

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

- Gesetzesbindung und Richterrecht in der Rechtsprechung des EuGH**
Egils Levits Seite **121**
- Richterrecht und Gesetzesbindung**
Brun Otto Bryde Seite **128**
- Der Rechtsgrundsatz der Solidarität**
Alain Supiot Seite **133**
- Beschäftigung als geldpolitisches Ziel der Europäischen Zentralbank**
Markus Roth Seite **141**

Rezensionsaufsätze

- Clemens Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis – historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts –**
Hartmut Oetker Seite **150**
- Groskreutz, Kocher ua., Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie**
Marita Körner Seite **155**

- Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau** Seite **159**

Gesetzesbindung und Richterrecht in der Praxis des EuGH¹

Egils Levits, Richter am Gerichtshof der Europäischen Union

I. Gesetzesbindung und die Unvermeidbarkeit von Richterrecht

1. Gesetzesbindung als Legitimationsgrundlage

Gesetzesbindung des Richters ist die Grundlage der Legitimation der Gerichte. Das trifft zu nicht nur auf nationale Gerichte, sondern auch auf internationale Gerichte und auf die Gerichte² des supranationalen Verbundes *sui generis* der Europäischen Union.

Der Grund liegt in der gewaltenteiligen Organisation des Staates wie der Europäischen Union – die prinzipiell unpolitischen Gerichte sind nur für die Auslegung und Anwendung der Gesetze im Einzelfall zuständig, während die Gesetzgebung – also die Setzung eines politischen Programms für die Zukunft – dem im demokratischen Verfahren legitimierten Gesetzgeber vorbehalten ist. Die Programmsetzung durch Gesetz ist prinzipiell politisch, daher bedarf sie der demokratischen Legitimation. Die Erfüllung dieses Programms – dh. die konkrete Anwendung des Gesetzes, das dieses Programm enthält – ist dagegen prinzipiell unpolitisch. Daher soll diese von den nichtpolitischen Beamten und Richtern durchgeführt werden, die durch fachliche Kompetenz dafür prädestiniert, aber nicht direkt durch den demokratischen Prozess an den Willen des Volkes gebunden sind. Sie stehen jedoch nicht außerhalb der demokratischen Legitimationskette – einer der Eckpfeiler des demokratischen Rechtsstaates –, denn sie sind durch die Gesetzesbindung an den im Gesetz ausgedrückten politischen Willen des Gesetzgebers bzw. des Volkes gebunden.³

Somit ist die Gesetzesbindung das Instrument, welches die Richter zu unpolitischen Exekutoren des im Gesetz ausgedrückten politischen Willens des Gesetzgebers bzw. des Volkes macht.⁴ Abgewandelt für die Europäische Union⁵ – die europäischen Richter sollten durch die Gesetzesbindung an den demokratischen⁶ Willen des europäischen Gesetzgebers rückgekoppelt werden.

2. Auslegungsmethodologie

Es ist zu betonen, dass eine bestimmte politische Ordnung auch eine bestimmte, ihren Bedürfnissen gerecht werdende Auslegungsmethodologie erfordert, welche die von ihr gesetzten Rechtsnormen auf die Logik dieser Ordnung ausrichtet. Deshalb ist die Feststellung richtig, dass Methodenfragen zugleich Verfassungsfragen sind.⁷

Auch der demokratische Rechtsstaat hat eine bestimmte Auslegungsmethodologie.⁸ Diese soll die Verteilung der politischen Rechtsetzungsmacht garantieren, wie sie für

- 1 Es handelt sich um einen Vortrag, den der Verfasser auf dem 10. Hans-Böckler-Forum zum Arbeits- und Sozialrecht am 6.3.2015 gehalten hat. S. dazu auch den Beitrag von Bryde, S. 128 in diesem Heft.
- 2 Die europäische Justizsystem (amtlich – Gerichtshof der Europäischen Union) besteht aus drei Gerichten – dem Europäischen Gerichtshof, dem Gericht der Europäischen Union und dem Gericht für den öffentlichen Dienst.
- 3 Vgl. Langenbacher, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht. Eine methodologische Untersuchung zur richterlichen Rechtsfortbildung im deutschen Zivilrecht, München 1996, S. 24 f., auch 111 f.
- 4 Vgl. Ronald Dworkin: Taking Rights Seriously, 12. ed., Cambridge 1978, pp. 84.
- 5 Auch die Europäische Union als politisch-rechtliches System ist demokratisch legitimiert; diese Legitimation ist aber anders strukturiert wie in einem Staat, denn die Union ist kein Staat (oder jedenfalls noch kein Staat). Aus dem unterschiedlichen Legitimationsverfahren in einem demokratischen Staat einerseits und in der Europäischen Union als einem politisch-rechtlichen Verbund *sui generis* andererseits wird oft fälschlicherweise der Schluss gezogen, dass die Union demokratisch ungenügend legitimiert sei. Dabei wird übersehen, dass der demokratische Staat nur eine ursprüngliche Legitimationsquelle kennt – die Bürger bzw. ihre Gesamtheit (das Volk), während die Union zwei ursprüngliche Legitimationsquellen hat – die Mitgliedstaaten und die europäischen Bürger. Diese zwei Legitimationsquellen erfordern unterschiedliche Legitimationsverfahren und Legitimationsketten, um zu demselben Ziel – der demokratischen Legitimation der Amtswalter (einschließlich Richter) zu gelangen. Vgl. dazu auch: Habermas, Zur Prinzipienkonkurrenz von Bürgergleichheit und Staatengleichheit im supranationalen Gemeinwesen, in: Der Staat, Jg. 53, Nr. 2, 2014, S.167 ff.
- 6 Für die hier zu behandelnde Frage der Gesetzesbindung der europäischen Richter hat die unterschiedliche demokratische Legitimationsstruktur der Europäischen Union im Vergleich zu einem (Mitglied-)Staat keine Bedeutung, denn die europäischen Richter sollten an den in die europäischen Rechtsnormen eingeflossenen demokratischen politischen Willen des europäischen Gesetzgebers gebunden werden.
- 7 Vgl. Rütters, Die heimliche Revolution – vom Rechtsstaat zum Richterstaat, Tübingen 2014.
- 8 Vgl. auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 22.3.2001 in der Rechtssache *Streletz, Kessler und Krenz* (Rechtssachen Nr. 34044/96, 35532/97 und 44801/98) und dazu das erklärende Sondervotum des Richters Levits.

den demokratischen Rechtsstaat charakteristisch ist und heute die zentrale Säule jeglicher demokratischer Herrschaft bildet: Das Recht sollte von dem durch Wahlen demokratisch legitimierten Gesetzgeber und nicht von den nichtgewählten Richtern gesetzt werden.

3. Methoden

Das oben dargestellte Modell stellt die strikte demokratische Legitimation in den Vordergrund, und akzeptiert deshalb nicht, dass die Richter ebenfalls in gewissem Rahmen Recht setzen.⁹ Die entscheidende Frage, ob dieses Modell der Wirklichkeit entspricht, oder, noch mehr, theoretisch funktionieren kann, hängt entscheidend von der Auslegungsmethodologie ab. Es fragt sich daher, ob die von den Richtern benutzten Methoden der Gesetzesauslegung dazu geeignet sind, wirklich jegliche Rechtsetzung durch die Richter – also das Richterrecht – zu vermeiden.

Die im Voraus festgelegte Auslegungsmethodologie des demokratischen Rechtsstaates soll es dem Gesetzgeber erstens ermöglichen, vor auszusehen, wie die Richter den vom Gesetzgeber formulierten Text verstehen und im konkreten Fall künftig anwenden werden, und, dieses voraussichtliche Verständnis der Richter (und anderer Rechtsanwender) antizipierend, ihm erlauben, den Text des Rechtsaktes dementsprechend zu formulieren. Zweitens, die Auslegungsmethodologie soll den Richtern den Weg zeigen, wie sie, vom Text der Bestimmung ausgehend, später den Willen des Gesetzgebers zurückverfolgen und feststellen können, damit sie darauf ihre Entscheidung stützen können.

Die Auslegungsmethodologie des demokratischen Rechtsstaates basiert auf vier »klassischen« Methoden der Auslegung (*canones*), die zumindest im Prinzip zum – echten oder mutmaßlichen – Willen des Gesetzgebers führen sollten, nämlich die grammatikalische Auslegung (Auslegung aus dem Wortlaut des Textes), die systematische Auslegung (Auslegung aus dem Zusammenhang des Systems, in dem sich die auszulegende Bestimmung befindet), die historische Auslegung (Auslegung aus der Entstehungsgeschichte der betreffenden Bestimmung) und schließlich die »Königsmethode«, die insbesondere dann zum Zuge kommt, wenn die ersten drei Methoden kein verwertbares Ergebnis erbringen, und die den Richter *de facto* in den Vordergrund stellt – die teleologische Ausle-

gung (Auslegung nach dem Sinn und Zweck der betreffenden Bestimmung).

Die vier klassischen Auslegungsmethoden sollen nicht als absolut feste und weiter nicht zu differenzierende Formeln verstanden werden.¹⁰ Im Gegenteil, jede der vier Methoden beinhaltet »Untermethoden« bzw. Regeln, die genauer bestimmen, wie die Methode anzuwenden ist. ZB. die systematische Methode beinhaltet die Regel der verfassungskonformen Auslegung, die Regel *lex posterior derogat lex prior*, ua.; bei der historischen Auslegung kann sowohl auf den objektiven Willen (dh. vom historischen Gesetzgeber losgelösten »objektivierten« Willen des Gesetzgebers) oder den subjektiven Willen (dh. auf die dokumentarischen belegten subjektiven Überlegungen des damaligen Gesetzgebers) abgestellt werden. Ein zusätzliches Problem liegt darin, dass es zwischen den Auslegungsmethoden, aber insbesondere zwischen ihren einzelnen »Untermethoden« und Regeln keine absolut klare, unzweifelhafte Rangfolge gibt. Es ist Sache des Richters, für den jeweiligen Fall die richtigen Methoden bzw. ihre Elemente zu wählen.

Wegen dieser Komplexität der Auslegungsmethodologie kann nicht gesagt werden, dass diese Methodologie überall gleich angewandt wird. Es gibt Unterschiede, die das eine oder andere Element mehr oder weniger betonen, sowohl zwischen den Staaten, zwischen den materiellen Rechtsbereichen, als auch zwischen den verschiedenen Gerichtszweigen und Instanzen (höhere Gerichte würden eher die teleologische Methode anwenden als untere Gerichte, die Verfassungsgerichte kennen auch spezielle Auslegungsregel wie zB. die Regel der Einheit der Verfassung usw.). Dennoch lassen sich die vier klassischen Methoden, ihre Untermethoden und Regeln als die spezielle Auslegungsmethodologie des demokratischen Rechtsstaates zusammenfassen.

Das erklärte Ziel der Auslegung des Gesetzes durch den Richter ist es aber nicht, den eigenen Willen des Richters in

⁹ Dieses Modell ist weit verbreitet in dem kontinentaleuropäischen Rechtskreis. Daher wird das Vordringen des im Prinzip rechtsschöpferischen Richterrechts als undemokratisch kritisiert, vgl. dazu näher *Funke*, Wollen müssen. Die Wille des Gesetzgebers in der jüngeren öffentlich-rechtlichen Methodendiskussion, in: v. Baldus, Theisen, Vogel (Hrsg.), »Gesetzgeber« und Rechtsanwendung, Tübingen 2013, S. 179 f. Im *common law* Rechtskreis ist es dagegen selbstverständlich, dass die Richter Recht setzen. Im Rahmen dieses Artikels werde ich nur auf die dogmatischen Vorstellungen des kontinentaleuropäischen Rechtskreises eingehen, zu welchem, ungeachtet der erheblichen Besonderheiten, zumindest indirekt auch die Dogmatik des Rechts der Europäischen Union zu zählen ist.

¹⁰ S. *Kramer*, Juristische Methodenlehre, München 2013, S. 39 ff.

das Gesetz »einzupflanzen« und damit Recht zu setzen (auch unter dem Deckmantel des Gesetzes), sondern immer einen fremden, den Gesetz tragenden Willen »zu finden« – sei es den »historischen« Willen des Gesetzgebers oder den »objektiven« Willen des Gesetzes.

4. Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung und Notwendigkeit der Auslegung

Bei näherer Betrachtung dieser Auslegungsmethodologie ergibt sich, dass ihre vier »klassischen« Methoden der Auslegung von Rechtsnormen nur bedingt geeignet sind, das Ziel der Gesetzesbindung zu erreichen – das absolute Rechtsetzungsmonopol des Gesetzgebers zu garantieren und die Richter von jeglicher Rechtsetzung auszuschließen.

Entgegen der rechtspositivistischen Auffassung von *Kelsen* und der von ihm beeinflussten Rechtsschule muss anerkannt werden, dass das Gesetz praktisch immer lückenhaft ist.¹¹ Die Lücken sind zunächst »äußere« Lücken, dh., es gibt Lebenssachverhalte, die nicht vom Gesetz (der Summe der Gesetze) geregelt worden sind. Insbesondere können solche Situationen nach der Verabschiedung des Gesetzes entstehen, denn der Gesetzgeber kann nicht alle künftigen Situation voraussehen, selbst wenn er sich darum mit aller Kraft bemüht. Daneben gibt es auch »innere« Lücken des Gesetzes, die dadurch entstehen, dass das Gesetz zwar auf die betreffende Situation offenbar anzuwenden ist, die Regelung aber unvollständig ist, weil ein notwendiges Element auf der Tatbestandsseite oder der Rechtsfolgesseite fehlt. Dies kann insbesondere durch sprachliche Ungenauigkeit, durch Verwendung von offenen Rechtsbegriffen oder Generalklauseln, oder durch innere Systemfehler der Gesetzeskonstruktion bedingt sein (bei Zusammenschau von verschiedenen Teilen des Gesetzes fügen sich diese nicht nahtlos zusammen oder widersprechen sich). Die Lücken – äußere wie innere – können vom Gesetzgeber sowohl unbeabsichtigt als auch beabsichtigt sein (zB. weil keine politische Einigung erzielt werden konnte). Im letzteren Falle überträgt der Gesetzgeber stillschweigend oder (selten) auch ausdrücklich die Regelungsbefugnis an die Richter.

Es ist allgemein anerkannt – auch von diejenigen, die das Richterrecht kritisieren –, dass der Richter in einer solchen Situation entscheidet, in dem er das Gesetz ent-

sprechend der Auslegungsmethodologie des demokratischen Rechtsstaates auslegt.¹² Dabei hat der Richter – im Rahmen der oben genannten Auslegungsmethode – immer einen gewissen Spielraum. Den größten Spielraum hat er bei der teleologischen Auslegung, wenn er nach dem Sinn und Zweck des Gesetzes sucht.

Doch selbst wenn er sich dabei in der Gedankenwelt des historischen Gesetzgebers zu versetzen sucht, ist der so festgestellte Sinn und Zweck des Gesetzes immer von ihm, dem zuständigen Richter »gefunden«. Ein anderer – ein für die Sache nicht zuständige Richter, ein Rechtswissenschaftler oder ein Bürger – könnte einen anderen Sinn und Zweck »finden« und seinen Fund ebenfalls mehr oder weniger überzeugend begründen. Wenn man nicht auf die besondere Stellung des gerade zuständigen Richters abstellt, die mit dem Anspruch auf Unfehlbarkeit gekoppelt ist (weil nur der zuständige Richter kraft seines Amtes den einzig richtigen Sinn und Zweck des Gesetzes zu finden vermag), so muss man zugeben, dass die Behauptung, dass das Ergebnis der richterlichen Auslegung der Ausdruck des eigentlichen, bewussten oder unbewussten Willens des Gesetzgebers und nicht des Richters ist, eine Fiktion ist. Sie unterstützt zwar das eingangs dargestellte demokratische Legitimationsmodell, entspricht aber nicht der Wirklichkeit, und kann ihr auch nicht entsprechen, denn die angewandten klassischen vier Auslegungsmethoden, insbesondere die teleologische Methode, sind strukturell nicht in der Lage, die eigene richterliche Meinung von dem, was unabhängig von der richterlichen Meinung im Gesetz geregelt ist, sauber zu trennen. Dass die richterliche Meinung als der Wille des Gesetzes deklariert wird, ändert nichts an dieser Feststellung. Stattdessen ist es mE. treffender, die – unvermeidbare!¹³ – Existenz des Richterrechts (neben dem Gesetzesrecht) anzuerkennen, und das etwas »sterile«, vereinfachende Legitimationsmodell zu differenzieren, in dem man sich den genaueren Bedingungen der Entstehung des Richterrechts,

11 S. näher *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Aufl., Berlin 1983. Im Gegensatz zu der Lückenhaftigkeit des positiven Gesetzes bzw. deren Summe muss anerkannt werden, dass das gesamte Recht vollständig ist, denn es beinhaltet Verfahren, wie vom Gesetz nicht geregelte Situationen mit den Mitteln des Rechts bewältigt werden können.

12 Vgl. *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 7. Aufl., München 2013, Rn. 832 ff.

13 *Rüthers* (Fn. 7), S. 80.

seine Unterschiede zum Gesetzesrecht und seiner Zulässigkeit zuwendet.

II. Die Besonderheiten der Auslegungsmethodologie des Europäischen Gerichtshofes

1. Setzung von Richterrecht durch den EuGH

Das vorstehend Gesagte gilt prinzipiell auch für das europäische Gerichtssystem. Nachfolgend wird speziell vom Europäischen Gerichtshof die Rede sein.

Der Europäische Gerichtshof setzt europäisches Richterrecht. Dies ist nicht nur in der Rechtswissenschaft anerkannt,¹⁴ sondern auch durch die Union selbst, indem sie zB. die von den neuen Mitgliedstaaten verlangte, das *aquis communautaire* anzunehmen, wozu auch ausdrücklich die Rechtsprechung des EuGH und EuG – dh., das von den Unionsgerichten gesetzte Recht – gehörte. Der Europäische Gerichtshof, der selbstverständlich nicht ausdrücklich in die Theoriendebatte eingreift, scheint jedoch indirekt zu bestätigen, dass er eher die Vorstellung zutreffend findet, dass er nur das vom europäischen Gesetzgeber gesetzte Recht ohne eigene Rechtsetzung in Einzelfallentscheidungen umsetzt. Praktische Konsequenz hat das in der Handhabung der Anträge der Parteien, die darauf gerichtet sind, die Wirkungen des Urteils wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten für die Betroffenen nur für die Zukunft gelten zu lassen. Diese Anträge werden fast immer abgelehnt. Dahinter steht die theoretische Vorstellung, dass die in Frage stehende europäische Norm schon von Anfang die vom Gerichtshof festgestellte Auslegung beinhaltet hat und der Gerichtshof diese Auslegung nur »gefunden« hat, im Prinzip aber die Parteien diese hätten selbst finden und entsprechend handeln können. Würde er dagegen die Wirkungen für die Zukunft beschränken (wozu einige Verfassungsgerichte befugt sind), würde er dadurch eine Regelung treffen, die über die bloße Auslegung hinausgeht und damit neues Recht, nämlich Richterrecht, setzt. Freilich, wird diese Haltung nicht konsequent durchgehalten. Unter engen Voraussetzungen (wegen Vertrauensschutzes der Betroffenen)¹⁵ ist der Gerichtshof in einigen Ausnahmefällen bereit gewesen, die Rückwirkungen des Urteils einzuschränken und damit *de facto* neues Recht zu setzen.¹⁶

2. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit sowie Besonderheiten

Die Auslegungsmethodologie des Staatstyps »demokratischer Rechtsstaat« ist auch für die Auslegung des Rechts der Europäischen Union grundlegend. Da diese jedoch eine strukturell vom Staat unterschiedliche Ordnung ist, unterscheidet sich auch die Auslegungsmethodologie der Rechtsnormen der Europäischen Union von der der Mitgliedstaaten.

Mit anderen Worten: Die Auslegungsmethodologie der Rechtsnormen der Europäischen Union basiert auf der Auslegungsmethodologie des demokratischen Rechtsstaates, ist aber durch die unterschiedliche Rechtsstruktur der Union modifiziert.

Im Folgenden werden nur einige der wichtigsten Besonderheiten des Europarechts im Vergleich zu den nationalen Rechtsordnungen und ihr Einfluss auf die Anwendung der vier klassischen Auslegungsmethoden durch den Europäischen Gerichtshof kurz dargestellt.

3. Grammatikalische Auslegung

Hinsichtlich der grammatikalischen Auslegungsmethode muss beachtet werden, dass das Europäische Recht multilingual ist, dh., es gilt gleichermaßen in zZt. 24 Amtssprachen. Das europäische Recht wird nicht in eine oder einige wenige Sprachen gesetzt, und in alle übrigen übersetzt. Die Tatsache, dass das Gesetzgebungsverfahren im Wesentlichen auf Englisch und Französisch stattfindet, und der Europäische Gerichtshof seine Urteile intern nur auf Französisch vorbereitet, hat für die Frage der Geltung des europäischen Rechts in verschiedenen Sprachen keine Bedeutung. Die europäischen Rechtsnormen und die Urteile des Gerichtshofs werden in allen Amtssprachen veröffentlicht. Für den einzelnen Mitgliedstaat ist, zumindest informell, nur die in seine Amtssprache übersetzte Sprachversion maßgebend. Für den Europäischen Gerichtshof hingegen sind alle Sprachversionen gleich bindend.

¹⁴ Vgl. Schulze/Seif (Hrsg.), Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft, Tübingen 2003.

¹⁵ ZB. EuGH, 13.4.2010 – C-73/08 – Slg. 2010, I-2735, Rn. 91.

¹⁶ Siehe zur Problematik der zeitlichen Wirkung von Urteilen des EuGH auch *Rebhahn*, in: Kommentar nach §§ 6,7, in: AGBG, §§ 1–43, 3. Aufl., des von *Klang* begründeten Kommentars zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, Wien 2014, Rn. 15 ff.

Die Sprachversionen desselben Rechtstextes sind jedoch nicht immer völlig deckungsgleich. Das ist bedingt durch vier Faktoren: Erstens, die Übersetzungsfehler bzw. Abweichungen bei der Übersetzung von der internen Arbeitssprache des jeweiligen Organs der Europäischen Union in die entsprechende Amtssprache. Es gilt immer die übersetzte und amtlich veröffentlichte Version als eine der 24 Sprachversionen mit gleicher Rechtskraft. Zweitens, die grammatische Struktur der Sprachen ist oft unterschiedlich – zB., einige Zeitformen können in einige Sprachen ausgedrückt werden, in andere nicht. Drittens, der Wortschatz und die Bedeutung des einzelnen Wortes bzw. Begriffs ist unterschiedlich – was in einer Sprache mit einem Wort gemeint ist, kann in einer anderen Sprache nur mit einem annähernden Begriff oder beschreibend ausgedrückt werden. Und schließlich viertens, die in den Rechtsnormen oft verwendet spezielle Juristensprache ist abhängig von der Rechtsdogmatik des Mitgliedsstaates, welcher die entsprechende Amtssprache verwendet, zB. der Begriff »act administratif« in der französischen Rechtssprache ist nicht dasselbe wie der »Verwaltungsakt« in deutscher Rechtssprache; der in deutscher Jurisprudenz oft verwendete und mit genauem rechtlichen Inhalt ausgestattete Begriff »zumutbar« (zB. dem Arbeitssuchenden zumutbare Arbeit) hat keine, zumindest keine genaue Entsprechung in anderen Sprachen (jedenfalls nicht im Französischen, Englischen oder Lettischen).

Für Fälle, wo die unterschiedlichen Sprachversionen eines Rechtstextes zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, hat der Gerichtshof eine Methode des wertenden Vergleichs entwickelt, die aus unterschiedlichen Sprachversionen ein neues, autonomes Textverständnis entwickelt. Insgesamt gesehen, ist die Bedeutung der grammatikalischen Auslegung in der Rechtsprechung des Gerichtshofs etwas geringer als in den nationalen Rechtsordnungen, insbesondere in solchen, in denen die Anklänge der »Begriffsjurisprudenz« noch relativ bedeutsam sind.

4. Historische Auslegung

Auch die historische Auslegungsmethode spielt in der Auslegung der europäischen Rechtsnormen eine deutlich geringere Rolle als in den nationalen Rechtsordnungen. Dafür gibt es mehrere Gründe. Erstens, die europäische

Rechtsordnung ist nach der eindeutigen Absicht der »Verfassungsväter« der Union (dh. der Mitgliedstaaten bzw. ihren Vertretern, die das europäische Primärrecht aushandelten) eine »dynamische« Rechtsordnung, dh., eine Rechtsordnung, die auf die Entwicklung einer »immer enger werdende Union der Völker Europas« gerichtet ist.¹⁷ Eine solche »dynamische« Betrachtungsweise relativiert zwangsläufig das Gewicht des historischen Gesetzgebers für die zukünftige Auslegung des vom ihm gesetzten Rechts.

Ein weiterer Grund sind die im Vergleich zu nationalen Rechtsordnungen erheblich größeren Schwierigkeiten, den historischen Willen des europäischen Gesetzgebers nachträglich festzustellen. Dies hängt mit dem unterschiedlichen Gesetzgebungsprozess in den Mitgliedstaaten einerseits und in der Europäischen Union als dem supranationalen Verbund *sui generis* andererseits zusammen. Erstens, die europäischen Gesetzgebungsorgane, und insbesondere der Europäische Rat, im geringeren Maße auch das Europäische Parlament, und erst Recht die Europäische Kommission, die das Initiativrecht für europäische Gesetzesprojekte hat und eigene Ausführungsbestimmungen erlassen kann, kennen nicht den Grundsatz der regierungsbildenden Mehrheit und der oppositionellen Minderheit wie in den nationalen Parlamenten. Ein Gesetzgebungsprojekt ist vielmehr das Ergebnis der Verhandlung und Aushandlung zwischen den beteiligten Institutionen, aber auch Interessenvertretungsorganisationen außerhalb der Unionsinstitutionen. Dabei wechseln bzw. entwickeln sich die Positionen der Beteiligten im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens ständig. Insoweit ist es schwieriger einen gezielten, durch programmatische Dokumente belegten Willen des europäischen Gesetzgebers festzustellen, als dies durch die Auswertung von Dokumenten im nationalstaatlichen Kontext möglich ist. Zweitens, das Gesetzgebungsverfahren, insbesondere im Europäischen Rat und in der Europäischen Kommission, ist nicht in demselben Maße öffentlich wie das Verfahren im nationalen Parlament. Das ist zwangsläufig die Folge des Verhandlungs- und Aushandlungsverfahrens. Drittens, die Gesetzgebungs-

¹⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Union. Damit soll zum Ausdruck gebracht werden, dass die Integration selbst das Ziel der Union ist, deren Gestalt aber offen ist, *Kadelbach*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Band 1, Präambel EUV, Rn. 5 f.

vorhaben werden oft zu »Paketen« geschnürt, damit sie letztendlich angenommen werden können, und im Zuge der Aushandlung der »Pakete« werden gegenseitige Zugeständnisse in einzelnen Vorschriften gemacht, die dann nicht immer mit dem Rest der entsprechenden Regelung in Einklang gebracht werden. Schließlich, oft spürbar, aber wenig dokumentiert ist der Einfluss der Lobbyisten, der noch zusätzlich die Frage nach dem Willen des Gesetzgebers verwässert.

