

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Verarbeitung ärztlicher Befunde und Gutachten im arbeits- und sozialrechtlichen Kontext im Lichte des neuen Datenschutzrechts

Dirk Bieresborn Seite **245**

EU-Betriebsräte und transnationale Festlegung der Arbeitsbedingungen: Auf der Suche nach einem Kompromiss zwischen Tarifautonomie und Mitwirkung

Edoardo Ales Seite **258**

Rezensionsaufsätze

Simon Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing – Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowing in den USA und seine Bedeutung für Deutschland

Ninon Colneric Seite **267**

Hubertus Reinbach, Das gewerkschaftliche Streikmonopol – der Streik zwischen Verfassung und Völkerrecht

Bernd Waas Seite **274**

Marc Reuter, Ghettorenten – Probleme einer Konkretisierung des Begriffs »Beschäftigungs-/Arbeitsverhältnis«

Karl-Jürgen Bieback Seite **278**

Die schönste Zeit des Jahres



Heilmann

Urlaubsrecht

Basiskommentar zum BUrlG und
zu anderen urlaubsrechtlichen Vorschriften
6., aktualisierte und überarbeitete Auflage
2019. 403 Seiten, kartoniert
€ 34,90

ISBN 978-3-7663-6871-3

www.bund-verlag.de/6871

Kompakt und verständlich erläutert der Basiskommentar das gesamte Urlaubsrecht. Neben der ausführlichen Kommentierung zum Bundesurlaubsgesetz enthält er alle weiteren wesentlichen Vorschriften: Vom tariflichen Urlaubsrecht über die gesetzlichen Zusatzurlaube und Regelungen zur Elternzeit bis zu den landesrechtlichen Bildungs- und Weiterbildungsurlauben.

Der Kommentar behandelt alle Grundlagen wie Länge und zeitliche Lage des Urlaubs, Urlaubsgeld oder Erkrankung während des Urlaubs. Außerdem erläutert er die grundlegenden Neuerungen, basierend auf der Rechtsprechung von Bundesarbeitsgericht und Europäischem Gerichtshof.

Die wichtigsten Themen der Neuauflage:

- › Entstehen und Erlöschen von gesetzlichen Urlaubsansprüchen bei Sonderurlaub
- › Abgeltung von Urlaub während dauerhafter Arbeitsunfähigkeit und bei Wechsel von Teilzeit zu Vollzeit
- › Übertragbarkeit von Resturlaub ins Folgejahr
- › Geltendmachung und Verfall von Urlaubsansprüchen
- › Vererbbarkeit von Urlaubsabgeltungsansprüchen

Soziales Recht

5/2019
ISSN 2193-5157
Oktober 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.

Verarbeitung ärztlicher Befunde und Gutachten im arbeits- und sozialrechtlichen Kontext im Lichte des neuen Datenschutzrechts*

Dr. Dirk Bieresborn, Richter am Bundessozialgericht

I. Einleitung

Seit dem 25. Mai 2018 gelten sowohl die DSGVO¹ in den EU-Mitgliedstaaten² als auch die nF. des BDSG³ sowie des 1. und 10. Buches des SGB (SGB I und SGB X)⁴ in Deutschland. Der unmittelbare Geltungsanspruch der DSGVO für sämtliche Verarbeitungsvorgänge von personenbezogenen Daten vorbehaltlich der Ausnahmen in Art. 2 Abs. 2 DSGVO⁵ betrifft auch die Verarbeitung ärztlicher Befunde und Gutachten durch Arbeitgeber und Sozialleistungsträger.

II. Verarbeitung ärztlicher Daten nach der DSGVO

Die DSGVO enthält neben althergebrachten Grundsätzen des Datenschutzrechts wie der Zweckbindung der Datenverarbeitung und der »Datenminimierung« (Art. 5 Abs. 1 DSGVO) eine Rechenschaftspflicht (*accountability*) des Verantwortlichen (Art. 5 Abs. 2 DSGVO), der stets nachweisen können muss, dass die Voraussetzungen einer rechtmäßigen Verarbeitung vorliegen. Jede Datenverarbeitung im Anwendungsbereich der DSGVO bedarf unabhängig davon, ob sie durch öffentliche oder nicht-öffentliche Stellen erfolgt, einer Rechtsgrundlage, die zum Teil in Art. 6 Abs. 1 DSGVO unmittelbar vorgeben wird (zB. lit. a: *Einwilligung*, lit. b: *Vertragserfüllung*⁶, lit. f: *Wahrnehmung berechtigter Interessen*⁷), zum Teil aber auch der Konkretisierung durch die Mitgliedstaaten bedarf (zB. lit. c: *Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung*, lit. e: *Wahrnehmung einer im öffentlichen Interesse liegenden Aufgabe*).

Art. 9 Abs. 1 DSGVO untersagt wiederum grundsätzlich die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, zu denen auch Gesundheitsdaten zählen. Dies sind nach Art. 4 Nr. 15 DSGVO Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen

Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen. Art. 9 Abs. 2 DSGVO nennt sodann verschiedene Ausnahmetatbestände, die entweder wiederum eine unmittelbare Verarbeitungsbefugnis begründen (zB. lit. a: *ausdrückliche Einwilligung*, lit. f: *Verteidigung von Rechtsansprüchen*), oder wieder einer weiteren Spezifizierung durch die Mitgliedstaaten bedürfen (zB. lit. b: *Ausübung von aus dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozial-schutzes erwachsenden Rechte und Pflichten*).⁸

Ferner enthält die DSGVO umfassende Betroffenenrechte wie Informationspflichten (Art. 13, 14), das Auskunftsrecht (Art. 15), Widerspruchsrecht (Art. 21), Recht auf Berichtigung »unrichtiger personenbezogener Daten« (Art. 16), Recht auf Löschung (»Recht auf Vergessenwerden« – Art. 17), Recht auf Einschränkung der Verarbeitung

* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf dem 12. Hans-Böckler-Forum 2019 in Berlin gehalten hat.

1 VO (EU) Nr. 2016/679 v. 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der RL 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016, L 119/1; ABl. 2016, L 314/72; ABl. 2018, L 127/2, im Folgenden: DSGVO.

2 In Kraft seit dem 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im ABl. EU (Art. 99 Abs. 1 DSGVO).

3 IdF. Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz (DSAnpUG-EU) v. 30. 6. 2017, BGBl. I, S. 2097.

4 IdF. Gesetzes zur Änderung des Bundesversorgungsgesetzes und anderer Vorschriften (BVGÄndG) v. 17. 7. 2017, BGBl. I, S. 2541. Das 2. DSAnpUG-EU war zum Zeitpunkt der Drucklegung durch den Bundestag verabschiedet, jedoch stand die Zustimmung durch den Bundesrat noch aus. S. Referentenentwurf Drs. 19/4674 sowie Beschlussempfehlung Drs. 19/11181 und Plenarprotokoll 19/107 v. 27. 6. 2019.

5 S. zu Ausnahmen bei der Ausübung ausschließlicher persönlicher oder familiärer Tätigkeiten sowie den Tätigkeiten von Strafverfolgungs- und Gefahrenabwehrbehörden Bieresborn, NZS 2017, 887, 891.

6 Öffentliche Stellen müssen aber im Hinblick auf die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 GG) zuständig sein, vgl. für Sozialversicherungsträger § 30 SGB IV.

7 Hierauf können sich gem. Satz 2 nur private Datenverarbeiter berufen.

8 S. auch Erwg. 54 DSGVO sowie Albrecht, CR 2016, 88, 97.

(Art. 18) und Recht auf Datenübertragbarkeit (Art. 20). Diese Rechte werden teilweise unmittelbar durch Unionsrecht eingeschränkt (zB. Art. 13 Abs. 4, Art. 14 Abs. 5, Art. 21 Abs. 1 DSGVO).⁹

III. Die (verbliebene) Rolle des nationalen Rechts

Den nationalen Datenschutz-Vorschriften wie BDSG und SGB I/X und den LDSG sowie sonstigen Spezialnormen kommt künftig nur noch die durch Art. 6 Abs. 2 und 3 DSGVO ermöglichte Rolle der Konkretisierung und Präzisierung zu, zB. der Verarbeitungsgrundlagen von Art. 6 Abs. 1 lit. c bzw. e oder Art. 9 Abs. 2 lit. c DSGVO, die jeweils einer am Rechtsstaatsprinzip zu messenden weiteren Regelung bedürfen.¹⁰ Darüber hinaus füllen sie dort, wo Öffnungsklauseln bestehen, den geöffneten Rahmen durch eigene Regelungen aus.¹¹ Für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes übernimmt dies der nicht abschließende¹² § 26 BDSG im Rahmen der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO.¹³ § 67b Abs. 1 S. 3 SGB X begrenzt – im Rahmen der Ermächtigung in Art. 9 Abs. 4 DSGVO – die Übermittlung von biometrischen, genetischen und Gesundheitsdaten, sofern diese Sozialdaten sind.¹⁴

Die in § 67 SGB X definierten Sozialdaten bilden eine eigene – nun abschließend geregelte (§ 35 Abs. 2 SGB I) – spezifische Datenkategorie nach deutschem Recht: Es handelt sich um personenbezogene Daten (Art. 4 Nr. 1 DSGVO), die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle im Hinblick auf ihre Aufgaben nach dem SGB verarbeitet werden. Diese gelten als im erhöhten Maße schutzbedürftig, weil sie typisierend betrachtet iSd. aus einer Kombination der Grundrechte aus Art. 2 Abs. 1 GG und Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Rechts auf informationelle Selbstbestimmung¹⁵ näher an die Privatsphäre heranreichen als andere Daten. Jedoch zählen viele, aber nicht alle Sozialdaten zu den »besonderen Kategorien von Daten« iSv. Art. 9 Abs. 1 DSGVO. § 78 SGB X erweitert den Anwendungsbereich der SGB X-Normen auf in § 35 SGB I nicht genannte Stellen oder Personen, an die Daten befugt übermittelt wurden (sog. verlängerter Datenschutz), die zudem nur zu dem Zweck verwendet werden dürfen, zu dem sie übermittelt wurden.¹⁶ Die Betroffenenrechte werden im Rahmen der Öffnungsklausel Art. 23 DSGVO durch §§ 32 ff. BDSG bzw. §§ 82 ff. SGB X weiter beschränkt.

IV. Ärztliche Schweigepflicht und Datenschutzrecht

§ 1 Abs. 3 S. 2 BDSG und § 35 Abs. 2a SGB I bestimmen ausdrücklich, dass die Datenschutzbestimmungen Geheimhaltungspflichten und damit auch die ärztliche Schweigepflicht unberührt lassen. Letztere ist elementarer Bestandteil des Verhältnisses zwischen Arzt und Patient, da ärztliches Handeln unauflöslich auf Vertrauen und der ethischen Anforderung an den Arzt, dem zu genügen, basiert.¹⁷ Strafrechtlich wird die unbefugte »Offenbarung von Daten, die einer Person anvertraut wurden, die aufgrund ihres Berufes oder einer besonderen Amtsstellung zur Geheimhaltung verpflichtet ist«, gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1 und 2 StGB verfolgt.¹⁸ Daneben können bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Patienten den Arzt Schadensersatzpflichten nach §§ 280 Abs. 1, 241

9 S. BT-Drs. 18/12611, S. 118.

10 Vgl. BT-Drs. 18/12611, S. 110. Die Abgrenzung von lit. c und e ist str., s. nur *Frenzel*, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DSGVO BDSG, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Paal/Pauly, DSGVO BDSG), Art. 6 DSGVO Rn. 16 u. 23; hingegen *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Kühling/Buchner, DSGVO/BDSG), Art. 6 DSGVO Rn. 78 u. 116 sowie *Kramer*, in: Eßer/Kramer/Lewinski (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 6. Aufl., Köln 2018 (im Folgenden: Eßer/Kramer/Lewinski, DSGVO/BDSG), Rn. 37, die Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO nur als Grundlage für denjenigen, der an öffentliche Stellen Daten übermitteln muss, ansehen; vgl. zum »Doppeltürmodell« BVerfG, 20.4.2016 – 1 BvR 966/09 – NJW 2016, 1781, 1803.

11 Krit. *Kühling*, NJW 2017, 1985, 1986; *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600f.

12 Andere Verarbeitungsbefugnisse des Art. 9 Abs. 2, zB. lit. g und h, sind neben lit. b zu berücksichtigen, *Gola*, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), BDSG, 13. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Gola/Heckmann, BDSG), § 26 Rn. 140; s.u. VII.2.

13 Wobei str. ist, ob die Mitgliedstaaten auch einen »strengeren« Datenschutz einführen können, verneinend *Hanloser*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz), Teil V Kap. 1 Rn. 9 ff. mit ausführlichen Hinweisen zur Entstehungsgeschichte; bejahend Eßer/Kramer/Lewinski-Forst, DSGVO/BDSG (Fn. 10), Art. 88 DSGVO Rn. 4; Paal/Pauly-Pauly, DSGVO BDSG (Fn. 10), Art. 88 DSGVO Rn. 4.

14 Ausführlich *Spranger*, MedR 2017, 864, 866; s. auch Erwg. 53.

15 BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 – BVerfGE 65, 1, 42 (Volkszählung); s. auch BVerfG, 12.4.2005 – 2 BvR 1027/02 – BVerfGE 113, 29, 45 f. und BVerfG, 4.4.2006 – 1 BvR 518/02 – BVerfGE 115, 320, 342. Zum Verhältnis des GG zur DSGVO: *Bieresborn*, NZS 2017, 887.

16 Vgl. BayVGh, 31.1.2014 – 11 CS 13.2216 – juris, Rn. 13.

17 So *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, 7. Aufl., München 2015 (im Folgenden: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht), Kap. IX Rn. 3; vgl. auch BVerfG, 6.6.2006 – 2 BvR 1349/05 – MedR 2006, 586; BGH, 9.12.1958 – VI ZR 203/57 – BGHZ 29, 46, 52; § 9 Musterberufsordnung für Ärzte (MBOÄ); *Deitmar*, MedSach 2011, 223.

18 *Roos*, in: von Wulffen/Schütze (Hrsg.), SGB X, 8. Aufl., München 2014 (im Folgenden: von Wulffen/Schütze, SGB X), § 100 Rn. 3.

Abs. 2 BGB¹⁹ sowie § 823 Abs. 1 BGB treffen.²⁰ Seit dem 9. November 2017²¹ sind auch berufsmäßig tätige Gehilfen oder zur Vorbereitung auf den Beruf tätige Personen in die Strafbarkeit miteinbezogen, die durch den Berufsgeheimnisträger zur Geheimhaltung verpflichtet werden müssen (§ 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 StGB).²² Die Schweigepflicht gilt auch zwischen Ärzten.²³

Bezugspunkt der ärztlichen Schweigepflicht ist das »Geheimnis«, dh. eine Tatsache, die nur einem bestimmten, abgrenzbaren Personenkreis bekannt ist und an deren Geheimhaltung der Patient ein »verständliches«, also sachlich begründetes und damit schutzwürdiges Interesse hat.²⁴ Eine Offenbarungsbefugnis kann sich aus Gesetz oder Einwilligung des Patienten ergeben.²⁵ Denkbar ist auch das Eingreifen eines rechtfertigenden Notstands (§ 34 StGB), wenn der Arzt zur Verteidigung eigener Ansprüche (Wahrnehmung berechtigter Interessen) oder zum Schutz höherwertiger Rechtsgüter (zB. bei Gefahr eines »begleiteten Suizides«)²⁶ die Schweigepflicht gegenüber zuständigen Behörden oder Gerichten bricht.

Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen als auch diejenigen zur ärztlichen Schweigepflicht gelten nebeneinander, wobei diejenige mit den strengeren Anforderungen jeweils durchgreift.²⁷ Daher ist sowohl bei Übermittlungsvorgängen zwischen Arzt und Drittem als auch bei betriebs-/behördeninterner Datenweitergabe von Beratungs- bzw. Betriebsärzten stets zu unterscheiden, ob eine datenschutzrechtliche Verarbeitungsgrundlage besteht, die gleichzeitig die Offenbarungsbefugnis iSd. Strafnorm sein kann,²⁸ oder ob zusätzlich eine den Straftatbestand des § 203 StGB ausschließende Entbindung von der Schweigepflicht und Einwilligung in die Übermittlung vorliegen muss (sog. Zwei-Schranken-Prinzip)²⁹. Die bloße Schweigepflichtentbindung muss hierbei nicht den strengen Einwilligungsvoraussetzungen der DSGVO genügen, sondern kann zB. auch konkludent erfolgen.³⁰

V. Das Gutachten als Datum?

Unter einem Gutachten wird im Unterschied zu bloßen medizinischen Stellungnahmen die umfassende wissenschaftliche Bearbeitung einer relevanten fachlichen Fragestellung durch einen Sachverständigen verstanden.³¹ Laut BGH ist ein unzureichend anonymisiertes sozialmedizinisches

Gutachten mit personenbezogenen Daten auch als Teil einer Akte eines sozialgerichtlichen Verfahrens mangels strukturierter Sammlung keine Datei iSv. Art. 3 Abs. 1, Art. 2 lit. c der Datenschutz-RL 95/46/EG, sodass deren Anwendungsbereich nicht eröffnet sei.³² Künftig ist zwar die Auslegung des Begriffs »Dateisystem« dem EuGH vorbehalten, um aber ein datenschutzrechtliches Vollregime unabhängig von der Reichweite der DSGVO anzubieten, bestimmen § 1 Abs. 8 BDSG sowie § 35 Abs. 2 S. 2 SGB I, dass DSGVO und BDSG vorbehaltlich abweichender gesetzlicher Regelungen entsprechende Anwendung für sonstige nicht in den Anwendungsbereich fallende Verarbeitungen finden.

Fraglich ist, ob die bisherige zu Sozialdaten vertretene Rechtsauffassung, dass bloße Werturteile wie Gutachtenergebnisse im Unterschied zu Anknüpfungstatsachen und Befundtatsachen keine Daten sind,³³ in der Rechtsprechung

19 Kullmann, MedR 2001, 343 ff.; Laufs/Katzenmeier/Lipp-Katzenmeier, *Arztrecht* (Fn. 17), S. 290.

20 Wagner, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 6, 7. Aufl., München 2017, § 823 Rn. 178 ff.; Katzenmeier, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), *BGB Schuldrecht* Bd. 2/2, 3. Aufl., Baden-Baden 2016, § 823 Rn. 177 ff.

21 § 203 StGB idFv. 30.10.2017 (BGBl. I, S. 3618).

22 Cornelius, NJW 2017, 3751.

23 Baur, *MedSach* 2006, 79, 81; vgl. BSG, 7.5.2019 – B 2 U 25/17 R – zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen.

24 Fischer, *StGB*, 66. Aufl., München 2019, § 203 Rn. 4; Ulsenheimer, in: Laufs/Kern (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl., München 2019, § 66 Rn. 1.

25 Zum Streit, ob eine Einwilligung bereits den Tatbestand oder die Rechtswidrigkeit ausschließt, Fischer, *StGB* (Fn. 24), § 203 Rn. 60 mwN.

26 Hirthammer-Schmidt-Bleibtreu/Wiese, *MedR* 2017, 199 zur Germanwings-Katastrophe 2015.

27 Dix, in: Simitis (Hrsg.), *BDSG*, 8. Aufl., Baden-Baden 2014 (im Folgenden: Simitis, *BDSG*), § 1 (aF.) Rn. 185; Deitmar, *MedSach* 2011, 223.

28 ZB. wenn sich diese auf das Berufsgeheimnis bezieht, wie § 76 SGB X, vgl. BSG, 22.6.1983 – 6 RKa 10/82 – BSGE 55, 150; Kühling/Buchner-Weichert, *DSGVO/BDSG* (Fn. 10), Art. 9 DSGVO Rn. 50.

29 Dochow, *GesR* 2016, 405; Kühling/Buchner-Weichert, *DSGVO/BDSG* (Fn. 10), Art. 9 DSGVO Rn. 146.

30 Schmidt/Rombey, in: Halbach (Hrsg.), *Handbuch Betrieb und Personal*, 225. Lfg., Bonn 2018 (im Folgenden: Halbach, *Handbuch Betrieb und Personal*), Kap. 2 Rn. 48; vgl. auch Kaltenstein, *MedSach* 2001, 60, 61.

31 BSG, 5.2.2008 – B 2 U 8/07 R – BSGE 100, 25, Rn. 16, 19, 26 bzw. BSG, 5.2.2008 – B 2 U 10/07 R – UV-Recht Aktuell 2008, 917, Rn. 16, 19, 26; vgl. HessLSG, 24.10.2011 – L 3 U 50/11 und LSG Baden-Württemberg, 28.10.2011 – L 8 U 5734/10 – UV-Recht Aktuell 2012, 271, Rn. 42 ff. sowie LSG Baden-Württemberg, 23.10.2015 – L 8 U 1012/14 – UV-Recht Aktuell 2016, 177, Rn. 34.

32 BGH, 29.11.2016 – VI ZR 530/15 – NJW 2017, 800, Rn. 24.

33 LSG Niedersachsen-Bremen, 15.3.2007 – L 12 AL 195/07; LSG Berlin, 12.2.2003 – L 10 AL 87/02 – juris; LSG Berlin, 17.12.2003 – L 11 B 28/03 SB – juris; LSG Niedersachsen-Bremen, 25.9.2003 – L 8 AL 233/03 – juris; vgl. SG Trier, 3.9.2004 – S 6 U 19/04 – juris.

des EuGH Bestand haben wird.³⁴ Etwaigen Berichtigungs-, Verarbeitungseinschränkungs- oder Löschanforderungen gegenüber Gutachterwertungen wird man jedenfalls mit dem Instrumentarium der Art. 17 Abs. 3, 18 Abs. 2 DSGVO und § 84 Abs. 2 SGB X bzw. § 35 BDSG begegnen können.

VI. Datenschutzrechtliche Stellung von Ärzten und Gutachtern

»Verantwortlicher« für die Datenverarbeitung ist gem. Art. 4 Nr. 7 DSGVO der oder die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Bei festangestellten Ärzten, die als Arbeitnehmer oder im Rahmen einer Dienstvereinbarung höherer Art in den Organisationapparat eingegliedert sind, ist dies stets der Arbeitgeber.³⁵

Der gerichtliche Sachverständige ist demgegenüber zwar Gehilfe,³⁶ nicht aber Mitglied des Gerichts, sondern erfüllt mit der Sachverständigentätigkeit wie ein Zeuge eine staatsbürgerliche Pflicht.³⁷ Damit ist er nicht Teil der datenschutzrechtlich verantwortlichen Stelle »Gericht« oder des Spruchkörpers³⁸ und demgemäß stets Dritter iSv. Art. 4 Nr. 10 DSGVO.

Fraglich ist, ob niedergelassene oder bei anderen Verantwortlichen tätige Ärzte Auftragsverarbeiter im Verhältnis zu der das Gutachten in Auftrag gebenden Stelle sein können. Dies ist deshalb von Relevanz, weil diese dann nicht Verantwortliche iSv. Art. 4 Nr. 7 DSGVO sind und – auch wenn der Auftragsverarbeiter nunmehr neben dem Verantwortlichen eigene Rechte und bußgeldbewehrte Pflichten³⁹ hat – sie nicht die Informationspflichten gem. Art. 13, 14 DSGVO treffen. Zudem liegt dann auch keine Übermittlung von Daten im Verhältnis zum verantwortlichen Auftraggeber vor, weil gem. Art. 4 Nr. 10 DSGVO der Auftragsverarbeiter nicht Dritter ist.⁴⁰ Da nach der DSGVO auch das Erheben zu den Verarbeitungsvorgängen gehört,⁴¹ hat die Unterscheidung zwischen Erheben und Übermitteln zwar seine Bedeutung verloren; bei Sozialdaten kommt ihr wegen der zusätzlichen Beschränkungen in § 67b SGB X sowie der Hinweispflichten nach § 76 Abs. 2 SGB X jedoch nach wie vor Relevanz zu.⁴²

Wann Auftragsverarbeitung überhaupt vorliegt, wird wie bisher weder in der DSGVO noch im BDSG oder im

SGB definiert.⁴³ Nach den zur bisherigen Rechtslage vertretenen Ansichten ist entweder Bedingung, dass keine Funktionsübertragung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer stattfindet⁴⁴ oder dass der Auftragnehmer kein eigenes Interesse an den von ihm zu verarbeitenden Daten hat.⁴⁵ Wichtigstes Kriterium ist der Verbleib der Entscheidungsbefugnis über die Daten bei der übertragenden Stelle und die fehlende Einräumung eines eigenen inhaltlichen Bewertungs- oder Ermessensspielraums des Auftragnehmers⁴⁶ und damit die strikte Weisungsgebundenheit des letzteren gegenüber dem Verantwortlichen hinsichtlich der Datenverarbeitung, wie sie nun auch Art. 29 DSGVO voraussetzt. Dies erfordert kein abhängiges Beschäftigungsverhältnis iSv. § 7 SGB IV, sondern es genügt eine sonstige durch Weisungsrechte geprägte Sonderbeziehung.⁴⁷

Problematisch ist, dass der medizinische Gutachter idR. Daten in Form von Befundtatsachen durch eigene Fragen aufgrund besonderer Sachkunde erhebt, was stets als eige-

34 Einen Ansatz bietet EuGH, 17.7.2014 – C-141/12 ua. – NVwZ-RR 2014, 736 (Y.S. gegen Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel), Rn. 39, wo zwischen personenbezogenen Daten und rechtlicher Analyse differenziert wird, in diesem Sinne auch EuGH, 20.12.2017 – C-434/16 – juris (Nowak/Data Protection Commissioner), Rn. 57.

35 Vgl. zu § 200 Abs. 2 SGB VII BSG, 5.2.2008 – B 2 U 8/07 R – BSGE 100, 25.

36 Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer (Hrsg.), SGG, 12. Aufl., München 2017 (im Folgenden: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG), § 118 Rn. 11a.

37 BGH, 5.10.1972 – III ZR 168/70 – BGHZ 59, 310: Er übt bei Erfüllung seines Auftrages zur Erstattung eines gerichtlichen Gutachtens auch keine öffentliche Gewalt aus und ist kein Beliehener, s. Taeger in: Taeger/Gabel (Hrsg.), Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. Aufl., Frankfurt aM. 2013 (im Folgenden: Taeger/Gabel, BDSG), § 28 BDSG (aF) Rn. 24.

38S. Vorlagebeschluss SG Wiesbaden, eingereicht am 1.4.2019 an EuGH (C-272/19).

39 Spyra/Schütze, RDV 2016, 285, 290.

40 Gola, K&R 2017, 145, 148; ebenso Schmitz/von Dall'Armi, ZD 2016, 427, 429; aA. Koos/Englisch, ZD 2014, 276, 284; vgl. Schmidt/Freund, ZD 2017, 14.

41 Ausführlich Bieresborn, NZS 2017, 926, 927 ff.; Freund/Shagdar, SGB 2018, 195 (Teil I) und dies., SGB 2018, 267 (Teil II).

42 Bieresborn, NZS 2017, 926, 928.

43 Auch § 80 SGB X regelt nur unter entsprechender Umformulierung des bisherigen § 67 Abs. 10 SGB X aF. das »Ob« der Auftragsverarbeitung bei Sozialdaten, nicht das »Wie«, vgl. BT-Drs. 18/12611, S. 1241.

