

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

Diskriminierungsschutz in der betrieblichen Altersversorgung

Christian Rolfs Seite 41

Die historische »Zeitschrift für soziales Recht« – 1928–1934.

Gegenstände und Bedeutung des Konzepts in heutiger Zeit

Eva Kocher Seite 53

Zeitgeschichte

Karl Fitting: Zur Person

Hellmut Wißmann Seite 64

Karl Fitting: Das Werk

Peter Hanau Seite 68

Rezensionsaufsätze

Ghazaleh Nassibi, Schutz vor Lohndumping in Deutschland und

Hendrik Gülker, Die Geltungserstreckung günstigerer Tarifverträge im

Anwendungsbereich des AEntG

Holger Brecht-Heitzmann Seite 71

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 76

Diskriminierungsschutz in der betrieblichen Altersversorgung

Prof. Dr. Christian Rolfs, Universität zu Köln

Trotz der missglückten gesetzlichen Regelung in § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG finden die Diskriminierungsverbote des AGG auch im Betriebsrentenrecht Anwendung. Angesichts der Vielgestaltigkeit der gesetzlichen, tariflichen, betrieblichen und vertraglichen Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung ist das »Diskriminierungspotenzial« der Altersversorgung nahezu unübersehbar. In den vergangenen Jahren hatten EuGH, BVerfG und BAG Gelegenheit, zum Verhältnis von BetrAVG und AGG und typischen Versorgungsregelungen Stellung zu nehmen.

I. Einleitung

Betriebliche Altersversorgung ist ein komplexes Rechtsgebiet. Tarifliche oder betriebliche Versorgungsordnungen umfassen oftmals viele Druckseiten, die Versicherungs- und Versorgungsbedingungen der Lebensversicherer, Pensionskassen, Pensionsfonds und Unterstützungskassen sind kaum weniger umfangreich. Angesichts der vielfältigen und ausdifferenzierten Regelungen, die der Mannigfaltigkeit der Versorgungsbedürfnisse der Arbeitnehmer und den betrieblichen Interessen der Arbeitgeber Rechnung zu tragen suchen, ist ein Konflikt mit den verschiedenen Diskriminierungsverboten geradezu vorprogrammiert. Der Gesetzgeber war bei Erlass des AGG 2006 offenkundig nicht in der Lage, das Diskriminierungspotenzial der betrieblichen Altersversorgung zu überblicken und hat sich mit § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG (»Für die betriebliche Altersvorsorge gilt das Betriebsrentengesetz«) in eine Leerformel geflüchtet. Im BetrAVG fanden und finden sich aber keinerlei Aussagen zum Verbot der Benachteiligung wegen der Rasse, der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität. Hinzu tritt die Inkonsequenz des Gesetzgebers, den Geltungsbereich des AGG in § 6 Abs. 1 Satz 2 auch auf Personen zu erstrecken, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist (also Betriebsrentner), und in § 10 Nr. 4 AGG Altersgrenzen in betrieb-

lichen Systemen der sozialen Sicherheit als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder Leistungen bei Invalidität als eine gerechtfertigte Differenzierung wegen des Alters anzuerkennen. § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG kann daher nicht dahin verstanden werden, dass das AGG im Bereich der betrieblichen Altersversorgung keine Geltung beansprucht – das wäre zudem zweifellos unionsrechtswidrig¹.

Das BAG hat sich für einen pragmatischen Weg entschieden, der einer Besonderheit des deutschen Betriebsrentenrechts Rechnung trägt: Anders als in fast allen anderen Mitgliedstaaten der EU² beruhen die Leistungsansprüche und -ansprüche der Beschäftigten hierzulande (zumindest überwiegend) nicht auf Entgeltumwandlung, sondern auf einer Finanzierung *seitens der Arbeitgeber*. Ein Verstoß gegen ein Diskriminierungsverbot führt damit zu einer (u. U. erheblichen) Ausweitung des zusätzlich zum Arbeitsentgelt bereitgestellten Dotierungsrahmens. Nach Überzeugung des Dritten Senats enthält § 2 Abs. 2 Satz 2 AGG lediglich eine Kollisionsregel zwischen beiden Gesetzen. Soweit sich aus den Bestimmungen des Betriebsrentengesetzes Anknüpfungen an die vom AGG erfassten Merkmale, zB. Alter, ergeben, verbleibt es dabei, obgleich das AGG als das jüngere Gesetz nach allgemeinen Regeln³ den Vorrang verdiente. Das BetrAVG enthält solche Vorschriften zB. hinsichtlich der Unverfallbarkeit der Betriebsrente (§§ 1b, 2 BetrAVG) und indem es eine feste Altersgrenze voraussetzt (§ 6 BetrAVG).⁴ Tarifliche, betriebliche und vertragliche Versorgungsordnungen sind dagegen am

1 Vgl. *Bauer/Göpfert/Krieger*, AGG, 3. Aufl., München 2011, § 2 Rn. 47; *Cisch/Böhm*, BB 2007, 602 (602 f.); *Meinel/Heyn/Herms*, AGG, 2. Aufl., München 2010, § 2 Rn. 56; *Reichenbach/Grünekle*, BetrAV 2006, 708 (709); *Stein*, in: *Wendeling-Schröder/Stein*, AGG, München 2008, § 2 Rn. 34; *Thüsing*, BetrAV 2006, 704 (704); *ders.*, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, München 2007, Rn. 116.

2 Mit Ausnahme nur noch Großbritanniens, Irlands und der Niederlande (vgl. *ArbuR* 2013, 127).

3 *Lex posterior derogat legi priori*.

4 BAG, 11.12.2007 – 3 AZR 249/06 – AP Nr. 1 zu § 2 AGG = NZA 2008, 532 (534 f.).

Maßstab des AGG zu messen⁵. Das BetrAVG selbst ist, wenn notwendig, unionsrechtskonform auszulegen.

II. Differenzierungen nach dem Alter

1. Allgemeines

Das unionsrechtliche Gebot der Nichtdiskriminierung wegen des Alters stellt für die betriebliche Altersversorgung die größte Herausforderung dar. Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG gestattet es den Mitgliedstaaten vorzusehen, dass bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit die Festsetzung von Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft oder den Bezug von Altersrente oder von Leistungen bei Invalidität einschließlich der Festsetzung unterschiedlicher Altersgrenzen im Rahmen dieser Systeme für bestimmte Beschäftigte oder Gruppen bzw. Kategorien von Beschäftigten und die Verwendung von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen im Rahmen dieser Systeme keine Diskriminierung wegen des Alters darstellt, solange dies nicht zu Diskriminierungen wegen des Geschlechts führt. Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Option durch § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG Gebrauch gemacht.

2. Altersgrenze für die Unverfallbarkeit von Anwartschaften (§ 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG)

Ein erster Verstoß gegen das Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Alters⁶ könnte dem Gesetzgeber selbst zur Last fallen, indem § 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG für die Unverfallbarkeit arbeitgeberfinanzierter Leistungszusagen ein Mindestalter von 25 Jahren statuiert. Behauptet wird: Durch die Anknüpfung an das 25. Lebensjahr werde eine unmittelbar unterschiedliche Behandlung wegen des Alters vorgenommen. Der fehlenden Schutzbedürftigkeit von Anwartschaften bei häufigem Arbeitsplatzwechsel (wie er in jüngeren Lebensjahren typisch sei) werde schon mit der Voraussetzung einer fünfjährigen Dauer der Betriebszugehörigkeit Rechnung getragen; die Festlegung einer Altersgrenze stehe hiermit nicht in Zusammenhang.⁷ Dieser Einwand übersieht freilich, dass Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG es ausdrücklich zulässt, dass die Mitgliedstaaten Altersgrenzen als Voraussetzung für die Mitgliedschaft in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit festsetzen. Daraus

folgt *a maiore ad minus*, dass sie auch die Unverfallbarkeit bereits erworbener Rentenanwartschaften an das Erreichen eines bestimmten Mindestalters knüpfen können⁸. Zudem hatte die Europäische Kommission selbst in ihrem Vorschlag für die (gescheiterte) Portabilitätsrichtlinie ein Mindestalter (nämlich das 21. Lebensjahr) für die Unverfallbarkeit vorgesehen.⁹

3. Berechnung der Höhe der unverfallbaren Anwartschaft (§ 2 BetrAVG)

Bei arbeitgeberfinanzierten leistungsorientierten Versorgungszusagen findet zur Berechnung der Höhe der unverfallbaren Anwartschaft im Grundsatz (§ 2 Abs. 1 BetrAVG) eine zeiträtierliche Berechnung statt. Dies bewirkt bei jüngeren Arbeitnehmern unter im Übrigen gleichen Voraussetzungen eine geringere Rentenanwartschaft als bei älteren.¹⁰ Verfassungsrechtliche Bedenken hat das BVerfG hiergegen nicht gehabt¹¹. Im Hinblick auf das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters ist geltend gemacht worden, dass die Arbeitswelt den Arbeitnehmern eine immer größere Flexibilität abverlange und die Leistungen bzw. Anwartschaften der betrieblichen Altersversorgung Arbeitsentgelt darstellten.¹² Allerdings benachteiligt, wie das BAG zu Recht erkannt hat, § 2 Abs. 1 BetrAVG jüngere Arbeitnehmer nur *mittelbar*, nämlich hinsichtlich der Dauer ihrer potenziellen Betriebszugehörigkeit, sodass eine Rechtfertigung

5 ZB. BAG, 20.4.2010 – 3 AZR 509/08 – AP Nr. 26 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung = NZA 2011, 1092 (1097 ff.); BAG, 15.2.2011 – 9 AZR 750/09 – AP Nr. 3 zu § 7 AGG = NZA 2011, 740 (742 ff.); BAG, 17.4.2012 – 3 AZR 481/10 – NZA 2012, 929 (932 ff.); *Adomeit/Mohr*, ZfA 2008, 449 (452 f.); *Höfer/Reinhard/Reich*, BetrAVG (Loseblatt, Stand: August 2012), ART Rn. 805.6.

6 Nicht aber wegen des Geschlechts: BAG, 18.10.2005 – 3 AZR 506/04 – AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Unverfallbarkeit = NZA 2006, 1159 (1160 f.); LAG Hamm, 19.12.1989 – 6 Sa 115/89 – DB 1990, 590 (591 f.).

7 *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 1), § 10 Rn. 64.

8 LAG Köln, 18.1.2008 – 11 Sa 1077/07 – ZIP 2008, 1548 (Ls.); *Adomeit/Mohr*, ZfA 2008, 449 (464); *Bauer/Göpfert/Krieger* (Fn. 1), § 10 Rn. 37; *Cisch/Böhm*, BB 2007, 602 (608); *Rengier*, NZA 2006, 1251 (1254); im Ergebnis auch *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 1), § 10 Rn. 64.

9 KOM (2005) 507 endg.

10 Beispiel: Bei einer festen Altersgrenze von 65 Jahren hätte ein 45-jähriger, der nach zehn Jahren Betriebszugehörigkeit den Arbeitgeber verlässt, maximal 30 Jahre erreichen können und erhält deshalb nur 10/30, also ein Drittel der Vollversorgung. Ein 55-jähriger erhält dagegen nach 10 Jahren Betriebszugehörigkeit 10/20, also die Hälfte.

11 BVerfG, 15.7.1998 – 1 BvR 1554/89 ua. – BVerfGE 98, 365 (387) = NZA 1999, 194 (195).

12 *Meinel/Heyn/Herms* (Fn. 1), § 10 Rn. 65; ähnlich *Rengier*, NZA 2006, 1251 (1256); *ders.*, RdA 2006, 213 (216).

tigung nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Nr. i RL 2000/78/EG in Betracht kommt. Zweck der Berechnungsweise ist es, eine allgemein gültige, vom Inhalt des konkreten Versorgungsversprechens unabhängige Regel zu statuieren, die die Betriebstreue als einen entscheidenden typischen Berechnungsfaktor honoriert. Ihr Anwendungsbereich ist bewusst auf *leistungsorientierte Versorgungszusagen* beschränkt. Bei beitragsorientierten Leistungszusagen und bei Beitragszusagen mit Mindestleistung findet gemäß § 2 Abs. 5a Halbsatz 2 bzw. § 2 Abs. 5b BetrAVG eine stärker am erbrachten Beitragsaufwand orientierte Berechnungsweise statt.¹³ Sie geht damit nicht über das *Erforderliche* hinaus. Im Ergebnis erweist sie sich auch als *angemessen*, weil ein Arbeitnehmer, der den Betrieb in jüngeren Jahren verlässt, die in der auf das Erreichen des Rentenalters ausgelegten Versorgungsordnung zum Ausdruck kommende Erwartung vollständiger Betriebstreue in größerem Ausmaß verletzt als ein älterer Arbeitnehmer.¹⁴ Weil dies auch unionsrechtlich weitgehend geklärt ist, konnte das BAG diese Fragen selbst beantworten, ohne den EuGH um Vorabentscheidung ersuchen zu müssen.¹⁵

4. Mindest- und Höchstaltersgrenzen für die Aufnahme in ein Versorgungswerk

Mindest- und Höchstaltersgrenzen für die Aufnahme in ein Versorgungswerk können nach Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG gerechtfertigt sein. Die in dieser Vorschrift enthaltene Ermächtigung richtet sich zwar nur an die Mitgliedstaaten¹⁶, der EuGH hat aber wiederholt entschieden, dass daraus nicht folge, dass die Mitgliedstaaten die Grenzen zwingend selbst festsetzen müssen. Sie seien vielmehr berechtigt, die konkrete Ausgestaltung zB. auf die Sozialpartner zu delegieren.¹⁷ § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG, der in weitgehend wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG die Festsetzung von Altersgrenzen gestattet, ist dementsprechend eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für entsprechende privatrechtliche Abreden einschließlich Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen¹⁸.

Mindestaltersgrenzen kollidieren nicht mit europäischem Primärrecht. Eine (mittelbare) Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts iS. von Art. 157 AEUV ist schon deshalb nicht zu besorgen, weil kein Geschlecht signifikant stärker betroffen ist. Hinsichtlich der Rechtfertigung der in Mindestaltersgrenzen liegenden unmittelbaren Benach-

teiligung jüngerer Arbeitnehmer wegen des Alters wird man differenzieren müssen: Bei *arbeitnehmerfinanzierter Versorgung* ist ein sachlicher Grund, jüngere Arbeitnehmer von der Entgeltumwandlung auszuschließen, nicht ersichtlich. Dementsprechend verschafft § 1a Abs. 1 BetrAVG einen derartigen Umwandlungsanspruch unabhängig vom Alter; auch die Unverfallbarkeit ist vom Alter des Anwartschaftsberechtigten nicht abhängig (§ 1b Abs. 5 BetrAVG). Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er *insoweit* von Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG keinen Gebrauch macht und auch dem Arbeitgeber, den Tarifvertrags- oder Betriebsparteien nicht die Möglichkeit eröffnet, Mindestaltersgrenzen einzuführen. § 1a Abs. 1 und § 1b Abs. 5 BetrAVG sind für die Entgeltumwandlung *leges speciales* zu § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG.

Bei *arbeitgeberfinanzierter Versorgung* liegen die Dinge anders: Hier kann in der Versorgungsordnung von der Ermächtigung des § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG Gebrauch gemacht werden. Das fehlende wirtschaftliche oder betriebliche Interesse des Arbeitgebers, die Betriebstreue auch schon seiner ganz jungen Arbeitnehmer durch den Aufbau von Versorgungsanwartschaften zu honorieren und sich zugleich von Verwaltungsaufwendungen (für zumeist nur sehr geringfügige Leistungsanwartschaften) zu entlasten, genügt als sachliche Legitimation. Da allerdings in der Festsetzung eines Mindestalters das Versprechen liegt, den Arbeitnehmer bei Erreichen der Altersgrenze in das Versorgungswerk aufzunehmen, kann nach der Vorschaltzeiten-Rechtsprechung des BAG¹⁹ mit Blick auf § 1b Abs. 1

13 Einzelheiten bei *Blomeyer/Rolfs/Otto*, BetrAVG, 5. Aufl., München 2010, § 2 Rn. 469 ff., 474 ff.; *Kisters-Kölkes*, in: *Kemper/Kisters-Kölkes* ua., BetrAVG, 5. Aufl., Köln 2013, § 2 Rn. 186 ff., 189 ff.

14 BAG, 19.7.2011 – 3 AZR 434/09 – NZA 2012, 155 (157 ff.); *Blomeyer/Rolfs/Otto* (Fn. 13), § 2 Rn. 22b; *Cisch/Böhm*, BB 2007, 602 (608); aA. *Rengier*, NZA 2006, 1251 (1256); *ders.*, RdA 2006, 213 (216).

15 BVerfG, 29.5.2012 – 1 BvR 3201/11 – NZA 2013, 164 (166 f.).

16 Daraus Bedenken herleitend *Kamanabrou*, RdA 2006, 321 (322); *ErfK/Schlachter*, 13. Aufl., München 2013, § 5 AGG Rn. 2; *dies.*, in: *GS Wolfgang Blomeyer*, 2003, S. 355 (364 f.).

17 EuGH, 16.10.2007 – C-411/05 (*Palacios de la Villa*) – Slg. 2007, I-8531 = NZA 2007, 1219 (1222); EuGH, 13.9.2011 – C-447/09 (*Prigge* ua.) – NZA 2011, 1039 (1042); EuGH, 7.6.2012 – C-132/11 (*Tyrolean Airways*) – NZA 2012, 742 (743); EuGH, 6.12.2012 – C-152/11 (*Odar*) – NZA 2012, 1435 (1437).

18 BAG, 17.4.2012 – 3 AZR 481/10 – NZA 2012, 929 (934); *Rolfs*, NZA 2008, 553 (556).

19 BAG, 7.7.1977 – 3 AZR 572/76 – AP Nr. 3 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = NJW 1977, 2376 (Ls.); BAG, 20.3.1980 – 3 AZR 697/78 – AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Wartezeit = NJW 1980, 2428 (2429); BAG, 24.2.2004 – 3 AZR 5/03 – AP Nr. 2 zu § 1b BetrAVG = NZA 2004, 789 (790 f.); BAG, 7.4.2012 – 3 AZR 400/10 – BB 2013, 57.

BetrAVG ein höheres Mindestalter als die Vollendung des 20. Lebensjahres nicht wirksam vereinbart werden.

Höchstaltersgrenzen sind von der Rechtsprechung bislang als zulässig erachtet worden.²⁰ Allerdings bezogen diese Entscheidungen sich allein auf arbeitgeberfinanzierte, leistungsorientierte Zusagen. Insoweit behalten sie angesichts von § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG ihre Berechtigung. Bei *leistungsbezogenen Systemen* lässt sich das Risiko eines höheren Eintrittsalters nicht durch Berücksichtigung entsprechender versicherungsmathematischer Berechnungsfaktoren ausgleichen. Zur Finanzierung der gleichen Leistung sind hier bei älteren Arbeitnehmern höhere Aufwendungen erforderlich als bei jüngeren. Dies rechtfertigt grundsätzlich die Einführung einer Höchstaltersgrenze.²¹ Allerdings darf diese nicht unangemessen niedrig sein. Angesichts der Anhebung der Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung auf 67 Jahre (§ 35 Satz 2 SGB VI)²² dürfte ein niedrigeres Höchstalter als das 52. Lebensjahr nicht mehr angemessen sein. Für alle *beitragsbezogenen Versorgungssysteme*, bei denen die zu erbringende Versorgungsleistung nach versicherungsmathematischen Regeln kalkuliert wird, besteht dagegen kein sachliches Bedürfnis, eine Höchstaltersgrenze festzusetzen. Der Vermeidung der Entstehung von Kleinstanwartschaften, deren Verwaltungskosten in einem unangemessenen Verhältnis zur Leistungshöhe stehen, wird schon durch die fünfjährige Unverfallbarkeitsfrist ausreichend Rechnung getragen.²³ Bei *arbeitnehmerfinanzierter Versorgung* können Höchstaltersgrenzen generell nicht statuiert werden, wie sich mittelbar aus § 1a Abs. 1, § 1b Abs. 5 BetrAVG ergibt.

5. Dienstalter als Bemessungskriterium für die Höhe

Bei leistungsorientierten Versorgungszusagen ist die Dauer der Betriebszugehörigkeit ein typisches Bemessungskriterium. Die Alters-, Invaliditäts- und Hinterbliebenenversorgung soll die Betriebstreue des Arbeitnehmers honorieren.²⁴ Dies ist aus unionsrechtlicher Sicht unbedenklich. Werden alle Dienstjahre gleichmäßig berücksichtigt, liegt schon keine (auch keine mittelbare) Benachteiligung wegen des Alters vor. *Progressive Versorgungszusagen* begünstigen demgegenüber langjährig Beschäftigte und benachteiligen Jüngere (mittelbar) wegen des Alters, doch gestatten Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG und § 10 Satz 3 Nr. 4

AGG die Verwendung von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen innerhalb betrieblicher Systeme der sozialen Sicherheit. Wenn damit sogar eine unmittelbare Anknüpfung an das Alter gestattet wird, bestehen gegen eine nur mittelbare Berücksichtigung erst recht keine Bedenken²⁵. Es stellt ohne Weiteres ein legitimes Ziel betrieblicher Personalpolitik dar, stabile Beschäftigungsstrukturen anzustreben und langjährige Vertragsbeziehungen durch zusätzliche Leistungen zu honorieren.

Degressive Versorgungszusagen benachteiligen zwar ältere Arbeitnehmer mittelbar, indem ihre Betriebstreue nicht mehr in gleichem Umfang leistungssteigernd wirkt wie in den ersten Beschäftigungsjahren. Auch eine solche Vertragsgestaltung ist jedoch gerechtfertigt. Sie wirkt weniger einschneidend als eine Limitierungsklausel und begünstigt die Arbeitnehmer tendenziell, weil sie schon nach kurzer Betriebszugehörigkeit einen hohen Versorgungsgrad erreichen²⁶. Es entspricht besonderer sozialer Verantwortung und ist daher sachlich gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern schon nach wenigen Dienstjahren einen relativ hohen Versorgungssockel verspricht. Zudem ermöglicht eine degressive Anwartschaftsentwicklung es auch Arbeitnehmern, die erst mit einem relativ hohen Lebensalter in das Arbeitsverhältnis eingetreten sind, noch eine beachtliche Altersversorgung zu erwerben. Insoweit stellt sich eine derartige Leistungsplangestaltung sogar als »positive Maßnahme« iS. von Art. 7 Abs. 1 RL 2000/78/EG, § 5 AGG dar.

20 BAG, 14.1.1986 – 3 AZR 456/84 – AP Nr. 5 zu § 1 BetrAVG Gleichbehandlung = NZA 1987, 23 (23 f.); BAG, 19.4.2005 – 3 AZR 469/04 – AP Nr. 19 zu § 1 BetrAVG Betriebsveräußerung = NZA 2005, 840 (Ls.); ebenso Höfer/Reinhard/Reich (Fn. 5), ART Rn. 822, 1087.

21 ErfK/Steinmeyer (Fn. 16), BetrAVG Vorbem. Rn. 45; Meinel/Heyn/Hermes, (Fn. 1), § 10 Rn. 67; Rengier, NZA 2006, 1251 (1255); aA. Preis, BetrAV 2010, 513 (514).

22 Zu den Auswirkungen der Anhebung der Altersgrenze auf die betriebliche Altersversorgung Baumeister/Merten, DB 2007, 1306 ff.; Cisch/Kruij, BB 2007, 1162 ff.; Höfer/Witt/Kuchem, BB 2007, 1445 ff.; Reichenbach/Grünekele, DB 2006, 2234 ff.; Rolf's, NZA 2011, 540 ff.

23 ErfK/Steinmeyer (Fn. 16), BetrAVG Vorbem. Rn. 45; Rengier, NZA 2006, 1251 (1255).

24 BAG, 10.3.1972 – 3 AZR 278/71 – AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG, 8.5.1990 – 3 AZR 121/89 – AP Nr. 58 zu § 7 BetrAVG = NZA 1990, 931 (932); BGH, 28.9.1981 – II ZR 181/80 – AP Nr. 12 zu § 7 BetrAVG; Blomeyer/Rolf's/Otto (Fn. 13), § 1 Rn. 15.