Aufgrund dieser Ausgangssituation rekurriert der Europäische Gerichtshof erheblich seltener auf den historischen Gesetzgeber als das in den wohl meisten nationalen Rechtsordnungen der Fall ist.

5. Systematische Auslegung

Die systematische Methode muss eine für das Recht der Europäischen Union konstitutive Besonderheit berücksichtigen: Die europäische Rechtsordnung, im Unterschied zur staatlichen Rechtsordnung, ist nicht lückenlos, sondern nur partiell – sie umfasst nur die Bereiche, die ihr von den Mitgliedstaaten ausdrücklich zur Regelung übertragen worden sind. Der Spruch des Schweizer Rechtswissenschaftlers Hans Reichel vom 1915 »Das Gesetz hat Lücken, das Recht ist lückenlos«¹⁸ gilt für die nationale, aber nicht für die europäische Rechtsordnung.

Das hat zur Folge, dass die Auslegung von europäischen Rechtsnormen, insbesondere im Rahmen der systematischen Auslegung (Schließung von äußeren genauso wie inneren Lücken) quasi automatisch die Kompetenzfrage aufwirft: Ist die Union befugt, die Lücke zu schließen, oder ist das die Sache der Mitgliedstaaten?¹⁹

Der Europäische Gerichtshof ist in diesem Punkt oft einer heftigen Kritik der (deutschen) juristischen wie der allgemeinen Öffentlichkeit ausgesetzt. Es gibt nicht Wenige, die meinen, dass der Gerichtshof bei der Lückenschließung die Kompetenzen der Union unzulässig ausdehnt.

Der Gerichtshof ist sich dieses Problems bewusst, und versucht, aus seiner Sicht sehr penibel auseinanderzuhalten, was (noch) in den Bereich der Unionskompetenz gehört und daher von ihm interpretiert werden kann, und was (bereits) in den ursprünglichen Kompetenzbereich der Mitgliedstaaten fällt. Das Ergebnis ist oft auch bei einem relativ einheitlichen Sachverhalt eine sehr komplizierte und filigrane Beschreibung der sensiblen Grenze zwischen den beiden Kompetenzbereichen.

6. Teleologische Auslegung

Schließlich spielt die teleologische Auslegungsmethode in der Praxis des Europäischen Gerichtshofs eine herausragende Rolle. Der eine Grund wurde bereits genannt – die dem europäischen Unionsrecht eigentümliche dynamische Auslegung, die die Rolle des historischen Gesetzgebers zugunsten des aktuellen Rechtsinterpreten, somit des Europäischen Gerichtshofs, stärker zurücktreten lässt, als dies üblicherweise in den nationalen Rechtsordnungen der Fall ist.

Hinzukommt eine der Grundüberzeugungen des Gerichtshofs – der Fall muss immer gelöst werden, eine Antwort an das nationale Gericht bei dem Vorabentscheidungsverfahren (von eng definierten Ausnahmen abgesehen) muss immer gegeben werden – sei es auf der Grundlage des Europäischen Unionsrechts, wie meistens, oder durch klaren Verweis auf die Zuständigkeit der nationalen Rechtsordnung. Der Gerichtshof muss auch unübersichtliche Rechtsfragen lösen, bei denen der Wortlaut des Unionsrechts schwer verständlich ist oder sich der Sinn nicht ohne weiteres erschließen lässt (was nicht selten vorkommt) oder Rechtsfragen, bei denen aus verschiedenen verstreuten Rechtsakten, mit teilweise divergierenden Regelungsgehalten (was ebenfalls keine Rarität ist) ein klarer und konsistenter Regelungsgehalt konstruiert werden muss. Für solche Fälle gerade ist die teleologische Methode am geeignetsten. Die intensive Nutzung der teleologischen Methode ist somit auch auf die oben erwähnten Besonderheiten des europäischen Gesetzgebungsverfahrens zurückzuführen.

Bei der Anwendung der teleologischen Methode, die dem Europäischen Gerichtshof einen besonders weiten Ermessensspielraum einräumt, muss beachtet werden, daß der Gerichtshof, der französischen Tradition folgend nicht zwischen der Auslegung und Rechtsfortbildung unterscheidet, und den gesamten Vorgang als Auslegung versteht,²⁰ die dann mehr oder weniger weitgehend sein kann. Dementsprechend fehlen auch methodisch eindeutige Kriterien, um zu bestimmen, ob der Gerichtshof sich noch im Rahmen der zulässigen Rechtsfortbildung befindet, oder seine Auslegung bereits unzulässig überdehnt. Dennoch

¹⁸ Zit. nach: *Kramer* (Fn. 10), S. 139.

¹⁹ Vgl. *Neuner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 3. Aufl., Berlin 2015, Die Rechtsfortbildung, Rn. 15.

²⁰ Dazu *Walter*, *Rechtsfortbildung durch den EuGH. Eine rechtsmethodische Untersuchung ausgehend von der deutschen und französischen Methodenlehre*, Berlin 2009, S. 20 ff.

orientiert sich der Gerichtshof *de facto* an gewissen, dogmatisch freilich im Vergleich zur deutschen Methodenlehre weniger elaborierte Prinzipien und Maximen, die eine ähnliche Orientierung bei der Festlegung dieser Grenze bieten können, wie die deutsche Methodenlehre.²¹ In den allermeisten Fällen führen beide Prüfungsmaßstäbe zu demselben Ergebnis.

III. Fazit

Als Fazit muss festgehalten werden, dass der Europäische Gerichtshof neben dem eigentlichen europäischen Gesetzgeber (dem Rat und dem Europäischen Parlament, in untergeordneter Position auch der Europäischen Kommission) durch seine Urteile europäisches Recht setzt. Er ist aber durch die Gesetzesbindung an die Vorgaben des eigentlichen europäischen Gesetzgebers gebunden. Er kann nur die vom europäischen Gesetzgeber absichtlich

oder unabsichtlich gelassenen Lücken der Rechtsnormen schließen, wobei diese wegen der Eigentümlichkeit der europäischen Rechtsordnung und des europäischen Gesetzgebungsverfahrens zahlreicher sind als in den nationalen Rechtsordnungen üblich. Bei der Schließung dieser Lücken ist er an die Auslegungsmethodologie des demokratischen Rechtsstaates gebunden, wobei auch hier gewisse Besonderheiten bestehen, die durch die Struktur des europäischen Unionsrechts und des Gesetzgebungsverfahrens bedingt sind. Ein wichtiger und zugleich sensibler Punkt, der vom Europäischen Gerichtshof bei der Auslegung des europäischen Rechts zu beachten ist, ist die Tatsache, dass die europäische Rechtsordnung nur eine Teilrechtsordnung ist, und die Auslegung immer in einem sehr engen Kontext mit Kompetenzfragen der Europäischen Union steht.

²¹ Zu vom Europäischen Gerichtshof angewandten Auslegungs- und Rechtsfortbildungsmethoden vgl. *Neuner* (Fn. 19), Auslegung, Rn. 1 ff.

Richterrecht und Gesetzesbindung¹

*Prof. Dr. Brun Otto Bryde, Richter des Bundesverfassungsgerichts a.D.,
Prof. em. der Justus-Liebig-Universität Gießen*

Diese Ausführungen sind nicht als Beitrag zur aktuellen Diskussion über umstrittene Urteile des Bundesarbeitsgerichts oder anderer Gerichte gedacht. Mein Interesse gilt vielmehr den Unterschieden von Richterrecht und Gesetz, ihrer jeweiligen Leistungsfähigkeit aber auch ihren Leistungsgrenzen. Das scheint mir ein guter Zugang zu sein, um zu diskutieren, welche Anforderungen sich an die Gerichte im Umgang mit dem Gesetz stellen, aber auch welche Verantwortung der Gesetzgeber trägt, den Gerichten die richtigen Handlungsanweisungen zu geben.

I. Richterrecht und Gesetzesrecht

Mein Ausgangspunkt ist zunächst einmal, dass ich es für selbstverständlich halte, dass nicht nur der Gesetzgeber sondern auch Gerichte Recht schöpfen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Legitimation des Richters auch zur Rechtsfortbildung wiederholt anerkannt. Am Anfang steht ein Urteil, das die Rechtsprechung des BGH akzeptiert, der sich unter Berufung auf die Verfassung über einen Gesetzestext hinweg setzt, der so eindeutig ist, wie nur möglich, nämlich das ausdrückliche Verbot von Schmerzensgeld für immaterielle Schäden². Im Unterschied zu einem Teil der Wissenschaft³ habe ich daher auch keine Bedenken, mit dem mir von den Veranstaltern vorgegebenen Begriff von »Richterrecht« zu sprechen.

Aber auch, wenn Richter Recht schöpfen und in gewissem Sinn sogar Politik machen, sind sie keine politischen Instanzen. Sie handeln vielmehr in einem justizförmigen Verfahren mit spezifischen Rationalitätsgarantien, die die Durchsetzung individueller Willkür des Rechtsanwenders einschränkt.

Idealtypisch unterscheidet sich die richterliche Entscheidung von der »politischen« ieS. (dh. der des Gesetzgebers oder der Exekutive) dadurch,

- dass sie stärker durch Normen gebunden ist,
- dass Gerichte nicht initiativ, sondern reaktiv tätig werden, und
- dass sie nur ein eingeschränktes Handlungsinstrumentarium zur Verfügung haben, nämlich im Prinzip nur ja/

nein Entscheidungen nach dem Maßstab von Recht und Unrecht treffen können.

Aus diesen Unterschieden ließe sich theoretisch ein ideales Programm dafür konstruieren, was besser vom Gesetzgeber und was besser vom Richter erledigt werden sollte: die Praxis ist naturgemäß viel komplizierter, aber ein Bewusstsein für die Leistungsgrenzen der jeweiligen Handlungsformen könnte auch der Praxis helfen.

II. Bindung und Freiheit in der Rechtsschöpfung

Auch wenn man Richterrecht anerkennt, ist in der Demokratie der Vorrang des Gesetzes für den einfachen Richter und auch der der Verfassung für den Verfassungsrichter ganz unbestreitbar. Der Gesetzgeber setzt Recht, der Richter muss es anwenden. Der Gesetzgeber kann Richterrecht, das ihm nicht gefällt, mit einem Federstrich beseitigen, dem Richter – mit Ausnahme des Verfassungsrichters – steht das nicht zu.⁴

Dieser Vorrang des Gesetzes ist in der parlamentarischen Demokratie zentral und auch Verfassungsgebot, der Richter muss sich an die Vorgaben des demokratischen Gesetzgebers halten. Der Gesetzgeber ist nicht nur durch demokratische Wahlen legitimiert, das Gesetz kommt idealerweise auch in einem offeneren Verfahren mit breiterer Diskussion zustan-

¹ Es handelt sich um einen Vortrag, den der Verfasser auf dem 10. Hans-Böckler-Forum zum Arbeits- und Sozialrecht am 6.3.2015 gehalten hat. S. dazu auch den Beitrag von *Levits*, S. 121 in diesem Heft.

² BVerfG, 14.2.1973 – 1 BvR 112/65 – BVerfGE 34, 269.

³ *Sommermann*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., München 2010, Art. 20 Rn. 276 mwN.; *Schnapp*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., München 2012, Art. 20 Rn. 63.

⁴ Das gilt im Prinzip auch für das Verhältnis von Verfassungsgericht und verfassungsänderndem Gesetzgeber, die Wirkung von Verfassungsurteilen kann durch Verfassungsänderung beseitigt werden. Grenzen der Verfassungsänderung wie Art. 79 Abs. 3 GG, die früher sehr selten waren, inzwischen aber weltweit zunehmen, geben dem Verfassungsgericht auch die Kontrolle über die Verfassungsänderung. Wegen des grundsätzlichen Problems, dass dadurch für das Verhältnis von Richtermacht und Demokratie entsteht, übt jedenfalls das Bundesverfassungsgericht dabei zurecht äußerste Zurückhaltung: *Bryde*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., München 2012, Art. 79, Rn. 30

de. Es ist Ergebnis des politischen Prozesses, in dem die Gesellschaft sich durch demokratische Entscheidungen regiert.

Das Bundesverfassungsgericht hat daher auch das Überschreiten der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung als Verstoß gegen Art. 20 GG angesehen.⁵

Für die Gesetzesauslegung bedeutet das, dass jedenfalls theoretisch sogenannte subjektive und objektive Gesetzesauslegung nicht gleichrangig sind: wenn eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers vorliegt, muss der Richter ihr gehorchen. Das wird bei neuen Gesetzen, die ein konkretes Problem angehen, häufiger der Fall sein, als bei älteren, die einen dynamischen Lebensbereich auf mehr oder lange Dauer verfassen.

Aber genau so, wie die Bindung des Richters an das Gesetz unbestreitbar ist, steht fest, dass diese Bindung sich nicht in einem logischen Syllogismus vollzieht.

Der Richter muss vielmehr das Gesetz in einer Wirklichkeit konkretisieren, die sich ständig ändert und die der Gesetzgeber nur bedingt vorprogrammieren kann. Oft will er es auch gar nicht, sondern verlässt sich darauf, dass die Gerichte seine Entscheidung an die Wirklichkeit anpassen werden, gelegentlich auch darauf, dass das Verfassungsgericht sie aufheben oder der EuGH sie beanstanden wird.

Gerade das, was als Schwäche von Richterrecht erscheinen könnte – seine Anbindung an den konkreten Fall – ist nämlich gleichzeitig seine Stärke. Der Richter hat die Aufgabe, konkrete Fälle einer juristisch richtigen, gerechten und dem Fall angemessenen Lösung zuzuführen. Die besondere Überzeugungskraft richterlicher Gesetzesauslegung – und auch die richterlicher Rechtsfortbildung – liegt in dieser Konfrontation des Rechts mit der Wirklichkeit. Der Gesetzgeber trifft Regelungen für die Zukunft, aber er kann nicht in die Zukunft schauen, der Richter ist mit konkreten Fällen konfrontiert und damit oft näher an den Problemen und muss sich auch Fragen stellen, an die der Gesetzgeber noch nicht gedacht hat.

Wo genau die Grenze zwischen diesen beiden Grundvoraussetzungen richterlicher Tätigkeit – dem Gesetzesgehorsam einerseits, der Notwendigkeit, das Gesetz sinnvoll anzuwenden und dabei auch fortzuentwickeln andererseits – liegt, lässt sich nicht mit einfachen Formeln bestimmen. Dabei kann noch einmal darauf verwiesen werden, dass das Bundesverfassungsgericht die richterliche Rechtsfortbildung in einem Fall gebilligt hat, in dem ein klarer Verstoß gegen einen eindeutigen Wortlaut vorlag.

Diese Kritik gilt auch einer Formel, die sich in der Entscheidung zu den Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung

im Familienrecht im 128. Band findet, unter der auch mein Name steht.⁶

Diese Formel besagt, dass der Richter seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung nicht an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen darf.⁷ Daran ist richtig, dass der Gesetzgeber zu bestimmen hat, wie das gesellschaftliche Zusammenleben zu gestalten ist, und dass richterliche Interpretationsanstrengungen umso kritikwürdiger werden, je mehr sie die gesetzgeberische Intention zu konterkarieren versuchen. Aber aus den unterschiedlichen Perspektiven von Gesetzgeber und Richter – der abstrakten Regelung der Zukunft einerseits, der gerechten Entscheidung eines Falles unter dem Problemdruck der Wirklichkeit in einer konkreten Situation andererseits – und auch aus dem unterschiedlichen Rollenverständnis – der Gesetzgeber darf parteiisch sein, der Richter nicht – können auch legitimer Weise unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen folgen.

Besondere Probleme ergeben sich für die Gesetzesbindung aus der mehrstufigen Rechtsordnung von Gesetz, Verfassung, Europa- und Völkerrecht.

Dass der Richter alle diese Normschichten beachten muss, bedeutet nicht nur zusätzliche Bindungen sondern unter Umständen auch zusätzliche Freiheit, da er in unterschiedlichen Normebenen unterschiedliche Argumente für die von ihm als gerecht angesehene Lösung finden kann, und auch die Vorlage oder Nichtvorlage beim Bundesverfassungsgericht oder EuGH kann die Dinge beeinflussen.

Verfassungsrecht kann zur Korrektur des Gesetzes durch verfassungskonforme Auslegung eingesetzt werden – und von verfassungskonformer Auslegung sollte man korrekter Weise nur sprechen, wenn das Ergebnis ein anderes ist, als das von den klassischen Auslegungscanonens nahegelegt wird. Auch hier sind unterschiedliche Gerechtigkeitsvorstellungen denkbar: Ein Gesetz, das dem eigenen Gerechtigkeitsgefühl widerspricht, kann man korrigieren, wenn man ein Verfassungsargument findet – und die Struktur des GG und noch mehr die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gibt dafür viele Argumente an die Hand. Angefangen von der Menschenwürde, die einmal im Herrenreiterurteil⁸ wie auch

5 BVerfG, 25.1.2011 – 1 BvR 918/10 – BVerfGE 128, 193.

6 Vgl. Fn. 5 – ich werde hier keine *dissenting opinion* nachreichen, aber doch anmerken, dass sie mit 5:3 Stimmen ergangen ist, wobei die Minderheit Bedenken hatte, dass hier die grundlegende Unterscheidung von einfachem und Verfassungsrecht zu sehr eingeebnet würde.

7 S. Fn. 5, 210.

8 BGH, 14.2.1958 – I ZR 151/56 – BGHZ 26, 349.

in der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zum Rechtsanspruch auf Sozialhilfe⁹ am Anfang stand. Gerade in der Arbeitsgerichtsbarkeit ist die Berücksichtigung der Grundrechte in der Anwendung und Auslegung von Arbeitsrecht eine Selbstverständlichkeit.¹⁰

Auch hier gibt es allerdings eine Grenze, an der nicht mehr ausgelegt werden darf, sondern vorgelegt werden muss.

Das gleiche gilt für die richtlinienkonforme Auslegung des Europarechts.

Dabei ist aus der Sicht eines ehemaligen Verfassungsrichters selbstkritisch zuzugeben, dass die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts den Richtern durchaus Kopfzerbrechen bereiten kann. Einerseits ermuntert und fordert es jede nur mögliche Anstrengung zur verfassungskonformen Auslegung, bevor es eine Richtervorlage akzeptiert,¹¹ in einem Maße, dass dem Richter die Lust an einer Vorlage vergehen kann. Andererseits hat es auch die Nichtvorlage aufgrund einer nicht vertretbaren verfassungskonformen Auslegung als Verletzung des gesetzlichen Richters gerügt.¹²

Der EuGH ist eindeutiger. Er ist viel stärker daran interessiert, angerufen zu werden. Er hinterfragt deshalb die Notwendigkeit der Vorlage nicht, sondern stellt sie ganz in das Ermessen des vorlegenden Gerichts¹³ und hat in CILFIT für die Praxis eher zu strenge – in der Praxis kaum zu erfüllende – Anforderungen aufgestellt, bevor auf die Vorlage wegen eines *act éclairé* verzichtet werden kann.¹⁴

Die Gesetzesbindung lässt den Gerichten also einen weiten Spielraum, aber – und deshalb halte ich es entgegen vieler Stimmen in der Literatur für zulässig, von »Richterrecht« zu sprechen –, das ist nicht ein Spielraum für den individuellen Entscheider. Die Gesetze werden vielmehr im Prozess ihrer Anwendung im Rahmen der Gerichtshierarchie konkretisiert und zur ständigen Rechtsprechung und »hL.«. Gerade wegen dieser Konkretisierung kann das Recht trotz vager und auslegungsbedürftiger Gesetze verlässliche Grundlage für den Bürger sein. Aber das ist nur der Fall, wenn man auch eine präjudizielle Wirkung dieser Rechtsprechung, eben Richterrecht, anerkennt.

III. Initiative

Der zweite wichtige Unterschied zwischen Gesetz und Richterrecht ist das Recht zur Initiative.

Der Gesetzgeber kann sich selbst ein Programm setzen, der Richter ist auf das Material angewiesen, das sich ihm in

der Gestalt von Fällen bietet. Auch wenn er eine rechtspolitische Agenda haben sollte, muss er darauf warten, dass der passende Fall kommt. Ich kenne durchaus Richter, die seit langem Defizite in ihrem Rechtsgebiet wahrgenommen haben, aber der Fall, mit dessen Hilfe man das Problem angehen kann, kommt einfach nicht auf den Tisch. Und das ist nicht unbedingt ein Zufall, denn oft wollen die Beteiligten gar keine gerichtliche Klärung, sondern einigen sich lieber, oder der Klügere, für den es besser ist, keine Klärung zu erreichen, gibt nach.¹⁵

Ähnlich wie bei der Normbindung kann man den Unterschied leicht überzeichnen. In der Praxis ist die Freiheit des demokratischen Gesetzgebers gar nicht so groß, wie es die Theorie sieht. Auch der Gesetzgeber reagiert eher auf Probleme, als dass er langfristige Projekte aus eigener Initiative anginge, und in einer klagefreudigen Rechtskultur wie der deutschen braucht man oft nicht lange auf den passenden Fall zu warten. Aber trotzdem bleibt der Gesetzgeber für Rechtsreformen regelmäßig der geeignetere Akteur, er kann Probleme angehen, ohne auf geeignete Fälle warten zu müssen.

Und für die Kompetenzgrenzen zwischen Gesetzgeber und Gerichten ist diese Unterscheidung auch wichtig: die Gerichte sollten nicht versuchen, sie zu überspielen, in dem sie zum Beispiel in obiter dicta Fragen beantworten, die ihnen überhaupt nicht vorgelegt wurden,¹⁶ oder die Zulässigkeitsvorschriften ihres Prozessrechts strapazieren, um an Fälle zu gelangen, die sie gern entscheiden würden¹⁷ – wobei diese Mahnung sich selbstkritisch gerade an das Bundesverfassungsgericht richtet.

9 BVerwG, 24.6.1954 – V C 78.54 – BVerwGE 1, 159.

10 Es reicht auf die endlos vielen Seiten zu verweisen, die in der AP den Grundrechten gewidmet sind.

11 Lenz/Hansel, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 2. Aufl., Baden-Baden 2015, § 80 Rn. 109 f.

12 BVerfG, 16.12.2014 – 1 BvR 2142/11 – DÖV 2015, 430.

13 Und hat deshalb auch die Vorlage des BVerfG in der OMT-Sache (EuGH, 16.6.2015 – C-62/14 – juris) nicht als unzulässig behandelt, was möglich gewesen wäre und dem Gericht von vielen Prozessbeteiligten nahe gelegt wurde; eine implizite Anerkennung der *ultra vires* Rechtsprechung des BVerfG folgt daraus unter diesen Umständen nicht.

14 EuGH, 6.10.1982 – C-283/81 – AP Nr. 11 zu Art 177 EWG-Vertrag.

15 Rechtssoziologischer Klassiker zum Machgefälle bei der Beeinflussung der Entstehung von Richterrecht: *Galanter*, Why the »Haves« Come out ahead, Law and Society Review 9, 1974/75, S. 95.

16 Bryde, Obiter Dicta, FS Papier, 2013, S. 493.

17 Vgl. die abweichenden Meinungen von Lübbe-Wolff und Gerhardt in BVerfG, 17.12.2013 – 1 BvR 3139/08, 1 BvR 3386/08 – BVerfGE 134, 242, 266, 419, 430.

IV. Handlungsinstrumentarium

Dass der Gesetzgeber und nicht der Richter in der Regel der geeignetere Akteur für die Rechtsfortbildung ist, gilt auch wegen des letzten, vielleicht entscheidenden Unterschieds: Der Richter kann nur Einzelfälle mit einem eingeschränkten Handlungsinstrumentarium bearbeiten. Der Gesetzgeber ist da viel flexibler: Er ist nicht auf ja/nein Entscheidungen nach dem Maßstab Recht/Unrecht beschränkt, sondern kann Kompromisse finden, die Folgen von Entscheidungen abmildern, Übergangfristen setzen, besonders Betroffene kompensieren.

Ein aktuelles Beispiel: Die jüngste Entscheidung des BGH zum Recht der Kinder auf Auskunft über den Samenspender¹⁸ wirft eine Fülle von Folgeproblemen für Unterhalts- und Erbrecht auf. Hätte der Gesetzgeber eine entsprechende Regelung getroffen, könnte er alle diese Folgeprobleme mit regeln, der Richter kann es nicht. Er hat viel weniger in der Hand, zu verhindern, dass seine Entscheidung unbeherrschbare Folgen auslöst.

Dieser Unterschied hat Bedeutung nicht nur für die Entscheidungswirkungen, auch ihr Entstehen. Die gesetzgeberische Entscheidung kann und muss die betroffenen Interessen breiter in den Blick nehmen, als die richterliche, die durch den konkreten Fall und die konkreten Parteien geprägt wird.

Der Vertrauensschutz ist ein besonders wichtiges Beispiel für diese unterschiedliche Leistungsfähigkeit von Gesetzesrecht und Richterrecht.

Das Bundesverfassungsgericht hat zum Beispiel ausdifferenzierte und sehr strenge Anforderungen an den Gesetzgeber gestellt, bei Rechtsänderungen Vertrauenspositionen zu berücksichtigen.¹⁹ Erfolgt die Rechtsänderung durch die Änderung einer ständigen Rechtsprechung, ist ein vergleichbarer Vertrauensschutz auf der Grundlage der herrschenden Vorstellung zum Verhältnis von Gesetz und Gericht sehr viel schwerer zu organisieren. Das Bundesarbeitsgericht hat zwar anerkannt, dass auch für Richterrecht der Vertrauensschutz des Verfassungsrechts gilt,²⁰ aber da letztlich Gesetz und Verfassung und nicht Urteile für die Zukunft verbindlich sind, bleibt Unsicherheit. Auch wenn man – nach angelsächsischem Vorbild – ein prospective overruling vornimmt, also an der alten Rechtsprechung im konkreten Fall festhält, aber andeutet, in Zukunft anders zu entscheiden, hat eine solche Ankündigung nur beschränkte Bindungswirkung. Unter Berufung auf Gesetz und Verfassung könnte sie in zukünftigen Entscheidungen immer überspielt werden. Damit ist nicht ausgeschlossen, dass in der Praxis praktikable Wege gefunden

werden, jedenfalls zur Beseitigung von Vertrauen kann ein obiter dictum reichen. Aber es spricht doch viel für den Gesetzgeber als sinnvolleren Akteur für Rechtsreformen.

V. Richterrecht ohne Gesetz

Wegen der besonderen Stellung des Gesetzes in der grundgesetzlichen Ordnung gilt nicht nur der Vorrang des Gesetzes, sondern auch der Vorbehalt, dh. wichtige Fragen müssen auch vom Gesetzgeber geregelt werden.

