

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



Nachruf

Nachruf auf Dr. Dr. hc. Alexander Gagel

Sabine Knickrehm Seite **201**

Abhandlungen

Rückgriff von Sozialleistungsträgern gegen haftpflicht- oder
arbeitsrechtliche Schuldner

Eberhard Eichenhofer Seite **203**

Noch zeitgemäß?! Eine Nachlese zu BVerfG,
12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. (Beamtenstreikrecht)

Nadine Absenger/Jens M. Schubert Seite **211**

Die Problematik der Solo-Selbständigen im niederländischen Arbeitsrecht

Antoine T.J.M. Jacobs Seite **230**

Rezensionsaufsätze

Michael Kittner, 50 Urteile – Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte

Peter Hanau Seite **238**

Moti (Mordehai) Mironi/Monika Schlachter, Regulating Strikes in Essential
Services: A Comparative »Law in Action« Perspective

Elias Felten Seite **241**

Schutz vor Diskriminierung



Nollert-Borasio / Dickerhof-Borello
Wenckebach

Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

Basiskommentar zum AGG unter Berücksichtigung des
EntgTranspG

5., überarbeitete Auflage
2019. 402 Seiten, kartoniert
€ 39,90

ISBN 978-3-7663-6868-3

www.bund-verlag.de/6868

Der Basiskommentar bietet eine kompakte Darstellung des gesamten Antidiskriminierungsrechts. Er enthält einen vollständigen Überblick über die aktuelle Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, des Bundesarbeitsgerichts und insbesondere auch des Europäischen Gerichtshofs, einschließlich der jüngsten Entscheidungen zum kirchlichen Arbeitsrecht. Die wesentlichen Bestimmungen des neuen Entgelttransparenzgesetzes werden berücksichtigt und ihre Wirkweise dargestellt.

Das übersichtlich strukturierte Werk erläutert, wie Gleichbehandlung durchgesetzt und mit Diskriminierungsfällen umgegangen werden kann.

Vorteile auf einen Blick:

- > Ausführliche Kommentierung des AGG
- > Berücksichtigung des Entgelttransparenzgesetzes
- > Übersicht über die aktuelle Rechtsprechung
- > Neues zur Diskriminierung im kirchlichen Arbeitsrecht

Soziales Recht

4/2019
ISSN 2193-5157
September 2019, 9. Jahrgang

Herausgeber

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

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

Redaktion

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

Anschrift der Redaktion

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

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

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

Anschrift des Verlages

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

Anzeigen

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

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

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

Druckerei Marquardt GmbH, Aulendorf

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

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

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

Nachruf auf Dr. Dr. hc. Alexander Gagel

Alexander Gagel, ein meinungsstarker Jurist, ein Denker und »Querdenker«, ein Rechtswissenschaftler dessen Vita die Interdisziplinarität begleitet, ist am 10. Mai 2019 in Kassel gestorben. Am dortigen Sozialgericht begann er 1963 – dreißigjährig – seine richterliche Laufbahn und wurde 1998 als Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht in Kassel in den Ruhestand verabschiedet. Davor, dazwischen und danach liegt ein breites juristisches Wirken im Arbeits- und Sozialrecht, immer verbunden mit dem Versuch, den Realitätsabgleich durch die Einbeziehung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse zu bewirken und zur Verständigung mit und zwischen anderen wissenschaftlichen Disziplinen beizutragen.

»Davor« durchlief er das Studium der Rechtswissenschaften in Göttingen und Berlin, arbeitete am Institut für Arbeitsrecht der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg und promovierte mit einer Arbeit zur »Betriebsbuße in der privaten Wirtschaft«. Zunächst war er also »arbeitsrechtlich« aufgestellt und kam erst »dazwischen« durch die richterliche Praxis mit dem Sozialrecht in Berührung. Dieses begleitete ihn sodann jedoch bis an sein Lebensende. Die richterliche Tätigkeit führte ihn 1965 als wissenschaftlichen Mitarbeiter an das Bundessozialgericht, wohin er über die Station des Direktors des Sozialgerichts Wiesbaden (ab 1970) im Jahre 1974 als Richter zurückkehrte. Das Präsidium des Bundessozialgerichts wies ihn zunächst dem für Angelegenheiten des Arbeitsförderungsrechts zuständigen 7. Senat und später dem mit beitragsrechtlichen Angelegenheiten betrauten 12. Senat zu. Danach kehrte er zum Arbeitsförderungsrecht zurück und wurde als stellvertretender Vorsitzender des 11. Senats eingesetzt. Ab 1991 arbeitete er dann bis zum Eintritt in den Ruhestand als Vorsitzender Richter im 13. Senat des Bundessozialgerichts, zuständig für Angelegenheiten der gesetzlichen Rentenversicherung. »Danach« folgte eine fast zwanzigjährige weitere schaffensreiche Lebensphase, gekennzeichnet durch zahlreiche Veröffentlichungen als Autor und Herausgeber sowie einmal mehr als »Wandler« zwischen den Rechtsgebieten und wissenschaftlichen Disziplinen.

»Wandler zwischen dem Arbeits- und Sozialrecht« ist er ein Leben lang geblieben. Nicht nur, dass er in den sozialrechtlichen Gebieten – so man dies überhaupt sagen kann – ver-

stärkt tätig war, die die Schnittstelle zwischen den Rechtskreisen am deutlichsten verkörpern – dem Arbeitsförderungs- und dem Schwerbehinderten- sowie Rentenversicherungsrecht. Deutlich wird dies insbesondere an seinen Veröffentlichungen, die hier nur exemplarisch benannt werden können. Hinzuweisen ist insoweit zB. auf eine Abhandlung in der Zeitschrift »Behindertenrecht«¹, in der er sich ausführlich mit der stufenweisen Wiedereingliederung als Einordnungsproblem in der Gemengelage zweier Rechtsgebiete und dreier Rechtsverhältnisse befasst. In diese Bewegung zwischen dem Arbeits- und Sozialrecht fallen auch seine vielen Anmerkungen im Juris-Praxis-Report Arbeitsrecht, zB. zur Frage, ob der Verstoß des Arbeitgebers gegen die Informationspflicht des § 90 Abs. 3 SGB IX (§ 173 Abs. 4 SGB IX idF. des BTHG) zur Unwirksamkeit der Kündigung führt oder nur zu einem Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers², zur Verwirkung des Sonderkündigungsschutzes für schwerbehinderte Menschen³ oder zur Höhe des Insolvenzgeldanspruchs unter Berücksichtigung vorinstanzlicher Zwangsvollstreckungskosten⁴. Auch im Arbeitsförderungsrecht hat er sich lange nach dem Eintritt in den Ruhestand noch positioniert, zB. zur Frage, ob eine Sperrzeit im Hinblick auf die Gewährung von Arbeitslosengeld wegen einer Auflösungsvereinbarung auch dann eintritt, wenn der Arbeitnehmer dem Betriebsteilübergang widersprochen hat.⁵ Insoweit grundlegend sind nicht nur ein Aufsatz aus dem Jahr 2005 zu Sperrzeitfragen bei arbeitsgerichtlichen Vergleichen⁶ und aus dem Jahr 1992 zur Sicherung des sozialen Schutzes durch »richtige« Wahl des Zeitpunktes für die Auflösung des Arbeitsverhältnisses und den Antrag auf Sozialleistung⁷. Herausragend und in der damaligen Zeit »einmalig« ist der 1979, also vor vierzig Jahren, begonnene Großkommentar zum Arbeitsförderungsrecht.

1 Gagel, br 2011, 66 ff.

2 Gagel, jurisPR-ArbR 47/2010 Anm. 5.

3 Gagel, jurisPR-ArbR 35/2010 Anm. 2

4 Gagel, jurisPR-ArbR 20/2010 Anm. 6.

5 Gagel, jurisPR-SozR 9/2010 Anm. 2

6 Gagel, NZA 2005, 1328 ff.

7 Gagel, AuR 1992, 225 ff.

Alexander Gagel hat ihn gemeinsam mit zum Teil heute noch im »Gagel« tätigen Weggefährten begründet und unter dem Regime des SGB III fortgeführt sowie auf das SGB II erweitert. Einmalig war in der damaligen Landschaft der juristischen Kommentarliteratur die Unabhängigkeit der Bearbeitungen von den Rechtsauffassungen der Leistungsträger, die kritische Distanz zu ihnen, aber auch zur »höchstrichterlichen« Rechtsprechung. Konzeptionell stand und steht – auch im jungen Autorenteam – hinter jeder Bearbeitung die sozialpolitische Einbettung der jeweiligen Norm/des jeweiligen Normgefüges sowie der sozialwissenschaftliche Abgleich ihrer Wirkungen in der Realität des Arbeitslebens sowie der Gesellschaft. Auch der verfassungs- und europarechtliche Kontext ist von Anfang an in den Kommentierungen großes Augenmerk geschenkt worden.

Überhaupt war er »meinungsstark« – hat sich immer klar und deutlich positioniert. So bereits in einer frühen Abhandlung zum Verhältnis von Gesetz, Anordnung und Verwaltungsvorschriften unter besonderer Berücksichtigung von § 39 AFG.⁸ Dort bringt er zB. seine Bedenken gegen die Tendenz der (damals noch) Bundesanstalt für Arbeit vor, »Regelungen möglichst nicht durch Anordnungen, sondern nur noch durch Verwaltungsvorschriften zu treffen«. Hier blitzt dann auch noch eine weitere Stärke von *Alexander Gagel* auf, seine Leidenschaft für rechtsmethodische Fragen. Es sei nur an seine Ausführungen zum »freien Arbeitsvertrag« als Merkmal des »Beschäftigungsverhältnisses« erinnert. Dabei ging es insbesondere um die rentenrechtliche Einordnung von Zwangs- und Ghettoarbeit.⁹ *Gagels* Ausgangspunkt war der Begriff des »Beschäftigungsverhältnisses« in der Sozialversicherung, den er als »Typusbegriff« einordnete, der einen Kernbestand an Merkmalen aufweise, die aber im Einzelfall mehr oder weniger verdünnt vorliegen könnten. Diese Ausführungen haben auch insoweit ganz praktische Bedeutung, als das Bundessozialgericht am 18. Juni 1997 mit der Entscheidung zum Ghetto Lodz seine Rechtsprechung zum Beschäftigungsbegriff »geöffnet« hat. Der Leitsatz, an den der Gesetzgeber mit dem ZRBG später anknüpfen sollte, lautet: »Ein rentenversicherungspflichtiges Arbeits-/Beschäftigungsverhältnis liegt vor, wenn nichtselbständige Arbeit aufgrund eines Arbeitsvertrages geleistet wird. Eine Beschränkung der Freizügigkeit des Arbeitnehmers schließt dies nicht grundsätzlich aus«. Diese Entscheidung stammt zwar vom 5. Senat des BSG,¹⁰ wurde jedoch auch vom 13. Senat getragen, dessen Vorsitzender *Alexander Gagel* damals war.

Das Rentenversicherungsrecht hat ihn auch ansonsten stark beschäftigt. Hier sind insbesondere seine zahlreichen Publikationen zur Rente wegen Erwerbsunfähigkeit bzw. Erwerbsminderung zu nennen. Ganz praktisch konnte er zB. in dem vom BMGS geförderten Projekt »Prävention und Rehabilitation zur Verhinderung von Erwerbsminderung« (PRVE) aus dem Jahre 2004 seine Erfahrungen aus der richterlichen und literarischen Arbeit in der Forschung umsetzen. Zugleich ging es ihm ebenso wie im Schwerbehindertenrecht auch immer um die Beweiserhebung – den Sachverständigenbeweis, also die Schnittstelle zwischen Recht und Sozialmedizin.¹¹ Das Rehabilitations- und Teilhaberecht war dann sein »letzter« Arbeitsschwerpunkt. Er arbeitete mit an dem 2006 gegründeten Diskussionsforum »Prävention und Teilhabe« und war ab 2010 Herausgeber des »Diskussionsforums Rehabilitation und Teilhaberecht« der Deutschen Vereinigung für Rehabilitation sowie bis 2019 deren Ehrenherausgeber.

Sein vielfältiges, insbesondere sein interdisziplinäres Wirken hat ihm 2010 dann die Ehrendoktorwürde der Martin-Luther-Universität Halle/Wittenberg eingebracht. Sie krönt und würdigt sein umfangreiches Schaffen. Es bleibt zu hoffen, dass seine Ideen, sein Blick über den Tellerrand und der von ihm befeuerte fachliche Diskurs ihre Fortsetzung in zukünftigen rechtswissenschaftlichen »Prozessen« finden werden.

*Sabine Knickrehm,
Vorsitzende Richterin des 13. Senats
des Bundessozialgerichts in Kassel*

⁸ *Gagel*, AuB 1977, 397 ff.

⁹ *Gagel*, FS Krasney, 1997, S. 147 ff.

¹⁰ BSG, 18.6.1997 – 5 RJ 66/95 – BSGE 80, 250.

¹¹ ZB. *Gagel*, SGB 2003, 492 ff. oder Francke/*Gagel*/Bieresborn (Hrsg.), Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2017.

Rückgriff von Sozialleistungsträgern gegen haftpflicht- oder arbeitsrechtliche Schuldner

Prof. Dr. Dr. hc. Eberhard Eichenhofer, Friedrich-Schiller-Universität Jena, Berlin

I. Fragestellung

Restitution vor Kompensation lautet die Grundregel des allgemeinen Schadensrechts (§§ 249 Abs. 1, 250, 251 BGB). Aber sie hat keinen weiten Anwendungsbereich. Denn die entgegengesetzte Regel – Kompensation statt Restitution – gilt für den Ausgleich von Sach- wie Personenschäden, weil der Geschädigte nach § 249 Abs. 2 BGB auf Grund der darin enthaltenen Ersetzungsbefugnis (*facultas alternativa*) Kostenersatz verlangen kann. Restitution geschieht heute professionell. Bei gesundheitlichen Beeinträchtigungen ist sie Sache der medizinischen Berufe und ferner von Versicherungen – zunächst Privatversicherungen und später der auf Grund eines Arbeitsverhältnisses begründeten Sozialversicherungen. Sozialversicherungen ebnet heute den Zugang zu medizinischer Behandlung und vergüten diese.

Sind Personenschäden durch Schädiger abzugelten und erstatten Versicherungen medizinische Behandlungen, verwandelt sich die den Schädiger treffende Pflicht zur Kostentragung gegenüber dem Geschädigten in eine Erstattungspflicht gegenüber den Kostenträgern. Dieser Wechsel im Adressaten der Erstattung wird letztlich durch Anordnung des gesetzlichen Forderungsübergangs vom Geschädigten auf den privat- oder sozialrechtlichen Kostenträger bewirkt. Der in §§ 115, 116 des (deutschen) SGB X und in § 332 des (österreichischen) ASVG angeordnete Sozialversicherungsrückgriff bezeichnet die Inanspruchnahme privatrechtlicher Schuldner durch Träger der Sozialversicherung für eine Sozialleistung auf Grund übergegangenen Rechts. Er

- macht den Sozialversicherungsträger zum Gläubiger einer privatrechtlichen Forderung,
- löst eine Konkurrenzlage durch Vorrang der privat- vor der sozialrechtlichen Einstandspflicht auf,
- hängt in Ausmaß und Umfang von der Übereinstimmung der privat- und sozialrechtlichen Ansprüche ab,
- folgt den zivilrechtlichen Regeln über die Abtretung von Forderungen (§§ 412, 398 BGB),

- wird bei Mangellagen schließlich durch sozialrechtliche Anliegen angepasst und verknüpft damit vielfältig Sozialrecht mit Privatrecht. Der gesetzliche Forderungsübergang findet auch zugunsten anderer Sozialleistungsträger im Hinblick auf konkurrierende Ansprüche des Sozialleistungsberechtigten gegenüber Dritten statt (§§ 81a BVG, 5 OEG, 7 UnterhVG, 33 SGB II, 94 SGB XII, 187 SGB III). Ein gesetzlicher Forderungsübergang auf den Sozialleistungsträger findet seine Entsprechung in der Überleitung (§ 93 SGB XII) eines privatrechtlichen Anspruchs auf einen Sozialleistungsträger; statt den Parteiwechsel durch gesetzliche Anordnung herbeizuführen, tritt er durch Verwaltungsakt ein. Der gesetzliche Forderungsübergang ist im allgemeinen Zivilrecht außerdem als allgemeine Ausgleichsordnung bei Vorleistungen eines Dritten (§ 268 BGB), im Gesamtschuldnerausgleich (§ 426 BGB), Bürgen-Rückgriff (§ 774 BGB), Hypothekenrecht (§§ 1143, 1154, 1164 BGB) sowie Familienrecht (§§ 1607, 1836e BGB) vorgesehen.

Der gesetzliche Forderungsübergang auf einen Sozialleistungsträger tritt immer dann ein, falls in der Person der/s Sozialleistungsberechtigten eine privat- und sozialrechtliche Doppelberechtigung (II.) besteht, welche nach Ausgleich zwischen Sozialleistungsträger und Privaten verlangt (III.); sein Umfang hängt ab vom Maß der Übereinstimmung der sozial- und privatrechtlichen Ansprüche (IV.). Übergang bedeutet die Einzelrechtsnachfolge in einer Forderung, deren Folgen primär durch das Bürgerliche Recht und in Mangellagen durch das Sozialrecht normiert werden (V.).

II. Doppelberechtigung

1. Begriff

Der Sozialversicherungsrückgriff verlangt eine Doppelberechtigung in der Person der/des Sozialleistungsberechtig-

ten.¹ Neben einem gegen den Sozialversicherungsträger gerichteten Anspruch muss der/dem Sozialleistungsberechtigten ein weiterer Anspruch gegen eine andere Person zustehen. Beide Ansprüche müssen sachlich und zeitlich übereinstimmen – also kongruent sein. Sie richten sich jedoch gegen unterschiedliche Schuldner, nämlich den Träger der Sozialversicherung und einen Privaten.

2. Wirkung der Doppelberechtigung

Aus dem Erfordernis der Doppelberechtigung erklärt sich, dass ein gesetzlicher Forderungsübergang nicht eintritt, falls für die sozialversicherungsrechtliche Leistung kein Rechtsgrund besteht – der Träger also an den falschen Empfänger² oder zu viel zahlt. Besteht dagegen die Leistungszuständigkeit – wenn auch nur vorläufig auf Grund des Ersuchens des Leistungsberechtigten gegenüber dem erstangegangenen Träger –, erlangt dieser die Berechtigung, wenn er jedenfalls die Weiterleitung gegenüber dem Zuständigen unterlässt und dadurch etwa nach § 14 SGB IX selbst zuständig wird³. Regelmäßig wird die Leistungszuständigkeit durch Inanspruchnahme der Leistung begründet; Zweifel an der Prognose über den Erfolg einer ergriffenen Maßnahme stehen einem gesetzlichen Forderungsübergang nicht entgegen.⁴ Mangels Doppelberechtigung kommt es deshalb namentlich nicht zum gesetzlichen Forderungsübergang, wenn – wie im deutschen Recht durch § 104 SGB VII – Unfallschäden unter Verdrängung jeglicher privatrechtlicher Haftung allein sozialrechtlich ausgeglichen werden.⁵ Das Unfallversicherungsrecht schafft einen von § 116 SGB X abweichenden⁶ eigenen Ausgleich (§ 110 SGB VII), welchen die Praxis⁷ als bürgerlich-rechtlich qualifiziert, der aber letztlich sozialversicherungsrechtlich motiviert und legitimiert ist.

Der Ausgleich nach § 110 SGB VII beruht auf einem eigenständigen Anspruch⁸ mit eigenen Verjährungsregeln in Anlehnung an §§ 195, 199 BGB. Die Verjährung beginnt danach mit dem Zeitpunkt der Verbindlichkeit der unfallversicherungsrechtlichen Entscheidung.⁹ Er sanktioniert die grob fahrlässige Verletzung von Pflichten aus dem Unfallversicherungsrecht durch die von Haftung gemäß §§ 104f. SGB VII freigestellten Arbeitgeber und Arbeitskollegen. Diese sollen »nicht auf Kosten der der Berufsgenossenschaft angehörenden Unternehmen privilegiert werden, aber auch nicht einer höheren Haftung ausgesetzt werden sollen als ohne die Privilegierung«¹⁰.

3. Doppelberechtigung und Ausgleich

Die Doppelberechtigung tritt ein, weil die Sozialleistung den Schaden nicht beseitigt und daher nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung nicht anzurechnen ist.¹¹ Deshalb ist die doppelte Berechtigung aufzulösen, weil jeder der Ansprüche letztlich nur einmal zu erfüllen ist. Das arbeitsvertraglich geschuldete Arbeitsentgelt ist entweder zu zahlen oder sozialrechtlich zu ersetzen – tertium non datur. Ein erlittener Schaden ist wiedergutzumachen, einerlei, ob durch die Sozialversicherung oder den Schädiger. Wird der Schaden durch einen Schuldner behoben, ist der Gläubiger befriedigt; eine abermalige Schadensbeseitigung kommt deswegen nicht mehr in Betracht.

III. Ausgleich zwischen Sozialleistungsträger und privatrechtlichen Schuldnern

Der Sozialversicherungsrückgriff setzt zunächst zwischen beiden Leistungspflichtigen eine Schuldnermehrheit voraus.¹² Sie führt zum Ausgleich zwischen sozial- und privatrechtlichen Ansprüchen, weil die Sozialleistung die kongruente privatrechtliche Forderung nicht tilgt (1.) und sich genau darin von einer Konkurrenzlage zwischen deckungsgleichen sozialrechtlichen Forderungen unter-

1 Bieresborn, in: v. Wulffen/Schütze (Hrsg.), SGB X, 8. Aufl., München 2014 (im Folgenden: v. Wulffen/Schütze, SGB X), § 116 Rn. 1a; Breitkreuz, in: Diering/Timme/Stähler (Hrsg.), SGB X, 5. Aufl., Baden-Baden 2019 (im Folgenden: Diering/Timme/Stähler, SGB X), § 116 Rn. 1.

2 OLG Saarbrücken, 20.3.2014 – 4 U 64/13 – NJW-RR 2014, 810.

3 BGH, 27.1.2015 – VI ZR 54/14 – BGHZ 204, 44.

4 BGH, 16.6.2015 – VI ZR 416/14 – NZV 2016, 29.

5 Waltermann, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 5. Aufl., München 2017 (im Folgenden: KKW), § 116 SGB X Rn. 6.

6 Waltermann, in: Eichenhofer/von Koppenfels-Spies/Wenner (Hrsg.), SGB VII, 2. Aufl., München 2018, § 110 Rn. 2.

7 BGH, 28.9.1971 – VI ZR 216/69 – BGHZ 57, 96, 100f.; BGH, 11.2.2003 – VI ZR 34/02 – BGHZ 154, 11, 18.

8 BGH, 16.8.2016 – VI ZR 497/15 – r+s 2016, 538; BGH, 19.2.1990 – IV ZR 33/90 – NJW 1991, 1546.

9 BGH, 25.7.2017 – VI ZR 433/16 – NJW 2017, 3510.

10 BGH, 16.8.2016 – VI ZR 497/15 – r+s 2016, 538; BGH, 27.6.2006 – VI ZR 143/05 – BGHZ 168, 161.

11 Deinert, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, Baden-Baden 2007 (zugl. Rostock, Univ., Habil. 2006), S. 233.

12 Eichenhofer, in: Eichenhofer/Wenner (Hrsg.), SGB I/IV/X, München 2012 (im Folgenden: Eichenhofer/Wenner, SGB I/IV/X), § 115 SGB X Rn. 3.

scheidet (2.); zwischen diesen besteht in Gestalt von Ersatz- und Erstattungsansprüchen (§§ 102 ff. SGB X) ein eigener sozialrechtlicher Ausgleich, der zwischen Sozialleistungsträger und Privatem nicht vorgesehen ist, weshalb der Forderungsübergang nötig ist (3.).

1. Sozialleistung und konkurrierende Privatrechtsforderung

Der Sozialversicherungsrückgriff wendet sich primär gegen privatrechtliche Schuldner,¹³ weil für Sozialversicherungsträger gegen Private kein anderer Weg des Rückgriffs besteht. Die Vorleistung des Sozialversicherungsträgers an den Berechtigten lässt die Gläubigerstellung an der privatrechtlichen Forderung gegen den Schuldner bestehen.

Leistet die Sozialversicherung an den Berechtigten, kommt sie ihrer aus der Sozialversicherung begründeten Rechtspflicht nach und tilgt den Anspruch der/des Berechtigten. Die erbrachte Sozialleistung entfaltet für die mit ihr konkurrierende privatrechtliche Forderung der/des Berechtigten gegen den Schuldner aber keinerlei Rechtswirkung, sondern lässt jene gänzlich unberührt.

Doppelberechtigungen stellen privat- und sozialrechtliche Konkurrenzlagen¹⁴ dar, welche durch die Begründung des Vorranges einer der konkurrierenden Berechtigungen aufzulösen sind. Für die zwischen der Sozialversicherung und Arbeits- oder Haftungsrecht bestehenden Konkurrenzlage gilt der Vorrang des Privatrechts. Die sozialversicherungsrechtliche Leistung soll das Privatrecht regelmäßig nicht ablösen, sondern bewirken, dass der privatrechtliche Schuldner den ebenfalls zur Entschädigung gehaltenen Sozialversicherungsträger in Höhe der von jenem geschuldeten Leistung entlastet.¹⁵ Die Nachrangigkeit des Sozialrechts gegenüber dem Privatrecht ist vorgesehen, um¹⁶

1. den privatrechtlich Verantwortlichen nicht zu entlasten,
2. den Berechtigten nicht doppelt zu entschädigen und
3. die Sozialleistung auf die von Privaten nicht zu verantwortenden Einbußen zu beschränken.

Der soziale Schutz ist auf die sozialen Risiken und die Abwendung von Bedürftigkeit ausgerichtet, verdrängt aber nicht das Privatrecht, sondern schließt vielmehr dessen Schutzlücken durch eigenständige Sicherungen. Das Sozialrecht hat nicht Bedarfslagen zu sichern, welche arbeits- oder haftungsrechtlich zu schließen sind, sondern vielmehr Lücken zu füllen, die das Privatrecht offen- und

hinterlässt; gleichzeitig darf und soll Sozialrecht aber nicht an dessen Stelle treten. Sozialrecht hilft Kranken und Erwerbsunfähigen, aber nicht, wenn Arbeitgeber oder Schädiger zu Unterstützung oder Schadensausgleich privatrechtlich verpflichtet sind.

2. Wirkung der Sozialleistung bei konkurrierender sozialrechtlicher Forderung

Dies steht in Kontrast zu einem elementaren sozialrechtlichen Grundsatz. Unter Sozialleistungsträgern kann eine Sozialleistung einen Anspruch auch erfüllen und damit tilgen, falls ein anderer Träger die Leistung schuldet. Die Verdoppelung von Ansprüchen erklärt sich nicht zwingend aus einer Doppelberechtigung, weil auch die zufällige und verkannte Leistungszuständigkeit den Ausgleich im Ersatz- oder Erstattungsweg auslöst. Denn im Sozialrecht erlischt die Leistungspflicht des zuständigen Trägers, falls die Schuld durch den unzuständigen Träger beglichen wird.¹⁷ Übernimmt etwa die Krankenkasse Heilbehandlung und Krankengeld für die an einer Berufskrankheit erkrankte Person, so wäre beides von der Berufsgenossenschaft zu tragen. Dennoch bewirkt die Leistungsgewährung durch die Krankenkasse die Erfüllung des Anspruchs der/des Berechtigten gegen diese, weil § 107 SGB X dies so bestimmt.

Danach tilgt die Leistung des unzuständigen Trägers an den Berechtigten die Verbindlichkeit des zuständigen Trägers. Weil die Berufsgenossenschaft der/dem Versicherten auch Heilbehandlung und Einkommensausgleich in Gestalt des Verletztengeldes (§§ 45 ff. SGB VII) schuldet, befriedigen beide Träger durch deren Leistungen dasselbe Interesse der/des Berechtigten. § 107 SGB X schützt Berechtigte vor der Rückforderung des Erlangten durch den unzuständigen Träger und vermeidet gleichzeitig gegenüber dem zuständigen Träger, dass dieser neuerlich

13 »Dritte« im Sinne des § 97 SGB X (vgl. auch § 115 SGB X); nach §§ 116 SGB X, 33 SGB II, 93 SGB XIII können auch öffentlich-rechtliche Ansprüche auf den Sozialleistungsträger übergehen, zB. Amtshaftungsansprüche; vgl. *KKW-Schütze* (Fn. 5), § 33 SGB II Rn. 4.

14 *Deinert*, *Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht* (Fn. 11), S. 40; *Eichenhofer*, *VSSR* 1991, 161, 165 ff.; *Fuchs*, *Zivilrecht und Sozialrecht*, München 1992 (zugl. München, Univ., Habil. 1990), S. 5 ff., 10 ff.

15 *Deinert*, *Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht* (Fn. 11), S. 234.

16 *Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer*, *SGB I/IV/X* (Fn. 13), § 116 SGB X Rn. 2; *Plagemann*, in: *Ruland/Becker/Axer* (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 6. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: *SRH*), § 9 Rn. 1 gebraucht den vagen Begriff »Subsidiarität«.

17 *Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer*, *SGB I/IV/X* (Fn. 13), § 107 SGB X Rn. 6 ff.

leisten müsste, was zuvor schon der unzuständige Träger gegenüber dem Berechtigten erbracht hatte.

3. Ersatz- und Erstattungsansprüche und Verrechnung von Sozialleistungen

§ 107 SGB X soll sichern, dass die Leistung des Empfängers/der Empfängerin gültig bleibt, weil sie geschuldet ist, wenn auch nicht vom leistenden Träger. Dessen fehlende Zuständigkeit rechtfertigt aber nicht die Rückforderung des Erlangten, weil es auch vom zuständigen Träger geschuldet ist. Die in § 107 SGB X enthaltene Tilgungsfiktion ermöglicht den Rückgriff zwischen unzuständigem und zuständigem Träger durch die in §§ 102 ff. SGB X normierten Ansprüche auf Ersatz oder Erstattung.

Die Tilgungsfiktion erklärt sich daraus, dass unter Sozialleistungsträgern die Verrechnung (§ 52 SGB I) von Sozialleistungsansprüchen statthaft ist. Diese erstreckt die im Zwei-Personen-Verhältnis zwischen Leistungsträger und Berechtigtem begründete Aufrechnung (§ 51 SGB I) auf Drei-Personen-Verhältnisse, in denen neben einem Sozialleistungsberechtigtem zwei Sozialleistungsträger beteiligt sind – nämlich der unzuständige (SLT 1) und der zuständige (SLT 2).

Gäbe es § 107 SGB X nicht, könnte SLT 2 die dem SLT 1 für Geldforderungen zustehende Rückforderung durch Verrechnung gegenstandslos machen, indem er dem Anspruch des Berechtigten den Gegenanspruch des SLT 1 auf Rückgewähr entgegenhielte und somit erfüllte. SLT 1 wäre dann im Verhältnis zu SLT 2 auf einen Ersatz- oder Erstattungsanspruch verwiesen. Dieser erlaubt SLT 1 die in der Vermögenssphäre des SLT 2 durch seine Vorleistung eingetretene Bereicherung abzuschöpfen, die darauf beruht, dass die Vorleistung als Erfüllung der geschuldeten Leistung nach § 107 SGB X gilt. § 107 SGB X stellt damit einen gesetzlichen Verrechnungstatbestand dar.

