

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



Editorial

Olaf Deinert und Rüdiger Krause Seite 1

Geleitwort

Franz Gamillscheg Seite 1

Abhandlungen

Neues Tarifvertragsrecht im Werden

Peter Hanau Seite 3

Sperrzeiten im SGB III und ihre Verhältnismäßigkeit

Karl-Jürgen Bieback Seite 21

Rezensionsaufsätze

Stefan Greiner, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und
Arbeitskampfpluralität

Katja Nebe Seite 39

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 44

Wer mit einer neuen Zeitschrift für das Arbeits- und Sozialrecht die Bühne betritt, muss den Einwand gewärtigen, dass an Publikationsorganen auf diesem Gebiet wahrhaft kein Mangel herrsche. Schaut man genauer hin, zeigt sich freilich ein differenziertes Bild. Die Szenerie wird weithin von juristischen Fachverlagen geprägt, die gezwungen sind, das Angebot ihrer Zeitschriften der Nachfrage am Markt anzupassen. Dies hat in den letzten Jahren zu einer zunehmenden Praxisorientierung mit der Tendenz geführt, dass Aufsätze im Allgemeinen kurz und tagesaktuell sein müssen. Die Möglichkeiten, auch längere Abhandlungen auf wissenschaftlich hohem Niveau zu publizieren, werden dadurch immer geringer. Dem Bedürfnis, für solche Beiträge ein Forum zu schaffen, soll die neue Zeitschrift *Soziales Recht* entsprechen. Die Zeitschrift möchte den Raum bereitstellen, den rechtswissenschaftlichen Diskurs im Arbeits- und Sozialrecht und damit in einem Bereich zu verbreitern, dem mit Recht Indikatorfunktion für die Struktur des gesellschaftlichen Systems zugesprochen wird (Materialien zum Bericht zur Lage der Nation 1972, BT-Drs. 6/3080, S. 144). Hierzu sollen neben Abhandlungen regelmäßig auch Rezensionen vor allem von wissenschaftlichen Qualifizierungsschriften erscheinen, um deren vielfach in den Tiefen der Bibliotheken verschwindende Impulse zu diskutieren und in die Fachöffentlichkeit einzuführen.

Der Name *Soziales Recht* ist für uns in mehrfacher Hinsicht Programm. Wir entlehnen ihn *Hugo Sinzheimer* zunächst in einem klassifikatorischen Sinn bezogen auf die Gesamtheit des staatlichen und autonom gesetzten Rechts, das sich auf das Phänomen der abhängigen Arbeit bezieht (vgl. *Sinzheimer*, Eine Theorie des sozialen Rechts, in: *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Band 2, 1976, S. 164 ff.) und dem man heutzutage selbstverständlich überstaatliche Rechtsnormen einerseits und sonstige Formen privater Regelung andererseits zur Seite stellen muss. Was das staatliche und das supranationale Recht

Geleitwort

In einer Zeit, die sich immer mehr mit den elektronischen Mitteln der Veröffentlichung begnügt, eine neue Zeitschrift zu begründen, verlangt, wie das *Deinert* und *Krause* ja auch nicht verschweigen, einen gewissen Mut. Er wird von Erfolg gekrönt werden, wenn sie sich den Bereichen zuwendet, wo es an einem Ort des Austausches der Meinungen, oder ganz allgemein des Nachdenkens, fehlt.

Ich denke da an die Rechtstatsachen des Sozialrechts. Wie viele Jahrzehnte ist es her, dass die Praxis der Tarifverhandlungen untersucht wurde? Wann wird man der Wirklichkeit des Betriebsbegriffs nachgehen, statt immer aufs Neue auf einer Formel zu beharren, deren Unbrauchbarkeit seit 80 Jahren feststeht? Es wird Zeit, die Gemengelage von Betriebsrat und Gewerkschaft (und Unternehmen) zu entzerren, wo die Kommentare säuberliche Grenzen ziehen, während der Vorsitzende des Konzernbetriebsrats im Fernsehen die Rettung des Unternehmens verkündet. (Dass es hier vieles zu unterscheiden und auch viele einzelne Untersuchungen gibt, wird natürlich nicht übersehen).

Einen anderen Schwerpunkt der neuen Zeitschrift sollte die Rechtsvergleichung bilden. Das ist keine Absage an die Rechtsgeschichte: Man versteht das Sozialrecht nicht ohne seine Geschichte. Aber die Rechtsvergleichung ist die jüngere Schwester der Rechtsgeschichte und ihr an wissenschaftlichem Gehalt gleichwertig. Sie bietet eine Fülle an Anschauungsmaterial, wie man es (unter ähnlichen Rahmenbedingungen) machen kann oder nicht machen soll, wenn der Fall einmal dem deutschen Richter auf den Tisch flattert. Wenn Klinikärzte oder Lokführer heute selbst den Gesetzgeber in Bewegung setzen, mag ein Blick auf die bargaining unit in den Vereinigten Staaten dem Verständnis nützlich sein. – Natürlich wird auch das Europäische Recht seine Rolle weiter spielen (vielleicht gelingt es ja auch, da einige Bremsen einzuziehen).

Wir leben im 21. Jahrhundert. Ob Richter und Professoren immer noch berufen sind, den arbeitsrechtlichen Figuren einen Platz im Bett des BGB warm zu halten, muss jeder für sich entscheiden (oder auch, ob auf diese oder jene Frage Treu und Glauben unmittelbar oder nur analog anzuwenden ist).

Stoff genug mithin für die neue Zeitschrift. Wenn sie gut ist, wird sie sich auch durchsetzen.

Prof. em. Dr. Dres. h.c. Franz Gamillscheg,
Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen

angeht, wollen wir mit dem Begriff *Soziales Recht* vor allem das Nebeneinander von Arbeitsrecht und für die betriebliche Praxis relevantem Sozialrecht einfangen. Da arbeitsrechtlich geregelte Materien häufig in einem untrennbaren Zusammenhang mit den sozialrechtlichen Rahmenbedingungen stehen, muss *Soziales Recht* für profunde Beiträge auch aus diesem Bereich einen Raum bieten. Sozialrecht

wird somit nicht als »kleine Schwester« des Arbeitsrechts begriffen, sondern als integraler Bestandteil der Regelung bestimmter Ausschnitte aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit. Mit dieser Sicht erweist sich nicht nur der Titel der Zeitschrift als rechtsvergleichend anschlussfähig, wird doch in anderen Ländern und nicht zuletzt auf der europäischen Ebene mit der gemeinsamen Bezeichnung »droit social« keine derart strenge Trennung der Disziplinen vollzogen wie in Deutschland. Hieran anknüpfend soll auch der vergleichende Blick auf ausländische Regelungen, die für die Akteure des Arbeitslebens in einem zunehmenden Maße zur Erfahrungswelt gehören, seinen Platz in *Soziales Recht* finden.

Inhaltlich ist Bezugspunkt das seit *Sinzheimers* Zeiten nach wie vor existierende Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer mit dem heute vom Bundesverfassungsgericht formulierten Ziel eines »Ausgleichs gestörter Vertragsparität«, hinter dem letztlich das Grundanliegen des Arbeitsrechts steht, sowohl die Selbstbestimmung der abhängig Beschäftigten als auch die Unverfügbarkeit bestimmter Freiheitsräume effektiv zu gewährleisten. Dazu gehört, ebenfalls ganz im Sinne *Sinzheimers*, die realistische Erfassung der sozialen und ökonomischen Verhältnisse, die in einer immer komplexeren Arbeitswelt als Teil einer globalisierten Wirtschaft einem ständigen Wandel unterliegen und das Arbeitsrecht dadurch immer wieder vor neue Herausforderungen stellen. *Soziales Recht* soll das Forum sein, das sich im Geiste auch etwa eines *Gustav Radbruch* (vgl. Vom individualistischen zum sozialen Recht, in: Der Mensch im Recht, 1957, S. 35 ff.) der Einbettung des Arbeitslebens in die verschiedenen gesellschaftlichen Zusammenhänge unter dem spezifischen Blickwinkel widmet, wie den unterschiedlichen Interessen in einer an der Idee der Gerechtigkeit orientierten Weise mit rechtlichen Instrumenten Rechnung getragen werden kann.

Mit der Betonung des wissenschaftlichen Charakters der Zeitschrift *Soziales Recht* ist keine Absage an die Fragen und Bedürfnisse der Praxis verbunden, die gerade im Arbeits- und Sozialrecht stets aufs Neue den Stoff liefert, an dem sich Theorie bewähren muss. Vielmehr geht es uns im Sinne des bekannten Diktums von *Rudolph von Jhering* darum, »dass die Wissenschaft, um praktisch zu sein, sich nicht auf das Praktische beschränken darf« (Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Band 1, 1857, S. 18). In diesem Sinne will *Soziales Recht* ein Diskus-

sionsforum auch für solche wissenschaftlichen Beiträge bieten, die zur Lösung aktueller Probleme der Praxis Hilfen und Denkanstöße geben. Insofern freuen wir uns, dass *Peter Hanau* in der ersten Abhandlung, die überhaupt in dieser Zeitschrift erscheint, drängende Fragen und Herausforderungen des Tarifvertragsrechts in einer Gesamtschau erörtert, während *Karl-Jürgen Bieback* die gegenwärtige rechtspolitische Diskussion im Kontext der Sperrzeiten im Arbeitsförderungsrecht einer konzeptionellen Betrachtung unterzieht. Der Reigen der Rezensionen wird durch *Katja Nebe* eröffnet: Sie bespricht die Habilitationsschrift von *Stefan Greiner* zu Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität.

Dass das Erscheinen dieser Zeitschrift möglich geworden ist, haben wir zahlreichen wohlmeinenden Helfern zu verdanken, die hier nicht alle namentlich genannt werden können. Besonders hervorgehoben sei aber das *Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht* (HSI) in Frankfurt. Dieses unterstützt das Vorhaben nicht nur in materieller Hinsicht, sondern auch durch eine enge Zusammenarbeit seiner Leitung mit den Herausgebern bei der Planung und Konzeption dieser Zeitschrift. Insbesondere freuen wir uns über die Chance der Beratung durch die Mitglieder des wissenschaftlichen Beirats des HSI (vgl. www.hugo-sinzheimer-institut.de). Dass mit *Peter Hanau* eines seiner Mitglieder unsere Zeitschrift mit einem Beitrag eröffnet, begreifen wir dankbar als Signal. Darüber hinaus danken wir dem DGB-Bundesvorstand als Herausgeber der Zeitschrift *Arbeit und Recht*, dass er einem Erscheinen von *Soziales Recht* als zunächst halbjährlich publiziertes Supplement zugestimmt hat. Wir denken, dass sich aus diesem technischen Miteinander ein für beide Teile produktives, arbeitsteiliges Nebeneinander entwickelt. Schließlich möchten wir das materielle und konzeptionelle Engagement des *Bund-Verlages* würdigen, der die technische Gestaltung sowie die Vernetzung im Internet ermöglicht.

Wir freuen uns auf viele interessante Beiträge, die in Zukunft an die Redaktion von *Soziales Recht* herangetragen werden mögen! Die technischen Redaktionsrichtlinien finden sich auf der Homepage unserer Zeitschrift (www.soziales-recht.eu).

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen

Neues Tarifvertragsrecht im Werden

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

I. Ansatzpunkte für eine Neuordnung des Tarifvertragsrechts

1. Die Modernität des Tarifvertrages

Der Grundgedanke des Tarifvertragsrechts ist nicht veraltet, sondern durchaus modern, ja schon postmodern. Denn es beruht auf einem Demokratieverständnis, das neben den staatlichen Organen die Bürger an der politischen Willensbildung und Rechtsetzung beteiligt; in diesem Sinne ist der Tarifvertrag basisdemokratisch. Dies hat schon *Hugo Sinzheimer*, sein juristischer Schöpfer, hervorgehoben und so zum Ausdruck gebracht¹: Grundgedanke sei, dass freiorganisierte gesellschaftliche Kräfte unmittelbar und planvoll objektives Recht erzeugen und selbsttätig verwalten können. Dies nannte *Sinzheimer* die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht. Es handele sich um eine Volksinitiative, die sich überall in einer von keinem Zentrum aus einheitlich geleiteten, urwüchsigen Organisation des Volkes in immer reichem Maße ausdrückt.² Dabei gehe es um eine Form gesellschaftlicher und rechtlicher Autonomie als eine Art objektiver Rechts-erzeugung, ein Gedanke, der heute in der Einordnung der »Tarifautonomie als kollektive Privatautonomie« fortlebt.³

Sinzheimer betonte, dass diese Autonomie nicht gegen den Staat gerichtet ist, auch nicht unabhängig neben ihm steht, sondern mit ihm auf das Engste verflochten ist. »Der Staat wahrt den gesellschaftlichen Kräften gegenüber das gesellschaftliche Bedürfnis nach Einheit des sozialen Lebens.«⁴ *Sinzheimer* weiter zur sozialen Selbstbestimmung im Recht:

»Ohne den Staat auszuschalten, der die Bedingung eines einheitlichen gesellschaftlichen Leben ist, löst sie doch durch unmittelbare Rechtserzeugung die Fremdheit des Rechts dem sozialen Leben gegenüber. Es dringt durch sie das gesellschaftliche Leben tiefer in das Recht, das Recht aber auch tiefer in das gesellschaftliche Leben ein, und indem sie den neuen organisatorischen Kräften des gesellschaftlichen Lebens Wirkung verleiht, dient sie zugleich dem gesellschaftlichen Frieden.«⁵

Aktueller geht es kaum. Wer denkt bei diesen Worten nicht an eine verstärkte Bürgerbeteiligung bei Maßnahmen, die die Bürger unmittelbar berühren? Während aber diese Diskussion, soweit sie sich auf Raumordnung und -planung bezieht, noch in den Anfängen steckt, ist der Tarifvertrag schon ein altes, bewährtes und durchkonstruiertes Instrument einer rechtlich anerkannten und wirksamen Bürgerbeteiligung. Diese wirkt nicht gegen den Staat, sondern im Staat zu seiner Entlastung, Ergänzung und Vertiefung.