Gerade für das Arbeitsrecht ist das ein kontroverses Thema. Über die Frage, ob es danach zulässig ist, dass im Arbeitsrecht das zentrale Thema des Arbeitskampfrechts nicht gesetzlich geregelt ist, sind Bibliotheken geschrieben worden.²¹ Ich werde diese allenfalls durch eine Fußnote ergänzen.

Im deutschen Recht ist der Richter auch hier nicht frei schöpfend tätig, sondern legt die Verfassung aus. Das gilt übrigens nicht nur für das Arbeitskampfrecht sondern auch für andere durch Richterrecht geprägte Fragen, etwa den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz²² oder den Kündigungsschutz unmittelbar aus Art. 12 GG, wo das Kündigungsschutzgesetz nicht greift.²³ Und es ist auch nicht nur ein arbeitsrechtliches Problem, auch der Persönlichkeitschutz im Zivilrecht wird unmittelbar der Verfassung entnommen.

Trotzdem handelt es sich hier um Richterrecht ohne gesetzliche Grundlage, was schon daran deutlich wird, dass dieses Richterrecht, auch wenn es sich als Verfassungsauslegung versteht, einfaches Recht ist und vom Bundesverfassungsgericht im Wesentlichen auch so behandelt wird.²⁴ Es könnte vom Gesetzgeber korrigiert werden und das Bundesverfassungsgericht prüft es mit den üblichen Einschränkungen bei der Überprüfung einfachen Rechts. Nicht alles, was

¹⁸ BGH, 28.1.2015 – XII ZR 201/13 – BGHZ 204, 54.

¹⁹ Zuletzt etwa BVerfGE, 7.7.2010 – 2 BvR 748/05, 2 BvR 753/05, 2 BvR 1738/05 – 127, 61 – 87; sehr weitgehend BVerfGE 135, 1 mit überzeugendem Sonder-votum *Masing*.

²⁰ BAG, 23.3.2010 – 9 AZR 128/09 – BAGE 134, 1–33.

²¹ *Scholz*, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VIII, § 175 Rn. 50 m. uwN.; *Löwer*, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., München 2012, Art. 9 Rn. 82 muN.

²² *Schmidt*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2015, Art. 3 GG Rn. 29.

²³ BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169; 128, 157.

²⁴ Zum Arbeitskampfrecht: BVerfG, 10.9.2004 – 1 BvR 1191/03 – NZA 2004, 1338, Rn. 16.

Arbeitsgerichte dem arbeitsrechtlichen Gleichheitssatz entnehmen, ist von Art. 3 GG geboten und auch das Persönlichkeitsrecht des bürgerlichen Rechts ist nicht mit dem der Verfassung identisch.

Wegen der vom Grundgesetz organisierten Arbeitsteilung zwischen Gesetzgeber und Gerichten lässt sich auch nicht einfach argumentieren, dass eine so vornehme Rechtsgrundlage wie die Verfassung reichen muss: es bleibt problematisch, wenn eine Stufe der Rechtsverwirklichung fort fällt.

Den Kritikern der augenblicklichen Rechtslage im Arbeitskampfrecht ist ohne weiteres zuzugeben, dass die vor allem vom Bundesverfassungsgericht in anderen Rechtsgebieten angelegten Maßstäbe mit immer strengeren Anforderungen an den Vorbehalt des Gesetzes die Regelungslücke widersprüchlich erscheinen lassen. Ein Plädoyer für ein Arbeitskampfgesetz folgt daraus aber nicht, und nicht nur, weil der Widerspruch nicht nur nach einer Seite aufgelöst werden kann: es könnte ja auch sein, dass die Rechtsprechung zum Gesetzesvorbehalt inzwischen überzogen ist.

Da die Verfassung selbst die Koalitionsfreiheit statuiert und damit auch Tarifautonomie und Arbeitskampfrecht, ist jeder Eingriff des Gesetzgebers problematisch. Nachdem sich eine Praxis unter Mithilfe von Richterrecht eingespielt hat, ist jeder Eingriff des Gesetzgebers in Gefahr, einseitige Parteinahme zu sein oder jedenfalls als solche zu erscheinen und tatsächlich haben solche Vorwürfe Versuche des Gesetzgebers, ins Arbeitskampfgeschehen einzugreifen, begleitet. Ich erinnere mich noch an den Streit um § 116 AFG, an dem ich als Prozessbevollmächtigter beteiligt war. Das Gericht hat die angegriffene Vorschrift zwar gebilligt, aber dem Gesetzgeber für Eingriffe in die Streikfreiheit strenge Grenzen gezogen²⁵ und wie die beabsichtigte Regelung der Tarifeinheit in der Praxis und vor Gericht bestehen wird, werden wir sehen. Nun darf der Gesetzgeber anders als der Richter grundsätzlich einseitig sein. Aber wenn das GG selbst einen Lebensbereich der Autonomie der Koalitionen unterstellt, stößt der einseitige gesetzliche Eingriff sehr schnell an grundrechtliche Grenzen: Vielleicht ist hier daher tatsächlich ein Modell, in dem die Tarifpartner unmittelbar unter der Verfassung und richterlicher Aufsicht agieren, das geeignetere.

VI. Schluss

Gesetzesrecht und Richterrecht sind aufeinander bezogen und von unterschiedlicher Leistungsfähigkeit. Das Gesetz ist auf die Konkretisierung durch die Richter angewiesen und es wäre nicht sinnvoll, diesen Spielraum durch zu enge Vorgaben einzuschränken, die den Gerichten die Reaktion auf einen sich dynamisch entwickelnden Regelungsbereich unmöglich machen.

Andererseits muss auch den Gerichten klar sein, dass sie nicht nur an die Gesetze gebunden sind, sondern dass sie auch nicht über die Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers verfügen.

Es wäre für die Bewältigung der Probleme wahrscheinlich gut, wenn man offensiver mit ihnen umginge und anerkennt, dass Richterrecht nicht nur in common law Ländern sondern auch in Deutschland eine wichtige Rechtsquelle ist. Wenn man das offen zugibt, wird auch der Umgang mit diesem Richterrecht einfacher. In einem Rechtssystem, das explizit Fallrechtssystem ist, also dem common law, ist es wesentliche Aufgabe der Rechtswissenschaft, aus dem konkreten Fall verbindliche Aussagen zu gewinnen, diese aber auch mit Hilfe des konkreten Falls zu relativieren. In Deutschland geschieht das viel weniger. Die Präzedenzwirkung von Richterrecht wird gleichzeitig unter- und überbewertet. Weil im deutschen Recht Urteilen keine bindende Präzedenzwirkung zukommt, ist der Vertrauensschutz, den sie erzeugen, schwer zu organisieren: Anleihen beim prospective overruling des common law sind hier hilfreich. Umgekehrt wird aber auch Äußerungen von Gerichten – im Schatten ihrer behaupteten Unverbindlichkeit – unangemessene Wirkung zuerkannt. Oft wird argumentativ mit einem schlichten Verweis auf einen Satz in einem Urteil gearbeitet, statt sorgfältig zu untersuchen, ob man es vielleicht nur mit einem obiter dictum zu tun hat, oder wie weit der Kontext des konkreten Falles abstrakte Rechtsausagen wirklich trägt, selbst wenn sie technisch ratio decidendi sind. Geht man in der Praxis immer wieder zitierte Entscheidungsketten durch, in denen richterrechtliche Sätze als Quasi-Gesetzestexte verwendet werden, ist man oft überrascht, wie wenig sie für den Ausgang im konkreten Fall entscheidend waren.

25 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86 – BVerfGE 92, 365.

Der Rechtsgrundsatz der Solidarität¹

Alain Supiot, Collège de France, Paris

Seit zwei Jahrhunderten erfährt die Solidarität eine Blütezeit im politischen und soziologischen Vokabular. Aber erst seit kurzem ist sie als allgemeiner Rechtsgrundsatz anerkannt, zunächst auf nationaler Ebene dann auf europäischer Ebene durch den Gerichtshof und durch die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Dabei handelte es sich jedoch keinesfalls um eine Premiere. Vielmehr war es – wie es zu unterstreichen gilt – die »Afrikanische Charta der Menschenrechte und der Rechte der Völker« von 1981, die als erste diesen Grundsatz bekundet hat. Nach den Erinnerungen eines hervorragenden Mitglieds des Konvents, der mit der Erarbeitung der Grundrechtecharta der Europäischen Union betraut war, hatte dort der britische Vertreter geltend gemacht, die Solidarität im kontinentalen Begriffsverständnis sei unbekannt in seinem Land. Das englische Wort *solidarity* habe eine ganz andere Bedeutung als die kontinentalen Begriffe *solidarité*, *Solidarität*, *solidaridad*, *solidaritet*, *solidarieta*, *solidariteit* ou *solidariedade*.² Daher war es für mich sehr nahe liegend, das juristische Schicksal dieser Konzeption zu schildern, um meinen geschätzten Kollegen *Armin Höland* zu würdigen, der in erheblichem Maß zur Erforschung des sozialen Europas beigetragen hat.

Hervorgegangen aus dem römischen Recht bezeichnete die Solidarität zunächst eine Rechtstechnik der Haftung, die dazu bestimmt war, Gestaltungen der Gläubiger- oder Schuldnermehrheit bezogen auf dieselbe Forderung zu regeln (aktive Solidarität oder passive Solidarität). Das Wort tauchte im 18. Jahrhundert im juristischen Sprachgebrauch auf als Synonym für »Solidité«³ (Gesamtschuld). In diesem Sinne wird die Solidarität im *code civil* (Art. 1197 ff.) seit 1804 verwendet. Während das Zivilrecht im Grundsatz Verpflichtungen nur als zwischen Individuen bestehend anerkannte, erlaubte die Solidarität Verpflichtungen auf einer kollektiven Ebene zu denken (Mehrheit von Gläubigern und Schuldnern), ohne dass ein gemeinschaftliches Rechtsverhältnis oder eine individuelle Zustimmung erforderlich würde. (Dies erlaubte es später der Sozialversicherung, sich von der Konzeption des Versicherungsvertrags zu lösen.) Die Solidarität war damals eine reine Rechtstechnik ohne jeden dogmatischen Bezug. Sie geht aus Tatsachen hervor (Unteil-

barkeit des Gegenstands der Verpflichtung oder Mitverantwortung mehrerer Schädiger) oder wird rechtsgeschäftlich begründet (eine Verpflichtung, von mehreren Schuldnern eingegangen). Im Unterschied zur Brüderlichkeit hat sie nicht die Annahme einer gemeinsamen Herkunft der verbundenen Personen zur Voraussetzung. Diese scheinbare Sachlichkeit der Konzeption wurde durch die Verwendung im Vokabular der Biologie und der entstehenden Sozialwissenschaften verstärkt. Dort diente die Solidarität dazu, die Abhängigkeit der einzelnen Teile im Hinblick auf das Ganze zu bezeichnen, sei es im lebenden Organismus, sei es in der Gesellschaft. Die Bedeutung des Begriffs im Werk von *Durkheim* ist bekannt und ebenso der Einfluss, den dessen Werk auf die ersten Theoretiker des Sozialstaats genommen hat, insbesondere auf *Léon Duguit*, der in der gesellschaftlichen Solidarität eine objektive Norm sah, die die Herrschenden bindet und für die der Staat nur eine Art und Weise der Verwirklichung war.⁴ Auf diese Weise erwarb die Solidarität die aufrührerische Eigenschaft, sowohl ein von den Wissenschaften entdecktes Naturgesetz zu sein als auch ein Grundsatz der sozialen Gerechtigkeit. Indem sie die beiden Gesichter der Normativität – naturwissenschaftlich und juristisch – vermischte, entsprach sie den Idealen der Positivisten, die in der Wissenschaft die ursprüngliche Quelle der Gesetzlichkeit im Recht sehen, ein Platz, den einst die Religion besetzte, und die dazu tendieren, jeden Unterschied zwischen dem *Sein* und dem *Sollen* zu verwischen. Daher rührt der zentrale Platz, den die Solidarität seit dem zukunftsweisenden Werk, das ihr *Leon Bourgeois* 1896⁵ widmete, im politischen Sprachgebrauch der Reformen eingenommen hat.

1 Die Herausgeber danken *Mathias Maul-Sartori* für die Übersetzung des Textes, der bereits veröffentlicht wurde in *Kohte/Absenger* (Hrsg.), *Menschenrechte und Solidarität im internationalen Diskurs* – FS Höland, Baden-Baden 2015, p. 167, 182.

2 Vgl. *Braibant*, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Témoignage et commentaires*, Paris 2001, p. 40.

3 Vgl. *Pothier*, *Traité des obligations*, Ausgabe von 1761, Nachdruck mit einem Vorwort von *Halpérin*, Paris 2011.

4 Vgl. *Duguit*, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901.

5 *Bourgeois*, *Solidarité*, 1ère éd. 1896, Villeneuve d'Ascq 1998, p. 110; Add. *Stjerno* (Hrsg.), *Solidarity in Europe. The History of an idea*, Cambridge 2004, p. 392; *Blais*, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Paris 2007, p. 347.

Zunächst sollen die vielfältigen Bedeutungen des Rechtsgrundsatzes der Solidarität untersucht werden (I.), bevor dessen Dekonstruktion im gegenwärtigen Recht (II.) und seine Perspektiven für die Zukunft (III.) aufgezeigt werden.

I. Die juristischen Missgeschicke der Solidarität

Im heutigen Sprachgebrauch vereint die Solidarität fünf unterschiedliche Bedeutungen, die der große Indianist *Charles Malamoud* wunderbar abgegrenzt hat:

- affektiv im Sinne von Mitgefühl,
- religiös im Zusammenhang mit Entsagung und Opferbereitschaft,
- vertraglich im Sinne von Gegenseitigkeit,
- kooperativ im Sinne gemeinsamen Handelns und schließlich
- realistisch im Sinne der gegenseitigen Abhängigkeit.⁶

Abgesehen vielleicht von der ehelichen Solidarität vereint der juristische Begriff selten all diese Dimensionen, aber stets kombiniert er zumindest einige von ihnen und erscheint so jedes Mal unter einem anderen Gesichtspunkt.

Zu Beginn des Industriezeitalters ist die Solidarität zunächst als eine *Solidarität des Handelns* erschienen. Gewerkschaftliche Aktionen vereinten soziale Gruppen, die von einem Gefühl der Ungerechtigkeit angetrieben waren. Diese »Koalitionen«, die das Gesetz unterdrückte, vereinten nicht ausschließlich Lohnempfänger (eine damals noch unbekannte Kategorie). Ihre Aktionen waren nicht auf Arbeitseinstellungen beschränkt, sondern umfassten Formen des Boykotts, der öffentlichen Verurteilung oder der Vergabe von Gütezeichen, alles Formen, die heute wieder eine große Aktualität bekommen haben.

Später in der Geschichte ist die Solidarität als *Organisationsgrundsatz* sichtbar geworden. Dieser neue juristische Begriffsaspekt hat sich unter dem Schock der industriellen Revolution entwickelt. Angesichts der infolge der industriellen Maschinerisierung von Menschen erlittenen Schäden verwirklichte die Gesetzgebung zur Unfallversicherung eine objektive Haftung, die in der Herbeiführung von Gefahren für andere begründet und unabhängig von jedem Verschulden ist. Das führte dazu, dass *Solidaritätssysteme* geschaffen wurden, also »Gemeinschaftstöpfe«, die bestimmten Risiken

begegnen sollen und in die man nach seinen Möglichkeiten Beiträge einzahlte und nach seinen Bedürfnissen Leistungen erhält.⁷ Diese Organisation hat Formen von Geschenk und Gegengeschenk zwischen sozialen Gruppen und Generationen wiederkehren lassen, die der juristische Individualismus verdrängt hatte. Das Beispiel der umlagefinanzierten Rentenversicherung ist besonders aufschlussreich für eine solche Wiederkehr einer verdrängten anthropologischen Figur, nämlich der Schuld des Lebens, die eine Generation mit der anderen verbindet. Die Sozialversicherung hat im Schuldrecht die Tiefsinnigkeit der Generationenkette wieder erscheinen lassen. So definiert, unterscheidet sich die Solidarität sowohl von der Versicherung als auch von der Barmherzigkeit. Im Unterschied zum privatrechtlichen Versicherungsvertrag, der vollständig auf der versicherungsmathematischen Berechnung von Risiken fußt, beruht ein Solidaritätssystem immer auf der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft, sei sie national, berufsgruppen- oder familienbezogen. Die Mitglieder dieser Gemeinschaft, die zu einem bestimmten Zeitpunkt die vermögendsten sind oder diejenigen, die am wenigsten dem Risiko ausgesetzt sind, zahlen höhere Beiträge als die weniger vermögenden oder die stärker dem Risiko ausgesetzten Personen. Dennoch haben alle die gleichen Rechte. Im Unterschied zur Barmherzigkeit unterteilt die Solidarität die Welt nicht in diejenigen, die geben, ohne zu bekommen, und diejenigen, die bekommen, ohne etwas zu geben: Alle müssen nach ihrem Vermögen Beiträge zahlen und alle haben das Anrecht, davon nach ihren Bedürfnissen zu profitieren. Als ein solcher Ausdruck der gleichen Würde aller Menschen ist die Solidarität eine Grenze gegen die Ausdehnung der Logik des Marktes auf alle menschlichen Lebensbereiche.

An dritter Stelle ist die Solidarität ein Mittel der *Angleichung der Bedingungen*. Auf Wechselseitigkeit gegründet, hat sie sich in Abgrenzung von der Barmherzigkeit definiert, die als Mitleid ohne Gegenseitigkeit zu geben anhält, ohne dass der Empfänger seinerseits zu einer Gabe verpflichtet sein würde. Indem sie allen Menschen die gleiche Berufung zu geben und zu bekommen zuerkennt, ist sie Ausdruck menschlicher Würde. Dieser Zusammenhang ist offensichtlich in den Artikeln 22 (Soziale Sicherheit) und 23 (Recht auf gerechte und befriedigende Entlohnung) der Allgemei-

⁶ *Malamoud*, in : Supiot (Hrsg.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris, 2015, chapitre 6.

⁷ *Dupeyron*, *Les exigences de la solidarité Droit social*, 1990, p. 741.

nen Erklärung der Menschenrechte, die sich als einzige Bestimmungen der Erklärung ausdrücklich auf die Würde beziehen.

An vierter und letzter Stelle bestimmt die Solidarität stets einen *Umkreis des gegenseitigen Beistands*, der diejenigen umschließt, die er vereint, und die anderen ausschließt oder bekämpft. Unter einem solchen Aspekt des Wettbewerbsvorteils einer Gruppe im Kampf mit anderen Gruppen ist sie in der Biologie wahrgenommen worden.⁸ Nach dieser These, zunächst von *Alfred Wallace* 1864 vorgebracht, dann von *Darwin* selbst aufgegriffen, bildet der gegenseitige Beistand zwischen den Mitgliedern einer Gruppe – das, was man den biologischen Altruismus genannt hat – einen Vorteil im Konkurrenzkampf mit anderen Gruppen. *Wallace* und *Darwin* hofften, so die Biologie, das Recht und die Moral zu vereinen. Indem er aber die natürliche Auswahl vom Individuum auf die Gruppe überträgt, führt der Biosoziologismus dazu, den Krieg zum entscheidenden Moment der Auswahl der am besten angepassten Gruppe zu machen. Die Anschauungen von *Carl Schmitt* sind im Grunde nichts anderes als die Übersetzung dieser Thesen in den Bereich der Rechtswissenschaften.

Selbstverständlich ist in den westlichen Demokratien die Solidarität nicht auf eine solche Weise verwirklicht worden. Vielmehr haben diese Staaten den Ausdruck der gemeinsamen Solidaritäten kanalisiert, um daraus den Motor für eine evolutive Definition der sozialen Gerechtigkeit zu machen. Um es im Vokabular des 19. Jahrhunderts auszudrücken: Diese Staaten haben zugelassen, dass die Solidarität Gruppen »koalieren«, sie »zum Gerinnen bringen« kann und sie dadurch zum Hindernis für die für die Selbstregulierung des Marktes notwendige Liquidität werden lässt. Aber sie haben dabei Verfahren angewendet, die lokale Solidaritäten der nationalen Solidarität unterwerfen.

Das, was der erste Artikel des französischen Sozialgesetzbuchs als »Grundsatz der nationalen Solidarität« bezeichnet, begründet eine soziale Staatsbürgerschaft, die sich von der politischen Staatsbürgerschaft unterscheidet. Diese soziale Staatsbürgerschaft entsteht nicht durch den Geburtsort oder die Abstammung. Vielmehr vereint sie all diejenigen, die durch Steuern oder Beiträge Mittel für die nationale Solidarität aufbringen und die als Versicherte oder Nutzer öffentlicher Dienstleistungen davon profitieren. Die nationale Solidarität ist anonym und finanziell. Dies begründet ihre Stärke, aber zugleich auch ihre Schwä-

che. Ihre Stärke, weil sie den Einzelnen von Bindungen durch persönliche Treuepflichten befreit und eine Mobilisierung von bedeutenden Ressourcen sowie eine stark ausgedehnte Vergemeinschaftung von Risiken erlaubt. Ihre Schwäche, weil diese Anonymität die Solidarität von allen Spuren von Mitleid und Entsagung befreit und den Individualismus befördert, indem sie jede unmittelbare Bindung zwischen den solidarischen Personen verschwinden lässt. Deshalb lässt es die nationale Solidarität zu, dass sich in ihrem Rahmen engere Solidaritäten bilden, die man mit einem allgemeinen Begriff als »gesellschaftliche Solidaritäten« bezeichnen kann. Diese Formen beruhen auf Freiwilligkeit und unterstehen weder dem Staat noch dem Markt. Außer dem Familienrecht gehören das Arbeitsrecht (Koalitionsfreiheit und Arbeitskämpfrecht) und die ergänzende soziale Absicherung (Gegenseitigkeitsgesellschaften und paritätische Organisationen ohne Gewinnerzielungsabsicht) in diesen Bereich. Diese gesellschaftlichen Solidaritäten werden unter der Ägide der nationalen Solidarität ausgeübt, die sie koordiniert und von denen sie zugleich unterstützt und erweitert wird. Die Beziehungen zwischen diesen unterschiedlichen Netzen der Solidarität sind vielfältig und man kann nicht eine davon verändern, ohne die anderen mit zu berühren. So würde zum Beispiel kein Sozialversicherungssystem längere Zeit Bestand haben können, wenn es zu einem gänzlichen Verschwinden des familiären Zusammenhalts käme.

Der historische Erfolg des »Grundsatzes der nationalen Solidarität« braucht nicht mehr bewiesen zu werden: Er hat erlaubt, den allergrößten Teil der Bevölkerung vor der wirtschaftlichen Unsicherheit zu bewahren, die aus den wesentlichen Lebensrisiken entsteht. Aber dieser Erfolg erscheint mehr und mehr ... historisch. Auf der einen Seite haben die Ausgaben ein Niveau erreicht, das kaum noch zu steigern möglich erscheint. Auf der anderen Seite kehrt die Armut wieder, das Elend und das, was *Robert Castel* zutreffend als den Ausschluss der Schwächsten bezeichnet hat.⁹ Aus all diesen Gründen sind heute die Systeme der Solidarität, die im Rahmen des Konzepts vom Wohlfahrtsstaat entwickelt worden sind, in einer tiefen Krise. Ihr Export war für viele Staaten des Südens ein Fehlschlag.

8 *Pichot*, in: *Supiot* (Hrsg.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris 2015, chapitre 3.

9 *Castel*, *Les métamorphoses de la question sociale*, Paris 1995; dt. Übers.: *Die Metamorphosen der sozialen Frage: Eine Chronik der Lohnarbeit*, UVK 2008, 416.

Dort bleiben die persönlichen Bande der Solidarität die einzig verlässlichen. In den nördlichen Staaten sind sie der Kritik von Marktfundamentalisten und wachsenden finanziellen Schwierigkeiten ausgesetzt, die verschlimmert werden durch die Öffnung der Grenzen und die daraus entstehenden Möglichkeiten für Unternehmen und Vermögen, der Versteuerung und Verbeitragung zu entgehen. Das europäische Recht ist die beste Beobachtungsstelle für diese Destabilisierung der nationalen Solidaritäten durch die Öffnung der Grenzen des Handels.

Das plötzliche Auftauchen der Solidarität im europäischen Recht ist ein junges Phänomen. Ob es sich um den freien Wettbewerb, den freien Zahlungs-, Waren- oder Arbeitnehmerverkehr handelt oder um den Schutz vor Diskriminierung wegen der Nationalität oder des Geschlechts, der Gemeinsame Markt (zum Binnenmarkt geworden) erfasst die Menschen als einfache, Verträge schließende Teilchen, für die es genügt, die Gleichheit und individuelle Freiheit zu gewährleisten, damit spontan eine gerechte Ordnung entsteht. Der Vertrag von Rom erwähnte nur die Solidarität zwischen Mitgliedstaaten und verwies im Übrigen auf die ausschließliche Kompetenz der Mitgliedstaaten. Die Gründerväter und nach ihnen die Europäischen Institutionen haben so der Trennung zwischen der Ökonomie (ausschließlicher Gegenstand des Gemeinschaftsrechts) und dem Sozialen (den Staaten vorbehaltene Kompetenz) einen dogmatischen Wert beigegeben. In einem solchen normativen Kontext konnte der freie Wettbewerb nicht anders als in eine Konfrontation mit dem Sozial- und Arbeitsrecht geraten. Hierzu ist es gekommen, als Versicherte sich auf den freien Wettbewerb beriefen, um der Solidarität zu entgehen, die auf einer zwangsweisen Versicherung aufbaut, oder als Arbeitgeber dieses Argument nutzten, um der verbindlichen Wirkung von Tarifverträgen zu entkommen oder um Monopole für die öffentlichen Dienste bei der Bereitstellung bestimmter Güter bzw. Dienstleistungen anzugehen. Das Argument war, dass all dies Hindernisse für den freien und unverfälschten Wettbewerb darstellt. Die Herstellung eines transnationalen Markts führt so dazu, die sozialen Rechte als eng auszulegende Ausnahmen zum Wettbewerbsrecht anzusehen. So ist der Gerichtshof vorgegangen, als er urteilte, dass die durch Einrichtungen des Sozialen Schutzes umgesetzte Solidarität eine zulässige, aber eng auszulegende Ausnahme von den Grundsätzen des freien Wettbewerbs sei.¹⁰ Ebenso hat er *Tarifverträge* als eine Beschränkung des Wettbewerbs

zwischen den abschließenden Unternehmen verstanden und sie nur insoweit als Ausnahmen von den verbotenen wettbewerbsbeschränkenden Absprachen zugelassen, als sie ein sozialpolitisches Ziel verfolgen.¹¹ Dieselbe Begründung wurde auf Monopole öffentlicher Dienstleistungsunternehmen angewandt.¹² Auf diese Weise hat der Europäische Richter die Solidarität zwar als einen allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts anerkannt. Hierzu ist es aber gekommen, um bestimmte soziale Besitzstände zu *verteidigen*, nicht um ihre Wirkungen auf internationaler Ebene *auszudehnen*. Genauso verhält es sich mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Sicherlich bestätigt sie glanzvoll den Grundsatz der Solidarität. Andererseits aber schafft sie keine neue Aufgabe für die Union und bindet die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union.

