstschaden) müssen festgestellt sein (Vollbeweis). Die objektive Verursachung muss nach dem neuesten Stand im jeweiligen Fachkreis anerkannter kausaler Erfahrung (Erfahrungssätze) feststehen¹⁰⁶. Es muss Erfahrungssätze über Ursache und Wirkung zwischen den beiden Kausalgliedern Einwirkung und Erkrankung geben. Gegenstand solcher Erfahrungssätze ist, ob Vorgänge der Art des vorderen Kausalgliedes – Einwirkung – (also unter Absehung von sog. Randbedingungen des konkreten Falles) allein oder im Zusammenwirken mit anderen nach dieser Erfahrung ursächlichen Bedingungen Vorgänge der Art des zweiten Kausalgliedes – Erkrankung – bewirken. Sofern diese Kausalbeziehung zwischen den beiden Arten der Kausalglieder immer besteht, ist das vordere eine hinreichende Ursache des folgenden Kausalgliedes. Tritt das zweite Kausalglied (die Erkrankung) immer und nur dann auf, wenn das vordere

Kausalglied vorliegt, handelt es sich bei diesem um eine notwendige Ursache, bei dem zweiten um eine notwendige Wirkung. Zwar wird es – gerade auch im Bereich der Medizin – nicht immer deterministische Erfahrungssätze geben. Sehr häufig werden nur wissenschaftlich begründete Wahrscheinlichkeitssätze, die nichts mit dem juristischen Beweisgrad der Wahrscheinlichkeit zu tun haben, festgestellt werden können (probabilistische Erfahrungssätze). Sie werden nach entsprechenden Untersuchungen gelegentlich mathematisch formuliert, häufig aber allein durch tradierte Erfahrung im jeweiligen Fachkreis mit geringer Überprüfungsichte gelehrt und/oder bloß unausgesprochen in der Praxis vorausgesetzt (begründete Vermutungen). Hier sind Unterschiede zwischen Fachbereichen zu beachten, in denen es wissenschaftliche Fachdisziplinen gibt, und solchen, in denen es überwiegend nur die tradierte Erfahrung des Kreises der professionell im jeweiligen Gebiet Tätigen gibt. Maßgebend bei diesem ersten Schritt der Kausalitätsprüfung ist also die Feststellung von wissenschaftlichen Erfahrungssätzen und deren Tragweite. Dies ist eine reine Tatsachenfeststellung, bei der der Richter oder Sachbearbeiter der Hilfe des Sachverständigen bedarf. Dieser muss zugleich immer explizieren, welche Erfahrungssätze er seiner Begutachtung zugrunde legt und ob dieses Erfahrungswissen als das herrschende in der einschlägigen Wissenschaft zu betrachten ist.

Zumeist wurde der an diese Tatsachenermittlung anschließende rein rechtliche Prüfungsschritt der Wesentlichkeit wie folgt umschrieben: Aufgrund der Unbegrenztheit der naturwissenschaftlich-philosophischen Ursachen für einen Erfolg sei in diesem zweiten Schritt zwischen Ursachen zu unterscheiden, denen der Erfolg zugerechnet wird, und solchen, die für den Erfolg rechtlich unerheblich sind. Als kausal und rechtserheblich werden nur solche Ursachen angesehen, die wegen ihrer besonderen Beziehung zur konkreten Krankheitsentstehung zum Eintritt des Erfolgs wesentlich mitgewirkt haben¹⁰⁷. Entscheidend ist aber, dass bei dieser rein rechtlichen Zurechnungsprüfung der »Wesentlichkeit« einer Bedingung für die Entstehung (oder wesentliche Verschlim-

¹⁰⁴ BSG, 24.7.2012 – B 2 U 9/11 R – SozR 4-2700 § 8 Nr.44 und B 2 U 23/11 R; instruktiv auch BSG, 13.11.2012 – B 2 U 19/11 R – SozR 4-2700 § 8 Nr. 46 und BSG, 26.6.2014 – B 2 U 4/13 R – <https://sozialgerichtsbarkeit.de/sgb/index.php> (7.1.2015).

¹⁰⁵ Vgl. hierzu auch *Spellbrink* (Fn. 49), 53, 57 ff.

¹⁰⁶ Vgl. hierzu zuletzt nur BSG, 15.9.2011 – B 2 U 25/10 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 4111 Nr. 3, Rn. 23 ff. »in der Regel« 100 Feinstaubjahre, vgl. schon Fn. 23.

¹⁰⁷ BSG, 9.5.2006 – B 2 U 1/05 R – SozR 4-2700 § 8 Nr. 17, Rn. 13 f. mwN.; BSG, 17. 2.2009 – B 2 U 18/07 R – SozR 4-2700 § 8 Nr. 31 Rn. 12.

merung) einer Krankheit nicht alle Bedingungen zu berücksichtigen sind, sondern nur jene, die sich durch die tatsächliche Prüfung auf Stufe 1 als wissenschaftlich haltbar erwiesen haben. Es können also bei der Wesentlichkeitsprüfung keine Ursachen berücksichtigt werden, die nach den herrschenden Erfahrungssätzen schon keine naturwissenschaftlichen Ursachen (auf der ersten Stufe) sein können. Aus der Wesentlichkeitsprüfung scheiden also Bedingungen aus, die nicht nach den zum jeweiligen Entscheidungszeitpunkt anerkannten wissenschaftlichen Erfahrungssätzen notwendige oder hinreichende Bedingungen für den Eintritt einer Krankheit dieser Art sind. Es geht jeweils um die anhand der festgestellten objektiven Verursachung zu beurteilende Frage, ob nach den Umständen des Einzelfalles das jeweils folgende Kausalglied noch vom Schutzzweck des jeweiligen Versicherungstatbestandes erfasst wird. Keinesfalls ist die rechtliche Wesentlichkeitsfrage vom Sachverständigen zu beantworten. Welche Ursache im Einzelfall rechtlich wesentlich ist und welche nicht, muss nach der Auffassung des praktischen Lebens über die besondere Beziehung der Ursache zum Eintritt des Erfolgs unter besonderer Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm¹⁰⁸ wertend entschieden werden.

Wichtig ist dabei zu verstehen und festzuhalten, dass der jeweilige Sachverständige nur das Tatsachenwissen über Kausalitätsbeziehungen liefern kann und niemals eine Beurteilung der Wesentlichkeit. Diese rein juristische Fragestellung hat nur der Rechtsanwender – unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm – zu beantworten. Wird in einer gerichtlichen Beweisanordnung die Frage an den Sachverständigen gestellt, ob dessen Ansicht nach eine wesentliche Beziehung zwischen der Einwirkung und der Krankheit bestehe, so hat der Fragende schon die grundlegenden Zusammenhänge nicht verstanden. An den Sachverständigen ist jeweils nur die Frage zu richten, nach welchem wissenschaftlichen Erkenntnisstand seines Fachgebiets welche (bezahlbaren, tatsächlichen) Zusammenhänge bestehen. Im Recht der BKen kommt es zumeist zu einer Lebensbilanz, bei der zahlreiche Einwirkungen festgestellt werden können, die dann erst juristisch – auf ihre Wesentlichkeit hin – beurteilt werden müssen. So sind hier konstitutionelle Faktoren zu bewerten (lag etwa schon immer eine genetische Prädisposition, eine körperliche Fehlstellung etc. vor)¹⁰⁹ sowie Fragen der persönlichen Lebensführung (individuelles Gesundheitsverhalten wie etwa starker Alkoholkonsum, Kettenrauchen etc.). Legt der Ordnungsgeber wie im Fall der Nr. 4104 Anl. 1 BKV die Voraussetzungen für das Vor-

liegen einer Berufskrankheit durch Vorgabe präziser Kriterien (dort: Einwirkung einer berufsbedingten Asbestfaserstaub-Dosis von mindestens 25 Faserjahren) allerdings selbst fest, so besteht, wenn die Kriterien erfüllt sind, die Vermutung, dass die betreffende Krankheit durch die berufsbedingte Schadstoffexposition verursacht wurde. Diese Vermutung wird auch nicht dadurch widerlegt, dass der Versicherte außerberuflich einen erheblichen Nikotinabusus betrieben hatte, der generell geeignet ist, die im streitigen Fall vorliegende Lungenkrebskrankung hervorzurufen.¹¹⁰

Exkurs: Zur Bedeutung von Expositions-Risikobeziehungen¹¹¹

Hier, bei der Prüfung des naturwissenschaftlich festzustellenden allgemeinen Kausalzusammenhangs, stellt sich die Frage, ob möglicherweise auch auf das Konzept der Expositions-Risikobeziehungen zurückgegriffen werden kann. Mit der Novelle der Gefahrstoff-Verordnung (GefStoffV) 2005 wurde für den Bereich Prävention der Grundstein für ein neues System zur Beurteilung von Expositionen gegenüber krebserzeugenden Stoffen gelegt. Der Ausschuss für Gefahrstoffe (AGS) hat ein neues Konzept entwickelt, das in der Bekanntmachung zu Gefahrstoffen 910 vom Juni 2008 veröffentlicht wurde. Entscheidender Hintergrund ist das sog. Risikoakzeptanzkonzept. Dieses Konzept enthält stoffunabhängige Risikogrenzen von 4:1.000 (Toleranzrisiko) und 4:100.000 (Akzeptanzrisiko), die als das durch Chemikalienexposition am Arbeitsplatz zusätzlich eingegangene Krebsrisiko zu verstehen sind¹¹². Eine Expositions-Risiko-Beziehung beschreibt das zusätzliche, dh. über die Hintergrundrate hinausgehende, Krebsrisiko in Abhängigkeit von der Stoffkonzentration in der Luft. Ausgegangen wird bei der

108 Zur Betonung des Schutzzwecks der Norm bei der Prüfung der Wesentlichkeit vgl. insb. BSG, 13.11.2012 und 26.6.2014 (Fn. 104).

109 Dieses Problem wird insbesondere im Recht des Arbeitsunfalls auch unter dem Stichwort der »Gelegenheitsursache« abgehandelt. Vereinfacht gesagt geht es darum, ob das plötzliche Ereignis den Arbeitsunfall herbeigeführt hat oder letztlich nur eine schon vorhandene Schadensanlage ausgelöst wurde, vgl. hierzu nur *Molkentin*, MedSach 2014, 120; *Köhler*, VSSR 2013, 47.

110 BSG, 30.1.2007 – B 2 U 15/05 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 4104 Nr. 2; vgl. schon Fn. 56.

111 Vgl. *Spellbrink* (Fn. 49), S. 62 ff. Hierzu mit weiteren Nachweisen: *Mehrrens/Brandenburg* (Fn. 21) und bereits *Woitowitz*, BG 1994, 156; *Nies/Hecker/Ott/Degen/Kalberlah/Stropp*, Expositionsbegrenzungen und Expositions-Risikobeziehungen. Gefahrstoffe – Reinhaltung der Luft 72, 2012, Nr. 5, 183; *Wried*, Das Risikoakzeptanzkonzept für krebserzeugende Gefahrstoffe. Gefahrstoffe – Reinhaltung der Luft 70, 2010, Nr. 9, 351.

112 Instrukтив *Welzbacher*, BPUVZ 2012, 266, 269 f. (Teil II); Teil I: BPUVZ 2012, 230.

Ermittlung der Werte von einer angenommenen arbeitsbedingten Exposition von 40 Jahren (dabei acht Stunden täglich). Das Toleranzrisiko bedeutet so beispielsweise, dass bei 40-jähriger (und achtstündig arbeitstäglich) Exposition mit dem Stoff das Risiko, an Krebs zu erkranken, um 4 von 1.000 zunimmt. Risikowerte sind dann in mg/m^3 , μ/m^3 oder ng/m^3 ausgewiesene Konzentrationsangaben pro Stoff, bei denen bei der genannten Expositionsdauer das (konventionell definierte) Akzeptanz- bzw. Toleranzrisiko erreicht wird. In der erwähnten Bekanntmachung zu Gefahrstoffen 910 (BekGS 910) sind bislang für neun Stoffe bzw. Stoffgruppen Expositions-Risiko-Werte definiert.

Zwar ist bei der Beurteilung, ob Expositions-Risiko-Werte auch für die Prüfung der Kausalität herangezogen werden können, zu berücksichtigen, dass für die Prävention andere Kriterien bzw. Maßstäbe gelten als für die Anerkennung von Erkrankungen als Berufskrankheit. So ist Ausgangspunkt des präventiven Denkens die ernsthafte Möglichkeit einer Gefährdung. Entsprechend formuliert auch die Bekanntmachung 910 »Risikowerte und Expositions-Risiko-Beziehungen für Tätigkeiten mit krebserzeugenden Gefahrstoffen« unter Anlage 2 Abschnitt 1.2 (4): »Die Methodik dieses Leitfadens ist nicht dafür vorgesehen, tatsächliche Häufigkeiten von Krebs-erkrankungen für eine reale Arbeitsplatzsituation vorherzusagen oder entsprechende Hochrechnungen auf Erkrankungshäufigkeiten in der exponierten Bevölkerung vorzunehmen. Es soll ausdrücklich vermieden werden, dass die Risikoquantifizierungen anderweitig missbräuchlich verwendet werden (zB. um die Anzahl von expositionsbedingten Sterbefällen hochzurechnen). Die Expositions-Risiko-Modellierung, die Extrapolation auf niedrige Risiken und das unterstellte Expositionsszenario unterliegen bestimmten, für eine harmonisierte Vorgehensweise in dem gegebenen Regulationsrahmen erforderlichen Konventionen, die jedoch nicht notwendigerweise für andere Zwecke adäquat sind. So muss dieser Ansatz zB. für die Berechnung eines Kompensationsanspruchs nach der Berufskrankheitenverordnung nicht geeignet sein.«

Trotz dieses Vorbehalts besteht für den/die RichterIn in der Sozialgerichtsbarkeit das Problem, dass für die erste Stufe der Kausalitätsprüfung jeweils (ggf. schwer zugängliches) medizinisches Erfahrungswissen heranzuziehen ist, das nach der soeben dargestellten Struktur der Prüfung des Vorliegens einer BK eben auch in der Ermittlung von wissenschaftlichen Wahrscheinlichkeitssätzen (nicht zu verwechseln mit der juristischen Wahrscheinlichkeit) besteht. Mithin können jedenfalls wissenschaftliche Studien, die der Ableitung von