Eine authentische Kennzeichnung dieser Autonomie im Staat stammt von dem früheren Vorsitzenden der IG Bau-Steine-Erden (späteren Verteidigungsminister) *Georg Leber* im Zusammenhang mit der Gründung der Sozialkassen des Baugewerbes.⁶

»Wir wollten so viel wie möglich ohne Gesetzgeber erreichen. Nur für die Aufgaben, die wir nicht selber bewältigen konnten, weil unsere Befugnisse nicht ausreichten, dafür wollten wir den Staat, also Regierung und Parlament in Anspruch nehmen. Wir hatten, ohne den Staat zu engagieren und zu belasten, doch auch »Staat gemacht«. Wir wollten, dass die Arbeiter mit gutem Wissen sollten sagen können: Das ist unser Staat.«

Mit der Basisnähe des Tarifvertrages ist seine duale und flexible Struktur verbunden; dual, weil ein Konsens von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite erforderlich ist, flexibel, weil es nicht einen auf Dauer angelegten Einheits-tarifvertrag, sondern mehr als 70 000 gibt. Dies erlaubt es dem Tarifvertrag, seine soziale Funktion zu erfüllen. Diese besteht darin, in wechselnden Umständen und Zeiten

1 Ein Arbeitstarifgesetz, 1916, Nachdruck 1977, S. 186.

2 *Sinzheimer* zitiert hier *Jellinek*, Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, S. 74, 75.

3 So der Titel der Studie von *Bayreuther*, 2005. Einschränkung *D. Ulber*, Tarifpositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, 2010, S. 592: Tarifautonomie ist kollektiv hergestellte Privatautonomie, begründet aber keine Normsetzungsprärogative der Tarifparteien.

4 *Sinzheimer* aaO., S. 189.

5 S. 194.

6 *Georg Leber*, Vom Frieden (Autobiografie), 1979, S. 59, 62 f.

immer wieder ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen zu finden, so dass die Arbeitsbedingungen möglichst verbessert werden, ohne die Arbeitsplätze aufs Spiel zu setzen. Zuge-spitzt lässt sich sagen: Sozial ist, was dem Tarifvertrag nützt oder wenigstens: Was dem Tarifvertrag nützt, ist sozial. Das ist ein Teil der Antwort auf die von dem Titel dieser neuen Zeitschrift aufgeworfene Frage, was sozial ist.

2. Neues Verhältnis des Tarifvertrages zu nicht Tarifgebundenen

Obwohl der Tarifvertrag als basisdemokratisch zeitgemäß, sogar immer noch der Zeit voraus ist, zeigt sich doch an zwei wesentlichen Seiten Neuerungsbedarf, bei dem Verhältnis zu nicht und zu anders Tarifgebundenen. Bei dem Verhältnis zu nicht Tarifgebundenen geht es wieder um das Verhältnis der Tarifautonomie zum Staat, denn die Tarifautonomie erfasst als kollektive Privatautonomie unmittelbar nur die Mitglieder der tarifschließenden Verbände und die selbst tarifschließenden Unternehmen, nicht aber nicht und anders Tarifgebundene. Zu einer Erstreckung des Tarifvertrages auf diese Personenkreise ist die Hilfe des Staates unerlässlich, aber keineswegs ungewöhnlich, da, wie Sinzheimer hervorgehoben hat, die Tarifautonomie im engsten Verhältnis zum Staat steht und ohne staatliche Anerkennung kein Recht erzeugen könnte. Schon das TVG von 1949 hat den Tarifvertrag zweimal auf nicht Tarifgebundene erstreckt, durch die Allgemeinverbindlicherklärung (AVE) und die einheitliche Geltung von Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen. Die AVE zielt vor allem auf die Einbeziehung nicht tarifgebundener Arbeitgeber, um den Tarifvertrag vor Aushöhlung zu schützen, die Erstreckung der Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen zielt auf die Einbeziehung nicht tarifgebundener Arbeitnehmer, um, wo erforderlich, die Einheit der betrieblichen Arbeitsbedingungen zu wahren. Wegen dieses beschränkten Geltungsbereichs handelt es sich nicht um einen Fall der Allgemeinverbindlichkeit, sondern gehört in die aktuelle Diskussion über die Tarifeinheit (dazu unten III.).

Der Bundesgesetzgeber hat in dem AEntG eine neue Form allgemeinverbindlicher Mindestlöhne eingeführt, um Begrenzungen in den Voraussetzungen und Wirkungen der traditionellen AVE zu vermeiden, allerdings um

den Preis eines geringeren Niveaus der Arbeitsbedingungen. Viele Bundesländer wollen diesen Preis bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht zahlen und haben deshalb sog. Tariftreuegesetze erlassen, um die Auftragnehmer nicht nur an das Mindestentgelt nach dem AEntG, sondern an das tarifübliche Entgelt zu binden. Mit der Rechtsprechung des BAG⁷ zu sittenwidrigen Arbeitsentgelten ist diese Entwicklung weitergegangen. Sie hat noch geringere Voraussetzungen und Wirkungen als die Mindestlohngesetzgebung.

Insgesamt kann man von vier Arten der Allgemeinverbindlichkeit sprechen. Dabei wird das für die AVE außer bei sozialem Notstand erforderliche Quorum (mindestens 50 % der unter den Geltungsbereich des Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer müssen bei den schon ohne die AVE tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt sein) in den Tariftreuegesetzen und im AEntG durch das Erfordernis der Repräsentativität des Tarifvertrages ersetzt oder ganz fallen gelassen. Dabei handelt es sich nicht um einen Neuanfang, sondern um die Rückkehr zum Alten, zur TVVO von 1918, die sich für die AVE mit der »überwiegenden Bedeutung« des Tarifvertrages begnügt hatte. Nach *Gamillschegs* Urteil war die alte Formulierung weiser als die geltende, die auf Veranlassung der Militärgouverneure in das TVG aufgenommen wurde.⁸ Auch *Nipperdey*⁹ meinte, dass sich die frühere Fassung bewährt hatte. Damals sei es nicht allein auf das zahlenmäßige Verhältnis der organisierten tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu den Außenseiterarbeitgebern und -arbeitnehmern angekommen, sondern entscheidend war allein, ob sich die Tarifnormen tatsächlich überwiegend durchgesetzt hatten. Es war daher auch die tatsächliche Übereinstimmung der Arbeitsbedingungen mit den Tarifnormen von Bedeutung, so dass die Arbeitsverhältnisse von und mit Außenseitern zu berücksichtigen waren.

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum befasst sich intensiv und mit zurückhaltender Tendenz mit der Zulässigkeit einer zunehmenden Erstreckung autonomer Regelungen auf nicht Tarifgebundene.¹⁰ Die vorstehend skiz-

7 S.u. II. 3.

8 Kollektives Arbeitsrecht, 1. Band, 1997, S. 893.

9 Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II, 6. Aufl. 1957, S. 486.

10 Dazu umfassend Bayreuther aaO.; Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2009).

zierte Gesetzgebung ist vorangegangen. Nach einer treffenden Formulierung *Sittards*¹¹ handelt es sich um den »Deutschen Weg zum Mindestlohn«, der die autonomen Regelungen soweit wie möglich nützt und nicht durch staatliche Vorgaben ersetzt. Dabei handelt es sich immer noch um ein Stück Tarifvertragsrecht im Werden, da das Entwicklungspotenzial der einzelnen Regelungen und ihr Verhältnis zueinander weiterer Klärung bedarf. Dem widmet sich der Abschnitt II.

3. Neues Verhältnis des Tarifvertrages zu anders Tarifgebundenen

a) Einsturz und Neubaupläne

Eine noch größere Baustelle, geradezu die Notwendigkeit eines Neubaus nach Einsturz des alten, ist das Verhältnis des Tarifvertrages zu anders Tarifgebundenen. Bekanntlich, darf man wohl sagen, hat das BAG im Jahre 2010 die bisherige Rechtsprechung zur prinzipiellen Tarifeinheit fallen gelassen und durch prinzipielle Tarifpluralität ersetzt.¹² Damit stehen wir in der wichtigen Frage des Verhältnisses der Tarifverträge untereinander wieder bei Null, beim Ausgangspunkt. Denn die neue Rechtsprechung des BAG hat zwar die alte Rechtsprechung – unter fast allgemeinem Beifall – aufgegeben, konnte das neue Recht aber erst auf die Schiene setzen, ohne schon seine tarifvertraglichen, arbeitskampfrechtlichen, betriebsverfassungsrechtlichen und arbeitsvertraglichen Konsequenzen klären zu können. Die bisherige Rechtsprechung ist mehr an ihrem Reden gescheitert als an ihren Taten. Denn tatsächlich bezog sie sich nur auf zwei besondere Fälle, in denen Tarifeinheit in der Tat unvermeidlich oder wenigstens naheliegend ist, die Konkurrenz von Tarifverträgen derselben Gewerkschaft und von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen. In den wenigen Fällen, in denen es um das Nebeneinander zweier nicht allgemeiner Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften ging, hat das BAG auf die Tarifeinheit verzichtet.¹³

b) Der Kampf um die Tarifeinheit

Eine weitere Schwierigkeit besteht darin, dass bei Abschluss des Manuskripts Ende März 2011 im verbandlichen, politischen und im rechtswissenschaftlichen Bereich das intensive Bemühen besteht, an die Stelle des eingestürzten einen ganz anderen Neubau zu errichten als das BAG. Bekanntlich, wie man wohl wiederum sagen

darf, soll die Tarifeinheit im Betrieb wiederbelebt werden, aber diesmal nicht aufgrund des Spezialitätsprinzips, das eher kleinere Verbände, Unternehmen und Tarifverträge bevorzugte, sondern aufgrund des Mehrheitsprinzips, das eher großen Verbänden zugute kommt.

Auffallend ist, dass die Auseinandersetzung über die einzuschlagende Richtung in ungewöhnlicher Frontstellung geführt wird. Während die neue Rechtsprechung des BAG Unterstützung durch die Berufs- und Spezialgewerkschaften (Gewerkschaft der Flugsicherung, Gewerkschaft Deutscher Lokomotivführer, Marburger Bund, Unabhängige Flugbegleiter Organisation, Führungskräfteverband Chemie und Vereinigung Cockpit)¹⁴ gefunden hat, wird die neue Tarifeinheit nicht nur übereinstimmend, sondern gemeinsam von den großen Verbänden der Arbeitgeber (BDA) und Arbeitnehmer (DGB) gefordert und in den politischen Raum getragen (Einzelheiten unter III. 4.) Auch in der Rechtswissenschaft zeigen sich hier ungewöhnliche Kombinationen, da es nicht um den üblichen Gegensatz von Arbeitgeber-/Arbeitnehmerinteressen geht, sondern um unterschiedliche Verbandsinteressen.¹⁵

Die Gemeinsamkeit der Großverbände ist auf den ersten Blick überraschend, erklärt sich aber daraus, dass jeder Großverband Interesse an der Zurückdrängung oder sogar Ausschaltung konkurrierender Verbände hat. Freilich geht es hier nicht nur um Verbandsinteressen, da die Vermehrung der Tarifparteien zu einer Vermehrung von Arbeitskämpfen führen kann. Insofern dient die Initiative der Großverbände dem Arbeitsfrieden. Außerdem fördert Zurückdrängung oder Ausschaltung der Spezial-

¹¹ AaO., S. 423.

¹² BAG, 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 (A) – AP § 3 TVG Nr. 46; fast wortgleich BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – NZA 2010, 1086; zur Vorgeschichte *Bayreuther*, NZA 2007, 187; *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, 2010, S. 257 ff.; *Jacobs*, NZA 2008, 325; *Reichold*, RdA 2007, 321.

¹³ BAG, 28.5.1997 – 4 AZR 546/95 – AP § 4 TVG Nachwirkung Nr. 26; BAG, 21.2.2001 – 4 AZR 18/00 – NZA 2001, 1318; BAG, 11.5.2005 – 4 AZR 315/04 – NZA 2005, 1362; dazu *Franzen*, RdA 2008, 194; *Hanau*, RdA 2008, 98; Rechtsgutachten von *Waas*, AuR 2011, 93, unter verfassungsrechtlichen und rechtsvergleichenden Aspekten.

¹⁴ Von den berufsübergreifenden Gewerkschaften hat sich die Tarifunion im Deutschen Beamtenbund angeschlossen, während sich die Christlichen Gewerkschaften zurückzuhalten scheinen.