44 Gola/Klug/Körffler, in: Gola/Schomerus (Hrsg.), BDSG, 12. Aufl., München 2015 (im Folgenden: Gola/Schomerus, BDSG), § 11 (aF) Rn. 9; Simitis-Petri, BDSG (Fn. 27), § 11 (aF) Rn. 22, ablehnend Plath, in: Plath (Hrsg.), BDSG, Köln 2013 (im Folgenden: Plath, BDSG), § 11 (aF) Rn. 27; Taeger/Gabel-Gabel, BDSG (Fn. 37), § 11 BDSG (aF) Rn. 16.

45 Völkel, PinG 2018, 189, 190 ff.

46 Gola/Schomerus-Gola/Klug/Körffler, BDSG (Fn. 44), § 11 (aF) Rn. 9; Wächter, CR 1991, 333; Plath-Plath, BDSG (Fn. 44), § 11 (aF) Rn. 28.

47 Bieresborn, in: Krasney/Becker/Heinz/Bieresborn (Hrsg.), SGB VII, Sankt Augustin 2018, § 200 Rn. 38 ff. mwN.; vgl. § 50 Abs. 1 S. 2 SGB II und § 398 SGB III idFv. 26.7.2016 (BGBl. I, S. 1824 ff.) und die amtliche Begründung BT-Drs. 18/8041, S. 58 u. 63.

ner, der Auftragsverarbeitung entgegenstehender Beurteilungsspielraum angesehen werden kann.⁴⁸ Diese der Art des Leistungsauftrags immanente Freiheit des Auftragnehmers kann man zugunsten der Annahme von Auftragsdatenverarbeitung nur dadurch kompensieren, dass der Auftraggeber zum einen den Zweck und Umfang der Fragen und den Zweck der Verwendung der Antworten zuvor festlegt, zum anderen ein Mindestmaß an bestehender Weisungsgebundenheit zB. hinsichtlich des Orts und der Methode der Untersuchung, des Zeitrahmens der Gutachtenserstellung oder der Anzahl der anzufertigenden Gutachten in einem bestimmten Zeitraum besteht.⁴⁹ Für diese Auslegung spricht nun auch Art. 4 Nr. 7 DSGVO, weil danach der Verantwortliche über Zweck und (!) Mittel der Datenverarbeitung bestimmt, der Arzt in diesen Fällen jedoch allenfalls die Mittel bestimmt⁵⁰, wie auch gem. Art. 28 Abs. 3 lit. a DSGVO der Vertrag Weisungsbefugnisse enthalten muss.

Nicht jeder öffentlich-rechtliche Rahmendienstvertrag höherer Art nach § 611 iVm. § 627 BGB begründet jedoch eine Auftragsverarbeitung,⁵¹ weil dann iE. jeder als Werkvertrag iSv. § 631 BGB zu wertende Gutachtensauftrag⁵² eine Auftragsdatenverarbeitung wäre, was iE. zB. § 200 Abs. 2 SGB VII bzw. § 17 Abs. 1 S. 2 SGB IX mangels eigenen Anwendungsbereichs gänzlich obsolet erscheinen ließe.⁵³

Auch bei Hinzuziehung weiterer Ärzte bei der Begutachtung zB. im Rahmen zulässiger Mitarbeit (§ 407a Abs. 2 ZPO) ist zu prüfen, ob diese Dritte im Verhältnis zum ernannten Gutachter sind (Art. 4 Nr. 10 DSGVO) – was zB. nicht der Fall ist, wenn die Voraussetzungen der Auftragsverarbeitung bestehen – oder eine wirksame Einwilligung vorliegt, weil sonst uU. eine unzulässige Datenübermittlung vom ernannten Gutachter als Verantwortlichen iSv. Art. 4 Nr. 7 DSGVO auf einen weiteren Dritten stattfindet.⁵⁴

VII. Erheben ärztlicher Daten

1. Erheben von Gesundheitsdaten durch den Arzt

Bei der Erhebung von Gesundheitsdaten – zB. Befundtatsachen – durch einen Arzt, sofern dieser nicht zB. als angestellter Mitarbeiter oder Auftragsverarbeiter Teil einer in § 35 SGB I genannten Stelle ist – handelt es sich nicht um Sozialdaten, und es greift – vorbehaltlich unmittelbar aus Art. 9

Abs. 2 DSGVO resultierender Verarbeitungsgrundlagen⁵⁵ – das BDSG ein bzw. gelten gem. § 1 Abs. 2 Nr. 2 BDSG die LDSG⁵⁶ oder aber andere bereichsspezifische Rechtsgrundlagen.⁵⁷

§ 22 BDSG konkretisiert als mitgliedstaatliche generelle Norm die Ausnahmetatbestände des grundsätzlichen Verbots der Verarbeitung besonderer Datenkategorien nach Art. 9 Abs. 2 lit. b, g, h und i DSGVO.⁵⁸ Der Arzt darf nur diejenigen Daten erheben, deren Kenntnis zur Erfüllung der in § 22 Abs. 1 Nr. 1 BDSG genannten Aufgaben – wie zB. die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit (lit. b) – erforderlich ist. Handelt der Arzt als Teil einer öffentlichen Stelle, muss die Datenverarbeitung, sofern nicht ein Erlaubnistatbestand nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 BDSG vorliegt, für die in § 22 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, c und d BDSG genannten Aufgaben zwingend erforderlich sein, sowie müssen die schutzwürdigen Interessen des Verantwortlichen an der Datenverarbeitung diejenigen des Betroffenen überwiegen.⁵⁹

Sofern die Datenerhebung aufgrund eines arbeits- oder sozialgerichtlichen Gutachtensauftrags erfolgt, finden die für den Sachverständigenbeweis einschlägigen §§ 402–413 ZPO – auch auf das Rechtsverhältnis zwischen Gutachter und zu begutachtender Personen (Proband)⁶⁰ – Anwendung.⁶¹ Unterschieden wird zwischen Anknüpfungstatsa-

48 S. zur Abgrenzung von zulässiger Auftragsdatenverarbeitung bei Call-Centern und Meinungsforschungsinstituten Plath-Plath, BDSG (Fn. 44), § 11 (aF) Rn. 30f.; Gola/Schomerus-Gola/Klug/Körffer, BDSG (Fn. 44), § 11 (aF) Rn. 9.

49 HessLSG, 23. 3. 2012 – L 9 U 27/11 – UV-Recht Aktuell 2012, 892; vgl. aber LSG Baden-Württemberg, 25. 10. 2013 – L 8 U 541/13 – UV-Recht Aktuell 2014, 312, Rn. 65 und LSG Bayern, 13. 6. 2013 – L 17 U 239/11 – juris, Rn. 19.

50 Vgl. Kühling/Buchner-Hartung, DSGVO/BDSG (Fn. 10), Art. 28 DSGVO Rn. 28.

51 So aber Rieger, NZS 2014, 890, 891; auch anscheinend SG Nürnberg, 16. 2. 2011 – S 15 U 34/07 – UV-Recht Aktuell 2011, 692.

52 Vgl. BGH, 17. 10. 2000 – X ZR 169/99 – NJW 2001, 514.

53 HessLSG, 23. 3. 2012 – L 9 U 27/11 – UV-Recht Aktuell 2012, 892; vgl. Putzo, in: Palandt, BGB, 78. Aufl., München 2019, § 627 Rn. 2.

54 Vgl. BSG, 7. 5. 2019 – B 2 U 25/17 R (zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen); Deitmar, MedSach 2011, 223, 227.

55 BT-Drs. 18/11325, S. 94f.

56 Vgl. BSG, 20. 7. 2010 – B 2 U 17/09 R – SGB 2011, 405ff.; Heberlein, SGB 2009, 724, 725.

57 S. zur Frage der Obduktion BSG, 15. 2. 2005 – B 2 U 3/04 R – BSGE 94, 149, 160; vgl. auch Erwg. 27.

58 BT-Drs. 18/11325, S. 94; vgl. Paal/Pauly-Frenzel, DSGVO BDSG (Fn. 10), § 22 BDSG Rn. 4.

59 BT-Drs. 18/11325, S. 95.

60 Becker, MedSach 2008, 85f.; s. zum Anwesenheitsrecht Dritter bei der Untersuchung Francke, in: Gagel/Francke/Bieresborn (Hrsg.), Der Sachverständigenbeweis im Sozialrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 285ff.

61 Bei letzteren über § 118 SGG, Becker, MedSach 2008, 85f.

chen, die vom Gericht selbst wegen des Grundsatzes der Beweisunmittelbarkeit festzustellen sind (s. § 355 ZPO sowie § 404 Abs. 3 ZPO), und Befundtatsachen, die der Sachverständige im Rahmen seiner Untersuchung selbst feststellt.⁶² Diese Grundsätze gelten auch im Verwaltungsverfahren nach § 26 VwVfG bzw. § 21 SGB X.

2. Beschäftigtendaten

Erfolgt die Erhebung von Gesundheitsdaten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses – zB. durch den Arbeitgeber nach § 5 EGFZG oder durch einen Betriebsarzt – gilt § 26 Abs. 3 BDSG, der auf die Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes abstellt. Ein nach § 2 ASiG⁶³ bestellter Betriebsarzt hat nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 ASiG die Pflicht, Arbeitnehmer zu untersuchen, arbeitsmedizinisch zu beurteilen und zu beraten sowie die Untersuchungsergebnisse zu erfassen und auszuwerten. Der Beschäftigte ist aber nur dann zur Teilnahme an der Untersuchung verpflichtet, wenn gesetzliche, tarifliche oder vertragliche Pflichten bestehen. Zu nennen sind in diesem Kontext Vorsorgeuntersuchungen, die durch Gesetze, Verordnungen, wie zB. nach § 43 InfSG, §§ 22–46 JArbSch, §§ 77 ff. StrlSchV, § 15 Abs. 2 MuSchG, § 4 ArbMedVV oder den Unfallverhütungsvorschriften der Berufsgenossenschaften vorgeschrieben sind,⁶⁴ sowie gesetzlich vorgeschriebene Eignungsuntersuchungen nach speziellen Normen wie § 48 FeV. Im Übrigen kann die Erhebung von Krankheitsdaten zur Geltendmachung, Ausübung und Verteidigung rechtlicher Ansprüche zulässig sein, bspw. für Zwecke der Lohn- und Gehaltsabrechnung.⁶⁵

Während gemäß § 26 Abs. 1 BDSG personenbezogene Daten nicht nur für dessen Durchführung oder Beendigung, sondern auch zur Begründung des Beschäftigungsverhältnisses verarbeitet werden dürfen, erwähnt § 26 Abs. 3 BDSG hinsichtlich der Verarbeitung besonderer Kategorien letztere Variante nicht, was den Umkehrschluss rechtfertigt, dass nach dieser Vorschrift im Bewerbungsverfahren zB. Gesundheitsdaten nicht verarbeitet werden dürfen. Jedoch stellt Art. 9 Abs. 2 lit. f DSGVO im Hinblick auf die Verteidigung eine unmittelbar geltende Befugnisnorm zur Verfügung, weil Arbeitgeber und Bewerber auch bereits im vorvertraglichen Stadium gegenseitige Schutzpflichten treffen und der Arbeitgeber Beweismittel für den anfechtungsgleichen Schadensersatzanspruch auf Befrei-

ung von seinen Vertragspflichten im Falle der Täuschung (§ 123 BGB) erfragen können muss.⁶⁶ Denkbar ist als datenschutzrechtliche Legitimationsgrundlage auch die Gesundheitsvorsorge Dritter nach Art. 9 Abs. 2 lit. h DSGVO. Diese Befugnisnormen wurden durch das BDSG weder im Rahmen der Öffnungsnorm des Art. 9 Abs. 4 DSGVO beschränkt, noch ist – unabhängig davon, ob Art. 88 DSGVO überhaupt strengere Normen durch die Mitgliedstaaten zulässt⁶⁷ – § 26 BDSG als gegenüber sonstigen Legitimationsgrundlagen in Art. 9 Abs. 2 DSGVO abschließende Regelung zu verstehen.⁶⁸

Einer Einwilligung des Betroffenen in die Verarbeitung besonderer Kategorien von Daten im Bewerbungsverfahren (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO) bedarf es aber nur, wenn keine der obigen Voraussetzungen gegeben ist, wie es zB. bei der Einführung eines betrieblichen Gesundheitsmanagements oder der Erlaubnis zur Privatnutzung von betrieblichen IT-Systemen oder der Aufnahme von Name und Geburtsdatum in eine Geburtstagsliste der Fall ist.⁶⁹ Dann muss aber die Einwilligung den Voraussetzungen des Art. 7 DSGVO entsprechen, selbst wenn in der Teilnahme an der Untersuchung eine konkludente Schweigepflichtentbindung zu sehen ist.⁷⁰

3. Sozialdaten

Zu Sozialdaten werden ärztliche Daten erst durch Erhebung seitens einer in § 35 SGB I genannten Stelle wie zB. Sozialversicherungsträger. Handelt ein Arzt als Angestellter oder Auftragsverarbeiter einer solchen Stelle, gilt § 67a

⁶² Becker, MedSach 2008, 85, 88 mwN.

⁶³ Gesetz über Betriebsärzte, Sicherheitsingenieure und andere Fachkräfte für Arbeitssicherheit v. 12.12.1973, BGBl. I, S. 1885.

⁶⁴ Halbach-Schmidt/Rombey, Handbuch Betrieb und Personal (Fn. 30), Kap. 2 Rn. 48; Stamer/Kuhnke, in: Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl., Köln 2018 (im Folgenden: Plath, DSGVO/BDSG), § 26 BDSG Rn. 62.

⁶⁵ Plath-Stamer/Kuhnke, DSGVO/BDSG (Fn. 64), § 26 BDSG Rn. 65

⁶⁶ Ausführlich Forgó/Helfrich/Schneider-Hanloser, Betrieblicher Datenschutz (Fn. 13), Teil V Kap. 1 Rn. 65 ff.

⁶⁷ Str., so Forgó/Helfrich/Schneider-Hanloser, Betrieblicher Datenschutz (Fn. 13), Rn. 9 ff. mit ausführlichen Hinweisen zur Entstehungsgeschichte; aA. Eßer/Kramer/Lewinski-Forst, DSGVO/BDSG (Fn. 10), Art. 88 DSGVO Rn. 4; Paal/Pauly-Pauly, DSGVO BDSG (Fn. 10), Art. 88 DSGVO Rn. 4.

⁶⁸ Gola/Heckmann-Gola, BDSG (Fn. 12), § 26 Rn. 3.

⁶⁹ BT-Drs. 18/11325, S. 97

⁷⁰ Kaltenstein, MedSach 2001, 60, 61; Forgó/Helfrich/Schneider-Bieresborn, Betrieblicher Datenschutz (Fn. 13), S. 1153.

Abs. 1 SGB X als eine Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO konkretisierende Norm, die auf die Erforderlichkeit zur Erfüllung von Aufgaben der einzelnen Bücher des SGB abstellt.⁷¹ Erteilt eine Behörde einen Gutachtenauftrag, ist § 21 SGB X die Rechtsgrundlage, wobei im Wesentlichen auf die Normen der ZPO verwiesen wird. Zur Vermeidung von Doppel- und Mehrfachuntersuchungen, die zu wiederholten Eingriffen in die Privatsphäre des Betroffenen und unnötigen Kosten sowie Verzögerungen der Durchführung der Verwaltungsverfahren führen würden, bestimmt § 96 SGB X, dass Untersuchungen in der Art und Weise vorgenommen und deren Ergebnisse so festgehalten werden sollen, dass sie auch bei der Prüfung der Voraussetzungen anderer Sozialleistungen verwendet werden können.⁷²

VIII. Weitergabe/Übermittlung ärztlicher Daten

1. Weitergabe innerhalb von Betrieb oder Behörde

Ist ein Arzt zB. als Betriebs- bzw. Beratungsarzt beim Verantwortlichen eingegliedert oder liegen die Voraussetzungen der Auftragsdatenverarbeitung vor, ist die Weitergabe der Daten nur eine Nutzung und keine Übermittlung,⁷³ die aber ihrerseits einer Legitimation nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO bedarf, weil auch das Ergebnis einer Untersuchung ein Gesundheitsdatum (Art. 4 Nr. 15 DSGVO) ist. Im Rahmen von vertraglich vereinbarten oder gesetzlich vorgesehenen Untersuchungen ist § 26 Abs. 3 BDSG eine hinreichende Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO konkretisierende Grundlage, das Ergebnis – zB. hinsichtlich bestehender Arbeitsunfähigkeit oder Eignung für eine Tätigkeit – dem Arbeitgeber mitzuteilen. Nur insoweit kann strafrechtlich in der Teilnahme an der Untersuchung eine konkludente Schweigepflichtentbindung gesehen werden.⁷⁴

Für die Übermittlung der Diagnosen ist hingegen eine zusätzliche Einwilligung mit Schweigepflichtentbindung erforderlich.⁷⁵ § 3 ASiG gibt dem Betriebsarzt ebenso wenig eine Befugnis, sämtliche Gesundheitsdaten des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber zu offenbaren, wie § 9 Abs. 1 ASiG zur Durchbrechung der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber dem Betriebsrat.⁷⁶ Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO steht stets unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, und

weder Arbeitgeber noch Betriebsrat benötigen zur Vertragsdurchführung die individuellen Diagnosedaten.

2. Beziehen ärztlicher Befunde durch Sozialleistungsträger

Da die Mitteilung medizinischer Daten für die Feststellung einer Vielzahl von Anspruchsvoraussetzungen in der Sozialversicherung und bei anderen Leistungsträgern erforderlich ist, bestimmt § 100 SGB X, dass Ärzte und Angehörige anderer Heilberufe Leistungsträgern gegenüber auskunftspflichtig sind, wenn die Auskunft zur Aufgabenerfüllung des Leistungsträgers erforderlich ist und die Auskunftserteilung für den auskunftspflichtigen Personenkreis entweder gesetzlich zugelassen (Abs. 1 S. 2 Nr. 1) ist – zB. § 275 SGB V, § 203 SGB VII – oder im Einzelfall die Einwilligung des Betroffenen (Abs. 1 S. 1 Nr. 2) vorliegt. Mit »gesetzlich zugelassen« sind nur Gesetze im formellen Sinne gemeint, weil die Verwaltung nicht ermächtigt werden sollte, per Verordnung oder Satzung die Schweigepflicht zu durchbrechen.⁷⁷ Bei Bestehen einer gesetzlichen Auskunftspflicht ist keine zusätzliche Einwilligung erforderlich.⁷⁸ Die Auskunftspflicht gilt nicht pauschal für eine Vielzahl von Fällen, sondern nur im konkreten eng auszulegenden Einzelfall.⁷⁹

⁷¹ Nach wie vor normiert § 67a Abs. 2 SGB X als Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsprinzips das Gebot der Direkterhebung, s. zB. BSG, 25.1.2012 – B 14 AS 65/11 R – BSGE 110, 75, Rn. 35; LSG Rheinland-Pfalz, 24.9.2009 – L 1 AL 59/08 – juris.

⁷² Von Wulffen/Schütze-Engelman, SGB X (Fn. 18), § 96 Rn. 2; s. krit. zur Umsetzungspraxis Haase, *GesundhW* 1998, 206, 209; Plagemann, *MedSach* 2000, 16, 17; zu Möglichkeiten und Grenzen s. weiter aus jur. Sicht Steinke, *MedSach* 2003, 85; aus med. Sicht Koss, *MedSach* 2000, 15; zur Begutachtung nach Aktenlage Berg, *MedSach* 2004, 88.

⁷³ Mangels Legaldefinition in DSGVO oder BDSG ergibt sich nur indirekt aus § 67d Abs. 1 SGB X, dass eine Übermittlung nach deutschem Rechtsverständnis nach wie vor nur die Weitergabe von Daten an einen Dritten (Art. 4 Nr. 10 DSGVO) ist.

⁷⁴ Halbach-Schmidt/Rombey, *Handbuch Betrieb und Personal* (Fn. 30), Kap. 2 Rn. 48.

⁷⁵ Es müssen aber für beide Rechtsbereiche die jeweiligen Anforderungen erfüllt sein, Kühling/Buchner-Weichert, *DSGVO/BDSG* (Fn. 10), Art. 9 DSGVO Rn. 49.

⁷⁶ Halbach-Schmidt/Rombey, *Handbuch Betrieb und Personal* (Fn. 30), Kap. 2 Rn. 49.

⁷⁷ Von Wulffen/Schütze-Roos, SGB X (Fn. 18), § 100 Rn. 8; aA. Sehnert, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB X, Bd. 2, Berlin 2019, K § 100 Rn. 14.

⁷⁸ BSG, 22.6.1983 – 6 RKA 10/82 – BSGE 55, 150; vgl. noch zu §§ 368 Abs. 2 S. 2, 369b RVO Baur, *BlStSozArbR* 1982, 380.

⁷⁹ BT-Drs. 9/95, S. 23.

3. Beziehen ärztlicher Daten durch sonstige Dritte

Werden Daten bei einem niedergelassenen Arzt durch eine nicht in § 35 SGB I genannte Stelle erhoben, haben beide die Voraussetzungen des § 22 BDSG einzuhalten. Darüber hinaus hat der Arzt die besonderen Zweckbindungsregelungen des § 24 BDSG zu beachten. Sofern keiner der dort genannten Fälle (Gefahrenabwehr, Verteidigung zivilrechtlicher Ansprüche) vorliegt, ist eine ausdrückliche Einwilligung erforderlich. Diese enthält dann zugleich eine stets erforderliche Schweigepflichtentbindung.⁸⁰ Dies gilt für öffentliche wie für nicht-öffentliche Stellen wie zB. private Versicherungsunternehmen, an die Daten übermittelt werden sollen.⁸¹ Auch Gerichte benötigen selbst bei bestehenden Amtsermittlungsbefugnissen für die Beiziehung ärztlicher Befunde eine Schweigepflichtentbindung, die nicht fingiert oder erzwungen werden kann.⁸² Im Falle des Widerrufs darf der Sachverständige das bereits erstellte Gutachten nicht übersenden und auch nicht bei einer Vernehmung als sachverständiger Zeuge die ihm zunächst anvertrauten Daten offenbaren.⁸³

4. Einholung von Gerichtsgutachten

Die Übermittlung der erhobenen und in einem Gutachten gespeicherten Daten an den Spruchkörper, der den Gutachtensauftrag erteilt hat, bedarf hingegen keiner weiteren Entbindungserklärung. Datenschutzrechtlich stellen §§ 402 ff. ZPO hinreichende Übermittlungsbefugnisnormen dar.⁸⁴ Zudem ist im freiwilligen Unterziehen einer ärztlichen Untersuchung eine konkludente, aber jederzeit widerrufbare Schweigepflichtentbindung zu sehen.⁸⁵ Bei Gutachten nach § 109 SGG erfolgt diese durch den Antrag, allerdings nur, wenn dieser persönlich, und nicht nur durch den Prozessbevollmächtigten erfolgte.⁸⁶ Die Entbindung soll sich aber nur auf die Tatsachen beziehen, deren Ermittlung zur sachgerechten Erledigung des Gutachtensauftrags erforderlich sind.⁸⁷ Eine Ausnahme soll auch dann gelten, wenn die Geheimnisse, die der Gutachter erfährt, außerhalb seines Gutachtensauftrags liegen.⁸⁸

IX. Weiter-Übermitteln ärztlicher Daten

Bei der (Weiter-) Übermittlung an andere Dritte sind insbesondere die Zweckbindungsregeln zu beachten.

1. Übermittlung durch öffentliche Stellen an andere öffentliche Stellen

Nach § 25 Abs. 3 iVm. Abs. 1 BDSG ist die Übermittlung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten durch öffentliche Stellen an öffentliche Stellen zulässig, wenn dies zur Erfüllung der in der Zuständigkeit der übermittelnden Stelle oder des Dritten, an den die Daten übermittelt werden, liegenden Aufgaben erforderlich ist und sowohl die Voraussetzungen des § 22 BDSG oder Art. 9 Abs. 2 DSGVO als auch die einer zweckändernden Verarbeitung nach § 23 BDSG vorliegen (zB. Nr. 3: *Abwehr erheblicher Nachteile für Gemeinwohl*). Gem. § 25 Abs. 1 S. 2 BDSG darf die empfangende öffentliche Stelle die Daten nur zu dem Zweck verarbeiten, zu dem sie ihr übermittelt wurden.

2. Übermittlung von öffentlichen an nicht-öffentliche Stellen

Die Übermittlung an nicht-öffentliche Stellen ist demgegenüber abgesehen von einem Tatbestand nach § 22 BDSG oder nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO zulässig, wenn einer der Katalogfälle des § 25 Abs. 2 BDSG vorliegt (zB. Nr. 1: *Aufgabenerfüllung der übermittelnden Stelle*, Nr. 3: *Geltendmachung rechtlicher Ansprüche*). Die empfangende Stelle muss zuvor eine Verpflichtungserklärung abgeben, die Daten nur zu diesem Übermittlungszweck zu verarbeiten.

⁸⁰ *Deitmaring*, MedSach 2011, 223, 226; Gola/Schomerus-Gola/Klug/Körffler, BDSG (Fn. 44), § 13 (aF) Rn. 22.

⁸¹ *Deitmaring*, MedSach 2011, 223, 226f.; s. auch *Bahemann*, MedSach 2011, 240, 243.

⁸² *Leitherer*, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt (Hrsg.), SGG, 12. Aufl., München 2017 (im Folgenden: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG), § 103 Rn. 14a. Allenfalls können bei Weigerung negative Schlussfolgerungen bei der Beweiswürdigung gezogen werden, vgl. zu § 103 SGG *Bieresborn*, Im Plenum 2010, 89f. sowie *ders.*, SGB 2010, 501, 504; s. bereits BSG, 30.09.1958 – 3 RJ 166/55 – SozR Nr. 40 zu § 128 SGG.

⁸³ AA. *Deitmaring*, MedSach 2011, 223, 226 sowie *dies.*, MedSach 2012, 26; vgl. zum Strafprozess BGH, 20.3.1990 – 1 StR 693/89 – BGHSt 36, 384; BGH, 23.8.1995 – 3 StR 163/95 – NJW 1996, 206.

⁸⁴ Vgl. BSG, 30.9.1958 – 3 RJ 166/55 – SozR Nr. 40 zu § 128 SGG.

⁸⁵ Die Freiwilligkeit besteht trotz der Mitwirkungslast des Klägers, vgl. *Deitmaring*, MedSach 2011, 223, 226.

⁸⁶ Vgl. Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt-*Leitherer*, SGG (Fn. 82), § 107 Rn. 6.

⁸⁷ Vgl. *Kaltenstein*, MedSach 2001, 60, 61.

⁸⁸ BGH, 28.10.1992 – 3 StR 367/92 – BGHSt 38, 369 zu § 53 StPO.