25 Vgl. EuGH, 3.10.2006 – Rs. C-17/05 (Cadman) – Slg. 2006, I-9583 = NZA 2006, 1205 (1206).

26 Rolf's, BetrAV 2007, 599 (602).

6. Begrenzung der anrechenbaren Dienstjahre?

Bereits im Zusammenhang mit der Anhebung der Regelaltersgrenze in der gesetzlichen Rentenversicherung ist diskutiert worden, ob während des entsprechend länger dauernden Arbeitsverhältnisses zusätzliche Anwartschaften erworben werden können.²⁷ Dies hängt vom Inhalt der Versorgungsregelung ab. Gewährt diese beispielsweise für jedes Beschäftigungsjahr einen Steigerungsbetrag oder einen Rentenbaustein, wirkt sich die um bis zu zwei Jahre längere Beschäftigungsdauer rentensteigernd aus.²⁸ Abweichungen hiervon sind weder durch Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG bzw. § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG²⁹ noch wegen »beruflicher Anforderungen« (Art. 4 RL 2000/78/EG, § 8 AGG) gerechtfertigt. Dass nämlich das Lebensalter eine »entscheidende berufliche Anforderung« darstellt, ist nur in seltenen Ausnahmefällen vorstellbar. In der Regel ist die körperliche und geistige Leistungsfähigkeit das entscheidende Datum, und diese darf mit jenem nicht gleichgesetzt werden.³⁰

Gerechtfertigt sein kann die bloß *mittelbare Benachteiligung* wegen des Alters, wenn die Versorgungsordnung so strukturiert ist, dass nach Vollendung des 65. Lebensjahres *typischerweise* keine Versorgungsanwartschaften mehr erworben werden. Erforderlich ist dann aber, dass die betreffenden Vorschriften durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Wohl nur in seltenen Fällen wird es rechtmäßig sein, wenn ein Unternehmen eine längere Betriebszugehörigkeit nicht mehr durch weitere Leistungssteigerungen in der betrieblichen Altersversorgung honorieren will.³¹ Vom BAG als zulässig erachtet worden ist eine Begrenzung auf 40 Dienstjahre, weil damit ein typisches Arbeitsleben, auch wenn es bei einem einzigen Arbeitgeber zurückgelegt wurde, weitgehend komplett erfasst wird.³²

7. Altersgrenzen als Leistungsvoraussetzung

Dass für die *Rente wegen Alters* eine Altersgrenze statuiert werden darf, ist selbstverständlich. Auch die Festlegung einer Altersgrenze für die *Rente wegen Invalidität* wird durch Art. 6 Abs. 2 RL 2000/78/EG ausdrücklich gestattet. Das wird man so verstehen dürfen, dass es sowohl zulässig ist, die Rente vollständig zu versagen, wenn der Invaliditätsfall vor dem festgesetzten Zeitpunkt eingetreten ist³³, als auch, die Rente in einem derartigen Fall erst später,

nämlich bei Erreichung des Mindestalters, beginnen zu lassen.³⁴

8. Besondere Leistungsvoraussetzungen für Renten an Hinterbliebene

In vielen Versorgungswerken finden sich *Altersdifferenzklauseln*, die die Gewährung der Witwen- oder Witwerrenten davon abhängig machen, dass der Altersunterschied zwischen den Ehegatten eine bestimmte Zahl an Jahren nicht übersteigt. Vor Inkrafttreten des AGG sind solche Vereinbarungen grundsätzlich ebenso für zulässig erachtet worden wie Spätehen- und Getrenntlebensklauseln sowie Regelungen über eine erforderliche Mindestdauer der Ehe. Altersdifferenzklauseln sind geeignet, einen Missbrauch der betrieblichen Altersversorgung (»Versorgungsehe zwischen Alt und Jung«) zu verhindern³⁵. Noch nicht endgültig ausgelotet ist lediglich, ab welcher Differenz ein unzulässiger mittelbarer Eingriff in den verfassungsrechtlichen Schutz der Ehe (Art. 6 Abs. 1 GG) zu besorgen ist. Anerkannt ist eine Altersdifferenz von 25 Jahren³⁶, auch eine solche von 15 Jahren³⁷, die Grenze liegt wohl bei 10 Jahren³⁸. Ein Vorabentscheidungsersuchen des BAG³⁹ ist vom EuGH

27 Höfer/Witt/Kuchem, BB 2007, 1445 (1448); Rolfs, NZA 2011, 540 (542).

28 Höfer/Witt/Kuchem, BB 2007, 1445 (1448).

29 Rengier, NZA 2006, 1251 (1255 f.); aA. wohl Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 1), § 10 Rn. 37.

30 Schlachter, in: GS Wolfgang Blomeyer, 2003, S. 355 (359 f.).

31 Großzügiger Cisch/Böhm, BB 2007, 602 (607); Cisch/Kruij, BB 2007, 1162 (1164); vgl. auch Höfer/Witt/Kuchem, BB 2007, 1445 (1448); Reichenbach/Grünekle, BetrAV 2006, 708 (710); aA. Rengier, NZA 2006, 1251 (1255 f.).

32 BAG, 11.12.2012 – 3 AZR 634/10 – BeckRS 2013, 67571.

33 Vgl. BAG, 20.10.1987 – 3 AZR 208/86 – AP Nr. 7 zu § 1 BetrAVG Invaliditätsrente = NZA 1988, 394 (395).

34 Vgl. BAG, 14.1.1986 – 3 AZR 473/84 – AP Nr. 6 zu § 1 BetrAVG Invaliditätsrente = NZA 1986, 782 (Ls.).

35 BAG, 19.12.2000 – 3 AZR 186/00 – AP Nr. 19 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung = NZA 2001, 1260 (1261 f.); Blomeyer/Rolfs/Otto (Fn. 13), Anh. § 1 Rn. 202; Thiising, BetrAV 2006, 704 (706).

36 BVerfG, 11.9.1979 – 1 BvR 92/79 – AP Nr. 182 zu § 242 BGB Ruhegehalt; BAG, 18.7.1972 – 3 AZR 472/71 – AP Nr. 158 zu § 242 BGB Ruhegehalt = NJW 1972, 2327 (2327); BAG, 19.12.2000 – 3 AZR 186/00 – AP Nr. 19 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung = NZA 2001, 1260 (1261 f.).

37 BAG, 27.6.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – AP Nr. 6 zu § 1b BetrAVG = NZA 2006, 1276 (1278); LAG Düsseldorf, 19.5.2005 – 5 Sa 509/05 – DB 2005, 2143 (2143 f.); ArbG Duisburg, 16.2.2000 – 3 Ca 3606/99 – NZA-RR 2001, 48 (49 f.); aA. LAG Hessen, 12.3.1997 – 8 Sa 177/96 – DB 1997, 2182 (2182); Cisch in: Förster/Cisch/Karst, BetrAVG, 13. Aufl., München 2012, § 1 Rn. 59.

38 Höfer/Reinhard/Reich (Fn. 5), ART Rn. 889.

39 BAG, 27.6.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – AP Nr. 6 zu § 1b BetrAVG = NZA 2006, 1276.

nur unbefriedigend beantwortet worden: Da der Streitfall vor Ablauf der Frist zur Umsetzung der RL 2000/78/EG in nationales Recht (2006) gelegen habe, falle er nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts⁴⁰. Das steht zwar im Widerspruch zum *Mangold*-Urteil⁴¹, ändert aber nichts daran, dass die unionsrechtlichen Grenzen einer Altersdifferenzklausel damit noch nicht ausgelotet sind. Allerdings erscheint eine Wiederholung der Vorlage entbehrlich: Derartige Klauseln knüpfen ja nicht unmittelbar an ein bestimmtes Alter, sondern lediglich an eine *Altersdifferenz* an und bewirken daher allenfalls eine *mittelbare* Benachteiligung wegen des Alters (und wohl auch des Geschlechts)⁴². Es entspricht aber ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass über eine mögliche Rechtfertigung der mittelbaren Benachteiligung durch das nationale Gericht in eigener Verantwortung zu befinden ist.⁴³ Das BAG hat seine Sicht der Dinge bereits im Vorlagebeschluss zum Ausdruck gebracht: »Betriebliche Altersversorgung ist ihrer Natur nach die Übernahme von Risiken durch den Arbeitgeber. Es ist deshalb ein legitimes Ziel des Arbeitgebers, die von ihm übernommenen Risiken zu begrenzen und vor allem kalkulierbar zu machen. Das kann auch durch Einschränkung der Kreise der Anspruchsberechtigten geschehen. Soweit dabei – wie hier – ein innerer Zusammenhang mit demografischen Kriterien besteht, ist die Wahl dieser Begrenzung [...] angemessen und erforderlich.«⁴⁴

Ähnliche Bedenken werden gegen *Spätehenklauseln* erhoben. Sie finden sich in der Praxis sowohl isoliert, indem sie einen Anspruch auf Hinterbliebenenrente ausschließen, wenn die Ehe erst in einem höheren Lebensalter (zB. nach der Pensionierung⁴⁵) geschlossen wurde, als auch in Kombination mit Altersdifferenzklauseln (zB.: Ausschluss der Hinterbliebenenversorgung, wenn die Ehe nach Vollendung des 50. Lebensjahres des Arbeitnehmers eingegangen wurde und der Ehepartner mehr als 10 Jahre jünger ist⁴⁶). Sie tragen dem Umstand Rechnung, dass mit zunehmendem Alter des Arbeitnehmers der Versorgungsfall Tod statistisch gesehen immer näher rückt. Die Spätehenklausel vermeidet, dass ein bisher nicht bestehendes hohes Versorgungsrisiko relativ spät neu geschaffen wird. Zudem darf der Arbeitgeber die »mittelbare Mitwirkung am Wohlergehen des Unternehmens« honorieren, indem er eine Hinterbliebenenversorgung nur dann vorsieht, wenn die Ehe schon während des Bestands des Arbeitsverhältnisses eingegangen wurde.⁴⁷ Auch Spätehenklauseln sind daher gerechtfertigt.⁴⁸

9. Weitere potenzielle Diskriminierungen wegen des Alters

Bei beitragsorientierten Versorgungszusagen werden Arbeitnehmer unterschiedlichen Alters ungleich behandelt, wenn aus gleich hohen Beiträgen unterschiedlich hohe Leistungsansprüche resultieren. Dies resultiert aus dem *Verzinsungseffekt* als einer versicherungsmathematischen Kalkulationsgrundlage und ist daher nach § 10 Satz 3 Nr. 4 AGG gerechtfertigt.⁴⁹

In der Praxis finden sich Versorgungsregelungen, die Leistungen nur an Mitarbeiter mit einem bestimmten *Mindesteinkommen* gewähren, was angesichts des statistisch höheren Verdienstes älterer Arbeitnehmer jüngere benachteiligen könnte. Umgekehrt wirken *Limitierungsklauseln*, die die versorgungsfähigen Bezüge begrenzen und sich daher mittelbar benachteiligend auf ältere Arbeitnehmer auswirken können. In beiden Fällen liegt lediglich eine mittelbare Benachteiligung vor, die nach allgemeinen Regeln (§ 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG) gerechtfertigt sein kann, wenn der Arbeitgeber mit ihr rechtmäßige Ziele (hier zB.: Bindung nur der »Leistungsträger« mit höheren Einkommen an das Unternehmen⁵⁰ bzw. Vermeidung relativer Überversorgungen im Alter und Begrenzung des Leistungsaufwandes für die betriebliche Altersversorgung⁵¹) verfolgt

40 EuGH, 23.9.2008 – C-427/06 (*Bartsch*) – Slg. 2008, I-7245 = NZA 2008, 1119 (1120); dazu *Preis/Temming*, NZA 2008, 1209 ff.; *Rolfes*, EuZA 2009, 235 ff.

41 EuGH, 22.11.2005 – C-144/04 (*Mangold*) – Slg. 2005, I-9981 = NZA 2005, 1345 (1348).

42 *Rolfes*, EuZA 2009, 235 (242).

43 EuGH, 13.5.1986 – 170/84 (*Bilka*) – Slg. 1986, 1607 = NZA 1986, 599 (600); EuGH, 13.7.1989 – 171/88 (*Rinner-Kühn*) – Slg. 1989, 2743 = NZA 1990, 437 (438); EuGH, 27.10.1993 – C-127/92 (*Enderby*) – Slg. 1993, I-5566 = NZA 1994, 797 (799); EuGH, 10.3.2005 – C-196/02 (*Nikoloudi*) – Slg. 2005, I-1789 = NZA 2005, 807 (809).

44 BAG, 27.6.2006 – 3 AZR 352/05 (A) – AP Nr. 6 zu § 1b BetrAVG = NZA 2006, 1276 (1281); aA. *Preis/Temming*, NZA 2008, 1209 (1215).

45 Vgl. BAG, 28.8.1997 – 3 AZR 235/96 – AP Nr. 27 zu § 1 BetrAVG Ablösung = NZA 1998, 817; BAG, 19.12.2000 – 3 AZR 186/00 – AP Nr. 19 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung = NZA 2001, 1260; BAG, 28.7.2005 – 3 AZR 457/04 – NZA-RR 2006, 591.

46 So im Fall BAG, 28.7.2005 – 3 AZR 457/04 – NZA-RR 2006, 591.

47 BAG, 28.7.2005 – 3 AZR 457/04 – NZA-RR 2006, 591 (594).

48 BAG, 20.4.2010 – 3 AZR 509/08 – AP Nr. 26 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung = NZA 2011, 1092 (1097 ff.); vgl. auch BAG, 15.9.2009 – 3 AZR 797/08 – AP Nr. 318 zu Art. 3 GG; Bedenken bei *Meinl/Heyn/Hermes* (Fn. 1), § 10 Rn. 70.

49 *Reichenbach/Grünekle*, BetrAV 2006, 708 (710).

50 Vgl. *Doetsch*, in: FS Kurt Kemper, 2005, S. 91 (97).

51 *Höfer/Reinhard/Reich* (Fn. 5), ART Rn. 925, § 5 Rn. 3870; *Rengier*, NZA 2007, 1251 (1255).

und die Mittel zur Erreichung dieser Ziele angemessen und erforderlich sind.

III. Benachteiligungen wegen des Geschlechts

1. Unterschiedliche Altersgrenzen für Frauen und Männer

Zu den wohl bekanntesten Entscheidungen des EuGH in der betrieblichen Altersversorgung zählt das Urteil in der Rechtssache *Barber*⁵²: Es verstößt gegen das Verbot der Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts, wenn Frauen und Männer die Betriebsrente zu unterschiedlichen Zeitpunkten beanspruchen können, und zwar selbst dann, wenn dieses Versorgungsalter dem gesetzlichen Rentenalter entspricht. Dieses Urteil hat den deutschen Gesetzgeber zur Nachbesserung des BetrAVG gezwungen,⁵³ es ist allerdings in Zukunft nicht mehr von Relevanz: Konnten Frauen früher mit 60 Jahren, Männer dagegen erst mit 65 (als langjährig Versicherte mit 63) Jahren gesetzliche Altersrente beanspruchen, läuft die Möglichkeit der vorgezogenen Altersrente für Frauen seit Anfang 2012 aus (§ 237a SGB VI). Es gibt künftig keinen vorzeitigen Rentenzugang für Frauen mehr. Nur noch von vorübergehendem Interesse sind daher Urteile des BAG, die bestätigen, dass nach dem Geschlecht differenzierende Altersgrenzen⁵⁴ oder höhere versicherungsmathematische Abschläge für Männer bei vorzeitiger Rentenanspruchnahme in der betrieblichen Altersversorgung für Anwartschaftszeiten seit dem 17.5.1990 nicht zu rechtfertigen sind.⁵⁵

2. Berücksichtigung der unterschiedlichen Lebenserwartung von Frauen und Männern (Unisex-Tarife)

Art. 5 RL 2006/54/EG betont, dass es auch in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit keine Diskriminierung wegen des Geschlechts geben darf. Allerdings lässt Art. 9 Abs. 1 lit. h derselben Richtlinie im Anschluss an die Urteile des EuGH in Sachen *Neath*⁵⁶ und *Coloroll*⁵⁷ Differenzierungen zu, wenn sie notwendig sind, um »je nach Geschlecht unterschiedlichen versicherungstechnischen Berechnungsfaktoren« Rechnung zu tragen. Gemeint ist

damit v.a. die statistisch unterschiedliche Lebenserwartung von Frauen und Männern, die bei der Prämienkalkulation gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 VAG zu berücksichtigen war.⁵⁸ Nun sind solche »unterschiedlichen versicherungstechnischen Berechnungsfaktoren« infolge des EuGH-Urteils in Sachen »*Test-achats*«⁵⁹ in neu abgeschlossenen Versicherungsverträgen nicht mehr zulässig. Damit geht die Ausnahmevorschrift des Art. 9 Abs. 1 lit. h RL 2006/54/EG ins Leere. Wegen der zeitlichen Wirkungen des Urteils bedarf es aber einer sorgfältigen Differenzierung zwischen verschiedenen Versorgungsstrukturen und Finanzierungswegen:

Bei *arbeitgeberfinanzierten Zusagen* durften die monatlichen Renten von Frauen und Männern bei sonst gleichen Voraussetzungen seit jeher nicht unterschiedlich hoch sein, wenn der Arbeitgeber eine *leistungsorientierte Versorgungszusage* (§ 1 Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) erteilt hat.⁶⁰ Denn die Leistung des Arbeitgebers (sein »Entgelt« iS. von Art. 157 AEUV) besteht nicht in der Bereitstellung des zur Erfüllung seiner Pensionsverpflichtung versicherungsmathematisch erforderlichen Deckungskapitals, sondern in der Zahlung monatlicher Renten. Dass der Arbeitgeber zur Finanzierung einer solchen Zusage Mittel in unterschiedlichem Umfang benötigt, ist sowohl mit dem Lohnleichheitsgebot des Art. 157 AEUV als auch der RL 2006/54/EG vereinbar.⁶¹ Anders liegen die Dinge dagegen bei *beitragsorientierten Leistungszusagen* (§ 1 Abs. 2 Nr. 1 BetrAVG) und Beitragszusagen mit Mindestleistung (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 BetrAVG). Diese kennzeichnen

52 EuGH, 17.5.1990 – C-262/88 (*Barber*) – Slg. 1990, I-1889 = NZA 1990, 775.

53 Einfügung von § 30a BetrAVG durch Art. 8 Nr. 20 des Gesetzes zur Reform der gesetzlichen Rentenversicherung (Rentenreformgesetz 1999 – RRG 1999) vom 16.12.1997, BGBl. I S. 2998.

54 BAG, 15.2.2011 – 9 AZR 750/09 – AP Nr. 3 zu § 7 AGG = NZA 2011, 740 (742 ff.).

55 BAG, 29.4.2008 – 3 AZR 266/06 – AP Nr. 58 zu § 2 BetrAVG = NZA 2008, 1417 (1419 ff.).

56 EuGH, 22.12.1993 – C-152/91 (*Neath*) – Slg. 1993, I-6935.

57 EuGH, 28.9.1994 – C-200/91 (*Coloroll*) – Slg. 1994, I-4389 = NZA 1994, 1073 (1078 f.).

58 Derzeitige Lebenserwartung bei der Geburt: Frauen: 82,4 Jahre; Männer: 77,2 Jahre; www.destatis.de.

59 EuGH, 1.3.2011 – C-236/09 (*Test-achats*) – Slg. 2011, I-773 = NJW 2011, 907; dazu aus betriebsrentenrechtlicher Perspektive *Temming*, BetrAV 2012, 391 ff.

60 *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit*, Entgeltumwandlung, 2. Aufl., Köln 2006, Rn. 1018; Rolfs, NZA 2008, 553 (554).

61 *Raulf/Gunia*, NZA 2003, 534 (537).

sich dadurch, dass primärer Gegenstand des arbeitgeberseitigen Leistungsversprechens nicht eine bestimmte Rentenhöhe, sondern ein von ihm zu zahlender periodischer oder einmaliger Beitrag ist.⁶² Hier durfte der Arbeitgeber früher gleich hohe Beiträge für Frauen und Männer entrichten, obwohl daraus unterschiedliche Monatsrenten resultieren.⁶³ Im Grundsatz steht fest, dass dies infolge des »Test-achats«-Urteils nun nicht mehr zulässig ist. In neu abgeschlossenen Verträgen darf die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen (Art. 5 Abs. 1 RL 2004/113/EG).

Allerdings ist die Reichweite der Entscheidung umstritten: Die hM. einschließlich der EU-Kommission und des deutschen Gesetzgebers interpretiert das Urteil dahingehend, dass es lediglich Neuverträge ab dem 21.12.2012 betrifft; nur diese müssten »unisex« kalkuliert werden⁶⁴. Teile der Literatur wollen dagegen das Datum des Ablaufs der ursprünglichen Umsetzungsfrist (21.12.2007) oder sogar einen noch früheren Zeitpunkt zugrunde legen oder in laufende Versorgungszusagen eingreifen⁶⁵. Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen, weil der EuGH der Ausnahmegvorschrift des Art. 5 Abs. 2 RL 2004/113/EG erst vom 21.12.2012 an die Wirksamkeit versagt und damit der Versicherungswirtschaft eine angemessene Übergangsfrist von rund eineinhalb Jahren eingeräumt hat, um die neuen Prämien zu kalkulieren. Angesichts des 18. Erwägungsgrundes der RL 2004/113/EG⁶⁶ ist es auch nicht erforderlich, laufende Verträge ab dem Stichtag auf eine geschlechtsneutrale Kalkulation umzustellen. Bestehende Versorgungszusagen, die vor dem 21.12.2012 erteilt worden sind, können unverändert fortgeführt werden.⁶⁷ Nicht mehr möglich dürfte es dagegen sein, neue Versorgungsanwärter in alte, »bisex« kalkulierte Gruppenversicherungsverträge aufzunehmen. Versorgungszusagen, die ab dem genannten Datum erteilt werden, müssen geschlechtsneutral kalkuliert sein.

Im Bereich der im Wege der *Entgeltumwandlung* (§ 1 Abs. 2 Nr. 3 BetrAVG) durch den Arbeitnehmer selbst finanzierten Altersversorgung ist die wissenschaftliche Diskussion früher ähnlich intensiv geführt worden.⁶⁸ Denn hier hätte eine leistungsbezogene Interpretation des Gebots der Entgeltgleichheit zur Folge gehabt, dass entweder die Versicherungsunternehmen geschlechtsneutral kalkulierte

»Unisex-Tarife« anbieten oder die Arbeitgeber die von weiblichen Anwartschaftsberechtigten aufgebrachtten Beiträge aus eigenen Mitteln soweit aufstocken müssten, dass daraus gleiche Leistungsansprüche wie für Männer resultierten. Nachdem in der privaten Lebensversicherung seit Anfang 2006 die besondere steuerliche Förderung nach den §§ 10a, 79 ff. EStG (»Riester-Rente«) aber davon abhängig gemacht worden ist, dass den Leistungsplänen eine geschlechtsunabhängige Kalkulation zugrunde liegt (§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AltZertG), können die Arbeitgeber auf entsprechende Angebote der Versicherungswirtschaft zurückgreifen. Für bis Ende 2005 abgeschlossene Altverträge dürfte angesichts von Art. 9 Abs. 1 lit. h RL 2006/54/EG dasselbe gelten wie für arbeitgeberfinanzierte beitragsorientierte Leistungszusagen.⁶⁹

3. Ungleichbehandlung geringfügig Beschäftigter

Eine Ungleichbehandlung Teilzeitbeschäftigter ist heute – unabhängig davon, ob es sich um eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts handelt – schon gemäß § 4 der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, durchgeführt als RL 97/81/EG⁷⁰, und innerstaatlich durch § 4 Abs. 1, § 2 Abs. 2 TzBfG untersagt. Diskutiert wird praktisch nur noch, wie mit geringfügig Beschäftigten (§ 8 Abs. 1

62 Zu Einzelheiten *Blomeyer/Rolfes/Otto* (Fn. 13), § 1 Rn. 83 ff., 87 ff.; *Höfer/Reinhard/Reich* (Fn. 5), § 1 Rn. 2518 ff.; *Huber*, in: *Kemper/Kisters-Kölkes* ua. (Fn. 13), § 1 Rn. 444 ff., 458 ff.; *Schlewing/Henssler/Schipp/Schnitker*, Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung (Loseblatt, Stand: November 2012), Teil 6 Rn. 130 ff., 171 ff.

63 EuGH, 28.9.1994 – C-200/91 (*Coloroll*) – Slg. 1994, I-4389 = NZA 1994, 1073 (1078 f.); *Kisters-Kölkes*, BetrAV 2006, 712 (714); *Reichenbach/Grünekle*, BetrAV 2006, 708 (711); *Raulf/Gunia*, NZA 2003, 534 (535 ff.); *Steinmeyer*, NZA 2004, 1257 (1258 ff.); *Thüsing*, BetrAV 2006, 704 (706); aA. *Hensche*, NZA 2004, 828 (829 ff.).

64 EU-Kommission, Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09, ABl. EU Nr. C 11 vom 13.1.2012, S. 1; § 33 Abs. 5 AGG idF. des SEPA-Begleitgesetzes vom 3.4.2013, BGBl. I S. 610; BT-Drucks. 17/9342, S. 178; *Höfer*, DB 2011, 1334 (1335); *Kahler*, NJW 2011, 894 (896); *Looschelders*, VersR 2011, 421 (428); *Mönnich*, VersR 2011, 1092 (1097); *Ulbrich*, DB 2011, 2775 (2777 f.).