¹⁵ Gegen die neue Tarifeinheit Rechtsgutachten von *Däubler*, *Reichold* und *Rieble*, *Dieterich*, AuR 2011, 46; *Bayreuther*, BB 2010, 2023; *Deinert*, RdA 2011, 12; *Jacobs*, ZRP 2010, 199; *Löwisch*, BB 2010, 1; dafür *Giesen*, NZA 2009, 11; *Buchner*, SAE 2010, 292; *Kempfen*, FS Wolfgang Hromadka, 2008, S. 177 und AuR 2011, 51; FS *Buchner*, 2009, S. 827.

gewerkschaften die Gleichheit unter den Arbeitnehmern auf Kosten der Freiheit spezieller Gruppen, eine neue Variante des alten Konflikts zwischen Gleichheit und Freiheit. Schließlich kann sich das Mehrheitsprinzip, das die neue Tarifeinheit legitimieren soll, auf das Demokratieprinzip berufen. Dem entgegen steht vor allem, dass die Verdrängung von Tarifverträgen durch Tarifeinheit die positive Koalitionsfreiheit der Parteien des verdrängten Tarifvertrages und ihrer Mitglieder beschränkt oder sogar ausschaltet. Allerdings hat das BVerfG die Verdrängung allgemeiner durch spezielle Tarifverträge durch das bisherige Prinzip der Tarifeinheit gebilligt, indem es in den Grundsatzentscheidungen zur Verfassungsmäßigkeit der AVE für den Fall der Tarifkonkurrenz auf die damals anerkannten Grundsätze, also auf die Verdrängung von Tarifverträgen durch Tarifeinheit, verwies.¹⁶ Von deren Verfassungsmäßigkeit war auch das BAG in seiner jahrzehntelangen Rechtsprechung ausgegangen. Allerdings könnte der Übergang vom Spezialitäts- zum betrieblichen Mehrheitsprinzip zu einer stärkeren Verdrängungswirkung führen und Flächentarifverträge auflösen.

c) Ursachen

Der Einsturz der bisherigen Rechtsprechung zur prinzipiellen Tarifeinheit nach dem Spezialitätsprinzip hat tatsächliche und rechtliche Ursachen. Tatsächliche Ursachen sind einerseits das zunehmende Eigenleben der Berufs- und Spezialgewerkschaften, andererseits das zunehmende Auftreten von Gewerkschaften, die das Spezialitätsprinzip nutzen, um das bisherige Tarifniveau zu unterbieten und zu verdrängen. Rechtliche Ursache für den Einsturz des bisherigen Rechtsprechungsgebäudes ist seine mangelnde Verankerung im Gesetz. Denn das TVG geht von der Gleichwertigkeit aller Tarifverträge aus und lässt sie in ihrer jeweiligen Mitgliedschaft wirken. Einheitliche Geltung von Tarifverträgen kennt das TVG nur in den Fällen der §§ 3 Abs. 2 S. 5 TVG. Dies sind gerade die Fälle, in denen das BAG bisher Tarifeinheit angenommen hat¹⁷, doch hat es sich eben in seiner Rhetorik nicht darauf beschränkt und ist daran gescheitert.

Indem die neue Rechtsprechung die prinzipielle Tarifeinheit durch prinzipielle Tarifpluralität ersetzt, ist sie zum TVG zurückgekehrt, steht damit aber auch vor der Frage, ob es in den beiden Fällen, in denen Tarifverträge nach dem TVG über den Mitgliederkreis der Tarifparteien hinaus wirken, bei einer wie immer gearteten

Tarifeinheit bleiben muss. DGB und BDA entfernen sich dagegen vom TVG, indem sie die grundsätzliche Gleichwertigkeit aller Tarifverträge auf- und dem mehrheitlichen Tarifvertrag den Vorzug geben. In dem Abstellen auf die betriebliche Mehrheit unter den Tarifgebundenen findet sich ein Anklang an das Mehrheitsprinzip des § 5 TVG, aber nicht mehr als Ausnahme, sondern als Regel.

Da einstweilen noch nicht geklärt ist, welches Prinzip sich durchsetzt, muss hier (III.) zu beiden etwas gesagt werden. Dabei soll der Schwerpunkt nicht auf die bereits intensiv diskutierte Verfassungsmäßigkeit der angestrebten neuen Tarifeinheit gelegt werden, sondern auf die Konsequenzen beider Konzepte, ihrer Unterschiede und auch vorhandenen Gemeinsamkeiten, deren Klärung der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit vorangehen muss.

d) Die mittlere Lösung des AEntG

§ 8 AEntG hat für konkurrierende Tarifverträge über Mindestarbeitsbedingungen das Problem bereits einer mittleren Lösung zugeführt. Wenn einer von ihnen für allgemeinverbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung allgemein verbindlich gemacht wird, gilt im Verhältnis zu dem konkurrierenden Tarifvertrag das Günstigkeitsprinzip. Er wird also nicht ganz verdrängt, sondern darf weiter gelten, soweit er günstiger ist. Im Schrifttum gibt es allerdings bis heute aus verfassungsrechtlichen Gründen Bemühungen, dies durch ein Ungünstigkeitsprinzip zu ersetzen, also dem ungünstigeren Tarifvertrag Vorrang einzuräumen.¹⁸ Freilich droht dieser Auffassung der Gegenstand auszugehen, da die Tariffähigkeit der durch das Ungünstigkeitsprinzip besonders begünstigten Christlichen Gewerkschaften zunehmend zweifelhaft wird¹⁹ und sie auch von den Arbeitgebern nicht mehr besonders begünstigt werden, wie der tarifrechtliche Schulterschluss der BDA mit dem DGB zeigt. Im Übrigen ist die verfassungsrechtliche Begünstigung der ungünstigen Tarifverträge nicht überzeugend. Es gibt keinen grundsätzlichen Vorrang ungünstiger Tarifverträge, vielmehr sieht § 7 Abs. 2 AEntG eine

¹⁶ BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – AP § 5 TVG Nr. 15, Blatt 656; BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – AP § 5 TVG Nr. 17, Blatt 449 R; ebenso BVerfG, 18.7.2000 – 1 BvR 948/00 – AP, AEntG, § 1 Nr. 4.

¹⁷ S. Fn. 12.

¹⁸ Zuletzt Moll, RdA 2010, 321.

¹⁹ BAG, 14.12.2010 – 1 ABR 19/10 – NZA 2011, 289: keine Tariffähigkeit der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit.

umfassende Abwägung vor, die der verfassungsrechtlich gebotenen Rücksichtnahme auf alle Tarifverträge, nicht nur die für die Arbeitnehmer ungünstigsten, am besten Rechnung trägt.²⁰

4. Was wird aus dem Tarifvertrag in der EU?

a) Verhältnis zu den Grundfreiheiten

Vielfach wird befürchtet, dass aus dem Tarifvertrag in der EU nichts wird, weil ihm die Grundfreiheiten vorgezogen werden. Dies wurde vor allem durch die Urteile des EuGH in Sachen Viking²¹ und Laval²² ausgelöst, die nationale Kampfmaßnahmen um Tarifverträge gegenüber Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nur dulden, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses wie dem Arbeitnehmerschutz dienen. In der Tat ist es rechtsdogmatisch nicht zu begründen, dass das Grundrecht auf kollektive Maßnahmen (Art. 28 GRCh) durch den Filter der zwingenden Gründe des Allgemeininteresses gehen muss, doch ist im Ergebnis eine Menge durch diesen Filter gekommen. Die Viking-Entscheidung hat immerhin anerkannt, dass ein Arbeitskampf zulässig sein kann, der sich zwar nicht direkt gegen eine unternehmerische Maßnahme richtet, sie aber durch hohe Kosten zwecklos machen kann. Dies unterscheidet sich im Ergebnis nicht von der Entscheidung des BAG zu dem sog. Tarifsozialplan²³, betont allerdings die Grenze der Verhältnismäßigkeit stärker, die aber auch vom BAG grundsätzlich anerkannt wird. Das Urteil im Fall Laval und einige Folgeurteile beschränken die Geltung inländischer Tarifverträge für aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer auf Mindestarbeitsbedingungen, deren Umfang aber vom nationalen Recht bestimmt werden kann.²⁴ Die deutsche Mindestlohngesetzgebung ist dadurch erst in Gang gekommen, ein europarechtlicher Spielraum noch gar nicht ausgeschöpft.

b) Verhältnis zu Richtlinien

Einschränkungen der nationalen Tarifverträge können sich aus Richtlinien ergeben, die nicht oder teilweise tarifdispositiv sind. Ein Vorlagebeschluss des BAG vom 20.5.2010²⁵ hat die Frage aufgeworfen, ob aus Art. 28 der Grundrechtecharta eine Verpflichtung zu tarifdispositiver Gestaltung von Richtlinien folgt. Die europäischen Instanzen sind sich des Problems bewusst und bemühen sich um ein ausgewogenes Verhältnis von Gemeinschaftsrecht

und Tarifautonomie. So heißt es in der Präambel (Nr. 19) der LeiharbeitsRL 2008/104/EG, sie beeinträchtige weder die Autonomie der Sozialpartner noch solle sie die Beziehung zwischen den Sozialpartnern beeinträchtigen, einschließlich des Rechts, Tarifverträge gemäß nationalem Recht und nationalen Gepflogenheiten bei gleichzeitiger Einhaltung des geltenden Gemeinschaftsrechts auszuhandeln und zu schließen. Über die genaue Abgrenzung der Kompetenzen hat man in den europäischen Gremien lange gerungen und sich schließlich auf den in Art. 5 Abs. 3 LeiharbeitsRL 2008/104/EG enthaltenen Formelkompromiss verständigt, dass den Sozialpartnern Tarifverträge gestattet werden können, die »unter Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern« vom Equal-Pay-Grundsatz abweichen.²⁶ Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des AÜG (Stand 15.3.2011) will dem durch eine Lohnuntergrenze gerecht werden. Sansone hält das für eine ausreichende Achtung des Gesamtschutzes von Leiharbeitnehmern.²⁷ Dafür lässt sich anführen, dass die Mitgliedstaaten nach Art. 5 Abs. 2 LeiharbeitsRL 2008/104/EG die Möglichkeit vorsehen können, vom Equal-Pay-Grundsatz abzuweichen, wenn Leiharbeitnehmer, die einen unbefristeten Vertrag mit dem Leiharbeitsunternehmen abgeschlossen haben, auch in der Zeit zwischen den Überlassungen bezahlt werden. Für andere Arbeitsbedingungen als Löhne soll die Ermächtigung in §§ 3, 9 AÜG zu tariflichen Abweichungen vom Equal-Pay-Grundsatz aber nicht geändert werden. Auch führt die Platzierung der Lohnuntergrenze im AÜG dazu, dass die im AEntG vorgesehene Kontrolle und Durchsetzung der Mindestbedingungen durch staatliche Behörden nicht greift, obwohl die Arbeitnehmerüberlassung sowohl vom europäischen als auch vom deutschen Arbeitsrecht als besonders missbrauchs anfällig angesehen wird.

20 Dazu eingehend Thüsing/Bayreuther, AEntG, 2010, § 8 Rn. 25 ff.

21 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779-10840 (Viking).

22 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767-11894 (Laval) – NZA 2008, 159.

23 BAG, 24.4.2007 – 1 AZR 252/06 – AP § 1 TVG Sozialplan Nr. 2.

24 EuGH, 18.7.2007 – C-490/04 – Slg. 2007, I-06095 (Kommission/Deutschland), Rn. 18; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767-11894 (Laval), Rn. 60.

25 BAG, 20.5.2010 – 6 AZ 148/09 (A) – NZA 2010, 961, Abstufung betrieblicher Entgelte nach dem Lebensalter.

26 S. Sansone, Gleichstellung von Leiharbeitnehmern nach deutschem und Unionsrecht, 2011, S. 540 ff.

27 Sansone, aaO. S. 548.

Auch der EuGH sieht bei den Richtlinien das Problem des Verhältnisses zur Tarifautonomie und bemüht sich um eine ausgewogene Lösung. So heißt es in der neuen Entscheidung zur Zulässigkeit tariflicher Altersgrenzen²⁸:

»Hinsichtlich der Beurteilung durch das vorlegende Gericht ist darauf hinzuweisen, dass die im Ausgangsverfahren fragliche Klausel über die automatische Beendigung von Arbeitsverhältnissen die Frucht einer von den Vertretern der Arbeitnehmer und den Vertretern der Arbeitgeber ausgehandelten Vereinbarung ist, die damit ihr als ein Grundrecht anerkanntes Recht auf Kollektivverhandlung ausgeübt haben. Dass es damit den Sozialpartnern überlassen ist, einen Ausgleich zwischen ihren Interessen festzulegen, bietet eine nicht unerhebliche Flexibilität, da jede der Parteien gegebenenfalls die Vereinbarung kündigen kann.«

Ein genereller Vorrang nationaler Tarifverträge vor europäischem Recht würde sich ergeben, wenn Art. 153 Abs. 5 AEUV, der der Union eine Zuständigkeit für Koalitionsfreiheit und Arbeitskampf abspricht, einen generellen Nachrang des Gemeinschaftsrechts gegenüber nationalem Kollektivrecht begründen würde. Die EuGH-Entscheidungen in den Fällen *Laval* und *Viking*²⁹ haben diesen Einwand aber kurz abgetan. Das sei kein Freibrief für Abweichungen vom Gemeinschaftsrecht.

c) Europäische Sozialpartnervereinbarungen

Auf der europäischen Ebene sehen Art. 151 ff. AEUV vielfältige Möglichkeiten der Kooperation der Sozialpartner vor, zuletzt realisiert durch eine Rahmenvereinbarung über integrative Arbeitsmärkte vom 25.3.2010.

Insgesamt ist der Tarifvertrag in Europa auf gutem Wege.