II. Die Dekonstruktion der Solidaritäten

Da sie ein Hindernis darstellen für die Ausdehnung der Logik des Marktes auf alle menschlichen Betätigungen, waren die auf den Grundsatz der Solidarität gegründeten Institutionen das bevorzugte Ziel der Reformen, die seit gut dreißig Jahren unter der Schirmherrschaft der Liberalisierung der Austauschbeziehungen auf internationaler Ebene durchgeführt werden. Als solches sind sie von *Friedrich Hayek* klar bezeichnet worden, nach dessen Auffassung die Solidarität ein »Instinkt ist, den wir von der Stammesgesellschaft geerbt haben«.¹³ Von diesem Instinkt müsse man sich befreien, damit in globalem Maßstab die Herrschaft der *Katallaxie* eintreten könne; das sei die »Ordnung, die durch wechselseitige Anpassung vieler individueller Wirtschaften in einem Markt entsteht«.¹⁴ Und er fährt fort: »Eine Große Gesellschaft hat nichts zu tun mit ›Solidarität‹ im eigentlichen Sinne der Geeinheit in der Verfolgung bekannter gemeinsamer Ziele, ja sie ist damit überhaupt

¹⁰ EuGH, 17.2.1993 – C-159/91 und C-160/91 – Slg. 1993, I-637 (*Poucet und Pistre*); EuGH, 16.11.1995 – C-244/94 – Slg. 1995, I-4013 (*Coreva*); EuGH, 26.3.1996 – C-238/94 – juris (*Garcia*).

¹¹ EuGH, 21.12.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-5863 (*Albany*), Rn. 60 f.

¹² EuGH, 19.5.1993 – C-320/91 – Slg. 1993, I-2563 (*Corbeau*).

¹³ *Hayek*, *Droit, législation et liberté*. Une nouvelle formulation des principes de justice et d'économie politique, vol. 2, *Le mirage de la justice sociale*, PUF 1981, 134.

¹⁴ *Hayek*, op. cit. 131.

unvereinbar«.¹⁵ Diese Unvereinbarkeit besteht tatsächlich, wenn man das Vorhaben verfolgt, den Markt auf alle menschlichen Aktivitäten auszudehnen.¹⁶ Indem es auf die Liquidität des »menschlichen Kapitals« zielt, fordert ein solches Vorhaben die Beseitigung aller Formen menschlichen »Koalierens«, wie sie der Solidarität eigen sind. Dieses Infragestellen hat vorrangig die nationalen Solidaritäten betroffen, aber in jüngerer Zeit zielte es auch auf die gesellschaftlichen Solidaritäten.

Die *Erosion der nationalen Solidaritäten* ist die am besten bekannte Seite dieser Dekonstruktion. Der Angriff war frontal, soweit er die öffentlichen Dienstleistungen betraf, deren rentabelsten Teile privatisiert oder der Konkurrenz ausgesetzt worden sind, wodurch ein herausgehobener Teil des öffentlichen Dienstes – in Paris wie in Moskau – sich in eine Finanzoligarchie gewandelt hat. Der Angriff war weniger brutal im Fall der Sozialversicherung, auch wenn etwa schon 1994 die Weltbank klar die Orientierung für die Alterssicherung vorgegeben hatte, wonach die Beiträge zu den Solidarsystemen in bewegliche Werte umzuwandeln waren, die auf den Finanzmärkten reichlich vorhanden sind.¹⁷ In Europa, wo die Bindung der Bevölkerungen an die Sozialversicherung stark war, hat die Verwirklichung dieses Programms einen indirekten Weg genommen. Anstelle eines frontalen Angriffs auf die solidarischen Systeme hat man deren finanziellen Grundlagen untergraben.

Die Solidarität gründet das Recht, etwas zu bekommen, auf eine Pflicht: Die Pflicht, seine Steuern und seine Sozialbeiträge zu bezahlen. Die Verbindung zwischen der *Verpflichtung zur Solidarität* und den *Sozialen Rechten* ist offenkundig in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948. Einerseits bestätigt sie, dass »jeder Pflichten gegenüber der Gemeinschaft« hat, »in der allein die freie und volle Entfaltung seiner Persönlichkeit möglich ist« (Artikel 29). Andererseits erkennt sie jedem zu, dass er »als Mitglied der Gesellschaft das Recht auf soziale Sicherheit« hat sowie die »wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte ..., die für seine Würde und die freie Entwicklung seiner Persönlichkeit unentbehrlich sind« (Artikel 22). Auf diese Weise ist die Pflicht zur Solidarität die versteckte Seite der Menschenrechte der sogenannten zweiten Generation (das sind die ökonomischen und sozialen Rechte). Es reicht aus, wenn einige sich dieser Pflicht entziehen können, damit sie jeden juristischen Gehalts beraubt werden. Die auf internationaler Ebene anerkannten

ökonomischen Freiheiten (freier Wettbewerb, freier Warenverkehr und Niederlassungsfreiheit) sind alle als Werkzeuge zu diesem Zweck genutzt worden.

Das Europäische Recht ist das Zugpferd für diese Arbeit der Unterminierung gewesen. Der Gerichtshof führt die Niederlassungsfreiheit an, um die Flucht der Beitragszahler zu ermöglichen. Er betrachtet die Sozial- und Steuergesetzgebungen der Mitgliedstaaten als Produkte, die auf einem europäischen Markt der Normen konkurrieren. Er erlaubt seit der Entscheidung *Centros*¹⁸ den großen Unternehmen, das sparsamste »Gesetzgebungsprodukt« zu wählen und sich so den Verpflichtungen zu entziehen, wie sie dem Grundsatz der nationalen Solidarität inhärent sind. Indem er so das *law shopping* im Bereich der Sozial- und Steuergesetzgebung erleichtert, setzt der Gerichtshof Anreize, die »Verpflichtungen gegenüber der Gemeinschaft« zu verletzen, wie sie durch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte anerkannt sind. Der Gerichtshof in Luxemburg ist selbstverständlich nicht allein verantwortlich für diese methodische Dekonstruktion der nationalen Solidaritäten. Solange die Öffnung der Grenzen nicht durch eine Vereinheitlichung der Steuer- und Soziallasten begleitet wird, sind es alle Institutionen, die in Europa einen Prozess eingeleitet haben, den *Fritz Scharpf* zutreffend als negative Integration bezeichnet hat und der die nationalen Solidaritäten zerschlägt, ohne europäische Solidaritäten aufbauen zu können.¹⁹ Und diese Dekonstruktion wird ebenso auf nationaler Ebene umgesetzt unter dem Druck, der auf Reduktion der Haushalte und der Privatisierung der öffentlichen Dienste gerichteten Politiken.

Die Erosion der gesellschaftlichen Solidaritäten ist weniger auffällig, gleichwohl ebenso besorgniserregend. Sicherlich erkennt der Gerichtshof der Europäischen Union der Solidarität innerhalb einer Koalition einen juristischen Wert zu, aber dieser Wert bleibt der wirtschaftlichen Freiheit der Unternehmen unterlegen. So dürfen zum Beispiel nach Auffassung des Gerichtshofs Gewerkschaften nichts

15 Hayek, op. cit. 133–134.

16 Supiot, *Der Geist von Philadelphia. Soziale Gerechtigkeit in Zeiten entgrenzter Märkte*, Hamburger Edition 2011.

17 *World Bank*, *Averting the Old Ages Crisis. Policies to Protect Old and Promote Growth*, 1994.

18 EuGH, 9.3.1999 – C-212/97 – Slg. 1999, I–1459 (*Centros*).

19 Scharpf, *Balancing Positive and Negative Integration: The Regulatory Options for Europe*, MPIfG Working Paper 97/8, November 1997; Scharpf, *The Asymmetry of European Integration or why the EU cannot be a »Social Market Economy«*, KFG Working Paper n°6/2009, Freie Universität Berlin.

unternehmen, um den Rückgriff auf Verlegungen oder internationale Arbeitnehmerentsendung, die es ermöglichen, den Soziallasten des Aufnahmestaates zu entgehen, »weniger attraktiv zu machen, ja sogar zu erschweren«.²⁰ Da diese Rechtsprechung die Ausübung des Streikrechts in Frage stellt, hat sie zahlreiche Kritik erfahren, darunter die Kritik des Sachverständigenausschusses der IAO.

Allgemeiner gesprochen hat das europäische Recht Mühe anzuerkennen, dass es zwischen Staat und Markt einen dritten Sektor geben kann, den der sozialen und solidarischen Wirtschaft. Trotz einiger Fortschritte in diesem Sinne, wie die Verordnung über die Europäische Genossenschaft oder die Entwürfe für entsprechende Maßnahmen zur europäischen Gegenseitigkeitsgesellschaft oder der Europäischen Stiftung, besteht eine starke Tendenz, die Institutionen der gesellschaftlichen Solidarität dem staatlichen Handeln oder dem Handelsrecht zuzuschlagen. Das Unionsrecht ist hier wiederum nur das Laboratorium einer allgemeinen Infragestellung der gesellschaftlichen Solidaritäten, die infolge einer extensiven Auslegung der wirtschaftlichen Freiheiten im innerstaatlichen Recht ebenfalls unter Druck steht.

III. Die Zukunft des Grundsatzes der Solidarität

Im objektiven Sinn in der Bedeutung der gegenseitigen Abhängigkeit ist die Solidarität stärker denn je. Die technische Entwicklung und die Liberalisierung des Handels verbinden durch die entstehenden Möglichkeiten und Risiken alle Länder und machen sie objektiv solidarisch. Zugleich wird jedes Land sozialen Spannungen und bisher unbekanntem ökologischen Risiken ausgesetzt. Deshalb wird in den sogenannten Schwellenländern die Einführung von Mechanismen der Solidarität nicht als Hemmnis für die Entwicklung wahrgenommen, sondern im Gegenteil als eine ihrer dringlichsten Voraussetzungen. Hieraus entstehen bemerkenswerte Neuerungen, wie das Programm »Familienbeihilfe« in Brasilien oder in Indien der *National Rural Employment Guarantee Act*. Die Spannungen und Ungleichheiten, die von der Globalisierung hervorgerufen bzw. verstärkt werden, lassen Solidaritäten im Handeln wieder zum Vorschein kommen. Dies lässt sich unter so unterschiedlichen Umständen beobachten wie bei den Streiks in China oder den Unruhen in der arabischen Welt.

Zugleich kehren aber auch ausschließende Solidaritäten zurück, die sich auf wieder auflebende religiöse oder ethnische Identifizierungen gründen oder die Identifizierung mit einem Stamm. Selbst in den Vereinigten Staaten, Vaterland des Anarcho-Kapitalismus aber auch des *New Deal*, wird die Frage nach der Solidarität ständig neu gestellt, sei es in der Form gemeinschaftlicher Forderungen oder – wie jüngst – in der Form der Antwort auf Lücken im System des Gesundheitsschutzes. Das Konzept der Solidarität bleibt nützlich, um den ökologischen, sozialen und monetären Problemen zu begegnen, die aus der Globalisierung entstehen, und um Entwicklungslinien zu skizzieren für eine wahrhaftige Mondialisierung, also eine Zivilisierung des Prozesses der Globalisierung. Drei Perspektiven zeichnen sich ab.

Die erste ist die politische und juristische Bewusstwerdung dessen, was man ökologische Solidarität nennen könnte. Um diesen Begriff zu verstehen, muss man sich von der Dichotomie Subjekt/Objekt befreien, wie sie auf den Kartesianismus und zuvor auf die Kategorien des römischen Rechts zurückgeht. Diese Dichotomie führt dazu, entweder das menschliche Sein allein auf seine biologische Dimension zu reduzieren oder sein symbolisches Leben vollkommen davon zu isolieren, wie es die Tendenz der Postmodernen ist unter dem Schlagwort der Willkürlichkeit des linguistischen Zeichens. Beides sind Seiten derselben Medaille. Im Gegensatz zu dieser Anschauungsweise steht die Auffassung von einer »menschlich-kosmischen Solidarität«, die das denkende Subjekt nicht als getrennt von der physischen und sozialen Welt annimmt, sondern es in deren Mitte stellt.²¹ Denkt man in Begriffen der Lebensumwelt, des Ökosystems, so vermeidet man, wie wir es gewöhnlich tun, das »Soziale« und das »Ökologische« zu trennen. Mag auch die juristische Tragweite der Europäischen Grundrechtecharta schwach sein, so ist es doch eine bemerkenswerte Errungenschaft, beides unter der Ägide des Grundsatzes der Solidarität vereint zu haben. Angesichts großer und wachsender ökologischer Risiken besteht kein Zweifel, dass sich der Grundsatz der Solidarität immer mehr auf Umweltfragen erstrecken wird. Aber man wird mit der quasi-religiösen Kraft der ökonomischen

²⁰ EuGH, 6.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779 (*Viking*); EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767 (*Laval*).

²¹ *Berque*, Écoumène. Introduction à l'étude des milieux humains, Paris 2000, p. 271.

Ideologie rechnen müssen. Diese stellt die Gesellschaft als eine Ansammlung von Subjekten umgeben von Objekten dar und sie macht aus dem Individualeigentum das Alpha und das Omega der Beziehungen zwischen Subjekt und Objekt. Es fällt ihr daher unerhört schwer, die Beziehungen zwischen menschlichen Gesellschaften und ihrer Umwelt zu berücksichtigen.

Die zweite Perspektive ist die der *Anpassung zwischen unterschiedlichen Netzen der Solidarität*.²² Eine solche Anpassung ist notwendig, damit die lokalen Solidaritäten nicht zu Formen von Gruppen-Egoismen degenerieren oder – umgekehrt – der Staat nicht behauptet, seine Vorstellung von gesellschaftlichen Solidaritäten zu diktieren (zB. eheliche oder gewerkschaftliche Solidaritäten). Aber diese Anpassung ist schwierig zu organisieren, ohne dass eine dritte Instanz identifiziert ist, die von allen als Garant anerkannt ist. Offen gestanden gibt es kein System der Solidarität, das sich nicht auf das bezieht, was die Rechtslehre als Referenz bezeichnet, ohne dass es darauf ankäme, ob diese Referenz juristischer oder religiöser Art ist. Anders ausgedrückt ist die Einführung der Solidarität nicht eine bloß technische Frage, vielmehr bedarf es eines verbindenden Vertrauens in diese Referenz. Dieses dringende Erfordernis eines Garanten des gegenseitigen Austausches betrifft auch das Geld. Bestimmte mittelalterliche Autoren stellten eine Analogie her zwischen dem Abendmahl und dem Geld – der Hostie und der Münze²³ – die beide die Gemeinschaft der Heiligen *verbinden*, also solidarisieren, und den Freikauf der Seele des Sünders erlauben.²⁴ Infolgedessen ist dessen Fähigkeit, die unterschiedlichen Netze der Solidarität zu verbinden, von der Gestalt der dritten Instanz abhängig. Handelt es sich um einen eifersüchtigen und ausschließenden Gott, ist die Solidarität ebenfalls ausschließend. Wenn er aber im Gegenteil gütig und duldsam ist, wird man *Abstufungen* der Solidarität anerkennen und die Reichweite der Ansprüche von der Intensität der Pflichten abhängig machen können. Diese zugegebenermaßen abstrakten Erwägungen könnten sehr konkrete Anwendungen finden in der europäischen Rechtsordnung – oder besser Rechtsunordnung –, deren Störungen man nicht begegnen kann, ohne die lokalen, nationalen und kontinentalen Solidaritäten wieder aneinander anzupassen. Ohne eine solche Anpassung läuft die Europäische Union Gefahr, dass es zu einer Zersplitterung enger begrenzter Solidaritäten kommen wird, die Verachtung und Vorurteil wachsen lassen wird. Der offensichtliche

Fabrikationsfehler der europäischen Währung verlangt zB. Maßnahmen – etwa die Entkoppelung von Buchhaltungswährung und Zahlungswährung – die abgestufte Solidaritäten zwischen den Staaten der Eurozone etablieren, anstelle des Hirngespinnstes einer Ausrichtung ganz Europas auf die deutschen ökonomischen und monetären Maßstäbe.

Derselbe Anpassungsbedarf ist spürbar zwischen der nationalen Solidarität und den gesellschaftlichen Solidaritäten. Offen gestanden, ohne diese Art der Solidarität, ohne die Betreuung der Kranken oder der Arbeitslosen durch ihre Familien, ohne das Eingreifen von Gegenseitigkeitsgesellschaften oder von Vereinen mit sozialer Aufgabenstellung wären der Staat und die Sozialversicherung nicht in der Lage, den sozialen Risiken zu begegnen. Aus diesem Grund sollten sie sie unterstützen, ohne jedoch in die Freiheit einzugreifen, auf die sie gestützt sind. Die Ansprüche, die auf die Solidarität gestützt sind, sind auf lange Sicht stärker gesichert, als die Ansprüche, die auf eine Kapitalanlage gestützt sind. Diese Ansprüche sind die moderne Erscheinungsform einer Art Reichtum, die in vielen traditionellen Gesellschaften gut bekannt ist, wo nicht derjenige als reich angesehen wird, der eine Menge Gold angehäuft hat, sondern derjenige, der genügend soziale Bindungen aufgebaut hat, so dass er auf Hilfe vertrauen kann. So besagt es auch das Sprichwort der Bamileke aus Kamerun: »Der Mensch ist reicher durch diejenigen, die er hat, als durch das, was er hat.« Das hält nicht von Vorsorge ab, sondern – wie das Beispiel der Tontinengeschäfte in Afrika²⁵ zeigt – es ist die Solidarität zwischen denjenigen, die der Reihe nach Gläubiger und Schuldner sind, die die sicherste Garantie darstellt für das von jedem Ersparte. Von Europa aus betrachtet ist ein solches Verfahren eine Inspirationsquelle, um Neues zu entwickeln, denn

22 Siehe dazu Supiot, *Der Geist von Philadelphia. Soziale Gerechtigkeit in Zeiten entgrenzter Märkte*, Hamburger Edition 2011, chapitre 9.

23 Das französische Wort *sou* für bestimmte Münzen oder allgemein für Geld hat seinen Ursprung in der lateinischen Münzbezeichnung *solidus* und damit die gleiche Wurzel wie der Begriff Solidarität.

24 Vgl. *Rauwel*, in: Supiot (Hrsg.), *La solidarité. Enquête sur un principe juridique*, Paris 2015, chapitre 1.

25 Eine Form von Sparvereinen, bei denen das von den Mitgliedern beigetragene Kapital vom Verein verwaltet und nach gemeinschaftlich bestimmten Kriterien an Mitglieder ausgeliehen wird. In einer anderen Erscheinungsform werden von den Mitgliedern periodisch Beiträge eingezahlt, die in Auszahlungsrunden jeweils einem Mitglied zu Gute kommen. Werden die Auszahlungsrunden in die Zukunft verschoben und die Auszahlungen auf die dann jeweils noch lebenden Mitglieder beschränkt, so entsteht eine Form der Alterssicherung.

es erlaubt nicht allein, Risiken zu begegnen, sondern auch Forschungsvorhaben oder andere Projekte zu unterstützen. Die Frage nach der Solidarität trifft hier diejenige nach den konkreten Freiheiten, der Fähigkeit zu handeln und zu arbeiten, die aus dem Horizont der sozialen Gerechtigkeit ausgeschlossen worden ist.

Dritte und letzte Perspektive ist diejenige des Wiederauflebens der *solidarischen Verantwortlichkeit*. Eines der großen Probleme, die die netzartige Struktur der transnationalen Unternehmen aufwirft, ist, dass sie den Verantwortlichen erlaubt, die Rechtspersönlichkeit der Unternehmen, die sie kontrollieren, als Schutzwände zu gebrauchen, die sie vor einer Haftung bewahren. Die solidarische Verantwortlichkeit erlaubt es, den Schirm der juristischen Rechtspersönlichkeit zu durchbrechen und so diejenigen, die die ökonomische Macht innehaben, zum Einstehen für die sozialen Folgen und die Umweltfolgen ihrer Entscheidungen zu verpflichten. In dieser Form kehrt die Solidarität heute in das europäische Recht zurück. Diese Entwicklung hat mit der Einführung der Verantwortlichkeit der Unternehmen für fehlerhafte Produkte begonnen und hört nicht auf, sich in den unterschiedlichsten Bereichen zu verstärken: So bei Inanspruchnahme von Arbeit von Personen ohne Aufenthaltsberechtigung oder entsandten Arbeitskräften, Verstoß gegen Regeln zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit, Wettbewerbsverstöße, Korruption oder Steuerhinterziehung, Verschmutzung der Meere, ökologische Wiederherstellung ehemaliger Industrieanlagen.²⁶ Die Idee, diejenigen grundsätzlich für Schäden aus wirtschaftlichen Aktivitäten zur Verantwortung zu ziehen, die diese Aktivität kontrollieren oder von ihr profitieren, ist wieder aufgetaucht im Kielwasser der Katastrophe von

Rana Plaza. Indem sie die Erzählung von einer für die Arbeitnehmer des Südens glücklichen und wohlwärtigen Globalisierung untergräbt, hat diese Katastrophe vorübergehend die unmenschlichen Arbeitsbedingungen öffentlich gemacht, wie sie von den internationalen Produktionsketten erzeugt werden.²⁷

Eins ist gewiss: Keine juristische Ordnung kann auf Dauer mit einem allgemeinen Grundsatz der Unverantwortlichkeit und der Auflösung aller Formen der Solidarität auskommen. Diese Notwendigkeit gilt *a fortiori* im internationalen Maßstab. Die Zeiten sind vorbei, als die Welt als Flickenteppich von souveränen Staaten angesehen werden konnte, die durch keine anderen als freiwillig eingegangene Verpflichtungen verbunden sind. Der technologische Aufschwung und die Möglichkeiten und Risiken, die er mit sich bringt, verbinden die Staaten der Welt und machen sie objektiv solidarisch. Kein Staat darf glauben, dass er vor Epidemien, Armut, ökologischen Katastrophen, Fanatismus und Gewalteinfällen bewahrt bleibt, wie sie andere Staaten betreffen. Und jeder Staat muss der Auflösung der sozialen Bindungen begegnen, die vielfältige Ursachen hat, die sie zugleich aber dazu verpflichtet, das wieder zu beachten, was sie mit den anderen Staaten verbindet und was sie zusammenschweißen oder zerfallen lassen kann.

²⁶ Zu Einzelheiten zu diesen Beispielen: *Supiot*, *La gouvernance par les nombres*, Paris 2015.

²⁷ Vgl. hierzu: *OCDE – Point de contact national français, Rapport sur la mise en œuvre des principes directeurs de l'OCDE dans la filière textile-habillement*, 2.12.2013, 182.

Beschäftigung als geldpolitisches Ziel der Europäischen Zentralbank¹

Prof. Dr. Markus Roth, Philipps-Universität Marburg

I. Einleitung

Die Deutsche Bundesbank legt seit den 1970er-Jahren² und auch noch aktuell³ den Schwerpunkt ihrer Geldpolitik auf die Inflationsbekämpfung.⁴ Das rechtswissenschaftliche Schrifttum hat hierfür in den 1990er-Jahren auch auf die kapitalgedeckte Altersvorsorge verwiesen.⁵ Mit der dritten Stufe der Währungsunion wurde die Orientierung der Notenbankpolitik an der Preisstabilität⁶ im Bundesbankgesetz sowie im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union verankert.⁷ Allerdings verfolgt die Europäische Zentralbank seit der Staatsschuldenkrise eine – in Deutschland vielfach kritisierte⁸ – expansive Geldpolitik, für den Ankauf von Wertpapieren hat der Präsident der Europäischen Zentralbank auch auf die Unterstützung des Wachstums sowie von Beschäftigung verwiesen.⁹

Bei Vereinbarkeit einer auch auf Wachstum und Beschäftigungschancen¹⁰ zielenden Geldpolitik mit dem Primat der Preisstabilität nach Art. 127 AEUV ist aufgrund der hohen Arbeitslosigkeit in der Eurozone mit einer längerdauernden Niedrigzinspolitik zu rechnen.¹¹ Ohnehin erscheint zweifelhaft, ob in Anbetracht der Maßnahmen der Europäischen Zentralbank zum Erhalt der Eurozone (»whatever it takes«¹²) weiterhin von einer restriktiven Geldpolitik (oft als Austeritätspolitik bezeichnet) der EZB gesprochen werden sollte. Rückwirkungen hat eine Neuorientierung der – auch – für Deutschland geltenden Geldpolitik nicht zuletzt auf die ergänzende kapitalgedeckte Altersvorsorge, die der Gesetzgeber mit der Rentenreform Anfang des Jahrtausends versicherungsförmig weiterentwickelt hat.¹³ Anders als seit den 1960er-Jahren¹⁴ kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass der langfristige Zins (nennenswert) über der Inflationsrate liegt. Dies auch deshalb, weil die für die weltweite Zinsentwicklung maßgebliche US-amerikanische Notenbank (Federal Reserve Bank, FED) für den Fall der Normalisierung der Arbeitslosen- und Inflationsrate sowie der Geldpolitik (zunächst) von einem im langfristigen Vergleich niedrigen Zinssatz der FED ausgeht.¹⁵

- 1 Dem Beitrag liegt die Antrittsvorlesung des Verfassers am 3.2.2015 in der Alten Aula der Philipps-Universität Marburg zugrunde, die neben der Geldpolitik auch die Beschäftigung älterer Arbeitnehmer, die (indirekte) Kapitalbeteiligung von Arbeitnehmern sowie das Betriebsrentenrecht behandelte.
- 2 Deutsche Bundesbank, Die Deutsche Bundesbank, Aufgabenfelder, Rechtlicher Rahmen, Geschichte, August 2006, S. 28 ff.: Primat der internen Stabilitätspolitik.
- 3 Aktuell mit etwas veränderter Argumentation (Glaubwürdigkeit der Geldpolitik), dazu Weidmann, CESifo Forum 2015, 55, 56–58.
- 4 Zur nach der herrschenden Lehre der 1970er Jahre gebotenen Orientierung am magischen Viereck des Stabilitätsgesetzes unten II.2.
- 5 Kumpel, Das währungspolitische Instrumentarium der Deutschen Bundesbank aus rechtlicher Sicht, WM Sonderbeilage Nr. 1/1992, der für eine auf Preisstabilität fokussierende Notenbankpolitik seit den 1970er-Jahren auch auf die Altersvorsorge abgestellt hatte, dort S. 4. Treffender dürfte das Abstellen auf einen (mehrfachen) Konsens in der Gesellschaft der Bundesrepublik und im Staat über den Vorrang innerer Geldwertstabilität sein, so ohne Einschränkung Gleske, FS Hahn, 1997, S. 123, 133 (freilich zur Wechselkurspolitik und ohne zeitliche Beschränkung, zur Auslegung des Bundesbankgesetzes in seiner ursprünglichen Fassung unten II.2).
- 6 Zu den verschiedenen Mentalitäten (ablehnende Einstellung gegenüber Inflation im Norden) in der Eurozone Müller-Franken, in: Blanke/Pilz (Hrsg.), Die »Fiskalunion«, Tübingen 2014, S. 227, 237.
- 7 Zu Art. 127 AEUV unten III.1, zum bereits zuvor ergänzten Art. 88 S. 2 GG unten II.3.
- 8 Zum OMT-Programm Reiner Schmidt, JZ 2015, 317: »Die entfesselte EZB«, zum entsprechenden Urteil des EuGH auch Klement, JZ 2015, 754: Das BVerfG hat nun überraschend gute Gründe, das Urteil als Ultra-vires-Akt zu qualifizieren, eine Machtverschiebung im Rahmen der Finanzkrise annehmend Rodi, JZ 2015, 737.
- 9 Einleitende Bemerkungen des Präsidenten der EZB, Mario Draghi, zur Pressekonferenz am 22.1.2015 in Frankfurt am Main. Der letzte Absatz lautet: »Die Geldpolitik konzentriert sich auf die Gewährleistung von Preisstabilität auf mittlere Sicht, und ihr akkomodierender Kurs trägt dazu bei, die Konjunktur zu stützen. Zur Stärkung der Investitionstätigkeit, der Schaffung neuer Arbeitsplätze und des Produktivitätswachstums bedarf es jedoch eines entscheidenden Beitrags anderer Politikbereiche. Insbesondere müssen die entschlossene Umsetzung von Güter- und Arbeitsmarktreflexen sowie die Bemühungen zur Verbesserung des Geschäftsumfelds in einigen Ländern intensiviert werden. (...)«
- 10 Die OECD nennt die Beseitigung von Hindernissen für eine höhere Beschäftigung und die Beteiligung von unterrepräsentierten Gruppen wie Frauen, Jugendlichen, geringqualifizierten und älteren Arbeitnehmern am Arbeitsmarkt als neue Reformpriorität, OECD, Economic Policy Reforms 2015, Going for Growth, p. 12.
- 11 Zu verweisen ist hierfür auch auf das Programm der EZB zum Ankauf von Staatsanleihen, das jedenfalls bis 2016 fortgeführt werden soll.
- 12 Rede von Mario Draghi auf der Global Investment Conference, London, 26.7.2012.
- 13 Zum Altersvermögensgesetz Roth, Private Altersvorsorge, Tübingen 2009, S. 30, 95, 149. Eine (überwiegend) positive Wirkung der Niedrigzinspolitik auf die Vermögensentwicklung annehmend IWH, »The German Saver« and the Low Policy Rate Environment, IWH Online 9/2015.
- 14 Insoweit die Tabelle bei Görgens/Ruckriegel/Seitz, Europäische Geldpolitik, 6. Aufl., Stuttgart 2014, S. 139.
- 15 Federal Reserve Press Release, September 17, 2015: The Committee currently anticipates that, even after employment and inflation are near mandate-consistent levels, economic conditions may, for some time, warrant keeping the target federal funds rate below levels the Committee views as normal in the longer run.