Damit wird der aus einer extensiven Auslegung des Art. 6 Abs. 4 DSGVO resultierenden Gefahr einer uferlosen zweckändernden Verarbeitung durch nicht-öffentliche Stellen begegnet, die sich im Falle einer zuvor erteilten Selbstverpflichtung nicht auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO) als Rechtsgrundlage berufen kann.⁸⁹

3. Übermittlung von Sozialdaten

Für die Übermittlung von Sozialdaten hat der deutsche Gesetzgeber von der Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 4 DSGVO⁹⁰ hinsichtlich der Übermittlung von Gesundheits- sowie genetischen und biometrischen Daten in § 67b Abs. 1 S. 3 SGB X Gebrauch gemacht. Diese dürfen nur auf Grundlage einer bestehenden normativen Befugnis nach §§ 68–77 oder einer anderen Rechtsvorschrift des SGB oder im Falle einer (mutmaßlichen) Einwilligung übermittelt werden.⁹¹ Sonstige Übermittlungsbe fugnisse nach der DSGVO sind damit ausgeschlossen. Eine wichtige Befugnisnorm zur eigenen Aufgabenerfüllung oder der des Empfängers, sofern dieser eine Stelle nach § 35 SGB I ist, bildet § 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X. Dies gilt auch bei Weiterleitungen von Reha-Anträgen nach § 14 SGB IX. Nach § 69 Abs. 4 SGB X sind Krankenkassen befugt, einem Arbeitgeber mitzuteilen, ob die Fortdauer einer Arbeitsunfähigkeit oder eine erneute Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers auf derselben Krankheit beruht.

§ 76 Abs. 1 SGB X beschränkt die Zulässigkeit der Übermittlung ärztlicher Sozialdaten darauf, dass der Arzt selbst übermittlungsbefugt wäre. Die Norm dient der »Verlängerung« des Arzt- bzw. Berufsgeheimnisses.⁹² Nach § 76 Abs. 2 SGB X gilt dies wiederum nicht im Rahmen des § 69 Abs. 1 Nr. 1 und 2 SGB X für Daten, die im Zusammenhang mit einer Begutachtung wegen der Erbringung von Sozialleistungen oder wegen der Ausstellung einer Bescheinigung übermittelt worden sind, es sei denn, dass der Betroffene der Übermittlung widerspricht. Der Betroffene ist von der verantwortlichen Stelle zu Beginn des Verfahrens in allgemeiner Form schriftlich auf das Widerspruchsrecht hinzuweisen (Nr. 1).⁹³ Das zusätzliche Widerspruchsrecht in § 76 Abs. 2 Nr. 1 SGB X wird in Fällen der notwendigen Kontrolle nach Abs. 3 eingeschränkt; da es

nicht mit dem in Art. 21 DSGVO normierten Widerspruchsrecht identisch ist, konnte es durch den nationalen Gesetzgeber ohne Beachtung der Voraussetzungen in Art. 23 DSGVO eingeschränkt werden.⁹⁴ Im Übrigen gilt auch bei Übermittlung von Sozialdaten an private Stellen, dass sich diese gem. § 78 S. 2 SGB X verpflichten müssen, die Daten nur zu diesem Übermittlungszweck zu verarbeiten.

4. Übermittlung durch Arbeitgeber

Die Rechtmäßigkeit der Weitergabe von Gesundheitsdaten durch den Arbeitgeber richtet sich wiederum gem. § 26 Abs. 3 BDSG danach, ob dies wegen einer rechtlichen Verpflichtung aus dem Arbeitsrecht oder der sozialen Sicherheit sowie Sozialschutz erforderlich ist und keine schutzwürdigen Interessen der Person entgegenstehen. Insofern erübrigt sich auch die im Zusammenhang mit dem betrieblichen Eingliederungsmanagement (BEM) aufgeworfene Frage, ob Betriebsrat, Personalrat oder Schwerbehindertenvertretung im Verhältnis zum Arbeitgeber Dritte iSv. Art. 4 Nr. 10 DSGVO sind⁹⁵, denn unabhängig davon beruht diese Verarbeitung auf § 26 Abs. 3 BDSG iVm. § 167 Abs. 1 SGB IX, die Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO konkretisieren. Einer zusätzlichen Einwilligung des Arbeitnehmers bedarf es dann zB. hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeits-Zeiten nicht.⁹⁶ Unabhängig davon kann der Betroffene seine Zustimmung auf die Beteiligung nur eines Teils der gesetzlich für das BEM vorgesehenen

⁸⁹ Bieresborn, NZS 2017, 926, 929.

⁹⁰ Ausführlich Spranger, MedR 2017, 864, 866; s. auch Erwg. 53.

⁹¹ Bieresborn, NZS 2017, 926, 928.

⁹² Rombach, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB X, Bd. 1/2, Lfg. 8/17, Berlin 2017, § 76 Rn. 1.

⁹³ LSG Niedersachsen-Bremen, 15.3.2007 – L 12 AL 195/07; ob ein nachträglicher Widerspruch zu beachten ist, ist str.; verneinend VGH Baden-Württemberg, 13.9.1983 – 4 S 1833/80 – Justiz 1984, 371; Lauterbach/Watermann, § 76 SGB X Anm. 12; bejahend LSG Niedersachsen-Bremen, 15.3.2007 – L 12 AL 195/05. Als höchstpersönliches Recht kann dieser nur vom Betroffenen selbst erhoben werden, LSG NRW, 14.7.2004 – L 17 U 15/02 – juris, Rn. 34.

⁹⁴ BT-Drs. 18/12611, S. 111.

⁹⁵ Verneinend BAG, 7.2.2012 – 1 ABR 46/10 – AP Nr. 4 zu § 84 SGB IX, Rn. 43 zur alten Rechtslage; Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), SGB IX, 5. Aufl., Baden-Baden 2019 (im Folgenden: LPK-SGB IX), § 167 Rn. 91; ausführlich Heuschmid, SR 2009, 1, 7 ff.

⁹⁶ Fabricius, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB IX, 3. Aufl., Saarbrücken 2018, § 167 Rn. 36.

Akteure beschränken.⁹⁷ Die im Rahmen des BEM erlangten Daten dürfen nur für Zwecke des BEM verwendet werden, nicht für arbeitsrechtliche Maßnahmen, und es dürfen allen Beteiligten mit Ausnahme des Betroffenen nur die Daten zur Verfügung gestellt werden, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigen, wozu regelmäßig nicht die Diagnosen gehören.⁹⁸

5. Übermittlung zur Durchführung von Gerichtsverfahren

Nach § 69 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Nr. 2 SGB X sind Sozialleistungsträger befugt, personenbezogene Daten zur Erfüllung eigener gesetzlicher Aufgaben auch für die Durchführung eines damit zusammenhängenden Gerichtsverfahrens zu übermitteln; bei ärztlichen Daten greift § 76 Abs. 2 SGB X ein, wenn es um die Gewährung von Sozialleistungen geht.

Zwischen Gerichten genügen die Amts-/Rechtshilfe-Normen als Übermittlungsgrundlage nicht, sondern es ist bei Fehlen entsprechender Normen eine Einwilligung der betroffenen Person einzuholen.⁹⁹ Sachverständigen-gutachten aus anderen gerichtlichen Verfahren dürfen gem. § 411a ZPO¹⁰⁰ als Sachverständigen-gutachten verwertet werden.¹⁰¹ Hierbei handelt es sich um eine durch Gesetz erlaubte zweckändernde Verarbeitung. Ebenso können bereits im Verwaltungsverfahren eingeholte Gutachten (von Nicht-Behördenangehörigen) auch im sozialgerichtlichen Verfahren urkundlich als Sachverständigen-gutachten verwertet werden.¹⁰² Gutachten behördeninterner Sachverständiger können hingegen aufgrund der besonderen Nähe zu einem Beteiligten allenfalls als besonders qualifizierter Parteivortrag gewürdigt werden.¹⁰³

X. Die Einwilligung

Nur wenn keine gesetzliche oder vertragliche Verarbeitungsgrundlage für die Datenverarbeitung vorhanden ist, bedarf es einer (ausdrücklichen) Einwilligung.¹⁰⁴ Dies gilt namentlich für die Beiziehung von ärztlichen Befunden durch Sozialleistungsträger, sofern keine spezielle gesetzliche Erhebungsbefugnis besteht.¹⁰⁵ Aus § 100 Abs. 1 Nr. 2 SGB X lässt sich entnehmen, dass in diesem Fall eine datenschutzrechtliche Einwilligung erforderlich

ist, die gleichzeitig den behandelnden Arzt von seiner Schweigepflicht entbindet, nicht hingegen die Datenerhebung datenschutzrechtlich auf § 67a SGB X gestützt werden und lediglich eine nicht förmliche Schweigepflichtentbindung zusätzlich erforderlich ist. Nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO setzt die datenschutzrechtliche Einwilligung eine freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, voraus. Eine Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO muss sich ausdrücklich auf die Verarbeitung der besonderen Kategorien von Daten beziehen.¹⁰⁶ Grundsätzlich ist bei der Einwilligung von ihrer Höchstpersönlichkeit auszugehen.¹⁰⁷ Bei Minderjährigen hängt die Wirksamkeit von deren Einsichtsfähigkeit ab, wobei diese grundsätzlich mit Erreichen der Handlungsfähigkeit mit dem 15. Lebensjahr (§ 36 SGB I) vorliegen dürfte.¹⁰⁸

97 BVerwG, 23. 6. 2010 – 6 P 8/09 – BVerwGE 137, 148; BAG, 22. 3. 2016 – 1 ABR 14/14 – AP Nr. 5 zu § 84 SGB IX; *Gutzler*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB IX, Lfg. 8/18, Berlin 2018 (im Folgenden: Hauck/Noftz, SGB IX), § 167 Rn. 56; *Schwab*, jM 2018, 150, 153. Davon zu trennen ist die Frage, ob der betriebliche Datenschutzbeauftragte auch diese Organe kontrollieren darf, was BAG, 11. 11. 1997 – 1 ABR 21/97 – AP Nr. 1 zu § 36 BDSG, Rn. 30 ablehnt, aber im Lichte von Art. 39 DSGVO zweifelhaft erscheint.

98 Hauck/Noftz-Gutzler, SGB IX (Fn. 97), § 167 Rn. 64.

99 Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer-Keller, SGG (Fn. 36), § 5 Rn. 5; s. auch *Kissel/Mayer*, GVg, 5. Aufl., München 2008, § 158 Rn. 53.

100 IdFd. Art. 10 Nr. 5 des Gesetzes v. 22. 12. 2006 (BGBl. I, S. 3416).

101 *Leopold*, in: Roos/Wahrendorf (Hrsg.), SGG, München 2014, § 118 Rn. 125.

102 BSG, 6. 5. 2019 – B 2 U 25/17 R (zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen); BSG, 30. 3. 2017 – B 2 U 181/16 B – ASR 2017, 169, Rn. 9.

103 Vgl. BSG, 14. 11. 2013 – B 9 SB 10/13 – juris, Rn. 6, *Bieresborn*, NZS 2008, 354, 358.

104 Diese ergibt sich als Legitimationstatbestand unmittelbar aus der DSGVO und bedarf keiner weiteren mitgliedstaatlichen Regelung, vgl. noch BSG, 10. 12. 2008 – B 6 KA 37/07 – BSGE 102, 134 ff., Rn. 35 zur »normakzessorischen Einwilligung«.

105 Dies ist zB. bei der Erhebung von Befundberichten durch Arbeitsagenturen, Jobcenter, Rentenversicherungsträger und Sozialämter der Fall, während für Unfallversicherungsträger (§ 203 SGB VII) und in der Krankenversicherung (§ 276 Abs. 2, § 286 SGB V) direkte Erhebungsbefugnisse bestehen, s. zu Pflegekassen § 96 SGB XI; Änderungen sind durch das 2. DSAnpUG-EU nicht beabsichtigt, s. BT-Drs. 19/4674.

106 *Freund/Shagdar*, SGB 2018, 195, 202.

107 *Ernst*, ZD 2017, 110, 111.

108 Von Wulffen/Schütze-Bieresborn, SGB X (Fn. 18), § 67b Rn. 6; Art. 8 Abs. 1 DSGVO ist hier nicht einschlägig.

Laut Erwg. 43 soll die Einwilligung »bei klarem Ungleichgewicht zwischen betroffener Person und Verantwortlichem, insbesondere bei einer Behörde, und wenn deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig abgegeben wurde, diese keine gültige Rechtsgrundlage« liefern. Den für Beschäftigungsverhältnisse bestehenden Öffnungstatbestand des Art. 88 DSGVO hat der deutsche Gesetzgeber in § 26 BDSG dergestalt genutzt, eine Vermutung für die Freiwilligkeit zu normieren, wenn der Arbeitnehmer einen rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteil erreichen will oder er und der Arbeitgeber gleichgelagerte Interessen verfolgen.¹⁰⁹ Diese Lösung war außerhalb des Beschäftigtendatenkontextes nicht möglich. Aber auch wenn Erwg. 43 für die Frage der Freiwilligkeit einer Einwilligung die Rolle einer wichtigen Auslegungshilfe zukommt, steht die Aussage, dass bei Behörden stets von einem Ungleichgewicht auszugehen sei, unter dem Vorbehalt, dass es sich nicht um einen »in Anbetracht aller Umstände speziellen Fall« handelt, worunter auch die Ausübung zumutbarer Mitwirkungspflichten im Sozialleistungsrecht (§§ 60–66 SGB I)¹¹⁰ zu subsumieren ist.

Weder DSGVO noch BDSG normieren eine bestimmte Form der Einwilligung. § 67b Abs. 2 SGB X sieht für Sozialdaten neben der schriftlichen die elektronische Form im Rahmen einer Soll-Vorschrift vor.¹¹¹ Daneben sind in Ausnahmefällen auch weitere Formen (zB. telefonisch) denkbar.¹¹²

XI. Speicherfristen

Nach Art. 17 Abs. 1 lit. a DSGVO sind personenbezogene Daten ua. dann zu löschen, wenn sie für die Zwecke, für die sie erhoben wurden, nicht mehr notwendig sind. Dies gilt nach Abs. 3 dann nicht, wenn die Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Pflicht, der der Verantwortliche unterliegt, erforderlich ist, wofür zB. im Rahmen des BEM ein Zeitraum von drei Jahren angenommen wird.¹¹³

Für Ärzte selbst sieht das Berufsrecht eine Aufbewahrungsfrist von mindestens zehn Jahren vor.¹¹⁴ Bei Tätigkeiten, bei denen nach längeren Latenzzeiten Gesundheitsstörungen auftreten können, wie beim Umgang mit krebserzeugenden Gefahrstoffen (K1 und K2) schreibt Art. 15 der RL 2004/37 EG vom 29. April 2004 eine Aufbewahrungsfrist von mindestens 40 Jahren vor. Dies gilt

generell bei Tätigkeiten, die zu Berufskrankheiten (§ 9 SGB VII) führen können, sowohl für die Pflichtvorsorge nach § 4 ArbMedVV als auch für die Angebotsvorsorge nach § 5 ArbMedVV.

XII. Folgen von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Regelungen

1. Schadensersatz

Art. 82 Abs. 1 DSGVO gewährt unmittelbar gegen den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter einen Anspruch auf Schadensersatz, der auch den Ersatz des immateriellen Schadens umfasst. Art. 82 Abs. 5 DSGVO erweitert den Kreis der Haftenden nicht, sondern regelt nur für den Fall, dass mehr als ein Verantwortlicher bzw. Auftragsverarbeiter für den durch die Verarbeitung verursachten Schaden verantwortlich ist, den Regress untereinander. Die Höhe des immateriellen Schadensersatzes soll eine echte Abschreckung bewirken.¹¹⁵

2. Sanktionsnormen

Art. 83 DSGVO regelt die Verhängung von Bußgeld bei Verstößen gegen die DSGVO sowohl hinsichtlich der Tatbestände als auch der Sanktionshöhe abschließend.¹¹⁶ In § 43 Abs. 3 BDSG sowie § 85a Abs. 3 SGB X wurde von der Öffnungsklausel des Art. 83 Abs. 7 DSGVO Gebrauch gemacht und geregelt, dass gegen Behörden keine Bußgel-

109 Vgl. *Spelge*, DuD 2016, 775, 777; *Kort*, DB 2016, 711, 714; *Gola*, BB 2017, 1462; *Franzen*, EuZA 2017, 313 ff.; s. zum Verhältnis des Art. 88 DSGVO zu Art. 6 Abs. 2 DSGVO *Maier*, DuD 2017, 169 ff.

110 S. dazu BSG, 17.2.2004 – B 1 KR 4/02 R – SGB 2004, 649.

111 Allerdings sind die Belange der Datensicherheit (Art. 32 und Art. 5 Abs. 1 lit. e und f DSGVO) hinsichtlich E-Mails zu beachten, BT-Drs. 18/12611, S.113.

112 Was insbes. bei der Pflegeberatung (§ 7a SGB XI) in Betracht kommt; s. zum Schriftformerfordernis nach BDSG und DSGVO *Thüsing/Schmidt/Forst*, RDV 2017, 116.

113 LPK-SGB IX-*Düwell* (Fn. 95), § 167 Rn. 91.

114 AMR 6.1 (Fristen für die Aufbewahrung von ärztlichen Unterlagen) in der Bekanntmachung des BMAS v. 2.12.2013, III B 1-3-6628-1, bekanntgemacht im GMBI Nr. 5 am 24.2.2014, S.90.

115 *Kühling/Buchner-Bergt*, DSGVO/BDSG (Fn. 10), Art. 82 Rn. 18 unter Hinweis auf EuGH, 17.12.2015 – C-407/14 – EuZW 2016, 183, 185.

116 Zur Kritik an der Bestimmtheit *Neun/Lubitzsch*, BB 2017, 1538, 1543; krit. auch *Nolde*, ZWH 2017, 76, 81 f.

der zu verhängen sind. Dies gilt auch für Mitarbeiter von Behörden, weil diese als Teil des Verantwortlichen, nicht aber als Verantwortliche selbst gelten. § 42 BDSG sowie § 85 SGB X stützen sich auf die Öffnungsklausel des Art. 84 DSGVO, um neben Geldbußen iSv. Art. 83 DSGVO mitgliedstaatlich strafrechtliche Sanktionen durch einen Verweis auf § 42 BDSG vorzusehen.¹¹⁷

3. Rechtswidrigkeit der Verwaltungsentscheidung

Im Verwaltungsverfahren kann die Nichtbeachtung datenschutzrechtlicher Normen im Verwaltungsverfahren uU. bereits die Rechtswidrigkeit der Ausgangsentscheidung bewirken. § 42 S. 1 SGB X trifft zwar scheinbar genau die gegenteilige Regelung, dies gilt aber nur, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat, was aber bei Verwertung von rechtswidrig gewonnenen Ermittlungsergebnissen häufig der Fall sein wird. Hierauf hat das BSG bereits im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen das Gutachterausswahlrecht nach § 200 Abs. 2 Hs. 1 SGB VII hingewiesen.¹¹⁸ Diese auch für § 17 Abs. 1 S. 2 SGB IX erhebliche Frage wird in der Literatur kontrovers behandelt: Zum einen wird darauf hingewiesen, dass die Norm gerade verhindern solle, dass ein Verwaltungsakt wegen eines formellen Fehlers aufgehoben wird, der mit demselben Inhalt als gebundene Entscheidung erneut erlassen werden müsste.¹¹⁹ Aufhebbarkeit bestünde dann nur, wenn man den Verstoß mit einem Anhörungsfehler gleichsetzt.¹²⁰ Andererseits wird vertreten, dass bei Auswahl eines anderen Gutachters auch eine andere Entscheidung in der Sache denkbar sei, was angesichts der Spannweite gutachterlicher Wertungen überzeugender ist. Das BSG musste diese Frage bisher nicht entscheiden.

4. Lösungsanspruch

Darüber hinaus resultiert ein Lösungsanspruch aus der Unzulässigkeit der Speicherung der Daten.¹²¹ Nach Art. 17 Abs. 1 lit. d DSGVO sind personenbezogene Daten ua. dann zu löschen, wenn sie unrechtmäßig verarbeitet wurden. Der Lösungsanspruch erfasst damit die Unkennt-

lichmachung unzulässig erhobener Sozialdaten,¹²² wozu auch die Entfernung von schriftlichen Datenträgern aus Verwaltungsakten sowie deren anschließende Vernichtung oder Rücksendung an den Betroffenen zählt.¹²³

5. Beweisverwertungsverbot

Zur Entscheidung der Frage, ob ein Beweisgewinnungsverbot zu einem Verwertungsverbot führt, sind die widerstreitenden Interessen unter- und gegeneinander abzuwägen.¹²⁴ Die Intensität des Verfahrensverstößes fällt dabei ebenso ins Gewicht wie die Überlegung, dass die Wahrheit nicht um jeden Preis erforscht werden darf.¹²⁵ Nach ganz hM. ist die Verwertung grundsätzlich verboten, wenn die verletzte Norm den Betroffenen vor Grundrechtseingriffen schützt.¹²⁶ Dies gilt auch für eine Verletzung des aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie Art. 6 EMRK abgeleiteten Anspruchs auf ein faires Verfahren.¹²⁷

Bei Verletzung eines Auswahlrechts iSv. § 17 Abs. 1 S. 2 SGB IX oder § 200 Abs. 2 Hs. 1 SGB VII ist dies hin-

117 BT-Drs. 18/12611, S. 123 f.

118 BSG, 20. 7. 2010 – B 2 U 17/09 R – SGB 2011, 405, Rn. 39; s. auch Wagner, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), juris PraxisKommentar SGB VII, 2. Aufl., Saarbrücken 2014, § 200 Rn. 51 sowie Ricke, in: Körner/Leitherer/Mutschler/Rolfs (Hrsg.) Kasseler Kommentar SGB VII, 104. EL, München 2019 (im Folgenden: KassKomm SGB VII), § 200 Rn. 7 mwN.; dazu auch Köhler, WzS 2012, 339, 343.

119 Von Wulffen/Schütze-Schütze, SGB X (Fn. 18), § 42 Rn. 2; vgl. KassKomm SGB VII-Ricke (Fn. 118), § 200 Rn. 7; Dahm, in: Lauterbach (Hrsg.), SGB VII, 67. Akt., Stuttgart 2019, § 200 Rn. 20 mwN.; Kater, in: Kater/Leube (Hrsg.), SGB VII, München 1997, § 200 Rn. 14.

120 So vertreten durch den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) im 21. Tätigkeitsbericht (2005–2006), Nr. 13.3.2, BT-Drs. 16/4950, S. 137; dagegen argumentieren mit beachtlichen Argumenten Plagemann, NJW 1996, 3173, 3176 und KassKomm SGB VII-Ricke (Fn. 118), § 200 Rn. 7.

121 Bieresborn, ASR 2012, 46, 54.

122 LSG Baden-Württemberg, 28. 10. 2011 – L 8 U 5734/10 – UV-Recht Aktuell 2012, 271.

123 LSG Bayern, 31. 3. 2011 – L 15 SB 80/06 – juris, Rn. 56.

124 BSG, 5. 2. 2008 – B 2 U 8/07 R – SGB 2009, 40, 47 f. mwN.; vgl. BVerfG, 30. 11. 2010 – 2 BvR 2101/09 – juris zur Verwertung der »Steuer-CDs« für den hinreichenden Tatverdacht; Benfer, NVwZ 1999, 237, 239; Köhler, Kausalität, Finalität und Beweis, Baden-Baden 2001, S. 34. Das BAG unterscheidet zwischen Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot BAG, 23. 8. 2018 – 2 AZR 133/18 – AP Nr. 271 zu § 626 BGB, Rn. 16.

125 BGH, 17. 3. 1983 – 4 StR 640/82 – BGHSt 31, 304, 309.

126 BSG, 7. 5. 2019 – B 2 U 25/17 R (zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen); BVerfG, 30. 11. 2010 – 2 BvR 2101/09 – juris; Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl., Baden-Baden 2002, Rn. 143; Köhler, Kausalität, Finalität und Beweis (Fn. 124), S. 30.

127 S. zu dessen Inhalt BVerfG, 14. 5. 1985 – 1 BvR 370/84 – BVerfGE 69, 381, 385 ff.; BVerfG, 2. 3. 1993 – 1 BvR 249/92 – BVerfGE 88, 118, 124 ff.

gegen im Unterschied zum Verstoß gegen Hinweis- und Informationspflichten, die der Konkretisierung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung dienen, zu verneinen.¹²⁸

6. Fernwirkungen von Beweisverwertungs- verboten

Nicht eindeutig geklärt ist ua. die Frage, ob ein Beweisverwertungsverbot auch unbegrenzt Fernwirkungen dergestalt entfaltet, dass Folgegutachten, die in Kenntnis eines unter Verstoß gegen eine datenschützende Norm zu den Akten gelangten Gutachtens aber ansonsten ohne Rechtsverstoß erstellt wurden, zwangsläufig ebenfalls nicht verwertbar sind.¹²⁹ Eine allgemeine Fernwirkung von Verwertungsverboten ist dem deutschen Recht fremd.¹³⁰ Fraglich ist ferner das Eintreten von Beweisverwertungsverboten im Falle des Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Normen, die ausschließlich Dritte schützen.¹³¹

7. Befangenheit des Richters/Richterin

Eine weitere Konsequenz eines Verstoßes gegen datenschutzrechtliche Normen kann die erfolgreiche Ablehnung des Richters wegen Befangenheit sein. § 42 Abs. 2 ZPO, der nach § 60 Abs. 1 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechende Anwendung findet, sieht die Ablehnung eines Richters wegen Besorgnis der Befangenheit vor, wenn vom Standpunkt des Beteiligten Gründe vorliegen, die in den Augen eines vernünftigen Menschen geeignet sind, Misstrauen gegen die Unparteilichkeit des Richters zu erregen.¹³²

XIII. Fazit

Trotz der erheblichen Veränderungen in struktureller Hinsicht, die die Datenschutzgrundverordnung für das Datenschutzrecht bedeutet, vollzieht sich die Verarbeitung von ärztlichen Daten durch Arbeitgeber und Sozialleistungsträger weitgehend nach denselben Grundsätzen wie zuvor.

BDSG und SGB stellen aber nunmehr klar, dass die datenschutzrechtlichen Regelungen berufliche Geheim-

haltungspflichten und damit auch die ärztliche Schweigepflicht unberührt lassen, weshalb stets iSe. Zwei-Schranken-Prinzips zu unterscheiden ist, ob eine datenschutzrechtliche Verarbeitungsgrundlage besteht, die gleichzeitig die Offenbarungsbefugnis iSd. Strafrechtsnorm sein kann, oder ob zusätzlich eine den Straftatbestand des § 203 StGB ausschließende Entbindung von der Schweigepflicht und Einwilligung in die Übermittlung vorliegen muss.

Trotz Schweigepflichtentbindung dürfen Betriebsärzte nur erforderliche Daten an Arbeitgeber und Betriebsrat weitergeben, wozu regelmäßig nicht die Diagnosen gehören. Ärzte können Auftragsverarbeiter sein, soweit sie weisungsgebunden sind und nicht allein über Mittel und Zwecke der Datenverarbeitung bestimmen. Bei der Hinzuziehung weiterer Ärzte zur Erstellung eines Gutachtens sind datenschutzrechtliche Grenzen zu beachten. Aus Verstößen gegen datenschutzrechtliche Bestimmungen können neben Schadensersatzansprüchen und Bußgeldern – letztere nicht gegenüber Behörden – die Aufhebbarkeit von Verwaltungsakten sowie Beweisverwertungsverbote resultieren.