Verrechnung und Erstattung erklären sich aus der Einheit der Sozialverwaltung. Die Erfüllung des Sozialleistungsanspruchs hängt nicht entscheidend davon ab, ob sie vom richtigen Kostenträger erbracht wurde oder nicht. Deshalb soll auch die Nichtbeachtung der Träger-Zuständigkeit die Rechtssphäre der/des Berechtigten nicht mehr berühren, wenn die geschuldete Leistung erbracht worden ist. Die finanziellen Folgen einer Leistung durch den unzuständigen Träger werden in der Sphäre bereinigt, in der sie auftreten – mithin einzig unter den Trägern.

Auch bei einem gesetzlichen Forderungsübergang kommt es zur Entlastung des Berechtigten von den Folgen der Abwicklung eines Konkurrenzverhältnisses; allerdings mit einer anderen Regelungstechnik als dem Erstattungsrecht. Anstelle der Kompensation durch Zahlung des Bereicherungsausgleichs (§§ 103–105 SGB X) oder Aufwendungsersatzes (§ 102 SGB X) tritt als Ausgleichsform der Parteiwechsel.¹⁸ Die auf Beseitigung der Bedarfslage gerichtete konkurrierende Forderung wird durch die Sozialleistung deswegen nicht getilgt, sondern ändert stattdessen den/die Inhaber(in).

Denn der Sozialversicherungsträger bewirkte eine sozialversicherungsrechtliche Leistungspflicht gegenüber der/m Sozialleistungsberechtigten(n/m) und erfüllte damit, was der Schuldner der privatrechtlichen Forderung gegenüber dem Gläubiger bewirken muss. Zum Ausgleich für die Vorleistung erlangt der Sozialversicherungsträger damit die dem Berechtigten gegen den Schuldner zustehende Forderung.

IV. Kongruenz

Kongruenz bedeutet die personelle, sachliche und zeitliche Übereinstimmung von einer sozial- mit einer privatrechtlichen Forderung. Personell stimmen sie überein, falls Sozialleistungsberechtigte und Gläubiger personengleich sind¹⁹, sachlich stimmen die Forderungen überein, sofern die Ansprüche dasselbe Interesse schützen, und zeitlich stimmen sie überein, wenn die Ansprüche denselben Zeitraum umfassen²⁰. Das Gesetz differenziert die übergehenden Forderungen nach den unterschiedlichen privatrechtlichen Gattungen von Ansprüchen.

1. § 115 SGB X

§ 115 SGB X ordnet den gesetzlichen Forderungsübergang für Ansprüche des/der Arbeitnehmer(s/in) auf Arbeitsentgelt an. Dafür muss der/die Sozialleistungsberechtigte als Arbeitnehmer(in) eine Forderung auf Arbeitsentgelt

¹⁸ Eichenhofer, Sozialrecht, 11. Aufl., Tübingen 2019, Rn. 234 ff.

¹⁹ Auer-Mayer, in: Mosler/Müller/Pfeil (Hrsg.), Der SV-Komm, 224. EL, Wien 2018 (im Folgenden: Mosler/Müller/Pfeil, SV-Komm), § 332 ASVG Rn. 44: Sozialversicherungsträger und Gläubiger müssen »ident« sein.

²⁰ Diering/Timme/Stähler-Breitkreuz, SGB X (Fn. 1), § 116 Rn. 16 ff.; SRH-Plagemann (Fn. 17), § 9 Rn. 19.

haben und der Arbeitgeber deren Schuldner sein. Fraglich im Hinblick auf die Doppelberechtigung erscheinen Ansprüche auf Sozialleistungen für die Angehörigen der Bedarfsgemeinschaft der/des Berechtigten. § 34b SGB II stellt klar, dass diese der/dem Berechtigten zustehen.

Gegenstand des Übergangs sind Arbeitsentgeltforderungen in jeglicher Form²¹, einerlei ob auf Geld- oder Sachleistungen²² gerichtet, wiederkehrend oder einmalig geschuldet. Allerdings sind sie auf den Netto-Zahlbetrag begrenzt.²³ Sie beruhen auf dem Arbeitsverhältnis – auch bei Ruhen der Beschäftigungspflicht.²⁴ Beitragspflichten und Steuerlasten²⁵ sind vom Arbeitsentgeltanspruch abzuziehen.

2. § 116 SGB X

§ 116 SGB X ordnet den Übergang eines Schadensersatzanspruches aus einem gesetzlichen Haftpflichtverhältnis auf den Sozialversicherungsträger an. Anders als bei § 115 SGB X, bei dem die Forderung im Zeitpunkt der Sozialleistung übergeht, bestimmt § 116 SGB X den Übergang schon mit Entstehung der Leistungspflicht. Der Anspruch geht mit Schadenseintritt und der damit entstehenden Sozialleistungspflicht auf den Sozialversicherungsträger über. Der Übergang tritt auch für den Sozialhilfeträger ein und zwar ab dessen Kenntnis von der ernsthaft in Betracht kommenden Leistungspflicht.²⁶

Nach § 116 SGB X geht eine aus einem gesetzlichen Schuldverhältnis rührende Forderung auf Schadensersatz über. Der Leistungsanspruch ist also auf Wiedergutmachung eines privat verursachten Schadens gerichtet. Der typische Rechtsgrund ist eine gesetzliche Haftpflicht auf Grund Delikts- oder Gefährdungshaftung.

Vertragliche Ansprüche gehen nicht über, es sei denn, sie gründeten in gesetzlichen Ansprüchen – wie etwa bei der Arzthaftung. In deren Rahmen werden die gesetzlichen Sorgfalts- und Verschuldensanforderungen durch Vertragsrecht nach den Grundsätzen der einwirkenden Anspruchskonkurrenz verändert.²⁷ Ist die gesetzliche Haftung vertraglich beschränkt oder ausgeschlossen, modifizieren diese Gestaltungen auch den Forderungsübergang.

Der Anspruch muss auf Schadensausgleich gerichtet sein. Die Ansprüche auf Schadensausgleich und die sozialversicherungsrechtliche Leistung müssen dieselbe Einbuße ausgleichen,²⁸ namentlich Gesundheitsschäden, schädigungsbedingt vermehrte Bedürfnisse, Einbußen der Erwerbskraft oder Pflege.²⁹

Keinem Forderungsübergang unterliegen mangels Kongruenz Ansprüche auf Ausgleich des immateriellen Schadens³⁰ oder Aufwendungsersatz³¹. Sind mit der Inanspruchnahme Pflichten zur Tragung zusätzlicher Kosten – wie die Investitionszulage für Krankenhausbehandlungen in den neuen Bundesländern – verbunden, so umfasst die Schadensersatzpflicht auch deren Ersatz³². Sachliche Kongruenz besteht nach § 116 Abs. 1 S. 2 SGB X auch für die schädigungsbedingten Beitragsausfälle.³³ Ein Anspruch auf Lohnfortzahlung bei Krankheit geht statt nach § 116 SGB X nach § 115 SGB X über.

Fragen der Doppelberechtigung stellen sich im Hinblick auf die Entschädigung von Pflegepersonen durch die Pflegeversicherung im Hinblick auf Ausfälle von Beiträgen in der gesetzlichen Rentenversicherung. Ist der Übernahme der Rentenversicherungsbeiträge durch die Pflegekasse (§ 44 SGB XI) für die Pflegeperson des durch Delikt geschädigten Opfers eine zivilrechtliche Ersatzpflicht kongruent?

Der BGH³⁴ leitete den Forderungsübergang auch bezüglich der Beiträge zugunsten der Pflegeperson zu deren Rentenversicherung als Teil des vom Schädiger auszugleichenden Schadens aus dem Grundsatz der Totalreparation und damit der Maxime ab, dass alle aus dem Delikt entstande-

21 § 14 SGB IV.

22 § 115 Abs. 1 S. 2, Abs. 3 SGB X.

23 Anders beim Insolvenzgeld (Bruttolohn): BAG, 25. 6. 2014 – 5 AZR 283/12 – AP Nr. 1 zu § 187 SGB III.

24 BSG, 11. 12. 2014 – B 11 AL 2/14 R – NZS 2015, 314.

25 BAG, 17. 4. 1985 – 5 AZR 74/84 – AP Nr. 15 zu § 611 BGB Lohnanspruch; BAG, 11. 2. 1998 – 5 AZR 159/97 – AP Nr. 19 zu § 611 BGB Lohnanspruch.

26 BGH, 12. 12. 1995 – VI ZR 271/94 – BGHZ 131, 274; BGH, 13. 2. 1996 – VI ZR 318/94 – BGHZ 132, 39; BGH, 25. 6. 1996 – VI ZR 117/95 – BGHZ 133, 129, 134 f.; BGH, 24. 4. 2012 – VI ZR 329/10 – NJW 2012, 3639; BGH, 23. 9. 2014 – VI ZR 483/12 – r+s 2015, 100; Diering/Timme/Stähler-Breitkreuz, SGB X (Fn. 1), § 116 Rn. 12 f.

27 Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer, SGB I/IV/X (Fn. 13), § 116 SGB X Rn. 5.

28 BGH, 20. 3. 1973 – VI ZR 19/72 – VersR 1973, 566 f.; BGH, 10. 4. 1979 – VI ZR 268/76 – VersR 1979, 640; BGH, 15. 3. 1983 – VI ZR 156/80 – VersR 1983, 686; BGH, 18. 5. 2010 – VI ZR 142/09 – VersR 2010, 1103.

29 Diering/Timme/Stähler-Breitkreuz, SGB X (Fn. 1), § 116 Rn. 8 ff.; SRH-Plagemann (Fn. 17), § 9 Rn. 7 ff.

30 Diering/Timme/Stähler-Breitkreuz, SGB X (Fn. 1), § 116 Rn. 9; SRH-Plagemann (Fn. 17), § 9 Rn. 18.

31 BGH, 4. 7. 1984 – VIII ZR 270/83 – BGHZ 92, 70; BGH, 10. 10. 1984 – IVa ZR 167/82 – BGHZ 92, 270; Einwände: Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer, SGB I/IV/X (Fn. 13), § 116 SGB X Rn. 6.

32 BGH, 3. 5. 2011 – VI ZR 61/10 – VersR 2011, 946.

33 BGH, 5. 12. 1989 – VI ZR 73/89 – BGHZ 109, 291; Deinert, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht (Fn. 11), S. 238 f.

34 BGH, 10. 11. 1998 – VI ZR 354/97 – BGHZ 140, 39.

nen Schäden vom Schädiger zu tragen sind. Daran hindert nicht die Schadensberechnung nach der Differenzhypothese; diese habe zurückzutreten, die Ausgleichspflicht sei aus dem normativen Schadenbegriff abzuleiten. Das Gericht stützt sich dabei auf die Erwägung, dass das Opfer infolge der schädigungsbedingt entstanden vermehrten Bedürfnisse nach § 842 BGB auf Kosten des Schädigers Pflege durch kommerzielle Dienste beanspruchen dürfe. In deren Kosten seien die Aufwendungen für die Sozialversicherungsbeträge der Pflegekräfte enthalten; nichts anderes dürfe gelten, wenn Pflege innerhalb der Familie erbracht würde.

Prinzipiell betrachtet muss die durch die Schädigung ausgelöste Ersatzpflicht mit der Sozialleistung gegenüberlich übereinstimmen. Beseitigt die Schädigung die Erwerbsfähigkeit, umfasst die Schadensersatzpflicht auch den Verlust der an die Erwerbsfähigkeit gebundenen SGB-II-Berechtigung.³⁵ Keine Kongruenz besteht hingegen, wenn die Schädigung zur Erblindung führt und das Landes-Blinden-geld nicht bezahlt wird, soweit Schadensersatz geschuldet und geleistet wird.³⁶ Keine Kongruenz besteht hinsichtlich der Eigenanteile des geschädigten Rentners zu dessen Beiträgen zur Kranken- und Pflegeversicherung.³⁷ Auch bei Maßnahmen der Eingliederung eines Menschen mit Behinderung in eine Werkstatt besteht keine Kongruenz zwischen den Eingliederungsmaßnahmen der Bundesagentur für Arbeit und der Pflicht des Schädigers zum Ersatz des Verdienstausfalls des Geschädigten.³⁸

3. § 332 ASVG

§ 332 ASVG ordnet den Forderungsübergang an für die auf gesetzlicher Haftpflicht beruhenden Schadensersatzansprüche – unter Einschluss der Ansprüche, für welche ein Sozialversicherungsträger Sachleistungen in Kranken- oder Unfallversicherung erbringen. Für unfallversicherungsrechtliche Ansprüche geht ein Anspruch nur über, falls die/der Versicherte den Unfall grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt hat oder bei Teilnahme am allgemeinen Verkehr eingetreten ist und die/der Verletzte gesteigert haftpflichtig ist. Damit wird eine § 110 SGB VII ähnelnde zivilrechtliche Konstruktion erreicht. Während der Rückgriff nach § 110 SGB VII auf einem eigenen Regresstatbestand beruht, wird im österreichischen Recht derselbe Effekt mittels des Sozialversicherungsrückgriffs erreicht. Diese Deutung erklärt den privatrechtlichen Charakter des Anspruchs, verdeutlicht, dass der Haftungs-

grund in der auf Grund grober Fahrlässigkeit oder Vorsatz gesteigerten Verantwortlichkeit des intern Freigestellten liegt und die Haftung ihre Rechtfertigung nicht primär aus der Verletzung unfallversicherungsrechtlicher Pflichten, sondern der Verantwortlichkeit für die eingetretene Personenschädigung selbst findet. Diese Deutung sichert auch, dass der Schädiger dem Unfallversicherungsträger in dem Umfang wie dem Geschädigten gegenüber haftet.

Die Anordnung der Zession soll die Doppelentschädigung des Geschädigten wie die Entlastung des Schädigers auf Kosten der Sozialversicherung verhindern.³⁹ Leistet der Schuldner der Schadensersatzforderung in Unkenntnis des Forderungsübergangs an den Geschädigten vor, kann der Sozialversicherungsträger die eigene Leistung in Höhe des Erbrachten aussetzen (§ 332 Abs. 2 ASVG). In diesem Fall ermächtigt der Sozialversicherungsträger den Schuldner zur Leistung an einen Dritten – im Hinblick auf die Sozialleistung gestattet die Bestimmung eine im Sozialleistungsrecht ansonsten nicht vorgesehene Verrechnung zwischen dem Träger der Sozialversicherung und dem Schuldner. Sie tilgt die eigene Verpflichtung des Trägers der Sozialversicherung unter Vermeidung privatrechtlicher Rückforderungen gegenüber dem Schuldner.⁴⁰

Der Forderungsübergang erfordert Kongruenz zwischen Sozialleistungsanspruch und Schadensersatz⁴¹ und tritt im Zeitpunkt der Schädigung ein.⁴² Er tritt unabhängig von der Leistung⁴³ bei gesetzlicher Leistungspflicht ein, welche die typisierte freiwillige Leistung umschließt,⁴⁴ aber nicht bei Entscheidungen im Ermessenswege⁴⁵ vorliegt.

35 BGH, 25. 6. 2013 – VI ZR 128/12 – BGHZ 197, 316.

36 BGH, 11. 4. 2017 – VI ZR 454/16 – VersR 2017, 909.

37 LG Nürnberg Fürth, 28. 3. 2015 – 8 O 5002/13 – juris.

38 BGH, 30. 6. 2015 – VI ZR 379/14 – BGHZ 206, 136.

39 *Atria*, in: Sonntag (Hrsg.), ASVG, 9. Aufl., Wien 2018 (im Folgenden: Sonntag, ASVG), § 332 Rn. 1.

40 Ohne Verrechnung käme es zum Bereicherungsausgleich: Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 35.

41 OGH, 7. 7. 2005 – 2 Ob 105/05p – eclex 2005, 837; OGH, 20. 12. 1988 – 2 Ob 64/88 – JBl 1989, 644; Sonntag-Atria, ASVG (Fn. 40), § 332 Rn. 2; Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 2

42 OGH, 14. 8. 2008 – 2 Ob 226/07k – ZVR 2009, 369; OGH, 24. 1. 2013 – 2 Ob 6/13s – Zak 2013, 122; Sonntag-Atria, ASVG (Fn. 40), § 332 Rn. 3; Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 5; als Eintritt des materiellen Versicherungsfalls: Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 25.

43 OGH, 2. 3. 2006 – 2 Ob 16/05z – EvBl 2006, 643.

44 OGH, 9. 2. 2010 – 10 Ob S 68/09m – JBl 2010, 467.

45 OGH, 24. 8. 1993 – 10 Ob S 159/93 – SSV-NF 7/76.

Bei Schadensersatzansprüchen aus Vertrag und Gesetz gehen die Ansprüche ebenfalls über, es sei denn, es handelt sich einzig um vertragliche Ansprüche auf Schadensdeckung.⁴⁶ Im Wege der Analogie wird § 332 ASVG auf Entgeltansprüche auf Grund Lohnfortzahlung im Krankheitsfall erstreckt.⁴⁷ Der Übergang ist auf Ansprüche zum Ausgleich für Personenschäden beschränkt unter Einschluss der den immateriellen Schadensausgleich bezweckenden im Unfallversicherungsrecht normierten Integritätsentschädigung,⁴⁸ aber nicht des Schmerzensgeldes; ein Übergang für Ansprüche auf den Ersatz von Sachschäden besteht mangels sachlicher Kongruenz nicht.⁴⁹ Nach hM. erstreckt sich der Übergang auch auf Aufwendungsersatzansprüche.⁵⁰ Der Sozialversicherungsträger muss nicht selbst geschädigt sein; eine Vorteilsausgleichung in seiner Sphäre tritt mithin nicht ein.⁵¹

V. Folgerungen

1. Grundregeln für den Übergang

Mit Forderungsübergang verliert der Geschädigte seine Aktivlegitimation⁵² und mithin seine Verfügungsbefugnis über den Ersatzanspruch⁵³. Der Sozialversicherungsrückgriff überträgt die übergehende Forderung vom Sozialleistungsberechtigten auf den Sozialversicherungsträger (§§ 398, 412 BGB). Einwendungen und Gegenrechte des Schuldners gegen den bisherigen Gläubiger bleiben nach Übergang erhalten (§§ 412, 404, 406 BGB).

Die in §§ 115, 116 SGB X vorgesehenen Zessionsanordnungen gehen anderweitigen Anordnungen des Forderungsübergangs vor (§ 33 Abs. 5 SGB II; § 93 SGB XII). Der gesetzliche Forderungsübergang wird auf Sozialhilfeträger und Arbeitslosenversicherungen wie Grundsicherungsträger erstreckt (§ 116 Abs. 10 SGB X).

Der gesetzliche Forderungsübergang erfasst auch künftige entstehende Forderungen.⁵⁴ Die Gesetzeslage beurteilt sich dabei nach dem im Zeitpunkt des Übergangs geltenden Recht.⁵⁵ Der Übergang leitet somit das Beitreibungsrisiko auf den Träger über.⁵⁶ Der Übergang umfasst auch Ansprüche auf Herausgabe der für einen Schadensfall nötigen Dokumente (Pflegedokumentation).⁵⁷

Die internationalrechtlichen Folgen des Rückgriffs durch den gesetzlichen Forderungsübergang werden in Art. 15 Rom-I-VO, Art. 19 Rom-II-VO und Art. 85 VO (EG) Nr. 883/2004 normiert.⁵⁸ Danach ist das Sozialversi-

cherungsrecht als Zessionsgrundstatut berufen; es ordnet damit auch den Übergang von Forderungen ausländischen Haftpflicht- oder Arbeitsrechts an.⁵⁹ Abtretungsverbote nach der privatrechtlichen *lex causae* sind danach sozialversicherungsrechtlich unbeachtlich.⁶⁰ Begründet das sozialrechtliche Haftungsstatut die Freistellung Beteiligter von privatrechtlicher Haftung, so wird diese auf ein ausländisches Haftungsstatut erstreckt.⁶¹

2. Privatrechtliche Verfügungen

Privatrechtliche Verfügungen des bisherigen Gläubigers sind vor Übergang statthaft, nachher hingegen unstatthaft. Unklar ist, ob »Klarstellungen der Rechtslage« von den Vertragsparteien durch Vereinbarung nachträglich im Hinblick auf die vor dem gesetzlichen Forderungsübergang eintretende arbeitsvertragliche Lage getroffen werden können. Das BAG⁶² bejahte dies mit der Begründung, dass der Forderungsübergang seinen Gegenstand im Arbeitsvertragsrecht finde und dieser privatrechtlicher Verfügungsmacht unterliege, könne auch die Verfügung noch nach dem Übergang der Forderung vorgenommen werden. Der gesetzliche Forderungsübergang ist damit ein wichtiges Beispiel für privatrechtsabhängiges Sozialrecht.⁶³ Bei der

46 Sonntag-Atria, ASVG (Fn. 40), § 332 Rn. 28.

47 OGH, 24.3.1994 – 2 Ob 21/94 – JBl 1994, 684; Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 3.

48 OGH, 9.11.200 – 2 Ob 185/99s – RZ 2001, 120.

49 Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 14.

50 Anders OGH, 21.4.1967 – 2 Ob 105/67 – ZVR 1968, 232; Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 23, 37.

51 OGH, 1.2.1979 – 7 Ob 4/79 – VersR 1981, 588; Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 24.

52 Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer, SGB I/IV/X (Fn. 13), § 115 SGB X Rn. 9.

53 Mosler/Müller/Pfeil-Auer-Mayer, SV-Komm (Fn. 20), § 332 Rn. 31.

54 BGH, 10.7.1967 – III ZR 78/66 – BGHZ 48, 181.

55 BGH, 30.11.1955 – VI ZR 211/54 – BGHZ 19, 177, 183 ff.; BGH, 18.2.1997 – VI ZR 70/96 – BGHZ 134, 381 ff.

56 Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer, SGB I/IV/X (Fn. 13), § 115 SGB X Rn. 8.

57 BGH, 28.4.2010 – XII ZB 81/09 – BGHZ 185, 272, 274.

58 BGH, 15.7.2008 – VI ZR 105/07 – BGHZ 177, 237.

59 EuGH, 11.3.1965 – 33/64 – Slg. 11, 132 (Hesepfer); EuGH, 12.11.1969 – 27/69 – Slg. 15, 405 (C.F.L.); EuGH, 2.6.1994 – C-428/92 – Slg. 1994, I-2259 (DAK).

60 EuGH, 21.9.1999 – C-397/96 – Slg. 1999, I-5959 (Kordel).

61 BGH, 15.7.2008 – VI ZR 105/07 – BGHZ 177, 237; BGH, 7.11.2006 – VI ZR 211/05 – NJW 2007, 1754.

62 BAG, 29.9.2004 – 5 AZR 99/04 – AP Nr. 23 zu § 3 EntgeltFG; Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer, SGB I/IV/X (Fn. 13), § 115 SGB X Rn. 13.

63 Eichenhofer, FS Binder, 2010, S. 551 ff.

Verjährung kommt es für die über den Verjährungsbeginn entscheidende Kenntnis der Forderung auf den Sozialleistungsträger und nicht den Geschädigten an.⁶⁴ Denn jener ist mit der Anspruchsentstehung dessen Gläubiger, weil sie dem Geschädigten niemals zustand.

3. Mangellagen

Sozialrechtseigene Maßstäbe gelten für die Bewältigung von Mangellagen bei Nicht-Beitreibung, gesetzlicher Haftungsbeschränkung, Mitverschulden und schließlich bei Verarmung. In allen diesen Fällen der Unterdeckung – namentlich des Zurückbleibens des Schadenersatzes hinter den erbrachten Sozialleistungen – ist der Übergang beschränkt. Diese Begrenzung korrespondiert mit dem auch das Zessionsrecht allgemein leitenden *Maxime nemo subrogat contra se* (§§ 268 Abs. 3 S. 2, 774 Abs. 1 S. 2, 1164 Abs. 1 S. 2 BGB, 83 VVG), also der Erwägung, dass der Rechtsinhaber zur Übertragung nicht verpflichtet ist, wenn er dadurch rechts- und anspruchlos werden würde.

Diese *Maxime* wird im Sozialrecht jedoch dahin erweitert und verallgemeinert, dass die Beschränkung des Übergangs auch bei drohender Verarmung wegen nicht-kongruenter Leistungen eintritt (§ 116 Abs. 2 S. 1 SGB X). Das Sozialrecht setzt damit einen umfassenden Existenzsicherungsauftrag durch.

Das Quotenvorrecht gilt für alle Ansprüche, nicht nur die kongruenten Forderungen.⁶⁵ Der Hilfebedarf hindert den Übergang, auch bei Ausweitung auf nicht kongruente Forderungen.⁶⁶ § 116 Abs. 3 S. 3 SGB X schützt den Versicherten bei Kausalität des Mitverschuldens.⁶⁷ Auch der Übergang infolge des Quotenvorrechts (§ 116 Abs. 3 SGB X) wird begrenzt, wenn dadurch Verarmung einträte. Insoweit greift das Sozialversicherungsrecht die in §§ 394, 137 BGB enthaltenen Regelungsmaximen auf, welche die privatrechtliche Verfügungsmacht ausschließen, sofern deren Gebrauch den Berechtigten rechts- und anspruchlos machte.

Das Familienprivileg (§§ 116 Abs. 6 SGB X, 83 VVG), welches den Forderungsübergang für Schuldner ausschließt, welche mit dem Sozialleistungsberechtigten in einer Haushaltsgemeinschaft leben,⁶⁸ und sich auch auf den Direktanspruch erstreckt,⁶⁹ soll verhindern, dass der Forderungsübergang auch dem Geschädigten zum Nachteil gereichte.⁷⁰ Aus demselben Motiv findet bei Bedarfsgemeinschaften kein Forderungsübergang statt, weil dieser dadurch die Subsistenzbasis genommen würde. Denn ein

Übergang tritt nicht ein, falls andernfalls Bedürftigkeit einträte. Schließt das Familienprivileg den Forderungsübergang aus, bleibt der Geschädigte weiterhin aktiv legitimiert.⁷¹ § 119 SGB X ordnet zugunsten der Rentenversicherung – und auf diese beschränkt⁷² – den Übergang hinsichtlich des fiktiven Beitragsschadens an,⁷³ eine kongruente Sozialleistung besteht auch hier.⁷⁴ Die Bestimmung schafft primär die Voraussetzungen dafür, dass der Anspruch auf Ersatz des Beitragsschadens mit den Sicherungs- und Schutzfunktionen der gesetzlichen Rentenversicherung im Einklang steht⁷⁵ – das bedeutet: im Sicherungsfall Alter oder Erwerbsunfähigkeit erhalten bleibt.⁷⁶

VI. Fazit

Der Sozial- mit Privatrecht verknüpfende Rückgriff der Sozialversicherung gegenüber privatrechtlichen Schuldnern bewältigt Konkurrenzlagen zwischen beiden Gebieten durch Sicherung des Vorrangs des Privatrechts gegenüber dem Sozialrecht. Er vollzieht sich in den Formen des Privatrechts, die allerdings in Mangellagen sozialrechtlich überformt werden. Die Konkurrenzlage entsteht aus der beiden Gebieten gemeinsam übertragenen Aufgabe des Ausgleichs

64 BGH, 5. 3. 2002 – VI ZR 442/00 – BGHZ 150, 94; BGH, 25. 6. 1996 – VI ZR 117/95 – BGHZ 133, 129; BGH, 12. 12. 1995 – VI ZR 271/94 – BGHZ 131, 274; BGH, 10. 7. 1967 – III ZR 78/66 – BGHZ 48, 181.

65 BGH, 8. 4. 1997 – VI ZR 112/96 – BGHZ 135, 170.

66 Diering/Timme/Stähler-Breitkreuz, SGB X (Fn. 1), § 116 Rn. 17.

67 BGH, 12. 12. 1995 – VI ZR 271/94 – BGHZ 131, 274; v. Wulffen/Schütze-Bieresborn, SGB X (Fn. 1), § 116 Rn. 29.

68 Welche nach BGH, 5. 2. 2013 – VI ZR 274/12 – BGHZ 196, 122 auch unter nichtehelichen Lebenspartnern bestehen kann.

69 BGH, 28. 11. 2000 – VI ZR 352/99 – BGHZ 146, 108; BGH, 9. 7. 1996 – VI ZR 5/95 – BGHZ 133, 192.

70 Deinert, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht (Fn. 11), S. 236; Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer, SGB I/IV/X (Fn. 13), § 115 SGB X Rn. 14, § 116 SGB X Rn. 39; auch im österreichischen Recht anerkannt: OGH, 4. 6. 1970 – 2 Ob 133/70 – EvBl 1971, 181; OGH, 14. 12. 1967 – 2 Ob 184/67 – JBl 1969, 153.

71 BGH, 17. 10. 2017 – VI ZR 423/16 – BGHZ 216, 149; BGH, 28. 11. 2000 – VI ZR 352/99 – BGHZ 146, 108.

72 SRH-Plagemann (Fn. 17), § 9 Rn. 55.

73 BGH, 15. 4. 1986 – VI ZR 146/85 – BGHZ 97, 330; BGH, 18. 10. 1977 – VI ZR 21/76 – BGHZ 69, 347; BGH, 18. 12. 2007 – VI ZR 278/06 – NJW 2008, 1961; Fuchs, NJW 1988, 2005.

74 Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer, SGB I/IV/X (Fn. 13), § 119 SGB X Rn. 4 ff.; anders v. Wulffen/Schütze-Bieresborn, SGB X (Fn. 1), § 119 Rn. 1a.

75 Deinert, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht (Fn. 11), S. 252, eine unmittelbare Privatrechtsgestaltung.

76 Eichenhofer/Wenner-Eichenhofer, SGB I/IV/X (Fn. 13), § 119 SGB X Rn. 2 ff.

von Personenschäden. Sie ist eigens aufzulösen, weil die sozialrechtliche Leistung den privatrechtlichen Anspruch nicht tilgt und Verrechnungen zwischen beiden Gattungen von Ansprüchen nur im österreichischen, aber nicht im deutschen Recht bestehen. Der im deutschen Recht in § 110 SGB VII normierte und privatrechtlich gedeutete Rückgriff kann im Einklang mit dem österreichischen Recht als gesetzlicher Forderungsübergang verstanden werden.

Kongruenz bedeutet Gleichwertigkeit von Ausgleich in personeller, zeitlicher und sachlicher Hinsicht. Umschließt der Aufwendungsersatz den Ausgleich von Schäden, müsste der gesetzliche Forderungsübergang nach § 116 SGB X und § 332 ASVG auch Aufwendungsersatzansprüche umfassen.

Die Verfügungsmacht der Parteien eines privatrechtlichen Anspruchs umfasst die Rechtsmacht zu dessen Konkretisierung. Im Rahmen einwirkender Anspruchskonkurrenz modifizieren die privatrechtlichen Verfügungen über die Rechtsbeziehungen der Parteien auch die korrespondierenden gesetzlichen Haftungen zwischen diesen. Das Familienprivileg leitet sich aus dem Schutz der Bedarfsgemeinschaft ab. Beschränkungen der Verfügungsmacht über privatrechtliche Ansprüche aus Gründen der Existenzsicherung begrenzen auch den gesetzlichen Forderungsübergang. Der Schutz des Existenzminimums vor auszehrenden Verfügungen verbindet Privatrecht mit Sozialrecht. Dies zeigt, dass beide Gebiete weitaus mehr verbindet als sie trennt.