II. Die Zukunft der Allgemeinverbindlichkeit

1. Allgemeinverbindlichkeit kraft AVE (§ 5 TVG)

a) Bisherige Grenzen

(1.) Quantitative Grenze (Quorum)

Die AVE ist an Grenzen gebunden, die es ihr schwer machen, zunehmendem Druck zu widerstehen und sich wenigstens im bisherigen Umfang zu behaupten. Die wichtigste Begrenzung ist das 50%-Quorum (§ 5 Abs. 1

Nr. 1 TVG), das immer schwerer einzuhalten ist. 2008 waren nur 463 von insgesamt 70.600 Tarifverträgen allgemeinverbindlich, 1995 noch 627. Der Rückgang der Tarifbindung kann dazu führen, dass die AVE zunehmend an der Quote scheitert, sodass immer mehr Arbeitnehmer ohne tariflichen Schutz oder nur mit dem Mindestschutz durch Mindestlöhne auskommen müssen. Dieterich konstatiert, dass sich seit etwa 10, 15 Jahren das harmonische Bild kollektiver Privatautonomie verdüstere. Insgesamt sei eine deutliche Schwächung der Koalitionen und ihrer tarifpolitischen Instrumente unverkennbar. Das zentrale Krisensymptom zeige sich als kontinuierlicher Mitgliederschwund sowohl bei den Gewerkschaften als auch in den Arbeitgeberverbänden, die diese Entwicklung noch dadurch forcierten, dass sie Mitgliedschaften ohne Tarifbindung anbieten. Hinzu komme eine Tarifpraxis der Dezentralisierung und Flexibilisierung, die den klassischen Flächentarifvertrag aushöhle, seine Signalwirkung schwäche und Partikularinteressen breiten Rahmen lasse.³⁰

Rieble stellt eine Gewerkschaftsschwächung fest wegen Mitgliederschwunds (Nettoorganisationsgrad von um die 24,1 %) bei nahezu vollständigem Verlust der Wiedervereinigungsgewinne; Aufkündigung der Solidarität durch Funktionseleitengruppen (Piloten, Flugbegleiter, Fluglotsen, Lokführer), die ihre spezifische Sozialmacht im »egoistischen Gruppeninteresse« organisieren; Internationalisierung des Wettbewerbs, der erheblichen Druck auf die tariflichen Arbeitsbedingungen ausübt. Selbst auf nationaler Ebene zeichne sich ab, dass die Arbeitskosten im Wettbewerb schädlich sind und marktbezogene Wettbewerbsnachteile nachhaltig verschärfen.³¹

Dass sich diese Entwicklung nicht abschwächt, zeigen schlaglichtartig Beiträge zu der 2010 erschienenen Festschrift für *Eduard Picker*. *Waltermann* diagnostiziert hier ein augenfälliges strukturelles Funktionsdefizit der Tarifautonomie im Niedriglohnbereich.³² Gleich drei Beiträge (*Bauer*, S. 889; *Dick/Gehring*, S. 953; *Henssler*, S. 987) befassen sich mit den rechtlichen Möglichkeiten, eine Tarifbindung möglichst schnell abzustreifen.

28 EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – (Rosenbladt), Rn. 67 – NZA 2010, 1167.

29 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767-11894 (*Laval*), Rn. 87 bzw. EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – Slg. 2007, I-10779-10840 (*Viking*), Rn. 40 f.

30 *Dieterich*, Gedächtnisschrift für Ulrich Zachert, 2010, S. 533.

31 *Rieble*, ZfA 2005, 245.

32 *Waltermann*, FS *Picker*, 2010, S. 1190.

(2.) Räumliche Grenze

In räumlicher Hinsicht ist die AVE dadurch begrenzt, dass sie nicht für vorübergehend aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer gilt. Dies ergab sich schon immer aus dem internationalen Privatrecht (Art. 30 EGBGB)³³, dazu aus Art. 8 Abs. 2 der sogenannten Rom I-Verordnung der EU und der Dienstleistungsfreiheit in der EU, die nach der Rechtsprechung des EuGH³⁴ nur die Verpflichtung der entsendenden Arbeitgeber auf Mindestarbeitsbedingungen zulässt. Der Gesetzgeber hat darauf reagiert, indem er im AEntG eine besondere Art von allgemeinverbindlichen Mindestarbeitsbedingungen eingeführt hat.

(3.) Zukunftsfragen

Für die Zukunft der AVE ist nach alledem wichtig, wie oft das bisherige Quorum in der Praxis erreicht werden kann und ob es ggf. herabgesetzt werden kann. Dies setzt die Klärung des verfassungsrechtlichen Spielraums voraus. Die räumliche Begrenzung der AVE lässt sich dagegen nicht ändern. In Zukunft wird man deshalb bei jedem Antrag auf klassische AVE fragen, ob nicht die AVE von Mindestarbeitsbedingungen ausreicht oder sogar im Hinblick auf entsandte Arbeitnehmer erforderlich ist – und umgekehrt. Moll³⁵ nimmt einen rechtlichen Vorrang der AVE vor den Mindestarbeitsbedingungen an. Das ist eine brauchbare Richtschnur, die aber im Einzelfall nach den gem. §§ 5 TVG, 7 AEntG maßgebenden öffentlichen Interessen flexibel zu handhaben ist.

b) Verfassungsrechtlicher Spielraum

(1.) Schrifttum

Im Schrifttum ist umstritten, ob das 50%-Quorum verfassungsrechtlich geboten ist. Nach einer Meinung ist die Quote nur ein möglicher, aber kein zwingender Anwendungsfall des Erfordernisses eines repräsentativen Tarifvertrages.³⁶ Anderer Meinung insbesondere Löwisch/Rieble³⁷: die AVE beschränke die Berufsausübungs- und Vertragsfreiheit vor allem der nicht organisierten Arbeitgeber. Das sei nicht mehr hinnehmbar, wenn diese die Mehrheit der Arbeitsverhältnisse stellen und sich damit gegen das Tarifvertragssystem, jedenfalls gegen die Tarifbedingungen des jeweiligen Tarifvertrages entschieden haben. Habe sich ein Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich am Arbeitsmarkt nicht durchgesetzt, belege das die

fehlende Akzeptanz und damit die fehlende Zumutbarkeit seiner Arbeitsbedingungen.

Diese Auffassung belegt allerdings nicht die verfassungsrechtliche Notwendigkeit des heutigen Quorums, da die Akzeptanz eines Tarifvertrages auch durch tatsächliche Üblichkeit ohne Rücksicht auf Tarifgebundenheit erwiesen werden kann, wie es schon die TVVO vorsah. Ferner kann für die Akzeptanz eines Tarifvertrages die nach § 5 TVG erforderliche Zustimmung durch den Tarifausschuss sprechen. Und schließlich geht es nicht allein um die Akzeptanz bei den von dem Tarifvertrag bisher abgewandten Arbeitgebern, sondern auch um das öffentliche Interesse daran, den Tarifvertrag auf sie zu erstrecken.

Trotzdem bleibt die Frage nach der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Herabsetzung oder Beseitigung des Quorums. Dies umso mehr, als das Schrifttum auch in der Frage gespalten ist, ob sich aus der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Koalitionsfreiheit eine negative Tarifvertragsfreiheit ableiten lässt, in die durch AVE eingegriffen würde.³⁸ Auch wenn man die negative Tarifvertragsfreiheit grundsätzlich anerkennt, ist die AVE keineswegs zwingend an das Quorum gebunden, da dann eine Abwägung zwischen den verfassungsrechtlich für und gegen die AVE sprechenden Gründen erforderlich ist.³⁹ Diese Gründe lassen sich der Rechtsprechung entnehmen. Dabei wird besonders darauf zu achten sein, ob die 50%-Quote von der Rechtsprechung als unerlässliche Voraussetzung oder jedenfalls zusätzliches Argument für die Verfassungsmäßigkeit der AVE angesehen wird.

(2.) Rechtsprechung

Grundlegend für die Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der AVE sind immer noch die beiden Grundsatzur-

33 BAG, 4.5.1977 – 4 AZR 10/76 – AP zu § 1 TVG Tarifverträge Bau Nr. 30.

34 EuGH, 19.6.2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323-4400 (Luxemburg) – NZA 2008, 865.

35 RdA 2010, 321, 336.

36 ErfK/Franzen, 11. Aufl., § 5 TVG Rn. 11; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 892; Sittard aaO., S. 152, 430; Zachert, NZA 2003, 134.

37 Löwisch/Rieble, TVG, 2004, § 5 Rn. 41.

38 Darstellung des Meinungsstandes bei Schubert, RdA 2001, 199; neuestens bei Bayreuther aaO., S. 126 ff. und Sittard aaO., S. 42 ff.

39 Hanau, FS Rupert Scholz, 2007, S. 1045.

teile des BVerfG vom 24.5.1977 und 15.7.1980⁴⁰, das erste allgemein zur AVE, das zweite zu den Sozialkassen des Baugewerbes. Die erste Entscheidung geht davon aus, dass die AVE die Effektivität der tarifvertraglichen Normsetzung gegen die Folgen wirtschaftlicher Fehlentwicklungen sichert. Sie erweise sich dadurch als ein

»Instrument, das die von Art. 9 III GG intendierte autonome Ordnung des Arbeitslebens durch die Koalitionen abstützen soll, indem sie den Normen der Tarifverträge zu größerer Durchsetzungskraft verhilft. Daneben dient sie dem Ziel, den Außenseitern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern. Insoweit beruht die Allgemeinverbindlicherklärung auf der subsidiären Regelungszuständigkeit des Staates, die immer dann eintritt, wenn die Koalitionen die ihnen übertragene Aufgabe, das Arbeitsleben durch Tarifverträge sinnvoll zu ordnen, im Einzelfall nicht allein erfüllen können und die soziale Schutzbedürftigkeit einzelner Arbeitnehmer oder Arbeitnehmergruppen oder ein sonstiges öffentliches Interesse ein Eingreifen des Staates erforderlich macht.«

Hier und auch in den weiteren verfassungsrechtlichen Ausführungen der Entscheidung findet sich kein ausdrücklicher Hinweis auf das Quorum oder andere Anforderungen an die Repräsentanz der Tarifparteien. Die Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer sieht das BVerfG durch die AVE nicht verletzt, da Zwang und Druck in Richtung auf eine Mitgliedschaft nicht ausgeübt würden.

Die Entscheidung des BVerfG von 15.7.1980 wiederholt dies und verneint auch einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG. Auf das Quorum wird nicht abgestellt. Den Kern der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung der AVE beschreibt die Entscheidung so:

»Zum einen erfüllen die Koalitionen mit der Schaffung von Tarifnormen, die der AVE zugänglich sind und deren allgemeine Geltung im öffentlichen Interesse geboten erscheint ..., im besonderen Maß die in Art. 9 III GG ihnen zugewiesene öffentliche Aufgabe ..., die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in eigener Verantwortung und im Wesentlichen ohne staatliche Einflussnahme zu gestalten ... Zum anderen setzt die Verbindlichkeit für Außenseiter die staatliche Mitwirkung an der Normsetzung für die Außenseiter voraus.«

Das BVerwG hat sich dem in einer Entscheidung vom 3.11.1988⁴¹ angeschlossen. Der BGH hat allerdings in einer Entscheidung vom 18.1.2000 zum Tariftrueugesetz des Landes Berlin angenommen, dass mit dem Verlangen nach Abgabe einer Tariftrueuerklärung die negative Ko-

alitionsfreiheit beeinträchtigt werde.⁴² Das Gesetz lasse es zwar zu, dass tarifvertragliche Normen auch für zuvor nicht tarifgebundene Arbeitgeber gelten, mache aber eine solche Geltung von dem besonderen staatlichen Akt der AVE abhängig. Das 50%-Quorum wird selbst in dieser Entscheidung nicht vermisst. Zudem hat das BVerfG den Beschluss des BGH mit der Begründung verworfen, allein dadurch, dass jemand den Vereinbarungen fremder Tarifvertragsparteien unterworfen wird, sei ein spezifisch koalitionsrechtlicher Aspekt nicht betroffen.⁴³

Während die deutschen Gerichte eine negative Tarifvertragsfreiheit nicht anerkennen und die negative Koalitionsfreiheit auf einen Schutz vor Beitrittszwang und Druck beschränken, deutete ein Urteil des EuGH vom 9.3.2006⁴⁴ in eine andere Richtung. Es leitete das Recht der Außenseiter, von Tarifverträgen verschont zu bleiben, unmittelbar aus der in Art. 11 EMRK gewährleisteten negativen Koalitionsfreiheit ab, sodass der Übernehmer eines Betriebes nicht an eine dynamische arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge gebunden sei. Ein neues Urteil des EuGH vom 11.2.2010⁴⁵ ist darüber aber kommentarlos hinweggegangen. Es sei zulässig, eine Richtlinie durch einen Tarifvertrag umzusetzen, dem eine Gruppe von Arbeitnehmern unterliegt, obwohl sie der an diesem Vertrag beteiligten Gewerkschaft nicht angehören und ihre Berufsgruppe von dieser Gewerkschaft nicht vertreten wird.

c) Alternativen

Nach alledem lässt sich nicht feststellen, dass das 50%-Quorum unerlässliche Voraussetzung für eine AVE ist. Das Quorum ist selbst dann nicht erforderlich, wenn man aus Art. 9 Abs. 3 GG einen Schutz negativer Tarifvertragsfreiheit ableitet. Denn ihr steht die positive Koalitionsfreiheit als Grundlage des vor Außenseiterwettbewerb zu schützenden Tarifvertrages entgegen und als Schiedsrichter der Staat mit der Orientierung am öffentlichen Interesse, in dessen Rahmen auch die Interessen

40 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – AP Nr. 15 § 5 TVG; BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – AP Nr. 17 § 5 TVG.