Expositions-Risiko-Beziehungen zugrunde lagen, auch für die Beurteilung der ersten Stufe der Kausalitätsprüfung herangezogen werden. Sollten solche Werte in Zukunft auch Stoffe umfassen, die in grenzwertlosen BKen als bloße Einwirkungsgröße genannt sind, so könnte durchaus auf die wissenschaftlichen Daten zurückgegriffen werden, die dieser Einstufung für den Präventionsbereich zugrunde liegen. Solche Daten können nach Überzeugung des Verfassers zumindest eine gleichwertige wissenschaftliche Basis beanspruchen wie das oben [unter II. 1. c)] genannte Verdoppelungskriterium. Ob die Toleranzwerte selbst als wissenschaftliche Erfahrungssätze in den Prozess eingeführt werden, die zumindest eine (wissenschaftlich fundierte) Wahrscheinlichkeit aufzeigen, dass die Kausalbeziehung »Exposition-Krankheit« bestand, bleibt abzuwarten. Bei Synkanzerogenesefällen dürfte dies aber gegenwärtig die einzige Chance sein, auf der ersten Stufe der Kausalitätsprüfung überhaupt (wissenschaftliche) Aussagen über Ursachenzusammenhänge zu erhalten.

c) Unterlassung der gefährdenden Tätigkeit

Die gesetzliche Ermächtigungsnorm räumt in § 9 Abs. 1 S. 2, 2. HS SGB VII dem Ordnungsgeber die Möglichkeit ein, die Aufgabe der gefährdenden Tätigkeit als zusätzliches Tatbestandsmerkmal der einzelnen BKen in der Anlage 1 fest zuschreiben.¹¹³ Der Versicherungsfall der BK setzt hier mithin auch voraus, dass positiv festgestellt wird, dass die Tätigkeiten, die für das Entstehen, die Verschlimmerung oder das Wiederaufleben der Krankheit ursächlich waren oder ursächlich sein können, aufgegeben wurden.¹¹⁴ Erforderlich ist, dass alle gefährdenden Tätigkeiten für immer aufgegeben werden.¹¹⁵ Arbeitet der Versicherte – trotz Vorliegens der Krankheit – weiter, so liegt bereits der Versicherungsfall der BK nicht vor.¹¹⁶ Gibt der

¹¹³ Vgl. schon oben II. 3. am Ende. Das BSG hat keine durchgreifenden Einwände gegen diese Ermächtigungsnorm erhoben: BSG, 22.3.2011 (Fn. 64), Rn. 41 ff. Kritisch zur alten Rechtslage noch P. Becker (Fn. 64), S. 28 ff.

¹¹⁴ BSG, 20.2.2001 – B 2 U 10/00 R – SozR 3-5670 § 3 Nr. 5. Meldet sich der Arbeitnehmer in der bisherigen Tätigkeit arbeitsuchend, so gibt er diese gerade nicht auf.

¹¹⁵ Für die Verwirklichung des Tatbestandsmerkmals Unterlassungszwang reichen der objektive Zwang zum Unterlassen und die tatsächliche Aufgabe der bisher ausgeübten gefährdenden Tätigkeit aus. Eine Prognose des zukünftigen »Dauerverhaltens« des Versicherten ist hierfür allerdings nicht erforderlich, vgl. hierzu BSG, 30.10.2007 – B 2 U 12/06 R – SozR 4-5671 Anl. 1 Nr. 4302 Nr. 2.

¹¹⁶ Hieran übt die IG Metall heftige Kritik (Fn. 8); allerdings wird dabei nicht berücksichtigt, dass der Unterlassungszwang von der Idee her einen klar präventiven Ansatz verfolgt.

Versicherte die Tätigkeit zunächst auf, nimmt aber später wieder eine gefährdende Tätigkeit auf, so liegt mit der (Wieder-)aufnahme der Tätigkeit eine wesentliche Änderung der Verhältnisse iSd. § 48 Abs. 1 S. 1 SGB X vor, mit deren Eintritt der Versicherungsfall BK nachträglich wieder entfällt.¹¹⁷ Nach § 3 der BKV ist vor einer Aufgabe der schädigenden Tätigkeit stets zu versuchen, durch Maßnahmen der Gefahr einer Entstehung der BK entgegen zu wirken. Probleme entstehen, wenn der Versicherte die Tätigkeit unter Schutzmaßnahmen fortführen kann, sich dadurch die inhaltliche Ausgestaltung seiner Tätigkeit aber wesentlich ändert.

Das BSG hat hierzu im Fall einer auf der Frühgeborenen-Intensivpflegestation (Neonatologie) einer Klinik als Fachschwester Beschäftigten klargestellt, dass auch dann, wenn die Versicherte nach Durchführung von weitgehenden Arbeitsschutzmaßnahmen¹¹⁸ wieder in der Lage war, an dem ursprünglichen Arbeitsplatz zu arbeiten, ein Anspruch auf Anerkennung und Entschädigung einer BK (eines Versicherungsfalles) bestehen kann, wenn die berufsbedingte Erkrankung iS. dieser Vorschrift im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Schutzmaßnahmen bereits eine MdE um mindestens 10 vH. bedingt hatte. Die beklagte BG hatte eine Anerkennung einer BK nach Nr. 5101 der Anlage zur BKV abgelehnt, weil ein Zwang zur Aufgabe der Tätigkeit aufgrund der beruflich erworbenen Latexallergie damit nicht mehr vorliege, aber auch eine Aufgabe jeglicher hautgefährdender Tätigkeit nicht erfolgt sei.

Dem ist das BSG entgegengetreten und hat eine teleologische Reduktion der Norm vorgenommen. Sinn und Zweck des Unterlassungszwangs gebieten eine Einschränkung dahin, dass die durch Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers ermöglichte Fortsetzung der bisherigen Berufstätigkeit der Anerkennung und Entschädigung einer beruflich bedingten Erkrankung als BK nicht entgegensteht, wenn die Erwerbsfähigkeit des Versicherten durch diese Erkrankung zuvor bereits in einem entschädigungspflichtigen Ausmaß gemindert war. Es wäre rechtsstaatlich bedenklich (unverhältnismäßig), auch in diesen Fällen eine vollständige Aufgabe (Unterlassung) der gefährdenden Tätigkeit zu fordern, um zu einer Entschädigung der Krankheit als BK gelangen zu können. Dieser überzeugenden Rechtsprechung ist das Schrifttum zu recht weitgehend gefolgt.

2. Beweiserleichterungen, insbesondere nach § 9 Abs. 3 SGB VII

Nach der im Sozialrecht grundlegenden Regel der »objektiven Beweislast« trägt letztlich der Versicherte das »objektive« Risiko, wenn sich eines der Elemente des oben aufgezeigten Schemas nicht – mit der jeweils erforderlichen Sicherheit – erweisen lässt. Dieser Grundsatz bezieht sich auf alle dargestellten Prüfschritte/Voraussetzungen des Versicherungsfalles – etwa auch das Vorliegen der Einwirkungen (arbeitstechnischen Voraussetzungen) oder das Vorliegen einer Krankheit. Die Rechtsprechung spricht hier von »objektiver« Beweislast, weil der im Sozialrecht herrschende Amtsermittlungsgrundsatz des § 103 SGG¹¹⁹ das Gericht und § 20 SGB X den jeweiligen Verwaltungsträger von Amts wegen verpflichtet, den Sachverhalt umfassend aufzuklären. Erst wenn nach Abschluss aller möglichen und denkbaren Ermittlungen objektiv keine weiteren Möglichkeiten mehr bestehen, den Sachverhalt aufzuklären, greift der Grundsatz der objektiven Beweislast ein, nach dem der Anspruch folglich scheitert, wenn das Vorliegen der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen nicht feststellbar ist. An diesem Punkt entzündet sich – wie bereits in der Einleitung angedeutet – seit 1925 eine der Hauptkritiken am gesamten BK-Recht. Dabei wird zum einen auf die »BG-Nähe« der Gutachter und deren Voreingenommenheit hingewiesen, zum andern auf die zu hohen Beweisanforderungen im Prüfschema der Rechtsprechung und schließlich auf die oftmals nicht erbringbaren Beweise (Beweisnot) bei Firmenauflösung oder wegen des langen Zeitablaufs seit dem Geschehen der Einwirkung. Viele Vorschläge und Maßnahmen bewegen sich hier in einem rein rechtstatsächlichen Bereich (bessere Auswahl der Gutachter etc.)¹²⁰. Bei aller Kritik der Betroffenen darf aber auch nicht übersehen werden, dass hier § 200 Abs. 2 SGB VII für den Bereich der GUV bereits eine erhebliche »Privilegierung« vorsieht.¹²¹ Hiernach soll der UV-Träger vor der Erteilung eines Gutachtensauftrags dem Versicherten mehrere Gutach-

117 BSG (Fn. 22).

118 Es erfolgte eine weitgehende Umstellung des gesamten Arbeitsumfeldes auf latexfreie Handschuhe.

119 Zum Amtsermittlungsgrundsatz als grundlegenden Pfeiler der Rechtskultur des SGG vgl. jetzt *Masuch/Spellbrink*, Das Gerichtsverfahren nach dem SGG – Stand und Perspektiven, in: *Masuch* ua. (Hrsg.), Denkschrift 60 Jahre BSG (Fn. 3).

120 Vgl. *Bolm-Audorff*, Gute Arbeit 2013, Heft 10, 17; *Schubert/Wried*, ebenda, S. 22; kritisch auch das Schwarzbuch der IG Metall (Fn. 8).

121 Umfassend *Bieresborn*, ASR 2012, 46.

ter zur Auswahl benennen. Der Betroffene ist außerdem auf sein Widerspruchsrecht nach § 76 Abs. 2 SGB X hinzuweisen. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte nimmt diese im Vergleich zum normalen Sozialversicherten bessere Rechtsstellung (nur) des GUV-Versicherten durchaus ernst.¹²² Schließlich ist hier noch auf § 109 SGG hinzuweisen, eine Spezialvorschrift, die ausschließlich im (gesamten) Sozialgerichtsprozess die Möglichkeit eröffnet, einen bestimmten Arzt mit einem Gutachten zu beauftragen¹²³.

Rechtlich (de lege ferenda) könnte den Versicherten hier mit Spezialregelungen über eine generelle Umkehr der Beweislast im BK-Recht geholfen werden, wie sie etwa auch in einem Prüfungsauftrag der Arbeits- und Sozialministerkonferenz im November 2011 enthalten war¹²⁴. Diese müssten aber sehr bereichsspezifisch und genau formuliert werden, um Bedenken zu begegnen, dass hierdurch gerade kein Verzicht auf eine grundlegende Aufklärung der Ursachen von arbeitsbedingten Erkrankungen die Folge sein müsste. Bedenkenswert ist dabei sicher der eng umgrenzte und bereichsspezifische Vorschlag der IG Metall, den Rechtsgedanken des § 15 des Gesetzes über das Verwaltungsverfahren der Kriegsopferversorgung (KOVVfG) zu übernehmen¹²⁵. Allerdings ist hierüber allenfalls ein »Nachweis« der Einwirkungen in Fällen mittlerweile in Konkurs gegangener Firmen etc. möglich. Gerade hinsichtlich der erforderlichen Kausalitätsnachweise bringt diese Norm wohl kaum Erleichterung, was aber auch eine Frage der konkreten Normformulierung wäre.

Die Diskussionen über Beweiserleichterungen im Recht der GUV mündeten in § 9 Abs. 3 SGB VII, der zum 1.1.1997 neu in das Gesetz eingefügt wurde.¹²⁶ Streitig, aber letztlich weitgehend ohne konkrete Auswirkungen, ist bereits, ob es sich bei dieser Norm um eine Vermutung oder um eine Regelung des Anscheinsbeweises handelt. Zu Recht hat *Brandenburg*¹²⁷ darauf hingewiesen, dass auch vor Inkrafttreten des § 9 Abs. 3 SGB VII schon immer eine Verpflichtung zur Beachtung der Grundsätze über den Anscheinsbeweis bei Kausalitätsfragen bestand. Ein Anscheinsbeweis ermöglicht es, bei typischen Geschehensabläufen von einem festgestellten Erfolg auf eine bestimmte Ursache zu schließen.¹²⁸ Typische Anwendungsfälle sind damit gerade Kausalitätsfragen. Mit einem Anscheinsbeweis ist aber keine Reduzierung der Beweisanforderungen verbunden. Vielmehr handelt es sich um eine Tatsachenvermutung, die sich auf anerkannte Erfahrungssätze stützt, also um eine besondere Form der Beweiswürdigung. Voraussetzung ist,

dass bestimmte Anknüpfungstatsachen feststehen, die nach konkreten und gesicherten Erfahrungssätzen mit Wahrscheinlichkeit auf eine ursächliche Verknüpfung schließen lassen. Der Anschein ist schon dann als erschüttert anzusehen, wenn die konkrete Möglichkeit einer anderen Krankheitsursache besteht. Die Formulierung des § 9 Abs. 3 SGB VII und die Gesetzesbegründung sprechen dafür, dass der Gesetzgeber mit dieser Regelung sicherstellen wollte, dass die Grundsätze über den Anscheinsbeweis bei BKen im notwendigen Umfang zur Geltung kommen. Diese Voraussetzungen dürften bei BKen jedenfalls bei eng definierten Kombinationen von Einwirkungen und Krankheitsbildern erfüllbar sein (siehe oben II. 3.). Das BSG hat klargestellt, dass § 9 Abs. 3 SGB VII sich nicht auf den Nachweis der schädigenden Einwirkung, sondern lediglich auf den Zusammenhang zwischen Einwirkung und Erkrankung bezieht. Die Vermutung des § 9 Abs. 3 SGB VII erfasst gerade nicht die Tatsache, dass berufsbedingte Einwirkungen im Einzelfall stattgefunden haben.¹²⁹

122 Grundlegend BSG, 5.2.2008 – B 2 U 8/07 R – SozR 4-2700 § 200 Nr. 1; Modifikationen BSG, 18.1.2011 – B 2 U 5/10 R – SozR 4-2700 § 200 Nr. 3; vgl. hierzu auch *Dahm*, WzS 2011, 211.

123 § 109 SGG ist eine spezifische »Errungenschaft« des Sozialrechts, die es zu verteidigen gilt, wenn die periodisch wiederkehrende Zusammenlegungsdiskussion (Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit) wieder aufbranden sollte; eingehend zu § 109 SGG: *Masuch/Spellbrink* (Fn. 119), S. 449 ff.; zur Funktion des § 109 SGG vgl. auch die empirische Arbeit von *Schweigler*, Das Recht auf Anhörung eines bestimmten Arztes (§ 109 SGG), Baden-Baden 2013.