Noch zeitgemäß?! Eine Nachlese zu BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. (Beamtenstreikrecht)

Dr. Nadine Absenger, Deutscher Gewerkschaftsbund, Berlin/Prof. Dr. Jens M. Schubert, Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Berlin/Leuphana Universität Lüneburg*

Die Rezeption der Entscheidung des BVerfG zum Beamtenstreikrecht¹, im Rahmen derer das BVerfG über die Frage der Verfassungsgemäßheit verwaltungsgerichtlich bestätigter Disziplinarverfügungen gegen verbeamtete Lehrkräfte, die an einem von der Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft (GEW) organisierten Arbeitskampf teilnahmen, zu entscheiden hatte, ist in vollem Gange.² Die Vorgeschichte der Entscheidung des BVerwG³, in der erstmals ein Konflikt zwischen Verfassung und EMRK klar benannt wurde, ist an anderen Stellen umfangreich dargestellt worden.⁴ Beschwerden beim EGMR gegen das BVerfG-Urteil wurden fristgemäß eingereicht.⁵ Soweit der Stand, zu dem die Verfasser – die beide in die Verfassungsbeschwerden involviert waren⁶ – mit dem hiesigen Beitrag ihre Bewertungen beisteuern wollen. Kernthese ist dabei, dass das BVerfG ein altes System verteidigt, das allein auf Begriffen wie Treue und Fürsorge beruht,⁷ es umgekehrt Entwicklungen im Berufsbeamtentum nicht berücksichtigt und die Rolle von Gewerkschaften seltsam diminuiert hat. Einen »schonenden« Ausgleich zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 5 GG im Rahmen praktischer Konkordanz,

* Nadine Absenger ist Abteilungsleiterin Recht beim DGB-Bundesvorstand und Lehrbeauftragte an der Universität Düsseldorf; Jens M. Schubert leitet die Rechtsabteilung in der Bundesverwaltung der ver.di und ist apl. Professor für Arbeitsrecht und Europäisches Recht an der Leuphana Universität Lüneburg, Leuphana Law School.

- 1 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik).
- 2 Begründetheit ab Rn. 111. Rezensionen bei *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19 ff.; *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78 ff.; *Pollin*, ZG 2018, 362 ff.; *Haug*, NJW 2018, 2674 ff.; *Lorse*, ZBR 2018, 325 ff.; *Battis*, ZBR 2018, 289 ff.; *v.Roettken*, ZBR 2018, 292 ff.; *Hebeler*, ZTR 2018, 368 ff.; *Böhm*, ZBR 2019, 73 ff.
- 3 BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117. Krit. *Battis*, ZBR 2014, 201. Diese Kritik wird hinsichtlich der Auslegbarkeit des Art. 33 Abs. 5 GG geteilt, nicht aber hinsichtlich des Auslegungsergebnisses.
- 4 Entscheidungen der Instanzgerichte OVG NRW, 7.3.2012 – 3d A 317/11.0 – ZBR 2012, 170; VG Düsseldorf, 15.12.2010 – 31 K 3904/10.O – AuR 2011, 74; OVG Lüneburg, 12.6.2012 – 20 BD 8/11 – ZBR 2013, 57; VG Kassel, 27.7.2011 – 28 K 1208/10.KS.D – ZTR 2012, 59; *Nußberger*, Referat zum Europarechtlichen Symposium des BAG 2012, abrufbar unter: https://www.bundesarbeitsgericht.de/symposium/rev_nussberger.pdf (28.6.2019), S. 6 ff.; *Böhm*, ZBR 2019, 73; *Klein*, AuR 2018, 130; *ders.*, Das Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen: Am Beispiel der Postnachfolgeunternehmen, Baden-Baden 2017 (zugl. Trier, Univ., Diss. 2017), hierzu *Schubert*, SR 2018, 121 ff.; *Lörcher*, AuR 2011, 303; *ders.*, AuR 2009, 229 ff.; *C.Schubert*, A6R 137 (2012), 92 ff.; *Däubler*, Der Streik im öffentlichen Dienst, Tübingen 1971.
- 5 Die Beschwerden werden ua. von der DGB Rechtsschutz GmbH, Centrum für Revision, geführt. Rechtsschutz gewährt die GEW.
- 6 Beide Autoren waren als Vertreter ihrer Organisationen als Sachverständige vom BVerfG geladen.
- 7 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 120, 123.

wie ihn das BVerfG behauptet⁸, sehen die Autoren nicht, da vom Streikrecht für Beamte, immerhin ein Menschenrecht, aufgrund der BVerfG-Entscheidung letztendlich nichts übrig bleibt.

I. Die Kernaussagen des BVerfG

Die Kernaussagen des Gerichts lassen sich in drei Aussagenkomplexe aufteilen; im Urteil sind sie typischerweise miteinander verwoben.⁹ Sie lauten:

- Der Status als Beamter ist und bleibt das alleinige und maßgebliche Kriterium; die Beamtenstellung kann laut BVerfG mithin für die Frage des Streikrechts nicht in Status und Funktion aufgeteilt werden.¹⁰ Geschickt getarnt ist dies durch ein Verschieben des Wortes »Funktion« hin zur Formulierung »die Funktion des Berufsbeamtentums« – die nicht beeinträchtigt werden dürfe.¹¹
- Gewerkschaften dürfen im Berufsbeamtentum allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen. Alles andere sei mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar.
- Das Gebot der Völkerrechtsfreundlichkeit des deutschen Rechts – eigentlich recht großzügig festgestellt in der Görgülü-Entscheidung¹² – wird einmal grundsätzlich dahingehend eingeeht¹³, dass Entscheidungen des EGMR, bei denen Deutschland nicht Partei ist, in dem jeweiligen nationalen Kontext nur deutlich eingeschränkt berücksichtigt werden müssen.¹⁴ Zudem erfolgt eine Begrenzung konkret bezogen auf die Thematik dadurch, dass die Ausnahmebestimmung des Art. 11 Abs. 2 EMRK weit ausgelegt wird, aber eigentlich läge schon keine Kollision zwischen dem Grundgesetz und der EMRK vor.

II. Rechtstatsächliches

Seit den Entscheidungen *Demir und Baykara* sowie *Enerji Yapi-Yol Sen*¹⁵ und den nachfolgenden Entscheidungen aller Sektionen des EGMR ist das Streikrecht konventionsrechtlich ein Menschenrecht.¹⁶ Dabei ist Art. 11 EMRK kein völkerrechtlicher Solitär wie Art. 6 Nr. 4 ESC oder die einschlägigen ILO-Konventionen (Nr. 87 und 98). Ausnahmen bestehen nur im Bereich streng hoheitlichen Handelns (im Völkerrecht zB. Art. 11 Abs. 2 EMRK).¹⁷

Nach dem Konzept des EGMR ist für die Frage der Gewährung eines Streikrechts mithin zwischen Status und Funktion zu unterscheiden.¹⁸ Der völlige und unterschiedslos für alle Beamten geltende Entzug des Streikrechts – wie es das BVerfG entschieden hat – ist also etwas Besonderes – gelinde gesagt. Und es handelt sich nicht etwa um ein Randproblem im Tatsächlichen. Vielmehr ist von einer Betroffenheit einer hohen Zahl von Beschäftigten auszugehen. Von insgesamt über 4,7 Millionen Beschäftigten im öffentlichen Dienst (30. Juni 2017) sind ca. 1,67 Millionen als Beamte und Richter beschäftigt.¹⁹ Im anerkannt nicht-hoheitlichen Bereich (= Lehrer²⁰ und Beamte in privatisierten Wirtschaftsunternehmen²¹) sind es ca. 626.000 Lehrer²² bzw. ca. 78.000 Personen im Bereich Post, Tele-

8 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 159.

9 Zur üblichen Struktur von Entscheidungen des BVerfG vgl. *Hebeler*, ZTR 2018, 368, 369.

10 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 153 und 161

11 Vgl. *Battis*, ZBR 2018, 289, 291.

12 BVerfG, 14. 10. 2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 (Görgülü).

13 *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23 sprechen von Relativierung.

14 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Leitsatz 3b, Rn. 129 ff.

15 EGMR, 12. 11. 2008 – 34503/97 – NZA 2010, 1425 (Demir und Baykara/Türkei); EGMR, 21. 4. 2009 – 68959/01 – AuR 2009, 274 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) mit Anm. *Lörcher*.

16 *Lörcher*, AuR 2015, 126; *Buchholtz*, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Tübingen 2019 (im Folgenden: Schlachter/Heuschmid/Ulber, Arbeitsvölkerrecht), § 10 Rn. 19.

17 Zu alledem *Schubert*, Arbeitsvölkerrecht, Berlin 2017, S. 162 ff. mit Verweis auf die Spruchpraxis der einschlägigen Ausschüsse sowie Schlachter/Heuschmid/Ulber-*Buchholtz*, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 16), § 10 Rn. 22.

18 Schlachter/Heuschmid/Ulber-*Buchholtz*, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 16), § 10 Rn. 18.

19 DGB (Hrsg.), DGB Personalreport 2018, abrufbar unter: <https://www.dgb.de/++co++b3bdeffe-cca2-11e8-a51b-52540088cada> (28. 6. 2019), S. 5 f. mit Verweis auf Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 14 Reihe 6, 2017, Tab. 2.8.1. Bezogen auf die einzelnen Bundesländer vgl. <https://www.dgb.de/themen/++co++c31896c0-6ca7-11e9-bbc7-52540088cada> (28. 6. 2019)

20 BVerfG, 19. 9. 2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247 (Teilzeitbeamter, Zwangsteilzeit), Rn. 65: »Hinsichtlich der von der angegriffenen Regelung ganz überwiegend betroffenen Berufsgruppe der Lehrer ist die – seit Jahren in großem Umfang praktizierte – Einstellung im Angestelltenverhältnis auch mit den Vorgaben des Art. 33 Abs. 4 GG vereinbar, weil Lehrer in der Regel nicht schwerpunktmäßig hoheitlich geprägte Aufgaben wahrnehmen, die der besonderen Absicherung durch den Beamtenstatus bedürftig«. Hierauf hinweisend *Battis*, ZBR 2018, 289, 292 und *Lorse*, ZBR 2018, 325, 332 f.

21 Vgl. zB. BVerfG, 17. 1. 2012 – 2 BvL 4/09 – BVerfGE 130, 52 (Beamtenbesoldung), Rn. 74: »Das Ziel der Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit der Postnachfolgeunternehmen sollte nach dem Willen des Gesetzgebers auch über eine Flexibilisierung des Dienstrechts der bei diesen Unternehmen weiterbeschäftigten Beamten erreicht werden [...]« und Rn. 73: »Die Einschätzung des Gesetzgebers [...] ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.«

22 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 14 Reihe 6 (Fn. 19), Tab. 4.1.1.

kom, Postbank²³. Hinzu kommen die Beamten bei der Deutschen Bahn und im Nahverkehr (ca. 24.000).²⁴ Man entzieht also diesen um die 700.000 Menschen das Streikrecht – hinsichtlich der privatisierten Staatsunternehmen über viele Jahre noch. Legt man die Überlegungen des EGMR zugrunde und rechnet umgekehrt, zieht also nur diejenigen ab, die streng hoheitlich tätig sind (Art. 11 Abs. 2 EMRK: Streitkräfte, Polizei, und Staatsverwaltung²⁵), ist die Zahl der vom Streikverbot betroffenen verbeamteten Beschäftigten noch höher und übersteigt die Millionenmarke.²⁶

Diese Zahlen belegen noch ein anderes Potential, nämlich das der Schwächung von Arbeitskämpfmaßnahmen durch Streikbrucharbeit mittels des Einsatzes von Beamten, was sich ua. in Streiks bei der Post AG und DB AG bereits gezeigt haben. Die vorgenommene Abwägung des BVerfG zeigt nämlich nicht nur, dass vom Streikrecht für Beamte nichts bleibt, sondern bedeutet auch, dass Beamte in privatisierten Wirtschaftsunternehmen als Reserve zur Schwächung des Art. 9 Abs. 3 GG bei Streiks von Arbeitnehmern mit Arbeitsvertrag noch für Jahre zur Verfügung stehen. Die Zahlen sind daher auch insofern zu sehen. Die Entscheidung des BVerfG aus dem Jahre 1993²⁷ ändert hieran nichts, da darin nur das Fehlen einer gesetzlichen Grundlage für einen Streikbruch moniert wurde und zudem nach h.M. ein »freiwilliger« Streikbrucheinsatz durch Beamte weiterhin möglich ist.²⁸ Im Übrigen bleibt Beamten in der konkreten Situation nur, zu remonstrieren. Die hier besprochene Entscheidung hätte daher sicherlich eine deutlich höhere Akzeptanz erlangt, wenn sie gleichsam ein Verbot der Streikbrucharbeit von Beamten festgelegt hätte. So hat sie allein schon deshalb eine Unwucht, weil dies unterlassen wurde.

III. Bewertungen der Kernaussagen

1. Anknüpfung an den Status

Die Anknüpfung des Streikverbots an den Status hat das BVerfG im Wesentlichen mit einer traditionellen Sichtweise und mit allgemeinen Prinzipien begründet sowie damit, dass eine Unterscheidung zwischen Status und Funktion schwierig wäre. Die Absätze 4 und 5 des Art. 33 GG seien in einem Verbund zu sehen, auch der Fortentwicklungsauftrag aus Art. 33 Abs. 5 S. 2 GG führe zu keinem anderen

Ergebnis.²⁹ So verstanden haben neuere Entwicklungen und Erscheinungsformen im Berufsbeamtentum keine Bedeutung. Man muss laut BVerfG mithin überhaupt nicht hoheitlich tätig sein, um dem Streikverbot zu unterliegen. Dies gilt sogar dann, wenn das BVerfG selbst explizit kein hoheitliches Handeln sieht (Lehrer, Post, Bahn, Postbank³⁰) oder das Grundgesetz dies anlegt, wie Art. 143b Abs. 3 GG zeigt.³¹ Auch das volatile Verfügen des Staates über hoheitliche Aufgaben bzw. Privatisierungen selbst in den sensibelsten Bereichen mit klarer Grundrechtsberührung (Justizvollzugsanstalten) hat keinen Einfluss auf eine verfassungsrechtliche Bewertung.³² Bei Lehrern hat das BVerfG seine Einschätzung zur nicht-hoheitlichen Tätigkeit durch die hier besprochene Entscheidung nicht zurückgenommen, sondern vielmehr eine Zwischenebene eingezogen: die *quasi-hoheitliche Tätigkeit*, national durch Art. 7 GG flankiert³³, völkerrechtlich deshalb, um in den Bereich des Art. 11 Abs. 2 EMRK zu gelangen.

a) Art. 33 Abs. 5 GG und die praktische Konkordanz mit Art. 9 Abs. 3 GG

Verfassungsdogmatisch hängt die Sachfrage an einer Abwägung des Art. 9 Abs. 3 GG (Koalitionsfreiheit im

23 Die Zahlen stammen aus eigenen Erhebungen der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di, die nach ihrer Satzung auch Beamtinnen und Beamte organisiert und vertritt. Die Gesamtzahl dürfte sich allerdings aktuell durch Frührentenprogrammen recht deutlich reduzieren.

24 Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 14 Reihe 6 (Fn. 19), Tab. 3.1.2.

25 Die Zahl kann aus den Daten von DGB (Hrsg.), DGB Personalreport 2018 (Fn. 19), S. 5 f. mit Verweis auf Statistisches Bundesamt (Hrsg.), Fachserie 14 Reihe 6 (Fn. 19), Tab. 2.8.1. herausgerechnet werden.

26 Der EGMR gewährt auch Gemeindebeschäftigten ein Streikrecht, EGMR, 12. 11. 2008 – 34503/97 – NZA 2010, 1425 (Demir und Baykara/Türkei); vgl. auch Schlachter/Heuschmid/Ulber-Buchholtz, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 16), § 10 Rn. 17.

27 BVerfG, 2. 3. 1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103 (Beamteneinsatz bei Streik).

28 Linsenmaier, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), Art. 9 GG Rn. 155; ArbG Bonn, 26. 5. 2015 – 3 Ga 18/15 – DÖD 2015, 241.

29 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 125. Die Aussage des BVerfG positiver interpretierend Battis, ZBR 2018, 289, 290.

30 S. o. Fn. 20, 21.

31 Die Norm lautet in dem Absatz: »Die bei der Deutschen Bundespost tätigen Bundesbeamten werden unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn bei den privaten Unternehmen beschäftigt. Die Unternehmen üben Dienstherrenbefugnisse aus«. Das BAG führt hierzu aus: »Ihres öffentlichen Charakters entkleidet«, BAG, 10. 12. 2002 – 1 ABR 27/01 – AP Nr. 42 zu § 95 BetrVG 1972 = BAGE 104, 187, 203.

32 Vgl. die Schilderungen aus den Bundesländern für das Verfahren.

33 »Ob dies zu überzeugen vermag, ist aber zweifelhaft.« – so zurecht Böhm, ZBR 2019, 73, 76; siehe auch Tietze/Wolff, ZBR 2019, 78, 82.

Verständnis von BVerfG und BAG) mit Art. 33 Abs. 5 GG und den darin enthaltenen hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums. Konkreter: das vorbehaltlos gewährte, notstandsfeste und mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattete Grundrecht der Koalitionsfreiheit (= Art. 9 Abs. 3 GG) auf der einen Seite trifft auf Art. 33 Abs. 5 GG auf der anderen Seite.

Es fällt sogleich auf, dass letztere Norm jedenfalls nach Wortlaut und Ausgestaltung (kein Grundrecht) schwächer erscheint. Dies bedeutet nicht, dass Art. 9 Abs. 3 GG nicht eingeschränkt werden dürfte. Möglich ist dies, aber nur durch mit Verfassungsrang ausgestattete Schranken bzw. Rechte oder Grundrechte Dritter. Um dies für Art. 33 Abs. 5 GG im konkreten Fall annehmen zu können, sah sich das BVerfG in seiner Entscheidung vom 12. Juni 2018 gezwungen, Art. 33 Abs. 5 GG »stark« zu machen, ohne zu fragen, ob es verfassungsrechtlich geboten ist, dass ein Streikverbot existiert (das ist etwas Anderes als die Aussage, ein Streikverbot durch Gesetz wäre nicht per se verfassungswidrig³⁴). Dies geschieht seitens des BVerfG unter Berufung auf frühere Rechtsprechung³⁵ und durch die Einführung eines neuen Begriffspaars: Traditionalität und Substantialität³⁶, womit im Grunde hochsprachlich gesagt wird, dass dies schon immer so war und auch (weiterhin) so sein muss.

Für die Traditionalität verwendet das BVerfG tatsächlich nicht nur den Begriff der Treue, sondern die Formulierung »[...] mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen [...]«. ³⁷ 2015 betonte das BVerfG noch den Wandel vom Fürstendiener zum Staatsdiener sowie einen Vergleich mit der Privatwirtschaft.³⁸ Dies passt zu Meinungen in der Literatur, die von einem Wandel vom Obrigkeits- zum Dienstleistungsstaat sprechen.³⁹ Das Berufsbeamtentum hat sich schlicht verändert. Kommunen reden vom Kunden anstelle des Bürgers. Dieser erkennt gar nicht mehr, ob ihm ein Beamter oder Angestellter bescheidet.⁴⁰ Und von Privatisierungen ist bereits gesprochen worden. Auch dort wirken noch tausende Beamte.

Substantialität wird laut BVerfG ausgefüllt durch das Lebenszeitprinzip, das Alimentationsprinzip und das Prinzip, dass der Beamte ein individuelles Recht hat, eine amtsangemessene Besoldung einklagen zu können – da es aber um Gesetze geht, muss dies in der Praxis letztlich bis zum BVerfG verfolgt werden!

Von einer Substantialität konnte das BVerfG ohnehin nur deshalb sprechen, weil es mittlerweile in mehreren Entscheidungen das Alimentationsprinzip massiv unter-

füttert hat.⁴¹ Gleiches gilt für das Lebenszeitprinzip.⁴² Ohne diese Vor-Flankierungen wäre das Argumentationsgerüst gar nicht tragfähig.⁴³ Denklogisch bedeuten diese doch recht jungen Entscheidungen aber zugleich, dass Art. 33 Abs. 5 GG früher den Art. 9 Abs. 3 GG kaum einschränken konnte. Gab es mithin eine Zwischenphase mit einem Streikrecht für Beamte? Und ist das so zu verstehen, dass ein Menschenrecht wie in einer Wellenbewegung mal besteht und mal nicht, je nachdem wie der Gesetzgeber agiert? Dies scheint nicht ganz ausgegoren zu sein. Aktuell sieht das BVerfG sein Gerüst dagegen als stabil an. Die Logik des BVerfG lautet: Streikverbot und Berufsbeamtentum sind untrennbar miteinander verbunden. Ließe man Streiks von Beamten zu, würde das Berufsbeamtentum zusammenbrechen.⁴⁴ Man ist geneigt zu bitten, die Kirche im Dorf zu lassen.⁴⁵

So verstärkt⁴⁶ stellt sich Art. 33 Abs. 5 GG nun aufgrund der aktuellen BVerfG-Entscheidung gegen Art. 9 Abs. 3 GG. Letzterer steht im Grunde jedoch auch Beamten zu.⁴⁷ Zum Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG gehört

34 Auf diese Unterscheidung zu Recht hinweisend *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78, 79.

35 BVerfG, 30.11.1965 – 2 BvR 54/62 – BVerfGE 19, 303, 322 (Streikbereitschaft, Hauptbahnhof Dortmund); BVerfG, 17.10.1957 – 1 BvL 1/57 – BVerfGE 7, 155, 162 (hauptamtlicher Bürgermeister).

36 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Leitsatz 2a sowie Rn. 147, 149.

37 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 155; § 54 BBG aF.; krit. auch *Battis*, ZBR 2018, 289, 291.

38 BVerfG, 17.11.2015 – 2 BvL 19/09 ua. – BVerfGE 140, 240 (Beamtenbesoldung), Rn. 83, 97 und 101. In BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 118 wird der Wandel nur formelhaft wiederholt, im Ergebnis aber genau anders entschieden, wie auch die Worte »volle Hingabe« zeigen.

39 *Schuppert*, Das beamtenrechtliche Streikverbot auf dem Prüfstand, Gutachten 2014, abrufbar unter: http://www.boeckler.de/pdf/p_mbf_beamtenstreik_schuppert_2014.pdf (27.6.2019), S. 43.

40 Auch *Tietze/Wolff* sehen keinen sofortigen Widerspruch zwischen Tarifvertrag/Streikrecht und Treuepflicht, ZBR 2019, 78, 80.

41 BVerfG, 5.5.2015 – 2 BvL 17/09 ua. – BVerfGE 139, 64 (Richterbesoldung), Rn. 97 ff.; BVerfG, 17.11.2015 – 2 BvL 19/09 ua. – BVerfGE 140, 240 (Beamtenbesoldung), Rn. 93.

42 BVerfG, 24.4.2018 – 2 BvL 10/16 – ZBR 2018, 304.

43 *Battis* spricht davon, dass dem früher zahnlosen Alimentationsprinzip Zähne eingesetzt wurden, ZBR 2018, 289, 290.

44 Ähnlich die Ausführungen des BVerfG beschreibend *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 20.

45 Mit der übertriebenen Sprache des BVerfG setzen sich auch *Tietze/Wolff* auseinander, ZBR 2019, 78.

46 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 152: »Seine Preisgabe würde die in der Bundesrepublik Deutschland bestehende Ordnung des Berufsbeamtentums grundsätzlich in Frage stellen.«

47 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Leitsatz 1, Rn. 113 ff.

ua. das Streikrecht als koalitionsmäßige Betätigung.⁴⁸ Es entspricht im Übrigen einem modernen Verfassungsverständnis, dass sich Beamte in Gewerkschaften organisieren dürfen und diesen dort auch eine Handlungsautonomie zusteht. Insofern legt das BVerfG die beamtenrechtlichen Vorschriften richtigerweise weit aus, was die abstrakte Organisierbarkeit und die Mitgliedschaft angeht. § 52 S. 2 BeamtStG ist daher so zu verstehen, dass Beamte auch, verfassungsrechtlich geschützt, Mitglied einer sonst den Tarifvertrag fordernden Gewerkschaft sein können.⁴⁹ Ferner wird das Streikrecht nicht auf ein eigenes tariflich regelbares Ziel begrenzt. Damit ist das BVerfG nicht in den Zirkelschluss hineingeraten, der lautet: »Da es für Beamte keine Tarifverträge gäbe, Streiks aber nur um Tarifverträge geführt werden dürfen, könne es folglich auch kein Streikrecht geben.« Unabhängig davon, ob diese Logik des Streiks nur zum Erreichen eines Tarifvertrags überhaupt rechtlich zwingend ist⁵⁰, ist sie überholt.⁵¹ Andernfalls hätte Art. 33 Abs. 5 GG bereits den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG begrenzt. Das BVerfG hat dies zurecht anders gesehen.⁵² Ergebnis ist aber gleichzeitig, dass eine Kollision besteht. Und damit enden in der Entscheidung auch schon die Punkte, die die Koalitionsfreiheit achten.

Was noch fehlt, ist die Methode. Stehen sich zwei Verfassungsgüter gegenüber, sind diese im Wege praktischer Konkordanz in Ausgleich zu bringen. Wesentliches Element ist dabei, dass es eine Totalverdrängung einer Verfassungsposition nicht geben kann, schon gar nicht, wenn Grundrecht auf allgemeine Verfassungsnorm trifft.⁵³ Auch eine Reduzierung auf symbolische Akte ist nicht gemeint.⁵⁴ Zwar setzt das BVerfG in seiner Beamtenstreikrecht-Entscheidung auf der Rechtfertigungsebene des Eingriffs in Art. 9 Abs. 3 GG an und gelangt so zu einer Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁵⁵ Durch die Überbetonung der Prinzipien des Berufsbeamtentums gelangt es jedoch dazu, das Streikrecht vollständig entfallen zu lassen, und dies, ohne dass es ein Streikverbot im Grundgesetz gäbe. Das Ergebnis der praktischen Konkordanz auf null für Art. 9 Abs. 3 GG stand eigentlich durch die oben beschriebene Logik von Anfang an fest.⁵⁶ Dabei kennt die Verfassung umgekehrt den Schutz des Arbeitskampfes auch in besonderen Situationen, wie Art. 9 Abs. 3 S. 3 GG zeigt. Die Koalitionsfreiheit ist zudem für alle Berufe gewährleistet und damit nicht lediglich als »light-Version« denkbar.⁵⁷ Einfachgesetzlich existiert ebenfalls kein Streikverbot. Die vom

BVerfG herangezogenen Normen (§§ 33–35 BeamtStG) haben allenfalls tendenzielle Wirkung.⁵⁸ An dieser Stelle findet sich dann in der Entscheidung die alte »Hingabeverpflichtung«, die vorangehend benannt wurde.⁵⁹

Keinen Ausgleich für ein Streikverbot stellen auch die schwachen Beteiligungsrechte nach § 118 BBG und § 53 BeamtStG dar, die vom BVerfG sogar noch so eingeordnet werden, dass sie wegen der hergebrachten Grundsätze und des Demokratieprinzips nicht gestärkt werden dürften.⁶⁰ Man hatte allerdings eine Stärkung erwartet, um der praktischen Konkordanz ein wenig gerecht zu werden.⁶¹ Das BVerfG war im Februar 2014 weiter, das BVerfG zementiert dagegen selbst für die eigene Argumentation unnötig weitgehend das traditionelle Berufsbeamtentum. Beteiligungsrechte der Gewerkschaften zu verbreitern, hätte nichts an der Substanz der Entscheidung geändert.⁶² Aus Sicht der Autoren wiederum wären diese Stärkungen zwingend nötig gewesen, selbst wenn man daran zweifeln könnte, ob sie je ein echtes Äquivalent zum Streikrecht sein könnten. Der Eingriff wäre gleichwohl milder ausgefallen. Der ihrerseits milderen gewerkschaftlichen Forderung »Verhandeln statt verordnen« ist damit gleichsam

48 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 115f.; *Jacobs/Payandeh* verweisen zu Recht darauf, dass nicht nur der Streik, sondern alle Formen des Arbeitskampfes, ohne numerus clausus, geschützt sind, JZ 2019, 19.

49 *V.Roettenken*, ZBR 2018, 292, 293.

50 *Däubler*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 4. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: *Däubler*, *Arbeitskampfrecht*), § 13 Rn. 5.

51 BAG, 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06 – AP Nr. 173 zu Art. 9 GG Arbeitskampf auf Grundlage des Art. 6 Abs. 4 ESC (Unterstützungstreik); EGMR, 8. 4. 2014 – 31045/10 – juris (RMT/Vereinigtes Königreich).

52 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 140; *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19; *Hebeler*, ZTR 2018, 368, 370.

53 *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17. Aufl., Heidelberg 1990, Rn. 317 ff., 325.

54 *Däubler-Hensche*, *Arbeitskampfrecht* (Fn. 50), § 18 Rn. 26.

55 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 139, keine unmittelbare Begrenzung des Schutzbereichs, vgl. auch *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19; *Hebeler*, ZTR 2018, 368, 370.

56 Vgl. auch *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78, 81.

57 Das, was das BVerfG übriglässt, ist aber eine *light-Version*, zu BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 158; wie hier *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 20.

58 *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78, 80.

59 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 155.

60 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 158, 162 und Rn. 175.

61 *Lorse*, ZBR 2018, 325, 331.

62 *Lorse*, ZBR 2018, 325, 331; *Böhm*, ZBR 2019, 73, 75.

eine Absage erteilt worden.⁶³ Dass sich Beamte ja organisieren könnten, ist folglich kein Rest, der einer praktischen Konkordanz genügt. Eine Mitgliedschaft in einem Verein ohne Teilhabemöglichkeit an dem Vereinszweck (Tarifvertrag) und eine Mitgliedschaft ohne Möglichkeit der Beteiligung an einer Durchsetzung der Vereinsziele (Streik) schwächen die Position innerhalb des Vereins, so dass Möglichkeiten der Einflussnahme gegenüber den anderen Vereinsmitgliedern zur Gestaltung von Zielen kaum bestehen.⁶⁴ Ein Ausleben der positiven Koalitionsfreiheit ist nicht durch Teilhabe an Gewerkschaftsabenden erreicht. Im Übrigen sind Gewerkschaften – und eine Beteiligung dieser – Teil der Demokratie und stehen dieser nicht entgegen.⁶⁵

b) Hergebrachte Grundsätze

Das Streikverbot soll laut BVerfG ein hergebrachter Grundsatz sein.⁶⁶ Dies soll sich vor allem historisch ergeben. Seltsamer Weise gibt es das Streikverbot in Österreich nicht, obgleich das Berufsbeamtentum vergleichbare Wurzeln hat. Jedenfalls sind die historischen Verläufe bei einem großen Teil der Beamten vom Staat selbst unterbrochen worden, nämlich durch Privatisierung. Mindestens dort hätte praktische Konkordanz zu einem anderen Ergebnis führen müssen, fallen doch die dortigen Beamtenverhältnisse aus Art. 33 Abs. 5 GG heraus, weil jene staatlicherseits gewollt nicht mehr hoheitlich arbeiten sollen und die Verfassungsnorm gerade, aber auch ausschließlich, staatsorganisationsrechtlich wirkt. Der Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 5 GG ist bei diesen Beamten schlicht nicht (länger) gegeben.⁶⁷

Interessant ist auch, was das BVerfG den hergebrachten Grundsätzen entzieht:

»Für die Beurteilung der Angemessenheit der Alimentation kommt es auf deren Gesamthöhe an, Zu deren Ermittlung neben dem Grundgehalt auch weitere Besoldungsbestandteile wie Sonderzahlungen oder Stellenzulagen heranzuziehen sind, auch wenn diese für sich betrachtet nicht den verfassungsrechtlichen Schutz eines hergebrachten Grundsatzes des Berufsbeamtentums gemäß Art. 33 Abs. 5 GG genießen.« [Hervorhebung durch die Verf.]