¹²⁸ BSG, 7. 5. 2019 – B 2 U 25/17 R (zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen); BSG, 5. 2. 2008 – B 2 U 8/07 R – SGB 2009, 40, Rn. 57; vgl. KassKomm SGB VII-Ricke (Fn. 118), § 200 Rn. 7.

¹²⁹ Vgl. BSG, 5. 2. 2008 – B 2 U 10/07 R – UV-Recht Aktuell 2008, 917; s. mit rechtsvergleichenden Bezügen zum angelsächsischen Recht Bieresborn, SGB 2009, 52.

¹³⁰ Vgl. Beulke, ZStW 103 (1991), 657, 666; Bieresborn, SGB 2009, 49, 51 m. Anm. zu BSG, 5. 2. 2008 – B 2 U 8/07 R – SGB 2009, 40; Behrens/Froede, NZS 2009, 129, 134; zum Vergleich mit fehlender Belehrungspflicht im Strafrecht: Köhler, ZFSH/SGB 2009, 451, 460f.; Kunze, VSSR 2009, 205, 216; Wagner, jurisPR-SozR 25/2008 Anm. 6.

¹³¹ S. zur im Strafverfahren vertretenen Rechtskreistheorie zuletzt BGH, 20. 1. 2004 – 1 StR 319/03 – NStZ 2004, 442; s. auch BGH, 27. 2. 1951 – 1 StR 14/51 – BGHSt 1, 39, 40; BGH, 21. 1. 1958 – GSSt 4/57 – BGHSt 11, 213, 219; BGH, 26. 5. 1992 – 5 StR 122/92 – BGHSt 38, 302, 304; Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt (Hrsg.), StPO, 62. Aufl., München 2019, § 55 Rn. 17; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., München 2017, § 24 Rn. 18 ff.

¹³² BVerfG, 29. 5. 1973 – 2 BvQ 1/73 – BVerfGE 35, 171, 172; BVerfG, 5. 4. 1990 – 2 BvR 413/88 – BVerfGE 82, 30, 38; BVerfG, 26. 5. 1998 – 1 BvL 11/94 – BVerfGE 98, 134, 137; BVerfG, 6. 7. 1999 – 2 BvF 2/98 ua. – BVerfGE 101, 46, 51; BVerfG, 10. 5. 2000 – 1 BvR 539/96 – BVerfGE 102, 122, 125.

EU-Betriebsräte und transnationale Festlegung der Arbeitsbedingungen: Auf der Suche nach einem Kompromiss zwischen Tarifautonomie und Mitwirkung*

Prof. Dr. Edoardo Ales, Universität Neapel »Parthenope«

Abstract

Nach Darlegung einiger Hintergrundinformationen befasst sich dieser Aufsatz schwerpunktmäßig mit der Rolle der Sozialpartner bei der Einrichtung und Regulierung transnationaler Kollektivverträge, wobei er zunächst den zentralen Begriff »transnational« präzisiert und sich dann für die Verwendung des Begriffs in dessen »supranationalen« Sinne stark macht. Es wird auf seine Besonderheit unter Berücksichtigung der Europäischen Betriebsräte (im Folgenden: EBR) eingegangen, die notwendige Akteure im Verhandlungsprozess der transnationalen Kollektivverträge sind. Damit werden (transnationale) Arbeitsbeziehungen implizit auf das Kontinuum »Unterrichtung – Anhörung – Beteiligung – Tarifverhandlungen« gegründet, was die Möglichkeit hinsichtlich einer Regulierung derselben im Rahmen des Titels X »Sozialpolitik« bietet. Alternativ dazu wird sich der Beitrag auf den Titel XVIII »Wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Zusammenhalt« stützen. Ein supranationales Verständnis des Begriffs »transnational« erlaubt auch den Hinweis auf die Besonderheit der Arbeitnehmer-Arbeitgeber-Beziehungen innerhalb multinationaler Unternehmen, die durch transnationale Kollektivverträge geregelt werden müssen, welche nicht als multinationale Erweiterung des nationalen Tarifverhandlungssystems anzusehen sind.

Hintergrundinformationen

Laut Datenbank der Europäischen Kommission (Stand 2015),¹ bestehen 283 konkrete, von multinationalen Unternehmen unterzeichnete transnationale Kollektivverträge. Ihr Inhalt reicht von sehr weichen Themen wie sozialer Unternehmensverantwortung bis zu harten The-

men wie Aufgaben, Kontrolle von Arbeitnehmern, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz und Gleichberechtigung. Inwiefern sie sich auf nationale Tarifverhandlungssysteme ausgewirkt haben, ist zurzeit noch nicht abzusehen, was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, dass sie bisher noch nicht in Streitsachen herangezogen worden sind. Zu den Unterzeichnerparteien gehören auf Arbeitnehmerseite je nach Verfügbarkeit sowie dem jeweiligen »Herkunftslandmodell« des multinationalen Unternehmens die nationalen und europäischen Gewerkschaftsverbände (im Folgenden: ETUF) sowie die EBR. Generell lässt sich argumentieren, dass sie ein weiteres (problematisches) Fragment der vielschichtigen Arbeitsbeziehungen in Europa darstellen.

I. Transnational im Sinne von supranational oder multinational

Von zentraler Bedeutung für eine Erörterung der transnationalen Kollektivverträge ist die Definition des Begriffs *transnational*. Aus juristischer Sicht lässt sich eine solche Definition nur sehr schwer fassen, sofern sie aus mehr als »über das Nationale hinaus« bestehen soll. Andererseits hängt vom Aufbau der Definition auch ab, wie wir an den transnationalen Kollektivvertrag selbst herangehen, dh. ob wir ihn *supranational* oder *multinational* begreifen.

* Die Abhandlung fußt auf einer Key-note speech auf der internationalen Tagung »Perspectives of collective rights in Europe« zum Thema »Transnational collective agreements: the role of trade unions and employers' associations«, European Center of Expertise on Labour Law – Europäische Kommission, Frankfurt a.M., 16. 3. 2018.

¹ Abrufbar unter <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=978> (30. 7. 2019). Von der Europäischen Kommission siehe außerdem »Die Rolle der transnationalen Betriebsvereinbarungen im Rahmen der zunehmenden internationalen Integration«, KOM (2008) 418 (endg.) und »Transnational company agreements: realising the potential of social dialogue«, SWD (2012) 264 (endg.).

Supranational und *multinational* sind als Begriffe im juristischen Diskurs notorisch bekannt. *Supranational* ist ein präskriptiver Begriff, der sich auf die Einrichtung einer Rechtsordnung bezieht, im Rahmen derer die betreffenden nationalen Regelungen zum Teil ersetzt und zum Teil ergänzt werden. Bei einer Ergänzung entsteht eine *kombinierte Jurisdiktion* ausgehend von den Grundsätzen der *Zuständigkeit*, *Subsidiarität* und *Verhältnismäßigkeit*. *Multinational* ist dagegen ein deskriptiver Begriff, der auf die Tatsache Bezug nimmt, dass eine natürliche oder juristische Person in zwei oder mehr nationalen Jurisdiktionen tätig ist und diesen unterliegt, die in unserem Falle wiederum Teil der EU sind. Wir werden darauf am Ende dieses Beitrags zurückkommen.

Es ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass Kollektivverträge ein Ausdruck des *kollektiven Arbeitsrechts* sind, das aus der Anerkennung seitens einer *bereits bestehenden nationalen Rechtsordnung* des Rechts auf kollektive Selbstregulierung der Arbeitsbedingungen durch Arbeitnehmervertreter und Arbeitgeber als Einzelpersonen oder über ihre Organisationen besteht (»Anerkennungsansatz« des Koalitionsrechts).

Art und Ausmaß der Anerkennung der bereits bestehenden (nationalen) Rechtsordnung stellen ein Schlüsselement für die Einrichtung und Konsolidierung sowie die quantitative und qualitative Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts dar. *Art und Ausmaß der Anerkennung* sind außerdem für die Erwägung des kollektiven Arbeitsrechts selbst als Jurisdiktion im Sinne eines kombinierten Systems der Führung und Steuerung der Arbeitsbeziehungen entscheidend. Da es hier um ein *Anerkennungsverhältnis* geht, lässt sich das kollektive Arbeitsrecht als eigenständige Rechtsordnung beschreiben, die in diejenige *eingebettet* ist, die sie anerkennt.

Gehen wir transnational(e Kollektivverträge) aus einer supranationalen Perspektive an, ist zu berücksichtigen, dass kollektives Arbeitsrecht auf EU-Ebene insofern besteht, als wir es als *vertikal und horizontal kombinierte (nationale und supranationale) eingebettete Jurisdiktion* ansehen und damit eine *doppelte Einbettung* innerhalb der jeweiligen nationalen und supranationalen Jurisdiktionen einräumen. Das bedeutet, dass ein Verständnis transnationaler Kollektivverträge als *supranationale Instrumente* das Vorhandensein einer *kombinierten Gesetzgebung* zur kollektiven Dimension des Arbeitsrechts voraussetzt.

II. Vereinigungsfreiheit und Arbeitnehmerbeteiligung an »transnational als supranational«

Einer der vielversprechendsten Bereiche, in dem eine solche Kombination bereits umgesetzt worden ist, ist der der EBR. Obwohl sie sehr häufig Unterzeichnerparteien transnationaler Kollektivverträge sind, wird den EBR in weiten Teilen der Literatur sowie von den ETUF selbst das Recht auf Kollektivverhandlungen abgesprochen, weil sie Ausdruck der *Arbeitnehmerbeteiligung* und nicht der *Vereinigungsfreiheit* sind.

Dies ist ein äußerst heikler Punkt, was damit zu tun hat, dass *Arbeitnehmerbeteiligung* und *Vereinigungsfreiheit* in einigen Mitgliedstaaten als zwei separate Problematiken angesehen werden, insofern erstere zumindest formell den Betriebsräten, letztere jedoch allein den Gewerkschaften zugeordnet wird. Diese Idee wird von Art. 153 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) aufgegriffen, der eine deutliche Unterscheidung zwischen »Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer« (lit. e) sowie »Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung« (lit. f) einerseits und Vereinigungsfreiheit (und kollektive Maßnahmen) andererseits trifft.

Eine solche Perspektive ist typisch für den *zweigleisigen Ansatz* hinsichtlich der Arbeitnehmervertretung und des Zusammenwirkens von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in Bezug auf *Kooperation* (Betriebsräte) oder *Konflikt*, wobei letzter lediglich als letzter Ausweg allein von Gewerkschaften gegangen werden kann, und zwar unter dem Gesichtspunkt der Vereinigungsfreiheit. Das hat damit zu tun, dass in den betreffenden Mitgliedstaaten Betriebsräte eingerichtet wurden, deren Struktur und Befugnisse gesetzlich geregelt sind.

Als entsprechende Folge dieses Ansatzes werden Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen zum ausschließlichen Vorrecht der Gewerkschaften, wobei die EBR lediglich als *Moderatoren* im Verhandlungsprozess fungieren. Dieser Punkt ist stark umstritten, da er auf einer Betrachtung des EBR allein durch die Linse des zweigleisigen Ansatzes beruht. Eine Schlussfolgerung, die zumindest auf EU-Ebene in sich widersprüchlich ist. Einerseits bestätigt Art. 28 der Grundrechtscharta den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern sowie den

Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern (oder ihren jeweiligen Organisationen) »das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen«.

Andererseits überlässt das Unionsrecht, das gemäß Art. 28 der Grundrechtscharta anwendbar ist, namentlich die EBR-Richtlinie (sowie andere, die Arbeitnehmerbeteiligung regelnden Richtlinien), dem Mitgliedstaat die Aufgabe, zu bestimmen, wer die Arbeitnehmervertreter sind. Entsprechend schließt das Unionsrecht die Möglichkeit nicht aus, die EBR als unmittelbaren Ausdruck der Gewerkschaften in denjenigen Mitgliedstaaten zu verstehen, die sich diesbezüglich für das eingeleitete Modell bzw. den eingeleiteten Ansatz entschieden haben. Auch wird das Recht der EBR, »Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidigung ihrer Interessen, einschließlich Streiks, zu ergreifen«, in der EBR-Richtlinie nicht ausdrücklich bestritten.

Die EBR vom Recht auf Kollektivverhandlungen auszuschließen scheint besonders problematisch, wenn man berücksichtigt, dass multinationale Unternehmen sie als zuverlässige Verhandlungspartner betrachten, was die hohe Anzahl transnationaler Dokumente bescheinigt, die seit den 1990er Jahren mit ihnen unterzeichnet worden sind. Ich habe hier absichtlich den Begriff »Dokument« anstelle von »Vertrag« gewählt, da letzterer an Tarifverhandlungen und deren Wirkungen geknüpft ist. Aus der Empirie wissen wir, dass es sich bei dem, was wir landläufig als transnationalen Kollektivvertrag bezeichnen, in vielen Fällen weder von der Form noch der Struktur her um einen Kollektivvertrag handelt, auch wenn er von EBR und Gewerkschaften gemeinsam unterzeichnet worden ist.

Falls dies einerseits wie eine Bestätigung der fehlenden Legitimität der EBR hinsichtlich Kollektivverhandlungen klingt, ist andererseits nicht zu unterschätzen, dass die multinationalen Unternehmen diese Dokumente möglicherweise nur unterzeichnet haben, weil sie sie eben nicht als Kollektivverträge ansehen.

III. Eine verlässliche Rechtsgrundlage für die Regulierung transnationaler Kollektivverträge

1. Sozialpolitik

Egal, welche Schlussfolgerungen man aus der Analyse empirischer Daten zieht, ist die ausschließliche Zuordnung von Tarifverhandlungen auf die *Vereinigungsfreiheit* und das Bestreiten einer Verbindung zur *Arbeitnehmerbeteiligung* rein rechtlich gesehen offensichtlich widersinnig. Wenngleich sie den zweigleisigen Ansatz respektiert, erschwert sie nämlich die Verortung einer rechtlichen Grundlage für die Regelung transnationaler Kollektivverhandlungen auf supranationaler Ebene im Titel X »Sozialpolitik« des AEUV. Es ist kein Geheimnis, dass Art. 153 Abs. 5 AEUV das Koalitionsrecht (sowie das Recht auf kollektive Maßnahmen) der konkurrierenden Zuständigkeit der EU entzieht.

Eine Auslegung, die Kollektivverhandlungen auch der *Arbeitnehmerbeteiligung* zuordnete, hätte den Vorteil, dass sie für eine Regelung transnationaler Kollektivverhandlungen auf supranationaler Ebene mit einer soliden Rechtsgrundlage in Art. 153 Abs. 2 lit. f AEUV sorgen würde.

Eine solche Lösung ginge nicht mit dem Ausschluss der Gewerkschaften als potenziellen Akteuren der auf supranationaler Ebene geregelten transnationalen Kollektivverhandlungen einher, da niemand bestreiten kann, dass sie eine »*Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen*« gemäß Art. 153 Abs. 2 lit. f AEUV leisten. Im Gegenteil: Das Ergebnis wäre eine Synergie zwischen EBR und ETUF als Tarifparteien, durch das sich das bereits im oben Ausgeführten anklingende, vom Unionsrecht (»um zu einer Einigung zu gelangen«²) vorgesehene Kontinuum »Informationen, Anhörung, Beteiligung und Verhandlung« umsetzen ließe.

2. Sozialer Zusammenhalt

Lehnt man diese Auslegung ab, wie dies der Fall bei ETUF/EGB zu sein scheint, fände man eine alternative Rechtsba-

² Art. 2 RL 98/59/EG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen.

sis, auf der sich eine Regulierung transnationaler Kollektivverträge auf supranationaler Ebene vorstellen lässt, nur außerhalb des Titels X »Sozialpolitik«, und zwar im Rahmen des Titels XVIII »Wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Zusammenhalt«.

In Art. 174 AEUV heißt es: »[...] zur Stärkung ihres wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalts, um eine harmonische Entwicklung der Union als Ganzes zu fördern. Die Union setzt sich insbesondere zum Ziel, die Unterschiede im Entwicklungsstand der verschiedenen Regionen und den Rückstand der am stärksten benachteiligten Gebiete zu verringern.«

In diesem Zusammenhang sieht Art. 175 AEUV vor: »Die Festlegung und Durchführung der Politiken und Aktionen der Union sowie die Errichtung des Binnenmarkts berücksichtigen die Ziele des Art. 174 und tragen zu deren Verwirklichung bei. Die Union unterstützt auch diese Bemühungen durch die Politik, die sie mit Hilfe der Strukturfonds (Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft – Abteilung Ausrichtung, Europäischer Sozialfonds, Europäischer Fonds für regionale Entwicklung), der Europäischen Investitionsbank und der sonstigen vorhandenen Finanzierungsinstrumente führt.«

Außerdem heißt es in Art. 175 AEUV: »Falls sich spezifische Aktionen außerhalb der Fonds und unbeschadet der im Rahmen der anderen Politiken der Union beschlossenen Maßnahmen als erforderlich erweisen, so können sie vom Europäischen Parlament und vom Rat gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen beschlossen werden.«

Eine Bezugnahme auf die Kohäsionspolitik, die eine harmonische Entwicklung der Union als Ganzes fördern soll, klang im Zusammenhang mit dem sozialen Dialog vor 2005 möglicherweise unangebracht, als die Europäische Kommission der Frühjahrstagung in Brüssel im Zuge einer Erneuerung der Lissabon-Strategie die Mobilisierung sämtlicher Gemeinschaftsmittel vorschlug, zu denen auch die Kohäsionspolitik zählte.

Das Resultat war nicht nur eine Verlagerung in Richtung einer Integration der Grundzüge der Wirtschaftspolitik (Art. 121 AEUV) und der Beschäftigungsstrategie (Art. 145 AEUV) im Rahmen von Europa 2020 (ehemals Strategie für Wachstum und Beschäftigung), einem europäischen Semester und der Europäischen Säule sozialer Rechte, sondern

auch in Richtung einer Herstellung einer direkten Verbindung zwischen dieser Strategie und der Kohäsionspolitik.

Diese Verbindung tritt klar zutage in VO (EU) Nr. 1303/2013 zu den europäischen Strukturfonds und in VO (EU) Nr. 1309/2013 über den europäischen Fonds für die Anpassung an die Globalisierung (EGF), die auf Art. 175 AEUV gestützt ist.

Auch wenn ein ausdrücklicher Verweis auf transnationale Kollektivverhandlungen fehlt, dürfte die Kohäsionspolitik, die eine enge Verbindung zur Europa-2020-Strategie aufweist, günstige Voraussetzungen für die Verabschiedung von Maßnahmen zur Förderung der Entwicklung des transnationalen (im Sinne eines supranationalen) sozialen Dialogs schaffen.

Die Kohäsionspolitik bildet damit einen geeigneten Hintergrund für im Rahmen von Art. 175 AEUV beschlossene Maßnahmen. Die Regelung transnationaler Kollektivverhandlungen auf supranationaler Ebene lässt sich sogar als nützliches Instrument für die Stärkung des wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalts der EU ansehen, vor allem wenn sie sich an den Kernfragen der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen wie Löhne und Gehälter, Arbeitszeiten sowie Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz orientiert.

IV. Ein optionaler Rechtsrahmen für transnational im Sinne von supranational?

Darüber hinaus eröffnet der (inzwischen) in Art. 175 Abs. 3 AEUV enthaltene Verweis auf »ordentliche Gesetzgebungsverfahren« gemäß Art. 289 ff. AEUV den Zugang zu einer umfassenden Bandbreite an EU-Instrumenten, nämlich »Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen«. Er bietet damit dem von ETUF/EGB vorgelegten Vorschlag zu einem optionalen Rechtsrahmen für transnationale Kollektivverträge, der eine Verwendung des Beschlusses als Rechtsinstrument vorsieht, eine interessante Verankerung.

1. Die ETUF/EGB-Vorschlag

Der 2016 formulierte Vorschlag über einen Beschluss über einen optionalen Rechtsrahmen (im Folgenden: Vorschlag)

hat den unbestreitbaren Vorteil, dass er der von der Europäischen Kommission bereits 2006 mit dem Ales-Bericht angeregten Debatte Auftrieb gibt, von der sich die Kommission trotz der vom EGB angemeldeten Zweifel und des anhaltenden deutlichen Widerstands seitens BusinessEurope nie abgewandt hat.

Der Vorschlag gründet sich auf ein eindrucksvolles akademisches Gutachten, das sich mit Fragen auseinandersetzt, welche die von der Europäischen Kommission 2009 einberufene Expertengruppe in ihren Schlussfolgerungen aufgeworfen hatte.³ Diese Expertengruppe kam zu dem Ergebnis:

1. Mit dem Abschluss transnationaler Kollektivverträge sind rechtliche Risiken verbunden, insbesondere für die Unternehmensführung.
2. Es besteht kein direkter Zusammenhang zwischen den Absichten der Parteien hinsichtlich der Wirkung der von ihnen abgeschlossenen transnationalen Kollektivverträge und den tatsächlich erzeugten Wirkungen, die sich damit weitgehend der Steuerung durch die Parteien entziehen.
3. Es besteht kein territorialer Zusammenhalt zwischen Mitgliedstaaten hinsichtlich der derzeitigen Rechtswirkung eines transnationalen Kollektivvertrags.
4. Da keine Verbindungen zwischen transnationalen Kollektivverträgen und Verträgen auf anderen Ebenen bestehen, kann es zu Eingriffen in die Rechtswirkung von Tarifverträgen auf nationaler, lokaler oder Unternehmensebene kommen.

Der im »Concept Example of a Possible European Optional Legal Framework for Transnational Company Agreements« konkretisierte Vorschlag setzt sich allerdings nicht offen mit dem zentralen Problem der *Wirkungen* transnationaler Kollektivverträge auseinander, die diese auf die einzelne Beschäftigungsbeziehung haben. Diese Frage wird vielmehr indirekt im Zusammenhang mit der »Opting-Out-Klausel«, der Klausel zur Offenlegung des Mandats, der »Nichtrückschrittsklausel« sowie der »Nichteinmischungsklausel« behandelt.

Die »Opting-In-Klausel« bildet die Grundlage des fakultativen Charakters des vorgeschlagenen Rechtsrahmens: Der entsprechende Beschluss ist nur anwendbar, sofern von den Vertragsparteien entsprechend erklärt.

Die Vorschrift bezüglich der Offenlegung des Mandats schreibt beiden Parteien vor, zu Beginn des Verhandlungsprozesses offenzulegen, wen sie vertreten.

Die »Nichtrückschrittsklausel« lässt sich in Erweiterung ihrer traditionellen Bedeutung (»Dieser Beschluss darf nicht als Rechtfertigung für eine Senkung des allgemeinen Schutzniveaus der Arbeitnehmer herangezogen werden.«) auch als »Öffnungsklausel« verstehen. Sie sieht nämlich vor, dass der Beschluss »die Sozialpartner nicht daran [hindert], auf der entsprechenden Ebene, einschließlich der europäischen Ebene, Übereinkünfte zur Anpassung und/oder Ergänzung dieses Beschlusses zu schließen, um besonderen Umständen Rechnung zu tragen«.

Die »Nichteinmischungsklausel«, die wohl wichtigste, was die Wirkung transnationaler Kollektivverträge betrifft, sieht vor: »Bei einem Widerspruch zwischen den Bestimmungen eines transnationalen Kollektivvertrags und einer anderen geltenden nationalen Vereinbarung ist die der Arbeitnehmerin/dem Arbeitnehmer günstigere Regelung anzuwenden«.

Im Hinblick auf ein Verständnis der Wirkungen, die transnationale Kollektivverträge nach Ansicht von ETUF/EBG entstehen lassen, ist die Verbindung zwischen der Klausel zur Offenlegung des Mandats und der »Nichtrückschrittsklausel« in deren traditioneller Bedeutung einerseits und der »Nichteinmischungsklausel« andererseits hervorzuheben. Die Offenlegung des Mandats bezweckt eindeutig eine Definition des persönlichen Geltungsbereichs transnationaler Kollektivverträge, insofern als nationale Gewerkschaften innerhalb der Verhandlungseinheit zusammengefasst werden, deren Unterschrift die Geltung des transnationalen Kollektivvertrags auf nationaler Ebene gewährleisten kann, der somit zu einer Art nationalem Tarifvertrag wird. Diesen Eindruck bestätigt die Berücksichtigung der »Nichtrückschrittsklausel« im traditionellen Sinne sowie der »Nichteinmischungsklausel«, die beide dem »Schutz« nationaler (sektoraler) Kollektivverhandlungen gegen eventuelle negative Auswirkungen des transnationalen Kollektivvertrags dienen.

Von einem supranationalen Standpunkt aus gesehen lässt sich nicht bezweifeln, dass der Grundsatz der Rückschrittvermeidung ein wesentlicher Teil der EU-Regelung darstellt, was in Art. 151 AEUV auch bestätigt wird. Andererseits muss man sich fragen, ob der *Nichteinmischungsgrundsatz* dieser Anschauung entspricht oder realistischer

³ Expertengruppe zu transnationalen Kollektivverträgen. Abschlussbericht v. 31. 1. 2012.

gesehen ein klares Merkmal von *transnational als multinational* (oder grenzüberschreitend, um auf die Begrifflichkeit des Konzeptbeispiels zurückzugreifen) ist. Denn Transnationalität kann als Erweiterung des nationalen und hinsichtlich seiner Wirkung der (nationalen) Branchenebene unterliegenden Kollektivverhandlungssystems angesehen werden.

Die Beziehung zwischen der transnationalen und der nationalen Ebene als *Einmischung* zu begreifen, wenn auch nur im Falle einer Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, bedeutet, die Autonomie der Verhandlungseinheit auf transnationaler Ebene, selbst wenn sich diese aus nationalen Gewerkschaften zusammensetzt, zu verkennen. Entsprechend heißt es, die *Besonderheit* der transnationalen Unternehmensebene zu leugnen, die weiterhin der nationalen Branchenebene untergeordnet ist.

Das wirft die Frage auf, ob das Erreichen eines derart (geringen, ja minimalistischen) Ergebnisses einen optionalen Rechtsrahmen überhaupt rechtfertigt. Diese Frage ist sogar noch berechtigter, wenn man bedenkt, dass der im Vorschlag vorgesehene Beschluss von den gleichen europäischen Sozialpartnern und nur hilfswise vom Parlament und dem Rat gefasst werden soll. Aus diesem Grunde ist im Beschluss auch nicht angegeben, an wen er sich richtet. Zumindest werden weder die Mitgliedstaaten, in deren Jurisdiktion die nationale Kollektivverhandlung eingebettet ist, noch die europäischen Institutionen erwähnt.

2. Die Position von BusinessEurope

Auch BusinessEurope hat in seinem Positionspapier aus dem Jahr 2012 auf die Besonderheit der Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen in multinationalen Unternehmen hingewiesen, wenn auch vom Standpunkt des Ausschlusses der Notwendigkeit einer supranationalen Einmischung aus, selbst in Bezug auf einen optionalen Rechtsrahmen. Das Positionspapier geht sogar so weit zu erklären: »Transnationale Kollektivverträge werden auf Unternehmensebene abgeschlossen, wenn dadurch für beide Parteien Mehrwert entsteht. Die Verträge unterscheiden sich erheblich voneinander, da sie den besonderen Anforderungen des jeweiligen Unternehmens und von dessen Vertragspartnern angepasst werden und die unterschiedlichen nationalen Systeme der Arbeitsbeziehungen

berücksichtigen müssen, in denen das Unternehmen tätig ist. Die Möglichkeit, maßgeschneiderte Regelungen auszuarbeiten, wird dabei als Stärke transnationaler Kollektivverträge angesehen.«

BusinessEurope stellt damit die besonderen Anforderungen der multinationalen Unternehmen in den Mittelpunkt seiner Überlegungen, betont jedoch andererseits die Bedeutung der »unterschiedlichen nationalen Systeme der Arbeitsbeziehungen [...], in denen das Unternehmen tätig ist«.