124 Vgl. *Hien*, SozSich 2012, 382; *Römer* (Fn. 78), K § 9 30e ff.; Zur Diskussion des BK-Beweisrechts vgl. auch *Breuer/Velten*, NZS 1995, 146 und *Krasney* (Fn. 6).

125 »Die Angaben des Antragstellers, die sich auf die mit der Schädigung im Zusammenhang stehenden Tatsachen beziehen, sind, wenn Unterlagen nicht vorhanden sind, der Entscheidung zugrunde zu legen, wenn Unterlagen nicht vorhanden oder nicht zu beschaffen oder ohne Verschulden des Antragstellers (...) verloren gegangen sind, soweit sie nach den Umständen des Falles glaubhaft erscheinen. Ggf. ist nach § 15 S. 2 KOVfG eine eidesstattliche Versicherung des Antragstellers möglich.«

126 Die Einführung dieser Norm, die in der RVO keine Entsprechung hatte, hat der Gesetzgeber wie folgt begründet: »Die Vorschrift (...) begründet eine gesetzliche Vermutung, dass zwischen arbeitsplatzbezogenen Einwirkungen und einer in der Rechtsverordnung nach Absatz 1 genannten Berufskrankheit dann ein ursächlicher Zusammenhang anzunehmen ist, wenn Versicherte nach den besonderen Bedingungen ihrer individuellen versicherten Tätigkeit der Gefahr dieser für die Einwirkung typischen Listenkrankheit in erhöhtem Maß ausgesetzt waren. Ob diese typischen Geschehensabläufe bei der konkret ausgeübten versicherten Tätigkeit vorgelegen haben, ist jeweils im Einzelfall zu ermitteln. Dabei ist zu berücksichtigen, ob konkrete Anhaltspunkte dafür feststellbar sind, daß auch andere Ursachen außerhalb der versicherten Tätigkeit für die Erkrankung von Bedeutung sein können. Ist dies zu bejahen, greift die gesetzliche Vermutung nicht. Die Frage der rechtlich wesentlichen Ursache ist dann nach allgemeinen Kausalitätsgrundsätzen zu entscheiden.«

127 In jurisPK (Fn. 21), § 9 Rn. 100 ff.

128 Vgl. zuletzt BSG, 31.1.2012 – B 2 U 2/11 R – SozR 4-2700 § 8 Nr. 43.

129 BSG, 7.9.2004 – B 2 U 25/03 R – juris.

Über diese Entscheidung des BSG hinaus hat § 9 Abs. 3 SGB VII in der Praxis der Gerichte bislang lediglich eine sehr geringe Bedeutung erlangt¹³⁰, wobei insbesondere der Streit eine Rolle gespielt haben mag, wie das Tatbestandsmerkmal des § 9 Abs. 3 SGB VII auszulegen ist, dass die Versicherten infolge der besonderen Bedingungen ihrer versicherten Tätigkeit in erhöhtem Maße der Gefahr der Erkrankung an einer BK ausgesetzt waren. Der reine Wortlaut der Norm deutet darauf hin, dass die Regelung des § 9 Abs. 3 SGB VII damit einen höheren Grad der Gefährdung und auch eine stärkere Einwirkungsintensität voraussetzt, als sie in den Listen-BK-Tatbeständen auf der Grundlage der Anforderungen in § 9 Abs. 1 SGB VII gefordert wird. Zwar haben verschiedene Autoren sachlich zutreffend darauf hingewiesen, dass § 9 Abs. 3 SGB VII praktisch leerlaufen dürfte, wenn diese Norm den Anscheinsbeweis daran knüpfen sollte, dass die Einwirkung im zu beurteilenden Fall tatsächlich noch über das von § 9 Abs. 1 SGB VII geforderte Maß hinausging¹³¹. Angesichts der aufgezeigten Schwierigkeiten, generelle wissenschaftliche Zusammenhänge im Sinne von absoluten Einwirkungsgrößen normativ festzulegen, stellt sich zumindest rein pragmatisch die Frage, wie der Nachweis einer solch noch höheren Einwirkungsgröße bei § 9 Abs. 3 SGB VII überhaupt erbracht werden kann. Damit dürfte zugleich aber auch deutlich werden, dass § 9 Abs. 3 SGB VII in allen Fällen multikausaler oder unklarer Verursachung keine Hilfe bieten kann. Legt man die Norm mit der wohl herrschenden Meinung¹³² so aus, dass ihr Wortlaut ernst zu nehmen ist und sie eine zusätzliche, in erhöhtem Maße gegebene Gefahr bzw. Einwirkung voraussetzt, so handelt es sich allenfalls um eine Norm zur Beschleunigung von Verwaltungsverfahren bei eklatant hohen Einwirkungswerten bei monokausalen BKen mit klaren Grenzwerten wie der BK Nr. 4104¹³³. Auch hieraus dürfte sich erschließen, dass § 9 Abs. 3 SGB VII bislang wenig praktische Bedeutung hat. Zugleich kann die Norm aber Lehren geben für die Formulierung von Reformvorschlägen, die rechtstatsächlich greifen könnten (sogleich unter IV.).

IV. Reformperspektiven

Es wurde im Verlauf dieses Aufsatzes betont, dass insbesondere in der sozialpolitisch orientierten Öffentlichkeit rege Kritik am Recht der BKen geübt wird, die sich insbesondere auf die vermeintlich niedrige Zahl der Anerkennungen einer BK im Verhältnis zu der als viel höher vermuteten Anzahl

der »wirklichen« arbeitsbedingten Erkrankungen bezieht. Will man hier über Reformperspektiven nachdenken, die diesen Missstand beenden und damit zu einer höheren Zahl von anerkannten BKen führen, so muss man zunächst klar trennen zwischen einem grundlegenden Systemwechsel auf der einen und bloßen Reparaturmaßnahmen auf der anderen Seite, die lediglich innerhalb des bestehenden Systems verortet sind und anstreben, dieses – bei Beibehaltung seiner Grundentscheidungen – zu verbessern.

1. Abkehr vom Listenprinzip als grundsätzliche Reformalternative

Das bestehende System der Entschädigung von BKen beruht wesentlich auf der Idee einer abschließenden BK-Liste. Nur die in der Anlage 1 in der BKV genannten Krankheiten bzw. Stoffeinwirkungen können als BK anerkannt werden. Dies folgt klar und eindeutig aus dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII. Die Ergänzungsklausel des § 9 Abs. 2 SGB VII (Wie-BK) verbleibt im Rahmen dieses Systems, handelt es sich doch um keine Härtefallklausel, sondern lediglich um die Möglichkeit, Krankheiten, die den Kriterien des § 9 Abs. 1 S. 2 entsprechen, schon vor der endgültigen Aufnahme in die Liste zu entschädigen. Letztlich handelt es sich dabei nur um eine zeitlich frühere Entschädigungsmöglichkeit für spätere Listen-BKen. Eine grundlegende Reform dieses Systems wäre nur dann möglich, wenn man generell auf das starre Listenprinzip verzichten würde. Denkbar wäre etwa das schwedische Modell, in dem vollständig auf eine Enumeration von BKen in einer Liste verzichtet wird. Das heißt prinzipiell kommen alle Erkrankungen als BK in Betracht, wenn sie wesentlich arbeitsbedingt sind und zu einer relevanten Minderung der Erwerbsfähigkeit führen¹³⁴. Verzichtet wird damit sowohl auf eine Festlegung relevanter Erkrankungen, ebenso wie auf die Festschreibung von konkreten Einwirkungen und Einwirkungsgrößen. Die Gewerkschaft Verdi hat unlängst angesichts der Diskussionen um psychische

130 Ebenso Römer (Fn. 78), § 9, Rn. 31; erwähnenswert: LSG Baden-Württemberg, 29.6.2012 – L 8 U 384/09 – juris. Hier war § 9 Abs. 3 SGB VII für den Versicherten streitentscheidend.

131 Insbesondere Erlenkämper, SGB 1997, 505; SGB 1998, 553.

132 Zusammenfassend P. Becker (Fn. 17), § 9 Rn. 227 ff.

133 Römer (Fn. 78), Rn. 32 b.

134 Kranig, DGVU Forum 1-2/13, 46, 49, zum schwedischen Recht auch Mummehoff, ZIAS 1989, 93, 106 f.

Arbeitsbelastungen einen Vorschlag für eine »Psycho-BK« formuliert¹³⁵, der wie folgt lautete: »Psychische Erkrankungen, die zu Erwerbsunfähigkeit führen und deren Ursachen auf Fehlbelastungen und Überlastungen im Berufsleben zurückzuführen sind«. Verallgemeinert man diesen Gedanken, so könnte die Grundnorm eines anderen BK-Rechts in etwa wie folgt lauten: Berufskrankheiten sind Erkrankungen, die zu Erwerbsunfähigkeit führen und deren Ursachen im Arbeitsleben liegen¹³⁶. Hiermit hätten sich dann jedenfalls die unter II. 1. und passim referierten Probleme des wissenschaftlichen Nachweises spezifischer Einwirkungs-Krankheitsrelationen erledigt. Mit einer solchen Generalklausel könnte sicher im Einzelfall ein erhöhtes Maß an Gerechtigkeit bzw. Zielgenauigkeit erreicht werden. Andererseits würde dies aber auch bedeuten, dass generalisierbare Maßstäbe kaum mehr erkennbar wären. Das BK-Recht würde zu einem reinen case law, wobei dann sogar fraglich wäre, ob die Entscheidungen der unteren Instanzen überhaupt revisibel wären, ginge es doch immer um das Vorliegen einer BK im individuellen Sachverhalt und nicht mehr um die Anwendung von Rechtssätzen auf Einzelfälle. Weiterhin wäre mit einer Generalklausel die arbeitsmedizinische Forschung über die generellen Ursachen von BKen eines der wichtigsten Auftraggeber beraubt. Gibt es kein Listenprinzip mehr muss auch nicht geforscht werden, welche Zusammenhänge zwischen einzelnen Schadstoffen/Arbeitsbedingungen und konkreten Erkrankungen bestehen. Dies hätte sicher auch negative Auswirkungen auf den präventiven Ansatz der GUV. Schließlich würde auch die bereits in der Einleitung betonte Abgrenzung zwischen allgemeiner Krankenversicherung und GUV ins Rutschen kommen.¹³⁷ Wegen der haftungsersetzenden Wirkung des UV-Rechts wird hier ja gerade nach der Ursache der Erkrankung gefragt, während im allgemeinen Recht der Krankenversicherung die Ursache der Erkrankung für die Ansprüche nicht von Bedeutung ist. Die GUV stellt ein – auch vom monetären Umfang¹³⁸ her – sehr kleines und spezifisches System dar, das durch eine generelle Ausweitung des BK-Begriffs wesentlich schwerer vom allgemeinen Sozialversicherungssystem abzugrenzen wäre. Schließlich darf auch nicht vergessen werden, dass im Zuge der europäischen Integration die EU-Kommission ebenfalls von einem zukünftigen gesamteuropäischen Listensystem ausgeht, das in einer europäischen BK-Liste münden soll.¹³⁹

2. Verbesserungen im Rahmen des bestehenden Listenprinzips

a) Erleichterte Neuaufnahme von BKen in die Liste

Hält man – nicht zuletzt auch wegen des Gesichtspunkts der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit – an dem etablierten Listensystem fest, so könnten sich Reformbestrebungen darauf fokussieren, die Aufnahme von Krankheiten bzw. Einwirkungs-Krankheits-Kombinationen in die Anlage 1 der BKV zu erleichtern. Ausgangspunkt der Überlegungen könnte hier der Begriff der »Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft sein«, sowie des »erheblich höheren« Grades der Belastung spezifischer Berufsgruppen. Hier wäre, wie von Hase gefordert, in einem wissenschaftlichen und politischen Diskurs der medizinische Standard, der an die Aufnahme von BKen in die Liste anzulegen ist, (neu bzw. erstmals) zu definieren, der jedenfalls nicht direkt aus dem Gesetz abgeleitet werden kann. Eine Neuformulierung der Norm des § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII wäre hierfür noch nicht einmal erforderlich.¹⁴⁰ Ebenfalls ohne Normtextänderung wäre eine verbesserte Ausstattung des Ärztlichen Sachverständigenbeirats zu erreichen. Hier wäre allerdings generell wünschenswert, dass für die Tätigkeit dieses Gremiums eine Rechtsgrundlage geschaffen wird, wie sie etwa auch für den Gemeinsamen Bundesausschuss in § 91 SGB V vorliegt. Eine (für jeden einsehbare) Geschäftsordnung dieses Gremiums könnte sodann Auskunft darüber geben, wer »antragsberechtigt« ist und wie bestimmte Themen abgearbeitet wurden.¹⁴¹ Sicher

135 Vgl. Spellbrink, WzS 2012, allerdings als neue Listen-BK im Rahmen des bestehenden Listen-BK-Systems.

136 Zu den entsprechenden Formulierungen im schwedischen Recht vgl. Mummenhoff (Fn. 134), 106 f.

137 Nicht diskutiert wird hier, dass die GUV auch gänzlich abgeschafft und in die allgemeinen Systeme KV und RV überführt werden könnte. Beispielsweise haben die oftmals als sozialpolitisches Vorbild genannten Niederlande keine eigenständige GUV, vgl. hierzu BSG, 3.4.2014 – B 2 U 25/12 R – UV-Recht Aktuell 2014, 656. Angesichts der Leistungsvorteile des Systems UV wird diesen Reformschritt sicher kein Arbeitnehmer fordern, zumal entsprechende Versuche der Arbeitgeberseite (auch europarechtlich gescheitert sind, vgl. Spellbrink, SR 2012, 17, 34 ff.

138 Das Gesamtvolumen beläuft sich auf ca. 12 Mrd. Euro, eine im Verhältnis zum finanziellen Gesamtvolumen der GKV und GRV zu vernachlässigende Summe.

139 Zur Empfehlung der EU-Kommission 2003/670/EC, Kranig (Fn. 134).

140 Anders die IG Metall (Fn. 8), die fordert, in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII das Wort »erheblich« zu streichen und nur noch von einem »höheren Grad« der Einwirkung zu sprechen, der Beschäftigte gegenüber der übrigen Bevölkerung ausgesetzt sein müssen. Zu Begründung wird darauf verwiesen, dass damit das Kriterium der Risikoverdopplung entfallen würde. Dies ist so nicht zutreffend, weil das Kriterium der Risikoverdopplung jedenfalls nicht an dem Wort »erheblich« in § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII hängt [s. oben II. 1. c)].