Jedenfalls über diese Teile müsste sich also verhandeln und streiken lassen,⁶⁸ und zwar bei allen – nicht nur in privatisierten Einheiten tätigen – Beamten.

Historisch wird man anscheinend nicht alles aufklären können bzw. wird es schlicht bei unterschiedlichen Bewer-

tungen bleiben.⁶⁹ Kodifiziert gab (bis auf neun Tage⁷⁰) und gibt es jedenfalls ein Streikverbot nicht⁷¹, sodass sich das Streikverbot allenfalls auf eine Art negatives Gewohnheitsrecht zurückführen lassen könnte, was das BVerfG mit Staatspraxis⁷² beschreibt. Im Jahre 2018 hätte dieses aber durchaus aufgebrochen werden können, wenn man den Auftrag zur Fortentwicklung ernster genommen hätte.⁷³ Dessen Schwächungen durch geschickte Wortlautinterpretationen (auf was beziehen sich Satzteile?) und den Hinweis auf eine Fortentwicklung, die aber keinen Effekt haben darf (?),⁷⁴ kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine konkrete Norm und ein Normauftrag⁷⁵ hier einfach unberücksichtigt bleiben soll. Man hat sich so auch einer Chance beraubt. Umgekehrt hat man Art. 33 Abs. 5 GG etwas entgegen des Wortlautes zugebilligt. Aus dem schwächeren »berücksichtigen« hat das BVerfG ein »zu beachten« gemacht.⁷⁶ Art. 9 Abs. 3 GG hat eine solche stützende Wortlautauslegung nie nötig gehabt.

63 Vgl. auch das Eckpunktepapier »Neue Wege im öffentlichen Dienst« vom 4. 10. 2004 von BMI, DBB und ver.di.

64 Vgl. Jacobs/Payandeh, JZ 2019, 19, 20.

65 Ähnlich Jacobs/Payandeh, JZ 2019, 19, 21.

66 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 144. Zu den unterschiedlichen Herleitungen Lorse, ZBR 2018, 325, 328.

67 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen (Fn. 4), Abschlussthesen 2, 3 und 8.

68 Siehe auch sogleich unter d) (1).

69 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 144 ff.; vgl. v.Roetteken, ZBR 2018, 292, 293; Däubler, Der Streik im öffentlichen Dienst, 2. Aufl., Tübingen 1971, S. 107.

70 Notverordnung v. 1. 2. 1921, vgl. Kittner, Arbeitskampf, München 2005, S. 445.

71 Im Parlamentarischen Rat gab es keine Einigung, zutreffend Rn. 145.

72 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 147.

73 So wie es der Gesetzgeber wollte, BT-Drs. 16/813, S. 10: »Mit der Ergänzung des Artikels 33 Abs. 5 um die Wörter »und fortzuentwickeln« wird die Notwendigkeit einer Modernisierung und Anpassung des öffentlichen Dienstrechts an sich ändernde Rahmenbedingungen hervorgehoben. So sollen Gesetzgebung und Rechtsprechung die Weiterentwicklung des öffentlichen Dienstrechts erleichtern. Die hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums sind auch weiterhin zu berücksichtigen. Unberührt bleibt die verfassungsrechtliche Garantie des Berufsbeamtentums.« Siehe auch Koch, DVBl 2008, 808.

74 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 119, 125; vgl. auch Domgörgen, in: Hömig/Wolff (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 12. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 33 Rn. 17.

75 Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 15. Aufl., München 2018, Art. 33 Rn. 52; Schuppert, Das beamtenrechtliche Streikverbot auf dem Prüfstand (Fn. 39), S. 53 ff. mwN.; Kersten, Neues Arbeitskampfrecht – über den Verlust institutionellen Verfassungsdenkens, Tübingen 2012, S. 29 f.

76 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), zu Fn. 119.

c) Art. 33 Abs. 4 GG als naheliegende Vorschrift klein gemacht

Die Norm des Art. 33 Abs. 4 GG⁷⁷, die im Grunde einen hoheitlichen Bereich verfassungsrechtlich anlegt, spricht für die Unterscheidung, wie sie völkerrechtlich sichtbar ist – nämlich für die Unterscheidung zwischen statusbezogen und funktionsbezogen.⁷⁸ Für privatisierte Unternehmen muss sie im Übrigen bereits (erst recht) hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs abgelehnt werden.⁷⁹ Die Norm hätte jedenfalls die Möglichkeit eröffnet, im Rahmen der praktischen Konkordanz »abzuschichten«.⁸⁰

d) Alimentation und Streik nur getrennt möglich

Laut BVerfG sind Alimentation und Streikrecht unveröhnbar.⁸¹ Pointierter: Alimentation kauft Streikrecht ab.⁸² In der Entscheidung 2015 wurde Alimentation noch als Schutzkonzept verstanden, als Schutz gegen staatliche Unteralimentation.⁸³ 2018 ist es zum Instrument zur Abwehr von solchen Rechten geworden, die einen vergleichbaren Schutz – wie 2015 anerkannt und gefordert – gewähren würden. Neuer sind die Überlegungen des BVerfG, dass ein Streikrecht für nicht hoheitlich tätige Beamte diese gegenüber »Kernbereichsbeamten« bevorzugen würde.⁸⁴

(1) Wie könnten Alimentation und Streikrecht zusammenpassen?

Ein Grundkonzept des Streikrechts besagt, dass es unverhältnismäßig ist, für etwas zu streiken, was bereits gesetzlich gewährt ist. Die auf einem Gesetz beruhende Mindest-Alimentation wäre also nicht Streikgegenstand. So wie Gewerkschaften bei Unternehmen deren wirtschaftliche Lage bewerten und ggf. bessere Bedingungen dort verhandeln bzw. mit Streik durchsetzen wollen, so würden Gewerkschaften auch bei Körperschaften vorgehen können. Oberhalb von Mindestlohn, Mindesturlaub, Dauer der Entgeltfortzahlung etc. liegen regelmäßig die Gegenstände von Tarifverträgen.⁸⁵ Diese entfalten dann Wirkung aus der gesetzlichen Zuweisung im TVG und dem Günstigkeitsprinzip (gegenüber Gesetzen), dem Prinzip, das das gesamte Arbeitsrecht durchdringt (Arbeitsrecht ist Arbeitnehmerschutzrecht).

Auch im Beamtenrecht wäre dies konzeptionell möglich. Das BVerfG formulierte 2015:⁸⁶

»Jenseits der verfassungsrechtlich gebotenen Mindestalimentation, wie sie sich aufgrund der oben dargestellten Gesamtabwägung ergibt, genießt die Alimentation des Beamten einen relativen Normbestandsschutz. Der Gesetzgeber darf hier Kürzungen oder andere Einschnitte in die Bezüge vornehmen, wenn dies aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist.« [Hervorhebungen durch die Verf.]

Zudem heißt es in dieser Entscheidung:⁸⁷

»Ergibt die Gesamtschau, dass die als unzureichend angegriffene Alimentation grundsätzlich als verfassungswidrige Unteralimentation einzustufen ist, bedarf es der Prüfung, ob dies im Ausnahmefall verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein kann. Der Grundsatz der amtsangemessenen Alimentation ist Teil der mit den hergebrachten Grundsätzen verbundenen institutionellen Garantie des Art. 33 Abs. 5 GG. Soweit er mit anderen verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen oder Instituten kollidiert, ist er – wie dies auch sonst der Fall ist – entsprechend dem Grundsatz der praktischen Konkordanz im Wege der Abwägung zu einem schonenden Ausgleich zu bringen.«

Auch wenn das BVerfG »Mindestalimentation« sicher weitergehend versteht als zB. ein gesetzlicher Mindestlohn für Arbeitnehmer dies anlegt, bleibt doch genügend Ausgestaltungsspielraum, zB. auch um die möglichen Kür-

77 Zur eigentlichen Bedeutung des Art. 33 Abs. 4 GG vgl. *Hebeler*, ZTR 2018, 368, 373.

78 Vgl. *Schlachter/Heuschmid/Ulber-Buchholtz*, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 16), § 10 Rn. 12 ff.

79 *Klein*, Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen (Fn. 4), S. 305 ff.

80 Anders Rn. 161 und *Lorse*, ZBR 2018, 325, 332, aber eher mit Praktikabilitätserwägungen, denn juristisch. Wie hier *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 21. *Böhm* verweist auf bereits vorliegende Vorschläge zu einer Konturierung des hoheitlichen Bereichs, ZBR 2019, 73, 76.

81 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 117 ff. (zu den verfassungsimmanenten Schranken) sowie 151 ff.

82 *Böhm* verwendet das Wort Kompensation für die Argumentation des BVerfG, ZBR 2019, 73, 75.

83 BVerfG, 17. 11. 2015 – 2 BvL 19/09 ua. – BVerfGE 140, 240 (Beamtenbesoldung), Rn. 104.

84 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 158.

85 Aber so altbacken ist Tarifarbeit längst nicht mehr wie Tarifverträge zu mobilen Arbeiten oder zu Digitalisierung und Automatisierung zeigen. Auch auf den öffentlichen Dienst kommen solche Themen (ggf. zeitverzögert) zu.

86 BVerfG, 17. 11. 2015 – 2 BvL 19/09 ua. – BVerfGE 140, 240 (Beamtenbesoldung), Rn. 111.

87 BVerfG, 17. 11. 2015 – 2 BvL 19/09 ua. – BVerfGE 140, 240 (Beamtenbesoldung), Rn. 108.

zungen bei der einen oder anderen Körperschaft milder zu gestalten oder regionale Unterschiede auszugleichen.⁸⁸ Der Alimentationsgrundsatz ist ja anscheinend doch nicht so fest, wie man an Absenkungsmöglichkeiten nach Kasenslage sieht (Haushaltsrecht als Gegenstand praktischer Konkordanz gegenüber dem Alimentationsprinzip!).

Handwerk ist es dabei, entweder das TVG in § 4 Abs. 1 TVG zu ergänzen, analog anzuwenden oder – wenn man eine normative Wirkung nicht will – eine Konstruktion über einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zu Gunsten Dritter zu wählen.⁸⁹

Bei der Beamtenbesoldung geht es also nur um ein Ergänzen, nicht um einen Ersatz. Der Parlamentsgesetzgeber wird nicht verdrängt, das Recht zur eigenen Autonomie der Beschäftigten⁹⁰ – durch ihrerseits demokratisch strukturierte Gewerkschaften – muss nur von den jeweiligen Dienstherren bei den Beschäftigungsbedingungen mitberücksichtigt werden. Wie sonst auch. Jedenfalls gilt die Sperre des Art. 33 Abs. 5 GG als Grundlage des Alimentationsprinzips schon grundsätzlich nicht für Beamte in privatisierten Unternehmen, die die Personalhoheit über jene übertragen bekommen haben (s. o.).⁹¹

(2) Streikrecht als Bevorzugung der »Randbereichsbeamten«?

Das BVerfG lehnt ein Streikrecht für Beamte, wie es der EGMR gewährt, auch deshalb ab, weil es darin eine Bevorzugung für die sog. Randbereichsbeamten sieht.⁹² Auch hierzu sind tiefergehende Überlegungen mühevoller als der einfache vereinheitlichende Weg des BVerfG, sie sind für einen schonenden Ausgleich der beiden Verfassungspositionen aber unerlässlich. Und auch hier bietet sich ein Vergleich mit dem klassischen Arbeitsrecht an. Wird zB. in einem großen Krankenhaus gestreikt, sind üblicherweise recht umfangreiche Notdienste bereitzustellen. Die eingeteilten Personen (Notdienste sind nach dem Konzept des BAG zunächst gemeinsame Angelegenheit von Arbeitgeber und Gewerkschaft⁹³), obgleich Mitglied der zum Streik aufrufenden Gewerkschaft, arbeiten also während der Streikhandlungen, um andere Rechtspositionen im Streik zu schützen. Leib und Leben zu schützen gebietet in diesem Falle der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Aber obwohl die Notdienste leistenden Personen nicht am Streik teilgenommen haben, partizipieren sie am Streikergebnis, und zwar dergestalt, dass auch für sie der Tarifvertrag unmittelbar und zwingend gilt. Dabei ist die Streik-

teilnahme noch nicht einmal konstitutiv für eine normative Wirkung nach §§ 3, 4 TVG.

So etwas ist auch für Beamte vorstellbar und übertragbar. Die sog. Kernbereichsbeamten dürfen nicht mitstreiken. Das Ergebnis des Streiks verwirklicht sich aber auch in ihrem Beschäftigungsverhältnis. Sie könnten zudem in den gewerkschaftlichen Tarifkommissionen an der Entwicklung von Forderungen mit Wirkung *speziell für die Beamten mitarbeiten* und Entscheidungen mit treffen. Das ist dann schon etwas Anderes als nur beratend an Tarifbewegungen ohne direkten Beamtenbezug mitzuwirken. Im Übrigen wäre mit diesem Weg schlicht nicht eine Beschäftigtengruppe ausgeschlossen. Das BVerfG hat im ersten Leitsatz seiner Juni-2018-Entscheidung unterstrichen, dass allen Beamten Art. 9 Abs. 3 GG zur Verfügung steht. Dann muss es auch eine Verwirklichungsebene geben. Selbst wenn also im hoheitlichen Bereich ein Streikrecht nicht gewährt werden kann, so verbleibt aber die Option der Teilhabe an den erstreikten Ergebnissen. Das ist übrigens eher eine Bevorzugung der Kernbereichsbeamten, wenn man sich die nicht zu unterschätzenden Belastungen während einer Arbeitskämpfmaßnahme vor Augen hält. Dabei ist nicht auszuschließen, dass sich ein eigenständiges Arbeitskämpfrecht für Beamte entwickelt. So ist es durchaus denkbar, dass den Randbereichsbeamten zwar Warn-, Erzwingungs- und auch Solidaritätsstreiks zur Verfügung stehen, vielleicht aber nicht unbedingt Flashmob-Aktionen.⁹⁴ Zum seltsam herangezogenen Art. 7 GG bringt das BVerfG ein Zeitmoment ins Spiel (»Bei länger andauernden Arbeitskämpfen [...]«). Ja, auch hierüber hätte man bei einem verhältnismäßig ausgestalteten Beamtenstreik diskutieren können. Aber das sind Unter-ebenen einer Konkordanz-Prüfung, zu denen man gar

88 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen (Fn. 4), S. 181: Alimentation definiert keine Höchstgrenze; vgl. auch Lorse, ZBR 2018, 325, 328.

89 Überlegungen hierzu bei Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen (Fn. 4), S. 209 ff., vgl. auch Tietze/Wolff, ZBR 2019, 78, 80.

90 So schon Sinzheimer, vgl. Kempen, Hugo Sinzheimer, Frankfurt aM. 2017, S. 40, 48 ff.; weiterführend Schubert, in: Kempen/Ulshöfer (Hrsg.), Subsidiarität in Europa, Wiesbaden 2016, S. 59 ff., 63.

91 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen (Fn. 4), Abschlussthese 2, 3 und 8.

92 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 158 aE.

93 BAG, 31. 1. 1995 – 1 AZR 142/94 – AP Nr. 135 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

94 Ähnliche Überlegungen bei Jacobs/Payandeh, JZ 2019, 19, 21.

nicht gelangt, weil sie das BVerfG nicht zulässt. Überhaupt ist das Einfordern jedenfalls eines qualitativen Restes eines Grundrechts keine Rosinenpickerei.⁹⁵

Eines ist zudem feststellbar: Das Streikrecht ist in den Augen des BVerfG anscheinend doch etwas rechtlich Besonderes (was sich eigentlich in der praktischen Konkordanz auswirken müsste). So besonders, dass dessen Zubilligung eine Bevorzugung darstellen würde. Gleichzeitig müsste aber doch diese Bevorzugung wegen der guten Alimentation leerlaufen, denn da die Beamten nach Ansicht des BVerfG schon vollversorgt sind, kann ein Streik auch keine verbesserte Position vermitteln, oder?

e) Praktikabilitätserwägungen

In der mündlichen Verhandlung des der BVerfG-Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalts wurde vorgetragen, dass auch Praktikabilitätserwägungen eine Rolle spielten. Ein Beamter im IT-Bereich dürfte bei einem Cyber-Angriff auf den Staat nicht streiken, selbst wenn er möglicherweise »Randbereichsbeamter« ist. Auf die Unterscheidung Status oder Funktion kommt es aber nicht an. Erneut liegt die Lösung im Arbeitskampfrecht, das viel weiterentwickelt ist als es anscheinend Vertretern des öffentlichen Rechts bekannt ist. Und auch hier geht es um Notdienste.⁹⁶ Ein Streik ist unverhältnismäßig, wenn schwerwiegende andere Rechtspositionen in Gefahr sind. Dies gilt selbst dann, wenn es (nur) um das Eigentum des bestreikten Unternehmens geht (kein Vernichtungs-Arbeitskampf).⁹⁷ Dieser Punkt greift also insgesamt nicht durch.⁹⁸ Ein Changieren der Tätigkeit zwischen hoheitlich und nicht-hoheitlich lässt sich ebenso im Rahmen der ohnehin anzustellenden arbeitskampfrechtlichen Einzelfallprüfung bewältigen.

2. Zwischenergebnis

Jedenfalls für Beamte in privatisierten Unternehmen, die anerkannt nicht hoheitlich handeln, hätte das BVerfG ein Streikrecht anerkennen müssen, sind doch diese aus dem Bereich des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG vom Gesetzgeber selbst herausgeführt worden. One size fits all passt nicht auf Verfassungsgüter.⁹⁹ »Modifikationen« wären dabei vielleicht gar nicht so umfangreich wie vom BVerfG befürchtet.¹⁰⁰ Aber auch in den anderen Fällen, in denen also der streng hoheitliche Bereich nicht berührt ist (aber keine Privatisierung vorliegt), wäre die Zulassung eines Streikrechts, ggf. mit stärkeren Notdienstpflichten, näher

an einem schonenden Ausgleich gewesen als ein umfassendes Streikverbot. Ein Grundrecht mit Praktikabilitätserwägungen leerlaufen zu lassen, entspricht nicht der Überlegung, in einem Kollisionsfalle jedes Verfassungsrecht so weit es geht zur Wirkung zu verhelfen.¹⁰¹ Streikziel sind tarifliche Beschäftigungsbedingungen oberhalb der Mindestalimentation.

3. Gewerkschaften im Berufsbeamtentum

Da nun bereits an einigen Stellen Grundregeln des Arbeitskampfrechts vorgetragen werden mussten¹⁰², soll dies hier noch einmal im Zusammenhang streng bezogen auf die Beamten-situation erläutert werden. Dabei muss auch auf ein Wort eingegangen werden, welches das BVerfG verwendet hat – »Partikularinteressen«.

a) Arbeitskampfrecht

In Deutschland ist das Arbeitskampfrecht, obzwar überwiegend nicht kodifiziert, ausdifferenziert. Für die öffentliche Hand dürften daher eigentlich keine Sorgen darüber bestehen, dass ein Streik das staatliche Handeln gegenüber dem Bürger dauerhaft beeinträchtigt. Die umfangreiche Praxis der Nichtverbeamtung und dem in der Folge bestehenden Streikrecht belegen dies sogleich. Dass der Streik in dieser Konstellation keinen echten ökonomischen Schaden verursachen kann, ändert nichts an der rechtlichen Einordnung, da das Streikrecht weiter reicht und mittlerweile in seiner Konzeption ein echtes Kommunikationsgrundrecht geworden ist.¹⁰³ Es geht daher in dieser Konstellation (wie auch bei den Streiks in kommunalen Kinder-

95 Zu BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 158.

96 Däubler-Hensche, Arbeitskampfrecht (Fn. 50), § 18 Rn. 31 ff.

97 Vgl. Däubler-Däubler, Arbeitskampfrecht (Fn. 50), § 14 Rn. 14.

98 »Schwaches Argument«, *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 21.

99 Zu BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 161.

100 Zu BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 153.

101 Ähnlich *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 20 und 22.

102 Dass es von Seiten des BVerfG selbst Zugangsprobleme zum kollektiven Arbeitsrecht gebe, ist gelegentlich zu lesen, vgl. *Rieble*, NZA 2017, 1157, 1161, der den früheren Vizepräsidenten *Kirchhof* zum Verfahren Tarifeinheitsgesetz zitiert.

103 BVerfG, 22.2.2011 – 1 BvR 699/06, BVerfGE 128, 226 (Frapport-Urteil), Rn. 67; Däubler-Wolter/Schubert/Rödl, Arbeitskampfrecht (Fn. 50), § 16 Rn. 45 f.; *Klein*, AuR 2018, 216, 217.

tagesstätten, in denen die Kommunen während des Streiks Geld sparen) um eine Druckausübung in der Öffentlichkeit und auf den Arbeitgeber zur Wahrung bzw. Verbesserung von Arbeitsbedingungen. Der politische Streik ist in Deutschland verboten¹⁰⁴ – Gefahren für den Parlamentsgesetzgeber bestehen also nicht. Und von Notdiensten und Notstandsarbeiten wurde bereits gesprochen. Das gesamte Arbeitskämpfrecht ist von dem Grundsatz getragen, dass ein Streik ultima ratio ist und nur sein kann. Ohne erste Verhandlung, ohne Beachtung bestehender Regelungen (Friedenspflicht) und ohne Einhaltung des stark angelegten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in Art und Durchführung des Streiks, ist dieser unzulässig.¹⁰⁵ Gleiches würde für Beamte bei Anerkennung eines Streikrechts gelten.

Gewerkschaften tragen mittlerweile, nebenbei erwähnt, ein erhebliches Risiko ökonomisch und hinsichtlich ihrer Wirkung in der Öffentlichkeit. Fehlschläge können für die Gewerkschaft existenzbedrohend sein. Gar nicht beleuchtet wurden seitens des BVerfG in seiner Beamtenstreikrechts-Entscheidung 2018 aber zwei weitere Aspekte:

Erstens: Eine Streikteilnahme steht einer Treuepflicht nicht entgegen. Anders als eine landläufige Meinung zeigt, ist der Streik ein Bekenntnis zum Beschäftigungsverhältnis. An diesem soll gerade festgehalten werden. Verhandelt wird nur über die Bedingungen, nur in dem hier angedachten Rahmen (oberhalb der Mindestalimentation), und da die Beschäftigten strukturell schwächer sind, erhalten sie ein Instrument, um nicht kollektiv betteln zu müssen.¹⁰⁶ An der uneigennütigen Amtsführung, der eigentlichen Tätigkeit (gegenüber dem Bürger und auf Grundlage demokratischer Entscheidungen), ändert sich gar nichts. Uneigennützig hinsichtlich ihrer Beschäftigungsverhältnisse müssen Beamte dagegen nicht sein. Dies zeigt das gerade vom BVerfG betonte Recht, gegen die Alimentationsausgestaltung klagen zu können. Handlungen des Dienstherrn gegenüber dem Beamten haben im Übrigen regelmäßig Außenwirkung und sind Verwaltungsakte.¹⁰⁷ Und volle Hingabe hieß sowieso nur volle Hingabe während der Arbeitszeit.¹⁰⁸ Das BVerfG berücksichtigt diese unterschiedlichen Ebenen anscheinend nicht.¹⁰⁹ Der Streik braucht im Übrigen einen kollektiven Regelungsbezug. Rechtsstreitigkeiten können durch ihn nicht geregelt werden (kein Streik gegen die Entlassung eines Beamten oder auf Gewährung der Mindestalimentation¹¹⁰).¹¹¹

Und Zweitens: Der Streik ist ein Gewährleistungsinstrument für die Daseinsvorsorge. Ohne Tarifverhandlungen mit dem letzten Mittel des Streiks ließen sich zB. Personalbemessungsgrenzen in Krankenhäusern nicht durchsetzen. Diese schützen nicht nur die Beschäftigten vor Überlastungen (Arbeitsschutz), sondern dienen direkt dem Patientenwohl. Bessere Pausenzeiten bei Security-Unternehmen an Flughäfen tragen zur Sicherheit der Passagiere bei. Und ausgeruhte und besser unterstützte Erzieher in Kindertagesstätten können ihrem Erziehungs- und Behütungsauftrag gegenüber den Kindern stärker und intensiver nachkommen.¹¹² Die Beispiele lassen sich mühelos – auch für Beamtenaktivitäten – ergänzen.

b) Partikularinteressen

Mit dem Wort Partikularinteressen in der Diskussion um die Stärkung von gewerkschaftlichen Beteiligungsrechten¹¹³ soll durch das BVerfG wohl auf die Selbstverständlichkeit hingewiesen werden, dass Gewerkschaften aufgrund ihrer Satzungen ihren Mitgliedern verpflichtet sind und dass Tarifverträge originär, dh. normativ, nur für die jeweiligen Mitglieder gelten (§§ 3, 4 TVG). Zudem meint das BVerfG, dass eine Beeinflussung des Gesetzgebers durch Gewerkschaften bei der Besoldungsgesetzgebung im Grunde gegen das Demokratieprinzip stünde. Die Ausübung von Partikularinteressen stellt sich so verstanden als unterbrechender Faktor einer Legitimationskette vom Souverän bis zur letzten Amtshandlung dar. Dahinter steht aber grundsätzlicher, Gewerkschaften abzusprechen, auch für das gesamte Gemeinwesen (mit) zu handeln. Hiernach

104 HM., vgl. nur ErfK-Linsenmaier (Fn. 28), Art. 9 GG Rn. 119.

105 Zu den allgemeinen Streikregeln vgl. Kocher, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskämpfrecht, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2018, Teil 3 Rn. 137 ff.

106 BAG, 10. 6. 1980 – 1 AZR 822/79 – AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf.

107 Battis, BBG, 5. Aufl., München 2017, § 2 Rn. 31.

108 Battis, BBG, 3. Aufl., München 2004, § 54 Rn. 3 zur früheren Rechtslage. Von „vollem persönlichem Einsatz“ spricht heute § 61 Abs. 1 BBG.

109 Zu BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 121 und 155.

110 Zu BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 153. Die dort formulierte Sorge kann daher entkräftet werden.

111 BAG, 7. 6. 1988 – 1 AZR 372/86 – AP Nr. 106 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf; Däubler-Däubler, Arbeitskämpfrecht (Fn. 50), § 13 Rn. 22.

112 Diese Überlegungen stehen auch den Versuchen gegenüber, das Streikrecht im Bereich der Daseinsvorsorge zu schwächen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist im Übrigen ausreichend.

113 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 162.

ist es einfacher möglich, deren Rechtsposition gegenüber »hergebrachten Grundsätzen« verlieren zu lassen. Aber stimmt das alles so?

(1) Gewerkschaften stören den demokratischen Besoldungsgesetzgeber nicht, sondern sind Teil von diesem

Spätestens seit *Hugo Sinzheimer*¹¹⁴ und seit in der Weimarer Reichsverfassung in den Art. 130 S. 2, 159 die Vereinigungsfreiheit allen Berufen, auch Beamten, gewährt wird, ist bekannt, dass eine Gesetzgebungskompetenz nicht nur Parlamenten zugebilligt wird, sondern sich im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auch aus einer durch Verfassung anerkannten Autonomie gesellschaftlicher Akteure ergeben kann.¹¹⁵ Nicht umsonst spricht man von einer »Entlastung« des Parlamentsgesetzgebers durch die Tarifautonomie.¹¹⁶ Sie ist auch nicht lediglich Gesetzgebung zweiter Klasse, sondern eine aufgrund anderer Legitimation, weswegen der Gesetzgeber bis heute immer wieder auf diese zurückgreift, ja zurückgreifen kann (§ 5 TVG, §§ 7, 7a AEntG). Es werden dort also keine eigenen Arbeitsbedingungen festgesetzt, sondern sich auf die Richtigkeit des ausgehandelten Tarifvertrages als etabliertes Instrument verlassen. Dabei wird das Streikrecht vorausgesetzt. Gewerkschaftliches Handeln ist mithin Teil autonomer Lebensgestaltung und sichert so freiheitliche Demokratie.¹¹⁷

(2) Die Widersprüche in der Rechtsprechung des BVerfG

Neben dem Widerspruch, dass Lehrer so wie es gerade passt einer hoheitlichen Tätigkeit zugeordnet werden können oder auch nicht (s. o.) oder nur völkerrechtlich, gibt es einen weiteren vielleicht noch gewichtigeren Widerspruch: Tarifverträge sind nach wie vor die Leitwährung hinsichtlich der Arbeitsbedingungen in Deutschland. Auf diese wird – auch und gerade im öffentlichen Dienst – regelmäßig in den Arbeitsverträgen Bezug genommen, damit alle, auch Nicht-Mitglieder, nach diesem tariflichen System tarifbehandelt werden. Mehr noch: Beamtenrechtliche Entlohnungssysteme hängen sich ebenfalls an diesen an, und zwar zur Ausfüllung des Alimentationsprinzips. Das ist aber das Prinzip, das gerade als Gegenpol zum Streikrecht stehen soll. Hier zeigen sich Bruchkanten in der Rechtsprechung des BVerfG. In der Entscheidung aus November 2015 wird eine Verknüpfung von Alimentation und Tarifvertrag ausdrücklich hergestellt. Wörtlich heißt es dort in den Rn. 78 und 79:¹¹⁸

- »Eine deutliche Differenz zwischen der Besoldungsentwicklung und den Tarifiergebnissen der Angestellten im öffentlichen Dienst in dem jeweils betroffenen Land oder – bei der Bundesbesoldung – auf Bundesebene ist ein wichtiger Parameter für eine evidente Missachtung des Alimentationsgebotes.«
- »Dem Einkommensniveau dieser privatrechtlich beschäftigten Arbeitnehmer kommt eine besondere Bedeutung für die Bestimmung der Wertigkeit des Amtes und damit der Angemessenheit der Besoldung zu, zumal die Tarifabschlüsse im öffentlichen Dienst ein gewichtiges Indiz für die Entwicklung der (sonstigen) allgemeinen wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse sowie des allgemeinen Lebensstandards sind. Zwar ist der Besoldungsgesetzgeber – auch angesichts der grundsätzlichen Unterschiede zwischen der Tarifentlohnung und der Beamtenbesoldung – von Verfassungs wegen nicht verpflichtet, bei Anpassungen der Bezüge eine strikte Parallelität zu den Tarifiergebnissen des öffentlichen Dienstes zu gewährleisten. Andererseits darf er aber auch die Tarifiergebnisse bei der Festsetzung der Beamtenbesoldung nicht in einer über die Unterschiedlichkeit der Entlohnungssysteme hinausgehenden Weise außer Betracht lassen. Wird bei einer Gegenüberstellung der Besoldungsentwicklung mit der Entwicklung der Tarifiergebnisse im öffentlichen Dienst eine Abkoppelung der Bezüge der Amtsträger hinreichend deutlich sichtbar, ist dies mit der von Verfassungs wegen gebotenen Orientierungsfunktion der Tarifiergebnisse für die Besoldungsanpassung unvereinbar.«

Es scheinen also in einem Tarifvertrag doch wohl nicht nur »Partikularinteressen« zu liegen, wenn seine Inhalte das Alimentationsprinzip maßgeblich ausgestalten, *mithin den Besoldungsgesetzgeber binden!* Er muss den Tarifvertrag jedenfalls im Wesentlichen seiner Entscheidung zugrunde legen. Dies gilt übrigens unabhängig davon, ob diese Leitwährung erst durch Streik entstehen konnte. Für

114 *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Berlin 1907/1908; *ders.*, Ein Arbeitstarifgesetz: die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, München/Leipzig 1916. Beide Texte haben bekanntermaßen nachhaltig die Dogmatik zum kollektiven Arbeitsrecht in der Weimarer Republik beeinflusst bzw. eine solche erst möglich gemacht.