65 *Bepler*, in: FS Reinhold Höfer, 2011, S. 1 (11 ff.); *Birk*, DB 2011, 819 (820); *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296 (299); *Körner*, ArbuR 2011, 331 (334).

66 »(...) Damit es nicht zu einer abrupten Umstellung des Marktes kommen muss, sollte die Anwendung dieser Regel nur für neue Verträge gelten, die nach dem Zeitpunkt der Umsetzung dieser Richtlinie abgeschlossen werden.«

67 *Höfer*, DB 2011, 1334 (1335); *Ulbrich*, DB 2011, 2775 (2777 f.).

68 Vgl. *Blomeyer*, DB 1994, 882 (884); *ders.*, NZA 2000, 281 (284); *Körner*, NZA 2004, 760 (762 ff.); *Temming*, ZESAR 2005, 72 ff.

69 *Hanau/Arteaga/Rieble/Veit* (Fn. 60), Rn. 1020 ff.; *Rengier*, NZA 2006, 1251 (1253).

70 Vom 15.12.1997, ABl. EG Nr. L 14 vom 20.1.1998, S. 9.

Nr. 1 SGB IV) verfahren werden kann.⁷¹ Diese waren bis Ende 2012 grundsätzlich versicherungsfrei, erwarben also durch ihre Tätigkeit keine Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung. Daraus folgte: Sollte die Betriebsrente im Wege einer *Gesamtversorgungszusage* die Versorgungslücke zwischen dem gesetzlichen Rentenanspruch und einem definierten Versorgungsbedarf schließen, hatte der Arbeitnehmer wegen seiner Versicherungsfreiheit eine gesetzliche Altersrente aus dieser Beschäftigung aber gar nicht zu erwarten, war der Arbeitgeber nicht verpflichtet, die durch den fehlenden Sozialversicherungsschutz aufgerissene Lücke durch sein betriebliches System der sozialen Sicherheit zu schließen.⁷² Infolge der Neuregelung der geringfügigen Beschäftigung zum 1.1.2013⁷³ wird man für ab dem Jahresbeginn neu eingegangene Arbeitsverträge (vgl. § 230 Abs. 8 SGB VI) anders zu entscheiden haben: Arbeitnehmer sind nun auch in einem 450-Euro-Job grundsätzlich versicherungspflichtig (vgl. § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB VI). Machen sie nicht von der Möglichkeit des »opt out« Gebrauch (§ 6 Abs. 1b SGB VI), stehen sie in Bezug auf ihre Alterssicherung nicht geringfügig Beschäftigten gleich. Damit entfällt auch die Berechtigung der Arbeitgeber, sie von Gesamtversorgungszusagen auszunehmen.

Bereits vor dieser Gesetzesänderung galt: Ist das Versorgungsversprechen des Arbeitgebers von den gesetzlichen Sozialversicherungsansprüchen des Arbeitnehmers unabhängig, besteht keine Veranlassung, zwischen geringfügig Beschäftigten mit einem monatlichen Arbeitsentgelt bis zur Geringfügigkeitsgrenze und sonstigen Teil- oder Vollzeitbeschäftigten zu differenzieren. Auch sie sind entsprechend ihrer Arbeitszeit oder ihrem Arbeitsentgelt in das Versorgungswerk einzubeziehen (§ 4 Abs. 1 Satz 2 iV. mit § 2 Abs. 2 TzBfG).⁷⁴

4. Nichtberücksichtigung des Elternurlaubs in der Anwartschaftsphase

Bereits geklärt hat das BAG, dass eine (mittelbare) Benachteiligung wegen des Geschlechts nicht darin erblickt werden kann, dass Zeiten eines wegen einer Elternzeit (§ 15 BEEG) ruhenden Arbeitsverhältnisses nicht anwartschaftssteigernd berücksichtigt werden.⁷⁵ Aus Art. 9 Abs. 1 lit. g RL 2006/54/EG ergibt sich, dass dem Grundsatz der Gleichbehandlung wegen des Geschlechts (nur) eine solche Regelung entgegensteht, die die Unterbrechung der Auf-

rechterhaltung oder des Erwerbs von Ansprüchen während eines gesetzlich oder tarifvertraglich festgelegten Mutterschaftsurlaubs oder Urlaubs aus familiären Gründen, der vom Arbeitgeber *bezahlt* wird, bewirkt. Da der Arbeitgeber aber während der Elternzeit Arbeitsentgelt nicht zu entrichten hat, müssen während dieser Zeit weder Beiträge zu externen Versorgungsträgern entrichtet noch diese Zeiten in sonstiger Weise berücksichtigt werden. § 1a Abs. 4 BetrAVG räumt dem Arbeitnehmer aber das Recht ein, die Versicherung oder Versorgung mit eigenen Beiträgen fortzusetzen.⁷⁶ Macht er davon keinen Gebrauch, kann er bei Wiederaufnahme der Tätigkeit die Fortsetzung des Lebensversicherungsvertrages zu den alten Bedingungen verlangen (§ 212 VVG).⁷⁷ Diese Rechte wären überflüssig, wenn der Arbeitgeber zur Fortsetzung der Versorgung verpflichtet wäre.

5. Weitere potenzielle Diskriminierungen wegen des Geschlechts

Eine unmittelbare und nicht zu rechtfertigende Benachteiligung von Männern ist zu besorgen, wenn die Versorgungsordnung *Hinterbliebenenrenten nur für Witwen*, nicht aber für Witwer vorsieht. Dasselbe gilt, wenn Witwen unbedingt, Witwer aber nur dann Rente beanspruchen können, wenn die Frau vor ihrem Tod den Unterhalt der Familie überwiegend bestritten hat.⁷⁸ Umstritten ist, ob eine *Haupternährerklausel* zulässig ist, die – unabhängig vom Geschlecht – die Hinterbliebenenversorgung davon abhängig macht, dass die oder der Verstorbene vor ihrem oder seinem Tod den Unterhalt der Familie überwiegend bestrit-

71 Zum – früheren – Streitstand *Ackermann*, NZA 2000, 465 ff.; *Feldhoff*, ArbuR 1999, 249 (255); *Cisch*, in: *Förster/Cisch/Karst* (Fn. 37), § 1 Rn. 151 f.; *Fodor*, DB 1999, 800 ff.; *Hanau*, ZIP 2003, 1573 (1581); *Kemper*, in: *Kemper/Kisters-Kölkes* ua. (Fn. 13), § 1 Rn. 180; *Zimmer*, DStR 2001, 216 ff.

72 *ErfK/Rolfs* (Fn. 16), § 8 SGB IV Rn. 5.

73 Gesetz zu Änderungen im Bereich der geringfügigen Beschäftigung vom 5.12.2012, BGBl. I S. 2474.

74 *Rolfs*, NZA 2008, 553 (554).

75 BAG, 15.2.1994 – 3 AZR 708/93 – AP Nr. 12 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung = NZA 1994, 794 (796 f.); vgl. auch EuGH, 21.10.1999 – C-333/97 (*Lewen*) – Slg. 1999, I-7243 = NZA 1999, 1325 (1327 f.).

76 Dazu näher *Cisch*, DB 2005, Beil. 3, S. 12 (19); *Langohr-Plato/Teslau*, NZA 2004, 1297 ff.; *Schmitker/Grau*, NJW 2005, 10 (14 f.).

77 *Blomeyer/Rolfs/Otto* (Fn. 13), § 1a Rn. 79a ff.; *MüKoVVG/Looschelders*, München 2009, § 212 Rn. 9 f.; *Prölss/Martin/Klimke*, VVG, 28. Aufl., München 2010, § 212 Rn. 5 ff.

78 BAG, 19.11.2002 – 3 AZR 631/97 – AP Nr. 13 zu § 1 BetrAVG Gleichberechtigung = NZA 2003, 380 (381).

ten hat. Das BAG hat dies anklagen lassen, letztlich aber nicht entscheiden müssen.⁷⁹ Angesichts des statistisch nachweisbaren durchschnittlich höheren Einkommens von Männern benachteiligt eine solche Klausel mittelbar wegen des Geschlechts.⁸⁰

IV. Benachteiligungen wegen einer Behinderung

1. Prämienzuschläge für behinderte Menschen

Noch weitgehend ungeklärt ist, in welchem Umfang das Verbot der Diskriminierung wegen der Behinderung Einfluss auf die betriebliche Altersversorgung hat. Soweit der Arbeitgeber die Versicherung oder Versorgung über einen *externen Träger* durchführt, ist dieser *unionsrechtlich* ohne weiteres berechtigt, Risikozuschläge bei der Versicherung behinderter Menschen zu erheben. Im Verhältnis des Arbeitgebers zum Versicherer findet nämlich nicht die RL 2000/78/EG, sondern nur die RL 2000/34/EG und 2004/113/EG Anwendung, und diese untersagen eine Benachteiligung nur aus Gründen der Rasse, der ethnischen Herkunft und des Geschlechts, nicht aber einer Behinderung. *Innerstaatlich* ist der deutsche Gesetzgeber über diese Vorgaben allerdings hinausgegangen. Nach § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei privatrechtlichen Versicherungen nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen, beruht. Kann der Versicherer den Nachweis führen, dass behinderte Menschen ein erhöhtes Invaliditätsrisiko aufweisen, darf er vom Arbeitgeber einen entsprechenden Risikozuschlag verlangen.⁸¹ Übernimmt der Arbeitgeber die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung in einer *unmittelbaren Versorgungszusage* selbst, stellt sich die Frage des Risikozuschlags nicht.

2. Ausschluss aus der Invaliditätsversicherung

Der Arbeitgeber könnte aber, wenn ihm das Invaliditätsrisiko oder der vom externen Versicherungs- oder Versorgungsträger geforderte Risikozuschlag zu hoch ist, versucht

sein, Arbeitnehmer mit Behinderungen von Leistungen wegen Invalidität auszuschließen. Da im Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien zueinander nicht (nur) das Verbot der Benachteiligung wegen der Rasse und der ethnischen Herkunft, sondern auch dasjenige wegen der Behinderung *ohne* die Rechtfertigung des § 20 Abs. 2 Satz 2 AGG gilt, ist eine entsprechende Ausschlussklausel in der Versorgungsordnung hieran zu messen.

Sicher unbedenklich ist es, eine bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrages oder bei Erteilung der Versorgungszusage vorhandene Behinderung nicht zur Erfüllung des Versorgungsfalles ausreichen zu lassen, da ein bei Eingehung einer Versicherung bereits eingetretenes Risiko nicht mehr versicherbar ist.⁸² Damit ist aber noch nicht dem Umstand Rechnung getragen, dass behinderte Menschen ein höheres Invaliditätsrisiko haben können, das der Arbeitgeber u. U. nicht zu tragen bereit ist. In Art. 5 Satz 2 RL 2000/78/EG heißt es, dass der Arbeitgeber die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten *nicht* zu ermöglichen braucht, wenn sie ihn *unverhältnismäßig belasten*. Die betriebliche Altersversorgung wird hierbei zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dürfte aber in der als umfassend gewollten Aufzählung mit enthalten sein. Daher kann die Versorgungsordnung jedenfalls bei deutlich erhöhtem Invaliditätsrisiko und einer damit einhergehenden »unverhältnismäßig« höheren Belastung des Arbeitgebers einen Anspruchsausschluss statuieren.⁸³ Da die Kosten der Bedeckung des Invaliditätsrisikos gegenüber dem für die Alterssicherung aufzubauenden Anwartschaftsbarwert aber ohnehin nur geringes Gewicht haben, dürften Risikozuschläge von bis zu 50 % noch zumutbar sein.

79 BAG, 26.9.2000 – 3 AZR 387/99 – NZA 2002, 54 (Ls.); aA. LAG Hamm, 8.12.1998 – 6 Sa 674/98 – NZA-RR 1999, 431 (431 f.).

80 Bauer/Göpfert/Krieger (Fn. 1), § 2 Rn. 49; Blomeyer/Rolfes/Otto (Fn. 13), Anh. § 1 Rn. 52; Meinel/Heyn/Herms (Fn. 1), § 10 Rn. 74; aA. Cisch, in: Förster/Cisch/Karst (Fn. 37), § 1 Rn. 53; Höfer/Reinhard/Reich (Fn. 5), ART Rn. 785.

81 Thüsing/v. Hoff, VersR 2007, 1 (8).

82 Vgl. BGH, 17.10.1979 – IV ZB 10/79 – NJW 1980, 396 (397); Eckert, NJW 1979, 753 (753).

83 Adomeit/Mohr, ZfA 2008, 449 (471); wohl auch Doetsch, in: FS Kurt Kemper, 2005, S. 91 (98); Thüsing, BetrAV 2006, 704 (707); aA. Reichenbach/Grünekle, BetrAV 2006, 708 (711); Steinmeyer, ZfA 2007, 27 (39).

3. Gesundheitsuntersuchungen

Will der Arbeitgeber oder der externe Versicherungs- oder Versorgungsträger vor Erteilung der Versorgungszusage bzw. vor Abschluss des Vertrages eine Gesundheitsuntersuchung beim Arbeitnehmer durchführen, so steht die RL 2000/78/EG dem nicht im Wege. Von der »Behinderung« ist eine bloße Erkrankung zu unterscheiden.⁸⁴ Ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber Gesundheitsuntersuchungen durchzuführen berechtigt ist, richtet sich daher allein nach den nationalen Bestimmungen über den Persönlichkeits- und Datenschutz des Arbeitnehmers.⁸⁵

V. Das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität

Das Verbot der Diskriminierung wegen der sexuellen Identität spielt v.a. im Zusammenhang mit der Versorgung im Todesfall eine Rolle. Viele Versorgungsordnungen gewähren beim Tod des Arbeitnehmers Witwen- und Witwer-, nur wenige aber auch Hinterbliebenenrente an eingetragene gleichgeschlechtliche Lebenspartner. In der gesetzlichen Rentenversicherung hat der Gesetzgeber die für die Hinterbliebenenversorgung bestehenden Unterschiede zum 1.1.2005 eingeebnet (§ 46 Abs. 4 SGB VI). Für davor liegende Zeiten hat das BSG die legislative Entscheidung, die Rente auf Ehegatten zu beschränken, akzeptiert und einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verneint.⁸⁶ In der Rechtssache *Tadao Maruko* hat der EuGH entschieden, dass Art. 1 und 2 RL 2000/78/EG einer Begrenzung der Hinterbliebenenversorgung auf Ehegatten entgegensteht, wenn die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist.⁸⁷ In vergleichbarer Weise hat sich das BVerfG positioniert und damit die Beschränkung der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes auf hinterbliebene Ehegatten wegen Verstoßes gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG beseitigt.⁸⁸

Angesichts dieser unions- und verfassungsrechtlichen Vorgaben hat der *Dritte Senat* des BAG eine vernünftige Linie eingeschlagen: Gleichgeschlechtliche Partner befin-

den sich im Hinblick auf ihre Hinterbliebenenversorgung in einer Ehegatten vergleichbaren Lage, seitdem in der gesetzlichen Rentenversicherung entsprechende Ansprüche bestehen (1.1.2005). Ihnen ist daher, wenn die Versorgungsordnung Witwen-/Witwerrenten vorsieht, unter den gleichen Voraussetzungen⁸⁹ wie Ehegatten Hinterbliebenenrente zu gewähren, wenn das Versorgungsverhältnis am 1.1.2005 noch bestanden hat.⁹⁰ In Übereinstimmung mit der sozialrechtlichen Rechtslage wird die Gleichstellung daher erst zu diesem Zeitpunkt und nicht bereits zum Inkrafttreten des LPartG 2001⁹¹ vollzogen. Abweichend von § 46 Abs. 4 SGB VI⁹² erhalten gleichgeschlechtliche Partner die Rente aber nur, wenn der Arbeitnehmer nach dem 31.12.2004 verstorben ist.

VI. Zusammenfassung

Die praktisch größte Bedeutung hat das Verbot der Benachteiligung wegen des *Alters*. Im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 bzw. Art. 2 Abs. 2 lit. b Nr. i RL 2000/78/EG sind allerdings sowohl die Altersgrenze für die Unverfallbarkeit arbeitgeberfinanzierter Leistungszusagen (§ 1b Abs. 1 Satz 1 BetrAVG) als auch die zeiträtierliche Berechnung der unverfallbaren Anwartschaft (§ 2 Abs. 1 BetrAVG) trotz ihrer unmittelbaren bzw. mittelbaren

84 EuGH, 11.7.2006 – C-13/05 (*Chacón Navas*) – Slg. 2006, I-6467 = NZA 2006, 839 (840); BAG, 3.4.2007 – 9 AZR 823/06 – AP Nr. 14 zu § 81 SGB IX = NZA 2007, 1098 (1099).

85 Vgl. BAG, 6.11.1997 – 2 AZR 801/96 – AP Nr. 142 zu § 626 BGB = NZA 1998, 326 (327 f.); BAG, 12.8.1999 – 2 AZR 55/99 – AP Nr. 41 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung = NZA 1999, 1209 (1210); *ErfK/Preis* (Fn. 16), § 611 BGB Rn. 746.

86 BSG, 29.1.2004 – B 4 RA 29/03 R – BSGE 92, 113 (113 ff.); BSG, 13.12.2005 – B 4 RA 14/05 R – FamRZ 2006, 620 (620 f.); eine Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen: BVerfG, 11.6.2010 – 1 BvR 170/06 – NZS 2011, 58 (58 f.).

87 EuGH, 1.4.2008 – C-267/06 (*Tadao Maruko*) – Slg. 2008, I-1757 = NZA 2008, 459 (463).

88 BVerfG, 7.7.2009 – 1 BvR 1164/07 – BVerfGE 124, 199 (219 ff.) = NJW 2010, 1439 (1440 ff.); dazu kritisch *Hopfner*, *BetrAV* 2009, 772 (772 f.); anders zuvor BGH, 14.2.2007 – IV ZR 267/04, NJW-RR 2007, 1441 (1441 f.); BVerwG, 25.7.2007 – 6 C 27/06 – NJW 2008, 246 (247 ff.).

89 BAG, 15.9.2009 – 3 AZR 797/08 – AP Nr. 318 zu Art. 3 GG.

90 BAG, 14.1.2009 – 3 AZR 20/07 – AP Nr. 315 zu Art. 3 GG = NZA 2009, 489 (492 ff.); BAG, 11.12.2012 – 3 AZR 684/10 – BeckRS 2013, 67571; *Kemper*, in: *Kemper/Kisters-Kölkes* ua. (Fn. 13), § 1 Rn. 178.

91 Art. 5 des Gesetzes zur Beendigung der Diskriminierung gleichgeschlechtlicher Gemeinschaften: 1.8.2001.

92 Vgl. BVerfG, 11.6.2010 – 1 BvR 170/06 – NZS 2011, 58 (58).

Benachteiligung jüngerer Arbeitnehmer gerechtfertigt. Dasselbe gilt im Ergebnis für Mindest- und Höchstaltersgrenzen sowie das Dienstalter als Bemessungskriterium für die Höhe des Versorgungsanspruchs. Auch gegen Altersgrenzen als Voraussetzungen für Leistungen wegen Alters oder bei Invalidität sind Bedenken nicht zu erheben. Eine Begrenzung der anrechenbaren Dienstjahre kann dagegen nur ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Ob Altersdifferenzklauseln in der Hinterbliebenenversorgung zulässig sind, ist unionsrechtlich bislang ebenso wenig abschließend geklärt wie die Rechtfertigung von Spätehenklauseln.

Das Verbot der Ungleichbehandlung wegen des *Geschlechts* verlangt bei leistungsorientierten Versorgungszusagen trotz unterschiedlicher Lebenserwartung gleich hohe monatliche Renten für Frauen und Männer, in seit dem 21.12.2012 neu erteilten beitragsorientierten Zusagen zudem die Verwendung geschlechtsneutral kalkulierter Tarife. Teilzeitbeschäftigte dürfen nicht schlechter behandelt werden als Vollzeitbeschäftigte, das gilt auch für geringfügig Beschäftigte, wenn sie nicht auf ihre Versicherungs-

pflicht verzichtet haben. Zeiten unbezahlter Freistellung von der Arbeitsleistung (Elternzeit) müssen Zeiten des aktiven Dienstes nicht gleichbehandelt werden. Hinterbliebenenrenten dürfen nicht nur an Witwen, sondern müssen auch an Witwer gewährt werden; Haupternährerklauseln sind unzulässig.

Für die Versicherung *behinderter Menschen* dürfen externe Versorgungsträger Prämienzuschläge erheben, wenn statistisch ein erhöhtes Invaliditätsrisiko nachweisbar ist. Ist dieser Zuschlag unverhältnismäßig hoch (mehr als 50%), darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer aus der Invalidenversicherung ausschließen. Gesundheitsuntersuchungen bei Erteilung der Versorgungszusage sind unbedenklich.

Wegen der *sexuellen Identität* wird diskriminiert, wenn Hinterbliebenenleistungen nur Ehegatten, nicht aber eingetragenen (gleichgeschlechtlichen) Lebenspartnern zugesagt werden. Benachteiligungen wegen der *Rasse und der ethnischen Herkunft* sowie der *Religion oder Weltanschauung* sind in der betrieblichen Altersversorgung bislang nicht bekannt geworden.