Ausgehend vom Befund der hohen Arbeitslosenquote in Deutschland zwischen Ende der 1970er-Jahre und der Finanzkrise sowie der hohen Arbeitslosenquote in der Eurozone nach der Finanz- und Staatsschuldenkrise will der vorliegende Beitrag die Bedeutung der Beschäftigung für die Geldpolitik beleuchten.¹⁶ Nachgegangen werden soll zunächst der Frage, ob die deutsche Hyperinflation der 1920er-Jahre eine auf Inflationsbekämpfung ausgerichtete nationale Notenbankpolitik erforderte (sogleich II. 1.) sowie ob die Ausrichtung der Geldpolitik auf die Inflationsbekämpfung vom Mandat der Bundesbank gedeckt war (unten II. 2., 3.). Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union nennt als primäres Ziel der Geldpolitik die Preisstabilität (unten III. 1.). Anderes sehen die Notenbankgesetze in den USA und (mit Abstrichen) in Großbritannien vor (unten III. 2.), die Notenbank der USA hat seit dem Employment Act 1946 die Beschäftigung zu berücksichtigen. In den USA wird »maximum employment« nunmehr sogar als erstes Ziel der Geldpolitik benannt und die Notenbankpolitik (auch) hieran ausgerichtet. Vor diesem Hintergrund ist abschließend zu erörtern, ob nicht die EU-Grundrechtecharta der Europäischen Zentralbank eine Berücksichtigung der Beschäftigung bei der Geldpolitik erlaubt bzw. sogar gebietet (unten IV.). Dabei wird zunächst auf die europarechtlichen Grundlagen eingegangen (IV. 1.), sodann auf die Implikationen für die Notenbankpolitik (IV. 2.) sowie zuletzt auf die Vereinbarkeit einer beschäftigungsfördernden Notenbankpolitik mit dem Grundgesetz (IV. 3.).

II. Zinspolitik und Auftrag der Deutschen Bundesbank

1. Inflationserfahrung und restriktive Geldpolitik seit Ende der 1970er Jahre

Seit Ende der 1970er-Jahre hat die Deutsche Bundesbank auf die Inflationserfahrung nach dem kreditfinanzierten und sodann verlorenen Ersten Weltkrieg mit einer international besonders restriktiven Geldpolitik reagiert.¹⁷ Anlass war die erhöhte Inflation der 1970er-Jahre. Dies erscheint vor dem Hintergrund der Hyperinflation durch die Deutsche Bundesbank selbst¹⁸ verwunderlich und ist jedenfalls nicht allein mit dieser historischen Erfahrung begründbar. Die Hyperinflation der Weimarer Republik reduzierte die auf Mark

lautenden Staatsschulden des Deutschen Reiches praktisch auf null. Korrigiert wurden so insbesondere die finanziellen Folgen des Ersten Weltkriegs. Nach Zahlen der Deutschen Bundesbank ist die interne Kriegsschuld nach dem Währungsschnitt im Jahre 1923 von bei Kriegsende zunächst 154 Milliarden Reichsmark auf 15,4 Pfennige gesunken.¹⁹

Die von der Deutschen Bundesbank verfolgte Geldpolitik korreliert mit der Entwicklung der Arbeitslosenquote in den alten Bundesländern. Während die Arbeitslosigkeit in Westdeutschland im Jahre 1950 noch 11 Prozent betrug, sank sie 1961 bis unter ein Prozent, ein Niveau auf dem sie mit einer zweijährigen Ausnahme bis 1971 verharrte.²⁰ Nachdem im Jahre 1971 erstmals der Wechselkurs zum Dollar freigegeben wurde und die Bundesbank bereits vor Ende des Systems fester Wechselkurse weitere Maßnahmen getroffen hatte,²¹ stieg die Arbeitslosigkeit erstmals dauerhaft über ein Prozent.²² Nachdem die Bundesbank sodann Ende der 1970er-Jahre die »geldpolitischen Zügel« angezogen hatte²³, stieg die Arbeitslosigkeit 1981 weiter auf über fünf Prozent,²⁴ ein Niveau das in Westdeutschland seither insgesamt nicht mehr unterschritten wurde. Die 1982 erreichte Arbeitslosigkeit von über sieben Prozent wurde in Westdeutschland erst 2011 nach Beginn der expansiven Geldpolitik der Europäischen Zentralbank mit Ausbruch der Finanz- und Staatsschuldenkrise im Jahre wieder unterboten. Nach Standards der Internatio-

16 Die Lohnpolitik als unter dem Aspekt möglicher Störpotentiale für die Geldpolitik behandelnd *Görgens ua.* (Fn. 13), S. 199 ff. Zum Diskurs als Motor juristischen Erkenntnisfortschritts jüngst *Rüthers*, JZ 2015, 240; zu den Auswirkungen verlorener Weltkriege S. 246; zur deutschen Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs bereits *Jestaedt*, JZ 2012, 1; zum rechtsvergleichenden Dialog auch mit der Ökonomie zur Bewältigung der Finanzkrise *Blaurock*, JZ 2012, 226, 234.

17 Die sog. Austeritätspolitik änderte die Bereitschaft von Gewerkschaften zu Rentenreformen, dazu *Häusermann*, *The Politics of Welfare State Reform in Continental Europe*, Cambridge University Press 2010, p. 163.

18 Auf die deutsche Notenbankpolitik von 1914 bis 1923 sowie etwa ab 1938 bis 1945 als abschreckendes Beispiel hinweisend *von Schelling*, WM 1976, 782, 784, dies noch vor Einführung des als Friedenswährung konzipierten Euro und mit der Forderung, primär die Inflation zu bekämpfen.

19 Deutsche Bundesbank, Frankfurt am Main, 15.10.2012: Inflation – Lehren aus der Geschichte ...»Am meisten profitierte davon der Staat: Die gesamten deutschen Kriegsschulden in Höhe von 154 Milliarden Mark beliefen sich nach Einführung der Rentenmark auf gerade einmal 15,4 Pfennige.«

20 Zahlen des Statistischen Bundesamtes, Registrierte Arbeitslose, Arbeitslosenquote nach Gebietsstand.

21 Näher Deutsche Bundesbank, *Die Deutsche Bundesbank, Aufgabenfelder, Rechtlicher Rahmen*, Geschichte, August 2006, S. 27.

22 1972: 1,1 Prozent, 1973: 1,2 Prozent, sodann erfolgte nach der Freigabe der Wechselkurse im Jahre 1973 ein weiterer Anstieg, 1974 auf 2,6 Prozent, 1975 auf 4,7 Prozent, sodann wieder absinkend auf 3,8 Prozent 1979 und 1980.

23 S. Deutsche Bundesbank, Fn. 20, S. 29: anziehen musste.

24 Ausnahmen bilden nur wenige Bundesländer.

nenalen Arbeitsorganisation ist die Arbeitslosigkeit sogar unter fünf Prozent gefallen,²⁵ dieser Wert ist international vergleichbar²⁶ und in der Eurozone der derzeit niedrigste.²⁷ Ein Zusammenhang zwischen restriktiverer Geldpolitik und steigender Arbeitslosigkeit war von den Schöpfern des Bundesbankgesetzes ausweislich des Regierungsentwurfs angenommen worden.²⁸

2. Stabilität, Vollbeschäftigung und Wirtschaftswachstum als geldpolitische Ziele

Der Fokus der Deutschen Bundesbank auf die Inflationsbekämpfung war vor dem Hintergrund ihres gesetzlichen Auftrags bis zur Einführung des Euro keineswegs unproblematisch.²⁹ Das Übergangsgesetz zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bank deutscher Länder sah vor, dass die Bank deutscher Länder die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung zu beachten und im Rahmen ihrer Aufgaben zu unterstützen hat.³⁰ Nach der Währungsreform wurde dann in den 1950er-Jahren im System fester Wechselkurse das Bundesbankgesetz (BBankG) erlassen, nach § 3 BBankG regelte die Bundesbank den Geldumlauf und die Kreditversorgung der Wirtschaft mit dem Ziel, die Währung zu sichern. Nach dem Regierungsentwurf war erwogen worden, der Bundesbank eine konkretere Aufgabe zu stellen.³¹ Hiergegen wurde freilich angeführt, dass die Ziele (stetiges Wachstum der Volkswirtschaft, Stabilität der Kaufkraft im Inland, Vollbeschäftigung, Konvertibilität, Stabilität der Auslandskurse) durch die Maßnahmen der Notenbank nicht immer zugleich erreichbar sind.³² Auch wurde es als nicht angängig erachtet, ein einzelnes Ziel (wie die Stabilität der Inlandskaufkraft) herauszustellen.³³ Durch das Absehen von einer genaueren Aufgabenbeschreibung sollte die Bundesbank geschützt werden.³⁴

Eine Anpassung bzw. Konkretisierung der Aufgabenbeschreibung erfolgte auch nicht nach Aufhebung des Bretton-Woods-Abkommens. Vielmehr wurde auch Mitte der 1970er Jahre angenommen, dass bei zutreffender Auslegung des Bundesbankgesetzes die Bundesbank einen optimalen Kompromiss zwischen innerer und äußerer Stabilität, Vollbeschäftigung und Wirtschaftswachstum anzustreben hat,³⁵ die Aufgabenbeschreibung erfolgte in Anlehnung an das Stabilitätsgesetz.³⁶ Der spätere Präsident des Bundesverfassungsgerichts *Papier* betonte – ganz allgemein – das verfassungskräftige Gebot, die Ziele eines hohen Beschäftigungsniveaus und eines angemessenen Wirtschaftswachstums zu verfol-

25 Zur Definition die Erläuterungen in der Monatsstatistik der Arbeitsagentur sowie des Statistischen Bundesamtes.

26 Zu den Arbeitslosenquoten in Großbritannien und den USA unten III.1.

27 Eurostat, Pressemitteilung vom 1.9.2015, Arbeitslosigkeit in Deutschland 4,7 Prozent, in der Eurozone 10,9 Prozent, der niedrigste Wert der Eurozone seit Februar 2012.

28 Dazu sogleich II.2, insbesondere Fn. 31.

29 Einen Ermessensfehler bei permanenter Vernachlässigung einzelner Zielbestimmungen des § 1 Stabilitätsgesetz annehmend *Papier*, AöR 98, 1973, 528, 551: Wenn ungeachtet ihrer erheblichen Gefährdungen ein anderes Teilgebiet trotz weitaus geringerer Störungen ständig favorisiert wird.

30 Übergangsgesetz zur Änderung des Gesetzes über die Errichtung der Bank deutscher Länder vom 10.8.1951, BGBl. 1951 I, S. 509: § 1, Änderung des Art. II, neuer Punkt 6.a.

31 Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Deutsche Bundesbank, BT-Drs. II/2781, S. 22: beispielsweise: »Die Deutsche Bundesbank hat im Interesse eines stetigen Wachstums der Volkswirtschaft die Geld- und Kreditpolitik danach auszurichten, dass die Kaufkraft der Deutschen Mark stabil gehalten wird, dass die Geld- und Kreditpolitik zur Beschäftigung aller produktiven Kräfte beiträgt und dass der Zahlungsbilanzausgleich auf der Grundlage eines freien internationalen Leistungsaustauschs erfolgen kann.«

32 Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Deutsche Bundesbank, BT-Drs. II/2781, S. 22 f.: Beispielsweise erfordere Vollbeschäftigung regelmäßig eine leichte, Stabilität der Inlandspreise eine schärfere Währungspolitik.

33 Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Deutsche Bundesbank, BT-Drs. II/2781, S. 23: Die Stabilität der Inlandskaufkraft ist – wie hier hervorgehoben werden soll – von überragender Bedeutung, aber trotzdem darf die Stabilität der Auslandskaufkraft angesichts der Abhängigkeit unseres Verarbeitungs- und Ausfuhrlandes von der Weltwirtschaft nicht vernachlässigt, die Vollbeschäftigung angesichts der politischen Verhältnisse Deutschlands nicht für unwichtig angesehen und das stetige Wachstum unserer Volkswirtschaft angesichts steigender Lebensstandards anderer Völker nicht außer Betracht gelassen werden.

34 Regierungsentwurf eines Gesetzes über die Deutsche Bundesbank, BT-Drs. II/2781, S. 23: Ist also jedes dieser verschiedenen Ziele wichtig, so wird es manchmal nötig sein, unter Würdigung aller Umstände den für das »Gesamtergebnis« oder »Wohl des Landes« optimalen Kompromiss zu finden. Kann aber die Notenbank unter gegebenen Umständen nur den optimalen Kompromiss zwischen verschiedenen Zielen anstreben und erreichen, so erscheint es bedenklich, ihr durch die Formulierung zwar idealer, aber nicht immer erreichbarer konkreter Einzelziele eine Verantwortung vor der öffentlichen Meinung aufzuerlegen, die sie gar nicht tragen kann.

35 Von *Schelling*, WM 1976, 782, 785, hierfür auf die einschlägige Kommentarliteratur verweisend *ders.*, ZRP 1976, 138: *Hahn*, Gesetz über die Deutsche Bundesbank, 1957, Bem. zu § 3; von *Spindler/Becker/Starke*, Die Deutsche Bundesbank, 4. Aufl., Stuttgart 1973, S. 195. Nach *Gramlich*, Bundesbankgesetz, Währungsgesetz, Münzgesetz, 1988, § 3 BBankG, Rn. 5 mit Verweis auf die »Regierungsvorlage« wurde schon lange vor dem Stabilitätsgesetz auf dessen magisches Viereck verwiesen. Ein stetiges Wachstum der Volkswirtschaft, Vollbeschäftigung, Konvertibilität der Währungen, Stabilität der Kaufkraft im Inland und Stabilität der Auslandskurse als Aufgaben und Einzelziele innerhalb des umfassenden Bereichs der Währungssicherung benennend *Beck*, Kommentar zum Gesetz über die Deutsche Bundesbank, 1959, § 3 Anm. I.2.b (K 50), sodann freilich von einem magischen bzw. unbehaglichen Dreieck zwischen optimaler (Voll-)Beschäftigung, Preisstabilität und dem Gleichgewicht der Zahlungsbilanz sprechend. De lege lata für die Bundesbank ein Primat der Preisstabilität annehmend dann aber *Kümpel* (Fn. 4), S. 3, hierfür wohl auch auf die Altersvorsorge abstellend (»Schwerwiegende soziale Ungerechtigkeiten«) dort S. 4.

36 § 1 Stabilitätsgesetz lautet: Bund und Länder haben bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten. Die Maßnahmen sind so zu treffen, dass sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen.

gen.³⁷ Forderungen nach einem Primat der Preisstabilität und verfassungsrechtliche Bedenken gegen das weite Ermessen der Bundesbank blieben eher vereinzelt.³⁸ Die Bindung der Bundesbank an das (konkurrierende) Ziel der Vollbeschäftigung ergab sich so nicht nur aus der Regelung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts in Art. 109 Abs. 2 GG aF.,³⁹ sondern bereits einzelgesetzlich aus dem Bundesbankgesetz selbst.

3. Vorrangiges Ziel der Preisstabilität erst seit der Euroeinführung

Obwohl für eine institutionelle Arbeitsteilung (Notenbank zur Preisstabilität, andere Institutionen mit Fokus auf Beschäftigung und Wirtschaftswachstum) ein Parlamentsbeschluss für erforderlich gehalten wurde,⁴⁰ erfolgte eine Änderung des die Bundesbank betreffenden Art. 88 GG erst nach dem Vertrag von Maastricht⁴¹ und die Verkündung einer die Preisstabilität betonenden Fassung des § 3 BBankG im Bundesgesetzblatt erst Ende 1997, diese trat mit der dritten Stufe der Währungsunion zum 1. Januar 1999 in Kraft.⁴² Nach § 3 S. 2 BBankG wirkt die Bundesbank nunmehr an der Erfüllung der Aufgaben des Europäischen Systems der Zentralbanken mit dem vorrangigen Ziel mit, die Preisstabilität zu gewährleisten. Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, ob der Europäischen Zentralbank seit Inkrafttreten der Grundrechte-Charta eine dem ursprünglichen Verständnis des Bundesbankgesetzes vergleichbare Aufgabe zukommt.⁴³

III. Zentralbanken und Vollbeschäftigung

1. Preisstabilität als vorrangiges Ziel in der Eurozone

a) Die europarechtlichen Grundlagen

Nach Art. 127 Abs. 1 S. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) ist es das vorrangige Ziel des Europäischen Systems der Zentralbanken mit der Europäischen Zentralbank als Herzstück,⁴⁴ die Preisstabilität zu gewährleisten. In diesem Zusammenhang stehen auch die Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die zur

Eurorettung vorgesehenen Maßnahmen⁴⁵ und die erstmalige Vorlage an den Europäischen Gerichtshof.⁴⁶ Freilich handelt es sich bei der Preisstabilität nicht um das alleinige Ziel der Europäischen Zentralbank.⁴⁷ Soweit dies ohne Beeinträchtigung des Zieles der Preisstabilität möglich ist, unterstützt das Europäische System der Zentralbanken nach Art. 127 Abs. 1 S. 2 AEUV die allgemeine Wirtschaftspolitik in der Union, um zur Verwirklichung der in Art. 3 des Vertrages über die Europäische Union festgelegten Ziele der Union beizutragen. Danach ist es Ziel der Union, den Frieden zu fördern.⁴⁸ Genannt werden als Ziele ferner Freiheit, Sicherheit, freier Personenverkehr⁴⁹ und im hier interessierenden Zusammenhang besonders relevant der Binnenmarkt, nachhaltige Entwicklung auf Grundlage eines ausgewogenen Wirtschaftswachstums und von Preisstabilität, eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirt-

37 *Papier* (Fn. 28), 528, 551.

38 *Von Schelling*, WM 1976, 782, dagegen *Starke*, WM 1977, 3, in der Folge auf die »bloße« Eindämmung der Inflation verweisend *Gramlich*, Bundesbankgesetz, 1988, § 3 Rn. 17. Zutreffend am Verweis auf § 1 Stabilitätsgesetz festhaltend und auf die Währungsstabilität, das hohe Beschäftigungsniveau, die Förderung eines stetigen und angemessenen Wirtschaftswachstums sowie die Herstellung eines außenwirtschaftlichen Gleichgewichts hinweisend *Hahn*, Währungsrecht, 1990, § 16, Rn. 18. Gegen einen Vorrang der Preisstabilität auch *Stern*, Staatsrecht, Band 2, München 1980, § 35 V 3. Für eine restriktivere Auslegung von Art. 14 GG mit Blick auf die Wertstabilität des Geldes nun *Köhler*, JZ 2013, 957, 965 f.

39 So wohl *Waldhoff*, in: Siekmann (Hrsg.), Ewu, Kommentar zur Europäischen Währungsunion, Tübingen 2013, Art. 127 AEUV Rn. 10 (Bindung als Teil der Bundesverwaltung, mit Verweis auf *Hahn/Häde*, in: BK, Rn. 178 ff. in Fußnote 56). Zur Rechtsentwicklung des Art. 109 noch unten III.1.b.

40 *Seuss*, ZRP 1976, 139, 140.

41 Art. 88 GG lautete: Der Bund errichtet eine Währungs- und Notenbank als Bundesbank. Im Jahre 1992 (Gesetz vom 21.12.1992, BGBl. 1992 I, S. 2086) hinzugefügt wurde Satz 2: »Ihre Aufgaben und Befugnisse können im Rahmen der Europäischen Union der Europäischen Zentralbank übertragen werden, die unabhängig ist und dem vorrangigen Ziel der Sicherung der Preisstabilität verpflichtet.« Dies billigend BVerfG, 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, Rn. 143, 147.

42 Sechstes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank vom 22.12.1997, BGBl. 1997 I, S. 3274, Art. 1 Nr. 2 und Art. 2.

43 Unten IV., zum Verständnis des deutschen Grundgesetzes *Papier* (Fn. 36). Die Grundrechte-Charta ist erst nach Ausbruch der Finanzkrise in Kraft getreten.

44 *Häde*, WM 2006, 1605.

45 Vorlage zum EuGH durch BVerfG, JZ 2014, 341 (OMT-Beschluss), dazu kritisch *Heun*, JZ 2014, 331, zu Kompetenzverschiebungen als Krisenfolge *Mayer*, JZ 2014, 593 (US-Verfassungsentwicklung seit dem New Deal und Lehren für die Euro-Krise).

46 Nichtvorlage zuvor aus gesellschaftsrechtlicher Feder deutlich kritisiert *Hellwig*, ZGR 2013, 216, 221 f.

47 Dazu und zum Ermessen der Gemeinschaftsorgane näher *Waldhoff* (Fn. 38), Art. 127 AEUV Rn. 1–5, 6.

48 Art. 3 Abs. 1 EUV.

49 Art. 3 Abs. 2 EUV.

schaft, die auf Vollbeschäftigung⁵⁰ und sozialen Fortschritt abzielt, sowie ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität.⁵¹

Die Europäische Union fördert nach dem EU-Vertrag zudem den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten⁵² und errichtet eine Wirtschafts- und Währungsunion, deren Währung der Euro ist.⁵³ Nach dem Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit achten und unterstützen sich die Union und die Mitgliedstaaten gegenseitig bei der Erfüllung der Aufgaben, die sich aus den Verträgen ergeben.⁵⁴ Generell ist die Preisstabilität so nur eines von mehreren Zielen der Gemeinschaft. Auch darf die Preisstabilität keineswegs allein nach nationalem Begriffsverständnis bestimmt werden.⁵⁵ Dies wirft die Frage auf, ob eine allein an der Preisstabilität orientierte Geldpolitik dem Ziel der Europäischen Zentralbank gerecht wird. Dem soll in der Folge auch rechtsvergleichend nachgegangen werden,⁵⁶ liegt doch die Arbeitslosigkeit in den USA und in England jedenfalls seit über einem Jahrzehnt – meist deutlich – unter dem Vergleichswert der Eurozone.⁵⁷ Vor zehn Jahren lag die Arbeitslosigkeit in Deutschland mehr als doppelt so hoch wie in den USA,⁵⁸ im Juli 2015 lag die Arbeitslosigkeit in der gesamten Eurozone mehr als doppelt so hoch wie in den USA.⁵⁹ Die US-amerikanische Federal Reserve Bank nimmt in ihrem Ausblick vom September 2015 an, dass die Arbeitslosigkeit in den USA im Jahre 2015 bei 5,0 Prozent liegen wird, in den Folgejahren 2016 bis 2018 bei jeweils 4,8 Prozent.⁶⁰ Die amerikanische Notenbank geht so davon aus, dass sich die Arbeitslosigkeit einem Niveau nähert, die sie als mit ihrem dualen Mandat vereinbar ansieht,⁶¹ bislang ist die Beschäftigtenquote in den USA freilich noch deutlich niedriger als vor der Finanzkrise.

b) Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Besonders betont wird die Preisstabilität in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Bereits in der Entscheidung über die Zulässigkeit der Europäischen Union verwies das Bundesverfassungsgericht auf den neu geschaffenen Art. 88 S. 2 GG,⁶² nach dem Aufgaben und Befugnisse der Bundesbank auf die Europäische Zentralbank übertragen werden können, die unabhängig und dem primären Ziel der Preisstabilität verpflichtet ist. Diese besondere deutsche Verfassungspflicht sei auch von den Gemeinschaftsorganen zu beachten,⁶³ es gelte der Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit. Die Konzeption der Währungsunion als Stabilitäts-

gemeinschaft ist nach dem Bundesverfassungsgericht Grundlage und Gegenstand des deutschen Zustimmungsgesetzes gewesen,⁶⁴ zugleich hat das BVerfG freilich betont, dass die vertragliche Konzeption verlassen würde, wenn die Währungsunion die bei Eintritt in die dritte Stufe vorhandene Stabilität nicht kontinuierlich fortentwickeln könne.⁶⁵ Für den Fall, dass die Währungsunion »in der Realität ohne eine politische Union nicht zu verwirklichen ist«, hat das Bundesverfassungsgericht eine Vertragsänderung angemahnt, die nur mit Zustimmung der staatlichen Organe in deren politischer Verantwortung zustande kommen kann.⁶⁶

Begründet wurde die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft noch vor Änderung des Art. 109 Abs. 2 GG,⁶⁷ der Bund und

50 Dazu *Mentgen*, Beschäftigungsförderung und Stabilitätsverpflichtung in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, Baden-Baden 2004 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2003).