115 *Schubert*, in: *Kempfen/Ulshöfer* (Fn. 90), S. 59 ff., 63.

116 *Kempfen*, *Hugo Sinzheimer* (Fn. 90), 70.

117 Vgl. *Schneider*, in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Berlin 1983, S. 293 zum Nebeneinander des parlamentarischen Systems zur verbandsautonomen Rechtssetzung. In dieser Tendenz über das Subsidiaritätsprinzip *kommand Papier*, in: *Kempfen/Ulshöfer* (Fn. 90), S. 23 ff., 35 (Schlussbemerkungen).

118 BVerfG, 17. 11. 2015 – 2 BvL 19/09 ua. – BVerfGE 140, 240 (Beamtenbesoldung).

die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrages ist die Möglichkeit des Streiks sogar Voraussetzung.¹¹⁹

(3) Gewerkschaften tragen den Sozialstaat wesentlich mit
Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass durch das Verhandeln um gerechte Löhne (ggf. auch mittels Streik) die überwiegend beitragsfinanzierte Sozialversicherung gestützt und mit der jeweiligen wirtschaftlichen Situation im Staate synchronisiert wird. Es war dieses System, das maßgeblich die Deutsche Einheit gestemmt hat. Gute Löhne verhindern Altersarmut und gewährleisten starke Binnennachfrage, die ansonsten auf die Gesamtgesellschaft (den Beitrags- und den Steuerzahler) in der Zukunft einbricht. Damit ist gute Tarifarbeit zugleich nachhaltig und gesamtgesellschaftlich bedeutsam.

(4) Zwischenergebnis

Gewerkschaften verfolgen nicht nur Partikularinteressen. Das zeigen die vorgebrachten Erwägungen, aber auch das Selbstverständnis der Gewerkschaften aus deren Satzungen.¹²⁰ Gewerkschaften sind daher kein Fremdkörper innerhalb des Staates mit seinem Berufsbeamtentum, sondern selbstverständlicher Teil von diesem. Umgekehrt kann die Doppelrolle des Staates als Arbeitgeber und als Gesetzgeber der hergebrachten Grundsätze nicht dazu genutzt werden, ein völliges Aushöhlen eines Grundrechts herbeizuführen.¹²¹

Das Streikrecht ergänzt den Alimentationsgesetzgeber, eine Konzeption wie sonst auch. Konkreter: Ein Streik um die Mindestalimentation wäre also unzulässig. Dieses müsste – als Rechtsstreitigkeit – eingeklagt werden.¹²² Am Instrument des Berufsbeamtentums würde sich durch das so verstandene Streikrecht nichts ändern.

4. Völkerrecht

Die seitens des BVerfG durch die Einordnung des Streikverbots in die Grundsätze des Berufsbeamtentums vorgenommene Stärkung des Art. 33 Abs. 5 GG wirkt sich nicht nur in der »praktischen Konkordanz« aus, sondern – so ist zu vermuten – sollte auch vor dem Völkerrecht abschirmen. Ob damit tatsächlich Brücken zum EGMR gebaut werden sollten¹²³, damit dieser die Entscheidung des BVerfG leichter in sein Gefüge einordnen könne oder eine in Richtung BVerfG gehende Entscheidung trifft, kann bezweifelt werden.¹²⁴ Schon eindeutig hat das BVerfG in

der mündlichen Verhandlung angedeutet, wie es bei einer erneuten Befassung mit gegenteiliger Rechtsprechung des EGMR umgehen würde. Nach der *treaty-override*-Rechtsprechung des BVerfG¹²⁵ ist dies damit der zweite Fall, in dem die Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit aufgezeigt werden, und dies obwohl in der 2018-BVerfG-Entscheidung der Hauptanwendungsfall – die Situation mehrpoliger Grundrechte – gar nicht vorliegt und obwohl das BVerfG bezüglich der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes schon einmal weiter war.¹²⁶

Das BVerfG hält mehrere Argumentationsstränge vor, um auch völkerrechtlich das Beamtenstreikverbot halten zu können. Unklar ist, welche von an diesen tragend sein sollen und welche möglicherweise als *obiter dictum* zu werten sind. Ausgeführt hat das BVerfG in völkerrechtlicher Hinsicht zusammengefasst Folgendes:

- Es liegt keine Kollision mit dem Völkerrecht, genauer mit Art. 11 der EMRK, vor.¹²⁷ Dogmatische Grundlage dafür ist die Kontextualisierung. Die bisherigen Urteile des EGMR zum Streikrecht von Beamten binden Deutschland nicht, weil Deutschland nicht Partei der dortigen Verfahren war.¹²⁸
- Selbst wenn eine Kollision mit Art. 11 EMRK vorläge, sei diese gerechtfertigt. Die Differenzierung des EGMR zwischen status- und funktionsbezogenem Streikrecht gilt nicht für Deutschland. Zudem sind Lehrer völkerrechtlich Teil der Staatsverwaltung¹²⁹

119 Auch *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 22 sehen diesen Zusammenhang (mit Verweis auf BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117, 137).

120 ZB. Satzung der ver.di 2018, § 5.

121 Zu dieser Doppelrolle BVerfG, 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09 – BVerfGE 128, 157 (Universitätsklinikum Gießen und Marburg).

122 Damit entfielen auch die Sorge des BVerfG, das Streikrecht würde Klagemöglichkeiten des einzelnen Beamten entfallen lassen, zu BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 153.

123 *Böhm*, ZBR 2019, 73, 77.

124 So dazu auch *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78 f.

125 BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvL 1/12 – BVerfGE 141, 1 (Treaty Override); hierzu *Schubert*, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 17), S. 59.

126 Siehe zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307 (Görgülü) und BVerfG, 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09 ua. – BVerfGE 128, 326 (Sicherheitsverwahrung).

127 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 163.

128 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 132.

129 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 163, 176.

Positiv dem Völkerrecht gegenüber stimmte zunächst die Aussage des BVerfG, dass Art. 1 Abs. 2 GG die Bedeutung der EMRK verdeutliche, wonach sich das deutsche Volk zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt bekennt mit der Folge, dass die Grundrechte als Ausprägung allgemeiner Menschenrechte zu verstehen sind und diese als Mindeststandards aufgenommen haben.¹³⁰ Allerdings heißt es bereits in den Leitsätzen der Entscheidung, dass nur die Parteien des EGMR-Verfahrens gemäß Art. 46 EMRK an die EGMR-Urteile gebunden seien, für alle anderen Unterzeichnerstaaten der EMRK sei die Rechtsprechung des EGMR nur im Rahmen einer bloßen Orientierung an der Rechtsprechung des EGMR zu berücksichtigen und zwar dergestalt, dass die Umstände des Falles lediglich im Sinne einer Kontextualisierung in den Blick zu nehmen sind.

a) Keine Kollision und das neue Kriterium der Kontextualisierung

(1) Das dogmatische Konstrukt

Kontextualisierung bedeutet laut BVerfG, dass Vertragsstaaten, die nicht Parteien eines EGMR-Verfahrens sind, nur insoweit an die Entscheidungen des EGMR gebunden sind, als sie lediglich die Aussagen zu den Grundwertungen der Konvention zu identifizieren und zu berücksichtigen hätten. Im Übrigen sind bei der Berücksichtigung von Grundwertungen und von für andere Vertragsstaaten getroffene EGMR-Entscheidungen die Besonderheiten des jeweiligen Landes, in dem der Rechtsstreit geführt wurde, zu beachten. Die Leit- und Orientierungswirkung an den Entscheidungen des EGMR sei, so das BVerfG, dann besonders hoch, wenn sie sich auf Parallelfälle im Geltungsbereich derselben Rechtsordnung beziehen und weitere Verfahren im Vertragsstaat der Ausgangsentscheidung betroffen sind. Begriffliche Ähnlichkeiten dürften jedoch nicht über Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen hinwegtäuschen. Die Bestimmungen des Grundgesetzes seien zwar völkerrechtsfreundlich auszulegen, eine schematische Parallelisierung bzw. vollständige Harmonisierung der Aussagen des Grundgesetzes mit denen der EMRK sei jedoch nicht verlangt, sondern nur die Berücksichtigung der (Grund-)Wertungen der EMRK und des EGMR.¹³¹

Die Anerkennung der Orientierungs- und Leitfunktion der EMRK setze Vergleichbarkeit der Sachverhalte, aber

auch die Berücksichtigung möglicher spezifischer Besonderheiten der deutschen Rechtsordnung voraus, die einer undifferenzierten Übertragung im Sinne einer bloßen Begriffsparallelisierung entgegenstehen. Grenzen für die völkerrechtsfreundliche Auslegung ergäben sich laut BVerfG, wo ein Aufnehmen der Wertungen der EMRK methodisch nicht vertretbar wäre und aus dem Grundgesetz, die erreicht seien, wenn diese Gesetzesauslegung und Verfassungsinterpretation nicht mehr vertretbar erscheint.¹³² So müsse Deutschland Völkerrecht ausnahmsweise nicht beachten, wenn die Berücksichtigung der EGMR-Entscheidung gegen entgegenstehendes Gesetzesrecht oder deutsche Verfassungsbestimmungen verstößt und damit ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung nur durch Nichtbeachtung der EGMR-Entscheidung vermieden werden kann.¹³³ Zudem sei die EGMR-Rechtsprechung möglichst schonend in das vorhandene, dogmatisch ausdifferenzierte nationale System einzupassen, so das BVerfG. Orientierung und Leitfunktion bedeutet laut BVerfG, dass nicht mehr die unmittelbaren Aussagen des EGMR, sondern nur noch die Grundwertungen der EMRK gelten. Konventionswidrigkeit sei danach schon dann nicht gegeben, wenn den bloßen Wertungen der EMRK Rechnung getragen wird.¹³⁴

Das aus Art. 33 Abs. 5 GG resultierende Streikverbot steht laut BVerfG mit konventionsrechtlichen Wertungen und Regelungen im Einklang. Bezug nehmend auf die EGMR-Entscheidung *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* habe der EGMR zwar die verallgemeinerungsfähige Auslegungsmaxime formuliert, dass der Streik für Gewerkschaften die Möglichkeit biete, sich Gehör zu verschaffen und ihre Rechte durchzusetzen, die gewerkschaftliche Repräsentation von Beamten werde jedoch in Deutschland durch die Möglichkeit der Beteiligung der Spitzenorganisationen der Gewerkschaften bei der Vorbereitung allgemeiner Regelungen der Beamtenrechtsverhältnisse gewährleistet. Diese Beteiligungsmöglichkeiten ermöglichten den Gewerkschaften

130 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 130 sowie die Präambel des deutschen Grundgesetzes.

131 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 126.

132 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 126, 133.

133 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 133.

134 Lörcher, Manuskript für Aufsatz zum Thema: BVerfG: Beamtenstreikrecht widerspricht nicht der EMRK? – Anm. zu BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12, im Erscheinen in AuR 9/2019; ders., HSI-Newsletter 1/2019.

eine ausreichende Kompensation für ein Streikverbot, mit der ihre Stimme gehört werden könnte.¹³⁵

(2) Fehlinterpretation des Art. 46 EMRK

Letztendlich hat das BVerfG mit dieser Vorgehensweise Art. 46 EMRK fehlinterpretiert, der, anders als vom BVerfG vollzogen, im Verbund mit Art. 1 EMRK und der Präambel der EMRK interpretiert werden muss. Bloße Kontextualisierung, wie sie das BVerfG seiner Entscheidung vom 12. Juni 2018 zu Grunde gelegt hat, steht zum einen im Widerspruch zur Präambel der EMRK, nach der die EMRK bezweckt, die universelle und wirksame Anerkennung und Einhaltung der in ihr aufgeführten Rechte zu gewährleisten, die am besten durch ein gemeinsames Verständnis und eine gemeinsame Achtung der diesen Grundfreiheiten zugrundeliegenden Menschenrechte gesichert wird. Konventionskonformität setzt weitgehende Harmonisierung voraus. Der seitens des BVerfG gewählte Grundsatz der Kontextualisierung und Orientierungsfunktion der EMRK wird dem nicht gerecht und darf für nicht unmittelbar am Verfahren beteiligte Staaten nicht zum Leerlaufen der Garantien der EMRK führen. Zwar verpflichtet Art. 46 EMRK nur den unmittelbar am EGMR-Verfahren beteiligten Staat, das Urteil zu befolgen. Jedoch haben sich auch alle anderen Mitgliedstaaten der EMRK zur Gewährung der in der EMRK garantierten Rechte verpflichtet; das ergibt sich bereits aus Art. 1 der EMRK.¹³⁶ In der Rechtsprechung des EGMR spiegelt sich der aktuelle Entwicklungsstand der EMRK und deren einzuhaltende Schutzstandards wider,¹³⁷ so dass die Bedeutung der EMRK sich für nicht unmittelbar am Verfahren beteiligte Staaten nicht ausschließlich in einer Orientierungsfunktion mit grundlegenden Abweichmöglichkeiten erschöpfen kann. Eine Differenzierung zwischen der Konvention als solcher und der EGMR-Rechtsprechung ist nicht möglich.¹³⁸ Der EGMR betont von Beginn an, dass die EMRK als Menschenrechtsinstrument so auszulegen und anzuwenden ist, dass ihre Rechte »praktisch und wirksam« garantiert und »nicht theoretisch und illusorisch« bleiben.¹³⁹ Laut EGMR ist die EMRK ein »in die Zeit gestelltes« »living instrument« zum effektiven Schutz der Menschenrechte.¹⁴⁰ Um einem »living instrument« gerecht zu werden, muss die EMRK durch sog. »dynamisch-evolutive« Auslegung als spezielle Form der teleologischen Auslegung stets im Lichte sich wandelnder Rahmenbedingungen und Rechtsüberzeugungen interpretiert

werden.¹⁴¹ Das BVerfG ist daher nicht befugt, mit der Begründung einer lediglich erforderlichen Orientierung und der nur notwendigen Berücksichtigung von Grundwertungen grundlegende Standards der EMRK zu unterlaufen und dadurch mangels zeitgemäßer Interpretation Beamten unabhängig von ihrer Tätigkeit insgesamt das Streikrecht versagen.

Die Reduzierung des Völkerrechts auf bloße Kontextualisierung für nicht unmittelbar am Verfahren beteiligte Vertragsstaaten führt dazu, dass das BVerfG seine Entscheidung darauf stützt, dass die in Sachen Beamtenstreikrecht bereits ergangenen EGMR-Urteile »vor dem Hintergrund des jeweils maßgeblichen Rechtssystems getroffen wurden und dass begriffliche Ähnlichkeiten nicht über Unterschiede, die sich aus dem Kontext der Rechtsordnung ergeben, hinwegtäuschen können.«¹⁴² Eine solche Interpretation der sich aus der EMRK und EGMR-Urteilen ergebenden Verpflichtungen öffnet Tür und Tor, um die Bedeutung von EGMR-Urteilen insgesamt zu marginalisieren und Wertungen der EMRK, denn diese legt der EGMR aus, leer laufen zu lassen.

Die seitens des BVerfG vorgenommene Neuinterpretation der Bedeutung der EMRK für das deutsche Grundgesetz und die damit verbundene deutliche Abschwächung der Bedeutung der EMRK¹⁴³ für das deutsche Recht führen letztendlich dazu, dass das BVerfG zu dem Ergebnis kommt, dass es bereits an einer aufzulösenden Kollisionslage fehle. Unter Berücksichtigung wesentlicher Grundwertungen der

135 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 175.

136 So auch *Brunozzi*, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v.Raumer (Hrsg.), EMRK, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2017 (im Folgenden: Meyer-Ladewig/Nettesheim/v.Raumer, EMRK), § 46 Rn. 13 ff.; *Lorse*, ZBR 2018, 325, 326, 329.

137 Meyer-Ladewig/Nettesheim/v.Raumer-Brunozzi, EMRK (Fn. 136), § 46 Rn. 13 ff.

138 Meyer-Ladewig/Nettesheim/v.Raumer-Brunozzi, EMRK (Fn. 136), § 46 Rn. 13 ff.

139 Schlachter/Heuschmid/Ulber-Buchholtz, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 16), § 10 Rn. 5 mit Verweis auf EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 – NZA 2010, 1425 (Demir und Baykara/Türkei).

140 Ebd.

141 Ebd.

142 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 173; *Lörcher*, im Erscheinen AuR 9/2019 (Fn. 134).

143 So auch *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78, 79; *Lorse*, ZBR 2018, 325, 333; *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23. Im Übrigen wenn die EMRK, wie einhellig anerkannt, in Deutschland Bundesrecht ist, gilt auch im Hinblick auf ihre Bedeutung der Grundsatz einheitlicher Anwendung von Bundesrecht, so dass nicht automatisch stets Völkerrecht zurücktreten muss, sondern auch durchaus anderes Bundesrecht zurücktreten kann. Zum Status quo des Menschenrechtsschutzes siehe auch *Nußberger*, JZ 2018, 845 ff.

EGMR-Entscheidungen der letzten Jahre zum Streikrecht lasse sich eine Kollisionslage zwischen deutschem Recht und der EMRK laut BVerfG nicht feststellen. Jedoch hat das BVerfG nicht einmal die Grundwertungen der EMRK berücksichtigt, da danach ein völliges Abschreiben des Streikrechts für alle Beamten nicht möglich sein kann.¹⁴⁴

(3) Unzureichender Vergleich mit Unterstützungsstreik

Auch die Ausführungen des BVerfG, es handle sich bei den Arbeitsniederlegungen der Beschwerdeführer nicht um das Einsetzen für eigene Arbeitsbedingungen, sondern allenfalls um eine mit einem Solidaritäts- bzw. Unterstützungsstreik vergleichbare Situation, sind kritisch zu sehen. Für den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG hatte das BVerfG deutlich gemacht, dass eine eigene Tarifbezogenheit des Streiks nicht erforderlich ist und nach Aufgabe der Kernbereichslehre später auch einen Unterstützungsstreik als gleichwertiges Arbeitskämpfungsmittel vom Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG erfasst angesehen. Anders als es die Verfasser meinen, sieht das BVerfG wegen Art. 33 Abs. 5 GG keinen Raum für tarifliche Regelungen oberhalb der Mindestalimentation und damit für ein entsprechend fokussiertes Streikrecht. Es bleiben für das BVerfG daher nur noch die Situation eines Unterstützungsstreiks oder vergleichbare Aktionen übrig. Und diese würden vom EGMR sogar selbst schon anders bewertet werden. Der EGMR vertrete insoweit, dass solche Maßnahmen nicht den Kernbereich der Vereinigungsfreiheit betreffen, sondern lediglich einen Nebenaspekt und daher dem betroffenen Staat bei Einschränkungen ein weiterer Beurteilungsspielraum zustünde.¹⁴⁵

Das Urteil des BVerfG stützt sich für die zu klärende Frage des Vorliegens einer Kollision mit Art. 11 EMRK auf ein Sondervotum des EGMR-Verfahrens *Demir und Baykara* vom 21. April 2009, das den Mitgliedstaaten der EMRK bei der Beurteilung der Frage der Gewährung eines Streikrechts für Beamte eine gewisse Wahlfreiheit und Flexibilität einräumt.¹⁴⁶ Jedoch versäumt es das BVerfG in diesem Kontext, sich deutlich mehr mit den nicht das Sondervotum betreffenden Argumentationen der *Demir und Baykara*-Entscheidung (der Mehrheitsmeinung) auseinander zu setzen. Darüber hinaus werden seitens des BVerfG unvollständig Auszüge aus der *Enerji Yapi-Yol Sen*-Entscheidung zitiert, wonach der Streik nur eine Möglichkeit der Gewerkschaften darstelle, sich Gehör zu verschaffen und dadurch ihre Interessen zu schützen. Unerwähnt blei-

ben indes jene wichtigen Aussagen des EGMR in der genannten *Enerji Yapi-Yol Sen*-Entscheidung, wo unter Bezugnahme auf das Recht der ILO und der ESC¹⁴⁷ der EGMR klar und deutlich Folgendes formuliert: »Wenn das Verbot des Streikrechts auch bestimmte Beamtenkategorien erfassen kann [...], kann es sich jedoch auf nicht auf Beamte im Allgemeinen erstrecken. Daher müssen die gesetzlichen Einschränkungen des Streikrechts ebenso klar und eng wie möglich die Kategorien der betroffenen Beamten festlegen.«¹⁴⁸ Das BVerfG greift auf das *RMT*-Urteil des EGMR¹⁴⁹ zurück, verkennt dabei jedoch, dass in dem der BVerfG-Entscheidung vom 12. Juni 2018 zugrunde liegenden Fall über die Situation des Unterstützungsstreiks hinaus durchaus auch eigene Interessen verfolgt wurden, da es gerade auch um die Verbesserung der eigenen Arbeitsbedingungen ging, denn die Beschwerdeführer bezweckten mit der Streikmaßnahme die Übertragung der in den Tarifverhandlungen für Angestellte im öffentlichen Dienst erzielten Ergebnisse auf Beamte und Beamtinnen.¹⁵⁰ Damit hätte das BVerfG für die Frage der Rechtfertigung auf die Ausführungen des EGMR zur Bedeutung des Streikrechts in Fällen wie *Enerji Yapi-Yol Sen* zurückgreifen müssen, wo es heißt, dass das Streikrecht für die Gewerkschaftsmitglieder zum Schutz ihrer Interessen wichtig und damit ein Kernanliegen ist.¹⁵¹ Das Streikrecht dient gerade nicht dazu, sich nur Gehör zu verschaffen, wie es das BVerfG schreibt, sondern es ist ein wichtiges Mittel für den Schutz und die Durchsetzung der Interessen der Gewerkschaftsmitglieder.¹⁵² In der *HLS*-Entscheidung bezeichnete der EGMR das Streikrecht sogar als stärkstes Instrument der Gewerkschaft zum Schutz der beschäftigtenbezogenen Interessen ihrer Mitglieder.¹⁵³ Das Streikrecht ist laut

144 So auch *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23.

145 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 18; krit. dazu auch *Lörcher*, im Erscheinen AuR 9/2019 (Fn. 134).

146 Siehe *Battis*, ZBR 2018, 289, 291; *Lorse*, ZBR 2018, 325, 332; *Jacobs/Payandeh*, JZ 2019, 19, 23.

147 Schlachter/Heuschmid/Ulber-Buchholtz, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 16), § 10 Rn. 6.

148 Siehe *Lörcher*, im Erscheinen AuR 9/2019 (Fn. 134).

149 EGMR, 8. 4. 2014 – 31045/10 – juris (RMT/Vereinigtes Königreich).

150 So auch *Lörcher*, im Erscheinen AuR 9/2019 (Fn. 134); *Klein*, AuR 2018, 479, 480.

151 So auch *Klein*, AuR 2018, 479, 480.

152 So auch *Klein*, AuR 2018, 479, 482.

153 EGMR, 27. 11. 2014 – 36701/09 – AuR 2015, 146 (Hrvatski liječnički sindikat/Kroatien), zitiert in *Klein*, AuR 2018, 479, 482.

EGMR konstitutives Element des Art. 11 EMRK; der Streik sei unerlässlich zum Schutz und zur Interessenwahrnehmung der Gewerkschaftsmitglieder.¹⁵⁴ Deshalb ist vorliegend der Kernbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK betroffen. Ein weiterer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Möglichkeiten der Einschränkung des Streikrechts besteht daher gerade nicht.¹⁵⁵ Die Möglichkeit der Beteiligung der Spitzenorganisationen der Gewerkschaften an der Vorbereitung gesetzlicher Regelungen der Beamtenverhältnisse stellt nach Sicht der Verfasser und vieler anderer gerade keine ausreichende Einflussmöglichkeit der Beamten auf die Gestaltung ihrer Beschäftigungsbedingungen dar; sie können ein statusbezogenes, umfassendes Streikverbot der Beamten nicht rechtfertigen, betont doch das BVerfG in seiner Streikrechtsentscheidung im Juni 2018 selbst, dass letztendlich trotz dieser prozessualen Mitwirkungspflicht und Beteiligungsmöglichkeit der Dienstherr selbst das letzte Wort habe.¹⁵⁶ Ein bloßes Anhörungsrecht kann ein Streikrecht auch völkerrechtlich nicht kompensieren.¹⁵⁷ Laut EGMR kann der Zweck des Streikrechts zudem auch dann erreicht werden, wenn im Dienstrecht keine Möglichkeit zum Abschluss von Kollektivverträgen besteht.¹⁵⁸ Der EGMR versteht die Vereinigungsfreiheit iSd. Art. 11 EMRK und Streikmaßnahmen in diesem Kontext nicht so eng wie das BVerfG. Es besteht laut EGMR insoweit im Hinblick auf Art. 11 Abs. 1 EMRK kein Funktionszusammenhang zwischen der Möglichkeit, einen Tarifvertrag abzuschließen und der Ausübung und Gewährleistung des Streikrechts.¹⁵⁹ Gleiches gilt für Art. 6 Nr. 4 ESC.¹⁶⁰

b) Die weite Auslegung des Art. 11 Abs. 2 EMRK

Selbst wenn eine Kollision mit Art. 11 Abs. 1 EMRK vorläge, würden die Besonderheiten des deutschen Systems des Berufsbeamtentums gemäß § 11 Abs. 2 EMRK die Einschränkung des Streikrechts für Beamte bzw. das entsprechende Streikverbot rechtfertigen, so das BVerfG in seiner Entscheidung vom 12. Juni 2018.¹⁶¹

(1) Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK

Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK ermöglicht Einschränkungen der Rechte des Art. 11 Abs. 1 EMRK. Einschränkungen des Streikrechts setzen insoweit voraus, dass sie gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind unter anderem für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer.

So verwundert die Argumentation des BVerfG auch bei diesem Punkt, da Art. 11 Abs. 2 EMRK für die Rechtfertigung eines Streikverbots als erste Voraussetzung bereits die Existenz einer gesetzlichen Regelung voraussetzt, aus der sich die Einschränkung des Streikrechts ergeben muss. Daran fehlt es jedoch in Deutschland; auch das BVerfG selbst hebt in seiner Juni-2018-Entscheidung ausdrücklich hervor, dass das Grundgesetz kein ausdrückliches Streikverbot für Beamte enthält.¹⁶² Hatte das BVerfG in anderen Entscheidungen wie bei der Frage des Einsatzes von Beamten als Streikbrecher auf bestreikten Arbeitsplätzen und bei Fragen des Kopftuchverbots von Lehrkräften in Schule und Unterricht noch entschieden, dass es insoweit einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedürfe und die allgemeinen beamtenrechtlichen Vorschriften dafür gerade nicht ausreichen,¹⁶³ lässt es in der hiesigen Streikrechtsentscheidung nun Regelungen zum Fernbleiben vom Dienst, die Pflicht zur uneigennütigen Amtsausübung zum Wohl der Allgemeinheit und die Weisungsgebundenheit, die eine Abwägung zwischen Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 33 Abs. 5 GG nicht erkennen lassen, als gesetzliche Grundlage genügen.¹⁶⁴ Laut EGMR müssen Vorschriften, die Einschränkungen des Streikrechts betreffen, die erfassten Gruppen so eindeutig und begrenzt wie möglich bestimmen.¹⁶⁵

Das BVerfG vertritt zudem die Auffassung, ein Streikverbot für Beamte sei zur Aufrechterhaltung der Ordnung unerlässlich. Die Gewährleistung einer funktionsfähigen öffentlichen Verwaltung bzw. konkret die im vom BVerfG

154 Schlachter/Heuschmid/Ulber-Buchholtz, Arbeitsvölkerrecht (Fn. 16), § 10 Rn. 17; siehe auch *v.Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

155 So auch *Klein*, AuR 2018, 479, 483.

156 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 162.

157 So für diesen Punkt auch *Hebeler*, ZTR 2018, 368, 372; so auch *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78, 81 f.; *Lörcher*, PersR 1991, 155; *v.Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

158 So *v.Roettecken*, ZBR 2018, 292, 300.

159 Ebd.

160 Ebd.

161 BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 176.

162 Siehe dazu auch *v.Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

163 BVerfG, 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103 (Beamteneinsatz bei Streik) und BVerfG, 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282 (Kopftuch für Lehrerin); krit. dazu auch *Klein*, AuR 2018, 479, 481; *v. Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

164 Siehe *Klein*, AuR 2018, 479, 481.

165 Auch aufgegriffen von BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

zu entscheidenden Fall betroffene Gewährleistung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags sowie eines funktionierenden Schulwesens (Art. 7 Abs. 1 GG) diene der Aufrechterhaltung der Ordnung iSd. Art. 11 Abs. 2 EMRK.¹⁶⁶ Auch sei das für die Rechtfertigung eines Eingriffs nach Art. 11 Abs. 2 EMRK erforderliche dringende soziale bzw. gesellschaftliche Schutzbedürfnis gegeben. Ausführungen in der mündlichen Verhandlung ergaben jedoch, dass die öffentliche Ordnung durchaus auch ohne Streikverbot aufrechterhalten werden kann, zumal eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung nicht ohne weiteres durch bloßen Ausfall von Unterrichtsstunden angenommen werden kann.¹⁶⁷ Damit setzt sich das BVerfG in seiner Entscheidung nicht auseinander. Hinzu kommt, dass nicht-verbeamtete Lehrer in Deutschland streiken dürfen, die ebenso wie verbeamtete Lehrer die Gewährleistung des staatlichen Bildungs- und Erziehungsauftrags sowie ein funktionierendes Schulwesen sicher zu stellen haben. Der EGMR verlangt für die Notwendigkeit einer Einschränkung der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁶⁸ Die Koalitionsfreiheit dürfe nicht in ihrem Wesensgehalt angetastet werden; ihre Einschränkung müsse durch ein dringendes gesellschaftliches Bedürfnis gerechtfertigt sein. Hierfür obliege den Konventionsstaaten die Darlegungspflicht.¹⁶⁹ Der EGMR räumt den Konventionsstaaten insoweit gerade nur einen geringen Spielraum für die Annahme eines dringenden Bedürfnisses iSv. Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK ein.¹⁷⁰

Mit derselben Argumentation wie zum Streikverbot nach deutschem Verfassungsrecht wird das Streikrecht der Beamten in Deutschland auch völkerrechtlich vom BVerfG negiert. Die Situation der Beschwerdeführer sei mit einem Unterstützungstreik vergleichbar, der ohnehin nicht zum Kernbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK gehöre, weshalb für die Frage des Ja oder Nein eines Streikrechts für Deutschland insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum auf Rechtfertigungsebene bestünde. Dies geht jedoch mit den obigen Begründungen auch hier fehl.