Die historische »Zeitschrift für soziales Recht« – 1928–1934. Gegenstände und Bedeutung des Konzepts in heutiger Zeit¹

Prof. Dr. Eva Kocher, Europa-Universität Viadrina, Frankfurt (Oder)

Mit dem Namen »Soziales Recht« nimmt diese Zeitschrift Bezug auf eine Debatte in der Weimarer Zeit und einen Begriff, der insbesondere von *Sinzheimer* und *Radbruch* entwickelt und verwendet wurde.² Achim *Seifert* wies schon darauf hin, dass es damals auch eine rechtswissenschaftliche Zeitschrift gab, die sich mit dem Namen »Zeitschrift für soziales Recht« explizit diesen Ansatz zu Eigen gemacht hatte.³ An diese Zeitschrift soll hier erinnert werden; anhand ihrer Autoren und Artikel eröffnet sich auch ein Einblick in die arbeitsrechtlichen Konflikte, die damals mit dem Begriff »soziales Recht« verbunden waren.⁴

I. Programmatiches

1. Herausgeber und Autoren (sowie zwei Autorinnen)

In den Jahren 1928 bis 1934 gab die Kammer für Arbeiter und Angestellte in Wien in insgesamt sechs Jahrgängen je vier Ausgaben⁵ der »Zeitschrift für soziales Recht« heraus, die im Verlag von Julius *Springer* in Wien erschienen. Herausgeber waren für die Jahre 1928–1933 die Professoren *Stefan Bauer* (Basel); *Siegmond Grünberg* (Wien); *Hans Kelsen* (bis 1930 Universität Wien und Richter am österreichischen Verfassungsgerichtshof, danach Köln⁶); *Karl Eman Přibram* (Frankfurt/Main); *Gustav Radbruch* (Heidelberg), *Hugo Sinzheimer* (Frankfurt/Main). Die Redaktion oblag bis 1933 *Dr. Hermann Heindl*, Sekretär der Kammer für Arbeiter und Angestellte in Wien.⁷

Alle Herausgeber stehen für einen interdisziplinären und rechtspolitischen Ansatz der Zeitschrift, politisch standen sie alle den sozialdemokratischen Gewerkschaften nahe. Neben den Rechtswissenschaftlern *Hans Kelsen*, *Gustav Radbruch* und *Hugo Sinzheimer*, deren Namen auch den heutigen Juristinnen und Juristen ein Begriff sein könnten,⁸ gehörte der OLG-Senatspräsident *Siegmond*

Grünberg dazu, der an der Wiener Hochschule für Welthandel lehrte.⁹ *Stephan Bauer* (1865–1934) war ein österreichischer Nationalökonom, der in den Jahren 1901 bis 1919 Leiter des Internationalen Arbeitsamtes in Basel war (und gleichzeitig an der dortigen Universität als außerordentlicher Professor tätig).¹⁰ Auch *Karl Eman Přibram* (1877–1973) war im Internationalen Arbeitsamt tätig; er war von 1921 bis 1928, als das Amt bereits nach Genf gewechselt war, dort Leiter der statistischen Abteilung. Nach seinem rechtswissenschaftlichen Studium an der Universität Prag war er zunächst zum Dr. iur. promoviert worden, wurde im Jahr 1914 aufgrund seiner ökonomi-

- Ulrich Stascheit vermittelte mir vor einiger Zeit den antiquarischen Erwerb aller Jahrgänge der »Zeitschrift für soziales Recht« 1928–1934, ihm sei dafür sowie für zahlreiche weitere wertvolle Anregungen herzlich gedankt! Einen wichtigen Anteil an diesem Text hat Ulrike Müller, die die Hintergründe recherchierte, unter denen das Erscheinen der Zeitschrift eingestellt wurde. Ihren Gesprächspartnern und Gesprächspartnerinnen bei der Arbeiterkammer Wien sowie beim Verlag Springer Berlin sei ebenfalls gedankt.
- Deinert/Krause*, SR 2011, 1 f.; zur Debatte siehe in dieser Zeitschrift schon *Seifert*, SR 2011, 62 ff.; *Eichenhofer*, SR 2012, 76 ff.
- Seifert*, SR 2011, 62, 63.
- Der Text beruht auf einer heutigen Lektüre der Zeitschrift und soll die Gegenstände und konzeptionellen Fragen des »sozialen Rechts« veranschaulichen, wie es in den Jahren der Weimarer Republik diskutiert wurde. Dem Text liegt keine darüber hinaus gehende historische Forschungsarbeit zu Grunde.
- Es handelte sich um die Jahrgänge 1928/29, 1929/30, 1930/31, 1932, 1933 und 1934. Im Jahr 1933 erschienen allerdings nur noch drei Ausgaben (die Nummern 3 und 4 wurden in einem Heft zusammengefasst), 1934 erschienen nur noch vier Nummern in zwei Heften. Die Zeitschrift wird im Folgenden »ZfsozR« abgekürzt.
- Sein Weggang aus Wien wurde in der Zeitschrift für soziales Recht sehr bedauert und mangelnden Bleibeanstrengungen der Universität Wien zur Last gelegt (so auch mit Beschreibung der Hintergründe: *Günther*, in: *Kritische Justiz* (Hrsg.), *Streitbare Juristen: Eine andere Tradition*, Baden-Baden 1988, S. 367, 375).
- Zum Jahr 1934 siehe unten III.1.
- Zu *Sinzheimer*: *S. Blanke*, *Soziales Recht oder kollektive Privatautonomie?* *Hugo Sinzheimer* im Kontext nach 1900, 2005; *Erd*, in: *Streitbare Juristen* (Fn. 6), S. 282 ff.; zu *Radbruch*: *Schneider*, in: *Streitbare Juristen* (Fn. 6), S. 295 ff.; zu *Kelsen*: *Günther* (Fn. 6), S. 367 ff.
- Goller*, in: *Harrer/Honsell/Mader* (Hrsg.), *GS Theo Mayer-Maly*, Wien 2011, 187 ff., 190; siehe auch die Würdigung zum 70. Geburtstag in der *ZfsozR* 5 (1933), S. 94.
- Eichholzer*, »*Bauer, Stephan*«, in: *Neue Deutsche Biographie* 1 (1953), S. 646 f. (<http://www.deutsche-biographie.de/pnd116086858.html>) (Abruf 25.3.2013).

schen Interessen zum außerordentlichen Professor für Wirtschaftswissenschaften an der Universität Wien ernannt und war später im österreichischen Sozialministerium tätig. Von 1928 bis 1933 lehrte er als Professor an der Universität Frankfurt/Main.¹¹

Ab 1930 kam Arthur *Lenhoff*, Wien, als weiterer Herausgeber hinzu und spielte mit einer Vielzahl von Beiträgen eine wichtige Rolle. Arthur *Lenhoff* (1885–1965) war zunächst Anwalt in Wien und ab 1926 Professor an der dortigen Universität, wo er als erster das Arbeitsrecht als Fach der Rechtswissenschaft einführte. Von 1930 bis zur Auflösung des Gerichts im Jahre 1934 war er Richter am Österreichischen Verfassungsgerichtshof.¹²

Zu den Autoren zählten mit Martin *Drath*, der später Richter am Bundesverfassungsgericht wurde,¹³ und Franz *Mestiz*, *Sinzheimers* Assistent in Frankfurt, der später ua. Otto Kahn-Freunds Werke ins Deutsche übersetzte, zwei Dozenten an der Akademie der Arbeit in der Universität Frankfurt/Main (die von *Sinzheimer* mit gegründet worden war, der dort ebenfalls lehrte). Aus dem Umfeld von *Kelsen* verfassten zB. Gisela *Rohatyn* Rezensionen sowie Rudolf *Aladár Métall* (der ab 1931 beim Internationalen Arbeitsamt in Genf beschäftigt war) den Beitrag »Der heutige Sinn der Gnade«¹⁴.

Unter den Autoren sind darüber hinaus insbesondere Heinz *Potthoff* und Karl *Renner* hervorzuheben. Heinz *Potthoff* (1875–1945) war Mitglied des Arbeitsrechtsausschusses beim Reichsarbeitsministerium und in dieser Eigenschaft sowohl am Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes wie an der Vorbereitung des Tarifvertragsgesetzes und des Arbeitsgerichtsgesetzes führend beteiligt. Zu Beginn der Zeit des Nationalsozialismus wurde er aus dem Staatsdienst entlassen, veröffentlichte 1935 aber noch ein »Handbuch für Vertrauensräte, Betriebsführer und Gefolgschaft«.¹⁵

Karl *Renner* (1870–1950) hatte mit seinem Werk »Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion« großen Einfluss auf die Rechtstheorie der sozialistischen Juristen und insbesondere *Sinzheimer* ausgeübt. Er muss als einer der geistigen Väter der Zeitschrift angesehen werden; *Sinzheimer* erläuterte die Grundlagen »sozialen Rechts« nicht zufällig mittels einer Rezension der Neuerscheinung von *Renners* Buchs (ZfsozR 2 (1929/30), 93 ff). Im Erscheinungszeitraum der Zeitschrift war *Renner* in der Politik aktiv. Er war bereits von 1918 bis 1920 als Staatskanzler maßgeblich am Entstehen der Ersten Republik Österreich beteiligt, von 1920 bis 1934 Abgeordneter und

von 1931 bis 1933 Präsident des Nationalrates. Umstritten ist seine Rolle 1933, als ua. sein Rücktritt Auslöser des Staatsstreichs durch *Dollfuß* wurde, sowie seine Zustimmung zum »Anschluss« Österreichs an das Deutsche Reich im Jahre 1938. Die Zeit der NS-Herrschaft verbrachte er nach kurzzeitiger Verhaftung 1934 unter Hausarrest, und nach dem Zweiten Weltkrieg war er Chef der provisorischen Regierung sowie bis zu seinem Tod 1950 Bundespräsident.¹⁶

2. »Die Entwicklung der modernen Gesellschaft steht unter dem Zeichen des Kollektivismus«

Die Debatte um Begriffe und Instrumente eines »Sozialen Rechts« wurde vor allem in den ersten drei Jahren der Zeitschrift intensiv geführt. Bereits das Editorial¹⁷ betont die programmatische Fokussierung auf das »Soziale« in Abgrenzung zum Individualismus: »Die Entwicklung der modernen Gesellschaft steht unter dem Zeichen des Kollektivismus.« Der moderne Begriff des Wortes »sozial« bezeichne »das kollektivistische Miteinander auf der Grundlage der modernen Wirtschaft an Stelle des individualistischen Nebeneinander«.

Der programmatische Aufsatz von Hugo *Sinzheimer* (»Der Wandel im Weltbild des Juristen«), mit dem die Zeitschrift dann eröffnete, erläuterte das zugrunde liegende Verständnis von Individuum und Kollektiv genauer. Er identifiziert es zunächst als Kennzeichen der gesellschaftlichen Entwicklung, dass »der Entpersönlichung [...] ein neues persönliches Werden auf gemeinheitlicher Grundlage [entspreche]«. In der sozialen Bewegung »revolviert der Mensch, wie er leibt und lebt, gegen die Vorstellung, die sich das Recht von ihm macht. [...] Das soziale Recht erfasst den Menschen nicht als Person, sondern als soziales Wesen.«

Hier finden die beiden Ausgangspunkte des »sozialen Rechts« – die Anerkennung des Menschen im Recht und

11 *Chaloupek*, »Přibram, Karl«, in: Neue Deutsche Biographie 20 (2001), S. 718 f (<http://www.deutsche-biographie.de/pnd124080308.html>) (Abruf 25.3.2013).

12 *Touster*, Buffalo Law Review 1 (1966-1967); *Schwind*, Juristische Blätter 1965, 618 f.; *Schlesinger*, RabelsZ 30 (1966), 201 ff.

13 Ausführlich zu seinen konzeptionellen Vorstellungen *Henkel/Lembcke*, KJ 2003, 445 ff.

14 ZfsozR 3 (1930/31), 61 ff. Biografische Angaben zu Aladár Métall: *Jestaedt* (Hrsg.), Hans Kelsen Werke Bd. 1, S. 78, Fn. 233 zu Kelsen, Autobiographie (1947).

15 Vgl. *Ramm*, »Potthoff, Heinz«, in: Neue Deutsche Biographie 20 (2001), 662 f. (<http://www.deutsche-biographie.de/pnd116277750.html>) (Abruf 25.3.2013).

16 Zu Karl Renner siehe zB. auch www.rennermuseum.at (Abruf 28.3.2013).

17 Nach Angaben von S. *Blanke* (Fn. 8), S. 116 wurde es von *Sinzheimer* verfasst.

die soziologische Methode¹⁸ – in dem Anspruch zusammen, die realen Machtverhältnisse hinter der formalen Gleichheit der Rechtssubjekte und insofern den Menschen in seiner sozialen Einbettung in den Mittelpunkt zu stellen.¹⁹

Mit den gesellschaftlichen und sozialen Fragen wird allerdings sehr schnell das Kollektive als der eigentliche Gegenstand des sozialen Rechts identifiziert, und zwar in konkreten gesellschaftspolitischen Formationen: »Was den einzelnen an Willensmacht entzogen wird, geht über auf neue Willenszentren, die sich über den einzelnen als Träger eigener Befugnisse erheben (Wirtschaftsräte, Kartelle, Koalitionen).« Dahinter steht die Vorstellung einer Wirtschaftsdemokratie, die mit dem Prinzip des Privateigentums an den Produktionsmitteln bricht und dieses auf ein Gemeinwesen überträgt;²⁰ sie wurde damals in der Regel marxistisch begründet. Mit dem Begriff des »sozialen Rechts« wird also versucht, eine Konstellation zu erfassen, in der alles in der Gesellschaft liegt – und damit weder allein im Individuum noch allein im Staat.

In Hinblick auf das Recht wird insbesondere dessen Gestaltbarkeit betont: Für die alte Gesellschaftsauffassung sei die Gesellschaft »Natur« gewesen – »nach der neuen Gesellschaftsauffassung, die in dem sozialen Rechte zum Ausdruck gelangt, ist sie ein Objekt, das der menschlichen Gestaltung unterworfen ist«. Das soziale Recht ist deshalb »dynamisch und nicht mehr statisch«.

Der unmittelbar darauf folgende Text von Heinz Pott-hoff, der »Die Mittel des sozialen Rechtes« behandelt, fordert sogar, »altdeutsche Gedanken vom Genossenschaftsrechte« wieder lebendig werden zu lassen. Nur die »Gesamtheit der zum Betriebe verbundenen Arbeitnehmer« könne Rechte am Betriebe gewinnen. Er präsentiert damit eine Kritik am Zivilrecht zugunsten von deutschrechtlichen Gedanken von »Kollektivität«, die in der Zeitschrift überwiegend als Minderheitenposition erscheint.

Gustav Radbruch bezieht sich in »Klassenrecht und Rechtsidee« (ZfsozR 1 (1928/1929), 75 ff) wie schon Sinzheimer auf Marx/Engels, allerdings gleichermaßen auch auf Ihering: Rechtsverhältnisse seien in Rechtsform übersetzte soziale Machtverhältnisse. Die Übersetzung in die Rechtsform hält er wegen der in ihr repräsentierten Gerechtigkeitsmodelle für unabdingbar: »Die Ordnung eines sozialistischen Gemeinwesens kann keine andere sein als eben eine Rechtsordnung« – wenn auch die neue Gesellschaftsordnung selbst nicht durch das Recht hervorgebracht werden könne.

3. Über die juristischen Fachgebiete hinweg

Die Zeitschrift verfolgte keinen interdisziplinären Ansatz im heutigen Sinn. Lediglich der Aufsatz »Arbeitswissenschaft und Arbeitsrecht« von Richard Woldt (ZfsozR 1 (1928/29), 186 ff) plädiert explizit für eine stärkere Kooperation dieser beiden Disziplinen.

Kennzeichnend für viele Texte ist allerdings der Anspruch, nicht nur rechtsdogmatische, sondern auch rechtspolitische und politik- und wirtschaftswissenschaftliche Aussagen zu treffen. Es ist ja kein Zufall, dass im Herausgeberkreis Nationalökonomien gleichwertig neben Juristen vertreten waren, und eine Rezension von Karl Diehls »Die rechtlichen Grundlagen des Kapitalismus« durch Fritz Naphthali liegt ganz in der Linie und üblichen Praxis dieser Zeitschrift.

Auch einige aus heutiger Sicht »rechtssoziologische« Aufsätze finden sich. So analysiert zB. Paul Szende²¹ in »Zur Soziologie drakonischer Gesetze« (ZfsozR 4 (1932), 76 ff.) für Ungarn, dass für drakonische Verfügungen in uneigentlichem Sinne das mathematische Gesetz gelte, dass solche Strafen umso weniger angewendet würden, je härter sie seien. Walter Kiesel kommt in »Möglichkeiten und Aufgaben der Rechtsprechung für soziale Rechtsgestaltung« (ZfsozR 1 (1928/29), 182 ff.) zu dem Ergebnis, dass der Richter in Fragen der Rechtsbindung und der Lückenfüllung sehr gut wisse, dass es allein der Gesellschaftsprozess sei, der selbsttätig aus sich heraus das Recht hervorbringe, und dass dem Richter nur die Aufgabe seiner Formulierung überlassen sei (die allerdings formende und insoweit schöpferische Fähigkeit verlange).

Mindestens ebenso wichtig war der Anspruch, Fragen des Rechts jenseits der intradisziplinären Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht zu behandeln,²² also über die Trennung der »juristischen Zweige und Fachgebiete« hinweg. So heißt es im Editorial: »Die soziale

18 Seifert, SR 2011, 62, 65; zu Sinzheimers Vorstellungen auch S. Blanke (Fn. 8), S. 101 ff.; zum Konzept des »sozialen Rechts« bei Radbruch siehe nur Schneider (Fn. 8), S. 295, 301.

19 Seifert, SR 2011, 62, 66. Siehe auch Radbruch, in: Der Mensch im Recht, Göttingen 1927, S. 5 ff. (wieder aufgelegt 1957).

20 S. Blanke (Fn. 8), S. 116. Sinzheimer nimmt auch in diesem Text explizit auf Marx'sche Texte Bezug.

21 Paul Szende (1879–1934) war ehemaliger ungarischer Finanzminister, Soziologe und Finanzwissenschaftler. Er schrieb später über Mystik.

22 Zu diesem Anspruch des »Sozialen Rechts« Eichenhofer, SR 2012, 76, 77; Seifert, SR 2011, 62, 70; zu Sinzheimers Auffassung in dieser Richtung auch S. Blanke (Fn. 8), S. 101 ff.

Betrachtung steht [...] dort, wo das Fachliche im Vordergrund steht, im Hintergrund. Die ‚Zeitschrift für soziales Recht‘ hingegen soll zu den sozialen Problemen aller Fächer Stellung nehmen; in ihr wird das Soziale im Vordergrund stehen.« »Die ‚Zeitschrift für soziales Recht‘ soll die sozialen Probleme des Bürgerlichen Rechtes, des Strafrechtes, des Arbeitsrechtes und aller übrigen Rechtsgebiete auf ihre gemeinsame Wurzel zurückführen; das Arbeitsrecht, das sozialste aller bestehenden Rechte, wird hierbei naturgemäß einen besonders breiten Raum einnehmen.«

4. Die Kritik des Zivilrechts: Absterben des bürgerlichen Rechts?

Die programmatische Debatte wurde in diesem Sinne vor allem als Kritik am herrschenden Zivilrecht geführt, dem man vorwarf, den Menschen nicht in seinen sozialen Bezügen zu sehen: »Die Rechtsfähigkeit aller ist nicht die Lebensfähigkeit der einzelnen.«²³

Der zweite (und letzte) Text, den Hugo *Sinzheimer* für die Zeitschrift beisteuerte (»Zur Kritik des bürgerlichen Rechtes«, ZfsozR 2 (1929/30, 93 ff.), war ein Rezensionssatz zum Werk von Karl *Renner* »Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion.«²⁴ Er lobt hier insbesondere, wie dieses (damals sehr einflussreiche) Werk die soziale Funktion des Eigentums kritisch als »doppelte Funktion« beschreibe: Aus dem Recht der totalen Herrschaft über eine körperliche Sache ergebe sich das Recht, über fremde Personen zu verfügen (soweit die Sache Kapital, dh. Produktionsmittel sei). Das Eigentum könne »in unserer Zeit« deshalb nicht wirksam werden, ohne dass es sich des Arbeitsvertrages zu seiner Verwertung bediene. Die neue Rechtsentwicklung habe also zwei neue Rechtsgebiete, das Arbeits- und das Wirtschaftsrecht, hervor gebracht, die dazu berufen seien, die Allmacht des bürgerlichen Rechtes in wesentlichen Beziehungen einzuschränken.

Sinzheimer lässt in den Hintergrund treten, was bei *Renner* von großer Bedeutung war: Dieser zeigte auf, wie für unterschiedliche privatrechtliche Institute neue öffentlich-rechtliche Regelungen entstünden (»Konnex- und Komplementinstitute«). Für diesen zeigt sich darin eine allgemeine Tendenz, das Privatrecht dem Öffentlichen Recht zu unterstellen. Ein Beispiel für diese Sichtweise findet sich auch bei Heinz *Potthoff* (»Die Mittel des sozialen Rechtes«, s. o.): Das soziale Recht im größeren Betriebe sei nicht in erster Linie Vertragsrecht, sondern Verfassungsrecht; der

Betrieb ähnele dem Staate. Fritz *Guttman* formuliert zur »Krise des Wirtschaftsrechtes« (ZfsozR 3 (1930/31), 214 ff) dasselbe in umgekehrter Bedeutung: »[D]ie vom Staate delegierte Rechtssetzungs- und Verwaltungsmacht im Wirtschaftsleben [sei] in wenigen Händen monopolisiert«.

Gustav *Radbruch* relativiert dieses Rangverhältnis etwas (»Klassenrecht und Rechtsidee«, s. o.): Der Gedankengang vom »Absterben der Rechtsform mit zunehmender Publizierung, dh. Sozialisierung des Privatrechtes« sei keineswegs zwingend. Die ausgleichende Gerechtigkeit sei die Gerechtigkeit des Privatrechtes, die austeilende die Gerechtigkeit des öffentlichen Rechtes.²⁵

Mit dem Verhältnis der juristischen Fachgebiete zueinander beschäftigt sich auch Martin *Drath*, »Das Gebiet des öffentlichen und des privaten Rechts« (ZfsozR 3 (1930/31, 229 ff), der den Begriff der öffentlich-rechtlichen Konnexinstitute für bisher privatrechtliche Erscheinungen aufgreift und auf die Funktion der Sozialversicherung für den Familienunterhalt anwendet. Sein Anliegen der Ausarbeitung einer spezifisch sozialwissenschaftlichen Theorie des Staates und des Rechts²⁶ formulierte er hier als einen Beitrag zur Soziologie des öffentlichen Rechtes. Da das öffentliche Recht Herrschaftsrecht sei, könne man aus der Tatsache der Herrschaft bestimmter Kräfte in großem Umfang auf den Inhalt des öffentlichen Rechtsgebietes schließen. Dies bedeute aber, dass es nicht nur der Unterdrückung wirtschaftlich Schwächerer, sondern auch zu deren Schutz dienen könne.

Eine zunehmende Bedeutung des öffentlichen Rechts konstatiert in gewisser Weise auch Hans *Kelsen* in »Justiz und Verwaltung« (ZfsozR 1 (1928/29, 80 ff). Er bestreitet den Wesensunterschied dieser Gewalten in formaler Hinsicht: Beide seien individualisierende Gesetzesvollziehung. Betrachte man die staatlichen Funktionen jedoch unter materiellen Gesichtspunkten, so handele es sich bei der Tätigkeit der Gerichte nur um eine mittelbare Verfolgung von Staatszwecken. Je mehr sich der Staat seiner sozialen Aufgaben bewusst werde und mit Fürsorge und Wirtschaft

²³ *Sinzheimer*, ZfsozR 1 (1928/29), 1 ff.

²⁴ 1929 bei J.C.B. Mohr erschienen; es handelte sich um eine Neuherausgabe von »Die soziale Funktion der Rechtsinstitute, besonders des Eigentums«, das zunächst in den Marx-Studien erschienen war; zum Einfluss dieses Werks siehe auch *Seifert*, SR 2011, 62, 65.

²⁵ Später heißt es hingegen (*Radbruch/Zweigert*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 12. Aufl., Stuttgart 1969, S. 208): »Verwaltungsrecht ist soziales Recht, und im sozialistischen Wohlfahrtsstaate konsequentester Prägung würde, wie wir sahen, das Zivilrecht völlig vom Verwaltungsrecht verschlungen werden«.

²⁶ *Henkel/Lembcke*, KJ 2003, 445 ff.

in das gesellschaftliche Leben eingreife, gewinne die unmittelbare Staatsverwaltung an Bedeutung: »Der Staat der Zukunft wird nicht mehr ein bloßer Gerichtsstaat, sondern ein Verwaltungs-Staat sein.«

Wenn auch insgesamt die Kritik am Zivilrecht einhellig zu sein scheint, so ist die Vorstellung, dass es der Staat und das öffentliche Recht sein müssten, die an seine Stelle zu treten hätten, alles andere als eine eindeutige Linie. Der Begriff »soziales Recht« bezog sich vor allem auf das Arbeits- und Wirtschaftsrecht und hielt das Konzept bewusst gegenüber anderen Vorstellungen von Gesellschaftlichkeit und Wirtschaftsdemokratie offen.²⁷

Dies war der Boden, auf dem sich Arthur *Lenhoff* dann in »Wandlungen des Privatrechtes« (ZfsozR 3 (1930/31), 135 ff) weniger grundsätzlich äußern konnte. Er bezieht sich positiv auf einen von ihm konstatierten Entwicklungsprozess »von der Individualfreiheit zum Zwang« (mit Ausnahme der Eheschließung, wo es umgekehrt sei). Dies zeige sich in vielen neueren Rechtssätzen, die der rücksichtslosen Verfolgung des Individualrechtes das größere Interesse der Gesamtheit gegenüberstellten. Der Rechtsmissbrauch werde stärker objektiviert und zu Einzeltatbeständen umgeformt, der Verschuldensgrundsatz weiche vor dem Verursachungsgrundsatz zurück, und es seien Tendenzen der Entpersönlichung des Privatrechts ersichtlich, insbesondere bei der Behandlung von Unternehmen als selbständige Rechtsträger.

II. Die Bandbreite der Themen 1928–1934

1. Die Rechtsfragen der Zeit

Die programmatischen Texte bieten den Hintergrund für eine Vielzahl rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Aufsätze, Rezensionen, großen und kleineren Anmerkungen zur Rechtsprechung sowie Gesetzgebungsberichte (Anmerkungen und Berichte wurden überwiegend vom Redakteur Hermann *Heindl* verfasst).

Die Bandbreite der Themen macht nicht nur die wissenschaftlichen und politischen Interessen auf dem Gebiet des »sozialen Rechts« deutlich – sie vermittelt auch einen Eindruck von den sozialen Problemen und damit zusammenhängenden Rechtsfragen am Ende der Weimarer und der österreichischen Republik. Österreichisches und deutsches Recht wurden etwa zu gleichen Teilen berücksichtigt,

der Schwerpunkt der Berichterstattung über Gesetzgebung und Rechtsprechung lag jedoch auf dem österreichischen Recht. In seiner (überwiegend zustimmenden) Besprechung der 3.–5. Aufl. des Lehrbuchs von *Hueck-Nipperdey* macht *Heindl* seine Sichtweise insoweit deutlich, wenn er kritisiert, dass zu wenig auf die österreichische arbeitsrechtliche Gesetzgebung eingegangen werde (die »im Gesamtdurchschnitt wohl als die Fortgeschrittenste Europas, wenn nicht der ganzen Welt überhaupt zu bezeichnen« sei) (ZfsozR 4 (1932), 266).