141 Vgl. zu diesem Thema im Rahmen der Prüfung der BK-Reife bei § 9 Abs. 2 SGB VII oben Fn. 84

könnte eine Verfahrensordnung, in der die methodischen Anforderungen an den wissenschaftlichen Nachweis des Ursachenzusammenhangs niedergelegt wären, ebenso für Transparenz und Akzeptanz sorgen. Zu erwägen wäre schließlich auch die Heranziehung von Vertretern der Versicherten.¹⁴²

Nicht unbedingt unter die Rubrik der Erleichterung oder Transparenz der wissenschaftlichen Begründung »neuer« BKen fällt die ebenfalls oben im Text mehrfach angesprochene Frage der inkohärenten Struktur der in der Anlage 1 zur BKV gelisteten BKen. Hier wäre – nicht nur unter normästhetischen Gesichtspunkten – zu erwägen, alle BK-Tatbestände in eine einheitliche Struktur zu überführen, die etwa konkrete Einwirkungsgrößen und Erkrankungen als Mindestvoraussetzungen enthalten müssten.

b) Erleichterungen im Beweisrecht bei Feststellung der individuellen BK

Unabhängig von dem Problemkreis der normativen Vorgaben des BK-Rechts in § 9 SGB VII und der BKV stellt sich das Problem der Feststellung der BK im konkreten Einzelfall (siehe oben III. im Text). Hier bieten sich natürlich zunächst Beweiserleichterungen bzw. Gesichtspunkte der Beweislastumkehr an. Allerdings stellt sich schon die Frage, wieso gerade und nur im Recht der BK der allgemein im Sozialrecht geltende Grundsatz der objektiven Beweislast aufgegeben werden sollte, zumal § 200 Abs. 2 SGB VII die Versicherten nur in diesem Versicherungszweig bereits privilegiert.¹⁴³ Denkbar wäre allerdings, wenn man denn die Liste beibehalten will, eine generelle Vermutung auszusprechen, dass der individuelle Zusammenhang bejaht werden kann, wenn die allgemeinen Voraussetzungen der konkreten Listen-BK vorliegen¹⁴⁴. Hier besteht dann aber wieder ein unmittelbarer negativer Zusammenhang mit der diffusen Normstruktur der Anlage 1 der BKV (oben II. 3.), die jedenfalls *de lege lata* keinen interpretatorischen Ansatz für eine solche generelle Vermutungsregel einräumen dürfte. Für das spezifische Detailproblem der Nichterweislichkeit von Einwirkungen (etwa wegen Konkurses des früheren Arbeitgebers) könnte – wie oben (III. 2.) angedeutet – ein Rückgriff auf den Rechtsgedanken des § 15 KOV-VfG hilfreich sein. Generell sieht der Verfasser aber in dem Problemzusammenhang des individuellen Nachweises der BK weniger Reformspielraum, solange man generell daran festhalten will, den Nachweis eines wahrscheinlichen kausalen Zusammenhangs zwischen Arbeitstätigkeit und Erkrankung gerade auch im jeweiligen Einzelfall

zu führen, um einen Krankheitsfall dem spezifischen System UV zuweisen zu können.

3. Kombination des Listenprinzips mit einer Härtefallklausel

Will man unter Erhalt des Listensystems – bei ggf. verbesserter und transparenterer Ausgestaltung des Verfahrens der Aufnahme von BKen in die Liste – für mehr Einzelfallgerechtigkeit und Akzeptanz sorgen, so kann § 9 Abs. 2 SGB VII als Ergänzungsklausel *de lege lata* hierfür jedenfalls nicht sorgen. Diese Norm stellt gerade keine Härtefallklausel dar, die im gesamten BK-Recht vielmehr fehlt.¹⁴⁵ Gerade angesichts der mehrfach angesprochenen Umsetzungsprobleme bei der Normierung von Listen-BKen könnte hier aber eine zusätzliche Härtefallklausel ggf. einzelne Härtefallprobleme abfedern. *De lege lata* kann aufgrund der Formulierung der gesetzlichen Ermächtigungsnormen das Problem der Einzelfallgerechtigkeit im Recht der BKen nur der Gesetzgeber selbst und nur direkt im SGB VII lösen. Die Einfügung einer allgemeinen Härtefallklausel durch den Ordnungsgeber in der BKV scheitert ja schon daran, dass der Ordnungsgeber selbst durch § 9 Abs. 1 SGB VII gerade nicht dazu ermächtigt ist, eine Härtefallklausel in der BKV festzuschreiben. Interessanterweise gab es im Rahmen der Arbeiten zur Einordnung des Unfallversicherungsrechts in das Sozialgesetzbuch im Jahre 1995 einen Vorschlag des (damals von der SPD dominierten) Bundesrates, in § 9 SGB VII einen Absatz 2a vorzusehen, der wie folgt lauten sollte:¹⁴⁶

»(2a) Die Unfallversicherungsträger haben im Einzelfall eine Krankheit, die nicht in der Rechtsverordnung nach Absatz 1 bezeichnet ist, wie eine Berufskrankheit als Versicherungsfall anzuerkennen, wenn

1. vergleichbare Arbeitsplätze mit entsprechenden Arbeitsbedingungen nicht oder nur in einer geringen Zahl vor-

¹⁴² Vgl. zu den entsprechenden Regelungen des Gemeinsamen Bundesausschusses § 91 Abs. 2 und Abs. 4 SGB V.

¹⁴³ Vgl. Fn. 119, 120.

¹⁴⁴ In eine ähnliche Richtung geht der Vorschlag eines neuen § 9 Abs. 3 SGB VII durch die IG Metall. Zu raten wäre hier allerdings zunächst dazu, das in § 9 Abs. 3 SGB VII geforderte Merkmal der über das Ausmaß des § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII hinausgehenden »erhöhten Gefährdung« gänzlich zu streichen.

¹⁴⁵ Dazu, dass die Norm des § 9 Abs. 2 SGB VII partiell *contra legem* auch jetzt schon als Härtefallklausel in der tatsächlichen Verwaltungspraxis fungieren kann, vgl. oben II. 4. a) am Ende und Fn. 77.

¹⁴⁶ Vgl. BT-Drs. 13/2333.

- handen sind und deshalb Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft darüber nicht vorliegen können, dass bestimmte Personengruppen durch ihre versicherte Tätigkeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung besonderen Einwirkungen ausgesetzt sind und
2. nach medizinischen Erkenntnissen mit hinreichender Sicherheit feststeht, dass die Krankheit durch die besonderen Bedingungen des Arbeitsplatzes verursacht ist.«

Zur Begründung¹⁴⁷ wurde ausgeführt, dass diese Neuregelung Härtefälle vermeide, wenn wegen der Besonderheiten der individuellen beruflichen Tätigkeit oder der speziellen Bedingungen am Arbeitsplatz epidemiologische Erkenntnisse mit gruppenspezifischen Erkenntnissen nicht vorliegen können. Ferner setze der vorgeschlagene Abs. 2a voraus, dass nach medizinischen Erkenntnissen mit hinreichender Sicherheit feststehe, dass die Krankheit durch die besonderen Bedingungen des Arbeitsplatzes verursacht ist.¹⁴⁸

Dieser vom damaligen Bundesrat vorgeschlagene Abs. 2a in § 9 SGB VII könnte wohl in einigen Fallgruppen für Entlastung sorgen. So könnten beispielsweise Berufsmusiker (als kleine Gruppe) nicht mehr vom Schutzbereich des § 9 Abs. 2 SGB VII mit dem Hinweis ausgeschlossen werden, dass hinreichende epidemiologische Erkenntnisse für Musiker generell nicht vorliegen.¹⁴⁹ Auch die Personen, die jeweils hochspezifischen synkanzerogen zusammenwirkenden Einwirkungen von Stoffkombinationen ausgesetzt sind, könnten dann wohl in den Schutzbereich der GUV fallen.¹⁵⁰ Man könnte den Geltungsbereich dieses neuen Abs. 2a des § 9 SGB VII sogar noch ausweiten, wenn man ihn als generelle Auffangklausel bei Nichtvorliegen von medizinischen Erkenntnissen¹⁵¹ formulieren würde. Zu denken wäre etwa an folgende Formulierung:

»(2a) Die Unfallversicherungsträger haben im Einzelfall eine Krankheit, die nicht in der Rechtsverordnung nach Absatz 1 bezeichnet ist, wie eine Berufskrankheit als Versicherungsfall anzuerkennen, wenn

1. nach den Standards der medizinischen Wissenschaft Erkenntnisse darüber nicht vorliegen können, dass bestimmte Personengruppen durch ihre versicherte Tätigkeit in erheblich höherem Grade als die übrige Bevölkerung besonderen Einwirkungen ausgesetzt sind, und
2. nach medizinischen Erkenntnissen mit hinreichender Sicherheit feststeht, dass die Krankheit durch die besonderen Bedingungen des Arbeitsplatzes verursacht ist.«

Hierdurch würde gesichert, dass jedenfalls an einem hohen medizinischen Standard nach § 9 Abs. 1 S. 2 SGB VII die Anerkennung von Krankheiten als »weitere« Wie-BK nach Abs. 2a im Einzelfall nicht scheitern kann. Zudem würde eine solche Norm im Umkehrschluss Forschungsaktivitäten geradezu herausfordern, so dass der mit einer Generalklausel verbundene drohende arbeitsmedizinische Forschungsrückschritt (soeben unter IV. 1.) jedenfalls vermieden würde. Schließlich wäre die Frage, ob für eine bestimmte Krankheit die Voraussetzungen der Nr. 1 der neuen Norm vorliegen, eine reine Rechtsfrage, die auch revisibel wäre, so dass einer Zersplitterung der Rechtsordnung vorgebeugt würde. Zudem würden einerseits die Standards des individuellen Kausalzusammenhangs, wie sie soeben unter III. dargestellt wurden, weitgehend beibehalten, während die Standards der generellen medizinischen Erkenntnisse (vgl. unter II. 1. b) auch über eine solche Normformulierung einem ständigen Diskussionsprozess unterworfen würden.

¹⁴⁷ BT-Drs.13/2333, S. 5 zu Nr. 9; hierzu auch *Spellbrink*, *SozSich* 2013, 431, 436 f.

¹⁴⁸ Die Bundesregierung lehnte diese Norm ab. Sie führe zu einer Antragsflut, die von den UV-Trägern nicht mehr bewältigt werden könne, vgl. BT-Drs. 13/2333, S. 19 zu Nr. 9.

¹⁴⁹ So BSG, 18.6.2013 – B 2 U 6/12 R – SozR 4-2700 § 9 Nr. 22.

¹⁵⁰ Zur Synkanzerogenese vgl. oben II. 2.

¹⁵¹ Nach den im Einzelnen erst zu erarbeitenden Standards des § 9 Abs.1 S. 2, vgl. hierzu insb. II. 1. b).

Grundrechte und Beschäftigtendatenschutz

Dissertation von Stephan Pötters, 2013, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 329 S. (ISBN 978-3-8487-0809-3), 79,- €¹, erschienen als Band 121 der Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln

Die Lektüre von *Stephan Pötters'* Arbeit über Grundrechte und Beschäftigtendatenschutz ist höchst anregend und rückt manches Problem in ein neues Licht. Souverän wechselt *Pötters* vom Vogelflug zur Nahaufnahme, ohne dabei den Leser zu verlieren. Letzte Antworten enthält das Werk nicht. Wer wollte dies auch erwarten bei einer Materie, die aus so vielen Gründen noch stets im Fluss ist? Doch bietet es Orientierung und dies ist kein geringes Verdienst bei einer derart komplexen Materie.

Schon in der Einleitung weist *Pötters* darauf hin, dass Beschäftigtendatenschutz Persönlichkeitsschutz ist. Das BVerfG hat immer wieder neue Ausprägungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kreiert –, musste dies auch tun, um Antworten auf die technischen Entwicklungen der Zeit zu finden. Mit dieser Rechtsprechung wurden für das Datenschutzrecht die Fundamente gelegt. Damit befindet sich der Datenschutz von Beginn an im Spannungsfeld von einfachem Recht – zunächst Richterrecht, dann einfaches Gesetzesrecht – und Grundrechten. Und da der Rechtsanwender seit geraumer Zeit auch die europäische Ebene zu bedenken hat, bewegt sich der Datenschutz, wie der Betreuer der Arbeit, *Gregor Thüsing*, in seinem Gutachten zu Recht sagt, in einem Koordinatensystem, das von Europarecht, nationalem Verfassungsrecht und einfachem Gesetzesrecht gebildet wird.

Was das Verfassungsrecht, also die Grundrechte, angeht, so ist von vornherein klar, dass der datenschutzrechtliche Konflikt im Arbeitsverhältnis, ich zitiere den Verfasser, »auf das Problem einer angemessenen Abwägung zwischen den kollidierenden Rechtspositionen des für die Datenverarbeitung Verantwortlichen [das ist regelmäßig der Arbeitgeber] (...) und des Betroffenen [das ist regelmäßig der Arbeitnehmer] zurückzuführen ist« (S. 23). Das bedeutet, dass sich die Grundrechtsproblematik im Bereich des Datenschutzes va. in Gestalt der Drittwirkungsproblematik stellt. *Pötters* widersteht hier der Versuchung, dem Leser die Drittwirkungslehren noch einmal breit vorzuführen. Statt dessen steuert er, ohne längere Aufenthalte und Umschweife, auf die zentrale Erkenntnis hin, die aus seiner Sicht darin besteht, dass das Datenschutzrecht

als »Hybridform zwischen öffentlichem Recht und Zivilrecht« eine »Annäherung der Drittwirkung an die Grundrechtsbindung öffentlicher Stellen« verlange (S. 86), was zusätzlich mit einer Vergleichbarkeit der Gefährdungslage begründet wird (vgl. S. 89). An anderer Stelle zeigt er gar Sympathien dafür, im Anwendungsbereich des Bundesdatenschutzgesetzes von einer »einfachgesetzlich angeordneten (unmittelbaren) Drittwirkung der Grundrechte« auszugehen (S. 93). Den Rechtsvergleicher freut, dass *Pötters* seine Neigung zur Annahme einer unmittelbaren Drittwirkung in manchen ausländischen Rechtsordnungen erwidert sieht. Doch sind Zweifel erlaubt, dass die Rechtsvergleichung wirklich zur »Bestätigung« (S. 81) von Erkenntnissen zum nationalen Recht taugt.²

Auch ist mit der Postulierung einer möglichen unmittelbaren Drittwirkung von Grundrechten im Bereich des Datenschutzes weniger gesagt, als man auf den ersten Blick meinen könnte. Denn zum einen hält *Pötters* selbst den Konflikt zwischen unmittelbarer und mittelbarer Drittwirkung für »überbewertet« (S. 66). Und zum anderen sieht er durchaus auch die »Strukturunterschiede« zwischen der Grundrechtsbindung Privater und der Grundrechtsbindung des Staats (S. 70). Da nur im erstgenannten Fall eine Kollision grundrechtlich geschützter Rechtspositionen auftritt, läuft auch bei ihm letztlich alles auf die Notwendigkeit der Herstellung praktischer Konkordanz hinaus (vgl. S. 72).