Ebenso trägt der Versuch des BVerfG, das Verbot des Streikrechts mit den »Besonderheiten des deutschen Systems des Berufsbeamtentums«¹⁷¹ zu rechtfertigen, nicht. Die Zuerkennung eines Beamtenstreikrechts sei unvereinbar mit grundlegenden Prinzipien des deutschen Rechts und deshalb aufgrund nationaler Besonderheiten nötig, so das BVerfG – geschickt getarnt durch ein Verschieben des Wortes »Funktion« auf die Formulierung »die Funktion

des Berufsbeamtentums«, die nicht beeinträchtigt werden dürfe.¹⁷² Hiermit stellt das BVerfG die Konvention als solche und die Verbindlichkeit der EGMR-Entscheidungen in Frage, denn würden nationale Besonderheiten Ausnahmen und Abweichungen von der Konvention rechtfertigen, wäre dies ein Freibrief für alle, zumal der EGMR nationale Besonderheiten nie als »in einer demokratischen Gesellschaft notwendig« anerkannt hat.¹⁷³

(2) Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK

Letztendlich greift das BVerfG für die Rechtfertigung des Streikverbots die durch Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK gewährten Möglichkeiten der Einschränkungen des Streikrechts auf, wonach Art. 11 EMRK rechtmäßige Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegenstehen. Das BVerfG kommt in seiner Entscheidung vom 12. Juni 2018 zu dem Ergebnis, dass für die Frage der Anerkennung eines Streikrechts im Hinblick auf Deutschland die Unterscheidung zwischen einem statusbezogenen Streikverbot und einem funktionsbezogenen Streikverbot nicht in Betracht käme, da ein solches Beamtenverständnis das deutsche System des Berufsbeamtentums grundlegend umgestalten würde.¹⁷⁴ Obwohl dies für die Entscheidung aufgrund der undifferenzierten Ablehnung des Streikrechts für Beamte insgesamt gar nicht mehr nötig gewesen wäre, folgen im Weiteren im völkerrechtlichen Teil Feststellungen zur Frage, ob Lehrer zum Bereich der durch hoheitliche Tätigkeiten gekennzeichneten Staatsverwaltung iSd. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK gehören. Auch hier verwundert die Entscheidung des BVerfG insoweit, als verbeamtete Lehrer völkerrechtlich – mit der Begründung des aber letztendlich für alle Beschäftigten geltenden Inte-

166 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 178.

167 Klein, AuR 2018, 479, 483; krit. dazu auch Tietze/Wolff, ZBR 2019, 78, 82.

168 EGMR, 12. 11. 2008 – 34503/97 – NZA 2010, 1425 (Demir und Baykara/Türkei).

169 BVerwG, 27. 2. 2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

170 Nußberger, RdA 2012, 270, 272; BVerwG, 27. 2. 2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

171 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 179.

172 Vgl. auch Battis, ZBR 2018, 289, 291.

173 Lörcher, im Erscheinen AuR 9/2019 (Fn. 134).

174 BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 153.

resses des Staates an der Aufgabenerfüllung – der hoheitlichen Staatsverwaltung zugeordnet werden. Im Hinblick auf Art. 33 Abs. 4 GG hatte das BVerfG, wie erwähnt, wiederholt entschieden, dass Lehrer schwerpunktmäßig gerade nicht hoheitlich tätig sind; öffentliche Schulen gehörten nicht zu denjenigen Bereichen der öffentlichen Verwaltung, in denen schwerpunktmäßig hoheitsrechtliche Befugnisse ausgeübt werden.¹⁷⁵ Diese Interpretation soll wohl offensichtlich zumindest für den Bereich des Völkerrechts laut BVerfG nicht gelten.¹⁷⁶

Dem steht zudem grundlegende EGMR-Rechtsprechung entgegen: So hat der EGMR in seinem Urteil vom 21. April 2009 zu Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK entschieden, es könne mit der Koalitionsfreiheit vereinbar sein, Streiks von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu verbieten, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausübten.¹⁷⁷ Ein Streikverbot könne zwar für bestimmte Gruppen von Angehörigen des öffentlichen Dienstes, nicht aber für den öffentlichen Dienst insgesamt oder für Angestellte staatlicher Wirtschafts- und Industrieunternehmen ausgesprochen werden. Vorschriften über das Streikrecht müssten die erfassten Gruppen so eindeutig und begrenzt wie möglich bestimmen, so der EGMR in dieser Entscheidung.¹⁷⁸ Der EGMR betonte in Anlehnung an den Wortlaut des Art. 11 Abs. 2 EMRK bisher stets, dass der Begriff der Staatsverwaltung unter Berücksichtigung des von den Bediensteten bekleideten Amtes eng auszulegen sei.¹⁷⁹ Der EGMR versteht den Begriff »Angehörige der Staatsverwaltung« iSv. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK nicht statusbezogen, sondern funktional (aufgabenbezogen): Das Streikrecht kann für diejenigen Staatsbediensteten ausgeschlossen werden, die an der Ausübung von Hoheitsgewalt im Namen des Staates beteiligt sind.¹⁸⁰ Der EGMR stellt mit dieser Rechtsprechung und Interpretation sicher, dass Personen, die sich in einer im Wesentlichen gleichen Situation befinden, in Bezug auf die Ausübung der Konventionsrechte in allen Konventionsstaaten gleich behandelt werden. Staatsbedienstete mit gleichen Aufgaben sollen in allen Konventionsstaaten gleich behandelt werden, dh. gleiche Rechte nach der EMRK haben.¹⁸¹ Lehrer an öffentlichen Schulen sind laut EGMR keine Angehörigen der Staatsverwaltung iSv. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK, weil sie keine genuin hoheitlichen Aufgaben wahrnehmen.¹⁸² Dies gilt für beamtete und tarifbeschäftigte Lehrer gleichermaßen, weil beide Beschäftigtengruppen gleiche Aufgaben haben. Der Begriff der Staatsverwaltung iSd. Art. 11 Abs. 2 S. 2 EMRK kann

nicht über die Art. 33 Abs. 4 GG zugrunde liegende Interpretation hinausgehen, so dass die in Entscheidung vom 12. Juni 2018 vorgenommene Bewertung des BVerfG einen deutlichen Wertungswiderspruch darstellt.¹⁸³ Der Begriff der Staatsverwaltung ist daher auch iRd. Art. 11 EMRK eng auszulegen. Ein funktionsbezogenes Streikverbot kann es danach geben, ein rein statusbezogenes – wie es das BVerfG annimmt – hingegen nicht.¹⁸⁴

(3) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist damit, dass das Streikrecht als unerlässliches Element und Menschenrecht in Art. 11 EMRK enthalten ist und der völkerrechtlich durchaus relevante Unterschied zwischen einem statusbezogenen Streikverbot und einem funktionsbezogenen Streikverbot dazu führt, dass es keinen vollständigen Ausschluss der Beamten aus dem Streikrecht geben kann, vielmehr muss mindestens den nicht hoheitlich tätigen Beamten ein Streikrecht zustehen. Die Situation der Beschwerdeführer im vorliegenden BVerfG-Verfahren ist nicht nur die eines Unterstützungsstreiks, sodass, anders als es das BVerfG entschieden hat, durchaus der Kernbereich des Art. 11 EMRK betroffen ist und nicht hoheitlich tätigen Beamten für die Wahrung und Förderung von oberhalb der Mindestalimention liegender Beschäftigungsbedingungen ein Streikrecht zustehen muss. In der Versagung des Streikrechts liegt ein Eingriff in Art. 11 Abs. 1 EMRK, der auch nicht über Art. 11 Abs. 2 EMR zu rechtfertigen ist,

175 Siehe BVerfG, 12.6.2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 188 mit Verweis auf BVerfG, 19.9.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247 (Teilzeitbeamter, Zwangsteilzeit); krit. zu diesem Wertungswiderspruch auch *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78 ff., 82 und *Klein*, AuR 2018, 479 ff.

176 BVerfG, 19.9.2007 – 2 BvF 3/02 – BVerfGE 119, 247 (Teilzeitbeamter, Zwangsteilzeit).

177 Dazu auch BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117 sowie v. *Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

178 Auch aufgegriffen von BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117; siehe dazu auch *Klein*, AuR 2018, 479 ff.

179 EGMR, 26.9.1995 – 17851/91 ua. – AuR 1995, 471 (Vogt/Deutschland), zitiert in *Klein*, AuR 2018, 479, 483; auch BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

180 So BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

181 Ebd.

182 Vgl. zu Art. 6 Abs. 1 EMRK: EGMR, 22.11.2001 – 39799/98 – NJW 2002, 3087, zitiert in BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117.

183 Krit. dazu auch *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78, 82, ebenso krit. v. *Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

184 So auch v. *Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

denn verbeamtete Lehrer gehören nicht zur Staatsverwaltung iSd. Art. 11 Abs. 2 EMRK, für die unter engen Voraussetzungen eine Einschränkung des Streikrechts möglich wäre.¹⁸⁵

c) Exkurs: Isolierte Position des BVerfG auch im Hinblick auf weiteres Völkerrecht

Die Entscheidung des BVerfG für ein umfassendes, allein an den Status des Beamten anknüpfendes Streikrecht, steht auch im Widerspruch zu anderen völkerrechtlichen Regelungen, denen sich Deutschland unterworfen hat, denn auch sie belegen, dass es zumindest für nicht hoheitlich tätige Beamte ein Streikrecht geben muss. Die Verneinung des Streikrechts gegenüber Beamten insgesamt, unabhängig davon, ob sie öffentliche Gewalt ausüben, stellt nämlich auch eine übermäßige Beschränkung des Streikrechts und eine Verletzung des Art. 6 Nr. 4 ESC dar, so der Europäische Ausschuss für Soziale Rechte.¹⁸⁶ Auch der UN-Sozialausschuss betont: Es sei »[...] sicherzustellen, dass alle Beamten, deren Dienste nicht als wesentlich hoheitlich betrachtet werden können, gemäß Art. 8 des UN-Sozialpakts und des ILO-Übereinkommens Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechts (1948) Anspruch auf das Streikrecht haben.«¹⁸⁷ Zudem ist das Streikrecht von den Kontrollorganen der ILO als untrennbarer Teil der in ILO-Übereinkommen Nr. 87 garantierten Vereinigungsfreiheit und zum Schutz dieser anerkannt worden.¹⁸⁸ Ausnahmen von der Gewährleistung werden lediglich für diejenigen Beschäftigten zugelassen, die im Namen des Staates Hoheitsgewalt ausüben.¹⁸⁹ Die Spruchpraxis der ILO-Gremien lässt zudem einen Ausschluss vom Streikrecht nur zu, wenn für die Geltendmachung der kollektiven Rechte andere Verfahren bereitgestellt werden.¹⁹⁰ Daran fehlt es jedoch für die Beamten in Deutschland, da § 53 BeamStG und § 118 BBG derartige Verfahren nicht zur Verfügung stellen.¹⁹¹ Gleiches gilt für die ESC, die das Streikrecht als Mittel für die wirksame Ausübung des Rechts auf Kollektivverhandlungen gewährleistet.¹⁹²

IV. Fazit

Zugegeben, die Lösung des BVerfG ist wenig aufwendig.¹⁹³ Dies kann aber nicht Kriterium dafür sein, ob man einem Grundrecht/Menschenrecht zur Wirkung, jedenfalls zu einer teilweisen Wirkung, verhilft. Schon nach deutschem

Verfassungsrecht, aber auch nach Konventionsrecht, sprechen die besseren Argumente für den hier skizzierten – mühevolleren, aber differenzierteren – Weg.¹⁹⁴ Die gewollte Stärkung des Berufsbeamtentums wird dadurch vom BVerfG selbst geschwächt, als es widersprüchlich bei der Einordnung von Beamtengruppen ist (Lehrer arbeiten nicht hoheitlich, wohl aber doch vielleicht wieder, um Art. 11 Abs. 2 EMRK anwenden zu können) und diesen Widerspruch auch noch durch die Heranziehung von Art. 7 GG vertieft¹⁹⁵ – und dann erneut widersprüchlich agiert, wenn es den Tarifvertrag mit all seinen Eigenschaften in Inhalt und Entstehung für eine inhaltliche Bestimmung des Alimentationsgrundsatzes zu Grunde legt, um hiernach von Partikularinteressen zu sprechen. Zu alledem könnte man wohl nach Ansicht des BVerfG die Art. 33 Abs. 4 und Art. 33 Abs. 5 S. 2 GG streichen, denn eine wortlautgerechte Anwendung wird schlicht verweigert.¹⁹⁶ Dafür entwickelt das Verfassungsgericht neue Vokabeln, national die Substanzialität¹⁹⁷ und völkerrechtlich die Kontextualisierung. Beides wird der Thematik nicht gerecht. Auch Art. 9 Abs. 3 GG hat eine Substanzialität inne und folglich zu verlieren. Zudem ist Art. 1 EMRK bei der Betrachtung von Art. 46 EMRK zu beachten. Und wohin würde der Konventionsschutz gelangen, wenn eine in Frankreich festgestellte Sklaverei¹⁹⁸ (togolesisches

185 Krit. zu diesem Punkt des BVerfG auch *Tietze/Wolff*, ZBR 2019, 78, 82.

186 Conclusion XXI-3 (2018), Germany, Article 6 para 4, angenommen am 24. 1. 2019, zitiert in *Lörcher*, im Erscheinen AuR 9/2019 (Fn. 134).

187 Concluding observations in UN-Sozialausschuss, 27. 11. 2018 – E/C.12/DEU/CO/6, Rn. 45, zitiert in *Lörcher*, im Erscheinen AuR 9/2019 (Fn. 134).

188 Siehe auch BVerwG, 27. 2. 2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117; v. *Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299; *Bozega*, FS Höland, 2015, S. 195 ff.

189 *Lörcher*, PersR 1991, 155 f.; v. *Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

190 EGMR, 21. 4. 2009 – 68959/01 – AuR 2009, 274 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei); *Lörcher*, PersR 1991, 155 f.; v. *Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

191 V. *Roettecken*, ZBR 2018, 292, 299.

192 Siehe EGMR, 21. 4. 2009 – 68959/01 – AuR 2009, 274 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei) und *Klein*, AuR 2018, 479, 482.

193 Manchmal müssen es eben die grundlegenden Modifikationen sein, die das BVerfG nicht vornehmen möchte, zu BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 153.

194 *Nußberger* erkennt zurecht, dass die Gegensätze nicht unüberwindbar sind, in Referat zum Europarechtlichen Symposium des BAG 2012 (Fn. 4), S. 10; *dies.*, JZ 2018, 845.

195 Zu BVerfG, 12. 6. 2018 – 2 BvR 1738/12 ua. – BVerfGE 148, 296 (Beamtenstreik), Rn. 160. Das Manöver ist allerdings sehr durchschaubar. Ebenso krit. *Battis*, ZBR 2018, 289, 291; *Lorse*, ZBR 2018, 325, 332 f.

196 Wie hier *Klein*, AuR 2018, 130 ff.

197 Traditionalität gab es bereits zuvor.

198 EGMR, 26. 7. 2005 – 73316/01 – NJW 2007, 41.

Hausmädchen) bei uns nicht als solche festgestellt werden könnte, nur weil es in Deutschland Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz und die Anmeldung von Haushaltsleistungen durch das Haushaltscheckverfahren gibt, in Frankreich dagegen nicht? Im Übrigen steht die Entscheidung außerhalb der Entwicklungen des Unionsrechts. Regelmäßig unterfallen Beamte dem zu vielen EU-Richtlinien jeweils unional-autonom bestimmten Arbeitnehmerbegriff. Dass zB. Dienstherrn von verbeamteten Feuerwehrleuten die Arbeitszeitrichtlinie einhalten müssen, ist für den EuGH selbstverständlich und stellt ein vorhandenes mitgliedstaatliches Konzept des Berufsbeamtentums in keiner Weise in Frage.¹⁹⁹ Würde sich zudem eine Richtlinie auf eine Ermächtigungsgrundlage außerhalb des Art. 153 Abs. 5 AEUV stützen²⁰⁰, so ist anzunehmen, dass eine Arbeitskämpfregelung auch »Randbereichsbeamte« erfassen würde.²⁰¹

Im Grunde sind zwei Befunde erkennbar: Das Instrument der praktischen Konkordanz wurde nicht zutreffend angewandt und die Bedeutung des Völkerrechts fehlerhaft eingeschätzt und entwertet. Beides ist zu bedauern. Vor dem Hintergrund eines modernen Berufsbeamtentums heißt die Antwort auf die oben genannte Frage »Noch zeitgemäß?« aber in jedem Fall nein!

199 Zum persönlichen Anwendungsbereich der ArbZ-RL vgl. EuGH, 7.4.2011 – C-518/09 – Slg. 2011, I-2761 (May); zu Ansprüchen der Beamten vgl. BVerwG, 26.7.2012 – 2 C 29/11 – BVerwGE 143, 381; siehe auch den Bericht zum Workshop der Forschungsstelle öffentlicher Dienst und des BMI v. 14.5.2019, demnächst ZBR 2019.

200 Art. 153 Abs. 5 AEUV blockt nicht jegliches Handeln der EU, vgl. *Rebhahn/Reiner*, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 4. Aufl., Art. 153 AEUV Rn. 66 mwN.

201 So wäre Sekundärrecht nach Art. 352 AEUV denkbar, das Arbeitskämpfe und Binnenmarktfragen verknüpft und dabei den Streikbruch mitbehandelt. Diese Regularien würden dann sehr wahrscheinlich auch den Streikbruch durch »Randbereichsbeamte« in Wirtschaftsunternehmen wie Post, Bahn, Telekom und Postbank erfassen.

Die Problematik der Solo-Selbständigen im niederländischen Arbeitsrecht

*Prof. (em) Dr. Antoine T.J.M. Jacobs, Tilburg University (Niederlande)**

I. Einführung

Die Problematik der Selbständigen im Arbeitsrecht ist sicherlich nicht neu. Schon vor beinahe 20 Jahren habe ich in Deutschland über das Thema Arbeitnehmer und Selbständige gesprochen. Im Rahmen des 12. Arbeitsrechtlichen Symposiums an der Universität Passau¹ hielt ich einen Vortrag, in welchem ich mich mit dem Bericht »The Changing Nature of Work and the Future of Labour Law in Europe«² der Expertengruppe unter Leitung von Alain Supiot auseinandersetzte. Die von der Europäischen Kommission 1996 beauftragte Gruppe von Sachverständigen hatte bereits damals einen kräftigen Zuwachs des Anteils der Selbständigen an der erwerbstätigen Bevölkerung vorhergesehen und sich über die erwartete Entwicklung grundsätzlich positiv geäußert. Um jedoch den Risiken der Schutzlosigkeit zu begegnen, verwiesen sie auf zwei wesentliche Bedingungen:

1. eine energische Durchsetzung des Prinzips der Umdeutung der Scheinselbständigkeit in Lohnabhängigkeit und
2. eine Ausstattung der echten Selbständigen mit einem Arbeitsstatut, das sozialen Schutz bietet.

Ich möchte mit Letzterem beginnen. Das Hugo Sinzheimer Institut (HSI) hat vor kurzem ein Working Paper über ein Mindestentgeltgesetz veröffentlicht, auf welches ich näher eingehen möchte.³ Solo-Selbständigkeit ist nicht

* Mit Unterstützung von Mag. iur. J. Baumgärtner, Tübingen.

1 *Jacobs*, NZA 1999, 23.

2 Expertenbericht im Auftrag der Europäischen Kommission, Brüssel 1998.

3 Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Entwurf eines Gesetzes über Mindestentgeltbedingungen für Selbständige ohne Arbeitnehmer (Solo-Selbständige), HSI-Working Paper Nr. 12, 2. Aufl., Frankfurt aM. 2018, abrufbar unter: https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/Working_Paper/12_2018/HSI-Working-Paper_Nr._12_2_2_Aufl_...pdf (20.2.2019).

nur ein deutsches Phänomen, auch in den Niederlanden spielt diese Erwerbsform eine gewichtige Rolle und steht weit oben auf der Agenda des Arbeitsrechts, vielleicht noch weiter oben als in Deutschland.

Eine WSI-Studie aus dem Jahr 2016 hat Gemeinsamkeiten und Unterschiede in der Entwicklung und Struktur der Solo-Selbständigkeit in den Niederlanden und Deutschland untersucht.⁴ Die Befunde zeigen, dass das Wachstum dieser Erwerbskategorie in den Niederlanden besonders stark ausfiel – dort war im letzten Jahrzehnt eine der höchsten Zuwachsraten Europas zu verzeichnen. In Deutschland verlief der Anstieg der Solo-Selbständigkeit wesentlich moderater. In den Niederlanden ist heute schätzungsweise jeder achte Beschäftigte als Solo-Selbständiger tätig. Im Jahr 2000 war es noch einer von 16.⁵ Dies lässt auf einen starken Zuwachs schließen, Unsicherheiten bei der Datenerhebung resultieren allerdings schon aus der uneinheitlichen Begriffsbestimmung der Solo-Selbständigen. Darüber hinaus variiert die wirtschaftliche Position der Solo-Selbständigen stark. Viele Solo-Selbständige arbeiten in Teilzeit, andere kombinieren die selbständige Arbeit mit einer abhängigen Beschäftigung oder mit einer Rente, mit einem Studium, mit der Haushaltsführung usw. Daraus ergeben sich sehr unterschiedliche Einkommenspositionen dieser Personengruppen. Während für manche die Einkünfte aus selbständiger Arbeit lediglich einen Hinzuverdienst neben den Einkünften aus Rente, Vermögen oder sogar Sozialleistungen (schwarz oder legal) darstellen, sind andere zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts fast ausschließlich auf die Einkünfte aus solo-selbständiger Erwerbstätigkeit angewiesen. Wenn letztere trotz 40 Stundenwoche nicht mehr als 800 € verdienen, führt dies zwangsläufig zu sozialen Problemen.

Ein ähnliches Bild zeichnet sich auch in den Niederlanden ab, allerdings sind zahlenmäßig deutliche Unterschiede erkennbar. In Deutschland sind »Gründungen aus der Not« häufiger und der Anteil unfreiwilliger und prekärer Selbständigkeit ist höher als in den Niederlanden. Dem HSI-Paper entnehme ich, dass in Deutschland 25 % der Solo-Selbständigen ein Entgelt erhalten, das unter dem gesetzlichen Mindestlohn liegt. In den Niederlanden sollen 16 % der Personen, die auf Basis eines Dienst- oder Werkvertrags arbeiten, weniger als den gesetzlichen Mindestlohn verdienen.⁶

Vor diesem Hintergrund stellen sich sowohl in Deutschland als auch in den Niederlanden folgende Fragen: Gibt es Handlungsbedarf für den Gesetzgeber und wenn ja, wie soll man diese Problematik angehen?

Zwei Gründe lassen sich für den Handlungsbedarf anführen: Der Erste liegt in den schlechten Einkommensverhältnissen vieler Solo-Selbständiger – Handlungsbedarf besteht zur Verbesserung ihrer Situation. Der Zweite liegt in der Schwächung der Position der »echten Arbeitnehmer«. Wenn Solo-Selbständige – und dies bezieht sich nicht nur auf die Geringverdiener, sondern auch auf die große Gruppe der Besserverdienenden – ihre Arbeit für beträchtlich weniger Geld pro Stunde anbieten als vergleichbare Arbeitnehmer, betreiben sie einen unlauteren und ruinösen Wettbewerb. Beides rechtfertigt ein Eingreifen des Staates in die Einkommensposition der Solo-Selbständigen – in Deutschland wie in den Niederlanden.

II. Einen Arbeitsvertrag aufzwingen

In den Niederlanden haben die Sorgen um die Rechtsposition der Solo-Selbständigen erst ca. im Jahr 2008 so richtig angefangen, als die niederländische Post massenhaft ihre bis dahin abhängig beschäftigten Briefträger durch Solo-Selbständige ersetzte. Sie folgte damit dem Beispiel ihrer Konkurrenten, ua. einer Tochtergesellschaft der Deutschen Post, die ebenfalls nur Solo-Selbständige als Briefträger einsetzte. Als Reaktion hierauf erließ die niederländische Regierung auf der Grundlage des Postgesetzes ein Regierungsdekret, wonach im Jahr 2017 mindestens 80 % der Briefträger in Postbetrieben als Arbeitnehmer beschäftigt sein sollten. Die ILO nahm hierzu Stellung und kritisierte das Vorgehen der Regierung.⁷

Obwohl die Umstellung von Arbeitnehmern auf Solo-Selbständige keinen Einzelfall des Postwesens darstellt, sondern genauso in anderen Wirtschaftszweigen vorgenommen wurde und noch immer vorgenommen wird – namhafte Beispiele sind heute Delivroo und Helpling (eine Plattform für Reinigungspersonal) – griff der niederländische Gesetzgeber nicht erneut ein.

⁴ Conen/Schippers/Schulze Buschhoff, Solo-Selbständigkeit – zwischen Freiheit und Unsicherheit, Ein deutsch-niederländischer Vergleich, WSI Working Paper Nr. 206, Düsseldorf 2016, abrufbar unter: https://www.boeckler.de/pdf/p_wsi_wp_206.pdf (20. 2. 2019).

⁵ Siehe Zahlen von Eurostat in Conen/Schippers/Schulze Buschhoff (Fn. 4), S. 8: 2000: 6,9%; 2015: 11,5%; für Deutschland waren die Zahlen: 2000: 4,8%; 2015: 5,3 %.

⁶ Kamerstukken (Parlementarische Drucksachen) 33623, Nota, S. 3.

⁷ ILO Committee Freedom of Association, 365th Report, Paragraphs 1133–1227 (Netherlands), Case Number 2905, 2012, abrufbar unter: https://www.ilo.org/gb/GBSessions/GB316/ins/WCMS_193260/lang-en/index.htm (20. 2. 2019).

So wurde die Problematik der Scheinselbständigkeit der Rechtsprechung überlassen. Obwohl Arbeits-, Sozial-, und Steuerrichter auf eine lange Tradition der Abgrenzung von Arbeitsvertrag und Dienstleistungs- oder Werkvertrag zurückblicken konnten, fand durch die massenhafte Umstellung von Arbeitsverträgen auf Dienstleistungs- oder Werkverträge durch Arbeitgeber eine eigene kritische Betrachtung statt. So haben Richter in einigen Fällen bestätigt, dass die selbständigen Briefträger in Wirklichkeit Arbeitnehmer waren und auch der oberste Gerichtshof der Niederlande, der Hoge Raad, entschied zuletzt im Fall einer »solo-selbständigen« Heimpflegerin zugunsten der Arbeitnehmereigenschaft.⁸ Hierin zeigt sich also, dass die erste Bedingung des Supiot-Berichts bereits umgesetzt wurde.

Der zweiten Bedingung des Supiot-Berichts ist die niederländische Politik durch Erweiterung des Anwendungsbereichs des Mindestlohngesetzes nachgekommen.

III. Das Mindestlohngesetz

In den Niederlanden kennen wir das Mindestlohngesetz (MLG) (das auch ein Mindesturlaubsentgelt einschließt) schon seit 1968; bereits im Jahr 1996 wurde der Anwendungsbereich auf andere, dem traditionellen Arbeitsvertrag ähnliche Verträge erweitert. Doch wurden auch dadurch nicht *alle* Verträge mit einer Nähe zum Arbeitsvertrag vom MLG erfasst. In dieser Grauzone zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Erwerbstätigkeit entwickelte sich ein Großteil der Solo-Selbständigkeit des Niedriglohnbereichs. Um dieser Entwicklung entgegenzuwirken, brachte die frühere sozial-liberale Regierung bereits im Jahr 2013 einen Gesetzesentwurf auf den Weg. Dieser wurde aber erst im Jahr 2017 vom niederländischen Parlament verabschiedet.⁹ Das Gesetz trat am 1. Januar 2018 in Kraft.

Das Gesetz regelt nun unmissverständlich, dass alle Verträge bezüglich des Erbringens von Arbeit unter das MLG fallen, ausgenommen Verträge mit Selbständigen »im Rahmen des Betriebes oder des Berufs«. Der Regierung zufolge sind schätzungsweise 50.000 Personen von dieser Erweiterung betroffen.¹⁰ Das sind weniger als 1 % des niederländischen Arbeitsmarkts. Es handelt sich also um kein revolutionäres Gesetz. Der große Nutzen dieser Gesetzeserneuerung liegt aber in ihrer Einfachheit. Ein

Großteil der Bevölkerung weiß, dass der niederländische Mindestlohn etwa 11 € pro Stunde beträgt¹¹ (ab dem 21. Lebensjahr; für Jugendliche darunter ist es weniger) und seit jeher weiß auch jeder Solo-Selbständige, dass man 11 € pro Stunde verlangen darf und dass die Gegenpartei, unabhängig von der juristischen Vertragssituation, dies auch anbieten sollte. Jeder Gärtner weiß das, jede Putzfrau, jeder Pizza-Kurier. Aber auch der türkische Schneider in seinem Atelier? Auch der solo-selbständige Lastkraftwagenfahrer? Auch der solo-selbständige Fotograf? Letztere fallen gerade nicht in den Anwendungsbereich der Norm. So gilt das Gesetz nicht für Arbeit »im Rahmen des Betriebes und des Berufs.« Aber wonach beurteilen sich diese Kriterien? Der Gesetzgeber zieht hierfür die Kriterien der Steuerbehörden heran. Es handelt sich hierbei um eine niederländische Besonderheit, worauf später noch näher eingegangen wird. An dieser Stelle spielt diese Ausnahmeregelung allerdings keine gewichtige Rolle, denn es kann sich nur um eine marginale Zahl an Solo-Selbständigen handeln, die ihre Arbeit für weniger als 11 € anbieten. Schließlich muss auch die solo-selbständige Erwerbstätigkeit eines Schneiders, Lastkraftwagenfahrers oder Fotografen darauf ausgerichtet sein, durch wirtschaftliche Betätigung wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen, indem die Einnahmen die Ausgaben übersteigen. Hierzu zählen Ausgaben für Miete, Heizung, Benzin etc. Die Ursachen für ein niedriges Einkommen können vielfältig sein, es kann am Geschäftsmodell liegen, an der schlechten Auftragslage oder an zu hohen Betriebsausgaben. Das ist allerdings eine andere Sache und hierin liegt vermutlich nicht das Kernproblem des Mindestlohns für Solo-Selbständige.

Das weitaus größere Problem scheint in der praktischen Durchsetzung der Ansprüche zu liegen. Aus Angst künftig keine Aufträge mehr zu bekommen, werden viele Betroffene die Bezahlung des Mindestlohns nicht einklagen. Darüber hinaus handelt es sich häufig nur um kleinere Aufträge, sodass sich der prozessuale Aufwand kaum lohnt oder der Auftrag wurde gar in Schwarzarbeit ausgeführt.

⁸ Hoge Raad, 30. 3. 2018 – Nr. 17/395 – ECLI:NL:HR:2018:343.

⁹ Gesetz v. 29. 3. 2017, Stb. 290 mit KB 22. 9. 2017, Stb. 359.

¹⁰ Kamerstukken 33623, Nota, S. 11.

¹¹ Ausgehend von einer Arbeitswoche von 36 Stunden, siehe Staatscourant 2018, Nr. 1011 v. 11. 1. 2018.

Nur eine öffentlich-rechtliche Kontrolle kann die effektive Durchsetzung des MLG garantieren. Seit 2008 gibt es hierfür die Arbeitsinspektion. Allerdings bestehen erhebliche Zweifel, ob diese Behörde diesen neuen Aufgaben auch gewachsen ist. Bereits heute zeigt sich, dass sie aufgrund des Personalmangels nicht in der Lage ist, ihren jetzigen Aufgaben nachzukommen. Mit einer Aufstockung des Personals ist auch künftig nicht zu rechnen, denn die Regierung hat dies bereits abgelehnt.¹²

Im Ergebnis ist die Erweiterung des MLG ein erster Schritt in die richtige Richtung, um das Problem des Einkommens von Solo-Selbständigen unter der Armutsgrenze (non-decent work) in den Griff zu bekommen, vorausgesetzt, es gibt eine öffentlich-rechtliche Kontrolle, welche die Durchsetzung des Mindestlohns gewährleistet.