41 BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – AP § 5 TVG Nr. 23.

42 BGH, 18.1.2000 – KVR 23/98 – EZA Art. 9 GG Nr. 67.

43 BVerfG, 11.07.2006 – 1 BvL 4/00 – AP Art. 9 GG Nr. 29.

44 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04 (Werhof) – NZA 2006, 376.

45 EuGH, 11.2.2010 – C-405/08 (Holst) – EuZW 2010, 258; in diese Richtung auch schon BAG, 23.9.2009 – 4 AZR 331/058 – DB 2010, 2112.

der bisher nicht Tarifgebundenen zu berücksichtigen sind. Diese Interessen sprechen darüber hinaus dafür, das Quorum nicht einfach abzuschaffen, sondern Alternativen zu suchen, die eine Erstreckung von Tarifverträgen auf Außenseiterarbeitgeber rechtfertigen können. Unproblematisch wäre es, das Quorum beizubehalten, nach dem Vorbild der TVVO aber nicht auf die gesetzlich tarifgebundenen Arbeitgeber zu beschränken, sondern diejenigen einzubeziehen, die Tarifverträge tatsächlich anwenden. Feststellungen darüber sind durchaus möglich, wie sich schon unter der Geltung der TVVO gezeigt hat und heute in den einschlägigen Statistiken wiederkommt.⁴⁶ Ein Entschließungsantrag der Grünen⁴⁷ fordert eine Absenkung des Quorums auf 40%.

Eine weitere Alternative ist, an die Repräsentativität des Tarifvertrages anzuknüpfen, dessen Allgemeinverbindlichkeit beantragt wird. Dieser Begriff erscheint in § 7 Abs. 2 AEntG (nur) für den Fall, dass in einer Branche mehrere Tarifverträge mit zumindest teilweise demselben fachlichen Geltungsbereich zur Anwendung kommen. Würde man dieses Kriterium generell auf die AVE nach § 5 TVG übertragen, wäre eine gewisse Systemgerechtigkeit hergestellt: Repräsentativität im Rahmen des § 5 TVG immer erforderlich, im Rahmen des § 7 AEntG, in dem es nur um Mindestarbeitsbedingungen geht, nur bei Tarifkonkurrenz. Insofern ist auch für die Zukunft der AVE wichtig, wie sich das Recht der allgemeinverbindlichen Mindestbedingungen weiterentwickelt. Dazu das folgende:

2. Allgemeinverbindliche Mindestarbeitsbedingungen (§§ 7, 8 AEntG, Tariftreuegesetz)

a) Die Absenkung des Quorums

Mindestarbeitsbedingungen können nach dem AEntG auf allgemeinverbindlichen Tarifverträgen oder einer Rechtsverordnung beruhen. Beide sind nicht an die räumliche Grenze der klassischen AVE gebunden, sondern wirken ebenso für aus dem Ausland entsandte oder verliehene Arbeitnehmer. Ein allgemeinverbindlicher Tarifvertrag setzt auch hier das Quorum des § 5 TVG voraus. Dagegen ist die nach § 7 AEntG ebenfalls mögliche Rechtsverordnung gerade eingeführt worden, um nicht alle Voraussetzungen der klassischen AVE erfüllen zu müssen. Erforderlich ist nur ein Antrag der Tarifparteien auf AVE und das nach § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TVG erforder-

liche öffentliche Interesse, während § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG, in dem das Quorum geregelt ist, nach § 7 Abs. 1 S. 2 AEntG nicht anwendbar ist. Handelt es sich um den einzigen Tarifvertrag in der Branche, gibt es überhaupt keine quantitative Anforderung an den Tarifvertrag. Auch die Mitwirkung des Tarifausschusses ist abgeschwächt (§ 7 Abs. 5 AEntG).

Im Schrifttum wird vertreten, dass eine gewisse Repräsentativität des Tarifvertrages auch bei Fehlen von Tarifkonkurrenz erforderlich sei.⁴⁸ Um eine Majorisierung der Außenseiter-Arbeitgeber zu verhindern, werde man sich als Ausgangspunkt trotz des fehlenden Verweises am 50%-Quorum nach § 5 TVG orientieren müssen. Liege die Tarifbindung der Arbeitgeber darunter, müsse das öffentliche Interesse besonders kritisch geprüft werden. Zum Schutz der Außenseiter-Arbeitgeber solle man zudem eine Mindestrepräsentativität verlangen: Sind weniger als ein Drittel der unter den Geltungsbereich eines Tarifvertrages fallenden Arbeitnehmer bei tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigt, so habe sich der Tarifvertrag in seinem Geltungsbereich nicht so durchgesetzt, dass eine Tarifnormerstreckung infrage käme. Das ist als Richtschnur brauchbar, doch verlangt § 7 AEntG eine umfassende Abwägung und gestattet größere Flexibilität. Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit des AEntG ohne Weiteres bestätigt und ein Problem allenfalls gesehen, wenn der Geltungsbereich eines Tarifvertrages, der von in dem konkreten Bereich völlig unbedeutenden Koalitionen abgeschlossen wurde, auf Außenseiter erstreckt würde.⁴⁹ Dies zeigt, wie groß der Spielraum hier ist.

Nach einem Urteil des BVerwG ist für den Anspruch einer Tarifvertragspartei auf AVE der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet.⁵⁰ Dies wird für die Verordnung nach § 7 AEntG entsprechend gelten müssen. Allerdings besteht hier ein sehr weites Ermessensspielraum, der aber überschritten würde, wenn sich das Ministerium an das Quorum des § 5 TVG gebunden hielte.

Das in § 7 Abs. 1 S. 2 AEntG aufgegebene Quorum des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 TVG feierte fröhliche Urständ, wenn es die Staatspraxis zur Voraussetzung für die Aufnahme

⁴⁶ Vor allem in dem IAB-Betriebspanel.

⁴⁷ BT-Drs. 17/4437

⁴⁸ Sittard aaO., S. 430; ebenso Thüsing/Bayreuther, AEntG, § 7 Rn. 11.

⁴⁹ BVerfG, 18.7.2000 – 1 BvR 948/00 – AP § 1 AEntG Nr. 4.

⁵⁰ BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – AP § 5 TVG Nr. 23.

einer Branche in § 4 AEntG machte, der erst das Tor zur tariflichen Mindestarbeitsbedingung öffnet.⁵¹ Dies wäre mit dem Gesetz unvereinbar, das ja gerade von dem Quorum absieht und auch die Repräsentativität der Tarifparteien nicht an ein bestimmtes Quorum bindet.

b) Die Absenkung des Schutzniveaus

Eine weitere Begrenzung ergibt sich daraus, dass die Erstreckung auf aus dem Ausland entsandte Arbeitnehmer nur zu Mindestarbeitsbedingungen zulässig ist.⁵² Dieses Erfordernis kommt aus dem europäischen Recht und soll die Dienstleistungsfreiheit sichern. Es bezieht sich nicht auf die Freizügigkeit der Arbeitnehmer in der Europäischen Union, die durch den Abschluss von Arbeitsverträgen mit Arbeitgebern in einem anderen Mitgliedsland ausgeübt wird und dessen Arbeitsrecht, insbesondere dem Grundsatz der Gleichbehandlung, in vollem Umfang untersteht. Das Erfordernis der Mindestbedingungen gilt an sich nur für im Dienst eines ausländischen Arbeitgebers in ein anderes EU-Mitgliedsland entsandte Arbeitnehmer, hat aber überragende Bedeutung für den deutschen Weg zum Mindestlohn erlangt, da § 1 AEntG jetzt die grenzüberschreitend entsandten und die regelmäßig im Inland beschäftigten Arbeitnehmer gleichstellt.

c) Landes-Vergabemindestlöhne?

Während die Entsenderichtlinie die Tarifpraxis in Deutschland nicht eingeengt, sondern überhaupt erst in den Bereich des Mindestlohnes geführt hat, hat sie sich gegen die Landesgesetze gerichtet, die öffentliche Auftragnehmer auf Tariftreue, dh. auf die Einhaltung nicht allgemeinverbindlicher und nicht Mindestarbeitsbedingungen regelnder Tarifverträge verpflichten wollten.⁵³ Die Länder Berlin und Rheinland-Pfalz haben darauf 2010 bzw. 2011 mit einem gesetzlichen Vergabemindestlohn reagiert, während das Land Bremen auf den Vergabemindestlohn verzichtet, wenn der Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der EU von Bedeutung ist. Die Entscheidung im Fall *Rüffert*⁵⁴ ist nicht nur damit begründet, dass der Tarifvertrag nicht allgemeinverbindlich war, sondern auch damit, dass er sich nur auf einen Teil der in den geografischen Bereich des Tarifvertrages fallenden Bautätigkeit bezog. Deshalb handele es sich nicht um Mindestlohnsätze im Sinne der Entsenderichtlinie. Da auch der gesetzliche Vergabemindestlohn nur auf einen Teil seines geografischen Bereichs

anwendbar ist, bedarf noch der Klärung, wie weit die Richtlinie geht. Immerhin handelt es sich jetzt formell und materiell um Mindestlohn, so zB. § 1 Abs. 5 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz.

3. Richterliche Mindestlöhne

Das Fehlen eines generellen nationalen Mindestlohnes hat nicht nur zu der zerstückelten Regelung im AEntG geführt, sondern mit Urteil des BAG vom 22.4.2009⁵⁵ zu einem umfassenden tarifgestützten richterlichen Mindestlohn. Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB liegt danach vor, wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht. Eine Üblichkeit der Tarifvergütung könne angenommen werden, wenn mehr als 50 % der Arbeitgeber eines Wirtschaftsgebiets tarifgebunden sind oder wenn die organisierten Arbeitgeber mehr als 50 % der Arbeitnehmer eines Wirtschaftsgebiets beschäftigen. Das Quorum lehnt sich an § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG an und bestätigt damit, dass es sich hier um eine Allgemeinverbindlichkeit auf niedrigerem Niveau handelt. Mit der AVE hat der richterliche Mindestlohn gemeinsam, dass er nicht für entsandte Arbeitnehmer gelten kann, schon weil er für ausländische Arbeitgeber zu schwer zu ermitteln ist.⁵⁶ Von der Wirkung allgemeinverbindlicher Tarifverträge und auch von Mindestarbeitsbedingungen nach dem AEntG weicht der richterliche Mindestlohn dadurch ab, dass seine Unterbietung nicht zur Anwendung des Mindestlohnes, sondern des vollen Tariflohnes führt, wie auch sonst sittenwidrige Verträge nicht einfach auf das gerade noch zulässige Maß, sondern auf das Übliche geschleust werden.

51 In diese Richtung der Hinweis bei *Thüsing/Bayreuther*, AEntG, § 7 Rn. 10.
 52 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – Slg. 2007, I-11767-11894 (Laval), s.o.; EuGH, 18.7.2007 – C-490/04 – Slg. 2007, I-06095 (Kommission/Deutschland); EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989-2044 (Rüffert); EuGH, 19.6.2008 – C-319/06 – Slg. 2008, I-4323-4400 (Luxemburg); EuGH, 7.10.2010 – C-515/08 (Santos Palhota).
 53 So die Entscheidung im Fall *Rüffert*, EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989-2044 (Rüffert) – NZA 2008, 537.
 54 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989-2044 (Rüffert) – NZA 2008, 537.
 55 BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – AP § 138 BGB Nr. 64, mit Anmerkung *Bayreuther*; kritisch *Joussen*, SAE 2010, 95.
 56 *Franzen*, ZESAR 2011, 101.

Die Grenze von $\frac{2}{3}$ des üblichen Tariflohnes ist ge-
griffen, liegt aber durchaus im Rahmen des richterli-
chen Ermessens. Gegen das Quorum lässt sich einwen-
den, dass es im AEntG aufgegeben wurde, doch kommt
dort der Staatsakt als weitere Legitimation hinzu, sodass
die Aufrechterhaltung des Quorums beim richterlichen
Mindestlohn folgerichtig ist. Nicht überzeugend ist, dass
für die Feststellung der Üblichkeit auf den Organisations-
grad der Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgestellt wird.
Die Anwendung eines Tarifvertrages geht üblicherweise
über den Kreis der organisierten Arbeitgeber und Arbeit-
nehmer hinaus, wie sich dem IAB- Betriebspanel entneh-
men lässt. Deshalb hatte schon die TVVO nicht auf die
Tarifgebundenheit, sondern auf die Üblichkeit eines
Tarifvertrages als Voraussetzung für die AVE abgestellt.
Das muss für den richterlichen Mindestlohn ebenso gel-
ten.

III. Die Zukunft von Tarifpluralität und Tarifeinheit

Hier geht es um die Frontlinien in dem oben (I. 3. b) skiz-
zierten Kampf um die Tarifeinheit.