Insoweit sind *Pötters'* Ausführungen nun ebenso erfrischend wie entwaffnend. Für diejenigen, die das Erfordernis praktischer Konkordanz wie eine Monstranz vor sich her tragen, hat er die Erkenntnis parat, dass es hierbei, ich zitiere, »um das Verarbeiten von Argumenten, nicht um das Gewichten von Rechtspositionen (geht)«. Recht eigentlich könne von einer »Abwägung« keine Rede sein, da der Begriff impliziere, dass die einzelnen Grundrechte überhaupt abstrakt gewichtet werden können. Dies scheitert aber »an der Heterogenität der kollidierenden Interessen und ihrer jeweiligen Kontexte«. Da es kein abstraktes Rangverhältnis zwischen den Grundrechten gebe, sei für die Abwägung allein ein »Vergleich der Eingriffsintensität im konkreten Fall entscheidend« (S. 76). Diese Demaskierung des Topos der praktischen Konkordanz ist nicht das Verdienst des Verfassers, doch ist ihm hoch anzurechnen, dass er sich das Misstrauen gegenüber dem Postulat der praktischen Konkordanz zu eigen macht.

1 Laudatio auf den Träger des *Hugo-Sinzheimer*-Preises 2014.

2 Vgl. zum Problembereich zuletzt auch *Aden/Aden*, RIW 2014, 736.

Verdienstvoll ist es überdies, wenn *Pötters* sogleich Gesichtspunkte anbietet, welche das Gewicht einer individuellen Beeinträchtigung bestimmen und letztlich über das Ergebnis der Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer entscheiden (vgl. S. 77 ff.). Die »Persönlichkeitsrelevanz« einer Information taucht hier etwa auf, aber zB. auch der Gesichtspunkt der Heimlichkeit des Vorgehens und deren »Streubreite« im Sinne der Bestimmung des Kreises der betroffenen Personen. Bei alledem will er aber nicht nur den übereinstimmenden Willen der Vertragsparteien gewissermaßen mit einer Richtigkeitsvermutung ausstatten (vgl. S. 58) – grundsätzlich bürge, so sagt er, »der im Vertrag zum Ausdruck kommende übereinstimmende Wille der Vertragsparteien für eine angemessene Lösung« (S. 58) –, sondern hält bei Vorliegen einer Einwilligung des Arbeitnehmers eine Datenverarbeitung »ohne eine weitere Verhältnismäßigkeitsprüfung für zulässig, da hier eine freie, privatautonome Entscheidung des Betroffenen den Grundrechtseingriff legitimiere« (vgl. S. 287). »Volenti non fit iniuria«, meint *Pötters* (S. 98). Daran, dass die Dinge wirklich so einfach liegen, sind Zweifel erlaubt, ohne dass man sich dabei beruhigen sollte, dass die »Einwilligung (...) eine Form der Grundrechtsbetätigung« sei, wie *Pötters* anmerkt (S. 98). An dieser Stelle hätte man ruhig noch etwas tiefer bohren können.

Weniger konfliktträchtig – und überdies höchst lesenswert – sind die Ausführungen des Verfassers zum Grundrechtsschutz durch Verfahren. Zutreffend bemerkt *Pötters*, dass jedes Grundrecht eine Verfahrensdimension enthalte und somit eine Verpflichtung, »verfahrenstechnische Vorkehrungen einzurichten, die den Schutzanspruch der Grundrechte absichern« (S. 116). Vor dieser Folie ordnet er etwa die Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes über Informationspflichten und Auskunftsrechte als in diesem Sinne grundrechtssichernde Vorschriften ein und sorgt damit für eine frische Sicht auf die diesen zugrunde liegenden Normen.

Den Abschluss der Ausführungen zum deutschen Recht bildet der Fall der Videoüberwachung des Arbeitnehmers, der von *Pötters* vor dem Hintergrund seiner abstrakt gewonnenen Erkenntnisse durchgespielt wird. Nicht selten begegnet man unter Rechtswissenschaftlern einem »Was schert mich die Praxis?«. Umso erfreulicher ist *Pötters'* Interesse am praktischen Nutzen seiner Überlegungen.

Wie steht es nun um die zweite Ebene der Betrachtung, das Recht der Europäischen Union? Dass das Unionsrecht erhebliche Bedeutung hat, schwant dem Leser, wenn er schon

zu Beginn der Untersuchung mit der Einschätzung *Pötters'* Bekanntschaft macht, dass die nationalen Grundrechtslehren für das Verständnis des Datenschutzrechts »nicht ohne Wert« seien (S. 29) und der Umstand, dass überhaupt Aussagen zur deutschen Drittwirkungsdogmatik folgen – fast entschuldigend – va. mit ihrer Bedeutung für das Verständnis des Unionsrechts erklärt wird. Was also hat uns das Unionsrecht mit Blick auf den Datenschutz zu sagen?

Die Ausführungen *Pötters'* beginnen mit methodischen Vorbemerkungen zur Interpretation des Unionsrechts, die leicht überproportional wirken. Unbedingt lesenswert ist aber der Abschnitt zum »Unionsrecht als case law?«, welcher mit der Erkenntnis abschließt, dass dem EU-Recht in der Tat eine »starke(n) case-law-Dimension« zukomme (S. 157 f.). Das trifft zu und rechtfertigt es, mit *Pötters* der Analyse der Entscheidungen des EuGH überragende Bedeutung für die Rechtskenntnis beizumessen. Dennoch fällt es schwer, ein gewisses Unbehagen zu unterdrücken, da europarechtliche Darstellungen damit zwangsläufig Gefahr laufen, sich in den vom EuGH angebotenen Erwägungsgründen zu verlieren. Juristerei wird hier leicht zur Kaffeesatzleserei.

Nach seinem rechtsmethodischen Prolog wendet sich *Pötters* zunächst der Datenschutzrichtlinie 95/46/EG zu, wobei er deren widerstreitende Zielsetzungen herausarbeitet, die er an Art. 1 Abs. 1 u. 2 der Richtlinie festmacht: In Abs. 1 geht es primär um den Schutz der Grundrechte, namentlich den »Schutz der Privatsphäre natürlicher Personen«, in Abs. 2 geht es um den freien Verkehr personenbezogener Daten zwischen den Mitgliedstaaten. Den Grundsatz des freien Verkehrs personenbezogener Daten ordnet der Verfasser als »Hilfsmittel zur Verwirklichung der Grundfreiheiten« ein (S. 160) mit der Folge, dass er »nur in Verbindung mit einer einzelnen Grundfreiheit geltend gemacht werden (können)« (S. 161). Die Unionsgrundrechte verortet er demgegenüber – etwas umständlich – im geschriebenen und ungeschriebenen Primärrecht (vgl. S. 162 f.). Damit ist einer Auseinandersetzung mit der Frage der Kollision von Grundrechten und Grundfreiheiten die Bühne bereitet.

Bevor er in diese Auseinandersetzung eintritt, geht *Pötters* indes erst noch auf das komplexe Zusammenspiel von Primärrecht und Sekundärrecht im europäischen Datenschutz ein. Dabei nimmt er die Frage nach dem Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte zum Ausgangspunkt. Die entsprechenden Ausführungen sind stark von der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Kücükdeveci* inspiriert; hier hatte das Gericht bekanntlich ua. entschieden,

eine Richtlinie bewirke mit Ablauf der Umsetzungsfrist, dass eine bereits bestehende Regelung des nationalen Rechts in den Anwendungsbereich des Unionsrechts falle.³ So wenig gegen ein Abstellen auf *Küçükdeveci* einzuwenden ist – und zwar insbesondere, wenn man *Pötters'* These von der Verwandtschaft von Diskriminierungs- und Datenschutzrecht folgt (vgl. S. 122 f.) – und so aufschlussreich die Erwägungen *Pötters'* in diesem Zusammenhang sind, so beweisen sie doch auch eines, dass nämlich ein, zwei Jahre im Bereich des Europarechts eine halbe Ewigkeit sind: *Åkerberg Fransson*⁴ und *Antiterrordatei*⁵ sind zu »catchwords« im Streit um den Geltungsbereich der EU-Grundrechtecharta geworden⁶ und würden eine entsprechende Darstellung, wäre sie heute zu schreiben, sehr wesentlich beeinflussen. Aber das ist nun einmal unser aller Schicksal: Meist liefern wir nur Momentaufnahmen und wird die Belichtungszeit länger, ist das Bild meist weniger scharf.

Richtig bleibt indes die Feststellung des Verfassers, dass die Datenschutzrichtlinie das »Einfallstor für Grundrechte und Grundfreiheiten« sei (S. 205). Dabei nimmt er durchaus die »vielfältigen Wechselwirkungen« zwischen Primärrecht und Sekundärrecht wahr (vgl. S. 209). In der Tat wird höherrangiges Recht durch niederrangige Normen konkretisiert –, ein Vorgang, von dem *Pötters* zu Recht sagt, dass er auch in der deutschen Rechtsordnung zu beobachten sei (S. 209). Andererseits lassen sich Bestimmungen des Sekundärrechts durch einen Rückgriff auf das Primärrecht inhaltlich aufladen (und veredeln). Wahr ist überdies, dass »der Anwendungsbereich des Primärrechts wesentlich durch das Sekundärrecht bestimmt (wird)« (S. 209).

Wenn der Beschäftigtendatenschutz im Spannungsfeld kollidierender Grundrechtspositionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer steht, so führt dies auch im Hinblick auf das europäische Recht zwangsläufig zu der Frage nach der Drittwirkung des EU-Datenschutzrechts. Bei der Beantwortung dieser Frage stellt der Verfasser noch einmal klar, dass Richtlinien keine »echte« Drittwirkung (im Verhältnis von Privaten), sondern allenfalls eine »indirekte negative Drittwirkung« im Sinne eines evtl. Ausschlusses der Anwendung nationalen Rechts zukommt. Die Ausschlusswirkung ist indes überaus ernst zu nehmen, wenn man der Erkenntnis *Pötters'* folgt, dass »Regelungsziele der Richtlinie zugleich Unter- und Obergrenze des EU-Datenschutzrechts determinieren« und die Richtlinie somit »zwischen diesen zwei Polen (...) einen verbindlichen Mittelweg vor(gebe)« (S. 239).

Interessanter als die Frage der Drittwirkung der Richtlinie ist nun aber die Frage der Drittwirkung der Unionsgrundrechte. Und doppelt interessant wird es, wenn man zusätzlich das vom Verfasser beschriebene Spannungsverhältnis mit den Grundfreiheiten bedenkt. Denn dann kommt es, salopp gesprochen, zum Showdown: Grundrechte treffen auf Grundfreiheiten. Wer setzt sich durch?

Das Problem der Kollision von Grundrechten und Grundfreiheiten gehört zu den meist traktierten Problemen europarechtlich versierter Arbeitsrechtswissenschaftler.⁷ Dies gilt im Inland ebenso wie im Ausland. Fast möchte man – in Anlehnung an *Wilhelm Buschs* Geschichte von Max und Moritz ausrufen: »Ach, was muss man oft von bösen Entscheidungen hören oder lesen wie zum Beispiel hier von diesen, welche *Viking* und *Laval* hießen!«⁸ Kann der Verfasser den beiden Urteilen Neues abgewinnen? Kann es überhaupt Neues geben? *Pötters* fördert keinen Schatz zutage, der von den Urteilesexegeten übersehen worden wäre. Dennoch ist seine Stellungnahme bedenkenswert und zwar gerade auch mit Blick auf die Vorgehensweise des EuGH bei der Beantwortung der Frage nach der Rechtfertigung eines Eingriffs in Grundfreiheiten – und von einem derartigen Eingriff und seiner Rechtfertigungsbedürftigkeit geht das Gericht ja bekanntermaßen aus. *Pötters* nimmt bei seinem Lösungsansatz an, dass Grundfreiheiten und Grundrechte normenhierarchisch auf derselben Stufe stehen. Was nun aber die Auflösung der Konfliktlage angeht, so bleibt er, wenn man das so sagen darf, auf dem Teppich. *Pötters* sagt selbst, dass insoweit »das Rad (...) nicht neu erfunden werden« müsse (S. 263). Normenkollisionen innerhalb des Verfassungsrechts seien aufgrund der Einheit der Verfassung im Wege praktischer Konkordanz aufzulösen. Und insoweit biete die Rechtsprechung des BVerfG »Anschauungsmaterial in Hülle und Fülle«. Das wirkt ein wenig germanozentrisch, muss deshalb aber nicht falsch sein. Eher verwundert, dass *Pötters* hier nur auf die Rechtsprechung des BVerfG und nicht auch auf die des BAG abstellt, obwohl dieses – man denke an die

3 EuGH, 19.1.2010 – C 555/07 – ZESAR 2010, 180-185.

4 EuGH, 26.2.2013 – C 617/10 – NJW 2013, 1215.

5 BVerfG, 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 – NJW 2013, 1499.

6 Vgl. dazu nur *Winter*, NZA 2013, 473.

7 Vgl. statt vieler *Barnard*, NZA-Beil. 2011, 122.

8 EuGH, 11.12.2007 – C 438/05 – AP Art. 43 EG Nr. 3 (*Viking*) und EuGH, 18.12.2007 – C 341/05 – NZA 2008, 159 (*Laval*).

explizit im Dienst der Abwägung kollidierender Grundrechtspositionen stehende⁹ Verhältnismäßigkeitsprüfung in der Entscheidung zu Sympathiearbeitskämpfen – durchaus ebenfalls reiches »Anschauungsmaterial« liefern könnte.