IV. Ein Mindestentgeltgesetz

Ein weiteres Problem liegt jedoch im ruinösen Wettbewerb, denn für Unternehmer, sowohl in den Niederlanden als auch in Deutschland, ist die Ausführung von Arbeit durch Solo-Selbständige nach wie vor günstiger als die Beschäftigung von Arbeitnehmern. Umso interessanter ist daher der Vorschlag in § 26 des HSI-Entwurfs, wonach die *»Höhe des Mindestentgelts je Zeitstunde [...] der jeweils geltenden Höhe des allgemeinen Mindestlohns nach § 1 Absatz 2 zuzüglich eines pauschalen Sozialversicherungszuschlags in Höhe von 25 % [entsprechen soll]«*.

In den Niederlanden sind wir noch nicht so weit, bislang wird nur die Bezahlung des gesetzlichen Mindestlohns vorgeschrieben. Allerdings wird auch hier inzwischen eine Erhöhung der Mindestvergütung für Solo-Selbständige diskutiert. Erstens, weil Solo-Selbständige allgemein höhere Ausgaben haben und die Sozialversicherungsbeiträge allein tragen oder anderweitig Vorsorge betreiben müssen. Und zweitens aus wettbewerblichen Überlegungen, denn gerade in den Niederlanden machen die Arbeitskosten und Sozialabgaben die Beschäftigung eines Arbeitnehmers für Arbeitgeber viel teurer als die Beschäftigung eines Solo-Selbständigen. Aus diesem Grund sieht nun auch der Koalitionsvertrag aus dem Jahr 2017 vor, dass Solo-Selbständige, die länger als drei Monate zu einem niedrigeren Stundensatz (angedacht ist derzeit eine Grenze von 15 bis 18 € pro Stunde) für einen Auftraggeber tätig werden, ab 2020 als Arbeitnehmer anzusehen sind. Auch unterhalb der

Dreimonatsgrenze soll dies gelten, wenn es sich um »Kernaktivitäten des Betriebes« handelt.

Dieses Vorhaben ist mit dem HSI-Vorschlag vergleichbar, denn es bedeutet, dass kein Solo-Selbständiger seine Arbeit unter 15 bzw. 18 € pro Stunde anbieten kann – von Ausnahmen abgesehen – ohne seinen Status als »Selbständiger« zu verlieren. Im Ergebnis handelt es sich also um ein Mindestentgelt für Selbständige.

Die Begründung des 25%-Zuschlags im HSI-Entwurf ist jedoch eine andere und beruht im Wesentlichen auf verfassungsrechtlichen Argumenten. In den Niederlanden sind Verfassungsdebatten im Arbeitsrecht unüblich, weil das niederländische Grundgesetz und die verfassungsrechtliche Ordnung weniger detailliert ausgestaltet sind. Seit den letzten Jahren wird diese Lücke durch das internationale und europäische Recht gefüllt.

In der Tat erweist sich das europäische Recht inzwischen als Störenfried. Die niederländische Regierung wurde von verschiedenen Experten darüber informiert, dass das europäische Recht in Bezug auf die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr ein wichtiger Grund für den EuGH sein könnte, diese niederländische Konstruktion abzulehnen. Dieses Risiko will sie nicht eingehen. Deshalb will sie jetzt zu einer anderen Konstruktion wechseln, die den Vorschlägen des Hugo Sinzheimer Instituts ähnelt: ein Mindestentgeltgesetz.

Es stellt sich natürlich die Frage, ob diese Konstruktion ohne Risiko ist. Die Regierung hält sie für weniger gewagt, weil sie ein Mindestentgelt in Höhe von 16 € pro Stunde festlegen würde. Dies entspricht der niederländischen Regelung zum »existenzsichernden Einkommen« (living wage) und die Regierung ist der Ansicht, dass ein solches existenzsicherndes Einkommen den Anforderungen des EU-Wettbewerbsrechts entspricht, das eine Ausnahme für die Armutspolitik zulässt.

Nach Angaben der Regierung würde der vorgeschlagene Betrag von 16 € auch eine Entschädigung des Sozialversicherungselements beinhalten. Aber die höheren Arbeitskosten eines Arbeitnehmers resultieren nicht nur aus den sozialversicherungsrechtlichen Unterschieden zwischen abhängig Beschäftigten und Solo-Selbständigen. In den Niederlanden verdienen 93 % der Arbeitnehmer mehr als den gesetzlichen Mindestlohn.¹³ Darüber hinaus sind mit

¹² Kamerstukken 33623, Nota, S. 16.

¹³ Kamerstukken 33623, Nota, S. 5.

einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis für den Arbeitgeber weitere Lohnnebenkosten verbunden, etwa Einstellungs- und Ausbildungskosten, Urlaubskosten, Kündigungskosten usw. Hinzu kommen dann noch die Betriebskosten, die der Arbeitgeber in seine Betriebsausgaben mit einkalkulieren muss. Sachverständige haben festgestellt,¹⁴ dass ein Selbständiger in den Niederlanden bei gleichem Netto-Einkommen seinen Auftraggeber im Durchschnitt 40 % weniger kostet als ein Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber. Daraus folgt, dass ein Mindestentgelt von 16 € nicht ausreichen wird, um Wettbewerbsgleichheit herzustellen.

Hinzu kommt, dass ein Selbständiger in den Niederlanden auf seine ersten 24.000 € Einkommen keine Steuern zahlen muss. Auch aus diesem Grund sind Solo-Selbständige häufiger bereit, ein niedrigeres Entgelt zu verlangen als sie es aus rein wirtschaftlichen Gründen tun sollten. Dies ist den Arbeitgebern durchaus bewusst: Sie können dem Selbständigen ein niedrigeres Entgelt anbieten, weil das für sie netto das gleiche oder sogar etwas mehr sein dürfte als sie netto als Arbeitnehmer verdienen würden.

Nachdem sich viele Kritiker seit einiger Zeit für die Abschaffung dieses Steuervorteils für Selbständige ausgesprochen haben, hat der Gesetzgeber diesen Punkt nun wirklich aufgegriffen. Ab 2020 wird dieser Vorteil schrittweise abgebaut.¹⁵

Wie zu erwarten war, hat der Vorschlag für ein Mindestentgelt von 16 € sofort eine politische Debatte ausgelöst. Von den linken politischen Parteien und der Gewerkschaftsbewegung wird behauptet, dass 16 € keine gute Übersetzung der niederländischen Kriterien für das existenzsichernde Einkommen bedeute. Dieses dürfte um ein Vielfaches höher sein, wenn berücksichtigt wird, dass die Selbständigen auch zahlreiche eigene Kosten tragen müssen, die für einen Arbeitnehmer aufgrund seiner arbeitsrechtlichen Stellung gedeckt sind.¹⁶

Die Solo-Selbständigen und ihre Vereinigungen sind ebenfalls geteilter Meinung. Eine der größten Organisationen, die Plattform Selbständiger Unternehmer (PZO), ist radikal dagegen. Auch Arbeitgeber wehren sich vehement gegen das Vorhaben.

Das letzte Wort zu diesem Vorhaben ist noch nicht gesprochen. Je höher das Mindestentgelt festgelegt wird, desto mehr Gegenwind wird er erfahren. Je niedriger er jedoch angelegt wird, desto weniger effektiv wird er sein.

V. Mindesttarife für Solo-Selbständige in Tarifverträge

Und damit komme ich zur nächsten Problematik: Mindestnormen für Solo-Selbständige in Tarifverträgen. In den Niederlanden existieren schon seit langem Mindestnormen für Solo-Selbständige in Tarifverträgen, allerdings nur in einzelnen Bereichen. In der Vergangenheit hat die Journalisten-Gewerkschaft Tarifverträge mit Medienunternehmen sowohl für Arbeitnehmer-Journalisten als auch für solo-selbständige Journalisten abgeschlossen. Auch heute noch werden in den Tarifverträgen für Architekten und Maler sowohl Arbeitnehmer-Architekten und Arbeitnehmer-Maler als auch selbständige Architekten und Maler erfasst. Ebenso wurden Tarifverträge für Orchestermusiker geschlossen, die auch selbständige Aushilfsmusiker erfassen.

Das alte niederländische Tarifvertragsgesetz sieht dies ausdrücklich vor. Gemäß § 1 Abs. 2 des Gesetzes kann sich der Tarifvertrag auch auf Werk- und Dienstverträge beziehen.

Aber das Gesetz stammt noch aus der Zeit vor dem Zweiten Weltkrieg, als das Kartellverbot kein wesentlicher Bestandteil der Wirtschaftsordnung war. Inzwischen ist es das und die niederländische Wettbewerbsaufsicht ACM will solche Vereinbarungen nicht mehr genehmigen. Die FNV Gewerkschaft KIEM hat die Sache vor den EuGH gebracht, war dort aber nur teilweise erfolgreich: Tarifnormen für Selbständige sind verboten, nur für Scheinselbständige sind sie erlaubt.¹⁷

Sicherlich lässt sich damit ein Teil der Problematik lösen. Viele gering bezahlte Solo-Selbständige sind wohl als Scheinselbständige zu betrachten. Aber die Probleme, die ein besser bezahlter »echter« Solo-Selbständiger verursacht – nämlich, dass er mit einem Arbeitnehmer in ungleichem Wettbewerb tritt – löst man damit nicht.

Die Gewerkschaften setzen sich zwar seit 2015 mit Kampagnen für mehr Tarifnormen für Solo-Selbständige ein, haben das bis jetzt jedoch in der Praxis kaum umsetzen können. Sie stoßen bei Arbeitgebern immer wieder auf Widerstand. Auch die Solo-Selbständigen und ihre Vereine sind sich uneinig. Manche sprechen sich gegen derartige

14 Interdepartementaal Beleidsonderzoek (IBO), Eindrapport Zelfstandigen zonder personeel, September 2015.

15 Kamerstukken 29544, Nr. 924, S. 35/52.

16 Kamerstukken 29544, Nr. 924.

17 EuGH, 4. 12. 2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV Kunsten Informatie en Media).

Normen aus, andere sprechen sich zwar dafür aus, allerdings nicht für Tarifverträge, in denen sie keine Partei sind. Das Kartellamt lehnte solche Tarifnormen grundsätzlich ab, weswegen auch der Minister mit der Allgemeinverbindlicherklärung solcher Tarifverträge gezögert hat. Im Moment bewegt sich das niederländische Kartellamt jedoch. Es ist bereit, Tarifverträge zu akzeptieren, zumindest für Selbständige, die im Sinne des FNV-Kiem-Urteils des EuGH als Scheinselbständige zu betrachten sind.¹⁸

Andere EU Mitgliedstaaten, wie Italien, sind bei der Einbeziehung Selbständiger in Tarifverträge hingegen weniger zurückhaltend.¹⁹

Als Alternative schlägt die FNV zum Beispiel sogenannte Spiegelnormen vor. Solche Normen verlangen, dass bei Tätigkeiten und Projekten unter einer bestimmten Geldsumme keine Solo-Selbständigen beschäftigt werden dürfen, sondern nur noch Erwerbstätige mit einem Arbeitsvertrag. Aber ob dies praktikabel ist, bleibt unklar – wie viele Arbeitgeber werden einer solchen Vereinbarung zustimmen? Wie viele Solo-Selbständige werden diese unterstützen? Wer kommt als Gegenpartei des Unternehmers infrage? Wer ist ausreichend repräsentativ, um eine Allgemeinverbindlicherklärung zu erhalten? Wie juristisch tadellos ist diese Methode? – Das alles wissen wir noch nicht.

VI. Scheinselbständigkeit und Statusfeststellungsverfahren

Im vorherigen Abschnitt ist der Begriff der Scheinselbständigen gefallen. In den Niederlanden wird die Zahl der Scheinselbständigen auf 20.000 bis 140.000 geschätzt, das wären zwischen 0,25 % und 1,75 % der Beschäftigten²⁰; andere hingegen sprechen sogar von 60.000 bis 400.000 Scheinselbständigen, das wären zwischen 0,7 und 4 % aller Erwerbstätigen.²¹ Für Deutschland variieren die Zahlen zwischen 0,7 % und 1,3 % aller Erwerbstätigen.²² Die genaue Zahl ist aber auch eine Frage der Abgrenzung.

In der Theorie gibt es keine Scheinselbständigen. Man ist entweder ein »echter« Selbständiger oder man ist als Arbeitnehmer beschäftigt. In den Niederlanden sowie in Deutschland gibt es schon seit 100 Jahren eine ausführliche Sammlung richterlicher Entscheidungen, um festzustellen, wann ein Arbeitsvertrag und wann ein Dienst- oder Werkvertrag vorliegt. Die Kriterien im Arbeitsrecht

sind in unseren beiden Ländern gleich: Arbeit, Lohn und Weisungsgebundenheit. Dazu kommt noch das Kriterium, dass iRd. Arbeitsverträge die Arbeit auch persönlich erbracht werden muss. Das letzte Kriterium ist in den Niederlanden ein Element, das ab und zu benutzt wird, um die Einordnung als Arbeitsvertrag zu umgehen. Das größte Problem ist aber das Kriterium der Weisungsgebundenheit, denn in vielen Fällen der selbständigen Tätigkeit ist ein gewisses Maß an Weisungsgebundenheit gegeben. Der Filmregisseur, der zu seinem selbständig beschäftigten Kameramann sagt: Action! Der Verlag, der zu seinem selbständig beschäftigten Autor sagt: Sie müssen ihren Text in Word abliefern etc. Macht das einen Solo-Selbständigen zum Arbeitnehmer? Aber nein, das wissen alle guten Jura-Studenten. Richter nehmen in diesen Fällen eine Gesamtbetrachtung vor: Alle wichtigen Umstände des Einzelfalls werden in Betracht gezogen und erst dann wird eine Entscheidung getroffen. Nicht ein einzelnes Merkmal ist ausschlaggebend. Auch nicht der Titel eines Vertrages.

Die Realität sieht indes anders aus. Im täglichen Leben werden hunderttausende dieser Verträge abgeschlossen und die Beteiligten möchten gerne von vornherein sicher sein, ob ihr Vertrag ein Arbeitsvertrag ist oder nicht, ohne jedes Mal ein juristisches Gutachten einholen zu müssen. Denn nur wenn es kein Arbeitsvertrag ist, braucht der Betrieb keine Lohnsteuer und keine Sozialabgaben einzubehalten, keinen Tarifvertrag anzuwenden, keine Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu leisten, keinen Mindesturlaub und keine betriebliche Altersvorsorge zu bezahlen. Speziell große und anständige Betriebe, die inzwischen in den Niederlanden regelmäßig Solo-Selbständige beschäftigen – Philips, Gasunie, Schiphol, Banken und Versicherungen, Gemeinden, Krankenhäuser, Organisationen für häusliche Pflege, Universitäten – möchten deswegen gerne von vornherein sicher sein, dass der Solo-Selbständige ein »echter« Selbständiger ist. Darum hat der niederländische Gesetzgeber im Jahr 2001 das Dokument VAR (*Verklaring Arbeidsrelatie*) geschaffen. Dieses ist in etwa vergleichbar mit dem

18 Brief v. 24.6.2019 v. Minister *Koolmees* an die Zweite Kammer des Parlaments, S. 9.

19 *Magnani*, *Diritto Sindacale*, Torino 2013, S. 100.

20 *Volkskrant*, 4. 2. 2016.

21 *Volkskrant*, 30. 4. 2016.

22 *Dietrich/Patzina*, IAB-Forum v. 5. 1. 2018, abrufbar unter: <https://www.iab-forum.de/scheinselbstaendigkeit-in-deutschland-auch-eine-frage-der-abgrenzung/> (20. 2. 2019).

Statusfeststellungsverfahren der Deutschen Rentenversicherung oder der Prüfung durch die Krankenkassen vor Aufnahme der Tätigkeit.

Die VAR-Erklärung konnte jeder Selbständige bei den niederländischen Steuerbehörden auf Basis einer Beschreibung seiner Aktivitäten beantragen. Die Steuerbehörden beurteilten auf Grundlage dieser Beschreibung die Tätigkeit und wenn es sich in ihren Augen um Selbständigkeit handelte, erteilten sie diese VAR-Erklärung. Bei der Bewerbung um Aufträge legte der Selbständige die VAR-Erklärung dem Auftraggeber vor. Dadurch konnte sich der Auftraggeber sicher sein, dass er kein Risiko bzgl. der Sozialabgaben und der Einbehaltung von Lohnsteuer einging, wenn er einen VAR-bestätigten Solo-Selbständigen beschäftigte und sich später herausstellen sollte, dass die angebliche Auftragsarbeit eigentlich als Arbeitsvertrag zu werten gewesen wäre. Obwohl in der Theorie des Arbeitsrechts und des Sozialrechts die Richter nicht an diese VAR-Erklärung gebunden waren, wurde sie in der Praxis zu einem fast vollständigen Schutz für die Auftraggeber. Denn auch die Arbeitsinspektion beschränkte ihre Kontrolle auf das Vorliegen der VAR-Erklärung.²³

Die Steuerbehörden wendeten sehr strenge Kriterien an, häufig noch ein bisschen strenger als die Arbeitsrichter, aber sie hatten zu wenig Personal um die realen Verhältnisse für hunderttausende VAR-Erklärungen, die jedes Jahr beantragt wurden, ständig kontrollieren zu können. So wurde die VAR-Erklärungen auf dem niederländischen Arbeitsmarkt bald nur noch als Deckmantel für immer mehr Scheinselbständigkeit genutzt.

Die Vorgängerregierung hat im Jahr 2016 versucht, die Problematik der Scheinselbständigkeit mit dem DBA-Gesetz (Gesetz zur Deregulierung der Beurteilung von Arbeitsbeziehungen) zu lösen. Das war in der Theorie ein schönes Gefüge. Für jeden Betriebszweig sollten Modellverträge für die Arbeit von Solo-Selbständigen auf der Grundlage strenger steuerrechtlicher Kriterien gemacht werden. Nur wenn der Selbständige im Rahmen solcher Verträge beschäftigt würde, sollten die Auftraggeber vor Nicht-Einbehaltung/Zahlung von Lohnsteuer und Sozialprämien geschützt sein. Sollte die Realität der Arbeit davon abweichen und doch weisungsgebundene Arbeit geleistet werden, dann sollte der Auftraggeber allein das Risiko der Lohnsteuer- und Sozialabgaben tragen.

Dieses Gesetz ist im April 2016 erlassen worden und sorgte sofort für große Empörung. Es wurde behauptet, dass

die Unternehmer es nicht mehr wagen würden, manche Aufträge im Rahmen freier Dienstverträge (Auftragsarbeit) zu vergeben. Das sollte allerdings nicht verwundern, denn gerade in den Fällen, in denen es sich um Scheinselbständigkeit handeln könnte, war dies die gesetzgeberische Intention: nur noch echte Selbständige und keine Scheinselbständigen mehr! Im Jahr 2016 konnte das Statistikamt erstmals seit dem Jahr 2000 keinen Zuwachs an Solo-Selbständigen feststellen! In den Medien wurde daraufhin ausschließlich über die armen Solo-Selbständigen (nicht über die gut Verdienenden!) berichtet, die auf die Scheinselbständigkeit angewiesen waren und nun aufgrund des DBAs überhaupt keine Beschäftigung mehr fanden. Da sich die Entwicklung in einem Wahljahr vollzog, wurde das DBA bald auf Eis gelegt. Nun gibt es keinerlei Kontrolle mehr, außer in Fällen, in denen sich die Umstände für missbräuchliches Verhalten als offensichtlich darstellen.

Nach den Neuwahlen plante die jetzige Regierungskoalition eine neue besser auszuführende Regelung. Sie soll eine Dreiteilung bieten, weil die soziale Realität zeigt, dass sich die Selbständigen in sehr unterschiedliche Gruppen aufteilen.

1. Für die untere Schicht des Arbeitsmarktes soll das soeben besprochene Mindestentgelt kommen.
2. Für die oberste Schicht des Arbeitsmarktes kommt eine neue Art von Selbständigkeitserklärung für Selbständige, die mehr als 75 € pro Stunde erhalten. Mit diesem Dokument will die Regierung den bestbezahlten Personen einen besseren Schutz gegen die Unsicherheit ihres Status bieten. Denn während der Geltungsdauer des DBA-Gesetzes hatte sich herausgestellt, dass die Position der am besten verdienenden Selbständigen nicht unproblematisch war. Auftraggeber scheinen auch in Bezug auf diese Personen vorsichtig geworden zu sein, da sie nicht das Risiko eingehen möchten, später Steuern und unerfüllte Arbeitsrechte zahlen zu müssen. Auch diese Gruppe muss daher vor dem Risiko der Mehrdeutigkeiten geschützt werden. Auch diese Konstruktion wurde inzwischen von den linken politischen Parteien und den Gewerkschaften scharf angegriffen. Sie befürchten, dass Menschen, die jetzt höher bezahlte Positionen als Arbeitnehmer innehaben, sich massiv für diese Konstruktion entscheiden und damit den arbeitsrechtlichen Schutz und das spezifische Sozialversicherungsrecht für Arbeitnehmer aufgeben. Weil

²³ Kamerstukken 33623, MvT S. 4; Nota, S. 30.

diese Gruppe mehr zu den Kosten dieses Arbeitsschutzes beiträgt, als sie von ihm erhält, subventionieren diese hochbezahlten Arbeitnehmer die niedrigbezahlten Arbeitnehmer. Das sei ein Stück Solidarität, das dem niederländischen System immanent ist und das durch die Konstruktion der Selbständigkeitserklärung gesprengt würde. Die Regierung fürchtet einen solchen Massenaustritt angesichts der Anforderungen, die sie an diese Selbständigkeitserklärung stellen will, nicht.

3. Für die mittlere Schicht des Arbeitsmarkts (zwischen 16 bis 75€ pro Stunde) soll künftig ein System eingeführt werden, das auch in Großbritannien so gehandhabt wird und vom deutschen Scheinselbständigkeits-Check inspiriert wurde: eine neue Art der früheren VAR, eine Erklärung die der Auftraggeber (nicht mehr also der Auftragnehmer) durch Ausfüllen des Webmoduls bekommt, wenn er Fragen zur fehlenden Weisungsgebundenheit mit »ja« beantwortet. Nur mit einer solchen Erklärung wird der Auftraggeber vor Nachversteuerung und Geldstrafen geschützt.

Weiter will man das Arbeitsvertragsgesetz so anpassen, dass dieses Element der Weisungsgebundenheit stärker auf der Grundlage von materiellen anstatt von formellen Umständen geprüft wird; vielleicht vergleichbar mit der deutschen Definition des Arbeitsvertrags in § 611a BGB. In einem ersten Schritt hat die Regierung das Lohnsteuerhandbuch der Steuerbehörden bereits hinsichtlich des Kriteriums der Weisungsgebundenheit von Arbeitnehmern präzisiert.²⁴

Schließlich hat die Regierung eine Expertenkommission eingesetzt – die Borstlap-Kommission – um das Thema Arbeitnehmer/Selbständige grundlegender zu untersuchen. Dieser Ausschuss hat bereits ein erstes Diskussionspapier veröffentlicht, in dem aufgezeigt wird, dass ein allgemeiner Ansatz darin bestehen sollte, die Unterschiede in der Rechtslage zwischen Festangestellten, flexiblen Arbeitnehmern und Selbständigen zu verringern um gleiche Wettbewerbsbedingungen (level playing field) auf dem Arbeitsmarkt zu schaffen.

Man ist in den Niederlanden, wo der Konsens des Gesetzgebers mit den Sozialpartnern sehr wichtig ist, noch weit von einer Lösung der Problematik der Solo-Selbständigen entfernt. Ein Konsens wird wohl sehr schwierig zu erreichen sein, weil sich auch die Sozialpartner untereinander nicht einig sind. Die meisten Solo-Selbständigen sind entweder überhaupt nicht oder außerhalb der größten

Gewerkschaftsbewegung FNV, die nur 30.000 Solo-Selbständige als Mitglieder hat, gewerkschaftlich organisiert.

Aber jetzt drängt auch Europa zu einer Lösung. Die Europäische Kommission ist der Meinung, dass die Zahl der Selbständigen in den Niederlanden zu hoch ist, weil diese in einigen Zweigen der Sozialversicherung keine Beiträge zahlen und deswegen die Nachhaltigkeit des Sozialsystems gefährden.²⁵

VII. Soziale Absicherung

Mit der letzten Beobachtung bin ich bei der Problematik der sozialen Absicherung der Solo-Selbständigen angekommen. Wie die Position der Europäischen Kommission zeigt, ist es schon allein aus makro-ökonomischer Sicht erforderlich, die Konsequenzen des Anstiegs der Solo-Selbständigen für das Sozialsystem neu zu durchdenken.

Aber auch aus Sicht des einzelnen Bürgers besteht Handlungsbedarf. Auch für die Niederlande gilt, was die erwähnte WSI-Studie für Deutschland festgestellt hat, nämlich dass die Existenz einer großen Gruppe wirtschaftlich sehr schlecht gestellter Solo-Selbständiger sozialpolitische Reaktionen erfordert; insbesondere im Hinblick auf die soziale Absicherung der Solo-Selbständigen.²⁶

VIII. Die Zukunft

Schon am Anfang meines Vortrags hatte ich festgestellt, dass die Praxis der Solo-Selbständigen zahlenmäßig in Deutschland weniger verbreitet ist als in den Niederlanden. Aber das könnte sich durch den technischen Fortschritt schnell ändern. Die WSI-Studie stellt fest, dass viele der neuen Selbständigen dank moderner Technik ohne größere Ausstattung und Personal auskommen. Für die Gründung eines eigenen Unternehmens bedarf es oft (natürlich nicht in allen Sektoren) lediglich eines mobilen Endgerätes, wie eines Mobiltelefons bzw. eines Laptops. Bislang haben die entsprechenden technologischen Entwicklungen insbesondere die Zunahme der Selbständig-

²⁴ Brief v. 24.6.2019 v. Minister *Koolmees* an die Zweite Kammer des Parlaments, S. 14.

²⁵ Europäische Kommission in einem Bericht zu der niederländischen Regierung, 22. 5. 2017.

²⁶ *Conen/Schippers/Schulze Buschoff* (Fn. 4), S. 37.

keit in der Kreativwirtschaft und bei den kommerziellen Dienstleistungen gefördert. Was aber, wenn 3D-Druck und ähnliche Neuerungen gewaltig expandieren? Werden sich dann weitere Chancen für eine Ausweitung selbständiger Tätigkeit in Branchen, in denen die Produktion bisher vom Bedarf an mitunter kostenintensiven Kapitalgütern, Anlagen, Laboren usw. bestimmt war, eröffnen?²⁷

IX. Zusammenfassung

In den Niederlanden wurde das MLG auf alle Arten der Arbeit, außerhalb eines Betriebes und Berufs im steuerrechtlichen Sinn ausgeweitet. Die Regelung gilt seit dem

50 Urteile – Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte

Monografie von Michael Kittner, 2019, Bund-Verlag, Frankfurt aM., 344 S. (ISBN 978-3-7663-6857-7), 38,-€

I. Ein Rückblick von innen

Das gegenwärtige, mit der industriellen Revolution vor ca. 150 Jahren entstandene Arbeitsrecht 3.0 neigt sich dem Ende zu. Globalisierung, Digitalisierung und Dezentralisierung schaffen neue Rahmenbedingungen, deren Auswirkungen auf das Arbeitsrecht noch nicht absehbar sind. Selbst die traditionelle Partei der Arbeit nimmt zunehmend Zeiten der Nichtarbeit in den Blick. All dies legt Rückblicke auf die bisherige Entwicklung nahe, die durch ständigen Ausbau der Arbeitnehmerrechte gekennzeichnet ist. Wissenschaftler haben sich dieser Aufgabe schon angenommen, so etwa *Rückert* in Band III des Historisch-kritischen Kommentars zum BGB¹. Es gibt aber auch Insider, die an der Entwicklung des Arbeitsrechts aktiv teilgenommen haben und sie gleichsam von innen beschreiben können. Eine großartige Darstellung aus richterlicher Sicht ist die Autobiografie des früheren Bundesverfassungsrichters und BAG-Präsidenten *Thomas Dieterich: Ein Richterleben*². Erfahrungen und Einsichten eines an der Entwicklung des Arbeitsrechts für die Gewerkschaften maßgeblich Beteiligten vermittelt die hier anzuzeigende Monografie. *Michael*

1. Januar 2018. Weitere Bestrebungen für ein Mindestentgelt der Solo-Selbständigen, vergleichbar mit dem HSI-Vorschlag, finden sich in den Niederlanden auch im Vorhaben der jetzigen Koalition für 2020. Die Forderungen nach Mindesthonoraren (Mindestentgelt) für Selbständige in Tarifverträgen konnten sich in den Niederlanden bislang kaum durchsetzen. Die Schaffung eines wirkungsvollen Statusfeststellungsverfahrens bleibt höchst dringlich. Auf dem Arbeitsmarkt wird die Ungewissheit darüber wohl noch bis 2020 andauern. Bis dahin ist der Weg mit vielen roten Ampel versehen – daneben das Schild: Ignorieren des roten Lichts wird nicht bestraft!

²⁷ Conen/Schippers/Schulze Buschoff (Fn. 4), S. 42.

Kittner war nicht nur von 1972 bis 1996 als Justiziar der IG Metall, sondern an vielfältigen arbeitsrechtlichen Stellen meinungsbildend tätig. Bei aller Verschiedenheit der richterlichen und der gewerkschaftlichen Sicht auf das Arbeitsrecht haben *Dieterichs* und *Kittners* Berichte gemeinsam, dass sie die zum großen Teil selbst erlebten Vorgänge mit vielen bisher nicht bekannten Einzelheiten und einem aus persönlichem Erleben herrührenden Engagement so schildern, dass der Leser am Ende meint, er sei dabei gewesen. Dass *Kittner 50 Urteile* in den Mittelpunkt seines Buches stellt, heißt nicht, dass einfach nur eines nach dem anderen abgespult wird. Vielmehr werden die Urteile durchweg in einen größeren Zusammenhang gestellt, mit Vorgeschichte und Nachwirkungen, sodass sie jeweils den Höhepunkt einer spannenden Erzählung, bisweilen sogar eines juristischen Dramas bilden. *Kittner* verbindet dabei das aktuelle juristische und sozialpolitische Interesse mit der Sichtweise des Historikers, der die Aktualität aus der Vergangenheit ableitet, ja er ist geradezu zum Historiker geworden.

II. Der Allgemeine Teil

Das Buch beginnt mit einer Einführung, die seinen Allgemeinen Teil bildet. Zuerst werden die dem Verfasser

¹ Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, Bd. III, Tübingen 2013.

² *Dieterich*, Ein Richterleben: im Arbeits- und Verfassungsrecht, Berlin 2016.

besonders wichtigen BAG-Präsidenten vorgestellt, *Hans C. Nipperdey* und *Thomas Dieterich*. Mit *Nipperdey* verbindet ihn eine Art Hassliebe, einerseits Anerkennung seiner großen Verdienste um das Arbeitsrecht als Wissenschaftler und Richter, andererseits Misstrauen wegen seiner »unergründlichen Geschmeidigkeit bei allen Seiten- und Systemwechseln« (S. 14). Die Anerkennung von *Nipperdeys* Leistung ist umso gewichtiger, als sie anscheinend widerwillig erfolgt. Bei *Dieterich* ist das anders; hier fallen fachliche Bewunderung und persönliche Sympathie zusammen. Sein Name werde immer mit einer sozialstaatlichen Wende und grundrechtlichen Aufladung des Arbeitsrechts verbunden sein (S. 14). In der Tat, bei dem Ausbau des kollektiven Arbeitsrechts und der Grundrechtsbindung des Individualarbeitsrechts führt eine (von *Sinzheimer* begonnene) Linie über *Nipperdey* zu *Dieterich*.