51 Art. 3 Abs. 3 EUV.

52 Art. 3 Abs. 3 UabS. 3 EUV.

53 Art. 3 Abs. 4 EUV.

54 Art. 4 Abs. 3 EUV.

55 *Häde*, WM 2008, 1717, 1718.

56 Allgemein *Voßkuhle*, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, Tübingen 2002, 171, 178: An die Stelle einer national introvertierten Norm- und Rechtsprechungsexegese tritt ein problemorientierter grenzüberschreitender Austausch von rechtlichen Argumenten, Lösungsansätzen und Erfahrungen.

57 Daten von Statista für die Eurozone sowie USA/UK: 2004: 9,2% zu 5,54/4,75%, 2005: 9,0% zu 5,08/4,88%, 2006: 8,3 zu 4,61/5,45%, 2007: 7,5 zu 4,62/5,35%, 2008: 7,5% zu 5,8/5,73%, 2009: 9,60% zu 9,28/7,65%, 2010: 10,2% zu 9,63/7,85%, 2011: 10,10% zu 8,93/8,10%, 2012: 11,3% zu 8,08/7,95%, 2013: 12% zu 7,35/7,6%, 2014: 11,5% zu 6,38/6,93%.

58 Statista, Daten für 2005: Deutschland 11,7%, USA 5,08%.

59 Statista, Daten für Juli 2015: Eurozone 10,9%, USA 5,3%, UK 5,4%.

60 Economic projections of the Federal Reserve Board members and Federal Reserve Bank presidents under their individual assessments of projected appropriate monetary policy, September 2015 (median). Langfristig wird eine Arbeitslosigkeit von 4,9 Prozent angenommen.

61 Federal Reserve, press release, September 17, 2015: Nonetheless, the Committee expects that, with appropriate policy accommodation, economic activity will expand at a moderate pace, with labor indicators continuing to move toward levels the Committee judges consistent with its dual mandate.

62 Eingeführt durch das Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21.12.1992, BGBl. 1992 I, S. 2086.

63 BVerfG, 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 201.

64 BVerfG, 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 305; 129, 124, 181; 132, 195, 243 (Rn. 115, auch auf BVerfG, 31.03.1998 – 2 BvR 1877/97 und 2 BvR 50/98 – BVerfGE 97, 350, 369 verweisend).

65 BVerfG, 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 205.

66 BVerfG, 31.03.1998 – 2 BvR 1877/97 und 2 BvR 50/98 – BVerfGE 97, 350, 369.

67 Eingeführt durch Fünfte Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 8.6.1967, BGBl. 1967 I, S. 581, geändert durch Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 91c, 91d, 104b, 109, 109a, 115, 143d) vom 29.7.2009, BGBl. 2009 I, S. 2248.

Länder damals noch darauf verpflichtete, bei ihrer Haushaltsführung den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen.⁶⁸ Zur Auslegung der ursprünglichen Fassung des Art. 109 Abs. 2 GG wurde allgemein⁶⁹ auf das zeitgleich erlassene Stabilitätsgesetz verwiesen,⁷⁰ nach dessen § 1 Bund und Länder bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten haben (§ 1 Satz 1). Die Maßnahmen sind nach dem – bis heute unverändert fortgeltenden – § 1 Satz 2 Stabilitätsgesetz so zu treffen, dass sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen.⁷¹

2. Preisstabilität und Beschäftigung als geldpolitische Ziele in den USA und England

Die von der amerikanischen Zentralbank, der Federal Reserve Bank, zu verfolgende Geldpolitik ist seit den 1970er Jahren im Federal Reserve Act geregelt. Als Ziele vorgegeben werden »maximum employment«, stabile Preise und moderate langfristige Zinsen.⁷² Die Beschäftigung wird als erstes Ziel genannt, wobei ein maximales Beschäftigungsniveau die treffende Übersetzung sein dürfte. Die maximale Beschäftigung war zunächst seit 1977 Teil der general policy und ist nunmehr unter der Überschrift der monetary policy objectives geldpolitisches Ziel der FED. Die Verpflichtung auf das Ziel des »maximum employment« geht auf den Employment Act 1946 zurück.⁷³ In der declaration of policy wurde alle bundesstaatliche Gewalt auf das Ziel maximaler Beschäftigung verpflichtet. Ursprünglich hatte die »Full Employment Bill« von 1945 noch ein Recht auf Arbeit vorgesehen.⁷⁴ Beiden lag die Vorstellung zugrunde, dass die weltweite Arbeitslosigkeit zum Aufstieg des Nationalsozialismus beitrug, der letztlich zum Zweiten Weltkrieg führte.⁷⁵

In der Finanzkrise lag das Hauptaugenmerk der FED so auf der Arbeitslosigkeit. Die Federal Reserve Bank knüpft das Festhalten an der Nullzinspolitik insbesondere an die Beschäftigung. Sie hat bereits im März 2014 den Ausblick geändert, und als die Arbeitslosenquote auf 6,5 Prozent fiel, fuhr sie den in Europa erst im Januar 2015 begonnenen Ankauf von Staatsanleihen zurück.⁷⁶ Im März 2015 ging die Federal Reserve in ihrem Ausblick von einem Fallen der Arbeitslosenquote auf 5,0 bis 5,2 Prozent aus,⁷⁷ dieses Niveau wurde im Som-

mer 2015 erreicht. Da die Präsidentin der Federal Reserve Bank ihre Laufbahn als Arbeitsmarktökonomin begonnen hat,⁷⁸ spricht viel dafür, dass ein substanzieller Abschied von der Niedrigzinspolitik in den USA erst zu erwarten ist, wenn diese Zielmarke nachhaltig gehalten wurde, also auch unter Berücksichtigung der zwischenzeitlich gesunkenen Beschäftigtenquote.⁷⁹

Neben der FED orientiert sich die Bank of England an der Arbeitslosenquote, angekündigt wurde eine Änderung

68 Nunmehr werden Bund und Länder zur Einhaltung der Haushaltsdisziplin nach Art. 104 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft verpflichtet, sie tragen nunmehr in diesem Rahmen den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung. Zu einem nationalen Stabilitätspakt zwischen Bund und Ländern zur rechtlichen Sicherung stabilitätsorientierter Finanzpolitik in Deutschland schon *Hartmann*, FS Hahn, 1997, S. 161 ff.

69 Etwa BVerfG, 18.04.1989 – 2 BvF 1/82 – BVerfGE 79, 311, 331 unter Hinweis auf die ökonomische Theorie von *Keynes*, nach der sich Konjunkturzyklen durch fiskalpolitische Maßnahmen des Staates beeinflussen ließen.

70 Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8.6.1967, BGBl. 1967 I, S. 582.

71 Dazu schon *Papier* oben II.2.

72 Federal Reserve Act, Section 2A. Monetary policy objectives: The Board of Governors of the Federal Reserve System and the Federal Open Market Committee shall maintain long run growth of the monetary and credit aggregates commensurate with the economy's long run potential to increase production, so as to promote effectively the goals of maximum employment, stable prices, and moderate long-term interest rates.

73 The Congress hereby declares that it is the continuing policy and responsibility of the federal government to use all practicable means consistent with its needs and obligations and other essential considerations of national policy with the assistance and cooperation of industry, agriculture, labor, and state and local governments, to coordinate and utilize all its plans, functions, and resources for the purpose of creating and maintaining, in a manner calculated to foster and promote free and competitive enterprise and the general welfare, conditions under which there will be afforded useful employment for those able, willing, and seeking work, and to promote maximum employment, production, and purchasing power.

74 Full Employment Act of 1945, Declaration of Policy, Section 2 (b): All Americans able to work and seeking work have the right to useful, remunerative, regular, and full-time employment, and it is the policy of the United States to assure the existence at all times of sufficient employment opportunities to enable all Americans who have finished their schooling and who do not have full-time housekeeping responsibilities to freely exercise this right.

75 *Santony*, The Employment Act of 1946: Some History Notes, Federal Reserve Bank of St. Louis, November 1986, p. 5.

76 Federal Reserve Press Release, March 19, 2014.

77 Federal Reserve, Economic Projections of Federal Reserve Board Members and Federal Reserve Bank Presidents, March 2015: Unemployment rate, Central tendency, longer run; Minutes of the Federal Open Market Committee, June 16–17, 2015, Summary of Economic Projections, p. 1.

78 Dies war das Betätigungsfeld der Vorsitzenden *Janet Yellen*, etwa *Yellen/Akerlof*, Stabilization Policy: A Reconsideration, Economic Inquiry 44: 1, 2006, 1; *Akerlof/Yellen*, The fair wage effort hypothesis and unemployment, Quarterly Journal of Economics 105: 2, 1990, 255; *Akerlof/Yellen/Katz*, An Analysis of out-of-wedlock childbearing in the United States, Quarterly Journal of Economics 111: 2, 1996, 277.

79 Dazu die grundlegenden Betrachtungen von *Yellen*, Inflation Dynamics and Monetary Policy, The Philipp Gamble Memorial Lecture, University of Massachusetts, Amherst, September 24, 2015, p. 19.

der Politik bei einer Arbeitslosenquote von sieben Prozent.⁸⁰ Dem liegt mit dem Bank of England Act 1998 freilich eine andere, dem europäischen Notenbankkonzept ähnliche Regelung der Geldpolitik (monetary policy) zugrunde. Geldpolitische Aufgabe der Bank of England ist danach der Erhalt der Preisstabilität und, »subject to that«, die Unterstützung der Wirtschaftspolitik der Regierung bezüglich Wachstum und Beschäftigung.⁸¹ Es ist so unter der Bedingung bzw. Voraussetzung des Erhalts der Preisstabilität Aufgabe der Bank of England, die Wirtschaftspolitik zu unterstützen, insbesondere ihrer Ziele für Wachstum und Beschäftigung. Anders als in den USA werden die Ziele der Geldpolitik abgestuft, hervorgehobenes Ziel ist die Preisstabilität.

IV. Die Bindung der Europäischen Zentralbank an Art. 15 EU-Grundrechte-Charta

1. Bindung aller EU-Institutionen an die Grundrechte

Zutreffend muss die Europäische Zentralbank nicht anders als die US-amerikanische Federal Reserve und ähnlich wie die Bank of England eine ausreichende Beschäftigung im Blick haben. Dies ergibt sich zuvörderst⁸² aus der nach Inkrafttreten der Währungsunion beschlossenen⁸³ und erst nach Beginn der Finanzkrise und Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon zum 1. Dezember 2009 für EU-Organe rechtsverbindlich gewordenen EU-Grundrechte-Charta. Gebunden wird durch die EU-Grundrechte-Charta auch die Europäische Zentralbank.⁸⁴ Diese Bindung ist deutlicher noch als die der FED vor der Ergänzung des Federal Reserve Act durch die explizite Einbeziehung der maximalen Beschäftigung. Einschlägig ist das Recht zu arbeiten⁸⁵ und einen frei gewählten Beruf auszuüben, Art. 15 der EU-Grundrechte-Charta.⁸⁶

In der Europäischen Union sind die Charta der Grundrechte sowie die Verträge rechtlich gleichrangig⁸⁷ und im Kollisionsfall im Wege der praktischen Konkordanz auszuüben.⁸⁸ Die Grundrechte sind zudem als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.⁸⁹ Der Erlass der EU-Grundrechte-Charta geht insbesondere auf deutsche Initiative zurück.⁹⁰ Im Schrifttum wird die EU-Grundrechte-Charta in der deutschen Verfassungstradition gesehen, dabei wird freilich

betont, dass sie sich vom deutschen Vorbild entferne, indem sie auch eine Reihe von sozialen Garantien enthalte.⁹¹ Zu diesen sozialen Garantien gehört das Recht zu arbeiten, Art. 15 der EU-Grundrechte-Charta. Auch wenn aus dem Recht zu arbeiten keine weiteren Kompetenzen der EZB abgeleitet werden können,⁹² greift es doch zu kurz, die Europäische Zentralbank im rechtlichen Diskurs auf die Inflationsbekämpfung zu reduzieren. Zu beachten ist ergänzend die allgemeine Verpflichtung der Union, bei der Durchführung ihrer Politik den Erfordernissen im Zusammenhang mit der

80 Bank of England Minutes of the Monetary Policy Committee Meeting 5 and 6 March 2014, no. 33.

81 Section 11, Bank of England Act 1998.

In relation to monetary policy, the objectives of the Bank of England shall be
(a) to maintain price stability, and
(b) subject to that, to support the economic policy of Her Majesty's Government, including its objectives for growth and employment.

82 Auch ohne Rückgriff auf die Grundrechte-Charta nimmt *Waldhoff* (Fn. 38), Art. 127 AEUV Rn. 28 (bei Fußnote 143, dort Verweis auf *Mentgen* (Fn. 49)) an, dass der Preisstabilität nicht in jeder Lage der Vorrang eingeräumt werden muss.

83 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nizza, 7.12.2000, ABl. 2000, C 364/01 vom 18.12.2000. Anerkennung im Vertrag von Lissabon in der am 12.12.2007 in Straßburg angepassten Fassung, Art. 6 Abs. 1 AEUV, danach sind die Charta der Grundrechte und die Verträge rechtlich gleichrangig.

84 Zur Bindung auch der Zentralbank *Jarass*, Charta der Grundrechte, 2. Aufl., München 2013, Art. 15 Rn. 3 iVm. Art. 51, Rn. 5.

85 Dazu schon EuGH, 14.5.1974 – 3/73 – juris (*Nold*), Rn. 14 der Gründe (Gewährleistung der Freiheit der Arbeit durch die Verfassungsordnungen aller Mitgliedstaaten); EuGH, 8.10.1986 – 234/85 – Slg. 1986, I-2897 (*Keller*), Rn. 8: Recht auf freie Berufsausübung gehört zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die der Gerichtshof zu wahren hat.

86 Zu Art. 15 Grundrechte-Charta monographisch *Sasse*, Die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten, Frankfurt 2011 (zugl. Osnabrück, Univ., DisS. 2011).

87 Zu Art. 15 EU-Grundrechte-Charta schon *Papier*, WM 2009, 1869, 1872, der bei der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 EU-Grundrechte-Charta) den Bezug auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten betont, der bei Art. 15 EU-Grundrechte-Charta gerade fehlt.

88 *Ehlers*, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl., Berlin 2014, § 14 Rn. 9.

89 Art. 6 Abs. 3 EUV.

90 Insoweit auf den Solange I-Beschluss des BVerfG, 29.5.1974 – 2 BvL 52/71 – BVerfGE 37, 271 verweisend *Weber*, NJW 2000, 537.

91 *Classen*, in: Kischel (Hrsg.), Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven, Ergebnisse der 34. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 12. bis 14.9.2013 in Marburg, S. 93, 104.

92 Nach Art. 51 Abs. 2 Grundrechte-Charta und Art. 6 Abs. 1 UabS. 2 EUV, dazu *Ehlers* (Fn. 87), § 14 Rn. 9: Klarstellung; *Jarass* (Fn. 83), Art. 51, Rn. 10: Zuständigkeitsbereich als äußerste Schranke des Anwendungsbereichs der Charta, insoweit von einer politischen »Angstklausele« sprechend *Kingreen*, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV, 4. Aufl., München 2011, Art. 6, Rn. 13: Grundrechte begründen keine Kompetenzen, sondern setzen sie voraus; *Borowsky*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, Art. 51, Rn. 39: Warn- und Signalwirkung sinnvoll, dazu auch *Huber*, NJW 2011, 2385, 2387.

Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus Rechnung zu tragen.⁹³

2. Folgen des Rechts zu arbeiten für die Notenbankpolitik

Die Folgen des Rechts zu arbeiten für die Notenbankpolitik können nicht trennscharf aus der EU-Grundrechte-Charta abgeleitet werden.⁹⁴ Trotz im Ergebnis vergleichbarer rechtlicher Rahmenregeln in England und in der Eurozone ist bei der Umsetzung des Rechts zu arbeiten (Art. 15 EU-Grundrechte-Charta) in der Notenbankpolitik den Besonderheiten der Europäischen Union sowie der Eurozone Rechnung zu tragen. Zu den Besonderheiten der Europäischen Union gehören die unterschiedlichen strukturellen Arbeitslosenquoten in den einzelnen Mitgliedstaaten.⁹⁵ Eine Änderung der strukturellen Arbeitslosenquote gehört jedenfalls in aller Regel nicht zu den Aufgaben einer Notenbank. Insgesamt liegt die übliche Arbeitslosenquote in der EU und vor allem in der Eurozone deutlich höher als in den USA und im Vereinigten Königreich.⁹⁶ Zu beachten sind zudem die Kompetenzen der Mitgliedstaaten im Mehrebenensystem der Europäischen Union.⁹⁷ Insoweit sprechen gute Gründe dafür, dass die Europäische Zentralbank Schuldpapiere einzelner Mitgliedstaaten nicht selbst ankaufen kann.⁹⁸ Im vom AEUV vorgesehenen System der Notenbanken sind hierfür die Notenbanken der Mitgliedstaaten jedenfalls grundsätzlich selbst zuständig. Zu beachten ist schließlich der Stabilitätspakt als Grundlage für die Einführung des Euro.

Die Geldpolitik ist nach dem international überwiegenden Verständnis sowohl wirtschaftswissenschaftlich als auch rechtlich nicht auf die Preisstabilität beschränkt, zu ihr zählt zutreffend auch die Beschäftigung.⁹⁹ In langanhaltenden Finanzkrisen stellt sich die Frage unkonventioneller Maßnahmen.¹⁰⁰ Diese können nicht a priori ausgeschlossen werden, zumal maximale Beschäftigung und Preisstabilität in einem Niedrigzinsumfeld keine gegensätzlichen Ziele darstellen. Begrifflich ist der Kauf von Staatsanleihen der Euroländer im derzeitigen Umfeld so keinesfalls primär (sondern nur bzw. allenfalls auch) eine Frage der Staatenfinanzierung.¹⁰¹ Die Abwägung künftiger Inflationsgefahren mit der Gefahr sinkender Preise liegt in der Verantwortung der Notenbank, deren Unabhängigkeit garantiert wird.¹⁰² Dabei kommt der Beschäftigung eine große Rolle zu. Längerfristig betrachtet ist hohe Arbeitslosigkeit kein rein südeuropäisches Problem. Die Arbeitslosigkeit lag in Deutschland vor den

Hartz-Reformen auf dem Niveau der Eurozone nach der Finanz- und Staatsschuldenkrise.¹⁰³ Nicht anzuerkennen ist ein klagbares Recht auf Maßnahmen zur Verbesserung der Beschäftigungschancen,¹⁰⁴ ebenso wenig ein klagbares Recht auf Preisstabilität.¹⁰⁵

Relevant ist diese Neujustierung der Geldpolitik insbesondere für die Eurostaaten mit aktuell hoher Arbeitslosigkeit. In Deutschland geraten perspektivisch insbesondere Geringverdiener und Ältere in den Fokus. Beide finden häufiger als der Durchschnitt keine Beschäftigung. Bei Gering-

93 Noch zum EG-Vertrag *Mentgen* (Fn. 49), dort insbesondere These 12: Das Europäische System der Zentralbanken muss das Preisniveau insoweit (Anm.: bei einem Angebotsschock) nicht zu Lasten des Beschäftigungsziels stabilisieren. Zur Einordnung auch von Art. 15 der Grundrechte-Charta als Zielverpflichtung *Blanke*, in: Stern/Tettinger (Hrsg.), Die Europäische Grundrechte-Charta im wertenden Verfassungsvergleich, Berlin 2005, 233, 235.

94 Nach *Bernsdorff* (Fn. 91), Art. 15, Rn. 16 sind die (Teil-)Gewährleistungen anzuerkennen und nicht durch aktives Tun zu verletzen, ähnlich *Ashigbor* in Peers et al., The EU Charter of Fundamental Rights, Art. 15, 40: »to refrain from interfering directly or indirectly with the enjoyment of that right and Art 15, 14: the right to make work available (...) is missing from the EU's version of that right.« Zum Spannungsverhältnis von Eigenverantwortlichkeit und Solidarität *Müller-Franken*, in: Blanke/Pilz (Hrsg.), Die »Fiskalunion«, Tübingen 2014, S. 227, 231 f., zur Unmöglichkeit einer Lösung allein durch das Recht S. 238.

95 Die »natürliche« bzw. nicht preisrelevante Arbeitslosenrate ändert sich im Zeitablauf und variiert stark auch in den OECD-Ländern, dazu etwa *Arestis/Sawyer*, Re-examining Monetary and Fiscal Policy for the 21st century, Cheltenham, UK, 2004, p. 22. Zu den Reformen im Arbeitsrecht in den Krisenländern seit der Finanzkrise das *Institut der deutschen Wirtschaft Köln*, IW policy paper 5/2015. Danach ist etwa der griechische Arbeitsmarkt nunmehr flexibler als der Durchschnitt des Euroraums, S. 11, 13.

96 Oben Fn. 56.

97 Dazu auch die Schlussanträge des Generalanwalts *Villalón* vom 14.1.2015, Rn. 227: Erwerbsgeschäfte der EZB und der nationalen Notenbanken.

98 Nach dem Introductory Statement des EZB-Präsidenten *Draghi* zur Pressekonferenz zum Beschluss vom 22.1.2015 werden die Wertpapiere überwiegend dezentral durch die nationalen Notenbanken angekauft (80 Prozent), zwölf Prozent sollen von der EZB angekaufte Papiere europäischer Institutionen sein, zudem weitere acht Prozent. Diese Frage ist nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags.

99 Vgl. allgemein aus ethisch-ökonomischer Sicht zur Wahrung der Gerechtigkeit im Sinne der Menschenwürde bei ökonomischen Prozessen *Hecker*, Lohn- und Preisgerechtigkeit, Historische Rückblicke und aktuelle Perspektiven unter besonderer Berücksichtigung der christlichen Soziallehren, Marburg 2008, S. 488.

100 International Monetary Fund Unconventional Monetary Policies – Recent experience and prospects, April 18, 2013, zur Senkung des langfristigen Zinssatzes p. 15.

101 Zum Verbot durch Art. 123 AEUV insb. BVerfG, 14.1.2014 – 2 BvE 13/13 – JZ 2014, 341. Kritisch zur Wortlautgrenze etwa *Herzog*, Anwendung und Auslegung von Recht, Tübingen 2014 (zugl. Heidelberg, Univ., Diss. 2013), S. 749.

102 Art. 130 AEUV.

103 Statista, Arbeitslosigkeit in Deutschland 2005: 11,7 Prozent, Arbeitslosigkeit in der Eurozone 2012: 11,3 Prozent, im Jahre 2013: 12 Prozent, im Jahre 2014: 11,5 Prozent.

104 *Blanke* (Fn. 92), 233, 236.

105 *Häde*, WM 2000, 1717, 1718.

verdienern¹⁰⁶ ist der befürchtete Effekt des Mindestlohns¹⁰⁷ bislang, so scheint es jedenfalls, ausgeblieben.¹⁰⁸ Die derzeit vergleichsweise niedrige Arbeitslosigkeit muss freilich nicht von Dauer sein. In einer Krise sind junge Geringverdiener besonders häufig von Arbeitslosigkeit betroffen.¹⁰⁹ Allgemein wird der Beschäftigung sogar der Vorrang eingeräumt werden können, solange die Arbeitslosigkeit so hoch ist, dass auch bei einer weiteren Steigerung der Beschäftigtenquote nicht mit einer Inflation oberhalb der Zielgröße der Notenbanken (derzeit zwei Prozent) zu rechnen ist.

3. Vereinbarkeit beschäftigungsfördernder Notenbankpolitik mit dem Grundgesetz

Zuletzt ist festzustellen, dass eine beschäftigungsfördernde Notenbankpolitik auch mit dem deutschen Grundgesetz vereinbar ist.¹¹⁰ Die Konzeption der Währungsunion als Stabilitätsgemeinschaft¹¹¹ wird so auf den ursprünglichen verfassungsrechtlichen Stabilitätsbegriff zurückgeführt.¹¹² Mit *Papier* sind neben der Stabilität der Preisniveaus¹¹³ auch ein hoher Beschäftigungsstand sowie ein angemessenes Wirtschaftswachstum als Verfassungsgebote des Grundgesetzes anzusehen.¹¹⁴ Dies gilt auch nach der Neufassung der Art. 88, 109 Abs. 2 GG im Zuge der Einführung und Fortentwicklung der Währungsunion.¹¹⁵ Das Bundesverfassungsgericht hat bei Billigung des Vertrags von Lissabon nicht nur die Grundrechte-Charta,¹¹⁶ sondern auch den Schutz der Arbeitnehmer durch die Rechtsprechung des EuGH hervorgehoben.¹¹⁷ Die bei Prüfung der Währungsunion verlangte demokratisch legitimierte Änderung der konkreten Ausgestaltung der seit unionsrechtlichen Stabilitätsvorgaben¹¹⁸ wurde so vom Bundesverfassungsgericht bereits implizit gebilligt.¹¹⁹ Aufgrund der Verankerung des Sozialstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG¹²⁰ kann sogar von einer Ausprägung des grundgesetzlich (nach Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG) garantierten Stabilitätsgedankens gesprochen werden.¹²¹

V. Fazit: Ausrichtung der EZB-Geldpolitik auch auf Wachstum und Beschäftigung

Festzuhalten bleibt die Vereinbarkeit einer auch auf Wachstum und Beschäftigungschancen zielenden Geldpolitik mit dem Primat der Preisstabilität, Art. 127 AEUV.

Dies entspricht wieder stärker dem Auftrag der Bundesbank bis zur Einführung des Euro.¹²² Die Geldpolitik der Bundesbank war rechtlich bis 1999 am »magischen Vierecks« des Stabilitätsgesetzes, also an innerer und äußerer Stabilität, Vollbeschäftigung und Wirtschaftswachstum, auszurichten. Gestützt werden kann die (teilweise) Rückbesinnung auf den traditionellen Auftrag der Bundesbank insbesondere auf die EU-Grundrechte-Charta. Das Recht zu arbeiten ermöglicht unter Berücksichtigung der Preisstabilität als vorrangigem Ziel eine beschäftigungsfördernde Geldpolitik der Europäischen Zentralbank.

106 Für die USA etwa *Sum/Khatiwada*, Labor Underutilization Impacts of the Great Recession of 2007–2009: Variations in Labor Underutilization Problems Across Age, Gender, Race-Ethnic, Educational Attainment and Occupational Groups in the U.S., 2009 Fourth Quarter, March 2010, p. 12.

107 Festgestellt wird ein geringerer Wechsel in Arbeitsbeziehungen besonders betroffener Personenkreise wie Jugendlicher und Restaurantmitarbeiter, *Dube/Lester/Reich*, Minimum Wage Shocks, Employment Flows and Labor Force Frictions, Institute for Research on Labor and Employment, UC Berkeley.