1. Die Folgen von Tarifpluralität⁵⁷

a) Tarifrechtliche Folgen

Tarifpluralität bedeutet, dass Tarifverträge in einem Be-
trieb nebeneinander gelten, soweit der Arbeitgeber an alle
und die Arbeitnehmer jeweils an einen Tarifvertrag
gebunden sind. Wenn der Arbeitgeber bei der Anwen-
dung der Tarifverträge wirklich auf die jeweilige Gewerk-
schaftsmitgliedschaft der Arbeitnehmer abstellt, müssen
diese ihre Mitgliedschaft offenbaren und nachweisen,
soweit sie sich auf den Tarifvertrag berufen,⁵⁸ während
die Beweislast den Arbeitgeber trifft, wenn er einen Tarif-
vertrag durchsetzen will, obwohl Arbeitnehmer bestrei-
ten, an ihn durch Mitgliedschaft gebunden zu sein. In der
Praxis dürfte es dazu aber kaum kommen. Die Arbeitge-
ber werden sich bemühen, ihre Verbandsmitgliedschaft so
zu gestalten, dass sie nur an einen Tarifvertrag gebunden
sind. Lässt sich dies nicht vermeiden, wird einer der kon-
kurrierenden Tarifverträge meist auf bestimmte Arbeit-
nehmergruppen bezogen sein, wie sie von den Spezialge-
werkschaften vertreten werden. Dann wird der Arbeitge-

ber den Tarifvertrag auf alle Arbeitnehmer dieser Gruppe
anwenden.

Die größere Vielfalt der in einem Betrieb anzuwen-
denden Tarifverträge macht die Beachtung des Publikati-
onserfordernisses in § 8 TVG besonders dringlich.⁵⁹

b) Arbeitskampfrechtliche Folgen

Logische Folge von praktizierter oder wenigstens gefor-
deter Tarifpluralität ist Arbeitskampfpluralität, wie die
eigenständigen Kampfmaßnahmen der Lokomotivführer
anschaulich zeigen. In Rechtsprechung und Schrifttum
besteht weitgehende Einigkeit, dass alle Arbeitnehmer
der bestreikten Betriebe ihren Entgeltanspruch verlieren,
wenn die Arbeit wegen des Streiks einer Gewerkschaft
unmöglich wird⁶⁰, unerlässliche Voraussetzung von Ar-
beitskampfpärität. Zum Ausgleich erhalten diese Arbeit-
nehmer Arbeitslosengeld nach § 146 Abs. 1 S. 2 SGB III,
außer wenn sie mit einer Anwendung des umkämpften
Tarifvertrages rechnen können.⁶¹ In diesem Fall können
sie auch in Streik und Aussperrung einbezogen werden.⁶²

Es bleibt die Frage, ob die Arbeitskampfpluralität zu
einer unerträglichen Vermehrung von Arbeitskämpfen
führen würde: je mehr Gewerkschaften, desto mehr Tarif-
verträge, desto mehr Arbeitskämpfe. Diese Besorgnis ist
einer der Gründe, die gegen die Tarifpluralität angeführt
werden und zu der Forderung nach einer neuen Tarifein-
heit geführt haben. Wenn man wie BDA und DGB diese
und damit die Verdrängung von Tarifverträgen kleiner
Gewerkschaften für verfassungsrechtlich zulässig hält,
muss es erst recht zulässig sein, ihre Tarifverträge zwar
zuzulassen, aber ihr Arbeitskampfrecht gesetzlich einzu-
schränken oder wenigsten zu kanalisieren, etwa durch die
Forderung nach koordinierten Tarifverhandlungen. Hält

57 Umfassende Dokumentation und Diskussion dieser Folgen bei Greiner,
Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität, 2010 (zugl.
Köln, Univ., Habil. 2009).

58 Reichold, RdA 2007, 327; Rieble, Gedächtnisschrift für Heinze, 2005, S. 687;
Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1313.

59 S. schon Bepler, ZTR 2001, 241.

60 BAG, 14.12.1993 – 1 AZR 550/93 und BAG, 15.12.1998 – 1 AZR 289/98 – AP
Nr. 129 und 154 Arbeitskampf; ebenso Däubler/Ögüt, Arbeitskampfrecht,
3. Aufl. 2011, § 19 Rn. 83 unter ausdrücklichem Bezug auf den Spartenstreik;
Franzen, RdA 2008, 193, 201; Hanau, RdA 2008, 103; Kissel, Arbeitskampf-
recht, 2002, 397; Krebber, RdA 2011, 1928; Otto, Arbeitskampf- und Schlich-
tungsrecht, 2006, S. 329; aM. Greiner, Anmerkung LAG Art. 9 GG Arbeits-
kampf Nr. 80; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1320.

61 Däubler/Deinert aaO., § 20 Rn. 163; Willemsen/Mehrens, NZA 2010, 1321.

62 Nachweise in Fn. 57.

man die neue Tarifeinheit dagegen für verfassungsrechtlich unzulässig, wird es zur verfassungsrechtlichen Frage, ob die Arbeitskämpfpluralität wenigstens eingeschränkt oder kanalisiert werden kann.⁶³ Die im Schrifttum entworfenen, ausgefeilten Modelle eines neuen Arbeitskämpfrechts zeigen durch ihren vom Einzelfall losgelösten abstrakt-normativen Ansatz, dass sie nur vom Gesetzgeber verwirklicht werden könnten. Der Rechtsprechung dürfte eine solche generelle Einschränkung oder Kanalisierung freilich verwehrt sein; sie bleibt darauf angewiesen, etwaiger missbräuchlicher, weil außer jedem Verhältnis zu anderen Tarifverträgen oder angerichteten Schäden stehender Ausnutzung besonderer Verhandlungsmacht mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entgegenzutreten.

c) Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Folgen

Notwendige Folge von Tarifpluralität ist eine gewisse betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Pluralität.⁶⁴ Schon bisher ist anerkannt, dass sich Betriebsnormen im Sinne des § 3 Abs. 2 TVG nicht auf den ganzen Betrieb beziehen müssen, sondern auch auf bestimmte Arbeitnehmergruppen beschränkt sein können.⁶⁵ Das erleichtert die betriebliche Umsetzung von Spartentarifverträgen. Ebenso kann ein Tarifvertrag mit begrenzter personeller Reichweite Betriebsvereinbarungen und Mitbestimmung im Rahmen der §§ 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 S. 1 BetrVG nur für seinen Bereich verdrängen. Betriebsverfassungsnormen im Sinne § 3 Abs. 2 TVG und § 3 BetrVG werden sich in der Regel nicht auf einzelne Arbeitnehmergruppen beschränken lassen. Sie setzen deshalb die Tarifzuständigkeit einer Gewerkschaft für alle Arbeitsverhältnisse der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer voraus.⁶⁶ Diese Normen sind deshalb reinen Sparten-gewerkschaften verschlossen.

d) Gleichstellungs- und Ungleichstellungsklauseln

Entsprechend dem bisherigen Grundsatz der Tarifeinheit war es üblich, die Geltung des jeweils maßgeblichen Tarifvertrages in allen Arbeitsverträgen zu verankern. Diese Praxis muss sich nur ändern, wenn Tarifpluralität wirklich durchgeführt wird. Teilt sie sich nach Arbeitnehmergruppen auf, liegt es nahe, die Bezugnahme auf die jeweilige Gruppe abzustellen. Wenn der Arbeitgeber dagegen ausnahmsweise die Anwendung verschiedener Tarifverträge, an die er gebunden ist, auf die Mitglieder der jeweiligen

Gewerkschaft beschränkt, dürfte die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen der Tarifverträge keinen Sinn machen.

Praktische Schwierigkeiten können sich ergeben, wenn eine der Tarifeinheit entsprechende Bezugnahme auf eine plurale Tarifgeltung umgestellt werden muss. In der Regel wird man dann eine nachträgliche Regelungslücke in der Bezugnahme annehmen und sie auf die jeweilige Arbeitnehmergruppe anwenden können.⁶⁷

Auch die rechtliche Bewertung von Ungleichstellungsklauseln, sog. Differenzierungsklauseln, die tarifliche Leistungen Mitgliedern der tarifschließenden Gewerkschaft vorbehalten, folgt der Wende von Tarifeinheit zu Tarifpluralität.⁶⁸ Die Entscheidung des Großen Senats des BAG vom 29.11.1967⁶⁹, die solche Klauseln grundsätzlich verwarf, passte zu der Konzeption der Tarifeinheit. Im System »Ein Betrieb – ein Tarifvertrag« schien kein Raum für Differenzierungen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit. Die entscheidende Überlegung des Großen Senats besagt, das Gerechtigkeitsempfinden werde gröblich verletzt, wenn die Gewährung von Urlaub, Urlaubsentgelt, zusätzlichem Urlaubsgeld und Ähnlichem von Fragen der Organisationszugehörigkeit abhängig gemacht wird.⁷⁰ Dagegen ist es bei Tarifpluralität durchaus systemgerecht, tarifliche Sonderleistungen auf die tarifgebundenen Mitglieder zu beschränken. Es ist deshalb folgerichtig, dass das BAG mit Urteil vom 23.3.2011⁷¹ solche Regelungen zugelassen hat. Unzulässig bleibt die Verpflichtung des Arbeitgebers, den Vorsprung der tarifgebundenen Arbeitnehmer immer zu wahren. Trotzdem handelt es sich bei den einfachen Differenzierungsklauseln ohne eine solche Verpflichtung nicht um eine bloß deklaratorische Wiedergabe des § 3 Abs. 1 TVG, sondern weitergehend um

63 Zu dieser wohl hM. ausführlich *Kamanabrou*, ZfA 2008, 241; *Henssler*, RdA 2011, 65; aA. *Deinert*, RdA 2011, 12.

64 *Franzen*, RdA 2008, 193, 200; *Krebber*, RdA 2011, 25; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2010, 1320.

65 BAG, 7.11.1995 – 3 AZR 676/94 – AP § 3 TVG Betriebsnormen Nr. 1, Blatt 1637 R.

66 So BAG, 29.7.2009 – 7 ABR 27/08 – AP § 3 BetrVG 1972 Nr. 7 zu § 3 BetrVG.

67 So für einen vergleichbaren Fall BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 120/09 – DB 2011, 600.

68 *Franzen*, RdA 2008, 198; aA. *Greiner* aaO., S. 371.

69 BAG, 29.11.1967 – GS 1/67 – AP Art. 9 GG Nr. 13.

70 AP Art. 9 GG Blatt 353 R, 357.

71 BAG-Pressemitteilung Nr. 21/11, 23.3.2011 – 4 AZ 366/09; vorher schon BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP § 3 TVG Nr. 41 mit Anmerkung *Kamanabrou*.

eine Absichtserklärung gegenüber der Gewerkschaft, ihre Mitglieder zu bevorzugen. Faktisch kann dies auch ohne ein rechtlich bindendes Gleichstellungsverbot wirksam sein, insbesondere wenn bestimmte zur Verfügung stehende Beträge einer Gewerkschaft zur Verteilung an ihre Mitglieder überlassen werden. Problematisch wird dies freilich, wenn es sich um außertarifliche Abreden handelt, wenn es zu einer ernsthaften Gefährdung der Konkurrenzgewerkschaften führt und wenn noch die alten Gleichstellungsklauseln vorliegen.⁷² Dies ändert aber nichts an der Folgerichtigkeit des Grundansatzes im System der Tarifpluralität.

2. Tarifeinheit neben Tarifpluralität

Tarifpluralität kann nicht kompromisslos durchgeführt werden, sondern muss einzelne Fälle von Tarifeinheit anerkennen. So hat *Bepler* klargestellt, dass der Vierte Senat des BAG, dessen Vorsitzender er ist, entsprechend seinem Anfragebeschluss und der hierauf beschränkten Zustimmung des Zehnten Senats nicht entschieden habe, wie sich die Rechtslage der Betriebsnormen und betriebsverfassungsrechtlichen Bestimmungen darstellt, die verschiedene Gewerkschaften mit demselben Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband abgeschlossen haben. Nicht entschieden sei auch, wie bei Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen zu verfahren sei und ob und gegebenenfalls wie Tarifpluralitäten unter Beteiligung allgemeinverbindlicher Tarifverträge aufzulösen seien.⁷³

Bei Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen ergibt sich die Notwendigkeit der einheitlichen Geltung eines Tarifvertrages schon aus § 3 Abs. 2 TVG. Auch die Konkurrenz von mehreren Tarifverträgen mit derselben Gewerkschaft, zB. Verbands- und Firmentarif, kann nicht durch Pluralität, sondern nur durch Tarifeinheit aufgelöst werden, wie es ja auch entsprechend bei mehreren konkurrierenden Gesetzen gleichen Ranges geschieht. Insofern kann noch auf die frühere Rechtsprechung zur Tarifeinheit zurückgegriffen werden, da das von ihr angewandte Spezialitätsprinzip auch für die Konkurrenz von Gesetzen bedeutsam ist. Dies hat meist zu einer Verdrängung der allgemeinverbindlichen Tarifverträge der Bauwirtschaft geführt⁷⁴, zunehmend aber auch zur Verdrängung allgemeinverbindlicher Flächentarifverträge durch Firmentarife sanierungsbedürftiger Unternehmen.⁷⁵ Dabei hat sich das BAG mit der Tarifbindung des Arbeitge-

bers begnügt und nicht den Nachweis verlangt, dass ein größerer Teil oder auch nur ein Arbeitnehmer des Betriebes der Gewerkschaft angehört. Potenzielle Tarifkonkurrenz sollte also zur Herstellung der Tarifeinheit ausreichen.⁷⁶ Das ist wie bei der Konkurrenz von Gesetzen durchaus konsequent, muss aber wie bei der Gesetzeskonkurrenz durch den Posterioritätsgrundsatz (Vorrang des späteren Gesetzes) ergänzt werden.