Besonders gewürdigt werden die bis vor kurzem wenigen Richterinnen des BAG, insbesondere *Marie-Luise Hilger* und die jetzige Präsidentin *Ingrid Schmidt*, die in dem Buch mit dem Flashmob-Urteil³ vertreten ist. Kritiker dieser Entscheidung werden mit dem Hinweis besänftigt, dass die Gewerkschaft es nicht wieder tun wolle (S. 331).

III. Die Auswahl der Urteile

Auf die Vorstellung der wichtigsten handelnden Personen folgt eine Vorstellung der 50 Urteile vom Reichsgericht bis zum EuGH, ausgewählt vor allem, weil sie Rechtsgeschichte gemacht haben. Man mag die Begrenzung für zu eng und die Auswahl als unvollständig erachten, doch lässt sich darüber immer streiten. Die 50 ausgewählten Urteile machen nicht nur mit vielen wichtigen Stützpfeilern des Arbeitsrechts bekannt, sondern auch mit dem Geist, in dem sich die gerichtliche Abstimmung von Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen vollzieht. Subjektiv geprägt ist die überdurchschnittliche Berücksichtigung des kollektiven Arbeitsrechts, das die zweite Hälfte des Buches einnimmt, während sich das Individualarbeitsrecht die erste Hälfte mit dem Rückblick auf Kaiserreich und Weimarer Republik teilen muss. Für diese Gewichtung muss man bei einem Gewerkschaftsjuristen Verständnis haben, zumal sie mit besonderer Kenntnis der einzelnen Vorgänge verbunden ist.

Als große Linien der ausgewählten Urteile treten im Individualarbeitsrecht die »Domestizierung« der freiwil-

ligen Arbeitgeberleistungen und der Kampf gegen Diskriminierung, vor allem von Frauen, hervor, und im Betriebsverfassungsrecht die zunehmende Mitbestimmungsfreundlichkeit der Rechtsprechung. Das Urteil des Verfassers über die Rechtsprechung zum Koalitions- und Tarifvertragsrecht fällt dagegen zwiespältig aus. Hier stört ihn nicht nur die beschränkte Zulassung tariflicher Differenzierungs- und Effektivklauseln, sondern auch das noch nicht abschließend geklärte Verhältnis großer und kleiner Gewerkschaften. Mit der Rechtsprechung zum Arbeitskampfrecht ist er ganz zufrieden.

IV. Kaiserreich und Weimarer Republik

Nach diesem einleitenden Überblick geht es auf S. 23–72 zu den Quellen des Arbeitsrechts im Kaiserreich und in der Weimarer Republik, deren juristische Vorgeschichte und politischer Hintergrund eingehend beschrieben wird. Der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts (RAG) wird, auch wo sie gegen Gewerkschaften ausging, bescheinigt, sie sei handwerklich korrekt und schlüssig begründet (S. 61). Die umstrittene Zwangsschlichtung wird leidenschaftslos geschildert. Aktuell ist der Bericht über das erste Urteil des RAG zum Arbeitnehmerbegriff, das bereits auf die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten abstellt. *Kittner* betont den Einfluss *Alfred Huecks* auf Begründung und Entstehung des Begriffs, dessen Ergebnisse in § 611a BGB kodifiziert und auch für die Arbeitsverhältnisse der digitalisierten Welt grundlegend seien (S. 66 ff.).

Auch für die Begrenzung von Freiwilligkeitsvorbehalten sieht *Kittner* die Grundlage bereits in einem Urteil des RAG⁴. Von dort zieht er eine Linie über die Rechtsprechung des BAG bis zu dem von *Preis*⁵ angekündigten langsamen Todes des Freiwilligkeitsvorbehalts. Mit *Kittner* (S. 72) wird sich der Leser fragen, ob *Preis* langfristig Recht behalten wird.

V. Individualarbeitsrecht

Kittners Vorstellung von 16 Urteilen zum Individualarbeitsrecht zeigt eindrucksvoll, wie lange Zeit von der

3 BAG, 22. 9. 2009 – 1 AZR 972/08 – AP Nr. 174 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

4 RAG, 15. 6. 1929 – 180/29 – RAGE 4, 65.

5 *Preis*, NZA 2009, 281.

Rechtsprechung praktizierte Grundsätze mit Hilfe der Wissenschaft im Interesse aller Arbeitnehmer oder einzelner Arbeitnehmergruppen immer wieder aufgegeben wurden und durch andere Grundsätze ersetzt wurden. Dies betrifft besonders die Gleichstellung von Frauen und Männern sowie Arbeitnehmern und Angestellten, die Arbeitnehmerhaftung, die sachgrundlose Befristung, die Verfallbarkeit betrieblicher Altersversorgung, die Weiterbeschäftigung gekündigter Arbeitnehmer, die Zölibatsklausel und Rückzahlungsklauseln. *Kittner* zeigt, wie sich das Verhältnis von Rechtsprechung und Gesetzgebung in solchen Fällen umkehrt.

Bei der noch nicht abgeschlossenen Entwicklung der Bedeutung der Unternehmerentscheidung für die betriebsbedingte Kündigung, des Betriebsübergangs, der Altersdiskriminierung und der »Whistleblower« zeigt *Kittner* auf, in welche Richtung die Entwicklung geht. So wird der Leser mitten in den Fluss des Arbeitsrechts gestellt. Bereits bewahrheitet hat sich die Vorhersage *Kittners* (S. 129), dass der EuGH als »weißer Ritter« in den Streit über die Kündigung katholischer Chefärzte wegen Wiederheirat eingreifen werde. *Kittner* schlägt hier eine Brücke zu dem Urteil des BAG⁶, das den Arbeitskampf in kirchlichen Einrichtungen begrenzte. Diese Gegenüberstellung wird zu der Frage führen, ob die Besonderheit der kirchlichen Einrichtungen nicht auch im kollektiven Arbeitsrecht geringer zu gewichten ist.

VI. Mitbestimmung

Unter dieser Überschrift werden acht Entscheidungen zum Betriebsverfassungsrecht vorgestellt, dazu das grundlegende Urteil des BVerfG⁷ zum Mitbestimmungsrecht. *Kittner* (S. 191) weist auf den wegen des Zweitstimmrechts des von den Anteilseignern bestellten Aufsichtsratsvorsitzenden leicht unterparitätischen Charakter des Gesetzes hin, meint aber, dass sich die Gewerkschaften mit dem bestehenden Ausmaß an Beteiligung arrangiert hätten. Wichtiger sei ihnen die Verteidigung des Status quo gegenüber europäischen Gesellschaftsformen. In der Tat hat sich die Frontlinie hier nach Europa verschoben.

Die Betriebsverfassung beginnt mit dem Urteil des BAG⁸, mit dem die sog. Topf-Theorie etabliert wurde, nach der sich die Mitbestimmung der Betriebsräte zwar nicht auf die Füllung von Töpfen zusätzlichen Arbeitsent-

gelts erstreckt, wohl aber auf deren Leerung, dh. die Verteilungsgrundsätze. Im Zusammenhang damit berührt *Kittner* (S. 184 ff.) das von der Rechtsprechung anerkannte Günstigkeitsprinzip im Verhältnis von Betriebsvereinbarung und Arbeitsvertrag, vom 1. Senat des BAG neuerdings durch großzügige Annahme einer stillschweigenden Betriebsvereinbarungsoffenheit von Arbeitsverträgen ausgehöhlt⁹. *Kittner* nimmt daran keinen Anstoß, sondern betrachtet es als starkes Argument für eine frühzeitige Einbeziehung des Betriebsrats und Ausweis dafür, welch qualitativen Sprung das BetrVG 1972 für kollektive Kontrollmechanismen gebracht hat (S. 186). Die Bedenken des 4. Senats¹⁰ werden notiert, aber nicht kommentiert.

Die weiteren von *Kittner* vorgestellten Urteile zum Betriebsverfassungsrecht zeigen, wo die Grenzen der betrieblichen Mitbestimmung im Verhältnis zu Arbeitgebern und Tarifparteien verlaufen und wie die Mitbestimmung durch Initiativrechte und Unterlassungsansprüche geschützt werden kann. Durch zwei Urteile des BAG zur Mitbestimmung bei der EDV-Überwachung von Arbeitnehmern und zum Arbeitsschutz bei Bildschirmarbeit wird die Zukunftsfähigkeit der betrieblichen Mitbestimmung belegt.

VII. Koalitionsfreiheit/Tarifvertrag

Die dazu vorgestellten sechs Urteile betreffen vor allem organisatorische Fragen wie die Gewerkschaftseigenschaft, das Verhältnis konkurrierender Gewerkschaften, Differenzierungsklauseln zu Lasten von Außenseitern sowie Effektivklauseln gegen die Anrechnung übertariflicher Leistungen auf Tarifierhöhungen, ferner das DGB-Schiedsgericht.

6 BAG, 20. 11. 2012 – 1 AZR 179/11 – AP Nr. 179 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

7 BVerfG, 1. 3. 1979 – 1 BvR 532/77 ua. – BVerfGE 50, 290.

8 BAG, 12. 6. 1975 – 3 ABR 13/74 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Altersversorgung.

9 BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972. Ebenso jetzt BAG, 30. 1. 2019 – 5 AZR 450/17 – AP Nr. 25 zu § 611 BGB Sachbezüge unter Berufung auf arbeitsrechtliche Besonderheiten, ein Beleg für die Eigenständigkeit von Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit.

10 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

VIII. Arbeitskampf

Ihm gilt das besondere Interesse *Kittners*. Die vorgestellten elf Urteile zeigen im Einzelnen die Entwicklung von Taktik und Recht der Arbeitskämpfe und der sie begrenzenden Friedenspflicht. Die Entwicklung ist auch hier noch nicht abgeschlossen, wie *Kittner* mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH zeigt. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte dürfte hier eine zunehmende Rolle spielen.

Regulating Strikes in Essential Services: A Comparative »Law in Action« Perspective

Sammelband von Moti (Mordehai) Mironi/Monika Schlachter, 2018, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 616 S. (ISBN 9789041189974), 150,-€

Das Arbeitsvölkerrecht, sei es in Gestalt von ILO-Übereinkommen, sei es in Gestalt von Rechtsakten des Europarates, wurde von den Vertragsstaaten lange Zeit – im besten Fall – ignoriert. Der Grund dafür ist schlicht darin zu sehen, dass Verstöße dagegen entweder gar keine rechtlichen Konsequenzen nach sich ziehen oder die vorgesehenen Sanktionen keine ernstzunehmende Drohkulisse darstellen. Deshalb wurde das Arbeitsvölkerrecht zuweilen als »zahnloser Tiger« bezeichnet.¹ Die mangelnde praktische Relevanz schlug sich auch im fehlenden Interesse der (Arbeits-)Rechtswissenschaft nieder, sich mit Fragen der Wechselwirkung von Arbeitsvölkerrecht und nationalem Recht auseinanderzusetzen. Eine (wohlthuende) Ausnahme bildete diesbezüglich im deutschsprachigen Raum seit jeher *Monika Schlachter* – eine der beiden HerausgeberInnen des zu rezensierenden Werkes.

Arbeitsvölkerrecht und Streikrecht

Freilich hat das Arbeitsvölkerrecht in den letzten Jahren einen beeindruckenden Bedeutungszuwachs erfahren. Verantwortlich dafür zeichnen in erster Linie EuGH und EGMR, wie sich am Streikrecht zeigen lässt. Hatte zunächst

IX. Fazit

Das Buch führt Anfänger sehr gut verständlich in die komplizierte Materie ein und kann sie dafür begeistern. Dem Fortgeschrittenen öffnet sie mit historischem Sinn, juristischer Kunst und Insider-Wissen neue Pforten der Erkenntnis. Vielen Dank dafür.

Prof. em. Dr. Peter Hanau,
Universität zu Köln

der EGMR noch die Ansicht vertreten, dass Art. 11 EMRK nicht dazu verpflichte, ArbeitnehmerInnen ein subjektives Streikrecht einzuräumen, da es im sozialpolitischen Ermessensspielraum der Vertragsstaaten liege, mit welchen Mitteln sie das Grundrecht auf Koalitionsfreiheit sicherstellen,² so ist spätestens seit der Rs. *Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei* die neue Linie des Gerichtshofs erkennbar, dass das Streikrecht vom materiellen Schutzgehalt des Art. 11 EMRK erfasst ist.³ Als Begründung für diesen Judikaturwechsel werden im Wesentlichen entsprechende Verpflichtungen, die sich aus dem Arbeitsvölkerrecht, vor allem dem ILO-Übereinkommen Nr. 87, ergeben, angeführt. Kurz zuvor hatte bereits der EuGH – noch vor Inkrafttreten des Art. 28 GRC – das Recht auf Durchführung einer kollektiven Maßnahme einschließlich des Streikrechts als europäisches Grundrecht anerkannt.⁴ Auch in diesem Fall bildete das Arbeitsvölkerrecht die dogmatische Grundlage dafür.⁵

Spätestens seit diesem Zeitpunkt ist also klar, dass das Arbeitsvölkerrecht und damit auch das ILO-Übereinkommen Nr. 87 kein bloßer Papiertiger (mehr) ist, sondern das Potential hat, die nationalen Rechtsordnungen, wenn auch über Umwege, zu beeinflussen – eine Erkenntnis, die insbesondere für Österreich von zentraler Bedeutung ist, da hier die Existenz eines Streikrechts die längste Zeit verneint und lediglich auf eine einfachgesetzlich garantierte

1 *Nußberger*, RdA 2012, 271; *Simma*, in: Matscher (Hrsg.), Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte: eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme, Kehl ua. 1991, S. 79.

2 Vgl. bloß EGMR, 6.2.1976 – 5589/72 – juris (Schmidt und Dahlström/Schweden).

3 EGMR, 21.4.2009 – 68959/01 – NZA 2010, 1423 (*Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*).

4 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (*Vikinig*), Rn. 44.

5 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (*Vikinig*), Rn. 43.

»Streikfreiheit« verwiesen wurde. In Anbetracht der beschriebenen Entwicklungen und vor allem auf Grund dessen, dass die EMRK in Österreich im Verfassungsrang steht, lässt sich diese Lesart nicht mehr aufrechterhalten. Auch in Österreich wird daher inzwischen – unter dem Eindruck der Entwicklungen im Arbeitsvölkerrecht – überwiegend von einem verfassungsrechtlich garantierten, subjektiven Streikrecht ausgegangen.⁶ Damit ist aber bereits der kleinste gemeinsame Nenner identifiziert. In welchem Umfang dieses Recht zusteht, wer sich darauf berufen kann und in welchen Fällen es beschränkt werden darf, ist hoch umstritten. Denn das Arbeitsvölkerrecht, mit dessen Hilfe das Streikrecht zuweilen konkretisiert wird, ist bis dato nur wenig wissenschaftlich ausgeleuchtet.

Nicht zuletzt aus diesem Grund haben *Moti Mironi* und *Monika Schlachter* die Aufgabe übernommen, im Rahmen eines internationalen Forschungsprojektes die Auswirkungen des Arbeitsvölkerrechts auf die rechtliche Erfassung des Streiks in der Daseinsvorsorge zu analysieren. Die Ergebnisse wurden mit dem vorliegenden Sammelband einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Untersucht wurde, ob das Arbeitsvölkerrecht zur Sicherstellung eines Streikrechts auch im heiklen Bereich der »Daseinsvorsorge« (»essential services«) verpflichtet und wie gegebenenfalls einzelne ausgewählte Staaten mit der Herausforderung umgehen, dennoch die Versorgung der Bevölkerung mit essentiellen Dienstleistungen sicherzustellen.

Konzept und Methodik

Diese Forschungsfragen werden anhand von vierzehn Länderberichten erarbeitet, die neben europäischen Staaten auch Kanada, die Vereinigten Staaten von Amerika, Brasilien, Südafrika, Israel und Japan abdecken. Auf diese Weise sollen allgemeine »Grundsätze, Erkenntnisse, Ideen und Leitbilder für einen effektiven, fairen und tragbaren Umgang mit Streiks in der Daseinsvorsorge sowie deren Regulierung« entwickelt werden (vgl. S. 7). Dies soll im Wege eines umfassenden und multidisziplinären Rechtsvergleichs geschehen. Dass gerade dieser Zugang gewählt wurde, ist wohl damit zu erklären, dass sich das Arbeitsvölkerrecht nicht explizit zum Streik in der Daseinsvorsorge äußert. Zwar hat sich der Ausschuss für Vereinigungsfreiheit (CFA) der ILO bereits mehrmals mit dem Streik im Bereich der sozialen Daseinsvorsorge befasst. Mehr als

grobe Eckpfeiler hat aber auch das CFA im Rahmen seiner Spruchpraxis nicht einschlagen können: An sich bejaht der Ausschuss auch hier ein Recht zu streiken, allerdings sind Beschränkungen, die unter bestimmten Voraussetzungen sogar bis zum Ausschluss reichen können, zum Schutz der Rechte und Interessen Dritter (zB. Bürger, Konsumenten oder Patienten) zulässig. Der Ermessensspielraum der einzelnen Staaten ist mit anderen Worten groß.

Das zeigen und bestätigen die Länderberichte eindrucksvoll: Der Umgang mit Streiks in der Daseinsvorsorge ist vielfältig und von unterschiedlichen Zugängen geprägt. Zwar haben die Herausgeber versucht, eine Matrix zu entwickeln (S. 16), die es ermöglichen soll, Gemeinsamkeiten und Unterschiede besser identifizieren zu können. So wird zwischen solchen Modellen unterschieden, bei denen bereits im Vorhinein (durch Gesetz oder andere Rechtsakte) sowohl definiert wird, was unter »essentiellen« Dienstleistungen (»essential services«) zu verstehen ist, als auch, in welchem Ausmaß das Streikrecht beschränkt werden darf, und solchen, bei denen beide Parameter erst im Anlassfall konkretisiert werden. Es gibt aber auch alle denkbaren Formen von Mischsystemen. Mehr als eine erste Grobgliederung vermag demnach auch diese Matrix nicht zu leisten. Denn, dass das eine oder das andere Modell »streikfreundlicher« bzw. »streikfeindlicher« ist, scheint nicht der Fall zu sein. Entscheidend ist vielmehr der sozialpolitische Hintergrund bzw. das politische Umfeld, in dem die Regelungen entstanden sind. Darauf weisen die AutorInnen mehrmals hin und mahnen deshalb zu Recht zur Vorsicht, beim Versuch zu generalisieren (zB. S. 519). Die Matrix dient daher eher als Strukturelement denn als Filter, um inhaltliche Unterschiede oder Gemeinsamkeiten herauszudestillieren.

Das wäre freilich gerade für eine Rechtsordnung, wie die österreichische, von großem Interesse, die weder ein explizit garantiertes Streikrecht kennt, noch Parameter für die Zulässigkeit kollektiver Maßnahmen vorsieht, geschweige denn ein eigenes Regelwerk für Streiks im Bereich der Daseinsvorsorge bereithält. In Österreich muss man sich also mit allgemeinen Prinzipien begnügen, will man diesem Phänomen Herr werden.⁷ Es fragt sich allerdings, ob dies wirklich ein Nachteil ist, wenn man sich die Erfahrungen aus den unterschiedlichen Länderberichten vor Augen hält.

⁶ Vgl. bloß *Marhold*, DRdA 2015, 414 ff.

⁷ S. bloß *Jabornegg*, RdM 2009, 235 ff.

Der schillernde Begriff der »essential services«

So stellt bereits die Definition des Begriffs »Daseinsvorsorge« bzw. »essential services« ein schwieriges Unterfangen dar. Während einige Staaten diesen Begriff lediglich auf bestimmte Kernbereiche der sogenannten Hoheitsverwaltung, wie Polizei oder Militär beschränken, gehen andere Staaten viel weiter und schließen auch die Gesundheits- und Wasserversorgung (Australien), das Bestattungswesen und die Müllabfuhr (Brasilien) oder gar den Denkmalschutz (Polen) mit ein. Andere nehmen überhaupt die gesamte öffentliche Verwaltung vom Streikrecht aus. Wiederum andere sehen lediglich eine abstrakte Definition vor, die auf den Schutz der Rechte Dritter verweist, und die Konkretisierung im Einzelfall den Gerichten überlässt (Italien). Ein gemeinsamer Nenner lässt sich somit nicht erkennen.

Auch die Spruchpraxis des ILO-Komitees trägt in diesem Zusammenhang wenig zur Konkretisierung bei. Der Begriff der »essential services« wird vom Ausschuss grundsätzlich eng verstanden. Darunter werden lediglich Dienstleistungen subsumiert, die durch öffentliche Bedienstete im Wege der Hoheitsverwaltung erbracht werden und deren Unterbrechung eine Gefahr für das Leben, die Sicherheit und die Gesundheit der gesamten oder eines Teils der Bevölkerung bedeuten könnte.⁸ Auf viele der in den Länderberichten angeführten Beispiele für »essentielle Dienstleistungen« trifft diese Definition nicht zu, entweder weil es um Dienstleistungen geht, die nicht (mehr) von der öffentlichen Hand, sondern von Privaten organisiert werden oder weil keine Gefahr für Leben und Gesundheit anderer vom Streik ausgeht, dennoch aber berechnete Interessen Dritter (zB. Bildung) beeinträchtigt werden. Das enge Verständnis des CFA erklärt sich daraus, dass in Bezug auf diese eng verstandenen »essentiellen« Dienstleistungen sogar ein gänzlich Verbot kollektiver Maßnahmen, einschließlich des Streiks, zulässig wäre. Wie die Länderberichte zeigen, ist freilich ein gänzlich Verbot von Streiks im Bereich der Daseinsvorsorge die Ausnahme. In den meisten Fällen sind Streiks durchaus erlaubt, sie unterliegen aber bestimmten – mehr oder weniger strengen – Restriktionen. Derartige Beschränkungen sind nach der Spruchpraxis des Ausschusses zulässig, und zwar über den schmalen Bereich der »essential services« »im engeren Sinne« hinaus. Das gilt gerade für die öffentliche Verwaltung (»public services«),⁹ konkret zB. für Richter oder Zoll-

beamte.¹⁰ Es stellt daher keineswegs einen Verstoß gegen das Arbeitsvölkerrecht dar, wenn Staaten den Begriff der Daseinsvorsorge bzw. »essential services« weiter fassen, solange damit kein absolutes Streikverbot, sondern allenfalls Beschränkungen des Streikrechts einhergehen.

Darüber hinaus hat das CFA selbst ausdrücklich festgehalten, dass die Frage, was »essentielle Dienstleistungen« sind, nicht abstrakt beantwortet werden kann, sondern von den konkreten Umständen im jeweiligen Staat abhängt.¹¹ So wurden bereits die Aufrechterhaltung des Telefonnetzes, die Reinigung von Schulen und die Versorgung von Schülern mit Essen als »essentielle Dienstleistungen« vom Ausschuss qualifiziert,¹² obwohl in den genannten Fällen das strenge Begriffsverständnis der »essential services« in der Regel nicht erfüllt sein wird, zumal derartige Tätigkeiten heutzutage vielfach nicht mehr von öffentlichen Bediensteten, sondern von »Privatangestellten« ausgeführt werden. Mit anderen Worten: Der Begriff der »Daseinsvorsorge« muss keineswegs in jedem Staat immer dasselbe bedeuten.¹³ Das veranschaulichen die Länderberichte eindrucklich. Der Erkenntnisgewinn des vorliegenden Sammelbandes in diesem Punkt liegt also weniger in der Identifizierung eines »harten Kerns« von essentiellen Dienstleistungen, sondern ganz im Gegenteil in der Verdeutlichung, um welchen schillernden Begriff es sich dabei handelt und welche unterschiedliche Ausprägung er in der Praxis erfahren hat. Daraus ließe sich allenfalls ableiten, dass der Versuch, eine abschließende und konkrete Liste von »essentiellen Dienstleistungen« zu erstellen, wenig Aussicht auf Erfolg hat. Tatsächlich haben diesen Weg auch nur die wenigsten der referierten Staaten (zB. Brasilien) eingeschlagen. Die meisten verzichten entweder zur Gänze auf eine gesetzliche Definition und überlassen die Konkretisierung des Begriffs den Gerichten (zB. Deutschland) oder beschränken sich auf eine sehr allgemein gehaltene, abstrakte Beschreibung, die allenfalls durch Beispiele konkretisiert wird (zB. Italien).

8 ILO, Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO, 5. Aufl. Genf 2006, Rn. 541.

9 ILO, Freedom of Association (Fn. 11), Rn. 572 ff.

10 ILO, Freedom of Association (Fn. 11), Rn. 578 f.

11 ILO, Freedom of Association (Fn. 11), Rn. 582.

12 ILO, Freedom of Association (Fn. 11), Rn. 585.

13 ILO, Freedom of Association (Fn. 11), Rn. 582.

Rechtsvergleichung und Streikrecht

Wenn aber bereits die Festlegung, was »essentielle Dienstleistungen« sind, anerkanntermaßen dem weiten soziapolitischen Ermessensspielraum der einzelnen Staaten unterliegt und das Arbeitsvölkerrecht hier keinen substantiellen Beitrag zur Vereinheitlichung zu leisten vermag, so überrascht es nur wenig, dass dies umso mehr für die Frage gelten muss, wie die Staaten mit Streiks in diesen Bereichen umgehen und welche Sicherungsmaßnahmen im Einzelnen ergriffen werden. Die Länderberichte offenbaren eine bemerkenswerte Vielfalt an unterschiedlichen Zugängen (S. 529 ff.). Die Bandbreite reicht von primär formalen Beschränkungen, wie die Einhaltung von Vorankündigungsfristen und Informationspflichten (Italien), über die Verpflichtung zur Durchführung eines Schlichtungsverfahrens (Südafrika), bis hin zu staatlichen Eingriffsrechten (Australien, Israel). Es ist erstaunlich, auf welcher unterschiedlichen Weise die einzelnen Staaten ein und dasselbe Ziel verfolgen, nämlich die Versorgung der Bevölkerung mit »essentiellen« Dienstleistungen sicherzustellen.

Gleichzeitig ist der Befund aber auch ernüchternd. Denn die Systeme sind so unterschiedlich, dass sich Gemeinsamkeiten kaum herausdestillieren lassen, wie auch im Rahmen der rechtsvergleichenden Analyse treffend festgehalten wird (S. 552). Es drängt sich daher die Frage auf, welche Schlüsse sich aus der Gegenüberstellung der einzelnen Länderberichte ziehen lassen. Tatsächlich beschränken sich die Schlussfolgerungen (»Conclusions«) aus den Länderberichten auf gerade einmal eine Druckseite, was in Anbetracht des Gesamtumfangs des Werkes mit knapp 550 Seiten doch bemerkenswert

kurz erscheint. Die Kernaussage beschränkt sich auf den lapidaren Satz, dass »im Vergleich, alle Rechtssysteme sehr unterschiedlich sind« (S. 552). Die eingangs formulierte Hoffnung, die Studie könnte einen Beitrag leisten, um »Grundsätze, Erkenntnisse, Ideen und Leitbilder für einen effektiven, fairen und tragbaren Umgang mit Streiks in der Daseinsvorsorge sowie deren Regulierung« (S. 8) zu entwickeln, bleibt also letztlich weitgehend unerfüllt.

Freilich wurde von Anfang an darauf hingewiesen, dass das primäre Ziel des Sammelbandes ein anderes ist: Es soll die Vielzahl an unterschiedlichen Modellen zur Bewältigung dieses Problemkreises dargestellt und der soziologische, kulturelle, politische und konstitutionelle Kontext, in dem diese entstanden sind, beleuchtet werden (S. 8). Beides gelingt den Länderberichten zweifellos. Vor allem die vielfältigen Hintergrundinformationen zum gesellschaftlichen und politischen Umfeld, in dem die jeweiligen Regelungen eingebettet sind, bieten eine wichtige Hilfestellung, um das rechtliche System zu verstehen. In jedem Länderbericht findet man zahlreiche Beispiele aus der Praxis für Streiks im Bereich der Daseinsvorsorge und es wird eingehend erläutert, wie Politik und Gesellschaft darauf reagiert haben. Somit erklärt sich auch der Hinweis im Titel des Sammelbandes, dass es um Rechtsvergleichung »in action« geht. Darin unterscheidet sich das vorliegende Werk wohlthuend von vielen anderen rechtsvergleichenden Studien und leistet auf diese Weise einen wichtigen Beitrag zum besseren Verständnis dieses komplexen Problemkreises.

*Univ.-Prof. Dr. Elias Felten,
Johannes Kepler Universität Linz*

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

Abhandlungen

- **Edoardo Ales: EU-Betriebsräte und transnationale Bestimmung der Arbeitsbedingungen**
- **Dirk Bieresborn: Verarbeitung ärztlicher Befunde und Gutachten im arbeits- und sozialrechtlichen Kontext im Lichte des neuen Datenschutzrechts**

Rezensionsaufsätze

- Simon Gerdemann, **Transatlantic Whistleblowing** (Ninon Colneric)
- Marc Reuter, **Ghettorenten** (Karl-Jürgen Bieback)
- Hubertus Reinbach, **Das gewerkschaftliche Streikmonopol** (Bernd Waas)



SEI STARK. KITTNER.

DER NEUE MIT PLUS

PRINT:

- Konzentriert lesen
- Wissen vertiefen
- Wichtige Stellen markieren



ONLINE:

- Unterwegs nutzen
- Nach Stichwörtern suchen
- Immer aktuell sein

JETZT BESTELLEN:

www.mein-kittner.de · kontakt@bund-verlag.de · Bestellhotline 069 / 79501020


**BUND
VERLAG**



Thüsing / Denzer

Rechtssichere Betriebsratsvergütung

Praxishandbuch

2019. 209 Seiten, gebunden

€ 39,90

ISBN 978-3-7663-6790-7

www.bund-verlag.de/6790

Betriebsräte Rechtssicher und gerecht vergütet

Betriebsratsmitglieder müssen fair bezahlt werden. Doch was heißt das? Wie funktioniert das »Lohnausfallprinzip«? Und wie können langjährig freigestellte Betriebsratsmitglieder an der Gehaltsentwicklung im Unternehmen teilnehmen, wenn sie gar nicht mehr regulär arbeiten? Das Handbuch erläutert die rechtlichen Grundlagen der Betriebsratsvergütung. Es gibt Hilfen für die Praxis und weist Wege auch da, wo gesicherte Rechtsprechung bislang nicht zur Verfügung steht. Es werden die verschiedenen Situationen anhand von Beispielen erläutert. Checklisten erleichtern das Verständnis und die Umsetzung.

Die Kernthemen:

- > Grundbegriffe der Betriebsratsvergütung
- > Entgeltentwicklung von Betriebsratsmitgliedern
- > Benennen von Vergleichspersonen
- > Begriff des Entgelts
- > Zivilrechtliche Rechtsfolgen
- > Abschluss eines Vergleichs

Vorteile auf einen Blick

- > Auswertung und Einordnung der neuesten Rechtsprechung
- > Haftungsfragen – Regelungen durch Betriebsvereinbarung
- > Formulierungshilfen für die Praxis
- > Checklisten

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6790 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6790-7	Thüsing / Denzer Rechtssichere Betriebsratsvergütung	39,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Postfach
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

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