In dieser Hinsicht muss hervorgehoben werden, dass sich die Position von BusinessEurope seit 2006 von einer »bestreitenden« zu einer »begleitenden« gewandelt hat. Die Erkenntnis, dass transnationale Kollektivverträge eine wichtige Rolle in den nationalen und transnationalen Arbeitsbeziehungen spielen, hat BusinessEurope dazu bewogen, sich auf die Tatsache zu konzentrieren, dass multinationale Unternehmen bei ihrer Wahl, sich auf ein Verhandlungsverfahren einzulassen, dessen Wirkungen noch nicht geklärt sind, gegebenenfalls Unterstützung benötigen. In diesem Zusammenhang ist auf die Zusammenarbeit zwischen ITC-ILO und BusinessEurope dahingehend hinzuweisen, wie transnationale Kollektivverträge die soziale Verantwortung von Unternehmen (CSR) und Menschenrechten am Arbeitsplatz unterstützen können; dies hat, nicht zuletzt dank der finanziellen Unterstützung durch die Europäische Kommission bereits einige vielversprechende Ergebnisse gezeitigt.

V. Schlussbemerkungen

Überlegungen zur Besonderheit transnationaler Kollektivverträge und deren Beziehung zu den nationalen Kollektivverhandlungssystemen mögen als sinnvoller Abschluss dieser Abhandlung dienen, da sie mit einer Klärung der Rolle einhergehen, welche die (europäischen) Sozialpartner zurzeit und gegebenenfalls für die Zukunft transnationaler Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen spielen.

Die Besonderheit der transnationalen Kollektivverträge gründet sich auf der Tatsache, dass sie, wie bereits oben angesprochen, nicht nur als grenzüberschreitende Erweiterung bereits bestehender nationaler Kollektivverhandlungssysteme anzusehen sind, da sie den Interessen der multinationalen Unternehmen und deren Beschäftigten dienen.

Aus dieser Sicht sind die *besonderen Anforderungen* der multinationalen Unternehmen hinsichtlich der *allgemeinen Prioritäten* zu betonen, die von der nationalen Kollektivverhandlung auf Branchenebene geregelt werden. Die Besonderheit hat mit der Tatsache zu tun, dass multinationale Unternehmen allein aufgrund der Tatsache, dass sie in mehreren Rechtsordnungen tätig sind, zwangsläufig einen *globalen Ansatz* hinsichtlich der Arbeitsbeziehungen verfolgen. *Glokal* bedeutet, dass bei der Regulierung dieser Beziehungen ein Gleichgewicht anzustreben ist zwischen einer Aufrechterhaltung der *Homogenität*, die den Anforderungen des multinationalen Unternehmens, einheitliche Unternehmenspolitiken zu betreiben, geschuldet ist (globale Dimension) und den lokalen Bedingungen der Arbeitsmärkte, in denen die einzelnen Tochterunternehmen tätig sind.

Die Frage lautet deshalb, ob (nationale oder europäische) Sozialpartner der Branche allein die *globale* Dimension multinationalen Unternehmen würdigen können, ohne die transnationale Solidarität der in den unterschiedlichen Tochterunternehmen beschäftigten Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen im Namen nationaler Interessen in Frage zu stellen. Damit kommen wir zurück auf die eingangs gestellte Frage hinsichtlich der Art und Weise, in der die Regulierung transnationaler Kollektivverträge angegangen wird, nämlich entweder aus *supranationaler* oder *multinationaler* (grenzüberschreitender) Perspektive.

Nach hiesiger Auffassung sorgt nur eine supranationale Perspektive für eine angemessene Berücksichtigung der *Besonderheit*, welche die Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen innerhalb multinationalen Unternehmen auszeichnet. Dazu müssen die europäischen Sozialpartner jedoch die Rolle, die der EBR als das transnationale Organ *par excellence* als Tarifpartner im Rahmen des Verhandlungsprozesses transnationaler Kollektivverträge spielen könnte, angemessen wertschätzen. Die EBR verleihen der *globalen* Dimension der für multinationale Unternehmen typischen Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehungen auf perfekte Weise Verkörperung und Ausdruck.

Das bedeutet keineswegs, dass man die konkreten problematischen Aspekte ignorieren sollte, die eine solche Lösung unter Umständen für diejenigen nationalen Rechts- und Arbeitsbeziehungssysteme haben kann, die sich einen zweigleisigen Ansatz zu Eigen gemacht haben. In diesen Fällen sind die gemeinsame Anwesenheit und Unterzeichnung nationaler Branchengewerkschaften natürlich unerlässlich.

Bibliographie

Ales, Transnational collective bargaining in Europe: The case for legislative action at EU level, *International Labour Review* 148 (2009), 149–162.

Ales, The European Employment Strategy as Enhanced Coordination: A holistic Approach to EU Social Commitment, *European Labour Law Journal* 8 (2017), 122–132.

Ales, The European Pillar of Social Rights: an ambitious ‘soft-law guide’ to efficient employment and social outcomes, in: Singer/Bazzani (Hrsg.), *European Employment Policies: Current Challenges*, Berlin 2018, S. 44–66.

Ales/Dufresne, Transnational collective bargaining: Another (problematic) fragment of the European multi-level industrial relations system, *European Journal of Industrial Relations* 18 (2012), 95–105.

Ales/Verrecchia, Transnational: The Emerging Multifaceted Dimension of Industrial Relations, in: Leonardi (Hrsg.), *Transnational Company Agreements. A stepping Stone Towards a Real Internationalisation of Industrial Relations?*, Rome 2012, S. 33–50.

Ales/Senatori, *The Transnational Dimension of Labour Relations. A New Order in the Making?* Turin 2013.

Ales/Engblom/Jaspers/Laulom/Sciarra/Sobczak/Valdés Dal-Ré, in: Europäische Kommission (Hrsg.), *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, 2006.

Anner/Greer/Hauptmeier/Lillie/Winchester, The Industrial Determinants of Transnational Solidarity: Global Interunion Politics in Three Sectors, *European Journal of Industrial Relations* 12 (2006), 7–27.

Arrowsmith/Marginson, The European Cross-border Dimension to Collective Bargaining in Multinational Companies, *European Journal of Industrial Relations* 12 (2006), 245–266.

Bluhm, Exporting or Abandoning the ‘German Model’? Labour Policies of German Manufacturing Firms in Central Europe, *European Journal of Industrial Relations* 7 (2001), 153–173.

da Costa/Rehfeldt, European Works Councils and transnational bargaining about restructuring in the auto industry, *Transfer* 13 (2007), 313–316.

- Deakin*, Legal Diversity and Regulatory Competition: Which Model for Europe?, *European Law Journal* 12 (2006), 440–454.
- Dorssemont/Blanke (Hrsg.), *The Recast of the European Works Council Directive*, Antwerpen 2010.
- Dufresne*, Trade union support and political blockage: the actors' viewpoint, *European Journal of Industrial Relations* 18 (2012), 107–121.
- ETUC (Hrsg.), *Building an enabling environment for voluntary and autonomous negotiations at transnational level between trade unions and multinational companies*, Brüssel 2016.
- Ferner/Quintanilla*, Between Globalization and Capitalist Variety: Multinationals and the International Diffusion of Employment Relations, *European Journal of Industrial Relations* 8 (2002), 243–250.
- Fetzer*, European Works Councils as Risk Communities: The Case of General Motors, *European Journal of Industrial Relations* 14 (2008), 289–308.
- Frosecchi*, GDF Suez Transnational Collective Agreement on Health and Safety: EWC as negotiating agent and the relevance of the ETUF leading role, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona. INT – 119/2015.
- Gajewska*, The Emergence of a European Labour Protest Movement?, *European Journal of Industrial Relations* 14 (2008), 104–121.
- Glassner/Schömann*, Transnational collective bargaining in Europe: current situation, problems, prospects, *Transfer* 13 (2008), 183–187.
- Gökhan Koçer/Fransen*, Codes of Conduct and the Promise of a Change of Climate in Worker Organization, *European Journal of Industrial Relations* 15 (2009), 237–256.
- Gollbach/Schulten*, Cross-Border Collective Bargaining Networks in Europe, *European Journal of Industrial Relations* 6 (2000), 161–179.
- Hyman*, Trade Unions and the Politics of the European Social Model, *Economic and Industrial Democracy* 26 (2005), 9–40.
- Hoffmann/Hoffmann*, Prospects for European industrial relations and trade unions in the midst of modernisation, Europeanisation and globalisation, *Transfer* 15 (2009), 389–417.
- ITC–ILO (Hrsg.), *Key issues for management to consider with regard to Transnational Company Agreements (TCAs). Lessons learned from a series of workshops with and for management representatives*, 2010.
- Jagodzinski*, in: ETUI (Hrsg.), *Variations on a Theme? The Implementation of the EWC Recast Directive*, Brüssel 2015.
- Kahancová*, One Company, Four Factories: Coordinating Employment Flexibility Practices with Local Trade Unions, *European Journal of Industrial Relations* 13 (2007), 67–88.
- Keune/Marginson*, Transnational industrial relations as multi-level governance: interdependencies in European social dialogue, *British Journal of Industrial Relations* 51 (2013), 473–497.
- Lecher/Rüb*, The Constitution of European Works Councils: From Information Forum to Social Actors?, *European Journal of Industrial Relations* 5 (1999), 7–25.
- Leisink/Hyman*, Introduction: The Dual Evolution of Europeanization and Varieties of Governance, *European Journal of Industrial Relations* 11 (2005), 277–286.
- Le Queux/Fejertag*, Towards Europeanization of Collective Bargaining? Insights from the European Chemical Industry, *European Journal of Industrial Relations* 7 (2001), 117–136.
- Lo Faro*, *Regulating Social Europe. Myths and Reality of European Collective Bargaining in the EC legal system*, Oxford 2000.
- Lo Faro*, Bargaining in the shadow of 'optional frameworks'? The rise of transnational collective agreements and EU law, *European Journal of Industrial Relations* 18 (2012), 153–165.
- Marginson/Sisson*, *European Integration and Industrial Relations: Multi-level Governance in the Making*, Basingstoke 2006.
- Meardi*, Short Circuits in Multinational Companies: The Extension of European Works Councils to Poland, *European Journal of Industrial Relations* 10 (2004), 161–178.

- Moreau*, L'évolution récente des relations de travail transnationales, in: Badel/Sana-Chaillé de Néré (Hrsg.), Des liens et des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Pierre Laborde, Paris 2015, S. 135–148.
- Pond*, A regional perspective on coordinating collective bargaining policy in the energy sector, *Transfer* 15 (2009), 315–319.
- Rönmar (Hrsg.), *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations*, Alphen aan den Rijn 2008.
- Schömann*, Transnational collective bargaining: a tool in the service of the Lisbon strategy?, *Transfer* 12 (2007), 297–301.
- Schömann/Sobzack/Voss/Wilke*, International framework agreements: new paths to workers' participation in multinationals' governance?, *Transfer* 14 (2008), 111–126.
- Schömann/Jagodzinski/Boni/Clauwaert/Glassner/Jaspers (Hrsg.), *Transnational Collective Bargaining at Company Level. A New Component of European Industrial Relations?*, Brüssel 2012.
- Schulten*, European Works Councils: Prospects for a New System of European Industrial Relations, *European Journal of Industrial Relations* 2 (1996), 303–324.
- Sciarra/Fuchs/Sobczak*, in: ETUC (Hrsg.), *Towards a Legal Framework for Transnational Company Agreement*, Brüssel 2014.
- Senatori*, Transnational company bargaining and the discourse of the European Commission: a critical overview, in: Ales/Senatori (Hrsg.), *The transnational dimension of labour relations. A new order in the making?*, Turin 2013, S. 87–109.
- Sobzack*, Ensuring the effective implementation of transnational company agreements, *European Journal of Industrial Relations* 18 (2012), 139–151.
- Stirling/Tully*, Power, Process, and Practice: Communications in European Works Councils, *European Journal of Industrial Relations* 10 (2004), 73–89.
- Taylor/Mathers*, The European Trade Union Confederation at the Crossroads of Change? Traversing the Variable Geometry of European Trade Unionism, *European Journal of Industrial Relations* 10 (2004), 267–285.
- Telljohann/da Costa/Müller/Rehfeldt/Zimmer*, European and international framework agreements: new tools of transnational industrial relations, *Transfer* 15 (2009), 505–525.
- Traxler/Woitech*, Transnational Investment and National Labour Market Regimes: A Case of 'Regime Shopping?', *European Journal of Industrial Relations* 6 (2000), 141–159.
- Traxler/Brandl/Glassner/Ludvig*, Can Cross-Border Bargaining Coordination Work? Analytical Reflections and Evidence from the Metal Industry in Germany and Austria, *European Journal of Industrial Relations* 14 (2008), 217–237.
- Tüselmann/McDonald/Heise*, Employee Relations in German Multinationals in an Anglo-Saxon Setting: Toward a Germanic Version of the Anglo-Saxon Approach?, *European Journal of Industrial Relations* 9 (2003), 327–349.
- Visser*, Beneath the Surface of Stability: New and Old Modes of Governance in European Industrial Relations, *European Journal of Industrial Relations* 11 (2006), 287–306.
- Vos*, Europeanization and Convergence in Industrial Relations, *European Journal of Industrial Relations* 12 (2006), 311–327.
- Waddington*, Contesting the Development of European Works Councils in the Chemicals Sector, *European Journal of Industrial Relations* 12 (2006), 329–352.
- Warnek*, An EU framework for transnational collective bargaining: an opportunity for European trade unions?, *Transfer* 12 (2007), 637–641.
- Whittall/Knudsen/Huijgen*, *Towards a European Labour Identity. The case of the European Work Council*, London/New York 2007.
- Zimmer*, European Works Councils as Participants in Euro-wide Collective Agreements. Analysis from a German Perspective, *European Labour Law Journal* 4 (2012), 313–327.

Transatlantic Whistleblowing – Rechtliche Entwicklung, Funktionsweise und Status quo des Whistleblowing in den USA und seine Bedeutung für Deutschland

Dissertation von Simon Gerdemann, 2018, Mohr Siebeck, Tübingen, 590 S. (ISBN 978-3-16-155916-7), 89,- €, erschienen als Band 404 der Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Privatrecht

Für seine von *Gerhard Spindler* betreute Arbeit erhielt *Simon Gerdemann* nicht nur den Fakultätspreis der Georg-August-Universität Göttingen, sondern auch den Deutschen Studienpreis der Körber-Stiftung, mit dem jährlich herausragende Nachwuchswissenschaftlerinnen und -wissenschaftler aller Fachrichtungen für exzellente Dissertationen von besonderer gesellschaftlicher Bedeutung ausgezeichnet werden. Das Buch ist hochaktuell; denn der deutsche Gesetzgeber steht vor der Aufgabe, die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden¹, innerhalb von zwei Jahren umzusetzen.

Gerdemann hat sich zum Ziel gesetzt, die Hintergründe der über 150-jährigen Geschichte des Whistleblowing-Rechts der USA mitsamt seinen aktuellen Entwicklungs- und Funktionstendenzen auf den Gebieten des Arbeits-, Gesellschafts- und Verwaltungsrechts zu analysieren und hierbei seinen aktuellen und potenziellen Einfluss auf die noch junge deutsche Whistleblowing-Diskussion auszu-leuchten. Seine Arbeit bedient sich eines methodischen Dreiklangs aus rechtshistorisch-genetischer Ursachenforschung, rechtsvergleichend-funktionaler Dogmendarstellung und rechtstatsächlich-empirischer Wirkungsanalyse. *Gerdemann* erhofft sich gemäß dem klassischen Ideal der Rechtsvergleichung einen rechtspolitischen »Vorrat an Lösungen« bereitzustellen und auf diese Weise die Diskussion um eine angemessene Regulierung des Whistleblowings zu ergänzen.

Im ersten Kapitel setzt sich *Gerdemann* mit den Grundlagen des Whistleblowing auseinander. Er erörtert die Etymologie, Terminologie und Typologie des Whistleblowing, die Charakteristika von Whistleblowern und Whistleblowing-Situationen sowie den öffentlichen und privaten Nutzen des Whistleblowings. Ein interessanter Befund ist,

dass das Loyalitätsempfinden von Whistleblowern gegenüber ihrer eigenen Organisation nicht schwächer, sondern im Gegenteil meist stärker ausgeprägt ist als bei anderen Personengruppen.

Das zweite, mit Abstand umfangreichste Kapitel behandelt die Entwicklungsgeschichte, den Status quo und die rechtstatsächliche Funktionsweise des Whistleblowings in den USA. Der Erlass von Rechtsvorschriften zum Whistleblowing spielt sich in den USA unter Rahmenbedingungen ab, die sich von den in Deutschland gegebenen in zweierlei Hinsicht erheblich unterscheiden: Zum einen sind die Bundeskompetenzen für diese Materie in den USA wesentlich beschränkter als in Deutschland. Zum anderen gibt es in den USA keinen allgemeinen Kündigungsschutz; es gilt vielmehr, wenn auch heutzutage mit Ausnahmen, die »employment-at-will«-Doktrin, wonach ein unbefristetes Arbeitsverhältnis von beiden Seiten ohne Angabe eines Kündigungsgrundes jederzeit und mit sofortiger Wirkung wieder aufgelöst werden kann.

Gerdemann legt dar, dass die erste Whistleblowing-Gesetzgebung der USA ein Produkt des US-amerikanischen Bürgerkriegs war. Da es zahlreiche Betrugsfälle zulasten des Militärs der Nordstaaten gab und die erforderlichen Exekutivmittel zur Bekämpfung dieses Problems fehlten, wurde der *False Claims Act 1863* erlassen. Er knüpfte an eine in England im 13. Jahrhundert entwickelte besondere Form der Prozessstandschaft an, die es jedem Untertanen, der Zeuge eines Rechtsverstoßes geworden war, ermöglichte, wegen dieses Verstoßes im Namen des Königs und im eigenen Namen Klage zu erheben (»qui tam actions«). Ein Teil der jeweiligen Strafzahlungen wurde dem Informanten zugesprochen, der durch seine Anstrengungen die Verurteilung ermöglicht hatte. Der *False Claims Act 1863* übernahm das »qui tam«-Verfahren und sicherte eine Beteiligungsquote von 50 % zu. Rasch erwies er sich als erfolgreiches Mittel zur Behebung staatlicher Informations- und Verfolgungsdefizite. Das Gesetz hatte jedoch einen Webfehler, der zutage trat, als sich die Betrugsfälle im Kontext von *Roosevelts* »New Deal« und der Kriegsankäufe der 1940er Jahre wieder drastisch erhöhten: Kläger nutzten bereits bekannte oder sogar schon strafrechtlich abgeurteilte Betrugsfälle für zivilrechtliche »qui tam«-Kla-

¹ Bei Drucklegung war diese Richtlinie noch nicht im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Das Europäische Parlament stimmte dem Kompromiss, der in Tri-log-Verhandlungen über den Entwurf der Kommission COM(2018) 218 final am 12. 3. 2019 erzielt worden war, am 16. 4. 2019 zu.

gen. Diesen sog. »parasitären« »qui tam«-Klagen schob eine *Novellierung* des Gesetzes im Jahre 1943 einen Riegel vor. Gleichzeitig wurden weitere Amendments beschlossen, darunter eine drastische Absenkung der maximalen Beteiligungsquote. Am folgenschwersten war nach *Gerdemanns* Einschätzung, dass das Gesetz die Festlegung der konkreten Höhe der Belohnung nun in das billige Ermessen des Gerichts stellte. Der False Claims Act wurde faktisch bedeutungslos.

Im nächsten Abschnitt wendet sich *Gerdemann* einer zweiten Entwicklungslinie des transatlantischen Whistleblowing-Rechts zu: Rechtsregeln, die die Möglichkeit, unbefristete Arbeitsverhältnisse »at will« zu kündigen, einschränken.

Den Auftakt machte der *National Labor Relations Act (NLRA)* von 1935, der als Teil von *Roosevelts* »Second New Deal« unter dem Eindruck zunehmender Arbeitnehmerunruhen erlassen wurde und die landesweite Anerkennung von Gewerkschaften bezweckte. § 8(a)(3) NLRA verbot es den Arbeitgebern industriübergreifend, gewerkschaftlich aktive Arbeitnehmer unter Druck zu setzen bzw. aufgrund ihrer Gewerkschaftstätigkeit zu entlassen. Zur administrativen Durchsetzung dieser Vorschrift wurde das National Labor Relations Board (NLRB) geschaffen, und zwar als Kombination aus Melde- und Abhilfestelle. § 8(a)(4) NLRA untersagte dem Arbeitgeber jegliche negativen arbeitsrechtlichen Konsequenzen für die Beteiligung eines Arbeitnehmers an einem NLRB-Verfahren. *Gerdemann* betrachtet diese Bestimmung als systemprägend für die weitere Entwicklung des Whistleblowing-Rechts.

Auf der Basis der »commerce clause« der US-amerikanischen Verfassung wurden ab Mitte der 1960er Jahre weitere Gesetze mit arbeitnehmerschützenden Annexnormen (sog. »adjunct statutes«) erlassen. *Gerdemann* ermittelte, dass es mittlerweile auf föderaler Ebene mehr als fünfzig verschiedene »adjunct statutes« mit inhaltlich ähnlichen Whistleblower-Schutznormen (sog. »anti-retaliation provisions«) gibt. Das gesetzgeberische Leitbild für die Whistleblower-Normen war nicht der Grundrechtsschutz, sondern die Aufklärungseffizienz. Der Großteil der heutigen »adjunct statutes« wird direkt durch das Arbeitsministerium administriert, das seine Zuständigkeit an die ihm untergeordnete Occupational Safety and Health Administration (OSHA) und seine verwaltungsinterne Richterschaft delegiert hat. OSHA ist zwingende erste Anlaufstel-

le für sämtliche Beschwerden von Whistleblowern über arbeitgeberseitige Vergeltungsmaßnahmen. Sie hat eine Orientierungs- und Beratungsfunktion für den Whistleblower, ist Investigativ- und Filterstelle und erlässt, falls sie die Verletzung einer »anti-retaliation«-Bestimmung feststellt, einstweilige Unterlassungs-, Wiedereinstellungs- und Kompensationsanordnungen.

Im Folgenden zeichnet *Gerdemann* Entwicklungen auf der Ebene des einzelstaatlichen Rechts nach, an deren Beginn eine richterrechtliche Neuerung stand: Der California Court of Appeal griff in seiner Grundsatzentscheidung *Petermann v. Teamster* aus dem Jahre 1959 auf die Generalklausel der »public policy« zurück, um im Falle eines Arbeitnehmers, der eine vom Arbeitgeber gewünschte Falschaussage verweigert hatte und fristlos entlassen worden war, eine Ausnahme von der »at will«-Doktrin zu begründen. Diese zunächst wenig beachtete Entscheidung war *Gerdemann* zufolge die Keimzelle eines allgemeinen Common-Law-Schutzes für Whistleblower. Ab den 1970er Jahren und verstärkt in den 1980er und 1990er Jahren erkannten viele einzelstaatliche Rechtsordnungen weitere »public policy«-Fallgruppen an, in denen eine »at-will«-Kündigung nicht akzeptiert wurde, weil sie öffentlichen Interessen in besonderem Maße zuwiderlief. Whistleblower-Fälle spielten bei der Entwicklung dieser »public policy exception« eine tragende Rolle. Der Common-Law-Whistleblower-Schutz wurde in rund zwanzig Einzelstaaten kodifiziert. Zu diesen sog. »core statutes« traten »state adjunct statutes« nach dem Vorbild der bundesrechtlichen Regelungen hinzu.

Im Wege eines Exkurses behandelt *Gerdemann* das Whistleblowing im öffentlichen Sektor. Der Fall des Whistleblowers *A. Ernest Fitzgerald*, der entlassen worden war, nachdem er sich über Interessenkonflikte und Kostenexzesse bei der Beschaffung von Rüstungsgütern beschwert hatte, führte zur Aufnahme von Whistleblower-Bestimmungen in den *Civil Service Reform Act von 1978*. Diese Vorschriften erwiesen sich als Fehlschlag, wofür *Gerdemann* in erster Linie das Fehlen einer verlässlichen Vertraulichkeitspolitik verantwortlich macht. Der sog. *Whistleblower Protection Act von 1989* und weitere legislative Ergänzungen, die 1994 und 2012 erlassen wurden, sollten Schutzlücken schließen und die Effizienz steigern. *Gerdemann* hält die Aufdeckungsquote und die Schutzbilanz dieser Whistleblowing-Regulierung jedoch weiterhin für unbefriedigend. Er vermutet, dass sich verwaltungsinterne Whistleblowing-Stellen nicht selten in einem

gewissen Loyalitätskonflikt zwischen Whistleblower und Dienstherrn wiederfinden.

Anschließend gibt *Gerdemann* auf der Grundlage einer quantitativ und qualitativ gewichteten Auswertung einen Überblick über verschiedene Aspekte des arbeitsrechtlichen Whistleblower-Schutzes in den USA (Anwendungsbereich und Person des Whistleblowers, Meldegegenstand, subjektive Merkmale des Whistleblowers, Adressat und Eskalationsroutine, Beweislastverteilung und Rechtsfolgen). Ein interessantes Teilergebnis ist, dass es längere Zeit an einem Schutz des internen Whistleblowings fehlte. Für das wohl größte Praxisproblem hält *Gerdemann* die Zersplitterung des arbeitsrechtlichen Whistleblower-Schutzes, die hiermit einhergehende Inkonsistenz des Schutzstandards und die hieraus resultierende Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten. Er sieht hierzulande ähnliche Entwicklungsansätze.

Im nächsten Abschnitt setzt *Gerdemann* die Geschichte des False Claims Act fort. Die Ausgangslage für die umfassende Novellierung dieses Gesetzes ähnelte der, die zu seiner Entstehung geführt hatte: grassierender Regierungsbetrug, insbesondere im Bereich der umfangreichen militärischen Beschaffungsmaßnahmen unter der Reagan-Administration. Der *False Claims Amendments Act von 1986* zielte darauf ab, die Effizienz des False Claims Act möglichst weitreichend zu verbessern. Es wurde beispielsweise eine »anti-retaliation provision« in das Gesetz eingefügt. Ein Element der Novellierung sieht *Gerdemann* als besonders bedeutsam an: die erneute Zusicherung einer garantierten Whistleblower-Belohnung. Der für den Whistleblower bestimmte Anteil an allen aus der Klage resultierenden Erlösen beträgt, wenn das Justizministerium bzw. die lokale Staatsanwaltschaft der Klage beigetreten waren, mindestens 15 % und höchstens 25 %, in den übrigen Fällen zwischen 25 % und 30 %. Als Bezugsgröße dienen ein Dreifachschadenersatz (»treble damages«) und ein Bußgeld von 5.000–10.000 \$ für jede einzelne Verletzung. Der konkrete Prozentsatz hängt ua. von der Kooperationsbereitschaft des Whistleblowers während der gesamten Dauer des Verfahrens ab. Von 1986–2017 ermöglichte der novellierte False Claims Act Rück- bzw. Strafzahlungen von über 56 Milliarden \$ an den Bundeshaushalt, davon über 40 Milliarden durch »qui tam«-Klagen von Whistleblowern; das Belohnungsvolumen betrug fast 6,6 Milliarden \$. Angesichts solcher Erfolge verurteilte die anfangs geäußerte Kritik an der finanziellen

Inzentivierung des Whistleblowing mehr und mehr. Im Gefolge des novellierten False Claims Act wurden auch auf einzelstaatlicher Ebene False Claims Acts erlassen.