108 Etwa für Zeitungszusteller berichtete negative Entwicklungen (FAZ, 31.3.2015, S. 19) werden derzeit durch die insgesamt positive Arbeitsmarktentwicklung überkompensiert.

109 OECD Society at a Glance 2014, p. 101 (Abbildung 4.6); *Verick*, Who Is Hit Hardest during a Financial Crisis? The Vulnerability of Young Men and Women to Unemployment in an Economic Downturn, IZA DP No. 4359, August 2009; *Cazes/Verick/Heuer*, Labour market policies in times of crises, ILO Employment Sector, Employment Working Paper No. 35, p. 19.

110 Zur Methode der Verfassungsinterpretation *Hailbronner*, Der Staat 2014, 425.

111 BVerfG, 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92, 2 BvR 2159/92 – BVerfGE 89, 155, 204, dazu oben Fn. 65.

112 Zu BVerfGE 79, 311, 331 (Fn. 68).

113 *Papier* (Fn. 28), 528, 549 ff.

114 *Papier* (Fn. 28), 528, 551.

115 Zur Schuldenbremse etwa *Meyer*, AöR 136, 2011, 266; *Ekarde/Buscher*, AöR 137, 2012, 42.

116 BVerfG, 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 – BVerfGE 123, 267, 283.

117 BVerfG, 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 – BVerfGE 123, 267, 429 f.

118 BVerfG, 12.9.2012 – 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12 und 2 BvR 6/12 – BVerfGE 132, 195, 244, Rn. 117.

119 Eine Vereinigung der Grundrechte (GG, EMRK, Grundrechte-Charta) fordernd *Thym*, JZ 2015, 53; zu den Grundrechten des Grundgesetzes im Grundrechtsföderalismus *Kingreen*, JZ 2013, 801.

120 Zur Bindung der deutschen Staatsgewalt an die Grundrechte-Charta *Frenzel*, Der Staat 2014, 1; zutreffend eine wechselseitig respektvolle Auslegung der benachbarten Grundrechttekodizes annehmend *Grawert*, Der Staat 2010, 507, 539.

121 BVerfG, 12.9.2012 – 2 BvR 1390/12, 2 BvR 1421/12, 2 BvR 1438/12, 2 BvR 1439/12, 2 BvR 1440/12 und 2 BvR 6/12 – BVerfGE 132, 195, 244, Rn. 117 S. 2: Nicht jede einzelne Ausprägung dieser Stabilitätsgemeinschaft ist durch die hier maßgeblichen Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG garantiert.

122 Bis zur Einführung des Euro hatte man davon abgesehen ein Einzelziel herauszustellen, insoweit auf das Herausgreifen der Preisstabilität abstellend *Beck*, Kommentar zum Bundesbankgesetz, 1959, § 3 Anm. I.2.c (K 51); dies weil daneben keineswegs die anderen nicht minder wichtigen Gebiete oder Ziele vernachlässigt werden dürften, dazu schon oben II.2.

Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis – historische, ökonomische und legitimatorische Grundlagen des deutschen Koalitions- und Tarifvertragsrechts –

Habilitationsschrift von Clemens Höpfner, 2015, Nomos/C.H. Beck, München, 728 S. (ISBN 978-3-8487-2007-1), 148,-€, erschienen als Band 123 der Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln

Die Legitimationsgrundlage der Tarifautonomie und deren Rechtswirkungen für das Arbeitsverhältnis war in der Vergangenheit wiederholt Gegenstand tiefeschürfender rechtswissenschaftlicher Analysen. Im Gegensatz zu *Felix Hartmann*, der in seiner Heidelberger Habilitationsschrift zur »Negativen Tarifvertragsfreiheit« (siehe die Besprechung von *Schubert*, SR 2015, 70 ff.) erst kürzlich den bemerkenswerten Versuch einer privatrechtlich-mandatarischen Rekonstruktion der normativen Wirkung des Tarifvertrages präsentiert hat, beleuchtet die Kölner Habilitationsschrift von *Clemens Höpfner* die privatautonome Legitimation der Tarifgeltung aus einer anderen Perspektive, die er in der verbandsrechtlichen Mitgliedschaft verortet. Ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis besteht bei diesem Ansatz stets dann, wenn das Gesetz die Tarifgeltung für das Arbeitsverhältnis anordnet, ohne dass diese auf eine mitgliederschaftlich vermittelte Legitimationsgrundlage zurückgeführt werden kann.

Für seine Untersuchung hat Höpfner einen weit ausgreifenden historischen Ansatz gewählt, der die geschichtlichen Fundamente des Koalitions- und Tarifvertragswesens (1. Kapitel, S. 33 ff.) sowie die dogmatische Diskussion bis zum Inkrafttreten des Tarifvertragsgesetzes (2. Kapitel, S. 109 ff.) mit großer Akribie nachzeichnet. Der historische Ansatz des Verfassers führt den Leser zurück zu den Ursprüngen für das Versagen der Vertragsfreiheit auf dem Arbeitsmarkt im 19. Jahrhundert (S. 37 ff.) sowie der ökonomischen Diskussion zur inversen Reaktion des Arbeitsmarktes auf sinkende Arbeitsnachfrage. Hierin sieht *Höpfner* unverändert ein im Grundsatz plausibles Erklärungsmodell, das in der berühmten Feststellung von *Karl Marx* gipfelte, dass Arbeit eine eigentümliche Ware sei, die keinen anderen Behälter hat als menschliches Fleisch und Blut. Das von *Höpfner* diagnostizierte Machtungleichgewicht auf dem Arbeitsmarkt liefert ihm nicht nur eine Rechtfertigung für das

staatliche Arbeitnehmerschutzrecht (S. 45 f.), sondern auch für die Koalitionsfreiheit und die Tarifautonomie (S. 48 ff.). Da der so geschriebene Ausgleichsmechanismus die faktische Unterlegenheit des Arbeitnehmers kompensieren solle, bedürfe es verhandlungsstarker und durchsetzungsstarker Koalitionen, deren Entstehung und Entwicklung *Höpfner* aus der Perspektive der Koalitionsfreiheit eindrucksvoll und detailgetreu nachzeichnet (S. 62 ff.). Insbesondere zur anfänglich noch extensiven Anwendung der §§ 152, 153 GewO 1869 sowie der Kontroverse zwischen den strafrechtlichen und den zivilrechtlichen Senaten des Reichsgerichts liefert die Arbeit von *Höpfner* eine instruktive Aufarbeitung (S. 82 ff.).

Der zweite historische Baustein wird für *Höpfner* durch die dogmatische Diskussion zur Tarifgeltung gebildet (S. 109 ff.). Er zeichnet hierfür die bis in die Anfänge des Tarifrechts zurückreichenden Überlegungen nach, die vor Verabschiedung der TVVO gezwungen waren, auf vertragsrechtliche Konstruktionen zurückzugreifen (insbesondere S. 116 ff.). Die ohne gesetzliche Anordnung nicht lösbare Unabdingbarkeit des Tarifvertrages (S. 119) und der methodisch eher hilflos anmutende Rückgriff auf den »Sinn des kollektiven Vertragsabschlusses« werden von *Höpfner* prägnant herausgearbeitet (S. 151 ff., 153). Auch die Kritik an diesem Ansatz zeichnet er minutiös nach (S. 160 ff.) und hebt insbesondere zur Unabdingbarkeit die überwiegend vertretene Position der damals vorherrschenden Auffassung hervor (S. 175 ff.). Mit Recht sieht er deshalb erst in der TVVO den Durchbruch für die Lehre von der Normwirkung (S. 207 ff.). Informativ sind in diesem Kontext die von ihm präzise herausgearbeiteten konstruktiven Unterschiede zwischen der »Transformationslehre« (S. 212 f.) und der »Einwirkungslehre« (S. 214 ff.).

In seinem dritten Kapitel widmet sich *Höpfner* der modernen Tarifrechtsdogmatik und rückt hierfür zu Beginn die Funktionen des Tarifvertrages und hierunter insbesondere die Ordnungsfunktion in den Vordergrund (S. 227 ff.), die lange Zeit ausschließlich auf einem höchst kontrovers diskutierten koalitionsverfassungsrechtlichen Fundament ruhte, sich inzwischen aber auf eine wiederholte einfachgesetzliche Anerkennung stützen kann (s. § 4a Abs. 1 TVG: Ordnungsfunktion von Rechtsnormen des Tarifvertrages, § 1 Satz 2 AEntG: Ordnungs- und Befriedungsfunktion der Tarifautonomie). Bezüglich des letztgenannten Aspekts differenziert er zwischen Ordnungswirkung und Ordnungsaufgabe, ohne dabei indes die

einfachgesetzliche Anerkennung der Ordnungsfunktion in seine Überlegungen zu integrieren und zu reflektieren. Beide Facetten seien indes nicht geeignet, die Rechtsetzungsmacht der Verbände zu erweitern (S. 237 ff.). Auch ein Vorzug der Industrie- gegenüber den Berufsverbänden lasse sich hierdurch nicht begründen (S. 243 ff.). Ablehnend äußert sich Höpfner in diesem Zusammenhang ebenfalls gegenüber der Konzeption des Ersten Senats des BAG, über das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG die Tarifgeltung (»ohne Anspruchsgrundlage«) zu verlängern (S. 249 ff.).

Im Hinblick auf die praktischen Konsequenzen aus dem Rechtsnormencharakter des Tarifvertrages widmet sich Höpfner neben der Gleichstellung mit formellen Gesetzen (S. 256 ff.) und den Auswirkungen auf die Auslegung insbesondere auch den Anforderungen an Wirksamkeit, Bestimmtheit und Transparenz (S. 262 ff.). Bemerkenswert ist in diesem Kontext die Ablehnung einer von der hM. verfochtenen objektiven Auslegung (S. 260 f.), ohne indes für den normativen Teil des Tarifvertrages eine richtlinienkonforme Auslegung auszuschließen (S. 261 f.). Kritisch setzt er sich ferner mit den Anforderungen des Ersten Senats des BAG an Spitzenorganisationen im Sinne des § 2 Abs. 2 TVG auseinander. So fehle im Hinblick auf § 2 Abs. 2 TVG eine tragfähige Grundlage für die Forderung, dass die in der Spitzenorganisation zusammengeschlossenen Gewerkschaften ihre Tariffähigkeit dieser »vollständig vermitteln« müssten (S. 269). Das anhand dreiseitiger Kollektivvereinbarungen seitens der Rechtsprechung entwickelte Gebot der Rechtsklarheit unterzieht Höpfner ebenfalls einer kritischen Reflektion; als normativ verbindliches Rechtsprinzip sei dieses nicht anzuerkennen (S. 291). Bevor er sich der privatautonomen Legitimation der Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis zuwendet, greift er nochmals die rechtsdogmatische Konstruktion der Tarifgeltung auf. Mit überzeugender Argumentation verwirft er die vormals zur TVVO entwickelte Transformationsthese und spricht sich für das Einwirkungsmodell aus (S. 303 ff.).

Angesichts der normativen Ausgangslage geht Höpfner konsequent davon aus, dass in neuerer Zeit formulierte Bestrebungen zugunsten einer mandatarischen Rekonstruktion der Tarifautonomie mit der *lex lata* unvereinbar sind. Dementsprechend verwirft er den Versuch, die zeitlich unbegrenzte Nachbindung gemäß § 3 Abs. 3 TVG mit Hilfe eines Einzelkündigungsrechts zugunsten des aus dem Verband ausgeschiedenen Arbeitgebers zu bewältigen

(S. 310 ff.). Diese Fragestellung dient ihm indes lediglich als Beleg für den eingeschränkten Stellenwert, den eine privatautonome Legitimation des Tarifvertrages entfalten kann. Sie sei nicht in der Lage, die *lex lata* zu verdrängen, könne jedoch diejenigen Sachverhalte aufzeigen, in denen die Tarifgeltung auf Fremdherrschaft beruhe, was zwangsläufig auch auf die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung ausstrahle (S. 314 f.).

Das von Höpfner favorisierte verbandsrechtliche Modell zur privatautonomen Legitimation der tariflichen Normsetzungsbefugnis muss denkbare Notwendigkeit in dem die Verbandsmitgliedschaft begründenden Beitrittsakt den zentralen Ausgangspunkt sehen (S. 316). Dieser rechtfertige auch die Anwendung des Mehrheitsprinzips, so dass die Bindung an die verbandsrechtliche Beschlussfassung ebenfalls privatautonome rekonstruierbar sei (S. 317). Zweifelhaft ist allerdings die scharfe Trennung, die Höpfner im Hinblick auf den Tarifvertrag vornimmt und deshalb den Beitrittsakt als einen »privatautonomen Normunterwerfungsakt« qualifiziert. Hiergegen spricht, dass auch der Abschluss eines Tarifvertrages stets auf einem Mehrheitsbeschluss der Verbandsorgane beruht. Mit beachtlichen Argumenten schließt er sich zudem der These an, dass der Beitrittsakt zwar eine notwendige, aber keine hinreichende Voraussetzung für die Tarifgebundenheit sei (S. 322). Hinzukommen müsse der Wille des Mitgliedes, sich durch den Beitritt der tariflichen Normsetzungsbefugnis des Verbandes zu unterwerfen (S. 323). Überzeugend weist Höpfner nach, dass eine vollständige Rekonstruktion der Tarifwirkung mit privatautonomen Legitimationsmodellen indes nicht gelingen kann (S. 325). Erst wegen der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung könne ein privater Normvertrag unmittelbare Rechtswirkungen für die Rechtsverhältnisse Dritter entfalten (S. 340). Obwohl die Rechtsetzung autonom sei, handele es sich um eine heteronome Rechtsgeltung.

Die von Höpfner in den Mittelpunkt gerückte mitgliederschaftliche Legitimation der Normsetzung lässt jede Erstreckung der Normsetzung bzw. Normwirkung auf Außenseiter als einen verfassungsrechtlich rechtfertigungsbedürftigen Akt erscheinen. Zwangsläufig wirft dies die Frage nach dem Stellenwert der negativen Koalitionsfreiheit und deren Schutzbereich auf. Ihr widmet er sich im vierten Kapitel der Arbeit (S. 341–388), in dem er insbesondere untersucht, ob die negative Koalitionsfreiheit einen Schutz vor Tarifgeltung vermittelt.

Im Anschluss an eine ausführliche Aufarbeitung der Diskussion zur negativen Koalitionsfreiheit bei der Schaffung von Art. 9 Abs. 3 GG gelangt *Höpfner* zu dem Ergebnis, dass die Freiheit des Fernbleibens bereits aus dem dem Koalitionsbegriff immanenten Erfordernis eines freiwilligen Zusammenschlusses folge (S. 357), was im Lichte der allgemeinen Grundrechtsdogmatik nicht unbedingt überzeugt. Vor allem aber wendet er sich der gerade in neuerer Zeit kontrovers diskutierten Frage zu, ob die negative Koalitionsfreiheit zu einer negativen Tarifvertragsfreiheit fortzuentwickeln sei (S. 360 ff.), wofür sich aus der Entstehungsgeschichte – wie *Höpfner* überzeugend herausarbeitet – keine tragfähigen Befunde ableiten lassen (S. 361 ff.). Die nicht stets einheitlichen Akzentuierungen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung legt *Höpfner* treffend dar. Das gilt in vergleichbarer Weise für die unionsrechtliche Diskussion (S. 370–381). Für ihn folgt aus der mitgliedschaftlichen Legitimation zugleich die freie Entscheidung, sich der Tarifbindung zu unterwerfen. Ein mitgliedschaftsbezogenes Fernbleiberecht reiche für deren Absicherung nicht aus, so dass die negative Koalitionsfreiheit auch einen Schutz vor der Tarifgeltung gewährleisten müsse. Indes weist *Höpfner* auch darauf hin, dass die präzise grundrechtliche Verankerung in der negativen Tarifvertragsfreiheit oftmals von zweitrangiger Bedeutung sei, was allerdings im Widerspruch zu seiner Aussage steht, dass die Verortung in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG regelmäßig mit erhöhten Anforderungen an die Außenseiterbindung einhergehe (S. 387). Ungeachtet der offenen Spielräume in der Rechtsprechung des EuGH ließen sich dessen Grundsätze jedoch zu einer in Art. 28 GRC gewährleisteten negativen Tarifvertragsfreiheit fortentwickeln.

In den Fokus der weiteren Untersuchung rückt *Höpfner* die bekannten Formen einer erweiterten Tarifgeltung, wobei er zunächst die Reichweite von § 3 Abs. 3 TVG auslotet. Die mitgliedschaftliche Legitimation der verlängerten Tarifbindung steht für ihn außer Frage, da die während der Mitgliedschaft bestehende Legitimation auch die Geltungsdauer der während dieses Zeitraums abgeschlossenen Tarifverträge einschließt (S. 390). Eine zeitlich unbegrenzte Tarifbindung sei hierdurch jedoch nicht legitimiert und halte nach seiner Überzeugung auch einer verfassungsrechtlichen Überprüfung am Maßstab der negativen Koalitionsfreiheit nicht stand (S. 391 ff.). Die zur Abwendung eines Verfassungsverstoßes im Schrifttum vorgeschlagene variable Begrenzung der Nachbindung bis zur ersten Kündigungsmöglichkeit nach Verbandsaustritt verwirft er mit

überzeugender Begründung (S. 396 ff.). Von den als Alternative hierzu in der Diskussion vorgeschlagenen starren zeitlichen Schranken favorisiert er zwar de lege ferenda eine Adaption der Ein-Jahres-Frist in § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB, de lege lata sieht er jedoch ausschließlich in einem Analogieschluss zu § 160 HGB (5 Jahre) eine tragfähige Zeitschranke (S. 401 ff.), für die er beachtliche und auch im Normzweck des § 160 HGB fundierte Gründe anzuführen vermag.

Bezüglich der Nachwirkung setzt sich *Höpfner* zunächst eingehend mit deren Funktionen auseinander. Eine Ordnungsfunktion verwirft er (S. 410 ff.) und misst der Nachwirkung ausschließlich eine Schutz- und Überbrückungsfunktion zu (S. 408 f.). Vor dem Hintergrund seines Untersuchungsansatzes arbeitet er zudem zutreffend heraus, dass die Nachwirkung nicht auf eine privatautonome Legitimation zurückführbar ist, sondern auf dem Gesetzesbefehl in § 4 Abs. 5 TVG beruht (S. 414 ff.), ohne dass sich hierdurch der Inhalt der nachwirkenden Tarifnorm ändere. Auf das Problem einer »ewigen Nachwirkung« geht er differenziert ein (S. 418 ff.), sieht jedoch auch in dem von ihm als problematisch diagnostizierten (schmalen) Segment von einer Problemlösung im Rahmen des geltenden Rechts ab. Lediglich de lege ferenda empfehle sich eine zeitliche Begrenzung der Nachwirkung (S. 426), ohne dass sich seinen Ausführungen jedoch weitere Präzisierungen entnehmen lassen.

Sehr ausführlich widmet sich *Höpfner* zudem der in § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB angeordneten Fortgeltung des Tarifvertrages nach einem Betriebsübergang zu (S. 426 ff.), wobei sein Hauptaugenmerk dem konstruktiven Ansatz in § 613a Abs. 1 Satz 2 BGB gilt. Entgegen neueren Tendenzen im Schrifttum, die sich für ein de lege lata kaum haltbares »kollektives Fortgeltungssystem« aussprechen, schließt er sich der tradierten Gegenposition des Transformationsmodells an, modifiziert dieses jedoch in Übereinstimmung mit der auch vom BAG favorisierten Position geringfügig, indem »die transformierten Tarifnormen im Arbeitsverhältnis ihren kollektivrechtlichen Charakter beibehalten«. Hierdurch gelangt er zu einem »beschränkt kollektivrechtlichen Transformationsmodell« (S. 432 ff.), dessen Besonderheiten er in Abgrenzung zu § 3 Abs. 3 TVG und § 4 Abs. 5 TVG präzise aufzeigt (S. 435 ff.).

Eine Untersuchung zur Geltungserstreckung auf Außenseiter muss zwangsläufig auch auf die kontrovers diskutierten Positionen zur Reichweite von Betriebsnormen

eingehen. Im Anschluss an ein detailliertes Referat zur Dogmengeschichte dieses Typus von Tarifnormen (S. 443 ff.) geht *Höpfner* auf die Diskussion zu möglichen Einschränkungen für die Geltung von Betriebsnormen ein (S. 447 ff.). Mit gewichtigen und auf § 4 Abs. 1 Satz 2 TVG gestützten Argumenten spricht er sich zunächst dafür aus, dass an Betriebsnormen nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch die Arbeitnehmer unabhängig von ihrer Mitgliedschaft gebunden seien (S. 450 ff.). Wegen der hierdurch – so *Höpfner* – auf der Hand liegenden verfassungsrechtlichen Bedenken wendet sich die Untersuchung ausführlich den Bestrebungen zu, den sachlich-gegenständlichen Bereich der Betriebsnormen einzugrenzen, wobei er für eine legitimationsbezogene und verfassungskonforme Interpretation des Betriebsnormenbegriffs streitet (S. 456). Aus dieser Sicht seien arbeitnehmerbegünstigende Betriebsnormen vor dem Hintergrund von § 328 BGB aus Sicht eines privatautonomen Legitimationserfordernisses unproblematisch (S. 457). Bezüglich der kontrovers diskutierten Ordnungsnormen plädiert *Höpfner* für eine Anknüpfung an das Direktionsrecht des Arbeitgebers, an das auch der Außenseiter-Arbeitnehmer aufgrund seines Vertragsschlusses mit dem Arbeitgeber gebunden sei (S. 458 f.). Werde der hierdurch abgesteckte Bereich jedoch überschritten, wie z.B. bei Besetzungsklauseln, handele es sich um eine Tarifgeltung ohne privatautonome Legitimation (S. 461), die den durch das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip gesetzten Anforderungen nicht genüge, so dass eine verfassungskonforme Reduktion der Betriebsnormen auf den privatautonom legitimizeden Bereich zwingend sei (S. 463), was nicht ohne Weiteres überzeugt, da *Höpfner* die verfassungsrechtlich fundierten Gegenpositionen sowohl des Arbeitgebers als auch der tarifgebundenen Arbeitnehmer einschließlich ihrer jeweiligen Verbände weitgehend ausblendet.

Als fünften Komplex stellt *Höpfner* abschließend die Allgemeinverbindlicherklärung auf den Prüfstand (S. 464 ff.). Im Anschluss an eine sehr knappe Skizze zur Entstehungsgeschichte des § 5 TVG wendet er sich zunächst den Funktionen der Allgemeinverbindlicherklärung zu (S. 466 ff.). Treffend arbeitet er heraus, dass neben dem Schutz der Außenseiter-Arbeitnehmer (S. 468 ff.) die wettbewerbsverhindernde Funktion der Allgemeinverbindlicherklärung als selbständiger Haupt- und nicht nur als untergeordneter Nebenzweck trete (S. 472 ff.), um hierdurch letztlich die durch den Tarifvertrag errichtete Ord-

nung abzustützen. Im Hinblick auf die Verfassungsmäßigkeit von § 5 TVG lehnt *Höpfner* einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit ab (S. 481 f.). Entsprechendes gelte in Übereinstimmung mit dem BVerfG für das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (S. 483 ff.), jedoch deutet er bereits in diesem Kontext die Notwendigkeit an, § 5 TVG verfassungskonform auszulegen (S. 484). Den Verzicht auf das 50%-Quorum durch das sog. Tarifautonomiestärkungsgesetz bewertet *Höpfner* kritisch (S. 486 ff.), verfassungsrechtlichen Bedenken geht er aber nicht nach. Bezüglich der Rechtswirkungen der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge (S. 492 ff.) widmet er sich auch der Frage, ob – einem Vorschlag von *Sittard* folgend – diejenigen Arbeitsverhältnisse von § 5 Abs. 4 TVG auszunehmen seien, die an einen anderen Tarifvertrag gebunden sind (S. 495 ff.). Eine entsprechend einschränkende Auslegung von § 5 Abs. 4 TVG sieht er jedoch auch aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht als geboten an, vielmehr sei diesem Aspekt bei der Auflösung einer Tarifkonkurrenz Rechnung zu tragen, indem dem mitgliedschaftlich legitimizeden Tarifvertrag stets der Vorrang gebühre (S. 498).

Im Rahmen des den Grenzen der Tarifgeltung gewidmeten abschließenden sechsten Kapitels (S. 499 ff.) richtet *Höpfner* seinen Fokus auf das Günstigkeitsprinzip sowie das Kartellrecht.

Bezüglich des Günstigkeitsprinzips arbeitet *Höpfner* im Anschluss an eine historische Skizze zur Schaffung von § 4 Abs. 3 2. Alt. TVG (S. 499 ff.) mit Recht heraus, dass das Günstigkeitsprinzip nicht als immanente Schranke der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten kollektiven Koalitionsfreiheit zu bewerten sei, sondern in der Aufrechterhaltung der »Privatautonomie der einzelnen Arbeitsmarktakteure« seinen Geltungsgrund habe (S. 506 f.), und begrenzt hierdurch zugleich die Kartellwirkung des Tarifvertrages (S. 507 ff.). Konsequenterweise sieht er deshalb in dem Günstigkeitsprinzip eine zwingende Schranke für die tarifliche Normsetzungsmacht (S. 511). Ungeachtet dessen sei es jedoch nicht zu beanstanden, individualvertraglich vereinbarte Arbeitsbedingungen »tarifoffen« zu gestalten (S. 512). Auf der Basis der zutreffenden Prämisse, dass der Anwendungsbereich des Günstigkeitsprinzips auf die Kollision rangverschiedener Regelungen beschränkt sei, geht *Höpfner* schließlich auch auf die Rechtslage bei kollidierenden Tarifnormen ein (S. 513 ff.).

Die Untersuchungen zu den kartellrechtlichen Grenzen der Tarifmacht leitet *Höpfner* mit komprimierten Ausführ-

rungen zu den wettbewerbsrechtlichen Grundlagen ein, in denen er dem Wettbewerb auf den Gütermärkten (S. 523 ff.) die Besonderheiten auf dem Arbeitsmarkt (S. 532 ff.) gegenüberstellt. Auf dieser Grundlage wendet er sich dem Verhältnis des Tarifrechts zum Kartellrecht zu (S. 539 ff.), wobei die Auslegung von § 1 GWB im Mittelpunkt steht. Detailreich wendet er sich in einem ersten Schritt dem inzwischen überholten § 1 GWB 1957 zu und weist für diesen mit überzeugender Begründung nach, dass Tarifverträge im Gegensatz zu außertariflichen Vereinbarungen nicht von dem dortigen Kartellverbot erfasst wurden (S. 544 ff.). Bezüglich des schuldrechtlichen Teils des Tarifvertrages erstreckt *Höpfner* die Freistellung von dem Kartellverbot indes ausschließlich auf die Durchführungs- und Friedenspflicht sowie auf normativ regelbare Tarifinhalte (S. 547 f.). Darüber hinausgehende schuldrechtliche Tarifinhalte schließt er aus der kartellrechtlichen Privilegierung ausdrücklich aus (S. 548). Während *Höpfner* sich mit diesem Ergebnis zur damaligen Rechtslage auf der Linie des BAG bewegt, sind seine Ausführungen zur derzeit geltenden Fassung von § 1 GWB (S. 551 ff.) von aktueller Bedeutung, da bei dieser die vormals aus dem Wortlaut generierbaren Anhaltspunkte für eine Freistellung der Tarifverträge von dem Kartellverbot entfallen sind. Dieses Defizit korrigiert *Höpfner* unter Bezugnahme auf die auf Wahrung des Status quo gerichtete Entstehungsgeschichte der Norm mit ihrer teleologischen Reduktion, um auf diese Weise einen Gleichlauf mit der von ihm befürworteten Auslegung von § 1 GWB 1957 zu wahren (S. 553). Dieser Weg sei auch gegenüber denjenigen Bestrebungen vorzugswürdig, die

zur Problemlösung auf den Unternehmerbegriff zurückgreifen (S. 553 ff.).