Im Arbeits- und Sozialrecht ging es zB. um »Das Zeugnis des Arbeitnehmers in Österreich und Deutschland«, »Rechtsfragen der Lohnsenkung und Kurzarbeit«, »Sozialversicherung und Schadensersatz«, »Das öffentliche Dienstrecht als Teil des Arbeitsrechts«, »Entwicklung und Probleme des Lohnpfändungsrechtes« oder einen Bericht über das österreichische »Doppelverdienergesetz« als Maßnahme gegen Arbeitslosigkeit. In einem großen Bericht wurden »Die Einschränkungen des Kündigungsrechtes der Arbeitgeber in der Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichtes« analysiert. Das Verfahrensrecht stand im Mittelpunkt in »Die Arbeitsgerichtsbarkeit in Österreich und Deutschland. Rechtsvergleichung und Gesetzeskritik«, »Grundsätzliches zur Einführung des Güteverfahrens in Österreich« und »Gütegerichtsbarkeit als Problem des Sozialrechtes«. Anlässlich eines Urteils des Kreisgerichts Leoben wurde auf »Die Rechtsnatur des Betriebsverbandes (Belegschaft) und des Betriebsrats« eingegangen. In »Soziale Lasten und Sozialbedarf in Österreich« setzte man sich kritisch mit dem Argument der Belastung von Unternehmen durch die soziapolitischen Kosten insbesondere der Sozialversicherung auseinander.

Aus heutiger Sicht erscheint auch interessant, wie viele arbeitsrechtliche Themen die Zeit überdauert zu haben scheinen. So wird unter »Rechtsprechung« intensiv über ein Urteil des Obersten Gerichtshofs zu »Dienstvertrag, Werkvertrag, Dienstbeschaffungsvertrag« diskutiert (ZfsozR 4 (1932), 256 ff; siehe auch 6 (1934), 243: »eine der die Praxis des Arbeitsrechtes seit einigen Jahren bekanntlich am stärksten beschäftigenden Streitfragen«). Hier ging es um einen Werkvertrag zwischen Lokalbesitzer und Kapellmeister, auf dessen Grundlage der Kapellmeister als (angeblicher) Arbeitgeber Musiker engagiert hatte. In dieser Frage (die später unter dem Stichwort »mittelbares Arbeitsverhältnis« debattiert

²⁷ Bezogen auf Sinzheimer bezeichnet *Seifert*, SR 2011, 62, 69 dies als »Modell eines staatszentrierten Rechtspluralismus«.

wurde²⁸), hielt das Gewerbegericht Wien den Lokalinhaber für den Arbeitgeber, der OGH hingegen den Kapellmeister. Auch die Themen »Arbeitszeit und Arbeitsbereitschaft« (ebd., 261) oder »Urlaubsanspruch nach Entlassung wegen längerer Krankheit« (ebd., 262) klingen vertraut. Siegmund Grünbergs Text über »Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Ketten kurzfristiger Angestelltenverträge?« (ZfsozR 5 (1933), 9 ff) hatte nach dem Zweiten Weltkrieg nicht zuletzt Einfluss auf entsprechende Positionen von Theo Mayer-Maly.²⁹

»Soziales Recht« – dazu gehörten auch Fragen des sozialen Wohnrechts, das Kündigungsrecht des Vermieters wegen Zahlungsrückständen, Berichte über ein »Grundsatzgesetz über die Armenpflege«, »Ziehkindergesetz«, einen Entwurf für ein österreichisches Landarbeitergesetz, den deutschen Referentenentwurf eines Gesetzes über die Beschäftigung in der Hauswirtschaft, ein Grundsatzgesetz über Kinderarbeit in der Land- und Forstwirtschaft, Amnestien und die Feiertagsruhe. Man interessierte sich für das Jugendgerichtsgesetz, das österreichische Bundesgesetz über die Regelung des Dienstverhältnisses der Privatkraftwagenführer und für die Arbeitermittelschulen. Eine größere Rolle nahmen verbraucherrechtliche Fragen des Ratenrechts ein, dank Siegmund Grünberg, der sich wiederholt mit der entsprechenden Gesetzgebungstätigkeit beschäftigte (und der die österreichische Novelle von 1929/30 im Ergebnis für ein gutes Werk hielt). Hans Hecht behandelte unter der Überschrift »Probleme des Wucherstrafrechtes« (ZfsozR 1 (1928/29), 169 ff) die Erscheinungsformen Kreditwucher, Lohnwucher und Bodenwucher gemeinsam.

Hermann Heindl wandte sich in »Rechtsbeistand für Unbemittelte und Winkelschreiberei« (ZfsozR 1 (1928/29), 251 ff.) dagegen, die rechtliche Tätigkeit von Verbänden, Schiedsgerichten, privaten Rechtsschutzvereinigungen, Inkassobüros und Rechtskonsulenten als Bedrohungsszenarien zu schildern: Der Begriff »Winkelschreiberei« werde eben für alle Erscheinungen verwendet, die einen »drohenden Einbruch in das anwaltschaftliche Wirkungsfeld« bedeuteten; statt andere mit Begriffen wie »Kurpfuscherei« zu diskreditieren, sei stattdessen darauf hinzuweisen, dass die Anwaltschaft gerade auf dem Gebiet des Arbeitsrechts selbst nur wenig bewandert sei.

Veröffentlicht wurden auch Beiträge zum ausländischen Recht: »Die kollektive Regelung der Arbeitsverhältnisse in Italien« (Georg Schüller in ZfsozR 5 (1933), 87 ff.), zum tschechoslowakischen Strafgesetzentwurf, zum neuen Arbeitsvertragsrecht Polens (Philipp Merlan in ZfsozR 5

(1933), 133 ff.). Auf großes Interesse stieß Russland bzw. die Sowjetunion. Außer einzelnen Berichten über (zB.) das »russische Wohnrecht« oder das »Sowjetstrafrecht« finden sich hier auch grundsätzliche Betrachtungen zur Bedeutung der sowjetischen Rechtsordnung. Unter der Überschrift »Russland und das internationale Sozialrecht« (ZfsozR 1 (1928/29), 32 ff.) behandelte mit Stefan Bauer einer der Herausgeber in einer sozialpolitischen Analyse die »großen Neuländer« Russland, USA, Mexiko und China ganz parallel im Verhältnis zu Westeuropa.

Eine kritische Auseinandersetzung mit Recht und Staat der Sowjetunion lieferte dann Karl Renner, zunächst unter dem Titel »Die Menschenrechte, ihre geschichtliche Rolle und ihre zukünftige Geltung«, unter dem er die Weimarer Reichsverfassung in die Entwicklung der Menschenrechte einzuordnen suchte (ZfsozR 1 (1928/29), 225 ff.). Er betonte hier einerseits als Fortschritte seit 1789 die Verpflichtung auf ein menschenwürdiges Dasein für alle als Staatszweck sowie die Verpflichtung des Staats zu Leistungen gegenüber dem einzelnen. Andererseits sah er sich zu einer Abgrenzung verpflichtet, Abgrenzung von »einem Staatswesen, das von gewissen Richtungen als das modernste hingestellt wird, das ist die Sowjet-Union (Sowjet-Diktatur)«. Hier sei die Geistes- und Gewissensfreiheit, ein absolutes Menschenrecht, entschieden eingeschränkt worden. »Die absolute Gewalt des Staates über das Denken aufrichten, heißt die Quellen der geistigen Erneuerung verschütten.« Im folgenden Jahrgang zeichnete derselbe Autor in »Ein Buch vom juristischen Überbau« (ZfsozR 2 (1929/30), 135 ff.) Entwicklungslinien der Verstaatlichung des Rechts und der Gerichte nach, und rief aus: »Wieviel im Schlimmen und im Guten der Staat und sein Gesetz wirtschaftlich vermag, hat die gewaltige Umwälzung, die sich seither in Russland vollzogen hat, klar bewiesen!«

2. Kollektives Arbeitsrecht, Koalitionsfreiheit und das österreichische »Antiterrorgesetz« von 1930

Da viele der Vorstellungen vom sozialen Recht sich auf eine gesellschaftliche Rechtsordnung bezogen, die nicht not-

²⁸ Vgl. BAG, 9.4.1957 – 3 AZR 437/54 – AP Nr. 2, BAG, 8.8.1958 – 4 AZR 173/55 – AP Nr. 3, BAG, 26.11.1975 – 5 AZR 337/74 – AP Nr. 19, jeweils zu § 611 BGB Mittelbares Arbeitsverhältnis; BAG, 20.7.1982 – 3 AZR 446/80 – AP Nr. 5 und 9.9.1982 – 2 AZR 253/80 – AP Nr. 1 zu § 611 BGB Hausmeister.

²⁹ Vgl. Goller (Fn. 9), S. 187 ff.; Mayer-Maly, ZfA 1990, 203 ff.

wendig mit dem Staat vollständig identifiziert sein musste, kam der kollektiven Normsetzung, und insbesondere den Tarifverträgen und dem Arbeitskampf, eine besondere Rolle zu.³⁰ Themen waren hier zB. »Die Zwangsschlichtung und ihre Probleme« (Karl Přibram), »Zwangsschlichtung auch für Österreich?« (Siegmond Grünberg, beide in Jg. 2 (1929/30); siehe auch Heindl, ZfsozR 5 (1933), 27 ff.), »Die Nach- und Rückwirkung des Kollektivvertrages nach österreichischem Recht«³¹, »Die privatrechtlichen Wirkungen von Arbeitskämpfen«³², »Die Betriebsvereinbarung«³³, ein Rechtsprechungsbericht über die Haftung der Betriebsräte und Gewerkschaften für unrichtige Auskünfte über Kollektivverträge (Jg. 4 (1932)) oder »Die Aufhebung und Anfechtung von Tarif-(Kollektiv-) Verträgen«³⁴. Franz Mesitz schrieb zur Rechtsnatur der Allgemeinverbindlicherklärung im österreichischen Recht.³⁵ Ella Reiner, die einzige weibliche Autorin der Zeitschrift,³⁶ beschäftigte sich mit »Die Haftung für Schäden aus Arbeitskämpfen«, einer Frage, die mit einem Gutachten von Nipperdey und einem Referat von Sinzheimer schon Gegenstand des 34. Deutschen Juristentages 1926 in Köln gewesen war. Anlässlich des 36. Deutschen Juristentages in Lübeck setzten sich Fritz Guttmann und Heinz Potthoff mit dem »Schutz des Betriebsgeheimnisses« auseinander.³⁷

Bei den Rezensionen spiegelt sich eine ähnliche Schwerpunktsetzung wider; besprochen werden zB. Taschenbücher des Arbeitsrechtes, Sinzheimers »Grundzüge des Arbeitsrechtes« oder ein Gewerkschaftliches Handbuch des Akkordwesens in drei Bänden. In der Rezension von Adlers Kommentar zum ABGB beleuchtet Heindl im 1. Jahrgang kritisch vor allem die Behandlung des Kollektivvertrags und anderer arbeitsrechtlicher Fragen. An Kaskels Arbeitsrechtsbuch wird kritisiert, dass es den Kollektivvertrag nicht als autonomes Institut, sondern als Institut des öffentlichen Rechts einordne und das »wahrhaft internationale Arbeitsvertragsrecht« zu dürftig behandle.³⁸ In seiner ausführlichen Rezension der ersten Auflage des Lehrbuchs von Hueck-Nipperdey lobt Arthur Lenhoff, dass hier zum ersten Mal in groß angelegter Weise zB. das Tarifvertragsrecht erörtert werde, kritisiert aber, dass die Normwirkung des Tarifvertrags auf die genossenschaftliche Rechtstheorie statt auf Autonomie zurückgeführt werde.³⁹

Den größten Raum nahm die Auseinandersetzung um das »Verhältnis von Wettbewerbsrecht und Arbeitsrecht« ein; unter dieser Überschrift wurden fast ausschließlich Fragen des »Organisationszwangs« und der »Organisations-

klauseln« behandelt. Siegmund Grünberg startete in ZfsozR 1 (1928/29), 157 ff. mit »Koalitionsrecht und Organisationszwang«, wo er sich für das österreichische Recht rechtsdogmatisch mit der Wirkung von »Absperrungsklauseln« (closed shop-Klauseln) sowie mit Differenzierungsklauseln auseinandersetzte, »durch die der vertragschließende Arbeitnehmerverband die im Kollektivvertrag erkämpften Rechte vor allem seinen Mitgliedern zu sichern bestrebt ist«. Leopold Rosenmann kritisierte in »Lohnunterbietung, unlauterer Wettbewerb und gute Sitten« (ebd., 257 ff.) nicht nur, dass die Gerichte es als unsittlich gewertet hatten, als eine Betriebsversammlung während laufender Tarifverhandlungen die Entlassung eines Niedriglohnbeschäftigten gefordert hatte, sondern ging auch auf Organisationsklauseln ein. Hans Hecht schreibt in »Vom Koalitionszwang und seinen Schranken« (ZfsozR 2 (1929/30), 8 ff.) sowohl zu straf- wie zu zivilrechtlichen Fragen. Fritz Guttmann behandelt im 2. Jahrgang mit »Die Bedeutung des Wettbewerbsrechtes für das Arbeitsrecht« (163 ff.) ähnliche Rechtsfragen.

Worum es rechtspolitisch geht, wird in den Aufsätzen von Arthur Lenhoff deutlich, dem die Dogmatik und Funktion des Koalitionsrechts ein wichtiges Anliegen war (siehe auch »Die Koalition und ihr Wirken als Grundlage des Arbeitsrechtes unserer Zeit«, ZfsozR 2 (1929/30), 72 ff.). Er eröffnete den 2. Jahrgang der Zeitschrift mit einer umfassenden Kritik des »Entwurf[s] eines Gesetzes zum Schutze gegen Nötigung«. Das Gesetz, um das es hier geht, wird in der Folge als »Antiterrorgesetz« bezeichnet. Lenhoffs Verteidigung des Koalitionsrechts gegen dieses Gesetz wurde auch erweitert als Monographie veröffentlicht. Hinter-

30 Zur Bedeutung von Sinzheimer in diesem Zusammenhang siehe S. Blanke (Fn. 8), S. 101 ff.

31 Herbert Fürst, ZfsozR 2 (1929/30), 105 ff.

32 Heindl, ZfsozR 4 (1932), 10 ff.

33 Lenhoff, ZfsozR 4 (1932), 140 ff.

34 Herbert Schüller, ZfsozR 4 (1932), 1 ff. (Seminararbeit bei Arthur Lenhoff).

35 ZfsozR 2 (1929/30), 34 ff.

36 ZfsozR 5 (1933), 17 ff. (außerdem verfasste Gisela Rohatyn mehrere Rezensionen).

37 ZfsozR 2 (1929/30), 209 ff.; 222 ff. Zu diesem Juristentag bemerkt Heindl, ZfsozR 5 (1933), 207, dass es in der wirtschaftsrechtlichen Abteilung mit diesem Thema »mitunter Kräfte gab, die [...] die Verhandlungen [...] in der Richtung zum Zwecke der Förderung bestimmter Interessen vorbereiteten.« Auf diesem DJT wurden auch Flechthelm, Radbruch und Sinzheimer in die Ständige Kommission gewählt (Kiesow, in: Busse (Hrsg.), FS 150 Jahre Deutscher Juristentag, München 2010, S. 3, 55).

38 Lenhoff, ZfsozR 2 (1929/30), 40 ff.

39 Lenhoff, ZfsozR 4 (1932), 130 ff.

grund war ein Entwurf von 1930 für ein Gesetz »zum Schutz gegen Nötigung« sowie zum »Schutz der Arbeits- und Versammlungsfreiheit«, der insbesondere den »Organisationszwang« und den »Gesinnungszwang« bekämpfen sollte. Im verabschiedeten Gesetz fand sich schließlich tatsächlich die Nichtigkeit von Organisations- und Absperrklauseln; ein Verbot des Abzugs von Gewerkschafts-, Partei- und sonstigen Vereinsbeiträgen konnte jedoch verhindert werden. Neben *Lenhoff* erbrachte auch Hermann *Heindl* einen enormen Einsatz in dieser Debatte.⁴⁰

Als Walter *Fröhlich* dann wieder im 5. Jahrgang die »Richterliche Wertung wirtschaftlicher Interessen mit besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsrechtsprechung« (75 ff.) reflektiert, ist dieser Kampf überwiegend verloren; nun ging es vor allem um eine Begrenzung der Reichweite des Gesetzes durch die Auseinandersetzung mit Auslegung und Rechtsprechung. Hermann *Heindl* beschäftigte sich mit der Auslegung des Antiterrorgesetzes in Bezug auf Ärzteverträge (ZfsozR 3 (1930/31), 93 ff.) sowie in 4 (1932), 116) kritisch mit einzelnen Gerichtsentscheidungen zum Gesetz. *Heindls* Aufsatz, »Über die Grenzen der Normierungsgewalt in Kollektivverträgen unter Berücksichtigung des deutschen Tarifrechtes« (ZfsozR 4 (1932), 161 ff.) wird etwas später (232 ff.) durch eine Replik auf Hermann *Leitichs* Einwände (in der Zeitschrift »Die Industrie«) ergänzt. Hier argumentiert *Heindl* unter positiver Bezug auf das Antiterrorgesetz mit der Möglichkeit, kollektivvertraglich auch Regelungen zu Lasten von nicht »kollektivvertragsangehörigen« Arbeitnehmern zu treffen – eine Regelung, die zB. im Credit-Anstalts-Gesetz von Bedeutung war, das alle Ruhegeldbezüge, die über Kollektivverträge hinausgingen, kürzte.

3. Krisengesetzgebung

Das Credit-Anstalts-Gesetz war Ergebnis des Zusammenbruchs der österreichischen Creditanstalt (die heutige »Bank Austria«), die durch die 1929 ausgelöste Weltwirtschaftskrise zum Sanierungsfall wurde. Die Sozialdemokraten setzten sich mit ihrer Forderung nach einer Verstaatlichung nicht durch; die Rettung der Bank durch Garantien für Gläubiger und Kredite wurde überwiegend durch den österreichischen Staat finanziert.⁴¹ Im 4. Jahrgang 1932 war dies Anlass zu kritischen Einwürfen durch Arthur *Lenhoff*, der in »Bankenkontrolle, Bankenleitung und Vorstandshaftung« (205 ff.) für die Notwendigkeit

einer besonderen Bankenaufsicht plädierte. Fritz *Guttman* (»Staat und Wirtschaft – zur jüngsten österreichischen Zivilrechtsgesetzgebung«, 230 ff.) analysierte die Probleme folgendermaßen: »Daß [...] die schlechte Führung eines einzigen privaten Unternehmens den Staat an den Rand des Abgrundes bringen kann, hat der Zusammenbruch der Credit-Anstalt gezeigt.« »Ein Teil dieses Problemes ist auch die Frage der Entlohnung der leitenden Angestellten großer Aktiengesellschaften. Diese haben Gehalte, welche ein Vielfaches dessen übersteigen, was die höchsten Beamten der politischen Verwaltung erhalten, und die für die Unternehmen und die Wirtschaft untragbar sind.«

In die kurze Lebenszeit der Zeitschrift fielen nicht nur diese Krise, sondern auch die nationalsozialistische Macht ergreifung in Deutschland sowie der Übergang zu einem autoritären Staat in Österreich. Dies prägte die letzten Jahre der Zeitschrift.

Hier sei zB. auf den Freiwilligen Arbeitsdienst hingewiesen, der von der Regierung *Dollfuß* bereits 1932 in Österreich eingeführt worden war, um »zusätzliche Arbeiten« zu ermöglichen und Arbeitslose zu beschäftigen. Zum Teil war mit der Teilnahme am Dienst der Bezug von Sozialleistungen verbunden, so dass es mit der Freiwilligkeit nicht so weit her war (Bericht in ZfsozR 4 (1932); siehe auch Hans *Fried*, »Die Rechtsverhältnisse beim Freiwilligen Arbeitsdienst«, ZfsozR 5 (1933), 181 ff.).

Dollfuß, der 1932 auf demokratischem Weg zum Bundeskanzler gewählt worden war, nutzte eine politische Krise im März 1933 zu einem Staatsstreich. Ziel der folgenden Diktaturregierung war ein »Ständestaat«; dieser Austrofaschismus fühlte sich dem italienischen Faschismus und der katholischen Kirche näher als dem deutschen Nationalsozialismus (von dem er entsprechend bekämpft wurde). Seit dem März 1933 regierte *Dollfuß* jedenfalls nur noch unter Ausschaltung des Parlaments per Notverordnung (unter Berufung auf das Kriegswirtschaftliche Ermächtigungsgesetz von 1917). Die »sozialrechtlichen Bestimmungen« der Notverordnungen regelten ua. Streikverbote und Zwangsschlichtung in »gemeinnützigen Betrieben« sowie im öffentlichen Dienst, die Arbeitszeit, den freiwilligen Arbeitsdienst, etc. Die Berichterstattung zur »Gesetzgebung« in der Zeitschrift für soziales Recht wurde in den Jahrgängen 1933 und 1934 stark ausgedehnt

40 Zur Bedeutung auch *Goller* (Fn. 9), S. 191 ff.

41 Wikipedia deutsch, »Credit-Anstalt« (Abruf 25.3.2013).

– und beschränkte sich doch bereits 1933 im Wesentlichen auf die unkommentierte Wiedergabe der kriegswirtschaftlichen Verordnungen von 1933.

III. Die Einstellung der Zeitschrift als Konsequenz des Endes sozialen Rechts

Wir haben lange geforscht, was der Anlass für die Einstellung der Zeitschrift nach 1934 war.⁴² Es liegt nahe zu vermuten, dass dies mit der nationalsozialistischen Machtergreifung in Deutschland und der austrofaschistischen Diktatur von 1934 bis 1938 zu tun hatte. Aber was genau ist geschehen?

1. Das Ende der Demokratie in Deutschland und Österreich 1933/1934

Die Herausgeber waren überwiegend in Deutschland tätig, jüdische (oder von den Nationalsozialisten als jüdisch bezeichnete) Sozialdemokraten, die 1933 entlassen und verfolgt wurden. Sie zeichnen für die Herausgabe des Jahrgangs 1933 zwar noch formal verantwortlich, hatten in dieser Zeit aber bereits andere Sorgen: Gustav Radbruch wurde 1933 als erster deutscher Professor aus dem Staatsdienst entlassen. Hans Kelsen wurde 1933 von der Universität Köln entlassen, emigrierte in die Schweiz, war anschließend kurzfristig in Ungarn und dann in den USA tätig.⁴³ Hugo Sinzheimer kam im März 1933 einige Tage in Schutzhaft und wurde gleichzeitig mit Kelsen entlassen. Er flüchtete ins Saargebiet und von dort in die Niederlande, wo er an den Universitäten Amsterdam und Leyden tätig war.⁴⁴ Auch Karl Eman Přibram, der eine Professur für Wirtschaftswissenschaften an der Universität Frankfurt/Main innehatte, verlor 1933 seinen Lehrstuhl wegen seiner jüdischen Herkunft und emigrierte 1934 in die USA, wo er 1939 bis 1952 Professor an der American University in Washington D. C. war.

Anders als die in Deutschland, aber ebenfalls von Radbruch und Sinzheimer mitherausgegebene Zeitschrift »Die Justiz« oder die Zeitschrift »Arbeitsrecht«⁴⁵ wurde die Zeitschrift für soziales Recht zunächst weitergeführt. Die Arbeiterkammer und die österreichischen sozialdemokratischen Juristen konnten unter Dollfuß zunächst weiterarbeiten – bis zum 12. Februar 1934. An diesem Tag kam es zu dem, was als »österreichischer Bürgerkrieg« oder »Februarkämp-

fe 1934« bezeichnet wird.⁴⁶ Als die Polizei am Morgen des 12. Februars 1934 die (von Dollfuß befohlene) Entwaffnung der Sozialdemokraten fortsetzen wollte, widersetzten sich Schutzbündler; bewaffnete Kämpfe führten zwischen 12. und 15. Februar 1934 zu mehreren Hundert Toten in österreichischen Industriorten. Nachdem ein Aufruf zum Generalstreik nicht befolgt wurde und Polizei, Bundesheer und die sie unterstützenden Heimwehrabteilungen gesiegt hatten, wurde die Opposition ausgeschaltet. Die Sozialdemokratische Partei, die Gewerkschaften und alle sozialdemokratischen Arbeiterorganisationen wurden verboten, und als staatlich errichtete und kontrollierte »Einheitsgewerkschaft« wurde der Gewerkschaftsbund der österreichischen Arbeiter und Angestellten gebildet. Die Arbeiterkammern wurden gleichgeschaltet und faktisch zu Geschäftsstellen dieser Organisation; als Leitungsorgan wurde eine »Verwaltungskommission« durch die Regierung eingesetzt, bestehend aus einem Vertreter des Sozialministeriums sowie christlichen, sog. unabhängigen und deutsch-nationalen Gewerkschaftern.⁴⁷ Sozialdemokraten wurden aus Präsidium, Vorstand, Ausschüssen und Vollversammlung entfernt. Und Hermann Heindl, der Redakteur der Zeitschrift für soziales Recht, wurde nach dem Februar 1934 kurzfristig verhaftet.⁴⁸

2. Die Zeitgeschichte in der Zeitschrift für soziales Recht

Das Schicksal der Zeitschrift stimmt bei Lektüre der Jahrgänge 1933 und 1934 traurig. Die Auseinandersetzung mit dem Nationalsozialismus und den autoritären politischen Tendenzen wurde von Seiten der Demokraten überwiegend

42 Das Archivmaterial der Arbeiterkammer vor 1945 wurde von den Nazis in das Archiv des Arbeitswissenschaftlichen Instituts der DAF in Berlin eingegliedert und ist seither verschollen. Beim Springer Verlag in Berlin sind kaum historisches Material bzw. Geschäftsunterlagen von selbstständig geführten Verlagsteilen überliefert.