Die Amendments hatten offenbar keine signifikant negativen Auswirkungen auf die interne Meldebereitschaft von Whistleblowern. Ein Nebeneffekt war die mittelbare erhebliche Stärkung unternehmensinterner Compliance-Programme und interner Whistleblowing-Stellen.

2006 führte der Inland Revenue Service (IRS) ein Belohnungsprogramm für die Meldung von Steuerrechtsverstößen ein, das sich am Vorbild des False Claims Act orientierte. Es sieht allerdings keinen »qui tam«-Mechanismus vor. Der spektakulärste Fall, der über das *IRS Whistleblower-Programm* zu den US-Behörden gelangte, war der des *Bradley Birkenfeld*, der detaillierte Daten über US-amerikanische »Steuerflüchtlinge« in der Schweiz lieferte und eine Belohnung von 104 Mio. \$ erhielt. Hinter den Erfolgskennziffern des False Claims Act blieb das IRS-Programm allerdings weit zurück. *Gerdemann* macht hierfür vor allem zwei Schwachstellen verantwortlich: Zum einen habe der Schutz des Steuergeheimnisses in IRS-Verfahren den Weg zu einem kontinuierlichen Informationsaustausch zwischen Behörde und Whistleblower verstellt; zum anderen sei die Vertraulichkeitspolitik des IRS in der Praxis nicht durchgängig umgesetzt worden.

Der folgende Abschnitt ist der Entwicklung des internen Whistleblowings als Corporate-Governance- und Compliance-Element in den USA gewidmet. *Gerdemann* arbeitet heraus, dass das traditionelle One-Tier-System der einzelstaatlichen Gesellschaftsrechtsordnungen mit dem Board of Directors als Zentralorgan unter dem Einfluss des Federal Government de facto einem Three-Tier-System Platz gemacht hat. Innerhalb dieses Systems nehme das Management im Wesentlichen die Rolle des deutschen Vorstandes wahr, während das Board of Directors in seiner primären Funktion als Kontrollinstanz immer mehr dem deutschen Aufsichtsrat ähnele und die aus seinen »non-executive directors« zusammengesetzten Ausschüsse wie das Audit Committee als drittes »tier« in funktionalen Einzelbereichen eine dem Board in seiner Gesamtheit nicht (mehr) zustehende Sonderrolle als unabhängige Überwachungsorgane einnahmen. *Gerdemann* konstatiert, dass die gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Einrichtung von Compliance-Systemen so gut wie keinen Einfluss auf die Fortentwicklung effizienter Compliance- und Whistleblowing-Systeme in den USA hatte. Der entschei-

dende Impuls ging insoweit von den »United States Federal Sentencing Guidelines« und den »Federal Sentencing Guidelines for Organizations« aus, die Strafzumessungsregeln enthalten. Ein gewichtiger Strafmilderungsgrund bei Verstößen gegen das strenge bundesrechtliche Unternehmensstrafrecht ist danach die Einrichtung eines effektiven Corporate Compliance Systems. Es muss als regelmäßiges Kernelement ein internes Whistleblowing-System enthalten. Dieser indirekte Druck trug entscheidend dazu bei, dass es mittlerweile in nahezu allen größeren US-Unternehmen Adressatenstellen zur Entgegennahme interner Whistleblower-Meldungen gibt. Viele Unternehmen griffen auch auf extern administrierte Whistleblowing-Stellen zurück. Als »best practice« entwickelte sich in der Privatwirtschaft die Bereitstellung anonymer Meldewege.

Trotz der Verbreitung von Compliance- und Whistleblowing-Systemen sahen sich die US-amerikanischen Aktienmärkte im Jahr 2001 einer scheinbar nicht enden wollenden Reihe von Bilanzmanipulationen und Unternehmenszusammenbrüchen großen Ausmaßes gegenüber. *Gerdemann* zufolge hatte der selbstregulatorische Ansatz der Federal Sentencing Guidelines auf einem ganz bestimmten Gebiet der Whistleblower-Regulierung versagt: der effektiven Nutzbarmachung Whistleblower-typischer Informationsvorsprünge zugunsten interner Überwachungsinstanzen im rechtstatsächlichen Three-Tier-System des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts. Besonders aufsehenerregend waren die Fälle *Enron* und *WorldCom*. Im letztgenannten Fall erreichte die Revisorin *Cynthia Cooper* dadurch, dass sie sich trotz des Fehlens eines direkten Berichtsweges direkt an das Audit Committee wandte, die Ahndung der von ihr entdeckten Bilanzmanipulationen. Vor diesem Hintergrund wurde 2002 der *Sarbanes-Oxley Act (SOX)* verabschiedet, den *Gerdemann* im nächsten Abschnitt behandelt.

Er führt in der Art eines Kommentars durch dieses komplexe Gesetz, dessen Normen entsprechend der Vorgesichte überwiegend einen Bezug zum Kapitalmarktrecht aufweisen. Das Hauptaugenmerk legt er auf den arbeitsrechtlichen Diskriminierungsschutz (§ 806 SOX), die gesellschaftsrechtliche Pflicht zur Einrichtung eines direkt an das Audit Committee gerichteten Whistleblowing-Kanals mit der Möglichkeit der Wahl zwischen vertraulichen und anonymen Meldungen (§ 301 SOX), das strafrechtliche Verbot der Diskriminierung von Whistleblowern (§ 1107 SOX), die berufsrechtliche Whistleblowing-Pflicht

für bestimmte Rechtsanwälte (§ 307 SOX) sowie Ethik-kodizes und Whistleblowing-Systeme (§ 406 SOX).

Die Erfolgsquote der Whistleblower, die sich auf § 806 SOX beriefen, war außerordentlich niedrig. *Gerdemann* ermittelt drei Ursachenkomplexe, die zum Scheitern des § 806 SOX geführt haben: Erstens waren die Zuständigkeiten zwischen der Securities Exchange Commission (SEC), der die Kapitalmarktaufsicht obliegt, und OSHA aufgeteilt. Dies führte in Teilen zu einer faktischen Aufkündigung der etablierten Investigativpartnerschaft zwischen Staat und Whistleblower. Den zweiten Grund des Scheiterns sieht *Gerdemann* im materiellen Regelungsgehalt der Norm. Beispielhaft sei hier die Beschränkung von § 806 SOX auf kapitalmarktrechtliche Sachverhalte und deren Bezugnahme auf die Relevanz der Gesetzesverstöße für das Anlageverhalten der Investoren genannt. Als dritten Grund identifiziert *Gerdemann* das Misslingen des Kausalitätsnachweises zwischen Whistleblowing und Benachteiligung, obwohl der Whistleblower nur die überwiegende Wahrscheinlichkeit des Kausalzusammenhangs nachweisen muss (»preponderance of evidence«) und es ausreicht, wenn das Whistleblowing zu der nachteiligen Maßnahme beigetragen hat (»contributing factor test«). Mitursächlich hierfür waren eine mangelhafte Darstellung der Beweislast im OSHA Investigation Manual für Mitarbeiter.

Auch die Auswirkungen des strafrechtlichen Vergeltungsverbotes blieben weit hinter den teils hohen Erwartungen zurück. Im strafrechtlichen Verfahren war der Nachweis der Schuld »beyond reasonable doubt« erforderlich. An ein »Legalitätsprinzip« deutscher Prägung sind die US-amerikanischen Strafverfolgungsbehörden nicht gebunden. Es kam höchst selten zu einer Anklage und noch seltener zu einer Verurteilung.

Was die anwaltlichen Whistleblowing-Pflichten betrifft, so ist laut *Gerdemann* bis auf den heutigen Tag kein einziger Rechtsanwalt allein wegen der Verletzung dieser Pflichten von der SEC sanktioniert worden.

Die wichtigste Neuerung des § 406 SOX sieht *Gerdemann* darin, dass Kodizes nach dieser Vorschrift nicht nur zu gesetzestreuem, sondern auch zu ehrlichem und ethischem Verhalten anhalten sollen. Die Einrichtung eines Whistleblowing-Kanals für Rechtsverstöße im Bereich des Finanzwesens wird mittelbar dadurch vorgeschrieben, dass die Kodizes die interne Meldung von Verstößen gegen ihre Bestimmungen unter Benennung einer unternehmensinternen Adressatenstelle fördern (»promote«) sol-

len. Tiefgreifende Folgen hatte eine »best practice«-Bestimmung, die die New York Stock Exchange (NYSE) in ihre Ausführungsbestimmungen zu § 406 SOC einfügte: Danach sollten sämtliche Arbeitnehmer dazu angehalten werden, Rechts- und Kodexverstöße an einen unternehmensinternen Adressaten zu melden. Die an der NYSE gelisteten Emittenten folgten dieser Empfehlung regelmäßig. Die Durchsetzbarkeit solcher Whistleblowing-Pflichten steht wie bei den anwaltlichen Whistleblowing-Pflichten auf einem anderen Blatt, denn sie setzt die Aufdeckung eines im konkreten Fall gerade nicht gemeldeten Sachverhalts voraus.

Als Kulminationspunkt der bisherigen US-Whistleblowing-Geschichte stellt *Gerdemann* schließlich den *Dodd-Frank Act* vor, mit dem der föderale Gesetzgeber 2010 auf die in der Subprime-Immobilien-Krise wurzelnde weltweite Finanzkrise und die hierauf folgende »Great Recession« reagierte. Das Gesetz war unter dem Eindruck eines Finanzbetrugs astronomischen Ausmaßes erlassen worden, den *Bernhard Madoff* begangen hatte. Das Whistleblower-Programm, über das die SEC schon seit 1988 verfügte, hatte in diesem Fall spektakulär versagt; denn die Meldungen, mit denen der Whistleblower *Harry Markopolos* die SEC auf die Machenschaften *Madoffs* aufmerksam machte, versandeten. Der *Madoff*-Skandal führte dazu, dass in den *Dodd-Frank Act* zwei sachgegenständlich verschiedene, aber rechtstechnisch im Wesentlichen identische neue Whistleblower-Programme mit finanzieller Anreizkomponente aufgenommen wurden: das »SEC Whistleblower Program« für den Wertpapierhandel und ein von *Gerdemann* nur gestreiftes kleineres Programm für das Warentermingeschäft.

Das SEC Whistleblower Program orientierte sich am Vorbild des *False Claims Act*, ohne das »qui tam«-System aufzugreifen. Es zog in vielen Detailregelungen Konsequenzen aus den Erfahrungen mit diesem Gesetz. Dem Umstand, dass *Harry Markopolos* kein »klassischer« Insider-Whistleblower, sondern Angestellter eines Wettbewerbers war, trug eine neue Technik bei der Definition des belohnungsfähigen Personenkreises Rechnung: statt diesen positiv zu definieren, nahm man bestimmte Personengruppen wie die Mitarbeiter der SEC von der Belohnungsfähigkeit aus. Als zentrale Anlaufstelle und Kooperationschnittstelle innerhalb der SEC wurde das Office of the Whistleblower (OWB) geschaffen, für das eine umfassende Vertraulichkeitsregel gilt. Der gesetzlich festgelegte

Belohnungsrahmen liegt zwischen 10 % und 30 % aller mit der Meldung des Whistleblowers verbundenen Sanktionen. Die Teilnahme an dem Programm ist nicht an die Voraussetzung geknüpft, zunächst unternehmensintern Meldung zu erstatten. Es wurden jedoch durch eine Reihe von Einzelregelungen Anreize geschaffen, dies zu tun. So kann die Unterstützung bzw. Behinderung des unternehmensinternen Compliance Systems die Höhe der Belohnung beeinflussen. Das OWB zahlte zwischen August 2011 und September 2017 insgesamt über 160 Mio. \$ an 46 Whistleblower aus, wobei die höchste Belohnungssumme an einen ausländischen Whistleblower ging. Entgegen vielen Befürchtungen aus Unternehmenskreisen führte das SEC Whistleblower Programm nicht zu einem Bedeutungsverlust, sondern eher zu einem Bedeutungszuwachs interner Compliance-Systeme. Unter dem Druck dieses Programmes wurden sie zunehmend verbessert.

Der *Dodd-Frank Act* entwickelte auch die »anti-retaliation«-Bestimmungen fort. Einige Schwächen des § 806 SOX wie die zu kurze Beschwerdefrist wurden behoben. Als Annex zu den neuen Whistleblower-Programmen führte der *Dodd-Frank Act* einen eigenständigen Diskriminierungsschutz ein, der allerdings dem Wortlaut nach nur das externe Whistleblowing betraf, was zahlreiche divergierende Gerichtsentscheidungen zur Folge hatte. Die SEC ist insoweit an die Stelle der OSHA getreten und füllt diese ungewohnte Rolle mit zunehmendem Interesse aus.

In seiner zusammenfassenden Analyse hebt *Gerdemann* ua. hervor, dass zu den weitgehend anerkannten Normkriterien, die das föderale Whistleblowing-Recht hervorgebracht hat, auf subjektiver Seite das Merkmal der Gutgläubigkeit in Bezug auf das tatsächliche wie rechtliche Vorliegen eines relevanten Rechtsverstoßes sowie der Verzicht auf eine moralisierende ex-post-Kontrolle des individuellen Motivbündels im Moment der jeweiligen Meldeentscheidung zählen.

Im dritten Kapitel erörtert *Gerdemann* die unmittelbare und mittelbare Bedeutung des US-amerikanischen Whistleblowing-Rechts für Deutschland.

Da § 301 SOX auch auf »foreign private issuer« mit US-Börsennotierung anwendbar ist, sind deutsche Unternehmen, auf die dies zutrifft, zur Einrichtung eines Audit-Committee-Whistleblowing-Kanals verpflichtet, was wegen der unterschiedlichen Gesellschaftsrechtsordnungen zu Friktionen führte. *Gerdemann* arbeitet heraus, dass der mittelbare Einfluss des § 301 SOX ungleich grö-

ßer gewesen sei als der unmittelbare. Die Vorschrift habe zu einem erheblichen Bedeutungszuwachs von Whistleblowing-Systemen im Rahmen der allgemeinen Compliance-Hausse der letzten Jahre beigetragen und sich auch auf das Kreditwesengesetz ausgewirkt. Im weiteren Verlauf seiner Wirkungsanalyse hebt *Gerdemann* die unerwarteten Folgen des § 406 SOX besonders hervor: Diese Vorschrift führte in deutschen Unternehmen mit US-Börsennotierung und international aktiven US-Konzernen zur (überobligatorischen) Einführung einer für alle Mitarbeiter geltenden Pflicht zur Meldung sämtlicher Rechts- und Kodexverstöße, die im Kontext der deutschen Arbeitsrechtsordnung zahlreiche Rechtsprobleme aufwarf. Transplantationskonflikte mit deutschen und europäischen Datenschutzvorstellungen entstanden durch die zunehmende Verbreitung von institutionalisiertem, internem Whistleblowing mit anonymem Meldekanal.

Im letzten Abschnitt behandelt *Gerdemann* Whistleblowing-Rechte im deutschen Arbeitsrecht, Whistleblowing im deutschen Aktiengesellschaftsrecht sowie administrative Whistleblowing-Stellen und -Programme in Deutschland. Jeder dieser Unterabschnitte schließt mit einer rechtsvergleichenden Gegenüberstellung und einem rechtspolitischen Ausblick, zu dem in einem Anhang konkrete Umsetzungsvorschläge formuliert werden.

Gerdemann arbeitet heraus, dass Deutschland von einem umfassenden, kohärenten System zum Schutz von Whistleblowern vor sämtlichen Formen von Vergeltungsmaßnahmen noch weit entfernt ist. Er empfiehlt die Einführung einer Whistleblowing-spezifischen Anti-Diskriminierungsnorm mit folgenden Kernelementen: rechtliche Gleichbehandlung interner und externer Whistleblower im Sinne einer wettbewerbsförderlichen Schutzäquivalenz, Berücksichtigung typischer Diskriminierungshandlungen auch unterhalb der Schwelle offener Kündigungen, Reduzierung moralisierender Motivprüfungen auf eine Missbrauchskontrolle nach Treu und Glauben als Ausnahme, hinreichend klar gefasster Gutgläubensstandard unter Einbeziehung von tatsächlichen und rechtlichen Verstößirrtümern, wirkungsvolle Beweislastumkehr hinsichtlich des Kausalzusammenhangs zwischen Meldung und Benachteiligung. Die Meldegegenstände der gesetzlichen Regelung sollten *Gerdemann* zufolge auf sämtliche Straftatbestände sowie Verbandstaten iSv. § 30 Abs. 1 OWiG einschließlich unmittelbar bevorstehender Deliktbegehungen begrenzt werden, wobei alle übrigen Meldegegen-

stände einer Einzelfallprüfung durch die Rechtsprechung überlassen blieben. Er plädiert dafür, Whistleblowing als unzulässiges Benachteiligungsmerkmal mutatis mutandis in den zweiten Abschnitt des AGG aufzunehmen, um dieses Regelungskonzept umzusetzen.

Für den Bereich des deutschen Aktienrechts konstatiert *Gerdemann* einen – an die bundesrechtlichen »adjunct statutes« in den US erinnernden – regulatorischen Trend, interne Whistleblowing-Systeme als Annexelement aufsichtsrechtlicher Gesetzespakete zu verwenden. Das eigentliche Gravitationszentrum der gesellschaftsrechtlichen Whistleblowing-Diskussion sei jedoch die höchst kontroverse Auslegung von Inhalt und Grenzen der Business Judgment Rule und der damit einhergehenden Compliance-Pflichten deutscher Vorstände. In Anlehnung an § 301 SOX schlägt *Gerdemann* für das Aktienrecht in erster Linie vor, bei Gesellschaften von öffentlichem Interesse einen Whistleblowing-Kanal zum Aufsichtsrat für vertrauliche oder anonyme Meldungen über potenzielle Rechtsverstöße und andere Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern vorzuschreiben.

Die wenigen in Deutschland bereits existierenden administrativen Verfahren zur Einbindung von Whistleblowern befinden sich, wie *Gerdemann* zeigt, noch in einem vergleichsweise frühen Entwicklungsstadium. Dies gilt auch für das Whistleblowing-Programm der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin), mit dem Art. 32 der Marktmissbrauchsverordnung der EU vom 16. April 2014 umgesetzt wurde. Zur Optimierung deutscher Whistleblower-Programme empfiehlt *Gerdemann*, bestehende Meldeverfahren und -formblätter weitergehend zu konkretisieren, die garantierte Wahrung der Vertraulichkeit zu stärken und der jeweils zuständigen Behörde eine flankierende Arbeitsrechtskompetenz zum Erlass einstweiliger Diskriminierungsschutzanordnungen zu gewähren. Sofern finanziell inzentivierende Whistleblower-Programme auch in Deutschland eingesetzt werden sollten, rät *Gerdemann* dazu, sich an den wichtigsten Erfolgskriterien der entsprechenden US-amerikanischen Programme zu orientieren: Bereitstellung einer garantierten, hinreichend signifikanten Mindestbelohnung, kriterienbasierte Selektion ermittlungstauglicher (Insider-)Informationen und Förderung einer andauernden Kooperationsbereitschaft mittels ermessensleitender Belohnungskriterien.

Gerdemanns Arbeit wird dem eingangs formulierten Anspruch voll gerecht. Den voluminösen und komplexen

Stoff hat er in eine gut lesbare Form gebracht. Ein umfangreicher Fußnotenapparat ermöglicht den unmittelbaren Zugriff auf die einschlägigen Primärquellen. Besonders beeindruckend ist die Fülle der rechtstatsächlichen Informationen, die *Gerdemann* liefert. Seine rechtspolitischen Vorschläge sind bestens fundiert und wertungsmäßig konsistent. Sie decken sich in wichtigen Punkten wie der rechtlichen Gleichbehandlung von internen und externen Whistleblowern mit den Vorgaben der kommenden Hinweisgeber-Richtlinie. Alles in allem ist diese Arbeit ein Glückfall.

Der deutsche Bundesgesetzgeber wird sie hoffentlich zur Kenntnis nehmen und bei der Umsetzung der Hinweisgeber-Richtlinie den großen Vorteil nutzen, über den er im Vergleich zum föderalen Gesetzgeber der USA verfügt: eine allgemeine Bundeskompetenz auf dem Gebiet des gesamten Arbeitsrechts. Es wäre fatal, wenn er sich darauf beschränken würde, die Richtlinie eins zu eins zu implementieren und neues Whistleblower-Recht nur für die unionsrechtlichen Meldegegenstände zu schaffen, auf die sie sich bezieht.

Prof. Dr. Ninon Colneric, Hamburg

Das gewerkschaftliche Streikmonopol – der Streik zwischen Verfassung und Völkerrecht

Dissertation von Hubertus Reinbach, 2018, Duncker & Humblot, Berlin, 388 S. (ISBN 978-3-428-15527-9), 99,90 €, erschienen als Band 353 der Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Ohne Beteiligung einer Gewerkschaft wird in Deutschland nur selten gestreikt. Das BAG hält den nichtgewerkschaftlichen Streik für unzulässig und geht, der Sache nach, vom Bestehen eines gewerkschaftlichen Streikmonopols aus. Dass die Zahl nichtgewerkschaftlicher Streiks gering ist, ändert nichts an der Bedeutung der Fragestellung. Auch begegnet die Rechtsprechung des BAG zunehmend Bedenken. Viele Arbeitsrechtler werden bei Gelegenheit ihrer Befassung mit der Problematik des nichtgewerkschaftlichen, sog. »wilden Streiks« erstmals vom sog. Ministerkomitee des Europarats gehört haben. Denn dieses Gremium taucht mit seiner vor vielen Jahren an die Bundesrepublik gerichteten Mahnung, die Qualifizierung des nichtgewerkschaftlichen Streiks zu überdenken, zuverlässig in allen Publikationen zum Thema auf. Mittlerweile gibt es aber auch zahlreiche akademische Bedenken, und zwar insbesondere unter denen, die sich mit völkerrechtlichen Bestimmungen ein wenig auskennen. Diese Bedenken haben sich mittlerweile auch ihren Weg in die arbeitsrechtlichen Standardkommentare gebahnt. So heißt es etwa in der Kommentierung des Art. 9 Abs. 3 GG durch *Linsenmaier* im Erfurter Kommentar: »Die Bundesrepublik hat sich in verschiedenen völkerrechtlichen Verträgen zur Gewährleistung der Arbeitskampffreiheit verpflichtet. Der danach geforderte Freiraum ist nicht ganz identisch mit der tarifbezogenen Kampffreiheit, die BVerfG und BAG aus Art. 9 Abs. 3 GG abgeleitet haben«². Im Mittelpunkt des völkerrechtlichen Interesses steht dabei der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte. Insoweit meint *Linsenmaier*, der sich bei seinen Ausführungen vor allem auf die Dissertation von *Gabriele Buchholtz*, einer früheren Sinzheimer-Preisträgerin stützt, dass die Rechtsprechung des EGMR zu einem »mittelbaren Einfallstor« für die Spruchpraxis des – mit der Anwendung der Europäischen Sozialcharta befassten – Europäischen Komitees für Soziale Rechte werden könne; dieses nimmt nämlich in der Tat seit langem an, dass das deutsche Arbeitskampsrecht mit seinem gewerkschaftlichem Streikmonopol und der Beschränkung des Streikrechts auf tariflich regelbare Ziele gegen Teil II Art. 6 Nr. 4 ESC verstößt.

Sollte der Gerichtshof diesen Standpunkt seinem Verständnis des Art. 11 EMRK zugrunde legen, drohten, so *Linsenmaier*, »schwerwiegende Widersprüche zur Rechtsprechung des BAG«. Allerdings sei die Rechtsprechung des EGMR nur schwer prognostizierbar.

Eine Prognose liefert nun die Dissertation von *Hubertus Reinbach* »Das gewerkschaftliche Streikmonopol – der Streik zwischen Verfassung und Völkerrecht«. Sie lautet: »Einiges spricht im Ergebnis dafür, dass ein aus deutscher Sicht nichtgewerkschaftlicher Streik einer nichttariffähigen Arbeitnehmerkoalition auf Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des EGMR vom Schutzbereich des Art. 11 Abs. 1 EMRK geschützt ist«. Nur wenig später heißt es allerdings: »Nur in Ausnahmefällen, in denen ein besonderes Bedürfnis für den nichtgewerkschaftlichen Streik einer einfachen Arbeitnehmerkoalition (»nichtrepräsentative Gewerkschaft«) besteht, ist das deutsche Verbot nichtgewerkschaftlicher Streiks eine unverhältnismäßige Einschränkung gemäß Art. 11 Abs. 2 EGMR«. Doch nicht um Prognosen, sondern um die Entwicklung eines eigenständigen Konzepts der rechtlichen Bewertung des nichtgewerkschaftlichen Arbeitskamps nach Maßstäben des Verfassungs- und Völkerrechts geht es dem Verfasser in erster Linie. Dass er diesen Anspruch alles in allem einlöst, macht seine Arbeit zur Pflichtlektüre für jeden, der sich zukünftig mit dieser im Spannungsfeld unterschiedlicher Vorgaben stehenden Materie auseinandersetzt.

In der Einleitung zu seiner Untersuchung wirft der Verfasser die zentrale Fragestellung auf: Kann es weiterhin als zulässig betrachtet werden, die Befugnis zur Führung von Streiks tariffähigen Gewerkschaften vorzubehalten? Die Arbeitshypothese des Verfassers lautet: Nein. Die entsprechende Rechtsprechung verstoße sowohl gegen deutsches Verfassungsrecht als auch gegen das Arbeitsvölkerrecht.