Zu einer extensiveren kartellrechtlichen Privilegierung gelangt *Höpfner* für das unionsrechtliche Kartellverbot (Art. 101 AEUV). Unter ausführlicher Auseinandersetzung mit der einschlägigen Judikatur des EuGH befürwortet er eine Ausdehnung der Privilegierung auch auf rein schuldrechtliche Tarifverträge sowie sonstige von Art. 9 Abs. 3 GG erfasste Vereinbarungen (S. 577 ff.). Bemerkenswert sind insoweit auch seine inhaltlichen Präzisierungen zum Kartellprivileg, da er dieses auf Arbeitsbedingungen begrenzt, die nur mittelbare Folgewirkungen auf dem Güter- oder Warenmarkt entfalten (S. 583 f.).

Höpfner präsentiert mit seiner Untersuchung eine gedankenreiche Auseinandersetzung mit Grundfragen des Tarifvertragsrechts, deren Lektüre zu weiterführenden Gedanken anregt, die solide den aktuellen Diskussionsstand aufbereitet und auf der Basis eines in der Verbandsmitgliedschaft verankerten privatautonomen Legitimationsansatzes fundierte Ergebnisse erzielt, die bei einzelnen Aspekten auch über den bisherigen Diskussionsstand hinausreichen. Eine Neuvermessung der tarifrechtlichen Landkarte muss der Leser indes nicht befürchten. Ungeachtet dessen präsentiert das Werk von *Höpfner* eine lesenswerte Darstellung zu tarifrechtlichen Grundfragen, die aufgrund ihres Gedankenreichtums und der akribischen Argumentationsführung bei der weiteren Diskussion ihre Aufmerksamkeit nicht verfehlen wird.

Univ.-Prof. Dr. Hartmut Oetker, Kiel

Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie

Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf: Ein Beitrag zu einem Sozialen Recht der Arbeit, von Groskreutz, Kocher, Nassibi, Paschke, Schulz, Welte, Wenckeback und Zimmer, 2015, Nomos, 387 S. (ISBN 978-3-8487-0611-2), 79,-€, erschienen als Band 76 der Schriften der Hans-Böckler-Stiftung.

Trotz vieler Fortschritte im Gleichstellungsrecht, bei der sozialen Sicherung und der Flexibilisierung von Arbeitszeit ist das Thema »selbstbestimmte Erwerbsbiographie« nach wie vor hochaktuell, da viele Aspekte weiterhin ungelöst sind und Lösungsansätze häufig nicht über Absichtserklärungen hinaus gehen. Insofern ist eine Untersuchung zu einem »Recht« auf einen selbstbestimmten Lebenslauf ein grundlegender Forschungsansatz, der fragt, inwieweit Schnittstellen in der (Erwerbs-) Biographie, wie Familiengründung, Pflege von Angehörigen, gesundheitliche Einschränkungen und berufliche Umorientierung besser mit arbeits- und sozialrechtlichen Regelungen aufgefangen werden können. Dabei richten die Autoren ihren Blick nicht nur auf das staatliche Recht, sondern auch auf Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, bei denen sie auch die ambivalente Wirkung nicht unterschlagen, dass kollektive Regelungen Individualrechte effektiver machen, aber auch erschweren können (S. 207).

Übergangssituationen sind derzeit arbeits- und sozialrechtlich unterschiedlich flexibel geregelt. Der Fokus lag in den letzten Jahren auf der Vereinbarkeit von Beruf und Familie mit dem Hauptaugenmerk auf der Sorgearbeit für Kinder, insbesondere für Vorschulkinder, sowie seit einigen Jahren auch auf der Verbesserung der Vereinbarkeit von Beruf und Pflege kranker und/oder alter sonstiger Angehöriger, ein Themenfeld, das angesichts der demographischen Entwicklung in Deutschland immer brisanter wird. Die Ergebnisse der bisherigen gesetzgeberischen Bemühungen werden in der Untersuchung sorgfältig aufgearbeitet und kritisch gewürdigt.

Vor diesem Hintergrund beschäftigt sich die von der Hans-Böckler-Stiftung geförderte 2013 erschienene Studie der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), der Universität Kassel und des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) in der Hans-Böckler-Stiftung unter der Gesamtleitung von *Eva Kocher* nach fast dreijäh-

riger Forschungsarbeit dann zum einen mit einer Bestandsaufnahme der Lücken im Arbeits- und Sozialrecht, die nach wie vor den Verlauf von Erwerbsbiographien unfreiwillig beeinträchtigen und andererseits mit Änderungsvorschlägen, die zusammengenommen von den Autoren als »Soziales Recht der Arbeit« bezeichnet werden.¹ Zwar lernen bereits Studierende des Arbeitsrechts, dass Arbeits- und Sozialrecht eng zusammenhängen. In der Rechtswirklichkeit werden bei Änderungen im einen Gebiet die Folgen im anderen aber häufig nicht ausreichend mitgedacht. Das gilt vor allem für die regelmäßigen gesetzlichen Änderungen und kollektivrechtlichen Feinjustierungen im Arbeitsrecht. Die Studie kann natürlich nicht das gesamte Arbeits- und Sozialrecht auf seine Selbstbestimmungsfreundlichkeit hin unter die Lupe nehmen, sondern beschäftigt sich mit den typischen Biographiebrüchen und -übergängen.

Das Gemeinschaftswerk von acht Autoren (*Eva Kocher, Henning Groskreutz, Ghazaleh Nassibi, Christian Paschke, Susanne Schulz, Felix Welte, Johanna Wenckeback, Barbara Zimmer*) und zwei eigenständigen Forschungsbeiträgen (*Bettina Kohlrausch, Anika Rasner*) verfolgt einen interdisziplinären Ansatz, wenn es auch – darauf wird schon in der Einleitung verwiesen – in Form und Methode der Rechtswissenschaft zuzuordnen ist, was darauf hinausläuft, dass die Probleme auch aus sozialwissenschaftlicher Perspektive beleuchtet werden.

Verdienstvoll ist allein schon die komplexe Zusammenschau der wichtigsten arbeits- und sozialrechtlichen Elemente für eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie, die, je für sich genommen, immer wieder behandelt worden sind, aber hier vor allem in ihrer Interdependenz betrachtet werden. Es geht aber nicht nur um ein »Gesamtpaket« arbeits- und sozialrechtlicher Regeln, die das Ausgangsthema berühren, sondern auch um den Blick auf unterschiedliche Anlässe, die eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie immer wieder beeinträchtigen. Die Studie behandelt hier einerseits gesundheitliche Einschränkungen und Behinderung (3. Kapitel), andererseits private Sorgearbeit (4. Kapitel), letztere unterteilt nach Betreuung von Kindern (S. 155 ff.) und Pflege von Angehörigen (S. 176 ff.). Das dritte und vierte Kapitel sind dabei in etwa gleich gewichtet; im vierten Kapitel über private Sorgearbeit – in der öffentlichen

¹ Eine Zusammenfassung der wichtigsten Studienergebnisse ist in einer Broschüre der Böckler-Stiftung erschienen: *Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie – Studienergebnisse*, Düsseldorf 2014.

Debatte im Zentrum der Aufmerksamkeit – kommt allerdings der Aspekt Pflege etwas zu kurz (S. 177–181; 191–195). Zwar weisen die Autoren auf Wertungswidersprüche in der Gesetzgebung bei der Sorge für Kinder einerseits und der Pflege andererseits hin – so gibt es etwa keinen Lohnersatzanspruch für Pflegenden, die ihre Erwerbsarbeit einschränken oder unterbrechen –, hätten sich aber gerade aus diesem Grund ausführlicher mit dem Thema beschäftigen können. Es sei allerdings konzediert, dass das Thema auch in anderen Kapiteln angesprochen wird, was aber die Lesbarkeit und das Auffinden klarer Ergebnisse erschwert.

Ausgangspunkt der Studie ist die Bestandsaufnahme, dass sich Lebensentwürfe und Arbeitsorganisation grundlegend geändert haben – die meisten jüngeren Menschen wünschen Beruf und Familie in ihr Leben zu integrieren, die Arbeitsorganisation ist, angetrieben vom internationalen Wettbewerb und Digitalisierung, wesentlich flexibler und unberechenbarer geworden – und dass die demographische Entwicklung, jedenfalls in vielen Industriestaaten und insbesondere in Deutschland dazu geführt hat, dass die immer zahlreicheren Älteren auch länger berufstätig sind und sein müssen. Beide Phänomene führen zu veränderten Arbeitsstrukturen und Berufslebensläufen und folglich auch zu mehr sozialer Unsicherheit und erfordern neue Regelungsinstrumente.

In acht Kapiteln stellt sich die Studie dieser Aufgabe. Zunächst wird der Forschungsrahmen abgesteckt (1. Kapitel), um dann die Rechtsgrundlagen für ein Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie aufzuarbeiten (2. Kapitel), die zum einen Freiheitsrechte, wie die Berufsfreiheit (S. 65), den Schutz der Familie (S. 71) oder die allgemeine Handlungsfreiheit (S. 73) umfassen. Zum anderen geht es um Gleichheit und Diskriminierungsschutz von Beschäftigten im deutschen und europäischen Recht (S. 79). Die Kapitel 3 und 4 beschäftigen sich mit den beiden schon erwähnten spezifischen Bereichen, in denen die Selbstbestimmung der eigenen Erwerbsbiographie besonders gefährdet sein kann. Im 3. Kapitel stehen gesundheitliche Einschränkung und Behinderung im Mittelpunkt. Beides beeinträchtigt die Gestaltungsmöglichkeit der Erwerbsbiographie aller Arbeitnehmer, die davon betroffen sind, tritt aber gehäuft bei älteren Beschäftigten auf, die schon zu Beginn der Studie als besonders gefährdete und quantitativ wachsende Gruppe diagnostiziert werden. Das 4. Kapitel behandelt dann die für die Mehrheit der Bevölkerung

wohl als Kernbereich des Themas »Selbstbestimmte Erwerbsbiographie« angesehene Kollision zwischen Erwerbstätigkeit und privater Sorgearbeit, bei der neben den Dauerbrenner Vereinbarkeit von Beruf und Kindern wegen der demographischen Entwicklung mit einem rasant steigenden Anteil alter Menschen zunehmend die Vereinbarkeit von Beruf und Pflege tritt.

Die weiteren Kapitel beschäftigen sich dann mit den Instrumenten für die Gewährleistung eines Rechts auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie, obwohl hier die Koordination zwischen den Kapiteln/Autoren nicht ganz gelungen ist. Das 5. Kapitel ist nur mit »Rechte auf Weiterbildung« überschrieben, aber nach der Analyse von Gesundheitsproblemen als Beeinträchtigung des Rechts auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie im 3. Kapitel und der Aufarbeitung der Vereinbarkeitsproblematik zwischen Beruf und Familie im 4. Kapitel, sind die 50 Seiten zur Weiterbildung wohl auch als Lösungsinstrument gemeint. Man kann allerdings auch den Weiterbildungsanspruch als solchen als Bruch in der Erwerbsbiographie sehen. Dann erschließt sich das gleichgeordnete Nebeneinander der Kapitel 3–5 eher.

Im 6. Kapitel ist dann ausdrücklich von flexibler Arbeitszeit als »Instrument für ein Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« die Rede. Neben diesen beiden spezifischen Instrumenten – Weiterbildung und flexible Arbeitszeit – ist dann das 7. Kapitel ausdrücklich »rechtlichen Instrumenten« zur Verwirklichung des Rechts auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie gewidmet. Dort werden aber die rechtlichen Instrumente nicht klar strukturiert abgearbeitet, sondern es geht um sog. »Ermöglichungsrechte« (S. 295), womit »individualisierte Anpassung im Betrieb« gemeint ist. Im gleichen Kapitel werden aber auch kurz »kündigungsschutzrechtliche Konsequenzen von Pflichtverletzungen des Arbeitgebers« (S. 311–313), die Finanzierung von Übergängen (S. 313–314) und dann allgemein die Risiken in Übergangssituationen angesprochen (S. 314). Neue rechtliche Instrumente werden dabei kaum entwickelt, sondern das Vorhandene beschrieben.

Daneben enthält das 8. Kapitel »Bausteine für ein Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie« (S. 337), wobei es zT. wieder um die »individualisierte Anpassung« geht.

Der Instrumentenkasten hätte sich wohl etwas klarer strukturiert auffächern lassen. Der nicht ganz geglückte Aufbau in diesem Bereich ist aber vermutlich dem Umstand geschuldet, dass viele Autoren am Gesamtergebnis mitge-

arbeitet haben und es dabei schwierig sein kann, ein Werk »aus einem Guss« zu erhalten.

Bei den Mitteln zur besseren Gewährleistung einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie ist die Flexibilisierung der Arbeitszeit von besonderer Bedeutung, ohne dass der Wert der anderen in der Studie behandelten Maßnahmen gemindert werden soll. Flexible Arbeitszeiten sind aber die wichtigste Einzelmaßnahme für eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie, weil damit am passgenauesten verschiedene Lebensbereiche in Einklang gebracht werden können. Allerdings steht und fällt der Wert flexibler Arbeitszeit für die Selbstbestimmung der eigenen Erwerbstätigkeit mit der Flexibilitätsautonomie. Entscheidend ist, wer und zu wessen Gunsten die flexible Arbeitszeit bestimmen darf. Wenn auch viele Beschäftigte flexiblere Arbeitszeiten wünschen, um mehr Zeitsouveränität zu haben und verschiedene Lebensbereiche besser in Einklang zu bringen, so stellen sich Arbeitgeber oft eher vor, durch flexible Arbeitszeitmodelle die Beschäftigten passgenauer nach betrieblichem Bedarf einsetzen zu können.

Das sehen natürlich auch die Autoren der Studie (Kapitel 6, S. 263), obwohl das Kapitel Flexible Arbeitszeit als zentrales Instrument, Biographieübergänge zu erleichtern, mit nur 30 Seiten im Vergleich etwa zur Weiterbildung kürzer ausfällt. Das mag auch damit zusammenhängen, dass die Autoren insbesondere Arbeitszeitkonten im Ergebnis eher skeptisch sehen. Sie konzедieren zwar, dass das Ansparen von Zeit für die Selbstbestimmung in der Erwerbsbiographie sowohl in Gestalt von Langzeit-, wie Jahresarbeitszeitkonten hilfreich ist (S. 264), befürchten aber, dass Arbeitszeitkonten, trotz ihrer weiten Verbreitung bei Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten, vor allem bei Langzeitkonten eher im Interesse des Arbeitgebers als zur Entlastung von biographischen Übergangssituationen genutzt werden, was sich vor allem an der häufigen Nutzung für Vorruhestandsregelungen zeige (S. 270). Daher werden Arbeitszeitkredite – also die Umkehrung des angesparten Arbeitszeitkontos, bei der Beschäftigte Freistellungsphasen ohne bereits angesparte Wertguthaben nutzen und sie erst im weiteren Verlauf ihrer Berufstätigkeit durch Mehrarbeit ausgleichen –, eine Möglichkeit, die es nach derzeitigem Recht noch nicht gibt, nur ganz knapp erwähnt (S. 291). Das ist bedauerlich, denn einer der begründeten Haupt Einwände gegen Arbeitszeitkonten, die meisten Beschäftigten könnten sich weder zeitlich noch finanziell das Ansparen eines nennenswerten Kontos leisten (so auch die Autoren

auf S. 293), würde sich mit Arbeitszeitkrediten erledigen. Und der Vorschlag der Studie, die Führung der Konten auf die Deutsche Rentenversicherung zu übertragen (S. 292), würde dann auch noch in besonderem Maße der Risikoversicherung dienen.

Auch der moderne Ansatz der sog. sozialen Ziehungsrechte wird kurz und ablehnend behandelt (S. 53, 347). Der Begriff geht auf das englische »social drawing rights« zurück und wurde unter der Leitung des französischen Arbeitsrechtsprofessors *Alain Supiot* von einer internationalen und interdisziplinären Forschergruppe bereits vor 15 Jahren entwickelt, um soziale Absicherung für Zeitaufonomie zu gewährleisten. Derartige (international einsetzbare) Konzepte weichen von der derzeitigen Struktur des (deutschen) Arbeitsrechts ab. Ein echter, kollektivrechtlich flankierter Rechtsanspruch auf Zeitsouveränität ist natürlich stärker als optionale Ziehungsrechte und Zeitwertkonten, jedenfalls für Beschäftigte, die in Umfeldern arbeiten, wo Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen gelten. Es fragt sich allerdings, ob es angesichts rasanter, vor allem durch die Digitalisierung angetriebener Veränderungen von Arbeit, deren Erledigung sich immer mehr von Zeit und Ort lösen wird, nicht sinnvoll wäre, auch über »nur« sozialen Schutz, sei es durch Ziehungsrechte, Zeitwertkonten oder andere Instrumente als Möglichkeiten, Biographiebrüche abzufedern, differenziert nachzudenken.

Dazu passt, dass die Autoren auch den Umstand nicht in den Blick nehmen, dass fehlende Selbstbestimmung in der Erwerbsbiographie längst nicht nur ein Problem für ältere, nicht mehr gesunde Beschäftigte oder jüngere mit Sorgearbeiten ist, sondern – sollte es eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie jemals für eine Mehrheit der Beschäftigten gegeben haben – sich vor dem Hintergrund der Digitalisierung zum Massenphänomen entwickelt. Natürlich können in einer Studie nicht alle Facetten des Grundproblems aufgegriffen werden, zumal die Autoren der vorliegenden Untersuchung sich auf die Bereiche konzentrieren wollten, die wegen besonderer Diskriminierungstatbestände (Alter, Geschlecht) die Selbstbestimmung der Erwerbsbiographie besonders stark beeinträchtigen. Nichtsdestoweniger wäre es interessant gewesen, auch zu überlegen, ob, für wen und inwieweit die durch technische Entwicklung (Digitalisierung, Industrie 4.0) und international offene Wirtschaftsmärkte (Globalisierung) angetriebenen gravierenden strukturellen Veränderungen von Erwerbsarbeit sich auf das Thema Autonomie der Erwerbs-

biographie auswirken. Derzeit werden hier von Juristen und Sozialwissenschaftlern vor allem die – unbestreitbar vorhandenen – Risiken aufgegriffen. Für alle in der Studie beschriebenen Formen von Vereinbarkeitsproblemen zwischen Privat- und Berufsleben, aber auch Integrationsproblemen bei Krankheit und Behinderung könnten sich aus der Digitalisierung aber auch ganz neue positive Lösungsansätze ergeben, da viele Arbeiten in Zukunft unabhängig von festen Arbeitsplätzen erledigt werden können.

Überlegungen dazu hätten gut zur Idee eines »Rechts auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie als Leitbild eines neuen Normalarbeitsverhältnisses« (S. 351) gepasst. Alle neuen Entwicklungen von Arbeit, die Arbeitsrecht in seiner bisherigen Struktur gefährden und ein gründliches Umdenken über neue Schutzmechanismen erfordern, werden aber in drei Sätzen ausgeblendet (S. 356). Sowohl die Fragestellungen wie die Lösungsvorschläge orientieren sich nahezu ausschließlich an den bekannten Strukturen. Aber: ein neues »Normal«arbeitsverhältnis wird es in Zukunft womöglich nicht mehr geben, da Erwerbsarbeit sich, nicht zuletzt wegen der vielfältigen Lebenslauf- und Flexibilisierungsvorstellungen der Berufstätigen, immer weiter auffährt. Vor diesem Hintergrund ist es riskant, die Möglichkeit, Erwerbsarbeit und deren soziale Sicherung zu regeln, davon abhängig zu machen, dass es einen typischen und erwartbaren Lebenslauf der Beschäftigten geben »muss« (so aber die Autoren auf S. 351).

Da neben der Vielfalt der in der Studie dargestellten Bereiche, die für die Verwirklichung einer selbstbestimmten Erwerbsbiographie von Bedeutung sind, Dreh- und Angelpunkt für ein Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie die Gestaltungshoheit über die Arbeitszeit ist, ist vor allem für biographische Übergänge wegen privater Sorgearbeit der Vorschlag eines rechtlichen Anspruchs auf Umverteilung der Arbeitszeit besonders vielversprechend (vgl. ua. S. 298). Ein solcher Vorschlag geht weit über die alte Forderung hinaus, Teilzeitanprüche

auch befristet bzw. einen Rückkehranspruch auf einen Vollzeitarbeitsplatz zuzulassen, damit biographiebedingte reduzierte Arbeitszeit auch wieder rückgängig gemacht werden kann, ohne allein auf das Wohlwollen des Arbeitgebers angewiesen zu sein. Auch diese Mindestforderung ist allerdings noch nicht erfüllt, mit der Folge, dass vorwiegend Frauen in Teilzeit arbeiten und das Risiko beruflicher Einschränkungen und schlechter sozialer Sicherung in Kauf nehmen.

Die Idee für ein »Gesetz über Wahlarbeitszeiten« hatte bereits die Gleichstellungskommission der Bundesregierung in ihrem Bericht 2011 entwickelt und mehr Freiheit bei der Wahl der Arbeitszeit als zentral für die Weiterentwicklung der Gleichstellungs- und der Familienpolitik herausgestellt.² Der Deutsche Juristinnenbund (DJB) hat nun einen Vorschlag für ein derartiges Wahlarbeitszeitgesetz ausgearbeitet, der Ende September anlässlich des 41. Bundeskongresses des DJB im Detail vorgestellt wurde.³ Bislang gibt es Zeitsouveränität für die Beschäftigten nur im Rahmen des Erziehungsurlaubs und des Anspruchs auf Teilzeitarbeit nach dem TzBfG. Weitergehend ist der Plan der Bundesfamilienministerin für einen an die Elternzeit anknüpfenden Anspruch auf Familienarbeitszeit. Etwa in diese Richtung soll auch der Vorschlag für ein Wahlarbeitszeitgesetz des DJB gehen, der selbstverständlich auch sozialversicherungsrechtlicher und steuerrechtlicher Absicherung bedarf.⁴

Prof. Dr. Marita Körner, Universität Hamburg

2 Erster Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, Berlin 2011, S. 172 ff. (Neue Wege – gleiche Chancen. Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf. Gutachten der Sachverständigenkommission an das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend).

3 Veröffentlicht in djbZ 3/2015.

4 Dazu Wersig, djbZ 3/2015.

Zusammenfassungen

Levits: Gesetzesbindung und Richterrecht in der Rechtsprechung des EuGH

SR SR 4/2015, S. 121 – 127

Die Auslegungsmethoden des EuGH werden in ihrer Rückbeziehung an die Gesetzesbindung entfaltet. Die Notwendigkeit der Lückenfüllung durch die europäische Rechtsprechung wird auf die Lückenhaftigkeit der Rechtsordnung einerseits und das Entscheidungsgebot andererseits gestützt. Deutlich wird, dass die Lückenfüllung ihre Grenzen an der mit Rücksicht auf das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung nicht auf Ganzheitlichkeit angelegten Unionsrechtsordnung findet.

Bryde: Richterrecht und Gesetzesbindung

SR SR 4/2015, S. 128 – 132

Der Verfasser behandelt das Richterrecht und grenzt es von der Gesetzgebung ab. Spezielle Beachtung finden das im Arbeitsrecht besonders häufig anzutreffende gesetzesvertretende Richterrecht und dessen Grenzen. Er plädiert für die Anerkennung richterlicher Rechtsfortbildungsspielräume und betont zugleich dass diese enger sind als die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Supiot: Der Rechtsgrundsatz der Solidarität

SR SR 4/2015, S. 133 – 140

Der im deutschen Recht weithin unbekannt Grundsatz der Solidarität, der im europäischen Recht Anerkennung gefunden hat, wird ausgehend von der Ideengeschichte entfaltet. In einem zweiten Schritt werden dem die Bedrohungen durch europäische Liberalisierungsgesetzgebungen gegenübergestellt. Schließlich werden die rechtspolitischen Herausforderungen einer solidarischen Rechtsetzung entfaltet.

Abstracts

Levits: Rule of Law and Case Law in the Jurisdiction of the CJEU

SR SR 4/2015, p. 121 – 127

The methods of interpretation of the CJEU are explained against the background of the rule of law. The loopholes of the European law and the requirement of decision necessitate the gap filling with European case law. It becomes clear that gap-filling finds its limitations in the principle of conferred powers which leads to the fact that the European law is fragmented.

Bryde: Case Law and Rule of Law

SR SR 4/2015, p. 128 – 132

The author deals with case law and with the differences in comparison to legislation. Labour law in which legislation is often substituted by case law is focused especially. The author pleads for respecting the possibilities to substitute legislation by case law while he also stresses that the judges have fewer options than the Parliament.

Supiot: The Principle of Solidarity

SR SR 4/2015, p. 133 – 140

The author analyses the principle of solidarity in its history of ideas which is established in European law but mostly unknown in Germany. As a second step he contrasts this with the threats caused by the recent liberal European legislation. Finally, he stresses the political challenges of a modern solidary legislation.

Roth: Beschäftigung als geldpolitisches Ziel der Europäischen Zentralbank

SR SR 4/2015, S. 141 – 149

Der Verfasser geht dem Wandel der geldpolitischen Ziele mit einem Vorrang der Preisstabilität seit der Euro-Einführung nach. Dem stellt er eine stärker beschäftigungspolitische Orientierung in den USA und England gegenüber. Er betont die Bedeutung von Art. 15 der Europäischen Grundrechtecharta auch für die Geldpolitik der EZB.

Roth: Employment as a fiscal policy aim of the European Central Bank

SR SR 4/2015, p. 141 – 149

The author describes the changes in fiscal policy aims towards a priority of price stability since the introduction of the Euro. He contrasts a stronger orientation to employment in the fiscal policy in the US and in the UK. He stresses the importance of Article 15 of the European Fundamental Rights Charter for the fiscal policy of the European Central Bank.

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

Abhandlungen

- *Daniel Hlava*: **Der gesetzliche Mindestlohn – Reichweite, Durchsetzung und Auswirkungen**
- *Constanze Janda*: **Die Durchsetzung der Rechte entsandter Arbeitnehmer**
- *Reingard Zimmer*: **Die Auswirkungen von CETA und TTIP auf soziale Standards**