Fast scheint es, als sei dem Verfasser über all diesen Erwägungen der eigentliche Gegenstand der Arbeit, also der Beschäftigtendatenschutz, ein wenig aus dem Blick geraten. In der Tat sind die Ausführungen, in denen *Pötters* die allgemeinen Erkenntnisse zum EU-Recht auf den Bereich des Datenschutzes überträgt, recht überschaubar geraten. Doch lässt sich derzeit überhaupt sehr viel mehr sagen? Wer auf der Autobahn die Leitplanken setzt, kann nicht vorhersehen, wie oft der Verkehr die Überholspur nutzen wird. Mit Blick auf die – höchst wichtige Frage – nach der Bedeutung der Einwilligung des Arbeitnehmers meint *Pötters*, dass es angesichts der Grundrechte und Grundfreiheiten des Arbeitgebers – und angesichts des Erfordernisses einer primärrechtskonformen Auslegung der Datenschutzrichtlinie (S. 272) – nicht möglich sei, die Einwilligung als Rechtsinstitut für das Arbeitsverhältnis vollständig auszuschließen. Vor diesem Hintergrund erkennt er in Deutschland ein Übermaß und

im Vereinigten Königreich ein Untermaß an Datenschutz. Die goldene Mitte sieht er bei unseren niederländischen Nachbarn verwirklicht. Hier bewege sich das Recht auf dem »einzig zulässigen Mittelweg (...)«.

Abschließende Überlegungen *Pötters'* gelten der Datenschutz-Grundverordnung. Die Untersuchung von *Pötters* ist ein gut lesbares Werk, das Interessierte souverän durch das mehrstöckige Haus des Beschäftigtendatenschutzes führt. An vielen Stellen wird hier noch gebaut: Die Datenschutz-Grundverordnung befindet sich noch im Prozess der Abstimmung zwischen den Mitgliedstaaten und die Durchdringung der Materie durch die Gerichte leidet daran, dass es – in den Worten von *Robert Rebhahn* – »keine belastbare gemeineuropäische Rechtsdogmatik« gibt.¹⁰ Umso mehr beeindruckt, wie *Pötters* vielerorts Licht ins Dunkel einer Materie bringt, die an Bedeutung noch gewinnen wird und uns alle angeht.

Prof. Dr. Bernd Waas, Goethe Universität Frankfurt.

⁹ BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055 (Rn. 25).

¹⁰ *Rebhahn*, in: *Grabenwarter*, Europäischer Grundrechtsschutz, EnzEuR, Bd. 2, Baden-Baden 2014, § 16 Rn. 5.

60 Jahre Bundesarbeitsgericht – Eine Chronik

Festschrift von Peter Hanau, 2014, C.H.Beck, München, 150 S. (ISBN 987-3-406-67025-1), 49,- €

I. Zielsetzung: Die großen Linien der Rechtsprechung

60 Jahre Bundesarbeitsgericht, das ist ein rundes Jubiläum, das hinreichenden Anlass bietet, auf die Wirkungsgeschichte einer Institution zurückzuschauen, die das Arbeitsrecht der Bundesrepublik Deutschland wohl ähnlich stark geprägt hat wie der deutsche Gesetzgeber. Wer wäre besser berufen, eine solche Chronik zu verfassen, als *Peter Hanau*, der Doyen des Arbeitsrechts und langjährige Präsident des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes? So freut sich der arbeitsrechtlich interessierte Leser, der das kleine, 150 Seiten starke Bändchen in die Hand nimmt, das der Beck-Verlag in schöner leinengebundener Ausgabe zu dem Jubiläum auf den Markt gebracht hat, auf eine anregende Lektüre.

Der Leser wird nicht enttäuscht: Er findet ein Kleinod, das ihm dieses oberste Arbeitsgericht und die in ihm wirkenden Personen nahebringt und das zugleich eine Schilderung der Genese und eine Bestandaufnahme des Arbeitsrechts der Bundesrepublik bietet. Eingeflossen sind in die Chronik verschiedene Zeitzeugnisse, neben den Antrittsreden des ersten BAG-Präsidenten und der aktuellen BAG-Präsidentin mehrere zeitgenössische Vorträge und Veröffentlichungen, die *Peter Hanau* in den vergangenen Dekaden zu den Entwicklungen der Rechtsprechung gehalten und publiziert hat. Ergänzt hat der Autor sie um neue Würdigungen in der Rückschau auf die Entwicklungslinien der Rechtsprechung. Gerade die zeitgenössischen Vorträge vermitteln nicht nur wertvolle Einblick in die Entwicklung der Rechtsprechung, sie zeigen auch eindrucksvoll die Stärke von *Peter Hanau*, sein besonderes Gespür für die wichtigen Weichenstellungen in der Rechtsprechung, für ihre sozialpolitische Rechtfertigung und seine Fähigkeit, die Hintergründe der Entscheidungspraxis offenzulegen.

Peter Hanau geht es, das verdeutlicht schon die Kürze der Darstellung, nicht um kleinteiliges Nachzeichnen der in vielen Bereichen nahezu unüberschaubaren Kasuistik der höchst-

richterlichen Rechtsprechung. Die großen Linien möchte er erkennbar werden lassen und dabei zugleich »die Grundhaltung, den Geist des Gerichts« dem Leser präsentieren. Ob es angesichts der Vielzahl der Einzelpersonen, die als Richter am BAG tätig waren und tätig sind, einen solchen Geist des Gerichts wirklich gibt, mag man in Zweifel ziehen. Schließlich waren und sind diese Richterpersönlichkeiten ganz unterschiedlichen sozial- und wirtschaftspolitischen Vorstellungen, unterschiedlichen methodologischen Ansätzen, aber auch unterschiedlichen Vorstellungen von einem fairen Ausgleich von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen verhaftet. Zudem hat es unbestreitbar immer wieder Brüche in der Rechtsprechung gegeben, Divergenzen zwischen Senaten und überraschende Korrekturen. Nicht von der Hand zu weisen ist, dass gerade grundlegende Entscheidungen des Gerichts von einzelnen Richtern maßgebend beeinflusst wurden. *Dirk Neumann* hat dies 1996 in einer Buchbesprechung in der *RdA*¹ anhand von Beispielen eindrucksvoll verdeutlicht. Viele der subjektiven Wertungen und Vorlieben der Richter werden aber doch im Kollektiv der Senate neutralisiert und geglättet. Noch wichtiger dürfte sein, dass sich die an das BAG berufenen Richter ihrer verfassungsrechtlichen Rolle bewusst waren. Die derzeitige Präsidentin *Ingrid Schmidt* hat diese Rolle anlässlich ihrer Antrittsrede treffend mit folgenden Attributen umschrieben: »Distanz von persönlichen Präferenzen, intellektuelle Redlichkeit, ein striktes Bemühen um Objektivität sowie die innere Bereitschaft, sachliche Kritik zu gewichten, die eigene Rechtsauffassung zu hinterfragen und gegebenenfalls zu korrigieren.« Gerade die aktuelle Richtergeneration pflegt geradezu vorbildlich den offenen und selbstbewussten Diskurs mit der Arbeitsrechtswissenschaft und der Praxis, der mit seiner Wechselbeziehung Akzeptanz, Praxisnähe und Ausgewogenheit der Entscheidungen sicherstellt. Die Wahl starker Richterpersönlichkeiten schließt es daher keineswegs aus, dass sich gleichwohl klare Leitlinien der Rechtsprechung identifizieren lassen, wobei naturgemäß bestimmte Senate aufgrund ihrer Zuständigkeit besonders berufen sind, Leitlinien vorzugeben. Das gilt in erster Linie für den 1. Senat, aber auch für den für das Tarifrecht zuständigen 4. Senat.

Generell gilt, dass markante Rechtsprechungsprinzipien im kollektiven Arbeitsrecht häufiger deutlich zu Tage treten als im Individualarbeitsrecht. Im kollektiven Arbeitsrecht, insbesondere im Tarif- und Arbeitskampfrecht, aber auch im Betriebsverfassungsrecht (Stichwort: Bemühungen um Effektivität der Betriebsverfassung) werden aufgrund der Geschlossenheit dieser Bereiche die großen Linien besser sichtbar als

in dem zersplitterten Individualarbeitsrecht. Hier sind es am ehesten der Bereich der Vertragsgestaltung (Stichwort: Tendenz zur verstärkten Inhalts- und Transparenzkontrolle) und das Gebiet des Kündigungs- und Befristungsrechts, in denen Grundlinien erkennbar werden können. Insoweit hat die Chronik einen klaren Schwerpunkt im kollektiven Arbeitsrecht und in der Würdigung des Verhältnisses von kollektivem und individuellem Arbeitsrecht. Die Darstellung der Rechtsprechungslinien ist durchgängig von einer erkennbaren Grundsympathie des Verfassers für dieses Gericht mit seinen inzwischen 38 Berufsrichtern geprägt. Massive Kritik an der Rechtsprechung sollte der Leser nicht erwarten. Erfolgt sie gleichwohl, so ist sie in typisch *Hanau'scher* Manier bestens verpackt zwischen lobenden und verständnisvollen Worten. Generell hält sich *Hanau* mit Wertungen bewusst deutlich zurück, didaktisch geschickt wird der Leser durch die Art der Aufbereitung der Rechtsprechung animiert, sich sein eigenes Urteil zu bilden.

II. Die drei Phasen der Rechtsprechung und die Vorgeschichte

Die Chronik unterteilt die Rechtsprechung des BAG in drei Phasen:

- Zunächst die Phase der »Grundlegung«, die nach Auffassung *Hanaus* von der Zeit der Eröffnung des Gerichts am 10.5.1954 bis etwa in das Jahr 1980 reicht.
- Zum Zweiten die Phase der »Weiterentwicklung« in den Jahren von 1980 bis ca. 2003.
- Und zum Dritten die Zeit nach dem »Neustart«, der in etwa im Jahr 2003 angesiedelt wird. Seither gelte es, auf neue Herausforderungen der Praxis zu reagieren.

Es ist sicherlich eine persönliche Wertungsfrage, in welchem Bündel von Ereignissen man eine hinreichende Zäsur sehen will, so dass man von einem Übergang in eine neue Phase sprechen möchte. Das gilt insbesondere für den nicht sicher zu identifizierenden Wechsel von der Zeit der Grundlegung der Rechtsprechung zur Phase der Weiterentwicklung. Deutlicher auszumachen ist der Beginn der neuen Ära, denn in den Jahren 2002 bis 2004 gab es eine Reihe von Rechtsänderungen, die die Welt des Arbeitsrechts zweifellos grundlegend verändert haben. So führte die Schuldrechtsreform zu völlig neuen Anforderungen an die Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, aber auch die Agenda 2010 warf in einer bis dato auf stete Weiter-

¹ *Neumann, RdA* 1996, 112.

entwicklung des Arbeitnehmerschutzrechts ausgerichteten Arbeitsrechtsordnung ab 2004 neue Rechtsfragen auf. Eine interessante, wissenschaftlich seriös allerdings kaum realisierbare Aufgabe wäre es zu verfolgen, welche Rolle für den von *Hanau* ermittelten »Neustart« zwei außerjuristische Umstände gespielt haben: Der Eintritt einer nicht unerheblichen Gruppe von Kolleginnen und Kollegen, die »die Zeit der Wende« mit ihren besonderen arbeitsrechtlichen Erlebnissen und dem sonst kaum erlebbaren Aufeinandertreffen zweier grundlegend unterschiedlicher Rechtsordnungen vor Ort miterlebt haben und der Umzug des Gerichtes an einen Ort, an dem – jedenfalls zunächst – fast keiner der Richter wohnte.

Vorgeschaltet ist dem Blick auf die drei Entwicklungsphasen ein kurzer Abriss der Vorgeschichte der Arbeitsgerichtsbarkeit. Rückschauend können wir in Deutschland auf eine über 200-jährige Geschichte der Arbeitsgerichtsbarkeit blicken. Beginnend mit dem Jahr 1808 brachte die französische Besatzungsmacht eine auch für Frankreich recht junge Neuerung in die linksrheinischen Departements. Die mit der französischen Revolution eingeführte Gewerbefreiheit hatte mit ihrem Verzicht auf ordnende Strukturen zu Missständen geführt, die insbesondere in Industriezentren beklagt wurden. In Lyon kam es daraufhin zur Einrichtung eines »conseil de prud'hommes«, der die in der Textilindustrie auftretenden Streitigkeiten zwischen Fabrikanten/Handwerksmeistern und ihren Arbeitern/Gesellen schlichten sollte. Dieser Rat – teils Verwaltung, teils Gericht – entschied als fachkundiges Gremium aus gewählten Mitgliedern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Sein Erfolg führte zu einer schnellen Ausbreitung in Frankreich, einschließlich der linksrheinischen Departements. In Köln etwa wurde die Neuerung während der Zeit der Besetzung durch die napoleonischen Truppen mit kaiserlichem Dekret vom 26.4.1811 eingeführt. Als 1814 die Preußen die Herrschaft im Rheinland übernahmen, behielten sie die Gerichte teilweise als »Rat der Gewerbeverständigen« bei. Nahezu zeitgleich hatten auch Berliner Kattundruckerei-Unternehmer im Jahre 1814 die Errichtung eines Fabrikengerichts beantragt, weil die bestehende Gerichtsbarkeit weder in zeitlicher noch in fachlicher Hinsicht zufriedenstellende Ergebnisse bieten konnte. Es dauerte freilich noch über 100 Jahre, bis mit dem Inkrafttreten des Arbeitsgerichtsgesetzes sichergestellt war, dass die Arbeitsgerichtsbarkeit zu einer Erfolgsgeschichte werden konnte. Immerhin war zuvor mit dem Gewerbegerichtsgesetz von 1890 der Grundstein für die heutige Arbeitsgerichtsbarkeit gelegt

worden. Als eigenständiger oberster Gerichtshof ist das BAG heute durch Art. 95 GG gewährleistet.