Wie jede gute wissenschaftliche Untersuchung gibt es in der Arbeit von *Hubertus Reinbach* einen Grundlagenteil. Diese enthält zunächst Begriffliches. Dabei hebt der Verfasser hervor, dass es sich beim Streik in jedem Fall um ein »kollektives Kampfmittel« handelt; eine, wie sich zeigen wird, durchaus nicht unwesentliche Feststellung, da sie zu der Forderung führt, dass der nichtgewerkschaftliche Streik jedenfalls von einem Arbeitnehmerkollektiv getragen sein müsse. Großen Wert legt der Verfasser auch auf die Unterscheidung zwischen Streikfreiheit und Streikrecht. Die Streikfreiheit werde

² *Linsenmaier*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019, Art. 9 GG Rn. 105.

im abwehrrechtlichen Verhältnis des Bürgers zum Staat relevant. Dieses Abwehrrecht schütze den Grundrechtsträger davor, dass der Staat in ein bestimmtes Verhalten des Bürgers eingreife, indem er etwa die kollektive Arbeitsniederlegung verbiete oder in sonstiger Weise beeinträchtige. In diesen Zusammenhang zählt nach dem Verfasser auch die »staatliche Zuordnung des Streiks zum pönalisierenden Deliktsrecht«. Demgegenüber werde das Streikrecht dort relevant, wo der Arbeitsvertrag dem Streik Grenzen ziehe. In diesen Zusammenhang rechnet der Verfasser die Problematik der suspendierenden Wirkungen des Streiks. Neben diesen begrifflichen Klärungen enthält der Grundlagenteil vor allem auch eine wichtige historische Einordnung des Problems. Diese zeigt ua., dass nichtgewerkschaftliche Streiks bis in die Zeit der Weimarer Republik nicht anders behandelt wurden als gewerkschaftliche Streiks. Erst das BAG hat dies geändert: Das Gericht steht, wie bereits eingangs gesagt, auf dem Standpunkt, dass den Gewerkschaften gleichsam ein »Streikmonopol« zukomme. Nichtgewerkschaftliche Streiks sind demgegenüber rechtswidrig, vermögen die Pflicht zur Arbeitsleistung der an ihnen teilnehmenden Arbeitnehmer nicht zu suspendieren und setzen sie überdies der Gefahr einer deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB aus. Auch die Hinweise auf andere Rechtsordnungen, die der Verfasser an dieser Stelle gibt, sind hilfreich. Sie zeigen, dass diese nichtgewerkschaftlichen Streiks vielfach sehr viel aufgeschlossener gegenüberstehen als das deutsche Recht. Dies besagt zwar für sich genommen nicht viel, nährt aber immerhin die Vermutung, dass man mit der deutschen Sichtweise falsch liegen könnte. Etwas kurz geraten ist – leider – die Empirie des nichtgewerkschaftlichen Streiks. Nicht nur hätte man gern mehr darüber erfahren, wann es zu derartigen Streiks kommt, sondern der Verfasser hätte hier auch die Grundlage für manche seiner späteren Ausführungen legen können, wie etwa die zu der Konstellation, in der ein wilder Streik im Raum steht, weil eine Gewerkschaft den Mitgliedern ihre Unterstützung verweigert.

Im 2. Teil wendet sich der Verfasser dem Völkerrecht zu. Dabei benennt er zunächst die Rechtsquellen, aus denen sich ganz allgemein ein Schutz des Rechts zur Führung von Streiks ergibt. Sodann zeigt er auf, auf welchem Wege völkerrechtliche Verträge im nationalen Recht Bedeutung erlangen. Dabei stellt er zurecht auf den – ja auch vom BVerfG immer wieder betonten – Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung ab. Zentrale Bedeutung haben für die Arbeitshypothese des Verfassers selbstverständlich die Regelungen des Völker-

rechts, welchen ein Schutz des nichtgewerkschaftlichen Streiks entnommen werden kann: Insoweit nennt er Art. 6 Nr. 4 ESC, Art. 11 EMRK, die UN-Menschenrechtspakte sowie Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 87, wobei der Verfasser, in einem kurzen Exkurs, auch Art. 28 GRC kurz beleuchtet. All diese Rechtsquellen werden vom Verfasser mit Blick auf Schutzbereich, Beschränkungsmöglichkeiten und Bedeutung für die deutsche Rechtsordnung eingehend und unter Berücksichtigung ihres Verständnisses durch EGMR (in Hinsicht auf Art. 11 EMRK) bzw. die zuständigen Überwachungsorgane (Europäisches Komitee für soziale Rechte; ILO-Sachverständigenausschuss) beleuchtet. Dies alles kann hier selbstverständlich nicht im Einzelnen nachgezeichnet werden. In jedem Fall kommt der Verfasser aber zu dem Schluss, dass sich ein generelles Verbot nichtgewerkschaftlicher Streiks mit dem bestehenden Völkerrecht nicht vereinbaren lässt. Allerdings formuliert er zugleich eine wichtige Einschränkung. Diese besteht darin, dass ein loser Zusammenschluss von Arbeitnehmern nicht genügt, um rechtmäßig streiken zu kommen. Erforderlich ist vielmehr nach Auffassung des Verfassers, dass sich die Arbeitnehmer zuvor in einem Verbund zusammengeschlossen haben, der zwar nicht – im deutschen Sinne – tariffähig, aber doch – in einem weiteren Sinne – »verhandlungswillig und -fähig« sein muss. Ob und inwieweit einzelstaatlich ein Verbot nichtgewerkschaftlicher Streiks angeordnet werden könne, beantwortet der Verfasser differenziert. Die Beantwortung hängt nach seiner Auffassung im Wesentlichen davon ab, in welchem Umfang das Instrument des gewerkschaftlichen Streiks praktisch zur Verfügung steht und auch geeignet ist, ein Verhandlungsgleichgewicht herbeizuführen. Differenzierend sind aber auch seine Antworten darauf, ob und inwieweit eine Suspendierung der Hauptleistungspflichten auch als Folge eines nichtgewerkschaftlichen Streiks eintritt. Dabei hebt er vor allem auf die Unterscheidung von Streikfreiheit und Streikrecht ab. So sieht er etwa durch Art. 11 Abs. 1 EMRK nur die erstgenannte als geschützt an – mit der Folge, dass der Norm keine Aussagen zu den arbeitsvertraglichen Konsequenzen entnommen werden können, weil sie sich eben nur an den Staat richtet. Abschließend meint der Verfasser an dieser Stelle: »Für den nichtgewerkschaftlichen Streik ist in erster Linie festzuhalten, dass gänzlich unorganisierte Streiks erlaubt sein müssen. Nichtgewerkschaftliche Streiks im Sinne einer chaotischen und einer nichtzusammenhängenden Mehrzahl an Arbeitnehmern werden durch das Völker- und Unionsrecht nicht geschützt. Auf der anderen Seite werden

Streiks von Arbeitnehmerkoalitionen geschützt, die nicht die in Deutschland für Gewerkschaften erforderliche soziale Mächtigkeit beziehungsweise Tariffähigkeit aufweisen«.

Der 3. Teil der Untersuchung ist sodann der verfassungsrechtlichen Würdigung der Problematik nach den Maßstäben des Art. 9 Abs. 3 GG gewidmet. Auch dies muss hier nicht zur Gänze nachvollzogen werden, zumal sich der Verfasser in vielem auf verhältnismäßig vertrauten Bahnen bewegt. Uneingeschränkt bedenkenswert sind aber die Ergebnisse, zu welchen der Verfasser hinsichtlich der Frage der Grundrechtsträgerschaft kommt. Insoweit sieht er nämlich nicht nur Gewerkschaften, sondern auch »kleine betriebliche Arbeitnehmervereinigungen, die keine tarifvertragliche Mächtigkeit besitzen« als grundrechtsfähig an. »Spontan entstehende Zusammenschlüsse von Arbeitnehmern« bezieht er explizit ein, wobei nur die Einschränkung gelten soll, dass diese »eine demokratische und organisierte Willensbildung aufweisen, zur Kommunikation fähig sind und sich nicht nach einem Streik sofort auflösen«. Dabei geht er davon aus, dass »auf der abwehrrechtlichen Ebene« auch der Streik umfassend geschützt ist, womit sich »eine Reduzierung des abwehrrechtlichen Schutzes auf tarifbezogene und gewerkschaftsgeführte Streiks nicht vereinbaren [lässt]«. Eine ganz andere Frage ist nach Auffassung des Verfassers, welche Grenzen dem Streikrecht gezogen sind: Während die Streikfreiheit als Element der abwehrrechtlichen Dimension des Art. 9 Abs. 3 GG umfassend garantiert sei, müsse für das Streikrecht nicht notwendigerweise dasselbe gelten. Denn dieses zähle zur objektiv-rechtlichen Dimension des Grundrechts, die erst noch durch den Staat aktiviert werden müsse, indem er eine entsprechende Ausgestaltung vornehme. Im Ergebnis sieht der Verfasser den Staat aufgrund seiner grundrechtlichen Schutzpflicht gehalten, den Streik in einem »Kernbereich« mit einer Suspendierungswirkung zu versehen, wobei er in diesen »Kernbereich« den gewerkschaftlichen Streik und tarifbezogenen Streik, nicht aber den nichtgewerkschaftlichen Streik zählt. Letzterer soll nur ausnahmsweise, nämlich dann mit einer Suspendierungswirkung einhergehen, wenn den betreffenden Arbeitnehmern der gewerkschaftliche Streik verwehrt ist und die Gewerkschaft keine »legitimen Gründe« dafür ins Feld führen kann, dass sie die Ausrufung eines Streiks verweigert. Wörtlich heißt es in der Arbeit: »Nur in besonderen Ausnahmefällen, in denen Arbeitnehmern ein gewerkschaftlicher Streik als Druckmittel nicht zur Verfügung steht, kann die staatliche Schutzpflicht den Staat zur Anordnung einer Suspendierungswirkung

zwingen. Solange sich die Gewerkschaft allerdings aus legitimen Gründen weigert, einen Streik zu organisieren, besteht kein besonderes Schutzbedürfnis der Arbeitnehmer«. An dieser Stelle wird klar: Der ausnahmsweise gebotene Schutz des »wilden Streiks« ist in den Augen des Verfassers vor allem auch Schutz der Arbeitnehmer gegenüber der Gewerkschaft.

Im 4. Teil untersucht der Verfasser die Rechtsprechung des BAG zum nichtgewerkschaftlichen Streik vor dem Hintergrund der von ihm angestellten völker- und verfassungsrechtlichen Überlegungen. Was die letztgenannte Dimension angeht, fragt der Verfasser, ob diese Rechtsprechung als Eingriff in das Grundrecht oder als Ausgestaltung zu qualifizieren sei. Dabei begibt er sich zwangsläufig auf das verfassungsrechtliche Hochreck, da die Abgrenzung von Eingriff und Ausgestaltung allgemein als äußerst schwierig gilt; nicht wenige halten die Frage gar für unbeantwortbar. Der Verfasser selbst will bei der Abgrenzung darauf abstellen, ob staatliches Handeln »das Abwehrrecht aktiviert« (dann Eingriff), oder ob der Staat »auf Grundlage der objektiv-rechtlichen Dimension normative Freiheiten schaffe oder verändert, ohne dabei das Abwehrrecht zu aktivieren« (dann Ausgestaltung). Die Ansicht von BVerfG und BAG, wonach eine Ausgestaltung immer dann erfolge, wenn »koordinierende Regelungen« das Verhältnis zwischen zwei Grundrechtsträgern regeln, lehnt er ausdrücklich ab. Auf der Grundlage der von ihm erarbeiteten Unterscheidung bewertet er sodann die Rechtsprechung des BAG zur deliktsrechtlichen Haftung als Eingriff in das Grundrecht, wohingegen er die Suspendierung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten als bloße Ausgestaltung des Grundrechts ansieht. Die letztlich entscheidende Frage, nämlich die nach einer Rechtfertigung für die Rechtsprechung des BAG, beantwortet der Verfasser wiederum differenziert: Die pauschale deliktsrechtliche Haftung beim nichtgewerkschaftlichen Streik sieht er als unverhältnismäßig und damit als verfassungswidrig an. Demgegenüber hält er die fehlende Suspendierungswirkung beim nichtgewerkschaftlichen Streik für verfassungskonform, da sie innerhalb der dem Staat zustehenden Einschätzungsprärogative liege.

Im letzten Teil der Untersuchung rückt dann die Frage in den Vordergrund, wie und durch wen die nach Auffassung des Verfassers bestehenden völkerrechtlichen Vorgaben für die rechtliche Behandlung des nichtgewerkschaftlichen Streiks umzusetzen sind oder, um es konkreter auszudrücken, wer Sorge dafür zu tragen hat, dass zukünftig der nichtgewerkschaftliche Streik in einem bestimmten Umfang auch vertraglich zulässig ist. Dabei meint er, dass das BAG durch

den rechtsstaatlichen Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes daran gehindert sei, für nichtgewerkschaftliche Streiks eine generelle Suspendierungswirkung anzunehmen. Bejahen will er demgegenüber eine »Notkompetenz« des Gerichts, und zwar für den Fall, dass den betroffenen Arbeitnehmern ein gewerkschaftlicher Streik als Druckmittel nicht zur Verfügung steht. Dies enthebt den Gesetzgeber aber nach Auffassung des Verfassers nicht seiner sich aus dem Völkerrecht ergebenden Aufgabe, durch entsprechende Gesetzgebung dafür Sorge zu tragen, dass auch der nichtgewerkschaftliche Streik an der Suspendierungswirkung teilnimmt, welche das BAG dem gewerkschaftlichen Streik zubilligt. Dabei gesteht er dem Gesetzgeber einen gewissen Einschätzungsspielraum zu, sodass das nichtgewerkschaftliche Streikrecht an gewisse »Bedingungen und Regeln« geknüpft werden könne; zu diesen zählt er zB. eine »Ausweitung der tarifvertraglichen Friedenspflicht auf betrieblicher Ebene« (»betriebliche Friedenspflicht«) oder auch eine Bestimmung, welche die Pflicht zur rechtzeitigen Ankündigung des Streiks enthält.

Das alles lässt sich wohl folgendermaßen zusammenfassen: Nach Auffassung des Verfassers garantiert Art. 9 Abs. 3 GG eine natürliche Freiheit im Sinne eines umfassenden Abwehrrechts, welches sich sowohl auf den nichtgewerkschaftlichen als auch auf den nichttarifbezogenen Streik erstreckt. Dieser natürlichen Freiheit entspricht eine normative Freiheit, und zwar in dem Umfang, in dem der Streik arbeitsvertraglich mit einer Suspendierungswirkung einhergeht, welche der Staat erst anordnen muss. Eine Verpflichtung hierzu ergibt sich nach Auffassung des Verfassers aus der objektiv-rechtlichen Dimension des Grundrechts, namentlich aus der sich aus dem Grundrecht abzuleitenden Schutzpflicht des Staates. Dabei hat das BAG nach Auffassung des Verfassers insoweit für eine »Minimalausstattung« gesorgt, als es gewerkschaftlichen Streiks eine Suspendierungswirkung zubilligt. Diese Rechtsprechung hält er nur am Rande für korrekturbedürftig, nämlich dann, wenn sich Arbeitnehmer zu einem Streik gezwungen sehen, welche die Gewerkschaft ihnen unter Ausnutzung ihrer »Monopolstellung« und aus illegitimen Gründen verweigert. Demgegenüber hält er die deliktsrechtliche Haftung beim nichtgewerkschaftlichen Streik – der Verfasser spricht von einem »deliktsrechtlichen Verbot« dieser Streikform – für verfassungswidrig. Weitauferreichende Verpflichtungen sieht der Verfasser demgegenüber auf Seiten des Gesetzgebers. Dieser sei aus völkerrechtlichen Gründen und in Anbetracht des Grundsatzes der völkerrechtsfreundlichen Auslegung gehalten, zukünftig auch

dem nichtgewerkschaftlichen Streik eine Suspendierungswirkung zukommen zu lassen. Allerdings gesteht der Verfasser dem Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum zu.

Hubertus Reinbach hat nicht auf alle Fragen Antworten gefunden und die gefundenen Antworten mögen nicht alle befriedigen. An mancher Stelle ist Widerspruch vorprogrammiert. So mag man fragen, was eine »Verhandlungsfähigkeit« genau fordert; an dieses Merkmal will der Verfasser ja die Existenz des nichtgewerkschaftlichen Streikrechts knüpfen. Auch erscheint es nicht ohne Weiteres konsensfähig, wenn der Verfasser dem Deliktsrecht einen Strafcharakter beimisst. Und schließlich bleibt der Leser, um nur noch dieses ein Beispiel zu nennen, etwas ratlos zurück, wenn der Verfasser im Zusammenhang mit dem von ihm behandelten Einschätzungsspielraum des Gesetzgebers für berücksichtigungsfähig hält, dass »durch die betriebliche Mitbestimmung bereits andere Kanäle der Streitbeilegung zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern« existierten und darüber hinaus auch noch die Forderung formuliert, »der Einfluss eines nichtgewerkschaftlichen Streikrechts auf das Tarifvertragssystem und die etablierte Sozialpartnerschaft zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaft [müsste] analysiert werden«.

Dies alles kann aber den Wert der vorliegenden Untersuchung nicht wirklich schmälern. Die Aufgabe, der sich der Verfasser gestellt hat, war allein aufgrund der Verschränkung von Verfassungs- und Völkerrecht alles andere als einfach. Sich wie *Hubertus Reinbach* den Weg durch zum Teil äußerst komplexe Rechtsfragen zu bahnen, verdient Anerkennung. Auf diese Fragen hat der Verfasser Antworten gefunden, die sich allemal hören lassen können. Mehr noch: Er hat für die rechtliche Betrachtung des nichtgewerkschaftlichen Streiks ein höchst eigenständiges Konzept entwickelt, das man nicht unterschreiben muss, an dem man aber bei der Diskussion dieses Themas in Zukunft auch nicht einfach wird vorbeigehen können.

Vieles, was der Verfasser geschrieben hat, regt zum weiteren Nachdenken an. Manches wird auf Kritik stoßen. Und schließlich geht es auch *Hubertus Reinbach* nicht anders als allen anderen: Antworten auf die behandelten Probleme, mögen sie auch noch so sorgsam ersonnen sein, führen sogleich zu neuen Fragen. Deshalb kann die rechtswissenschaftliche Diskussion um den nichtgewerkschaftlichen Streik noch nicht für beendet erklärt werden. Eines lässt sich aber sagen und das ist viel: Sie ist mit der Arbeit von *Hubertus Reinbach* in eine neue Phase eingetreten.

Prof. Dr. Bernd Waas, Goethe-Universität Frankfurt aM.

Ghettorenten – Probleme einer Konkretisierung des Begriffs »Beschäftigungs-/Arbeitsverhältnis«

Ghettorenten – Eine rechtsmethodische und -historische Untersuchung zum Umgang mit nationalsozialistischem Unrecht in der Sozialversicherung, Dissertation von Marc Reuter, 2019, Mohr-Siebeck, Tübingen, 296 S. (ISBN 978-3-16-156573-1), 89,- €, erschienen als Band 105 der Reihe »Beiträge zur Rechtsgeschichte des 20. Jahrhunderts«

I. Einleitung: Wieso Renten für Arbeit in den Ghettos der NS-Zeit?

Bei Renten der Gesetzlichen Rentenversicherung (GRV) aus der Arbeit der Bewohner von Ghettos in der NS-Zeit war ab den 80iger Jahren des vorigen Jahrhunderts zu entscheiden, ob die Arbeit der Ghettoinsassen auf der Basis von – versicherungspflichtigen – Arbeitsverhältnissen erfolgte. Darüber hinaus klagten in den 90iger Jahren Zwangsarbeitende der KZs, Ghettos und Arbeitslager in der Arbeitsgerichtsbarkeit auf Schadensersatz gegen deutsche Unternehmen, die sich ihre Arbeit von 1939–1945 angeeignet hatten.¹ Diese Auseinandersetzungen endeten mit Gründung der Stiftung »Erinnerung, Verantwortung und Zukunft« durch die Bundesrepublik und Unternehmen,² die pauschale Zahlungen an die Betroffenen auskehrte und die Schadensersatzprozesse zum Erliegen brachte.

Im Sozialrecht gab es mehrere Gründe, Ghettoarbeit in das »normale« Rentenrecht zu integrieren. In den von Deutschland annektierten wie den sich daran anschließenden eroberten Gebieten des »Generalgouvernements« wurden für die Arbeit von Juden zwar Beiträge zur GRV abgeführt, die Juden erhielten aber wegen rassistisch diskriminierender Ausschlussstatbestände nicht den Status von Versicherten noch entsprechende Leistungsberechtigungen.³ Das Gesetz zur Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts in der Sozialversicherung (WGSVG)⁴ fingierte für Verfolgte z.T. wirksame Beitragszahlung, wenn ansonsten noch andere wirksame Beitragszeiten vorhanden waren. Nach dem Fremdenrentengesetz (FRG)⁵ konnten Beschäftigungszeiten im osteuropäischen Ausland als deutsche Beschäftigungszeiten anerkannt werden, wenn die Betroffenen zumindest dem deutschen Sprach- und Kulturkreis angehörten. Zusätzlich zu diesen

Hürden setzten FRG und WGSVG voraus, dass eine Arbeit verrichtet wurde, die nach deutschem Rentenrecht rentenversicherungspflichtig gewesen wäre. 1997 erkannte das BSG⁶ im Gegensatz zur früheren Rechtsprechung an, dass im Ghetto Lodz Juden zwar unter allgemeinem Zwang lebten, aber konkret hinreichende Freiheitsgrade besaßen, »freiwillig« ein Arbeitsverhältnis aufzunehmen. Deshalb wurde Ghettoarbeit nicht – wie bisher – mit Zwangsarbeit in KZ gleichgesetzt, für die (nur) Entschädigungsrecht, nicht aber Rentenrecht galt.

Dennoch blieb die Zuerkennung von Renten extrem gering. Die vielen verbliebenen Hindernisse sollte das Gesetz zur Zahlbarmachung von Renten aus Beschäftigungen in einem Ghetto (ZRBG)⁷ beseitigen. Es setzte nur noch voraus, dass die Beschäftigung »aus eigenem Willensentschluss« und »gegen Entgelt« geschah. Die Rentensenate des BSG interpretierten dies sehr unterschiedlich,⁸ bis sie 2009⁹ mit einer zweiten »Wende« eine seitdem praktizierte eigenständige Interpretation des ZRBG etablierten.

II. Versicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis in extremen Kontexten

1. Offenheit, aber keine Beliebigkeit juristischer Interpretation

Diese »Wenden« in der Rechtsprechung lassen Reuter methodisch-kritisch vorgehen. Er folgt in § 3 (»Methodik und ihre Grenzen«, S.35–63) der sprachanalytischen, »nachpositivistischen« Methode der »strukturierenden

1 Zu den arbeitsrechtlichen Problemen: BAG, 16.2.2000 – 5 AZB 32/99 – BB 2000, 468 und BVerfG, 7.12.2004 – 1 BvR 1804/03 – BVerfGE 112, 93 mwN. zu den Zivilklagen.

2 BGBl. 2000 I, S. 1263.

3 Zum Ganzen Reuter, S.1–34 und 219–234; Knickrehm/Bergner/Mecke/Kallmayer, SGB 2018, 657; Kühl, NZS 2019, 569 ff.

4 BGBl. 1970 I, S. 1846.

5 BGBl. 1960 I, S. 93.

6 BSG, 18.6.1997 – 5 RJ 66/95 – BSGE 80, 250. Dazu ausführlich: Knickrehm/Bergner/Mecke/Kallmayer, SGB 2018, 657, 662 ff.

7 BGBl. 2002 I, S. 2074. Zu den Hindernissen Reuter, S. 98 ff., 192 ff.; Kühl, NZS 2019, 569, 570 f.

8 Vorlage BSG 4. Senat, 20.12.2007 – B 4 R 85/06 R – juris und BSG GS, 12.12.2008 – GS 1/08 – BSGE 102, 166.

9 BSG, 2.6.2009 – B 13 R 81/08 R – BSGE 103, 190 und BSG, 3.6.2009 – B 5 R 26/08 R – BSGE 103, 220. Zum Ganzen Reuter, S. 113–211; Knickrehm/Bergner/Mecke/Kallmayer, SGB 2018, 657, 662 ff. sowie Pletscher, SGB 2011, 429.

Rechtslehre«. ¹⁰ Nach ihr gibt es keinen vorgegebenen Sinn von sprachlichen Ausdrücken wie Gesetzestexten, sondern diese werden immer erst in der Verwendungssituation konkretisiert. Weder lässt sich der vom Gesetzgeber selbst intendierte Sinn zweifelsfrei feststellen, zumal gar nicht feststeht, welche der Äußerungen im Gesetzgebungsverfahren, so es sie überhaupt gibt, welches Gewicht beizumessen ist. Noch kann der »objektive« Sinn und Zweck zweifelsfrei bestimmt werden, vielmehr sei er das, was der Rechtsanwender für maßgeblich hält. Das rechtfertige keine Beliebigkeit, sondern erfordere ein Verfahren offener Argumentation und die strikte, reflektierte Anwendung und das Ausschöpfen aller klassischen Argumentationstopoi (Canones), die transparent zu handhaben sind: am wichtigsten die Auslegung des Texts, dann System und Entstehungsgeschichte, schließlich der objektive Gesetzeszweck.

2. Reuters Kritik der Rechtsprechung bei der Anwendung der »Begriffe Arbeits-/ Beschäftigungsverhältnis«

Im zentralen § 5 (»Rentenrechtliche Anrechnung von Arbeit in NS-Ghettos«, S. 113–211) zeigt *Reuter* nun, dass die »Wenden« in der Rechtsprechung des BSG weder wie 1997 durch Berücksichtigung neuer historischer Erkenntnisse noch wie 2009 durch Betonung der Eigenständigkeit der Begriffe des ZRBG, sondern schon früher durch die Anwendung aller Auslegungsmittel hätte erreicht werden können und müssen.

Das von der Rechtsprechung durchweg betonte Kriterium der »Freiwilligkeit« zur Bestimmung eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses war ein »Einzelfall-Kriterium« gewesen, das immer nur zur Abgrenzung von der Arbeit in öffentlich-rechtlichen Zwangsverhältnissen (Gefängnis, Arbeitsdienst, Arbeit von Fürsorgeempfängern in Arbeitshäusern) diene, bei denen für die Existenzsicherung in anderer Weise als durch eigene Arbeit gesorgt wurde. Die Existenz der Ghetto-Bewohner war aber nicht anderweitig, sondern nur durch eigene Arbeit garantiert.

Beim ZRBG war eine bruchlose Übernahme traditioneller sozial- und rentenversicherungsrechtlicher Terminologie, wie es vor der Wende 2009 üblich war, schon allein deshalb nicht möglich, weil es anders als WGSVG und FRG keine »rentenversicherungspflichtige« sondern

nur eine »Beschäftigung« voraussetzte und die Materialien das Ziel deutlich machten, mit dem ZRBG eine selbständige, dritte Lösung mit Elementen des Entschädigungsrechts wie des Rentenversicherungsrecht zu begründen. ¹¹ Damit kam es auch auf die spezielle Frage, dass eine Beschäftigung nur dann rentenversicherungspflichtig war, wenn als Entgelt mehr als »freier Unterhalt« gewährt wurde (§ 1227 RVO), nicht an, zumal es sich hier ebenfalls um eine enge, auf den speziellen Fall der Lehrverhältnisse abstellende Ausnahme handelte (S. 200–207). ¹²

Diese Begriffe und Grenze hatten nur für Arbeit in einem normalen Arbeits- und Sozialrechtssystem Sinn, dass die Arbeitskraft einer Bevölkerungsgruppe schützen und nicht wie die Arbeit im Ghetto grenzenlos ausbeuten, letztlich vernichten wollte.