43 Günther (Fn. 8), S. 367, 376.

44 Erd (Fn. 8), S. 282, 292.

45 Zur Einstellung dieser Zeitschriften Göppinger, Juristen jüdischer Abstammung im »Dritten Reich«. Entrechtung und Verfolgung, 2. Aufl., München 1990, S. 379.

46 Informationen aus Wikipedia deutsch »Österreichischer Bürgerkrieg« (Abruf 25.3.2013).

47 Informationen von Klaus-Dieter Mulley, Institut für Geschichte der Gewerkschaften und Arbeiterkammer, Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Gespräch im November/Dezember 2012; siehe auch Wikipedia deutsch »Kammer für Arbeiter und Angestellte« (Abruf 14.11.2012).

48 Goller (Fn. 9), S. 187, 191.

zurückhaltend sachlich und rechtsdogmatisch geführt. So ist sich zB. Fritz *Guttmann* in seinen Anmerkungen »zur jüngsten österreichischen Zivilrechtsgesetzgebung« (s.o.) nicht zu schade, in seinem sehr detaillierten Text, der auf alle wirtschaftsrechtlichen Verordnungen eingeht, die kriegswirtschaftlichen Verordnungen zwar nicht im Grundsatz, aber in der Sache bis ins Detail zu kritisieren; so stelle die Eierverkehrsordnung »eine zweck- und wirkungslose Schikane des Eierhandels« dar. Walter *Fröhlich* in »Richterliche Wertung wirtschaftlicher Interessen. Mit besonderer Berücksichtigung der Wettbewerbsrechtsprechung« (ZfsozR 5 (1933), 75 ff.) kommt auf rechtsdogmatische Weise zur Unzulässigkeit eines Boykotts »nicht arischer Warenhäuser«.

Eine für Österreich wichtige Auseinandersetzung drehte sich um die Studentenordnung der Wiener Universität von 1930. Sie sollte die Studentenschaft nach dem »Volksbürgerprinzip« ordnen, mit der Folge einer Trennung der jüdischen und deutschen Studenten. Im Juni 1931 wurde sie vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben, eine Entscheidung, an der Arthur *Lenhoff* als Richter beteiligt war. Begründet wurde dies allein mit fehlender Kompetenz; der Gerichtshof wies gleichzeitig darauf hin, dass seiner Einschätzung nach die Gliederung der Studenten nicht dem Gleichheitsprinzip widerspreche.⁴⁹ Die Zeitschrift für soziales Recht berichtete hier lediglich über die verfassungsgerichtliche Entscheidung (ZfsozR 4 (1932), 260 ff.).

Seinen Text »Die Krisis des Arbeitsrechts«, in der selbst der Legalist *Sinzheimer* 1933 bezweifelte, dass ein Arbeitsrecht ohne Bruch mit dem Kapitalismus möglich sei,⁵⁰ brachte er jedenfalls nicht in dieser Zeitschrift unter, und auch von anderen Autoren finden sich keine grundsätzlichen Stellungnahmen zur Entwicklung. Franz *Mestiz* berichtet immerhin in »Der neue deutsche Reichswirtschaftsrat – Tendenzen im neuen deutschen Arbeitsrecht« (ZfsozR 5 (1933), 195 ff.) von der Ersetzung des bisherigen durch einen neuen vorläufigen Reichswirtschaftsrat 1933 als »Beseitigung der kollektiven Demokratie« und »autoritäre[...] Gestaltung der Sozialpolitik«.

Im selben Jahrgang (207) wird auch das Schreiben der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentags (DJT) veröffentlicht, mit dem sie in Abgrenzung zur Leipziger Tagung des Bundes Nationalsozialistischer Deutscher Juristen die diesjährige Tagung absagt und damit faktisch die Vereinstätigkeit beendet.⁵¹ *Heindl* bedauert diese »Einschläferung« des DJT lediglich.

Nach seiner Verhaftung herrscht dann im Jahrgang 1934 aber ein ganz neuer Ton. Die Zeitschrift wurde zwar nach wie vor von der Arbeiterkammer herausgegeben, nun allerdings unter neuer, austrofaschistischer Leitung. Für den 6. Jahrgang 1934 werden keine akademischen Herausgeber mehr angegeben; als »verantwortlicher Redakteur« ist Dr. Karl *Wenzel* benannt, der bereits früher vereinzelt kleinere Rezensionen und Berichte verfasst hatte und der nun neben der Redaktion die angewachsene und wie schon im Jahr zuvor äußerst umfangreiche Berichterstattung über Gesetzgebung und Rechtsprechung übernahm. In diesem Jahrgang hat auch Hans *Bayer* zwei Auftritte mit größeren Aufsätzen (»Arbeiter und Unternehmer in der neuen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung«, 6 ff.; »Wege aus der Arbeitslosigkeit« 113 ff.). Hans *Bayer* (1903–1965) war in Wirtschaftswissenschaften sowie in Rechtswissenschaften promoviert und außerplanmäßiger Professor zunächst an der Universität Wien, ab 1933 an der Universität Innsbruck. Ab 1956 war er Professor an der Sozialakademie Dortmund.⁵²

Ansonsten wird in diesem Jahrgang über die Folgen der Verordnung von 1934 berichtet, die das Erlöschen der Mandate derjenigen Betriebsräte vorsah, »die aufgrund von Vorschlägen der sozialdemokratischen Arbeiterpartei Österreichs oder einer unter ihrem Einfluss stehenden Organisation erlangt wurden«, über die Neubestellung von Betriebsräten durch die Arbeiterkammern, über die Enthebung von sozialdemokratischen Beisitzern der Gewerbeberichte, oder über die Verordnung über die Errichtung des Gewerkschaftsbundes der österreichischen Arbeiter und Angestellten (»um im Geiste des Christentums, der sozialen Gerechtigkeit und Liebe zum Vaterlande den Arbeitern und Angestellten eine wirksame Interessenvertretung zu sichern«). Johann *Granichstaedten-Czerva* (»Die neue Verfassung und ihre Grundsätze«, ZfsozR 6 (1934), 32 ff.) lobt *Dollfuß'* autoritäre Verfassung von 1934 mit den Worten: »Möge Gott geben, dass die Österreicher erkennen, wie sehr sich die Führer Österreichs bemüht haben, allen Interessen durch die neue Verfassung zu dienen; dann wird sie geeignet sein, das Gemeinwohl unverfälscht zum Ausdruck zu bringen.«

49 *Lichtenberger-Fenz*, in: Stadler (Hrsg.), *Kontinuität und Bruch 1938–1945–1955*, Münster 2004, S. 69 ff.

50 So die Einordnung von *Goller* (Fn. 9), S. 187, 201 f.

51 Dazu ausführlich auch *Kiesow* (Fn. 39), S. 3, 9 ff.; siehe auch *Busse*, ebd., VII.

52 *Flechtheim*, »Bayer, Hans«, in: Bernsdorf/Knospe (Hrsg.), *Internationales Soziologenlexikon*, Band 1, 2. neubearb. Aufl., Stuttgart 1980, S. 23.

Gemeinsamkeiten mit dem deutschen Nationalsozialismus betont dagegen Erich Machek (»Die Rechtsstellung des Arbeitsvertrages«, ZfsozR 6 (1934), 147 ff.): »In Österreich, in Deutschland und Italien werden grundlegende Änderungen der Arbeitsverfassung durchgeführt, um den zerstörenden Klassenkampf durch eine geschlossene auf einem neuen Arbeitsethos aufgebaute Arbeitsfront des Gesamtvolkes zu ersetzen.« Auch Josef Mire lobt (43 ff.) in einer ausführlichen Besprechung das deutsche Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit als »Fundament der neuen deutschen Sozialpolitik und [...] ein bedeutendes Gesetzgebungswerk«.

Die Geschichte hatte ein »soziales Recht« vorläufig nicht auf der Tagesordnung. Die Einstellung der Zeitschrift nach 1934 war wohl dem Verlust ihres Gegenstands und Förderer geschuldet. Insofern ist es indirekt richtig, dass die Zeitschrift für soziales Recht nach dem »12. Februar« eingestellt wurde.⁵³

Die Lektüre der Zeitschrift für soziales Recht weckt Assoziationen zu dem Begriff, den Thilo Ramm für das Verhalten des deutschen ADGB verwandt hatte: »seltsame Kapitulationspolitik«.⁵⁴ Ramm's These, die Gewerkschaften seien »zu sehr an den Staat gewöhnt [gewesen], um Bedrohungen wirksam zu begegnen, die von diesem selbst ausgingen«, passt bezogen auf den kleineren Rahmen einer rechtswissenschaftlichen Zeitschrift jedenfalls nur eingeschränkt.

Mit dem »Anschluss« im Jahre 1938 war es dann ganz zu Ende. Die Arbeiterkammer wurde 1938 aufgelöst bzw. in die »Deutsche Arbeitsfront« eingegliedert. Arthur Lenhoff, der auf einer »schwarzen Liste« der Nationalsozialisten stand, emigrierte im Sommer 1938 in die USA.⁵⁵ Nachdem die Arbeiterkammer 1945/46 neu konstituiert worden war, setzte sie die Zeitschrift für soziales Recht nicht fort; sie gibt stattdessen seit März 1951 die arbeitsrechtswissenschaftliche Zeitschrift »Das Recht der Arbeit« heraus.

3. Was bleibt?

Seifert merkt an, dass der Begriff »Soziales Recht« sich im deutschen Raum nie wirklich durchsetzen konnte, während das französische Recht diese Tradition Weimarer Juristen aufnahm. In Frankreich ist »droit social« seit den dreißiger Jahren des letzten Jahrhunderts ein gebräuchliches Konzept, das Fragen von Sozialpolitik, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht bezeichnen kann.⁵⁶ Seifert plädiert

deshalb für die Historisierung des Begriffs.⁵⁷ Der Rückblick auf die Gegenstände der Zeitschrift für soziales Recht legt dies ebenfalls nahe. Er legt allerdings gleichzeitig nahe, einzelne Fragen, die in diesem Konzept zusammengefasst sind, auf ihre heutige Relevanz zu prüfen. So kann der Aufruf, Rechtsfragen anhand von sozialen Problemen und über die juristischen Fachdisziplinen hinweg zu betrachten, dabei helfen, die Sachlogiken der innerdisziplinären Ausdifferenzierungen in der Rechtswissenschaft zu hinterfragen. Denn die Ausdifferenzierung des Wissenschaftssystems folgt einerseits nur begrenzt gesellschaftlichen Sachlogiken. Andererseits bestehen durchaus unterschiedliche Handlungslogiken im Sozialstaat und im betrieblichen Bereich⁵⁸ – und in der Zeitschrift für soziales Recht wurde dementsprechend konzeptionell und lebhaft über die Funktionen des Zivilrechts und des Öffentlichen Rechts und ihr Verhältnis zu Staat und Gesellschaft debattiert.

Auch in einem weiteren Sinn kann der Begriff noch heute »Sozialstaatlichkeit begreifbar machen«.⁵⁹ Die gemeinsame Betrachtung des Arbeits- und Sozialrechts mit dem Zivil-, Wirtschafts-, Familien- und Verbraucherrecht kann zentrale gesellschaftspolitische Fragen aufdecken. Das »Soziale« als das »Gesellschaftliche« erfasst eben den ganzen Menschen, in der Erwerbsarbeit, in der »Familie«, im Konsum. Aus heutiger Sicht zu eng ist es deshalb, die realen Machtverhältnisse hinter der formalen Gleichheit der Rechtssubjekte lediglich in Hinblick auf wirtschaftliche Macht zu reflektieren. Ein »Soziales Recht« für die heutige Zeit müsste alle gesellschaftlichen Voraussetzungen und Einbettungen der Arbeitskraft und ihrer Reproduktion systematischer in den Strukturen des Arbeits- und Sozialrechts berücksichtigen. »Der Mensch im Recht«, das erfordert heute auch eine Anerkennung des Menschen in seiner Körperlichkeit und Geschlechtlichkeit, in seiner sozialen Einbindung in einem umfassenden Sinn, zwischen Privatheit und Erwerbsarbeit und Öffentlichkeit.

⁵³ So Goller (Fn. 9), S. 187, 191.

⁵⁴ Ramm, KJ 1968, 108, 109 f.

⁵⁵ Schlesinger (Fn. 12).

⁵⁶ Seifert, SR 2011, 62.

⁵⁷ Seifert, SR 2011, 62, 73.

⁵⁸ Ausführlich dazu auch Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenkebach/Zimmer, Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, 2013.

⁵⁹ So die Formulierung von Eichenhofer, SR 2012, 76, 83 für den Nutzen des Begriffs in heutiger Zeit.

Karl Fitting: Zur Person

Prof. Dr. Hellmut Wißmann,
Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D.

Für die ehrenvolle Einladung, hier etwas zur Person von Karl *Fitting* zu sagen, danke ich sehr. Gerne komme ich ihr nach, denn Karl *Fitting* hat es verdient, dass wir seiner gedenken. Außerdem bleiben die für mich wertvollen Jahre der Zusammenarbeit mit ihm im Bundesarbeitsministerium und bei der gemeinsamen Kommentierung des Mitbestimmungsgesetzes eine beeindruckende und gute Erinnerung.

Zum ersten Mal bin ich ihm Anfang 1972 begegnet. Ich hatte mich auf eine Stelle als Hilfsreferent¹ in der Abteilung »Arbeitsrecht« des Bundesarbeitsministeriums beworben und kam zum Vorstellungsgespräch. An dessen Ende eröffnete er mir, er könne nicht anders als mich zu nehmen, denn ich hätte am selben Gymnasium das Abitur erworben wie er: am Ludwig-Georgs-Gymnasium in Darmstadt.

Das führt uns in sein Leben vor dem Ministerium.² Die elterliche Familie findet sich im Großherzogtum Hessen-Darmstadt. Auf dem Alten Darmstädter Friedhof ist mir der Name schon begegnet. Karl *Fitting* ist allerdings am 20. Juni 1912 in St. Avold geboren, einem durch viel Militär geprägten Städtchen im damaligen »Reichsland« Elsass-Lothringen. Sein Vater diente dort als Oberstleutnant.

Nach dem Ersten Weltkrieg war es vorbei mit dem Reichsland, die Familie ging wieder nach Darmstadt. Karl – 6 Jahre alt – ging dort zur Schule und machte 1930 sein Abitur. Anschließend studierte er Rechtswissenschaften in Frankfurt, Leipzig und schließlich, wie das für einen späteren Referendardienst in Hessen erforderlich war, in Gießen.³ Das ging bis 1933 gut, doch nach der »Machtergreifung« der Nazis kam bald das Aus. *Fitting* hatte in deren Augen nämlich gleich zwei schwer wiegende Makel: Erstens hatte er sich ungeachtet seiner bürgerlichen Herkunft der SPD und dann auch noch einer linkssozialistischen Abspaltung, der Sozialistischen Arbeiterpartei Deutschlands (SAPD) zugewandt – wie übrigens Willy *Brandt*. Und zweitens war er nach den Nürnberger Gesetzen »Mischling 1. Grades«, seine Mutter war Jüdin. So jemanden ließ man im Dritten Reich nicht zum juristischen Staatsexamen zu.

Die mütterliche Familie – nicht seine Mutter – ging ins Exil nach England. *Fitting* kam zunächst mit, kehrte aber bald nach Deutschland zurück. Von 1933 bis 1942 schlug

er sich als Fabrikarbeiter in einer Leipziger Pelzfärberei durch, und abends spielte er in Kneipen Schlager. So also verging das dritte Lebensjahrzehnt, in dem man in normalen Zeiten eine solide Ausbildung erhält und sich das Fundament für sein Berufsleben schafft. Anfang 1942 wurde er zur Wehrmacht eingezogen, aber bereits nach wenigen Monaten kam er als politischer Häftling ins KZ Mauthausen in Oberösterreich. Dort erlitt er die Schinderei im Steinbruch bis Mai 1945, als das Lager von amerikanischen Truppen befreit wurde.

Einige Wochen blieb er noch im Lager. Er war von den deutschen politischen Gefangenen als Schreiber gewählt worden und half ihnen nun dabei, die Rückkehr in die Freiheit zu organisieren. Er selbst zog im Juni 1945 zu Verwandten nach München und suchte Arbeit, zunächst vergeblich. In seiner Not wandte er sich an die amerikanische Militärregierung, und dort konnte man einen wie ihn sehr gut brauchen: juristisch gebildet und als Nazi-Gegner ausgewiesen. Er entwarf ein Gesetz über die Errichtung eines Arbeitsministeriums, das bereits am 20. Juni 1945 von der Militärregierung erlassen wurde. Gleichzeitig war er ganz praktisch tätig: Er streunte durch München, um ein unzerstörtes Gebäude ausfindig zu machen, welches das künftige Arbeitsministerium beherbergen konnte. Das gelang, und am 1. Juli 1945 wurde *Fitting* persönlicher Referent des ersten bayerischen Arbeitsministers nach dem Kriege, Albert *Rofshaupter*. Der war nicht nur in der SPD, sondern sogar nach dem Ersten Weltkrieg einige Monate bayerischer Kriegsminister im Kabinett *Eisner* gewesen – so weit links stehendes Führungspersonal gab es einmal in Bayern.

1 So hieß das damals noch. Inzwischen hat man, ohne in der Sache etwas zu ändern, terminologisch Beförderungen vorgenommen: Aus den Referenten wurden Referatsleiter, und die Hilfsreferenten nennt man jetzt Referenten.

2 Als öffentlich zugängliche Quellen für das Folgende haben mir gedient, soweit nicht anders vermerkt: *Auffarth*, NJW 1991, 2866, Nachruf auf Karl *Fitting*; *Vitt*, Die Mitbestimmung Heft 1/1983 S. 12 ff., Laudatio anlässlich der Verleihung des Hans-Böckler-Preises an Karl *Fitting*; www.bundesarchiv.de, Kabinettsprotokolle online »Ministerialbeamte« S. 7; und ein wenig auch wikipedia, Stichwort *Rofshaupter*. Wichtige weitere Angaben verdanke ich Herrn Carl-Fritz *Fitting*, und Einiges hat mir Karl *Fitting* auch selbst erzählt.

3 Dort befand sich die einzige hessische Juristenfakultät. Frankfurt und Marburg waren noch preußisch.

Doch zurück zu Karl *Fitting*. Er bekam bald ein Fachreferat und begann sein Berufsleben mit kollektivem Arbeitsrecht: Sein erstes Werk war eine »Wahlordnung für die Wahl von Betriebsobleuten«, die schon am 1. September 1945 erlassen wurde. Von einem solchen Tempo konnte man später nur noch träumen. Die letzten Wahlordnungen, für die Karl *Fitting* verantwortlich war, die drei zum Mitbestimmungsgesetz, brauchten vom fertigen Referentenentwurf bis zur Verabschiedung durch das Bundeskabinett fast ein Jahr mit mühsam erreichten Koalitionskompromissen.

Fitting blieb bis 1948 im Bayerischen Arbeitsministerium und wechselte dann nach Frankfurt zum Wirtschaftsrat des Vereinigten Wirtschaftsgebiets, vulgo »Bizone«. Dort kam er in die Verwaltung für Arbeit. An deren für unser heutiges Arbeitsrecht wichtigstem Projekt, dem Tarifvertragsgesetz vom April 1949, hatte er bereits als Vertreter Bayerns mitgearbeitet, übrigens gemeinsam mit seinem späteren Abteilungsleiter im BMA Wilhelm *Herschel*.⁴

Mit der Konstituierung des Deutschen Bundestages am 7. September 1949 wurde der Wirtschaftsrat aufgelöst. Bundesministerien wurden gebildet, Karl *Fitting* ging als Referent in die Abteilung »Arbeitsrecht« des Bundesarbeitsministeriums. Bis 1961 leitete er Referate mit wechselndem Zuschnitt; die Betriebsverfassung war aber immer dabei, wohl auch die Unternehmensmitbestimmung. 1961 bis 1966 entfernte er sich aus dem vertrauten Terrain und unternahm innerhalb der Abteilung einen Ausflug in die wesentlich von Naturwissenschaftlern und Technikern geprägte Unterabteilung »Arbeitsschutz«: Er übernahm deren Rechtsreferat und, seit 1963, zugleich auch die Leitung der Unterabteilung. 1966 schließlich wurde seine Laufbahn mit der Ernennung zum Leiter der Abteilung III (Arbeitsrecht, Arbeitsschutz) gekrönt. Ende Juni 1977, mit 65 Jahren, ging er in den Ruhestand.

Wie habe ich diesen Menschen erlebt, der in seinem Leben so hin und her geworfen, verletzt und doch wieder auf die Beine und zum Erfolg gekommen war? Schon im Vorstellungsgespräch hat er mir imponiert. Anderswo hatte ich graue, versteinert wirkende Ministerialräte erlebt, die dem jungen Stellenbewerber deutlich machten, dass er sich erst einmal ganz hinten in einer nachgeordneten Dienststelle anzustellen und zu warten habe, bis ihn (so wörtlich) »der Sonnenstrahl der Gnade« treffe und ihn der ehrenvolle Ruf ins Ministerium ereile. Ganz anders *Fitting*: Er begegnete mir unkonventionell, interessiert und lebhaft,

betonte gleichsam den Marschallstab im Tornister der Jungen, den Reiz und die Bedeutung der vor uns liegenden Aufgaben, die Chance zur Gestaltung, die Erwartungen an unser Engagement und an unsere Kreativität.

Diese Haltung habe ich dann auch in der Folgezeit als Hilfsreferent als ein bestimmendes Element seiner Führung angetroffen. Er verstand es, seinen Tatendrang auf uns Junge zu übertragen, unseren Ehrgeiz zu wecken und uns das Bewusstsein zu vermitteln, dass es auf uns ankam, dass wir wichtige Akteure bei großen Projekten waren. Dabei konnte er im Umgang mit Älteren, die er nicht sonderlich schätzte, durchaus robust sein. Das äußerte sich etwa darin, dass er an der Hierarchie vorbei auf Hilfsreferenten unmittelbar zugriff. Oder er umging das eigentlich zuständige Referat, wie im Fall des Arbeitsverhältnisgesetzes: Zur Ausarbeitung der Textvorschläge für die Arbeitsgesetzbuchkommission bildete er eine kleine Arbeitsgruppe junger, von ihren eigentlichen Aufgaben frei gestellter Beamter unter dem damaligen Unterabteilungsleiter Otfried *Wlotzke*, während das Arbeitsgesetzbuch-Referat mit drei Juristen darauf beschränkt blieb, die Kommission organisatorisch zu betreuen und endlose Protokolle über deren Sitzungen zu verfassen. Die solcherart mit wichtigen Aufgaben Betrauten fühlten sich natürlich ausgezeichnet und motiviert, waren aber im Verhältnis zu den Übergangenen verunsichert.

Nun sind in mehrstufigen Hierarchien Konstellationen nicht ungewöhnlich, in denen Angehörige einer höheren und einer niedrigeren Stufe unter Umgehung der dazwischen liegenden Ebene kooperieren. Bei allen Risiken kann das für den Höheren mehr Einfluss bedeuten, für den Niedrigeren mehr Chancen und Handlungsmöglichkeiten. Karl *Fitting* suchte damals allerdings, so ist mein Eindruck, das Bündnis mit den Jungen noch in weit stärkerem Maße, und das auch noch aus anderen Motiven.

Erstens befanden wir uns damals in einer Zeit des Aufbruchs, viel Neues wurde gewagt, gerade auch im Arbeitsrecht. Denken Sie nur an das Lohnfortzahlungsgesetz für Arbeiter 1969, die Reform der Betriebsverfassung 1972, die Intensivierung der Arbeit an einem Arbeitsverhältnisgesetz seit 1973 und das Mitbestimmungsgesetz 1976. Zugleich machte sich das Europarecht bemerkbar: Arbeitsrechtliche und unternehmensrechtliche Vorhaben der EWG verlangten nach Mitarbeit in Brüssel, ebenso eine wachsende Zahl

⁴ S. *Oetker*, in: Wiedemann/Oetker/Thüsing/Wank, TVG, 7. Aufl., München 2007, Geschichte Rn. 27.

von Projekten auf dem Gebiet des Arbeitsschutzes. Diese Vorstöße in neue Regionen waren ganz nach *Fittings* Geschmack, er wollte etwas voranbringen. Dabei setzte er auf die Neugier, Flexibilität und Unbekümmertheit der Jungen sowie natürlich auf deren Ehrgeiz und Einsatzbereitschaft. Da das Ministerium wuchs, konnte er auch für Belohnung sorgen: 1972 waren vier von acht Referenten der arbeitsrechtlichen Unterabteilung junge Leute in den Dreißigern (wie Heinz *Kaiser*), die ihre Referate erst vor kurzem durch harte Arbeit unter *Fittings* Leitung verdient hatten.