3. Insbesondere Tarifeinheit bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen

a) Bisherige Tarifeinheit zulasten der Allgemeinverbindlichkeit

Nach § 5 Abs. 4 TVG erfassen die Rechtsnormen des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages in seinem Geltungsbereich auch die bisher nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Dies wurde bisher so verstanden, dass auch die anders Tarifgebundenen erfasst werden, sodass ein Konkurrenzverhältnis zwischen einem allgemeinverbindlichen und einem anderen Tarifvertrag entstehen kann.⁷⁷ Diese erweiternde Auslegung blieb allerdings im Wesentlichen folgenlos, da das Konkurrenzverhältnis in der Regel aufgrund des Spezialitätsprinzips zu Lasten der allgemeinverbindlichen Tarifverträge aufgelöst wurde.⁷⁸ Dies sollte auch für bzw. gegen allgemeinverbindliche Tarifverträge über gemeinsame Einrichtun-

72 S. Hanau, FS Hromadka, 2008, S. 115; Arnold, FS Eduard Picker, 2010, S. 873.

73 S. den Bericht über einen Diskussionsbeitrag von *Bepler* auf einer Tagung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes am 28.10.2010 in den Mitteilungen für Mitglieder des Verbandes vom März 2011, S. 13.

74 BAG, 24.9.1975 – 4 AZR 471/74 und BAG, 29.11.1978 – 4 AZR 304/77 – EZA Nr. 1 und 2 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; BAG, 26.10.1983 – 4 AZR 219/81 – AP Nr. 3 zu § 3 TVG; 18.10.2006, EZA Nr. 128 zu § 4 TVG Bauindustrie; ebenso für die Konkurrenz eines anderen allgemeinverbindlichen Tarifvertrages BAG, 22.03.1994 – 1 ABR 47/93 – EZA Nr. 10 zu § 4 TVG Geltungsbereich.

75 BAG, 23.3.2005 – 4 AZR 203/04 – EZA Nr. 18 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; zustimmend Reichold, RdA 2007, 326.

76 BAG, 24. 1.1990 – 4 AZR 561/89 – EZA Nr. 6 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz; der Arbeitgeber muss aber selbst tarifgebunden sein; BAG, 22.9.1993 – 10 AZR 207/92 – EZA Nr. 8 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

77 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74; BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – AP Nr. 15 (Blatt 656), 17 (Blatt 449 R) § 4 TVG Tarifkonkurrenz und die gesamte Rechtsprechung des BAG zur Tarifeinheit. Gegen diese über den Wortlaut hinausgehende Auslegung neuerdings *Sittard*, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerweiterung nach § 5 TVG und dem AEntG, 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2009), S. 232; OVG Berlin, 18.12.2008 – OVG 1 B 13.08 – AuR 2009, 46.

78 BAG, 14.6.1989 – 4 AZR 200/89; BAG, 5.9.1990 – 4 AZR 59/90; BAG, 20.3.1991 – 4 AZR 455/90; BAG, 22.9.1993 – 10 AZR 207/92; BAG, 26.1.1994 – 10 AZR 611/92; BAG, 4.12.2002 – 10 AZR 113/02, AP § 4 TVG Tarifkonkurrenz Nr. 16, 19, 20, 21, 22, 28.

gen gelten.⁷⁹ Das nach § 5 Abs. 1 TVG für die AVE zuständige Bundesministerium für Arbeit und Soziales berücksichtigte dies, indem es den Geltungsbereich spezieller Tarifverträge vielfach von vornherein aus der AVE ausnahm.⁸⁰ Aufgrund des Postulats der Tarifeinheit beschränkte sich dies nicht auf an spezielle Tarifverträge gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer, sondern klammerte Betriebe ganz aus, deren Arbeitgeber an einen speziellen Tarifvertrag gebunden war.

b) Tarifpluralität trotz Allgemeinverbindlichkeit?

Geht man nicht mehr von Tarifeinheit aufgrund des Spezialitätsprinzips, sondern von Tarifpluralität aus, ergibt sich eine andere Lage. Im Schrifttum ist schon vor der Rechtsprechungswende angenommen worden, dass sie sich unmittelbar auf allgemeinverbindliche Tarifverträge auswirken müsste.⁸¹ Die allgemeinverbindlichen Tarifverträge würden dann für die durch Mitgliedschaft gebundenen und gar nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer gelten, während ein konkurrierender nicht allgemeinverbindlicher Tarifvertrag für die an ihn gebundenen Arbeitnehmer bleiben würde. Die Erstreckungswirkung gem. § 5 Abs. 4 TVG beschränkte sich dann genau nach seinem Wortlaut auf die gar nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer, ohne die an einen anderen Tarifvertrag gebundenen Arbeitnehmer zu erfassen. Der für allgemeinverbindlich erklärte Tarifvertrag wäre nicht mehr allgemeinverbindlich.

Dies müsste Auswirkungen auf die Einschränkung von AVE zugunsten anderer Tarifverträge haben. Sie dürfte nicht wie bisher ganze Betriebe aus dem Geltungsbereich der AVE ausnehmen, sondern nur die durch beiderseitige Mitgliedschaft an spezielle Tarifverträge gebundenen Arbeitsverhältnisse. Für eine weitergehende betriebsbezogene Ausnahme gäbe es keine Grundlage mehr. Sie wäre mit § 5 Abs. 4 TVG unvereinbar, der ja die Erstreckung der AVE auf alle nicht tarifgebundenen Arbeitsverhältnisse anordnet. Gewiss hat der Bundesminister bei der AVE im Rahmen eines weiten Ermessens auch die Interessen der Außenseiter zu wahren, doch gehen diese bei Tarifpluralität nicht über die Absicherung der für sie geltenden Tarifverträge hinaus.⁸²

Dieses Ergebnis beruht zwar auf wörtlicher Anwendung der Bestimmungen über die Tarifgebundenheit, widerspricht aber dem Zweck der Allgemeinverbindlichkeit, die bei Tarifpluralität eben nicht mehr gegeben ist.

c) Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen

Auch Autoren, die Tarifpluralität selbst neben allgemeinverbindlichen Tarifverträgen annehmen, werten bei gemeinsamen Einrichtungen anders. *Jacobs*, der die Tarifpluralität besonders nachhaltig und wirksam begründet hat, erstreckt sie nicht auf Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen.⁸³ Hier sei der Vorrang eines allgemeinverbindlichen vor einem mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrag ausnahmsweise gerechtfertigt. Die dem Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG unterliegende Tarifautonomie der Parteien des mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrages sei durch den Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages über gemeinsame Einrichtungen zwar tangiert, der Eingriff überschreite aber nicht die Grenzen zur Verfassungswidrigkeit. Ein sachlicher Grund, der den Entzug von Regelungsgegenständen durch die Allgemeinverbindlicherklärung rechtfertige, liege in der Sicherung des Zwecks des § 4 Abs. 2 TVG.

In der Rechtsprechung fanden sich schon früher Einschätzungen, die zur Rechtfertigung eines solchen Vorranges beitragen können. So hob das BVerfG in einer Entscheidung vom 15.7.1980⁸⁴ hervor, die AVE der gemeinsamen Einrichtungen des Baugewerbes fände einen ausreichenden sachlichen Grund darin, dass in den von den Regelungen erfassten Berufszweigen hinsichtlich der Fluktuation der Arbeitnehmer besondere Verhältnisse gegeben sind. Ebenso hieß es in einer Entscheidung des BVerwG vom 3.11.1988⁸⁵, gemeinsame Einrichtungen iSd.

79 BAG, 18.10.2006 – 10 AZR 576/05 – AP Nr. 287 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau und die Fn. 78 nachgewiesenen Entscheidungen; zustimmend *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1987, S. 899.

80 Dazu BAG, 18.10.2006 aaO., ebenso schon BAG, 26.10.1983 – 4 AZR 219/81 – AP § 3 TVG Nr. 3, BAG, 14.10.1987 – 4 AZR 342/87 – AP § 1 TVG Tarifverträge Bau Nr. 88: Einschränkungsklauseln bei der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen sind zulässig, wenn sich die behördliche Entscheidung im Rahmen pflichtgemäßen Ermessens hält. Die Voraussetzung ist erfüllt, wenn eine Einschränkungsklausel den Eintritt einer Tarifkonkurrenz verhindern soll; dazu auch *Giesen*, ZfA 2008, 355, 358, mwN.

81 *Bayreuther*, in: Thüsing (Hrsg.), AEntG, München 2010, § 8 Rn. 22; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, S. 899; *Giesen*, ZfA 2008, 355, 360; *Jacobs*, Tarifeinheit und Tarifkonkurrenz, 1999, S. 291, 471; *Moll*, RdA 2010, 323; *Schliemann*, FS Hromadka, 2008, S. 375; *Sittard*, aaO., S. 262, 274, 309. Für einen Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge dagegen *G. Müller*, DB 1989, 1970, 1972; *Kempen*, FS Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes, 2007, S. 77 ff.; *Hanau*, RdA 2008, 98, 102.

82 BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – AP Nr. 15 § 4 TVG Tarifkonkurrenz (Blatt 655).

83 aaO., S. 294 ff.; ebenso *Moll*, RdA 2010, 324, *Sittard* aaO., S. 263, 309; auch *Oetker*, NZA Beilage 2010, Heft 1.

84 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – AP Nr. 17 § 5 TVG (Blatt 450).

85 BVerwG, 3.11.1988 – 7 C 115/86 – AP Nr. 23 § 5 TVG (Blatt 658).

§ 4 Abs. 2 TVG seien häufig von vornherein auf die Einbeziehung aller Angehörigen des betreffenden Berufskreises angelegt. In solchen Fällen könne die AVE zur Gewährleistung der Funktionsfähigkeit der Einrichtungen erforderlich sein. Darüber hinaus – und nicht zuletzt – diene die AVE dem Ziel, den nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern angemessene Arbeitsbedingungen zu sichern.

Die Notwendigkeit einer einheitlichen Geltung allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen trotz partieller Konkurrenz anderer Tarifverträge war auch dem BAG keineswegs fremd. Sie war sogar ein wesentliches Argument für die Tarifeinheit. Allerdings folgerte das BAG daraus nicht den einheitlichen Vorrang des allgemeinverbindlichen Tarifvertrages, sondern im Gegenteil seine Verdrängung durch spezielle Tarifverträge. Nachdem das BAG den allgemeinen Vorrang spezieller Tarifverträge aufgegeben hat, kann er erst recht nicht mehr die Verdrängung allgemeinverbindlicher Tarifverträge begründen. Vielmehr können die Überlegungen des BAG zur notwendigen einheitlichen Geltung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen nun zur Begründung des Vorranges allgemeinverbindlicher Tarifverträge dienen. Aus der von der Sache her notwendigen Tarifeinheit ist also nicht mehr die Verdrängung, sondern der Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge abzuleiten.

Im Einzelnen hieß es in einer Entscheidung vom 14.6.1989⁸⁶, der Tarifeinheit sei im Bereich gemeinsamer Einrichtungen der Vorrang zu geben, um tatsächliche Schwierigkeiten bei der Anwendung mehrerer Tarifverträge in einem Betrieb zu vermeiden. Tarifpluralität setze hier eine rechtlich nicht begründbare und tatsächlich nicht durchsetzbare Pflicht zur Offenbarung der Gewerkschaftsmitgliedschaft gegenüber dem Arbeitgeber und der gemeinsamen Einrichtung voraus, die im Streitfall auch noch zu beweisen wäre.

In der folgenden Entscheidung vom 26.1.1994⁸⁷ wurde dies mit besonderem Bezug auf die Sozialkassen des Baugewerbes vertieft.

Eine weitere Entscheidung des BAG vom 4.12.2002⁸⁸ hält an dem Grundsatz der Tarifeinheit »jedenfalls für die Geltungsbereichstreitigkeiten der Sozialkassen des Baugewerbes« fest. Auf die Tarifgeltung in jedem einzelnen Arbeitsverhältnis, dh. auf Tarifpluralität, könne es im Hinblick auf die Funktionalität gemeinsamer Einrichtungen der Tarifvertragsparteien iSd. § 4 Abs. 2 TVG nicht ankommen.

Die funktional erforderliche Tarifeinheit muss freilich nicht so total sein, wie von der bisherigen Rechtsprechung in der Gegenrichtung angenommen. Denn der Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge muss nicht weitergehen als der von Mindestlohntarifverträgen nach §§ 7, 8 AEntG. Das heißt, auch hier kann das Günstigkeitsprinzip gelten.⁸⁹

All dies müsste für die Einschränkungen von AVE zum Schutz spezieller Tarifverträge Folgen haben. Da der Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen nunmehr aus ihrer Funktionalität abzuleiten wäre, könnte und müsste das Ministerium vor dem Erlass der AVE zwischen den Erfordernissen dieser Funktionalität und dem Schutz spezieller Tarifverträge abwägen, die nicht im Ganzen verdrängt, sondern nur von den allgemeinverbindlichen Regelungen über- oder genauer unterlagert würden. Dabei könnte ähnlich wie in § 8 Abs. 2 MiArbG ein besonderer Schutz für etablierte Tarifbereiche vorgesehen werden. Kommt das Ministerium im Rahmen seines weiten Ermessens zu der Überzeugung, dass spezielle Tarifverträge wie bisher den Vorzug verdienen, müsste die Bereichsausnahme für ganze Betriebe und nicht für einzelne Arbeitsverhältnisse gelten.

d) Allgemeiner Vorrang allgemeinverbindlicher Tarifverträge?