3. Zur Methode einer Konkretisierung des Begriffs »Beschäftigungsverhältnis«

a) Spielräume in der Interpretation

Alle neueren Methodenlehren zeigen einerseits die großen Spielräume in der Konkretisierung der Rechtsnormen und die Wichtigkeit des Sachbereichs/Sachverhalts auf und andererseits die Notwendigkeit, die einzelnen Canones kritisch zu reflektieren, die Freiheit ihrer Anwendung durch eine Vorrangbildung einzudämmen und die sich von Wortlaut, System und Entstehungsgeschichte lösende objektive Auslegung zurück zu drängen. ¹³ Im Gegensatz zur »strukturierenden Rechtslehre« wird aus Gründen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips vermehrt die Bindung an den »Willen« des Gesetzgebers betont, so schwer dieser im Einzelfall auch festzustellen ist. ¹⁴ Der Vorrang der Textinter-

¹⁰ Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 1: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, 11. Aufl., Berlin 2013. Zur Kritik von sprachwissenschaftlicher Seite Maurer, Rechtstheorie 46 (2015), 367, 377 ff.

¹¹ AA. das BSG seit BSG, 7.10.2004 – B 13 RJ 59/03 R – BSGE 93, 214; dazu Kühl, NZS 2019, 569, 571–573.

¹² Vgl. auch BSG GS, 11.12.1973 – GS 1/73 – BSGE 37, 10, 12, Rn. 22–28.

¹³ Vgl. den »Anstifter« der neueren Methodenreflexion Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Frankfurt aM. 1972, zuletzt Reimer, Juristische Methodenlehre, Baden-Baden 2016, Rn. 157 ff.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, 10. Aufl., München 2018, Rn. 730d, 778, 796 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2016, S. 57 ff.

¹⁴ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre (Fn. 8), Rn. 705 ff., 720 ff.; Reimer, Juristische Methodenlehre (Fn. 8), Rn. 251 ff.

pretation hilft oft nicht. So galt das ZRBG gem. § 1 für »Zeiten der Beschäftigung von Verfolgten in einem Ghetto«. Das BSG¹⁵ stellte 2009 fest: »Der Senat liest diese Formulierung so, dass jegliche Beschäftigung darunter fällt, die von Verfolgten ausgeübt wurde, während sie sich zwangsweise in einem Ghetto aufgehalten haben«, also auch die Arbeit *außerhalb* des Ghettos. Rechtfertigen lässt sich diese »Leseweise« nur durch die Entstehungsgeschichte des ZRBG.

Die Auslegungsspielräume zeigen sich schon daran, dass das BSG jeweils einige Jahre vor der Wende 1997 und 2009 die später entwickelten Interpretationen mit dem Argument ablehnte,¹⁶ eine weite Auslegung verböte sich, denn der Gesetzgeber habe anders entschieden; Rechtsfortbildung sei dann Aufgabe des Gesetzgebers. Ohne Ausschöpfung aller Mittel der Interpretation kann man nicht von einer Überschreitung der Grenze zum Fortbildungsmonopol des Gesetzgebers sprechen, zumal diese Grenze unklar ist.¹⁷ So verwendet *Reuter* selbst stark teleologische Argumente in der Interpretation des ZRBG. Er stützt das aber gleichzeitig auf den im ZRBG verwandten untypischen Wortlaut (»die Beschäftigung aus eigenem Willensentschluss zustande gekommen ist«). Und er geht davon aus, es gäbe letztlich nur eine vertretbare Auslegung des ZRBG.

In einem ganz anderen Zusammenhang (Fortgeltung des Versicherungsverhältnisses während der Arbeitsniederlegung durch Streik) hatte der Große Senat des BSG schon 1973¹⁸ die unterschiedliche Bedeutung des Begriffs »Beschäftigungsverhältnis« in den Versicherungszweigen und selbst den Kontexten des Rentenversicherungsrechts sowie die eingeschränkte Bedeutung der »Entgeltlichkeit« und die große Bedeutung des jeweiligen (rechtlich geformten) tatsächlichen Kontextes betont. Schon das hätte für extreme Vorsicht gesprochen, wenn man dem ZRBG ein traditionelles, enges Verständnis von »Beschäftigungsverhältnis« mit umfangreichen Voraussetzungen unterstellte.

b) Notwendigkeit und Gefahr von Präjudizien

Ein großer Teil der Auslegungsprobleme rührt aber vom unbestimmten Begriff des (versicherungspflichtigen) Beschäftigungs-/Arbeitsverhältnisses her. Selbst wenn der Gesetzgeber hier Teilaspekte oder gar zusätzliche Voraussetzungen normiert, wie »gegen Entgelt« bei der Rentenversicherungspflicht, wird die Unbestimmtheit dadurch nur partiell behoben.

Gerade wenn Zentralbegriffe im Gesetzestext so offen sind, gewinnen Präjudizien eine wesentliche Rolle, um Vorhersehbarkeit und Berechenbarkeit der Rechtsanwendung zu garantieren.¹⁹ Die Berufung auf frühere Entscheidungen und die Angabe von Gründen, weshalb man von ihnen nicht abweicht, ist ein berechtigtes und notwendiges Grundmuster in den Urteilen des BSG, auch jenen vor der jeweiligen »Wende im Recht der Ghetto-Renten«.

Nur steckt in der Betonung der Präjudizien auch immer die Gefahr des »Betriebs- und Milieupositivismus«.²⁰ Und gefährlich ist es, wenn die Rechtsprechung²¹ den Elementen ihrer Konkretisierung mit dem Argument Gesetzesrang verleiht, der Gesetzgeber habe in Kenntnis der Rechtsprechung den Begriff weiter verwandt, nichts modifiziert und damit die Rechtsprechung akzeptiert. Damit enthebt man sich des Zwangs den »Willen« des Gesetzgebers genauer zu eruieren, zumal jedes Nicht-Handeln vielfältig interpretierbar ist.

Das Problem stellt sich aktuell. Auch wenn die Begriffe Arbeitsverhältnis/Beschäftigung unter Bezug auf die vorhergehende Rechtsprechung des BAG in § 615a Abs. 1 BGB und des BSG in § 7 Abs. 1 SGB IV definiert wurden, ist deren Bindungswirkung für die Rechtsprechung der Obergerichte gering.²² BAG und BSG stützen sich fast durchweg weiterhin auf Präjudizien.²³ Und selbst wer für eine strengere Beachtung der im Verhältnis zu § 7 Abs. 1 SGB IV ungleich detaillierteren Gesetzesformulierung des § 611a BGB eintritt, wie *Preis*²⁴, will diese Formulierung zugleich

15 BSG, 2. 6. 2009 – B 13 R 81/08 R – BSGE 103, 190, juris-Rn. 15.

16 BSG, 4. 10. 1979 – 1 RA 95/78 – SozR 5070 § 14 Nr. 9, juris-Rn. 24 ff.: keine Regelung des Gesetzgebers trotz Bekanntheit der Probleme; BSG, 7. 10. 2004 – B 13 RJ 59/03 R – BSGE 93, 214, juris-Rn. 44.

17 *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 6), S. 321 ff., 541 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 8), Rn. 548 ff.

18 BSG GS, 11. 12. 1973 – GS 1/73 – BSGE 37, 10, 12, juris, Rn. 22–28 zur unterschiedlichen Bedeutung des Begriffs »Beschäftigungsverhältnis« in verschiedenen Versicherungszweigen und selbst in den unterschiedlichen Kontexten des Rentenversicherungsrechts.

19 Vgl. nur *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (Fn. 8), S. 187 ff.

20 *Reimer*, Juristische Methodenlehre (Fn. 8), Rn. 406 in Übernahme von *Hochhuth*, Rechtstheorie 32 (2001), 227, 237.

21 BSG, 7. 10. 2004 – B 13 RJ 59/03 R – BSGE 93, 214, juris-Rn. 50: aus der »Reaktion« des Gesetzgebers im ZRBG auf die Rechtsprechung des BSG wird dann »Akzeptanz«; BSG, 4. 10. 1979 – 1 RA 95/78 – SozR 5070 § 14 Nr. 9, juris-Rn. 23 ff.

22 Zu § 611a BGB: *Reinecke*, NZA-RR 2016, 393 ff.; *Richardi*, NZA 2017, 36; *Wank*, AuR 2017, 140; *Preis*, NZA 2018, 817.

23 *Preis*, NZA 2018, 817, 822 zum BAG. Das BSG, 14. 3. 2018 – B 12 KR 12/17 R – SozR 4-2400 § 7 Nr. 34, juris-Rn. 23 bringt nach Zitierung des § 7 Abs. 1 SGB IV seine eigenen, traditionellen Kriterien.

24 *Preis*, NZA 2018, 817, 820 ff.

stark korrigieren – nur noch eines der dort genannten drei Kriterien (Weisungsgebundenheit) sei relevant. Und *Preis* sieht (zu Recht) bei Anwendung der gesetzlichen Definition auf einen radikal neuen Sachverhalt, wie die voll digitalisierte Arbeit 4.0, großen Innovationsbedarf.

c) Keine Relevanz der Figur des Typusbegriffs

Reuter weist darauf hin, die klassische Kennzeichnung von »Beschäftigung/Arbeitsverhältnis« als »Typus-Begriffe«,²⁵ die es dem Interpreten erlaubt die unterschiedlichen Elemente relativ frei fortzuentwickeln und miteinander abzuwägen, habe in der Rechtsprechung des BSG zu den Ghetto-Renten keine Rolle gespielt (S. 190). Die Urteile von 2009 erwähnen den Typus, wenden dann aber die klassischen Canones und ihre Präjudizien an. Mit den Normierungen in § 615a Abs. 1 BGB/§ 7 Abs. 1 SGB IV müsste diese Figur verabschiedet werden²⁶ – wenn man sie nicht ablehnt, weil sie eine transparente Argumentation verhindert.²⁷

d) Bedeutung des Sachbereichs - kontextbezogene Konkretisierung

Die drei möglichen Pfade zur Berücksichtigung der starken Abweichung zur »Normalsituation«, auf die sich das Normprogramm und seine Begrifflichkeit beziehen, erörtert *Reuter* sehr präzise.

1. Die lange herrschende Praxis des BSG, keine großen Modifikationen am herkömmlichen Begriff der rentenversicherungsrechtlichen Beschäftigung und allen ihren speziellen Voraussetzungen vorzunehmen.
2. Die historisierende Betrachtung, wonach es in einem »historischen Typenvergleich« in der NS-Zeit kaum noch freie Arbeit gab und auch Ghettoarbeit noch Arbeit iSd. des Arbeits- und Sozialrechts war.²⁸
3. Die (neue) Interpretation des ZRBG durch das BSG 2009, die die traditionellen Kriterien zeitangepasst auslegte und so die strikten Anforderungen der Kriterien »Freiwilligkeit« und »Entgelt« erweitern konnte, ohne sie aufzugeben.

Auch *Reuter* kommt mit guten Gründen zu diesem Ergebnis, teilweise durch teleologische Reduktion der Zusatzkriterien, zentral aber durch eine semantische, systematische und entstehungsgeschichtliche Interpretation.

Ein Faktor in der Fortentwicklung der Rechtsprechung zu den Ghetto-Renten hin zu den zwei »Wenden« des BSG war wohl auch der Fortschritt in den historischen Erkenntnissen über Leben und Arbeit der Ghettobewohner.²⁹ Zwar ist die große Bedeutung des Sachverhalts für die Rechtskonkretisierung unbestritten, aber die Methodenliteratur entwickelt dazu keinen praktikablen und transparenten Erkenntnis- und Anwendungs-Prozess. Dieses allgemeine methodische Problem wird auch wieder die Anwendung der Begriffe »Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis« auf die Arbeit 4.0 und die Plattformarbeit zeigen.

III. Systemkontinuität: NS-Recht und Arbeits- und Sozialrecht

Schon der Kontrollrat und dann Art. 123 GG versagten Recht aus der NS-Zeit die Fortgeltung, wenn es gegen grundlegende Menschenrechte/das Grundgesetz verstieß. Wie kann man dann von einer (zeitlosen) Fortgeltung der RVO ausgehen, wenn sie in der NS-Zeit allein schon über die diskriminierenden Schranken des Zugangs zur Sozialversicherung stark in das typische rassistische Recht eingebunden war? Noch 1987 wandte das BSG³⁰ die Ostgebiets-VO als geltendes Recht an, obwohl die Verordnung jüdische Arbeitskräfte von dem gesamten Schutz des Arbeits- und Sozialrechts ausnahm. *Reuter* zeigt, dass auch diese Auslegung nicht geboten war (S. 229–233). Erst eine drohende Verfassungsbeschwerde führte zur Löschung des Verweises in § 17 Abs. 1 S. 1 lit. b FRG auf die Ostgebiets-VO, die damit ja »Bundesrecht« geworden war.

Darüber hinaus diskutiert *Reuter* das Problem anhand der Radbruchschen Formel,³¹ wonach der Richter bei einem Konflikt zwischen dem positiven (gesetzten) Recht und der

25 So zB. BVerfG, 20. 5. 1996 – 1 BvR 21/96 – SozR 3-2400 § 7 Nr. 11, juris-Rn 7.

26 *Richardi*, NZA 2017, 36, 39; *Wank*, AuR 2017, 140 bei und in Fn. 106; *Preis*, NZA 2018, 817.

27 Krit. *Müller/Christensen*, Juristische Methodik (Fn. 6), S. 239 ff.

28 So SG Düsseldorf, 8. 10. 1998 – S 15 RJ 142/98 – ZfS 1999, 205; in die Richtung auch LSG NRW, 22. 10. 2003 – L 8 RJ 90/01 – juris.

29 *Lehnstaedt*, Geschichte und Gesetzesauslegung. Zu Kontinuität und Wandel des bundesdeutschen Wiedergutmachungsdiskurses am Beispiel der Ghetto-renten, Osnabrück 2011. AA. *Kühl*, NZS 2019, 569, 573.

30 BSG, 15. 10. 1987 – 1 RA 41/86 – juris; vorher zB. BSG, 23. 6. 1971 – 4 RJ 357/68 – SozR § 17 FRG Nr. 5.

31 *Radbruch*, SJZ 1946, 105–108. Erstaunlich umfangreiche und reflektierte Behandlung unter: https://de.wikipedia.org/wiki/Radbruchsche_Formel (19. 3. 2019).

Gerechtigkeit nur dann gegen das Gesetz und stattdessen für die materielle Gerechtigkeit zu entscheiden habe, wenn das fragliche Gesetz (a) als »unerträglich ungerecht« anzu- sehen ist oder (b) das Gesetz die im Begriff des Rechts grundsätzlich angelegte Gleichheit aller Menschen aus Sicht des Interpreten »bewusst verleugnet«. Nach der Rechtspre- chung des BVerfG³² soll die Möglichkeit, geltendes Recht im Nachhinein für unwirksam zu erklären, ein extremer Ausnahmefall bleiben. *Reuter* schließt sich dem an.

Nur kurz sei darauf hingewiesen, dass die neuere For- schung zeigt, dass das Sozialrecht in der NS-Zeit nicht neu- tral galt, sondern (auch) gegenüber jüdischen Versicherten extrem diskriminierend angewandt und die Rehabilitation der GRV ganz in die NS-Gesundheitspolitik einer Ausmer- zung lebensschwacher Menschen integriert wurde.³³

IV. Wiedergutmachung durch Ent- schädigungs- und durch Sozialrecht

Eine für das Thema wichtige Unterscheidung bei der sozial- rechtlichen Behandlung nationalsozialistischen Unrechts ist die zwischen »Wiedergutmachung« durch Entschädigungs- recht einerseits und durch Sozialrecht andererseits (§ 4, S. 67–112). *Reuter* gibt für alle im Sozialrecht Interessierten eine gute Übersicht über das Recht der Wiedergutmachung.

An den Ghetto-Renten wird der grundsätzliche Unter- schied zwischen Wiedergutmachung durch Entschädigung (zB. für »Zwangsarbeit« in KZ und Ghetto) einerseits und durch Sozialversicherung andererseits deutlich, der auch das Grundthema der Arbeit betrifft. Entschädigungsrecht tastet das alte Un-»Recht« nicht an, sondern kompensiert es nur durch meist pauschale Zahlungen. Wiedergutma- chung durch Integration in das Sozialrecht soll im Nachhi- nein das alte Unrecht überwinden, macht es teilweise unge- schehen, indem es die Verfolgten in das damals und heute (weiter-) geltende »normale« Recht aller Bürger integriert. Das kann aber nur gelingen, wenn das allgemeine Recht so konkretisiert wird, dass es die speziellen, diskriminieren- den Lebenssachverhalte im Nachhinein integriert.

V. Kontexte der Rechtskonkretisierung

Reuter bezeichnet seine Arbeit als eine »rechtsmethodi- sche und -historische Untersuchung«, die sich in weiser

Beschränkung auf den historischen Hintergrund der Ghettos und der Entrechtung ihrer Bevölkerung, des Ent- schädigungsrechts und der Entwicklung der Rechtspre- chung konzentriert. Deshalb sei noch auf einige weitere Aspekte verwiesen, die bei der Durchsetzung von Inter- pretationen zentraler unbestimmter Begriffe wichtig, aber schwer einzuordnen sind.

Es fällt auf, dass es in den unteren Instanzen der Sozi- algerichtsbarkeit relativ wenig eigene Wege und Kritik an der Rechtsprechung des BSG gab.³⁴ Nach Erlass des ZRBG wuchs die Zahl der Fälle in der Verwaltung der GRV auf über 100.000 an.³⁵ Da es meist um Renten ins Auslan- d ging, waren für die Gerichtsverfahren im Wesentlichen nur drei Sozialgerichte (Düsseldorf, Hamburg, Berlin) am Sitz der Auslandsrentenabteilungen für Israel und Nord- amerika zuständig und schon durch den großen notwen- digen Aufwand für die Beweiserhebung völlig überlastet. So verwundert es nicht, dass die umfangreichen und sorg- fältig begründeten Urteile des SG Düsseldorf von 1998³⁶ und des LSG NRW von 2003, die eine eigenständige, die Begriffsbedeutungen der RVO historisch relativierende Lösung entwickelten (oben II.3.d), keine Nachahmer fan- den, da sie in der Revision deutlich zurückgewiesen wur- den.³⁷ Diese Spezifika engten den Diskussionsraum erheb- lich ein. Zudem musste angesichts des hohen Alters der Berechtigten zwar sorgfältig ermittelt, aber schnell ent- schieden werden.

Es gab in den Fachzeitschriften harte Kritik an der Rechtsprechung des BSG,³⁸ bis hin zur Kontroverse zwi- schen dem 4. Senat einerseits und dem 5. und 13. Senat andererseits und der Entscheidung des Großen Senats, die die alte Rechtsprechung stabilisierte. Aber schon ein Jahr später folgte die »Wende« von 2009!

32 BVerfGE, 24. 10. 1996 – 2 BvR 1851/94 ua. – BVerfGE 95, 96, 134 (Mauer- schützen).

33 Zusätzlich zu *Reuter*, S. 224 ff. neuerdings die Beiträge in Sozialer Fortschritt 2-3/2019 (»Die Rentenversicherung in der Zeit des Nationalsozialismus«).

34 SG Düsseldorf, 8. 10. 1998 – S 15 RJ 142/98 – ZfS 1999, 205 und LSG NRW, 22.10.2003 – L 8 RJ 90/01 – juris. Dazu mit guten Argumenten *Kühl*, NZS 2019, 569, 571–573.

35 Zahlen ua. in BT-Drs. 17/13355 und 17/6776

36 SG Düsseldorf, 8. 10. 1998 – S 15 RJ 142/98 – ZfS 1999, 205; dazu *Pawlita*, Zentralblatt 1999, 71 ff., 75 ff.

37 BSG, 21. 4. 1999 – B 5 RJ 48/98 R – SozR 3-2200 § 1248 Nr. 16 m. krit. Anm. *Pawlita*, SGB 1999, 717; ausführlicher zum LSG BSG, 7. 10. 2004 – B 13 RJ 59/03 R – BSGE 93, 214, juris-Rn. 50 ff.

38 Vorige Fn. 30 und 31 sowie *Pawlita*, Zeitschrift für Sozialreform 1998, 1; vor- sichtiger *Gagel*, FS Krasney, 1997, S. 147–171 und *Gagel*, NZS 2000, 231.

Verstärkt wurde diese fachjuristische Diskussion durch eine starke rechtspolitische, kollektive Rahmung, die die Rechtsdurchsetzung und -änderung nicht den hochbetagten ehemaligen Ghettobewohnern überließ. Sowohl die (Jewish) Claims Conference wie auch die Fachministerien Israels³⁹ ergriffen zahlreiche Initiativen. Es gab regelmäßig Anfragen und Anhörungen im Bundestag zur Umsetzung des ZRBG.⁴⁰ Und es gab auf diese Materie spezialisierte Anwälte, die sich der Durchsetzung der zT. nur sehr kleinen Renten annahmen.⁴¹

Auch die Bundesregierung reagierte auf die restriktive Rechtsprechung und die hohe Ablehnungsquote von Anträgen vor 2009. 2007 sah die »Richtlinie über eine Anerkennungsleistung an Verfolgte für freiwillige Arbeit in einem Ghetto, die keine Zwangsarbeit war«⁴² eine pauschale Einmalzahlungen in Höhe von 2.000 € für frühere Ghetto-Beschäftigte vor, die keine Renten erhielten. Diese Leistung musste später nach der Zuerkennung von Renten auf der Basis der weiten Auslegungspraxis des BSG von 2009 nicht zurückgezahlt werden.

VI. Fazit

Selten habe ich eine Arbeit gelesen, die anhand einer vergangenen juristischen Kontroverse so klar und präzise Grundfragen der Methode sowie des Arbeits- und Sozialrechts erörtert, die weiterhin hochaktuell sind.

Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback, Hamburg/Reinbek

39 Vgl. jetzt www.claimscon.de/unsere-taetigkeit/individuelle-entschaedigungsprogramme/zahlungen-aus-deutschland/ghettorenten-zrbg/zrbg-antragstellung.html (20.3.2019); BT-Drs. 17/13355.

40 ZB. BT-Drs. 16/1955; BT-Drs. 16/5720; BT-Drs. 16/10334.

41 Ihre – angesichts der niedrigen Honorare im Sozialrecht – nicht ganz unberechtigte am US-Anwaltsrecht orientierten Praxis der Honorarzählung wiegelte § 4 ZRBG idF. v. 15. 7. 2014 ab: Die Rente kann nur direkt an die Berechtigten gezahlt werden.

42 BAnz 2007, S. 7693.

Zusammenfassungen

Bieresborn: Verarbeitung ärztlicher Befunde und Gutachten im arbeits- und sozialrechtlichen Kontext im Lichte des neuen Datenschutzrechts

SR 5/2019, S. 245–257

Der Autor stellt dar, inwieweit die DSGVO Einfluss auf die Verarbeitung ärztlicher Daten durch Arbeitgeber und Sozialleistungsträger hat. Entscheidend sei, wer welche Daten auf welche Weise erhebt und zu welchem Zweck an welche Stelle übermittelt. Die Konsequenzen von Verstößen gegen datenschutzrechtliche Regelungen seien weitreichend. Auch die verbliebene Rolle des nationalen Rechts wird durch den Autor beleuchtet. Im Ergebnis vollzöge sich die Verarbeitung weitgehend nach denselben Grundsätzen wie zuvor.

Ales: EU Betriebsräte und transnationale Festlegung der Arbeitsbedingungen: auf der Suche nach einem Kompromiss zwischen Tarifautonomie und Mitwirkung

SR 5/2019, S. 258–266

Einleitend setzt sich der Autor mit dem zentralen Begriff »transnational« auseinander und engagiert sich sodann für dessen Verwendung im »supranationalen« Sinne. Dies ebnet den Weg, die Rolle der Sozialpartner bei der Einrichtung und Regulierung transnationaler Kollektivverträge zu erläutern. Dem Europäischen Betriebsrat werde häufig das Recht auf Kollektivverhandlungen abgesprochen, was vom Autor als problematisch erachtet wird. Zu berücksichtigen sei, dass multinationale Unternehmen hinsichtlich der Arbeitsbeziehungen zwangsläufig einen sog. »glokalen« Ansatz verfolgten.

Abstracts

Bieresborn: Processing of medical indications and reports in the context of labour and social security law in the light of the new data protection law

SR 5/2019, pp. 245–257

The author explains to what extent the GDPR influences the processing of medical data by employers and social service authorities. The decisive factors are who collects which data in which way and transmits them for what purpose to which body. The consequences of violations of data protection regulations are far-reaching. Furthermore, the author illuminates the remaining role of the national law. In summary, the processing of medical data largely follows the same principles as before.

Ales: EU workers councils and settling transnational labour conditions: looking for a compromise between collective bargaining autonomy and participation

SR 5/2019, pp. 258–266

In his introduction introduction the author deals with the central concept of »transnational« and then argues for its use in a »supranational« sense. This paves the way for clarifying the role of the social partners in setting up and regulating transnational collective agreements. The European Works Council is often denied the right to collective bargaining, which the author finds problematic. It has to be taken into account that multinational companies inevitably adopt a so-called »glocal« approach to their industrial relations.

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

Abhandlungen

- *Gregor Thüsing: Teilzeitdiskriminierung, Überstunden und Tarifautonomie*
- *Silvana Sciarra: Social rights before the Italian Constitutional Court*
- *Daniel Polzin: Der Zweck des Nachtarbeitsausgleichs gem. § 6 Abs. 5 ArbZG im Spiegel der Rechtsprechung*

Rezensionsaufsätze

- *Hans Hanau/Wenzel Matiaske, Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen (Armin Höland)*



SEI MUTIG. 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**



Buschmann / Ulber

Arbeitszeitrecht

Kompaktcommentar zum Arbeitszeitgesetz mit Nebengesetzen und Europäischem Recht 2019. 713 Seiten, gebunden
€ 84,90

ISBN 978-3-7663-6866-9

www.bund-verlag.de/6866

Fest im Blick Europarecht und Mitbestimmung

Der neue Kompaktcommentar zum Arbeitszeitrecht bietet den aktuellen Überblick über den gesetzlichen Rahmen zulässiger Arbeitszeiten. Er gibt Hinweise zu den Gestaltungs- und Mitwirkungsmöglichkeiten von Betriebsräten und Personalräten. Das Europarecht prägt zunehmend die Entwicklungen im Arbeitszeitrecht. Der Kompaktcommentar dokumentiert und erläutert deshalb besonders die Europäische Arbeitszeitrichtlinie und die aktuelle Diskussion um die Flexibilisierung der Arbeitszeit.

Die Autoren betrachten die aktuellen Entwicklungen und den neuesten Stand der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der nationalen Gerichte, insbesondere zu

- › Arbeitzeiterfassung (EuGH-Urteil vom 14.5.2019)
- › Pausen- und Ruhezeiten
- › Nacht- und Schichtarbeit
- › Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft
- › Sonn- und Feiertagsarbeit
- › Wege- und Reisezeiten
- › Umkleide- und innerbetrieblichen Wegezeiten

Vorteile auf einen Blick

- › Erläutert und kommentiert die bedeutsamen Normen einschließlich des Europarechts
- › Bindet die aktuelle europäische und nationale Rechtsprechung ein
- › Berücksichtigt die aktuelle Diskussion um die Flexibilisierung der Arbeitszeit
- › Stellt die Mitbestimmungsrechte von Betriebsräten und Personalräten dar

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf www.bund-verlag.de/6866 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

| Expl. | Best.-Nr. 978-3-7663- | Autor / Kurztitel | Preis / € |
|-------|--------------------------|---------------------------------------|-----------|
| | 6866-9 | Buschmann / Ulber Arbeitszeitrecht | 84,90 |

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

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