Zweitens wird bei *Fitting* auch eine gewisse innere Distanz zu älteren Beamten eine Rolle gespielt haben. So gab es, als ich kam, in der Unterabteilung noch einen Ministerialrat, von dem es hieß, er habe schon bei einem Reichstreuhänder der Arbeit gewirkt. Natürlich konnte *Fitting* die Vergangenheit nicht vergessen, wenn er mit Leuten zu tun hatte, die schon im Dritten Reich dabei gewesen waren. Und unabhängig davon spürte – oder vermutete – er bei klassischen Karrierebeamten, dass sie ihn, den nicht Examinierten, den KZ-Häftling, misstrauisch, gar abschätzig bäugten. Das scheint in der ersten Bonner Zeit besonders ausgeprägt gewesen zu sein. Er erzählte einmal, wie er in den frühen fünfziger Jahren nach seiner Scheidung von den Kollegen geschnitten worden sei; eine Scheidung galt damals in Bonn als anrüchig. Das sei dem Minister zu Ohren gekommen, dem früheren Christlichen Gewerkschafter Anton *Storch*. Der habe ihm gesagt: »*Fitting*, das bringen wir in Ordnung«. Damals passte das ganze Ministerium noch in die Troilo-Kaserne, deren Gebäude im Karree um einen großen Appellplatz angeordnet sind. Der Minister sei im Gespräch mit *Fitting* ums Karree gegangen, habe ihm auch gelegentlich vertraulich die Hand auf die Schulter gelegt, das ganze Ministerium habe zusehen können, und danach hätten die Angriffe aufgehört. Anton *Storch* hatte seine Leute schon richtig eingeschätzt.

Fitting fiel also in mancher Hinsicht aus dem damals in den Bonner Ministerien üblichen Rahmen, einerseits. Andererseits hat er auch Prägungen aus diesem Milieu erfahren. Er war beileibe kein früher Achtundsechziger. Sein Führungsstil war, wie damals verbreitet, patriarchalisch, und er war sich seiner hierarchischen Position durchaus bewusst. Ein Beispiel: Beim Vorstellungsgespräch hatte ich ihn mit dem Namen angeredet. Zum Abschluss bemerkte er, das sei schon ganz in Ordnung gewesen, aber bei Treffen mit Außenstehenden, etwa

Arbeitgebervertretern, könnte ich schon »Herr Ministerialdirektor« zu ihm sagen. In eine Situation, in der ich das für nötig gehalten hätte, bin ich nie gekommen. Ich erinnere mich aber, wie ihn ältere Regierungsdirektoren aus der Abteilung selbst im kleinen, internen Kreis so angeredet haben.

Hier mag auch etwas von dem Selbstbewusstsein zum Ausdruck gekommen sein, das im Ministerium und bei dessen hohen Beamten damals wohl stärker ausgeprägt war und auch unbefangener geäußert wurde als heute. Als junger Referent hatte *Fitting* die Erfahrung gemacht, dass Ministerialbeamte vor Verlautbarungen zu Rechtsfragen nicht zurückschreckten und für diese durchaus urteilsähnliche Wirkungen beanspruchen konnten. So fanden sich im Bundesarbeitsblatt⁵ nach dem Inkrafttreten des Betriebsverfassungsgesetzes 1952 Bekanntmachungen des BMA zur Auslegung des Gesetzes, gewissermaßen mit der Überschrift »Alle mal herhören!« Es ging um den Arbeitnehmerbegriff und um Aufsichtsratswahlen vor Erlass der Wahlordnung. Unterschrieben hatte der damalige Abteilungsleiter Wilhelm *Herschel*, aber der Text stammte sicher vom zuständigen Referenten, Karl *Fitting*.

Als er dann selbst die Abteilung leitete, hatte *Fitting* keine Scheu, seine Spielräume zu nutzen und etwa Koalitionskompromisse nachzubessern. So erzählte er vergnügt und stolz davon, wie er, im »Langen Eugen« auf einem umgestülpten Papierkorb vor dem Saal des Bundestagsausschusses für Arbeit sitzend, in einer innerhalb der sozialliberalen Koalition offenen Frage mit dem Obmann der FDP, *Schmidt* (Kempten), eine Einigung erzielt und damit den Weg zur Verabschiedung der Reform der Betriebsverfassung 1972 frei gemacht habe. Hinterher, aber zu spät, fühlte sich die FDP dadurch düpiert und überließ dann beim Mitbestimmungsgesetz kein Jota mehr Verhandlungen einzelner Abgeordneter mit Vertretern der Abteilung III. Überhaupt hätten sich später Minister, Parlamentarische und beamtete Staatssekretäre nicht solcherart von einem Abteilungsleiter »die Butter vom Brot nehmen« lassen. Aber bis in die frühen siebziger Jahre gab es an der Spitze des BMA nur den Minister und einen Staatssekretär. So blieben den Abteilungsleitern erhebliche Freiheiten. Sie waren noch nicht so stark mediatisiert wie später, als das Ministerium zeitweise sechs Staatssekretäre – drei Parlamentarische und drei beamtete – hatte.

⁵ BArbBl. 1952, 644.

Fitting war kämpferisch und verstand es, seine Sache selbstbewusst zu verfechten. Bei der Sachverständigenanhörung zum Entwurf des Mitbestimmungsgesetzes hatte der damalige Präsident des Bundesarbeitsgerichts Gerhard Müller zu unserem Entsetzen geäußert, die Mitgliedschaften im Betriebsrat und im Aufsichtsrat seien nicht miteinander vereinbar. In der Pause fiel *Fitting* empört über ihn her und machte ihm klar, dass damit die Praxis der Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat in Frage gestellt werde. Nach der Pause widerrief Müller seine vorherige Einschätzung.

Wie sich das gehörte (und heute leider aus der Übung zu kommen scheint), begleitete *Fitting* seine gesetzgeberische Tätigkeit auch literarisch; Herr Hanau wird das noch würdigen. Hier sei nur erwähnt, wie sehr *Fitting* diese unterschiedlichen Tätigkeiten doch als Einheit begriff: Als wir wieder einmal mit einer Tücke des ideologisch aufgeladenen, erbittert umstrittenen Verfahrens der Aufsichtsratswahl nach dem Mitbestimmungsgesetz kämpften, meinte er: »Wenn wir das ins Gesetz nicht vernünftig hineinbekommen, ziehen wir es in der Wahlordnung glatt, und falls auch das nicht klappt, machen wir es eben im Kommentar.« Kommentierung als unterste Ebene der Normsetzung, auch da sprach der selbstbewusste Ministerialbeamte.

Dabei war er keineswegs abgehoben. Er hatte ein ausgeprägtes Gespür für die Bedürfnisse der Normadressaten, besonders der Akteure der kollektiven Rechtsbeziehungen. Deren Tätigkeit maß er höchste Bedeutung zu, ihnen wollte er dabei nach Kräften helfen. Ich erinnere mich an einen Disput bei der Erarbeitung der Wahlordnungen zum Mitbestimmungsgesetz: Das Gesetz gab eine Aufsichtsratswahl von rekordverdächtiger Kompliziertheit vor. *Fitting* wollte drei Wahlordnungen, eine für jede Kategorie betroffener Unternehmen, und innerhalb jeder Wahlordnung ausführliche Regelungen jedes einzelnen Schrittes des umfangreichen Wahlverfahrens, mit zahlreichen Wiederholungen im Text. Mir ging das gewaltig gegen die handwerkliche Ehre, ich kämpfte für eine einzige straffere, stärker abstrahierende Wahlordnung. Er blieb hart: Nicht Juristen, sondern einfache Betriebsratsmitglieder, die ja in den Wahlvorständen sitzen würden, müssten mit dem Regelwerk zurechtkommen. Also füllten wir zu meinem Ingrimmeindrucks-

volle 112 Seiten im Bundesgesetzblatt. In der Folge hatte ich viel mit Wahlvorständen zu tun und lernte, dass ihnen diese Wahlordnungen gerade wegen der Ausführlichkeit als Gebrauchsanleitungen für das Wahlverfahren überaus hilfreich waren. *Fitting* hatte Recht gehabt.

Er war ideenreich und findig, er beherrschte sein Metier souverän auf der Basis vorzüglicher fachlicher Kenntnisse und Erfahrungen sowie eines ausgeprägten politischen Gespürs. Er war geschätzter Gesprächspartner von Politikern aller Fraktionen, von Arbeitgebervertretern und besonders auch von Gewerkschaftern. Als ich ihn kennen lernte, war von den Zweifeln, die ihm zu Beginn seiner Laufbahn wohl noch begegnet sind, nichts mehr zu spüren. Er genoss höchstes Ansehen als Fachmann. Eine öffentliche Bestätigung fand dieses Ansehen im November 1975 in der Ernennung zum Honorarprofessor an der Gesamthochschule Kassel. Er sah darin eine Wiedergutmachung für die Kränkungen, die er mit und infolge der Verweigerung des Zugangs zu den juristischen Abschlüssen hatte erleiden müssen. Ich denke, mit der Honorarprofessur war für ihn dokumentiert, dass er dort, wo er als Student einmal hingewollt hatte, nun trotz allem tatsächlich dazu gehörte.

Und eine zweite Ehrung hat ihn erfreut: Im November 1982 erhielt er für sein arbeitsrechtliches Wirken den Hans-Böckler-Preis. In der Laudatio würdigte Werner Vitt besonders *Fittings* Einsatz für eine wirksame Betriebsverfassung und Unternehmensmitbestimmung. Das traf *Fittings* Überzeugung, dass im Arbeitsrecht dem Kollektivrecht als dem Instrument des sozialen Ausgleichs, den die jeweils Betroffenen autonom gestalten, die zentrale Rolle zukomme. Folgerichtig forderte er, freilich vergeblich, auch auf gesamtwirtschaftlicher Ebene Elemente einer »konsultativen Wirtschaftsverfassung«.⁶

So ist ein Berufsleben, das vor seinem Beginn schon zerstört schien, doch noch gerettet worden und hat sich dank des beherzten Zugriffs von Karl *Fitting* in einer Weise erfüllt, die allen, die mit ihm zu tun hatten, höchsten Respekt abverlangt.⁷

⁶ *Fitting*, Die Mitbestimmung Heft 1/1983 S. 15.

⁷ Karl *Fitting* ist am 14. Juni 1990 kurz vor Vollendung des 78. Lebensjahres verstorben.

Karl Fitting: Das Werk

Prof. em. Dr. Dres. h.c. Peter Hanau, Universität zu Köln

Der *Hans-Böckler-Stiftung* gebührt Dank dafür, dass sie durch diese Veranstaltung die Erinnerung an Karl *Fitting* wach hält. Ich habe ihn nicht persönlich kennengelernt, bin ihm aber seit langem literarisch auf seinen gesetzgeberischen Wegen gefolgt, sodass es mir ein Bedürfnis und eine Freude ist, hier mitwirken zu dürfen. So Vieles ist der Erinnerung wert. Sein mutiges Leben, das durch Dunkel zum Licht führte, *per aspera ad astra*; seine Mitwirkung an zentralen gesetzlichen Bausteinen der deutschen Arbeits- und Wirtschaftsverfassung, gleichsam als Chefarchitekt für wechselnde politische Bauherren. Dazu kommt seine Rolle als langjähriger Herausgeber und fortdauernder Namenspatron einflussreicher Kommentare, insbesondere zum Betriebsverfassungs- und Mitbestimmungsgesetz. Hier geht es um das Gegenteil der normativen Kraft des Faktischen, die faktische Kraft des Normativen, zu der diese Kommentare wesentlich beitragen, indem sie den kommentierten Gesetzen durch direkt aus der legislativen Quelle geschöpfte Erläuterungen zum Verständnis und zur Durchsetzung in der Praxis verhelfen. Die faktische Kraft des Normativen ist sogar wichtiger als die normative Kraft des Faktischen. Dass der klassische »*Fitting*«, der von ihm begründete Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, inzwischen paritätisch von Ministerialbeamten und Richtern des BAG bearbeitet wird, entspricht dem Werdegang der Gesetze von der sie entwerfenden Exekutive über die sie beschließende Legislative bis zu der sie auslegenden und fortbildenden Judikative.

Die Erinnerung an vorbildliche Persönlichkeiten wie Karl *Fitting* ist wichtig, weil das Erinnerungsvermögen der Menschheit von der Faszination des Bösen geprägt wird. Schon *Shakespeare* hat das bedauernd festgestellt, ua. in seinem Drama *Heinrich VIII*¹. In der Tat ist von allen englischen Königen nur dieser heute präsent, geradezu ein Fernsehstar, nicht wegen guter Taten, sondern wegen seines schändlichen Umgangs mit einigen seiner sechs Frauen. Auch den Juristen haftet die Erinnerung an Roland *Freisler* und Carl *Schmitt* länger im kollektiven Gedächtnis als an die Kämpfer für das Recht. Die arbeitsrechtliche Community muss sich das freilich nicht nachsagen lassen, wie die heutige Veranstaltung und die Hugo *Sinzheimer* gewidme-

te Stiftung zeigen. Auch die *Hans-Böckler-Stiftung* kann in diesem Zusammenhang genannt werden.

In den gesetzgeberischen Hauptwerken *Fittings*, dem Montanmitbestimmungsgesetz von 1951, den Betriebsverfassungsgesetzen von 1952 und 1972 und dem Mitbestimmungsgesetz von 1976, lassen sich übereinstimmend drei Elemente unterscheiden: die Organisation der Arbeitnehmerseite, ihr Verhältnis zu Arbeitgebern und Anteilseignern und die Einbettung in die gesamtgesellschaftliche Entwicklung. All das ist gut gelungen.

Das Montanmitbestimmungsgesetz stand unter starker politischer Einwirkung, bis sich die Parteien zusammengerauft hatten. Trotzdem dürfte *Fitting*, damals als Regierungsdirektor, auf die juristische Ausgestaltung im Einzelnen erheblichen Einfluss gehabt haben, wie ein Beitrag im *Bundesarbeitsblatt* 1951 (S. 203) eindrucksvoll zeigt, der mit folgendem Bekenntnis schließt: »Die grundlegende Zielsetzung (des Gesetzes) wird jedoch nur dann im positiven Sinn erfüllt werden können, wenn bei seiner Durchführung auf allen Seiten Persönlichkeiten mitwirken, die aus tiefster sozialer und wirtschaftlicher Verantwortung heraus mit dem unermüdlichen Willen zur Verständigung alle Schwierigkeiten und Probleme zu meistern wissen. Nur so kann sich das Gesetz als Manifestation neuen Sozialgeistes segensreich für alle Beteiligten und damit für die soziale und wirtschaftliche Entwicklung unseres Volkes auswirken.« Etwas pathetisch, aber sehr richtig und wohl auch ein Selbstportrait *Fittings*.

Zur Vorbereitung des anschließenden Betriebsverfassungsgesetzes 1952 hat *Fitting*, wiederum im *Bundesarbeitsblatt* 1951 (S. 456), eine »rechtsvergleichende« Darstellung vorgelegt, eine gründliche Übersicht über seine Vorläufer, das Betriebsrätegesetz von 1920 mit Änderungen, das Kontrollratsgesetz Nr. 22 von 1946 und die zahlreichen 1951 bereits vorliegenden Betriebsrätegesetze der Länder, die darauf beruhen, dass die Betriebsverfassung nach 1945

1 »Des Menschen Sünden leben fort in Erz,
ihr edles Wirken schreiben wir ins Wasser.«
Ebenso in dem Drama *Julius Caesar* zu Beginn der berühmten Grabrede
Marc Antons:
»The Evil that men do lives after them.
The good is often interred with their bones.«

von der Basis her, in den Betrieben, geradezu stürmisch wieder aufgebaut wurde. Aus dieser Zusammenschau hat *Fitting* dann das Betriebsverfassungsgesetz 1952 entwickelt. Das darauf folgende Betriebsverfassungsgesetz von 1972 enthält eine große Zahl von Verbesserungen und Neuregelungen. Es ist auch heute noch erstaunlich, wie viel in diesem Bereich getan werden konnte, obwohl die Betriebsverfassung damals schon eine lange Geschichte hinter sich hatte. Die amtliche Begründung zählt dazu, ohne vollständig sein zu wollen, 23 Punkte auf,² ein eindrucksvolles Dokument des sozialen und juristischen Gespürs der Verfasser des Gesetzentwurfs. Das Meiste hat sich als zukunftsfähig erwiesen und gilt bis heute. Weniges war zeitgebunden und ist überholt, vor allem die Aufspaltung der Belegschaften in Arbeiter und Angestellte, der das Bundesverfassungsgericht ja auch erst 1990 unter Federführung Jürgen *Kühlings* ein Ende bereitet hat.³

Besonders gelungen ist die Regelung des Verhältnisses zwischen Betriebsräten und Gewerkschaften. Dazu heißt es in der amtlichen Begründung zu dem Betriebsverfassungsgesetz 1972⁴, die Praxis habe erwiesen, dass auch bei Wahrung des Grundsatzes der Aufgabentrennung und der gegenseitigen Unabhängigkeit eine innerbetriebliche Zusammenarbeit zwischen Gewerkschaften und Betriebsräten im Interesse der Arbeitnehmer des Betriebs nützlich und sinnvoll ist. Dies dient mE. nicht nur den Arbeitnehmern, sondern auch den Arbeitgebern, die dadurch mit umfassend befugten und repräsentativen Vertretern der Arbeitnehmer verhandeln und kontrahieren können. Dem BAG war der Schulterschluss von Gewerkschaften und Betriebsrat in einem Fall sogar zu eng, in dem sich nicht feststellen ließ, ob eine gemeinsam abgeschlossene Vereinbarung mit dem Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung, ein Tarifvertrag oder beides war.⁵ Mag die Rechtsklarheit hier auch eine deutliche Unterscheidung verlangen, ist ein solcher vertraglicher Schulterschluss doch ein schöner Beleg für den Erfolg der Betriebsverfassung in diesem Bereich.

Auch im Verhältnis der Arbeitnehmerseite zu den Arbeitgebern beruht das Betriebsverfassungsgesetz von 1972 auf einer klaren Grundposition. Dazu heißt es in der amtlichen Begründung⁶: »Im kollektivrechtlichen Bereich erweitert der Entwurf die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats auf wichtigen Gebieten, ohne in die eigentlichen unternehmerischen Entscheidungen, insbesondere auf wirtschaftlichem Gebiet, einzugreifen.« Mit großer juris-

tischer Kunst lotet das Gesetz aus, wie weit der Einfluss der Betriebsräte in diesem Rahmen ausgeweitet werden kann, sei es durch Rechtsaufsicht über den Arbeitgeber, sei es durch Anhörung zu seinen Maßnahmen, sei es durch Mitbestimmung. Dies führt zu einer kunstvollen Ja-Aber-Struktur, die sich praktisch bewährt hat und durch das Betriebsverfassungsgesetz von 2001 nicht wesentlich geändert wurde. Im Lauf der Zeit ist es wohl den meisten Betriebsräten gelungen, im Verhältnis zu den Arbeitgebern sowohl als unabhängige Vertretung der Arbeitnehmerinteressen tätig zu werden, als auch mit den Arbeitgebern zum Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebes zusammenzuwirken, wie es § 2 Abs. 1 BetrVG ausdrückt.

Ein anschauliches Zeugnis dafür, dass das Betriebsverfassungsgesetz eine gute Grundlage für das Verhältnis von Betriebsräten, Gewerkschaften und Arbeitgebern geschaffen hat, ist das jüngst erschienene Buch »Mehr Gerechtigkeit wagen« von Detlef *Wetzel*, zweiter Vorsitzender der IG Metall. Es ist zwar aus der gewerkschaftlichen, nicht aus der betrieblichen Perspektive verfasst, spricht aber häufig von »unseren« Betriebsräten und dokumentiert sowohl den engen Schulterschluss von Betriebsräten und Gewerkschaften als auch ihre gemeinsame, notfalls konfrontative, aber wenn im beiderseitigen Interesse möglich, konsensuale Arbeit mit den Arbeitgebern. Einmal mehr zeigt sich auch hier, dass die Betriebsverfassung kein Schön-Wetter-Recht ist, sondern sich gerade in schweren Zeiten besonders bewährt, geradezu als Standortvorteil, wie es Thomas *Die-terich* ausgedrückt hat.

Für das Mitbestimmungsgesetz von 1976 gilt dasselbe. In diesem Bereich verlangte die gesetzgeberische Grundlage für die Organisation der Arbeitnehmerseite und ihr Verhältnis zu den Anteilseignern besonders hohe juristische Kunst. Dass *Fitting* und seine Mitstreiter den richtigen Weg durch das von ihnen zu beschreitende legislative Neuland gefunden haben, wird nicht nur durch die berühmte Mitbestimmungsentscheidung des BVerfG⁷ belegt, sondern ergibt sich auch aus der geringen Zahl von Rechtsstreitigkeiten über das zunächst so umkämpfte Gesetz.

2 BT-Drucksache VI 1786, S. 34 f.

3 BVerfG, 30.5.1990 – 1 BvL 2/83 – BVerfGE 82, 126.

4 BT-Drucksache (Fn. 2), S. 34.

5 BAG, 15.4.2008, – 1 AZR 86/07 – AP Nr. 96 § 77 BetrVG 1972.

6 BT-Drucksache (Fn. 2), S. 31.

7 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290.

Aber das Leben geht weiter. Seit 1920 sind Betriebsverfassung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten stetig ausgebaut worden. Karl *Fitting* hat daran einen bedeutenden Anteil. Das heißt aber nicht, dass er das letzte Wort haben müsste. Ihm war durchaus bewusst, dass die Entwicklung nicht stehen bleiben kann, denn die Geschichte der Betriebsverfassung ist die Geschichte ihrer Modernisierung. Die Begründung des BetrVG 1972⁸ nennt die wichtigsten Triebkräfte, die auf eine Fortschreibung der Betriebsverfassung hinwirken: die zunehmende Anwendung technisch-organisatorischer Neuerungen und der Wandel in den gesellschaftlichen Anschauungen. Dies geht heute von der zunehmenden Auflösung von Stammebelegschaften und dem Einsatz nicht vom Unternehmen angestellter Arbeitskräfte über die Zersplitterung von Betrieben und Unternehmen bis zu gesamtgesellschaftlichen Postulaten wie Vereinbarkeit von Familie und Beruf, Beschäftigung älterer Arbeitnehmer und den gegensätzlichen Zwillingen Compliance und

Datenschutz. Dazu kommen Europäisierung und Globalisierung. Zur Anpassung des Betriebsverfassungsrechts an diese Entwicklungen ist Vieles möglich, ohne dass die Grundposition des Betriebsverfassungsgesetzes von 1972 aufgegeben wird, die Mitbestimmungs- und Mitwirkungsrechte des Betriebsrats zu erweitern, ohne in die eigentlichen unternehmerischen Entscheidungen einzugreifen.

Schwieriger ist das bei der Mitbestimmung im Aufsichtsrat. Hier hat das Mitbestimmungsgesetz 1976 kurz vor der Parität haltgemacht und auch das hat schon zu erheblichen verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen geführt. Ob und welcher Spielraum für eine Erweiterung dieser Mitbestimmung besteht, bedarf der Diskussion. Karl *Fitting* hätte sich gefreut, dabei sein zu können und wir können uns freuen, dass wir diese Diskussion in Erinnerung an ihn und in seinem Geist führen können.

⁸ BT-Drucksache (Fn. 2), S. 31.

Schutz vor Lohndumping in Deutschland und Die Geltungserstreckung günstigerer Tarifverträge im Anwendungsbereich des AEntG

Dissertation von Ghazaleh Nassibi, 2012, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 379 S. (ISBN 978-3-8329-7400-8), 98,- €, erschienen als Band 124 der Schriftenreihe Arbeits- und Sozialrecht und Dissertation von Hendrik Gülker, 2012, Verlag Peter Lang, Frankfurt am Main, 185 S. (ISBN 978-3-631-62220-9), 44,80 €, erschienen als Band 10 der Schriften zum deutschen und europäischen Arbeitsrecht

I. Einleitung

Die Frage eines flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohns oder zumindest einer Ausweitung der Geltungserstreckung branchenspezifischer Lohnuntergrenzen spielt in der aktuellen politischen Diskussion eine große Rolle und wird im kommenden Bundestagswahlkampf ein zentrales Thema sein. Bereits in der Vergangenheit hat sich der Gesetzgeber insbesondere mit der Reform des Arbeitnehmersendegesetzes (AEntG) der Problematik angenommen, dabei allerdings immer nur punktuelle Erweiterungen vorgenommen.