III. Die Phase der Grundlegung

Die Rückschau auf die erste Phase des Bundesarbeitsgerichts wird mit der Rede des ersten Präsidenten des BAG, *Hans Carl Nipperdey*,² eingeleitet, der die geistige und physische Kapazität besaß, gleichzeitig noch das Institut für Arbeits- und Wirtschaftsrecht an der Universität zu Köln zu leiten und es zu einem der führenden Arbeitsrechtsinstitute zu entwickeln, arbeitsrechtliche Grundlagenwerke zu veröffentlichen, Vorlesungen zu halten und eine Vielzahl von Promotionen zu betreuen. *Hanau* lässt diese Rede für sich wirken und begnügt sich unter Verzicht auf jede Würdigung mit dem Hinweis, die Ansprache sei »im Inhalt und im gedanklichen Duktus beredter Ausdruck des arbeitsrechtlichen Denkens und Sprechens in den 50-er Jahren«. Das ist sicherlich richtig, denn manches würde man heute wohl anders formulieren. Die wesentlichen Aussagen dieser Ansprache indes sind zeitlos und könnten auch heute weitgehend unverändert Bestandteile einer Antrittsrede sein. Das gilt für die klaren Bekenntnisse zur eigenständigen Arbeitsgerichtsbarkeit mit ihren Vorzügen der fachlichen Nähe, zum Dialog mit der Wissenschaft, zum Richterbild der Verfassung mit dem Postulat der Gesetzestreue und zur vertrauensvollen Zusammenarbeit mit den Sozialpartnern. Das Leitbild, das *Nipperdey* dem Gericht auf den Weg gegeben hat, nämlich das Streben nach Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, nach Rechtseinheit und sozialer Befriedung entspricht sicherlich auch heute unvermindert dem Selbstverständnis des Gerichts.

Die sich anschließenden Ausführungen des Chronisten zur Phase der Grundlegung greifen überzeugend die eminente Bedeutung der Grundrechte für das Arbeitsrecht auf und zeichnen namentlich die Entwicklung von Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie nach. Die Kernbereichslehre des BVerfG war ohne Zweifel der zentrale Pfeiler, an dem sich die Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit zum Koalitions- und Arbeitskämpfrecht bis 1995 orientieren musste. Sie bot zugleich 40 Jahre einen verlässlichen Rahmen für die Rechtsprechung des obersten Arbeitsgerichts, bremste aber so manche Entwicklung, welche das BAG

² Zur Person von *Hans Carl Nipperdey* sei mit *Hanau* auf den lesenswerten Beitrag von *Hollstein* in: *Kölner Juristen* im 20. Jahrhundert, 2013, S. 197 ff. verwiesen.

gerne schon früher vollzogen hätte. *Hanau* konzentriert sich auf jene Fragen, die heute wieder aktuell geworden sind, wie die Tarifeinheit, die Zulässigkeit von Differenzierungsklauseln oder die Auslegung von Bezugnahmeklauseln. Zu den von *Hanau* identifizierten Leitlinien zählen auch das vom BAG entwickelte Modell einer von den Kriterien der Unerlässlichkeit, der Kampfparität und der freien Wahl der Kampfmittel gesteuerten, in Zielen, Umfang, Mitteln und Wirksamkeit begrenzten Arbeitskampffreiheit sowie die Bemühungen des Gerichts um ein effektives Betriebsverfassungsrecht. Als prägnantestes Beispiel für das letztgenannte Anliegen lässt sich die vom BAG entwickelte Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung anführen. Nicht ausgespart werden die deutlichen Rügen, die sich das BAG bei seinem gelegentlich zu ausgeprägten Trend zu mutigen Rechtsfortbildungen beim BVerfG eingeholt hat (etwa S. 41 ff.). Harsch war etwa die Kritik in der Entscheidung zum vom BAG angenommenen Konkursvorrang von Sozialplanforderungen,³ in der dem BAG ins Stammbuch geschrieben wurde, es habe die durch Art. 20 Abs. 3 GG gezogenen Grenzen eindeutig (!) überschritten.⁴

Gedanken aus der Antrittsrede *Nipperdeys* aufgreifend spricht *Hanau* an verschiedenen Stellen der Chronik das Grundproblem der höchstrichterlichen Rechtsprechung an, nämlich den Zwang zur Gesetzestreue bei als sachfremd empfundenen Ergebnissen der wortlautgetreuen Gesetzesauslegung. Mit *Hanau* (S. 42) wird man einer Analyse der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung entnehmen können, dass das BVerfG dann einer Rechtsfortbildung durch das BAG besonders kritisch gegenüberstand, wenn diese nicht durch eine allgemeine Rechtsüberzeugung getragen wurde. Der Konflikt zwischen Gesetzestreue und sozialen oder wirtschaftlichen Notwendigkeiten tritt immer wieder und in neuem Gewande auf. Problematische Schwachstellen im Gesetz entstehen dann, wenn die politische Brisanz einer Frage keine Mehrheitsentscheidung erlaubt, die Politik sich vielmehr um die sachgerechte Lösung drückt. Würde sich eine streng dem Wortlaut verhaftete Auslegung eines Schutzgesetzes gegen den Geschützten selbst wenden, dann besteht grundsätzlich Raum für eine Rechtsfortbildung. Eine Rechtsfortbildung, die von allgemeiner Rechtsüberzeugung getragen ist, die außerdem durch einen rechtsvergleichenden Blick ins Ausland gestützt wird, lässt sich auch dann rechtfertigen, wenn sie im Wortlaut nur eine eher schwache Stütze findet. Die »Sinnhaftigkeit« des Ergebnisses muss am Normzweck der Regelung gemessen werden. Mit diesen Grundsätzen ist auch die Bewertung der aktu-

ell wohl unter methodischen Aspekten am intensivsten diskutierten Rechtsprechungslinie zu finden, nämlich der Rechtsprechung zum Vorbeschäftigungsverbot im Befristungsrecht.⁵ Die aktuelle Rechtsprechung wird hier der Verantwortung der Gerichte für ein lebensnahes Arbeitsrecht, das sich nicht gegen den Geschützten wendet, gerecht. *Hanau* grenzt sich im dritten Teil seiner Chronik deutlich von der ablehnenden Haltung des Schrifttums ab, wenn er süffisant anmerkt, dass der Umstand, dass die Rechtsprechung ein vernünftiges Ergebnis erzielt habe, der Kritik an der Auslegungsmethode nur wenig bedeute (S. 122).

Der mehrmalige Widerspruch aus Karlsruhe habe aber doch, wie *Hanau* an anderer Stelle (S. 51.) anmerkt, zu einer gewissen Verunsicherung in der Arbeitsgerichtsbarkeit geführt. In einem Vortrag anlässlich des 40-jährigen Bestehens der Arbeitsgerichtsbarkeit in NRW (NZA 1986, 809) hatte *Hanau* für die damalige Zeit als »neue Linie des BAG« »eine an Selbstverleugnung grenzende Gesetzestreue« in jenen Bereichen konstatiert, in denen auf das Arbeitsverhältnis und die Problemlage zugeschnittene Gesetze vorhanden sind (S. 56).

IV. Die Phase der Weiterentwicklung

Die ca. 1980 beginnende Phase der Weiterentwicklung wird im Wesentlichen auf der Grundlage von drei Vorträgen bzw. Beiträgen analysiert, die *Peter Hanau* während dieser Zeit jeweils anlässlich von Ereignissen präsentiert hat, die einen Bezug zum BAG aufweisen. Der Reigen beginnt mit einem Vortrag, den *Hanau* 1990 im Bundesarbeitsgericht anlässlich des Erscheinens des 60. Bandes der amtlichen Entscheidungssammlung gehalten hat. Anhand der Entscheidungen dieses Bandes wird die wichtige und heikle Funktion des Gerichts herausgearbeitet, neue Entwicklungen der Praxis aufarbeiten zu müssen, die ohne hinreichend deutliche Vorgaben des Gesetzgebers vollzogen wurden. Konkret geht es im 60. Band etwa um die Tarifverträge über flexible Arbeitszeit, die auf der Grundlage des *Leber-Rüthers*-Kompromisses anlässlich des Einstiegs in die 35-Stunden-Woche geschlossen wurden.

Die herausragende Bedeutung des 1. Senats für die Rechtsprechung des BAG würdigt *Hanau* durch die Aufnahme eines

³ BAG, 13.12.1978 – GS 1/77 – BAGE 31, 177.

⁴ BVerfG, 19.10.1983 – 2 BvR 485/80 und 2 BvR 486/80 – BVerfGE 65, 182, 190.

⁵ BAG, 6.4.2011 – 7 AZR 716/09 – BAGE 137, 275.

Beitrags aus dem Jahre 1996, in dem die Folgen des Wechsels im Senatsvorsitz vom dem bis 1994 als Präsident wirkenden *Otto Rudolf Kissel* zu dem mit Wirkung vom 1.2.1994 ernannten neuen BAG-Präsidenten *Thomas Dieterich* aufgearbeitet werden. Dieser Wechsel war in der Tat der Anlass für einige fundamentale Richtungswechsel in den beiden zentralen Zuständigkeitsbereichen des 1. Senats. Erwähnt sei die bemerkenswerte Entscheidung zum Unterlassungsanspruch des Betriebsrats, vor allem aber die neue Linie im Arbeitskampfrecht, mit der der 1. Senat dem Arbeitgeber das Recht einräumte, einen bestreikten Betrieb insgesamt stillzulegen und damit auch den arbeitswilligen Beschäftigten die Lohnzahlung zu verwehren. Die Entscheidung ist nur auf den ersten Blick arbeitgeberfreundlich, in erster Linie stärkt sie die Position der streikführenden Gewerkschaft. *Hanau* ordnet sie als sinnvolle Fortbildung von Betriebsrisiko- und Arbeitskampfrisikolehre ein. Es handelt sich, wie auch das BAG selbst betont, bei der Stilllegungsentscheidung nicht um eine Arbeitskampfmaßnahme, da sie sich nicht gegen die streikführende Gewerkschaft richtet und auch nicht ihr gegenüber erklärt wird, sondern um eine Maßnahme gegenüber den arbeitswilligen Arbeitnehmern, deren Arbeitsverhältnisse suspendiert werden.

Der dritte Mosaikstein ist ein Vortrag, den *Peter Hanau* anlässlich des Festaktes zum 50-jährigen Bestehen des Bundesarbeitsgerichts am 11.5.2004 in Erfurt gehalten hat (NZA 2004, 625). Der Vortrag ist im Grunde eine stark verdichtete Chronik der ersten 50 Jahre des Gerichts, in der es das Anliegen des Festredners ist, die großen Linien der Rechtsprechung anhand jener Rechtsgebiete aufzuzeigen, die besonders deutlich die Handschrift der Präsidenten tragen, also anhand der Rechtsprechung des Großen Senats und des für das kollektive Arbeitsrecht zuständigen ersten Senats. Unterschiede zeigt *Hanau* hier insbesondere in der Zu- bzw. Abneigung der Präsidenten zum Prinzip des Vorrangs des kollektiven Arbeitsrechts auf, wobei *Kissel* mit seiner Tendenz zur Abschwächung des Vorrangs des kollektiven Arbeitsrechts eher eine Außenseiterrolle zugeordnet wird, *Gerhard Müller* eine neutrale Rolle und *Nipperdey* und *Dieterich* als Protagonisten eines derartigen Vorrangs eingestuft werden. BAG-Präsident *Hellmut Wißmann* hat die Auseinandersetzung mit der arbeitsrechtlichen Normenstruktur später um den wichtigen Blick auf das Europäische Arbeitsrecht erweitert, mit dem sich die Chronik in ihrem Schlussteil auseinandersetzt (S. 127 ff.). Wichtig und zutreffend ist der Hinweis von *Hanau*, dass die Einstellung zum Vorrang des kollektiven Arbeitsrechts nicht gleichbedeutend mit der Einstufung als

arbeitnehmer- oder arbeitgeberfreundlich ist. Generell will *Hanau* die von ihm diagnostizierten Unterschiede nicht überbewerten. Die verschiedenen Einflüsse hätten nämlich dialektisch über Thesen und Antithesen zu Synthesen kollektiv- und individualrechtlicher Elemente geführt. Insgesamt sieht *Hanau* als übergreifendes Kennzeichen der Rechtsprechung des BAG eine »Ja-aber«-Struktur und meint damit das durchgängig erkennbare Bemühen um einen Ausgleich in der zweipoligen Interessenlage im Arbeitsrecht.

Interessant ist mit Blick auf die aktuelle Rechtsprechungslinie, dass *Hanau* noch 2004 als Markenzeichen der Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht die Begrenzung von Zielen und Mitteln hervorhebt: keine wilden Streiks, keine Unterstützungstreiks, keine politischen Streiks und zudem Aussperrungsquoten. Sogar die sehr großzügige Zulassung von Warnstreiks erhält bei *Hanau* eine positive Wendung. Bei Warnstreiks sind die Arbeitgeber von der Rechtsprechung bekanntermaßen quasi rechtlos gestellt, weil das BAG sich auf den Standpunkt stellt, die Feststellung des Scheiterns der Verhandlungen, die in der Ausrufung des Warnstreiks liege, könne nicht gerichtlich überprüft werden. *Peter Hanau* sieht hierin ein erfolgreiches Mittel zur Vermeidung von Großstreiks, eine Einschätzung, die freilich im Arbeitgeberlager nicht ungeteilte Zustimmung finden wird.

Die Schnellebigkeit manch rechtspolitischer Forderung auf dem Gebiet des Arbeitsrechts zeigt sich bei den Hinweisen zur Neugestaltung des Günstigkeitsprinzips und zu den Bündnissen für Arbeit, die in dem Vortrag aus dem Jahre 2004 noch breiten Raum einnahmen. Beide Themen sind aus der rechtspolitischen Debatte inzwischen vollständig verschwunden, obwohl der Gesetzgeber nicht das Geringste zur Entschärfung der Problematik getan hat. Bundeskanzler *Schröder*⁶ hatte noch recht deutlich eine Reaktion des Gesetzgebers angekündigt, wenn die Bereitschaft der Gewerkschaften zum Abschluss von Bündnissen für Arbeit nicht zügig ausgebaut würde. Heute laufen »Bündnisse für Arbeit« weitgehend unter Ausschluss der Öffentlichkeit und ohne Einschaltung der Gerichte, weil die Arbeitgeber entsprechende mit dem Betriebsrat abgestimmte Angebote nur den nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern unterbreiten. Die *Burda*-Rechtsprechung des BAG,⁷ die es verdient gehabt hätte, ebenfalls in der Chro-

6 Vgl. die Rede zur Agenda 2010, Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 32. Sitzung, Berlin, Freitag, 14.3.2003.

7 BAG, 20.4.1999 – 1 ABR 72/98 – NZA 1999, 887; vgl. aber auch die anschließende Einschränkung durch den 4. Senat BAG, 19.3.2003 – 4 AZR 271/02 – NZA 2003, 1221.

nik gewürdigt zu werden, greift dann nicht, ein Eingriff in die Tarifautonomie der Gewerkschaft liegt nicht vor, auch dann nicht, wenn sich organisierte Arbeitnehmer nicht als Gewerkschaftsmitglieder zu erkennen geben, um in den Genuss einer als Bestandteil des Bündnisses gewährten Beschäftigungsgarantie zu kommen. Die Folgen des vom 1. Senat in einer recht kühnen und innovativen Konstruktion entwickelten Unterlassungsanspruchs sind daher eher gering geblieben.

Lohnen könnte es sich, als Leitlinie der BAG-Rechtsprechung das Verhältnis des Gerichts zur unternehmerischen Entscheidungsfreiheit zu analysieren. Mein Eindruck ist, dass die Bedeutung dieses Grundrechts in der Rechtsprechung schon gegenüber der betrieblichen Mitbestimmung, erst recht aber gegenüber der Koalitionsfreiheit deutlich gesunken ist. Hier sehe ich eine Diskrepanz zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes,⁸ für den die Grundfreiheiten der Dienstleistungsfreiheit und der Niederlassungsfreiheit, die jeweils Teilaspekte der Unternehmerfreiheit abdecken, naturgemäß einen Stellenwert haben, der der Bedeutung des durch die Grundrechtecharta ebenfalls geschützten Rechts auf kollektive Maßnahmen klar ebenbürtig ist.

V. Der Neustart nach 2003

Die Bezeichnung der letzten Dekade als »Neustart« hebt pointiert hervor, dass für *Hanau* nun eine neue Ära angebrochen ist. Die als typisch für diese Ära abgedruckte Antrittsrede von Präsidentin *Ingrid Schmidt* aus dem Jahre 2005 lässt in der Tat wenig Zweifel, dass mit der ersten Frau im Präsidentenamt in gewisser Weise auch ein neuer Stil beim Gericht eingezogen ist. Schon jetzt lässt sich feststellen, dass die Ära der Präsidentin *Ingrid Schmidt* eine stabile und starke Phase des Gerichts ist. Das von ihr geprägte Bild einer in jeder Hinsicht unabhängigen Präsidentin, die sich nicht scheut, in den rechtspolitisch brisanten Themen, die das BAG betreffen, ihre Meinung unabhängig vom politischen Mainstream zu äußern, die sich zudem stets schützend vor die Richter ihres Gerichts stellt, strahlt auf das Bild aller Richter des BAG aus. Schaut man auf die Querelen, die in jüngerer Zeit so manches andere oberste Bundesgericht partiell lähmen und behindern haben, dann sieht man, welche fundamentale Bedeutung wechselseitige Wertschätzung im Kreis der Kolleginnen und Kollegen und gradliniges Handeln der Behördenleiterin für das Klima des Gerichts haben.

Das heißt natürlich nicht, dass man jede Entscheidung des BAG seit dem von *Hanau* proklamierten Neustart gut heißen müsste. Im Gegenteil: So manche Begründung fordert zum Widerspruch heraus. Wichtig aber erscheint mir, dass die Ergebnisse der Entscheidungen ganz überwiegend überzeugen, weil sie mit Augenmaß und Blick für die Bedürfnisse der Praxis getroffen wurden. Selbst solche Entscheidungen, wie die auch von *Hanau* (S. 113 f.) aufgegriffene zum Unterstützungsstreik,⁹ die aufgrund ihres Potentials für einen fundamentalen Richtungswechsel gut nachvollziehbarer Kritik ausgesetzt war, sind in der Sache richtig entschieden.

Hanau spricht von einem »neuen Start in alte Richtungen«. Als die beiden zentralen Hindernisse für die Entwicklung der Rechtsprechung in der Vergangenheit sieht er die schon angesprochene Beschränkung der Koalitionsbetätigungsfreiheit auf einen Kernbereich und die im Bereich der AGB-Kontrolle geltende Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht. Die Aufgabe der Kernbereichslehre habe, so *Hanau*, zu einem »neuen Start zu neuen Grenzen« geführt. In der Tat bedurfte es nach Aufgabe der Kernbereichslehre einer neuen Schrankendogmatik. Die Kernfrage, ob der Verzicht auf einen Gesetzesvorbehalt für die im Wortlaut allein angesprochene Gründungsgarantie auch für die unmittelbar von der grundrechtlichen Gewährleistung gar nicht erfasste Betätigungsgarantie gilt, ist bekanntlich bis heute nicht abschließend geklärt. Die Linie der Gerichte ist hier nicht einheitlich. Das BVerfG begnügt sich bislang mit dem Hinweis, dass »jedenfalls« zum Schutz anderer verfassungsrechtlich garantierter Güter in die Koalitionsbetätigungsfreiheit eingegriffen werden dürfe.¹⁰ Das steht in einem bemerkenswerten Widerspruch zur Rechtsprechung des 4. Senats,¹¹ demzufolge »allenfalls« zum Schutz von gleichermaßen verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgütern und Gemeinwohlbelangen die von Art. 9 Abs. 3 GG garantierte Koalitionsfreiheit eingeschränkt werden könne. Auch wenn man diese Formulierung nicht überbewerten sollte, so verdeutlicht sie doch einmal mehr, welchen überragenden Stellenwert das arbeitsrechtliche Muttergrundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG im Gefüge der Verfassung für das BAG hat. Andere Grundrechte spielen für das Gericht tendenziell nicht in der gleichen Liga.

8 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – NZA 2008, 124, 130 Rz. 87 (*Viking Line*); EuGH, 18.12.2007 – C 341/05 – NZA 2008, 159 (*Laval*); dazu *Henssler*, ZfA 2010, 397.

9 BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – BAGE 123, 134.

10 BVerfG, 6.2.2007 – 1 BvR 978/05 – NZA 2007, 394 [zu II 2 a] mwN.; BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, NZA 1991, 809 [zu C. I. 3. a].

11 BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1068, 1076.

Hanau geht auf diese verfassungsrechtlichen Vorgaben bzw. Schranken nicht ein, sondern verweist auf die seit der Aufgabe der Kernbereichsdoktrin gegebene Notwendigkeit, kollidierende Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen eigenständig zu bewerten. Die Konturen des Grundrechts sind als Folge dieser aus dem Kündigungsrecht mit wenig positiven Erfahrungen belegten umfassenden Interessenabwägung sicherlich unschärfer geworden. Im Grundsatz gilt als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: Je intensiver der Eingriff in die Koalitionsfreiheit ist, desto gewichtiger müssen die Gemeinwohlbelange sein, die diesen Eingriff rechtfertigen. Geht man mit dem BVerfG davon aus, dass sich Eingriffe in Art. 9 Abs. 3 GG bereits ganz allgemein mit dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Sozialstaatsprinzip rechtfertigen lassen,¹² ist die verfassungsrechtliche Beurteilung ohnehin einer weitgehenden argumentativen Beliebigkeit preisgegeben.

Man darf gespannt sein, wie sich das Tarifautonomie-stärkungsgesetz, das ja in Wahrheit ein »Tarifautonomie-ersatzgesetz« ist, auf die Rechtsprechung des BAG auswirken wird. Auf der bisherigen Linie des BAG liegt dieser Eingriff in die Tarifautonomie sicherlich nicht, wie auch das Juristentagsgutachten¹³ eines ehemaligen Vorsitzenden des Gerichts verdeutlicht hat.

Recht zurückhaltend werden von *Hanau* die Neuerungen im Arbeitskampfrecht gewürdigt. Der Richtungswechsel, der mit den zentralen Entscheidungen zum Flash-Mob, zum Unterstützungstreik und zum Arbeitskampf um einen Firmentarifsozialplan eingeleitet worden ist, wird neutral referiert, ja man kann sogar sagen, gezielt entdramatisiert. Aus Sicht der Gewerkschaften wird man ganz wertneutral feststellen können, dass ihre Arbeitskampfmöglichkeiten durch die geschilderten Grundsatzentscheidungen zweifellos erweitert worden sind. Das BAG nutzt insoweit konsequent die Freiräume, die sich seit Aufgabe der Kernbereichslehre durch das BVerfG ergeben haben. Im Grunde bestätigt auch die kurze Analyse von *Hanau*, dass zentrale, das Arbeitskampfrecht stützende Säulen, nämlich die freie Wahl der Kampfmittel, die autonome Festlegung der Kampfziele und die – jeder richterlichen Kontrolle entzogenen – Höhe der Kampfforderungen, zu Gunsten der Gewerkschaften neu justiert worden sind. Über die Verhältnismäßigkeit, das ultima-ratio-Prinzip und die Paritätskontrolle wird nur noch ein abgeschwächter Schutz der Arbeitgeberbelange verwirklicht. Man kann diese weitreichende Autonomie mit Blick auf das verantwortungsvolle Handeln der Industrieverbände in der Vergangenheit rechtfertigen. Die eigentliche Bewährungsprobe muss diese stark auf DGB-Gewerkschaften zuge-

schnittene Rechtsprechung aber bestehen, wenn es um die Beurteilung von Streiks von Berufsverbänden in der Daseinsvorsorge geht. Hier darf man gespannt sein, ob man in zehn Jahren bei der nächsten Bestandsaufnahme einen erneuten »Neustart« der Rechtsprechung zu konstatieren haben wird.

Die zweite Neuerung, nämlich die Transparenz- und Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen, der sich die Arbeitsgerichtsbarkeit mit großer Begeisterung angenommen hat, würdigt *Hanau* eher kurz. Das überrascht, kennt man doch aus seiner Feder sehr überzeugende Plädoyers für die Bewahrung notwendiger Flexibilität im Arbeitsvertragsrecht. *Hanau* hat mit der Rechtsprechung des BAG offenbar seinen Frieden geschlossen, denn seiner Ansicht nach werden »sowohl das rechtlich erhebliche Ausmaß der zugelassenen Flexibilität (25 – 30 %) als auch die zahlenmäßige Präzisierung .. den Bedürfnissen des Arbeitslebens gerecht« (S. 118). Immerhin hat er eine meines Erachtens sehr überzeugende Anregung für die künftige Rechtsprechung parat. Konsequenz sei es, »die Flexibilität für die eine Seite je höher anzusetzen, desto höher sie für die andere ist«. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass *Peter Hanau* neue Wege der Rechtsprechung außerdem auch auf dem Gebiet des kirchlichen Arbeitsrechts, dem – etwa um die Leiharbeiter – erweiterten Einzugsbereich der Betriebsverfassung sowie dem Befristungs- und Kündigungsrecht aufzeigt. Unverzichtbare, im Rahmen dieser Rezension aber nicht zu vertiefende Ausführungen zur Macht- bzw. Zuständigkeitsaufteilung zwischen EuGH und BAG und zur Bedeutung des europäischen Arbeitsrechts runden die Bilanz einer sich über 60 Jahre entwickelnden Rechtsprechung ab.

VI. Fazit: Ein lesenswertes Buch

Der Rezensent hat die Hoffnung, dass diese Besprechung viele Leser zur Lektüre, am besten sogar zur Anschaffung der vorgestellten Chronik animieren möge. Wer diese Anregung aufgreift, wird ein für jeden Arbeitsrechtler anregendes Buch vorfinden, das ihn aus dem im Arbeitsrecht oftmals kleinteiligen Alltagsgeschäft entführt und ihn mit den großen Linien der Rechtsprechung und damit zugleich den

¹² BVerfG, 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 897/95 – BVerfGE 100, 271, 284; BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvL 32/97 – BVerfGE 103, 293, 307; ErfK/Dieterich/Linsenmaier, Art. 20 GG, Rn. 49.

¹³ *Bepler*, Gutachten zum 70. DJT 2014, S. B 111 ff.

Grundprinzipien des deutschen Arbeitsrechts insgesamt konfrontiert. Der aufgeschlossene Leser wird dabei erkennen, dass dem obersten deutschen Arbeitsgericht in der Vergangenheit einiges sehr gut, anderes vielleicht auch nur »im Ergebnis gut vertretbar« gelungen ist, jedenfalls aber kein Anlass besteht, ihm nicht – sehr ernst gemeint – das traditionelle »Ad multos annos!« zu wünschen.

Die Knappheit der Darstellung spricht den eiligen Leser an. Den höchsten Gewinn wird freilich derjenige aus der Lektüre ziehen, der bereit ist, die vielen Denkanstöße, die oftmals in kurzen Sätzen und Einschüben enthalten sind, aufzugreifen und sie mit seinen eigenen Erfahrungen und Überlegungen zu verbinden.

*Prof. Dr. Martin Henssler,
Universität zu Köln*

Zusammenfassungen

Krebber: Das Betriebsverfassungsgesetz in der Kommentarliteratur

SR SR 1/2015, S. 1–15

Der Autor nimmt vier Neuauflagen von Kommentaren des BetrVG zum Anlass, sich mit Grundlagenfragen und ihrer Behandlung in den Kommentierungen sowie dem Diskussionsstand zu ausgewählten aktuellen Fragen des Betriebsverfassungsrechts zu befassen.

Spellbrink: Das Recht der Berufskrankheiten – Bilanz, Probleme, Perspektiven – Teil 2

SR SR 1/2015, S. 15–25

Der Beitrag behandelt Kausalitätsfragen im Recht der gesetzlichen Unfallversicherung. Im Anschluss daran sowie an den ersten Teil des Beitrags (SR 2014, 140-157), der Entwicklung und derzeitige Struktur des Rechts der Berufskrankheiten sowie Probleme der Anerkennung von Erkrankungen als Berufskrankheiten verdeutlichte, werden abschließend die Reformperspektiven aufgezeigt.

Abstracts

Krebber: The Works Constitution Act in legal commentaries

SR SR 1/2015, p. 1–15

On the occasion of the release of new editions of four legal commentaries on the Works Constitution Act the author focuses on fundamental questions and their discussion as well as certain currently relevant questions discussed in the commentaries.

Spellbrink: The law of occupational diseases – current situation, problems, perspectives – part 2

SR SR 1/2015, p. 15–25

The author discusses questions of causation in the law of occupational diseases. He continues, after having described the evolution and legal structure of this field as well as the problems encountered in getting an illness recognized as an occupational disease in the first part of the article (SR 2014, 140-157), by discussing perspectives for reform.

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

Abhandlungen

- **Klaus Bepler: Aktuelles Betriebsrentenrecht – Entwicklungen und Defizite**
- **Filip Dorsemont/Manfred Walser: Die Bindung der Arbeitgeber an Kollektivverträge im Rechtsvergleich**

Rezensionsaufsätze

- **Felix Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit (Claudia Schubert)**