Beide Dissertationen widmen sich diesem Themenkreis, allerdings mit ganz unterschiedlichem Blickwinkel. Die Arbeit von *Nassibi* trägt den Untertitel: »Eine Untersuchung des Arbeitsrechts, Arbeitsstrafrechts und Arbeitsvölkerrecht«. In ihr soll der Frage nachgegangen werden, inwiefern mit Hilfe von Gesetzen der Anteil der Niedriglohnbeschäftigten in Deutschland verringert und Lohndumping verhindert werden kann.¹ Demgegenüber geht es in der Dissertation von *Gülker* vorrangig um eine verfassungsrechtliche Analyse der §§ 7, 8 AEntG, aufgrund derer es durch die staatliche Geltungserstreckung von Mindestlohn-Tarifverträgen zu einer Verdrängung an sich anwendbarer, ungünstigerer tariflicher Regelungen kommen kann.² Das Interesse *Gülkers* ist somit vorrangig auf den kollektivrechtlichen Aspekt der Auflösung einer Normkollision gerichtet, während die Untersuchung von *Nassibi* die individuelle Schutzbedürftigkeit von Niedriglohnbeschäftigten in den Mittelpunkt rückt.

Ungeachtet dieser sehr unterschiedlichen Herangehensweisen sollen nachfolgend schwerpunktmäßig ausgewählte Gesichtspunkte beleuchtet werden, die Gegenstand beider Dissertationen sind. Voranzustellen ist dabei allerdings ein kurzer, deskriptiver Überblick zu den wichtigsten Ergebnissen beider Arbeiten.

II. Schutz vor Niedriglöhnen

Nachdem *Nassibi* in ihrer Einleitung die Thematik prägnant empirisch einordnet, widmet sie sich in Teil 2 den verfassungsrechtlichen Grundlagen ihrer Argumentation. Anknüpfend an die Rechtsprechung des BVerfG leitet sie aus Art. 20 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG eine staatliche Pflicht zum Ausgleich sozialer Gegensätze und Schaffung einer gerechten Sozialordnung ab, wenn gesellschaftliche Ausgleichsmechanismen versagen. Sie bejaht eine staatliche Schutzpflicht im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG aufgrund des strukturellen Ungleichgewichts in nicht-existenzsichernden Niedriglohnarbeitsverhältnissen, die im Rahmen der vertraglichen Inhaltskontrolle berücksichtigt werden müsse.

Teil 3, der den arbeitsrechtlichen Schutz vor Niedriglöhnen behandelt, bildet den Schwerpunkt der Untersuchung. Breiten Raum nimmt dabei die Sittenwidrigkeitskontrolle ein, wobei die Autorin die vom BAG zu Grunde gelegte Grenze von 2/3 des Tariflohns³ grundsätzlich begrüßt, allerdings diese allein für unzureichend erachtet. Sie plädiert zusätzlich für eine absolute Lohnuntergrenze, da in Niedriglohnbranchen der relative Bezug keine existenzsichernden Löhne garantieren kann. Insofern werden mehrere Maßstäbe als grundsätzlich geeignet zur Bestimmung eines sittenwidrigen Bruttostundenlohns erachtet (Grundsicherung mit Freibeträgen: 7,30 €; Pfändungsfreigrenze: 8,08 €; angemessenes Entgelt gemäß Art. 4 Abs. 1 Europäische Sozialcharta [ESC]: 10,24 €),⁴ wobei allerdings eine unmissverständliche Stellungnahme vermieden wird. Auch bei der Rechtsfolge einer Lohnbestimmung nach § 612 Abs. 2 BGB wird mehrdeutig mindestens auf einen »Lohn in Höhe der Grundsicherung unter Berücksichti-

1 *Nassibi*, S. 10.

2 Zur Fragestellung siehe insbesondere *Gülker*, S. 20 f.

3 BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – AP Nr. 64 zu § 138 BGB.

4 *Nassibi*, S. 118 und 137 f.

gung der Freibeträge oder [...] in Höhe der Pfändungsfreigrenze«⁵ abgestellt. Bejaht wird darüber hinaus die Möglichkeit der Inhaltskontrolle einzelvertraglicher Entgeltvereinbarungen nach §§ 305 ff. BGB, die insbesondere bei Unterschreitung des Tarifvertrags um mindestens 20 % als unangemessen anzusehen seien. Im Weiteren werden staatliche Maßnahmen zur Entgeltfestsetzung, insbesondere nach § 5 TVG, dem AEntG, dem MiArbG sowie Tariftreuerklärungen thematisiert. Den Abschluss von Teil 3 bildet eine Betrachtung von Arbeitsvölkerrecht und Europarecht als Schutzinstrumente gegen Niedriglöhne. Angesichts der begrenzten Bedeutung staatlicher Entgeltfestsetzung und der ablehnenden Haltung der Rechtsprechung gegenüber einer weiterreichenden Lohnkontrolle, wie sie die Autorin befürwortet, gelangt sie zu dem Zwischenergebnis, dass das deutsche Arbeitsrecht einschließlich der arbeitsvölkerrechtlichen und europarechtlichen Ansatzpunkte keinen ausreichenden Schutz der Beschäftigten vor Lohndumping biete.

Im vierten Teil widmet sich die Verfasserin daher dem Arbeitsstrafrecht. Eine strafrechtliche Sanktionierung von Lohndumping sei rechtsstaatlich vertretbar, der Ultima-Ratio-Grundsatz und die staatliche Schutzpflicht verlangen jedoch nach der Einführung eines allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns als milderem Mittel. Ein solches Gesetz könnte zudem eine strafrechtliche Sanktionierung derjenigen Fälle vornehmen, in denen der Mindestlohn nicht gezahlt werde. Bei der Höhe des Mindestlohns könnten zudem die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit zur Sittenwidrigkeitsgrenze zugrunde gelegt werden. Im Hinblick auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen geht die Autorin schließlich noch auf die Möglichkeit von Geldbußen im Zusammenhang mit Ordnungswidrigkeiten ein.

Im Abschlusskapitel erfolgt über die Zusammenfassung hinaus ein Ausblick. Zum einen sieht die Verfasserin eine Aufgabe zukünftiger Forschungsarbeit in der Prüfung, ob und ggf. wie verhindert werden könne, dass deutsche Unternehmen durch eine Verlagerung ihrer Produktion ins Ausland deutsche Gesetze umgehen. Ferner bestehe Bedarf zur Rechtstatsachenforschung, insbesondere hinsichtlich der tatsächlichen Wirkungen der untersuchten Rechtsnormen oder aber einer systematischen Erfassung der Verurteilungen zum zivil- und strafrechtlichen Lohnwucher.

III. Verfassungsmäßigkeit der Verdrängung ungünstigerer Tarifverträge

In der Dissertation von *Gülker* wird in der Einleitung bereits der Fokus ausschließlich auf die Bewertung möglicher Eingriffe in die Koalitionsfreiheit konkurrierender Koalitionen gerichtet, wobei in einer Fußnote eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit durch die Geltungserstreckung von Tarifverträgen abgelehnt wird.⁶ Im zweiten Teil der Arbeit, der bereits den Schwerpunkt der Untersuchung bildet, geht es dann um die Verfassungsmäßigkeit von § 8 AEntG. Zunächst wird die generelle Entwicklung des Gesetzes vom Entsendeschutzgesetz zum Arbeitnehmerschutzgesetz nachgezeichnet sowie die Rechtsprechung des BAG, wonach im Bereich des AEntG ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag nicht durch einen für den Betrieb geltenden spezielleren Tarifvertrag verdrängt wird.⁷ Die nachfolgende generelle Rechtsprechungsänderung, wonach das BAG den Grundsatz der Tarifeinheit in Fällen der Tarifpluralität ganz aufgab,⁸ wird allerdings an dieser Stelle gar nicht erwähnt und erst mehr als 70 Seiten später im Rahmen eines Exkurses angesprochen.

Im Folgenden wird herausgearbeitet, dass der Gesetzgeber mit der Neukonzeption von § 8 Abs. 1 und 2 AEntG im Jahr 2009 der Rechtsprechung folgend das Spezialitätsprinzip vollständig durch das Günstigkeitsprinzip abgelöst hat. Dies könne zu einer Beeinträchtigung der kollektiven und individuellen Betätigungsfreiheit konkurrierender Koalitionen führen, indem ein bestehender Tarifvertrag verdrängt, ein konkurrierender Tarifkompromiss konterkariert oder die Verhandlungsparität für zukünftige Tarifvertragsverhandlungen präjudiziert werde. Die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit scheidet dabei als Rechtfertigungsgrund aus, da die Vermeidung ausländischer Niedriglöhne aufgrund der geringfügigen Entsenderelevanz außerhalb der Baubranche kein besonderes Gewicht habe.⁹ Anderes gelte hingegen für das Ziel, einheitliche, branchenspezifisch angemessene Mindest-

⁵ *Nassibi*, S. 140.

⁶ *Gülker*, S. 21.

⁷ BAG, 13.5.2004 – 10 AS 6/04 – IBR 2004, 462.

⁸ BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – AP Nr. 140 zu Art. 9 GG, beruhend auf der Voranfrage 4. Senats: BAG, 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 (A) – AP Nr. 46 zu § 3 TVG, die vom 10. Senat bestätigt wurde: BAG, 23.6.2010 – 10 AS 3/10 – ZIP 2010, 1309.

⁹ *Gülker*, S. 90.

löhne zu garantieren. Angesichts der bestehenden sozialen Wirklichkeit im AEntG sei insofern der Eingriff »noch« als angemessen zu werten, was sich allerdings aufgrund einer Aufnahme weiterer Branchen und/oder eines sich verstärkenden Gewerkschaftspluralismus ändern könne.¹⁰

Hinsichtlich der Geltungserstreckung von Urlaubstarifverträgen im Baugewerbe bejaht der Autor ebenfalls grundsätzlich deren Verfassungsmäßigkeit, allerdings nur wenn Einschränkungsklauseln verwendet werden, mit denen eine Kollision mit dem Geltungsbereich industrie- bzw. handwerksspezifischer Verbandstarifverträge vermieden wird. Für diese Bereiche fehle es an der für die Baubranche typischen hohen Arbeitnehmerfluktuation, so dass der Erlass von Einschränkungsklauseln verfassungsrechtlich geboten sei. Der Verfasser lehnt ferner eine Verankerung des Spezialitätsprinzips im Rahmen von Einschränkungsklauseln wegen angeblich fehlender Bestimmtheit ab.¹¹

Hinsichtlich der Regelung zur Leiharbeit in § 8 Abs. 3 AEntG verneint der Autor einen unverhältnismäßigen Eingriff, allerdings begründet er dies maßgeblich mit dem geringen Organisationsgrad in der Leiharbeitsbranche.¹²

Teil 3 behandelt die Instrumente der Geltungserstreckung. Ausgangspunkt ist die Aussage, dass alle von tariffähigen Gewerkschaften geschlossenen Tarifverträge die gleiche Richtigkeitsgewähr haben. Mit der Regelung der arbeitnehmerseitigen Repräsentativität gemäß § 7 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 AEntG habe der Gesetzgeber den Bereich gesetzgeberischer Ausgestaltung überschritten. Aus Neutralitätsgründen müsse das BMAS bei zwei Tarifverträgen mit im Wesentlichen gleicher mitgliedschaftlicher Legitimation ggf. auf die Erstreckung eines Mindestlohnarbeitsvertrages verzichten. Ferner behandelt der Verfasser Rechtsschutzmöglichkeiten zugunsten kleinerer Koalitionen sowie die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.

IV. Eingriff in die Tarifautonomie

Beide Arbeiten gehen davon aus, dass durch die den Entlohnungsbereich betreffenden staatlichen Maßnahmen ein Eingriff in die Tarifautonomie erfolgt (den sie allerdings letztlich doch jeweils als gerechtfertigt ansehen).

Nassibi hält dabei eine Sittenwidrigkeitskontrolle tariflicher Lohnbestimmungen für möglich. Sehr weitreichend

ist insofern ihre Aussage: »Die Tarifautonomie ist als eine Form der kollektiv ausgeübten Privatautonomie zu verstehen. Daher darf die Regelungsmacht der Tarifverträge dort beschränkt werden, wo auch korrigierend in das einzelne Arbeitsverhältnis eingegriffen wird.«¹³ Tatsächlich schränkt sie diese Aussage letztlich jedoch auf die Fälle ein, in denen die Funktionsbedingungen der Richtigkeitsgewähr fehlen. Im Fall von nicht existenzsichernden Tariflöhnen soll demnach die Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen nicht mehr gelten.¹⁴

Hinsichtlich der Auflösung der Tarifkonkurrenz nach § 8 Abs. 1 und 2 AEntG durch das Günstigkeitsprinzip anstelle des Spezialitätsgrundsatzes formuliert hingegen *Gülker*: »Derjenige Tarifvertrag, der die günstigeren Arbeitsbedingungen vorsieht, wird vorgezogen. Diese Beeinträchtigung hat eine andere Qualität, da hierdurch die materielle Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags in Frage gestellt wird, nach der vermutet wird, dass das Tarifergebnis das Produkt eines angemessenen Leistungsaustauschs zwischen den Tarifparteien ist. Die hiermit verbundene Tarifzensur kann wertungsmäßig nicht mit der Anwendung des Spezialitätsprinzips auf einer Stufe stehen.«¹⁵

Zunächst ist festzustellen, dass die Kontrolle der Inhalte von Tarifverträgen einen weitreichenden Eingriff in die nach Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Tarifautonomie darstellt. Es wäre eindeutig verfehlt, tarifliche Regelungen in gleichem Maße einer Angemessenheitskontrolle zu unterwerfen, wie dies bei arbeitsvertraglichen Regelungen geschieht. Grundsätzlich ist bei Tarifvertragsparteien von einer strukturellen Parität auszugehen, die zwischen Arbeitsvertragsparteien gerade nicht unterstellt werden kann. Deswegen muss für Tarifverträge generell eine »Richtigkeitschance«¹⁶ angenommen werden. Allerdings bedeutet dies keinesfalls, dass tarifliche Regelungen jeder inhaltlichen Überprüfung entzogen wären. Selbst Kritiker einer unmittelbaren Grundrechtsbindung, die darin die Gefahr einer Tarifzensur sehen, bejahen eine Überprüfung von Tarifverträgen am

¹⁰ *Gülker*, S. 102.

¹¹ Vgl. hierzu *Gülker*, S. 117 ff.

¹² *Gülker*, S. 126 f.

¹³ *Nassibi*, S. 131.

¹⁴ *Nassibi*, S. 130 und S. 132.

¹⁵ *Gülker*, S. 62.

¹⁶ Zum Begriff Richtigkeitschance in Abgrenzung zur Richtigkeitsgewähr siehe *Kempen*, in: *Kempen/Zachert*, TVG, 5. Aufl. (im Erscheinen), Grundlagen Rn. 118 ff.

Maßstab von Art. 3 GG.¹⁷ Das Argument von *Nassibi*, dass nicht existenzsichernden Tariflöhne keine Gewähr für die Richtigkeit von Tarifverträgen bieten, kann nicht von der Hand gewiesen werden: Denn die Richtigkeitschance von Tarifverträgen hat sich in diesen Fällen gerade nicht verwirklicht. Andererseits sind die Gerichte gut beraten, bei einer inhaltlichen Kontrolle tariflicher Regelungen größte Zurückhaltung zu üben. Auch insofern wäre es daher am sinnvollsten, wenn der Gesetzgeber durch einen Mindestlohn klare Verhältnisse schaffen würde. Denn ebenso, wie ein tariflicher Verstoß gegen zwingende Regelungen des ArbZG eine gerichtliche Korrektur rechtfertigt, wäre dies bei einer Unterschreitung gesetzlicher Mindestlohnvorgaben zu bejahen.

Solche gesetzlichen Mindestvorgaben werden auch durch die Erstreckung von Mindestlohntarifverträgen gemäß § 7 AEntG gesetzt. Darin eine »Tarifzensur« aufgrund der Verdrängung einer ungünstigeren tariflichen Regelung zu sehen, wird der Bedeutung der Kollisionsregel nach § 8 Abs. 1 und 2 AEntG nicht gerecht. Dabei muss zunächst daran erinnert werden, dass die Nichtanwendung tariflicher Regelungen aufgrund des Spezialitätsprinzips keinesfalls unproblematisch ist.¹⁸ Das Argument, dass es sich in dem einen Fall um eine gewissermaßen technische Kollisionslösung handelt, während beim Günstigkeitsprinzip ein inhaltlicher Maßstab zugrunde gelegt wird, ändert nichts an der problematischen Rechtswirkung. Zu bedenken bleibt lediglich, dass die Verdrängung eines geltungserstreckten Tarifvertrags nicht zulasten der bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigten Gewerkschaftsmitglieder geht, im umgekehrten Fall ein günstigerer geltungserstreckter Tarifvertrag sehr wohl die aufgrund beiderseitiger Tarifbindung anwendbare ungünstigere Tarifregelung verdrängt. Der gleiche Effekt tritt aber auch ein, wenn nach § 4 Abs. 3 TVG eine tarifliche Regelung wegen einer günstigeren arbeitsvertraglichen Vereinbarung keine Anwendung findet. Die Verdrängung der tariflichen Norm durch eine vertragliche Regelung ist dabei eine Folge der Anerkennung privatautonomer Entscheidungen und der Tatsache, dass in einem derartigen Fall kein Schutzbedürfnis zugunsten des Arbeitnehmers besteht. Das lenkt den Blick auf die Frage, warum die Verdrängung einer ungünstigeren tariflichen Regelung durch einen geltungserstreckten Mindestlohntarifvertrag nicht aus grundrechtlichen Erwägungen gerechtfertigt sein sollte.

V. Gewährleistung eines einheitlichen, angemessenen Mindestlohns

Beide Dissertationen bejahen im Ergebnis die Rechtfertigung des Eingriffs in die Tarifautonomie. Zutreffend messen sie dabei der Sicherstellung angemessener Mindestlöhne Verfassungsrang bei, was jeweils aus der Gewährleistung des Existenzminimums aufgrund des Sozialstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 1 GG sowie der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG und der staatlichen Schutzpflichten im Kontext der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG abgeleitet wird.¹⁹

Unterschiedlich sind jedoch die Schlussfolgerungen, die hieraus gezogen werden. Während *Nassibi* für eine flächendeckende, branchenübergreifende Sicherstellung existenzsichernder Mindestlöhne eintritt, hält *Gülker* den Eingriff aufgrund der Verdrängung ungünstigerer Tarifregelungen durch die Geltungserstreckung branchenbezogener Mindestlohntarifverträge lediglich »noch« für angemessen, was sich aber aufgrund einer Aufnahme weiterer Branchen und/oder eines sich verstärkenden Gewerkschaftspluralismus ändern könne. Welche Änderungen hierunter zu verstehen sein sollten, wird nicht explizit ausgeführt. Ein Hinweis hierfür liefert jedoch eine Bemerkung zur Unterbietungskonkurrenz, die der Autor offenbar als legitim einschätzt: »Gelegentlich sind Gewerkschaften zu einer solchen Unterbietung bereit, vor allem, um sich in Branchen, in denen sie noch nicht vertreten sind, für Arbeitgeber interessant zu machen.«²⁰ Dass in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit eine solche Konkurrenzsituation im Bereich des AEntG nicht besteht, wird dabei ua. auf die gerichtliche Verneinung der Tariffähigkeit bestimmter Gewerkschaften zurückgeführt.

Nassibi spricht sich in diesem Zusammenhang für die Anwendung strenger Anforderungen an die Tariffähigkeit von Gewerkschaften aus, »um einen ‚Dumpingwettbewerb von Gewerkschaften‘ zu verhindern.« Beachtlich ist allerdings ihr deutlicher Befund, dass nicht nur die »gelben Gewerkschaften« Tarifstandards unterlaufen, »sondern ebenso Teile der DGB-Gewerkschaften, deren Tariffähigkeit unbestritten ist.«²¹

¹⁷ *Dieterich*, RdA 2001, 112 ff.

¹⁸ Vgl. dazu *Brecht-Heitzmann*, GS Zachert 2010, S. 502, 505 f.

¹⁹ *Gülker*, S. 89 f.; *Nassibi*, S. 31 ff.

²⁰ *Gülker*, S. 99.

²¹ *Nassibi*, S. 134 f.

Ein »Unterbietungswettbewerb von Gewerkschaften«²² kann kein berechtigtes Anliegen darstellen, mit dem sich die Geltung existenzsichernder Mindestlöhne verhindern lässt. Die Tarifautonomie ist für die Koalitionen kein Selbstzweck, sondern sie dient nach Art. 9 Abs. 3 GG »der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen«. Die Abwägung muss daher eindeutig zugunsten des grundrechtlichen Schutzes der Beschäftigten mit nichtexistenzsichernden Niedriglöhnen ausfallen. Dem könnte auch nicht entgegengehalten werden, dass es den Betroffenen freistünde, ob sie einer entsprechenden Gewerkschaft beitreten. Vielmehr bestünde die Gefahr, dass auf diesem Weg durch entsprechenden arbeitgeberseitigen Druck Mindestlöhne unterlaufen werden könnten. Daher ist nicht erkennbar, dass selbst bei einer Änderung der tatsächlichen sozialen Gegebenheiten im Anwendungsbereich des AEntG

eine andere Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von § 8 AEntG vorzunehmen wäre.

VI. Fazit

Die Sicherstellung existenzsichernder Mindestlöhne über die derzeitigen Branchen des AEntG hinaus bleibt als Thema auf der Tagesordnung. Die vorliegenden Dissertationen bieten – ungeachtet unterschiedlicher Ansätze und Bewertungen – für die juristische Diskussion wichtige Impulse.

*Prof. Dr. Holger Brecht-Heitzmann,
Hochschule der Bundesagentur für Arbeit, Schwerin*

²² Deinert, NZA 2009, 1776, 1177.

Zusammenfassungen

Rolfs: Diskriminierungsschutz in der betrieblichen Altersversorgung

SR SR 2/2013, S. 41–52

Die Diskriminierungsverbote des AGG gelten auch für das Betriebsrentenrecht. Die Fülle an gesetzlichen, tariflichen, betrieblichen und vertraglichen Regelungen zur betrieblichen Altersversorgung führt zu einem erheblichen »Diskriminierungspotenzial« der Altersversorgung. In den vergangenen Jahren haben EuGH, BVerfG und BAG zum Verhältnis von BetrAVG und AGG und typischen Versorgungsregelungen Stellung genommen.

Kocher: Die historische »Zeitschrift für soziales Recht« – 1928-1934. Gegenstände und Bedeutung des Konzepts in heutiger Zeit

SR SR 2/2013, S. 53–63

Die Verfasserin reflektiert die zwischen 1928 und 1934 erschienene »Zeitschrift für soziales Recht« und den Begriff »Soziales Recht«. Er hat sich im deutschsprachigen Raum nicht durchgesetzt. Damals wie heute kann der Begriff indessen »Sozialstaatlichkeit« begreifbar machen. Ein »Soziales Recht« für die heutige Zeit müsste alle gesellschaftlichen Voraussetzungen und Einbettungen der Arbeitskraft und ihrer Reproduktion systematischer in den Strukturen des Arbeits- und Sozialrechts berücksichtigen.

Abstracts

Rolfs: Protection against discrimination in occupational pension schemes

SR SR 2/2013, S. 41–52

The anti-discrimination laws of the General Act on Equal Treatment also apply to company pensions. The vast amount of legislation and the many terms in collective agreements, workforce agreements and employment contracts can lead to a high potential for discrimination. In the last few years the European Court of Justice, the Federal Constitutional Court and the Federal Labour Court have decided on the relationship between the General Act on Equal Treatment and the Company Pensions Act and on the terms commonly used in company pension plans.

Kocher: The historical »Zeitschrift für soziales Recht« – 1928-1934. Object and meaning of the concept nowadays.

SR SR 2/2013, S. 53–63

The author reflects on the law journal »Zeitschrift für soziales Recht« (Journal for Social Law), published from 1928 to 1934 and the term »social law«. Although the term failed to establish itself in the German-speaking countries, it has always been capable of making sense of the idea of a »Social State«. A modern »social law« must take all the preconditions and circumstances of labour and its reproduction in society into account and make way for a more systematic approach to considering these in both labour and social security law.

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

Abhandlungen

- *Monika Schlachter: ESC und Arbeitsrecht*
- *Felix Welti und Sabine Knickrehm: Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiographie – sozialrechtliche Fragen*
- *Ingrid Schmidt: Arbeitsrecht und Arbeitsgerichtsbarkeit im Fokus der Politologie*

Rezensionsaufsätze

- *Anne Trebilcock/Jean-Marc Thouvenin: Droit international social (Peter-Tobias Stoll)*