So bleibt die Frage, ob allgemeinverbindliche Tarifverträge nicht nur über gemeinsame Einrichtungen, sondern generell die untere Grenze bilden. Es widerspricht nun einmal dem Begriff und dem Zweck der Allgemeinverbindlichkeit, bei Tarifkonkurrenz und -pluralität gerade nicht allgemeinverbindlich zu wirken. Die Interessen anders tarifgebundener Arbeitgeber und Arbeitnehmer können präventiv in dem Verfahren der AVE berücksichtigt werden. Der Wortlaut des § 5 TVG, der die AVE auf nicht Tarifgebundene erstreckt, ist kein zwingendes Hindernis, da er seit Jahrzehnten von der einhelligen Rechtsprechung auf beides gleichermaßen bezogen wurde. Die ausdrückliche Gleichstellung nicht und anders Tarifgebundener in § 8 Abs. 2 AEntG bestätigt das nur. Es bleibt

⁸⁶ BAG, 14.6.1989 – 4 AZR 200/89 – AP Nr. 16 § 4 TVG Tarifkonkurrenz (Blatt 1064).

⁸⁷ BAG, 26.1.1994 – 10 AZR 611/92 – AP Nr. 22 aaO., Blatt 126.

⁸⁸ BAG, 4.12.2002 – 10 AZR 113/02 – AP Nr. 28 § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

⁸⁹ ErfK-Schlachter, 11. Aufl., 2011, § 7 AEntG, Rn. 7; HWK/Tillmanns, 4. Aufl. 2010, § 8 AEntG, Rn. 4.

abzuwarten, ob sich die Rechtsprechung dieser Frage annimmt oder sie an den Gesetzgeber verweist.

4. Tarifeinheit statt Tarifpluralität

a) Der neue Vorschlag

BDA und DGB schlagen vor, den Grundsatz der Tarifeinheit im Betrieb wie folgt gesetzlich zu normieren⁹⁰:

»Überschneiden sich in einem Betrieb die Geltungsbereiche mehrerer Tarifverträge, die von unterschiedlichen Gewerkschaften geschlossen werden (konkurrierende Tarifverträge/Tarifpluralität), so ist nur der Tarifvertrag anwendbar, an den die Mehrzahl der Gewerkschaftsmitglieder im Betrieb gebunden ist. Maßgeblich ist bei solchen sich überschneidenden Tarifverträgen folglich, welche der konkurrierenden Gewerkschaften im Betrieb mehr Mitglieder hat (Grundsatz der Repräsentativität). Treffen demnach z.B. zwei Entgelt-Tarifverträge zusammen, die das Entgelt zumindest teilweise gleicher Arbeitnehmergruppen regeln, gilt im Betrieb der Tarifvertrag, an den die größere Anzahl von Gewerkschaftsmitgliedern gebunden ist.«

Hier geht es nun um den oben (I. 3. b) vorgestellten Vorschlag einer »neuen« Tarifeinheit aufgrund des Mehrheitsprinzips. Das ist nicht der einzige Vorschlag, der in diese Richtung geht. Nach einem Bericht im SPIEGEL 11/2011 gibt es bei Bundesministern der FDP die Überlegung, die komplette Belegschaft durch Abstimmung darüber entscheiden zu lassen, welcher Tarifvertrag gelten soll, oder konkurrierende Tarifverträge zuzulassen, wenn die Minderheitsgewerkschaft mindestens 25% Belegschaft organisiert.⁹¹ Eine Professorengruppe hat den Gedanken der Tarifeinheit aufgegriffen, ihn aber in sein Gegenteil verkehrt; nicht die in der ganzen Belegschaft, sondern in speziellen Tarifbereichen überwiegende Gewerkschaft soll vorrangig sein. Im Folgenden wird der BDA/DGB-Entwurf zugrunde gelegt, da er die größte Realisierungschance zu haben scheint.

b) Tarifrrechtliche Folgen

(1.) Der Betriebsbezug

Der Betriebsbegriff ist juristisch weitgehend geklärt, sodass er auch hier keine großen Schwierigkeiten machen dürfte. Der gemeinsame Betrieb mehrerer Unternehmen und der Betrieb, in den ein anderer Betrieb oder Betriebs- teil überführt wurde, dürften gleichzustellen sein. Problematisch ist dagegen das Abstellen auf die Mehrheit im

Betrieb bei allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, bei denen es nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG auf die Mehrheit im Geltungsbereich des Tarifvertrages ankommt. Würde man seine Geltung außerdem von der Mitgliederstärke konkurrierender Gewerkschaften in den einzelnen Betrieben abhängig machen, käme man zu einem doppelten Mehrheitsprinzip, das die Allgemeinverbindlichkeit praktisch beseitigte. Ohnehin besteht die Gefahr, dass die Berücksichtigung der wechselnden Mehrheiten in den Betrieben zu einer Auflösung oder Zersplitterung des Flächentarifvertrages führt. Bei dem allgemeinverbindlichen Tarifvertrag wäre das besonders ausgeprägt. Er bedarf der Legitimation durch betriebliche Mehrheiten auch gar nicht, da er nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG durch die dort geregelten Mehrheiten legitimiert ist. Wenn man grundsätzlich auf das Mehrheitsprinzip abstellen will, findet man in § 5 Abs. 1 Nr. 1 TVG einen Vorläufer, der keiner Ergänzung oder Abschwächung bedarf. Dass Mehrheit siegt, steht eben schon in § 5 TVG.

Obwohl dies klar sein dürfte, wäre eine entsprechende Ergänzung des BDA/DGB-Vorschlages wünschenswert, wenn dieser Gesetz wird. Sonst dürfte es der Rechtsprechung aber auch keine Schwierigkeiten machen, § 5 TVG als Sonderfall der Tarifeinheit einzustufen, mit der Besonderheit, dass konkurrierende Tarifverträge bestehen bleiben, soweit sie günstiger sind.

(2.) Der Überschneidungsbereich

Der Begriff »sich überschneidende Tarifverträge« ist neu. Aus dem Wortlaut und der Erläuterung von BDA und DGB ist zu entnehmen, dass eine personelle und inhaltliche Überschneidung gemeint ist. In den Erläuterungen heißt es ausdrücklich, das vereinbarte Nebeneinander unterschiedlicher Tarifverträge mit unterschiedlichen persönlichen Geltungsbereichen werde nicht angetastet. Die Erläuterungen setzen aber auch eine inhaltliche Überschneidung voraus, denn sie bringen mehrfach das Beispiel verschiedener Entgelttarifverträge.

Klärungsbedürftig ist die Rechtslage, wenn eine nur für eine Berufsgruppe zuständige Gewerkschaft in einem Betrieb die größere Mitgliederzahl hat. Ihre Tarifverträge können sich dann bei dieser Berufsgruppe mit dem Tarifvertrag der allzuständigen Minderheitsgewerkschaft

⁹⁰ RdA 2010, 315.

⁹¹ DER SPIEGEL 11/2011, S. 74.

überschneiden. Zu keiner Überschneidung kommt es aber bei den anderen Gruppen, die nur durch den Minderheitstarifvertrag erfasst werden. Soll die Verdrängungswirkung des mehrheitlichen Tarifvertrages auch eintreten, soweit er andere Arbeitnehmergruppen gar nicht einbezieht? Dazu besteht aus Gründen der Rechtsklarheit keine Veranlassung, da ja für jede Gruppe jeweils nur ein Tarifvertrag gilt. Auch wäre es ein schwerwiegender Eingriff in die Koalitionsfreiheit, wenn die Angehörigen der nicht von der Mehrheitsgewerkschaft vertretenen Gruppe keine Möglichkeit zur tariflichen Regelung ihrer Arbeitsbedingungen hätten, nicht einmal durch den Beitritt zu der Mehrheitsgewerkschaft, die nur bestimmte Berufsgruppen vertritt.

Trifft dies zu, würde der Vorschlag eine einseitige oder halbierte Tarifeinheit mit sich bringen. Durch mehrheitliche Mitgliedschaft im Betrieb legitimierte Tarifverträge mit allgemeiner Zuständigkeit für die Branche würden Spartentarifverträge für einzelne Berufsgruppen verdrängen, während durch mehrheitliche Mitgliederzahl im Betrieb legitimierte Spartentarifverträge diese Wirkung nicht hätten, sodass bei den Angehörigen anderer Berufsgruppen Tarifpluralität eintreten könnte.

Eine inhaltliche Überschneidung setzt voraus, dass die im Betrieb geltenden Tarifverträge dieselbe Materie regeln. Dies kann zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen, wie sie von der relativen Friedenspflicht gem. § 1 Abs. 1, 1. Alt. TVG bekannt sind.⁹² Die entsprechende Anwendung dieser Grundsätze liegt nahe, da der BDA/DGB-Entwurf vorsieht, dass sich die Friedenspflicht aus dem vorrangigen Tarifvertrag auch auf konkurrierende Tarifverträge erstrecken soll. Da diese Friedenspflicht nur relativ ist, sich also nur auf die im Tarifvertrag geregelten Inhalte bezieht, kann sie sich auf andere Inhalte nicht erstrecken, gleich ob es um Forderungen der Mehrheits- oder der Minderheitsgewerkschaft geht.

Insgesamt lässt die Beschränkung der Tarifeinheit auf den Überschneidungsbereich also eine Pluralität von Tarifverträgen zu, die personell oder inhaltlich außerhalb des Überschneidungsbereichs liegen.

(3.) Feststellungsverfahren

Nach dem BDA/DGB-Entwurf kann über die Zahl der Mitglieder einer Gewerkschaft, insbesondere in einem Betrieb oder einem Unternehmen, mit Hilfe einer notariellen Erklärung Beweis erhoben werden. Über die Identität

von Gewerkschaftsmitgliedern und Nichtgewerkschaftsmitgliedern bewahrt der Notar Stillschweigen. Dieses Stillschweigen wird freilich vergeblich sein, wenn der Arbeitgeber in einem Betrieb mit wenigen Gewerkschaftsmitgliedern grundsätzlich nur einen bestimmten oder gar keinen Tarifvertrag anwendet, denn dann müssen die Mitglieder einer Gewerkschaft, die auf einen von dieser abgeschlossen Tarifvertrag pochen, ihre persönliche Mitgliedschaft nachweisen.⁹³ Auch insoweit besteht eine gewisse Übereinstimmung der scheinbar so getrennten Konzeptionen Tarifpluralität – Tarifeinheit.

c) Arbeitskampfrechtliche Folgen

Die Erstreckung der Friedenspflicht in dem BDA/DGB-Entwurf soll Arbeitskampffpluralität zurückdrängen, kann sie aber nicht ganz ausschließen. Das ergibt sich zum einen aus ihrer Relativität, dh. aus der Beschränkung auf die Inhalte des Tarifvertrages, zum anderen daraus, dass die Friedenspflicht mit dem Tarifvertrag auch für die Minderheitsgewerkschaft enden soll. Nach dem Ablauf des Tarifvertrages soll sie also frei sein, eigene Tarifforderungen aufzustellen und für sie zu kämpfen, auch wenn die Gefahr besteht, dass der gerade erkämpfte Tarifvertrag durch einen neuen Tarifvertrag der Mehrheitsgewerkschaft verdrängt wird. Das ist schon deshalb sinnvoll, weil die Verdrängung nicht vollständig sein muss, sondern je nach den Mehrheitsverhältnissen in Betrieben wechseln kann.

Die Minderheitsgewerkschaft wird durch diese Regelung gedrängt, Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfe zu beschleunigen, also mit Wucht einzusetzen, um vor der Mehrheitsgewerkschaft abschließen zu können. Dabei muss man sich immer bewusst sein, dass Mehrheits- und Minderheitsgewerkschaft relative Begriffe sind, weil die Mehrheitsverhältnisse von Betrieb zu Betrieb schwanken können.

d) Betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Folgen

Bei den nach §§ 3 Abs. 2 TVG, 3, 77 Abs. 3, 87 Abs. 1 BetrVG auf Einheit angelegten Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen hat es das Konzept der Tarifeinheit leichter, weil es im Überschneidungsbereich nur einen Tarifvertrag zulässt.

⁹² Einzelheiten bei *Wiedemann/Thüsing*, TVG, 7. Aufl. 2007, § 1 Rn. 884 ff.

⁹³ S.o. Fn. 56.

e) Gleichstellungs- und Ungleichstellungsklauseln

Arbeitsvertragliche Gleichstellungsklauseln werden in der Regel auf den Tarifvertrag der jeweiligen Mehrheitsgewerkschaft verweisen, am besten nicht durch ausdrückliche Benennung des gerade herrschenden Tarifvertrages, sondern durch Verweis auf den jeweiligen Mehrheitstarifvertrag. Bezieht sich die Verweisung auf einen bestimmten Tarifvertrag, der gerade die Mehrheit hat, so entsteht bei einem Wechsel der Mehrheit eine Regelungslücke, die mit ergänzender Auslegung durch den nunmehr herrschende Tarifvertrag auszufüllen ist, ähnlich wie bei neu entstehender oder sich ändernder Tarifpluralität.⁹⁴

Bei den Ungleichstellungs- oder Differenzierungsklauseln kommt der Unterschied beider Konzeptionen zum Tragen. Während bei Tarifpluralität die Differenzierung nach der jeweiligen Gewerkschaftszugehörigkeit systemgerecht ist (s.o. III. 1. d), ist sie bei Tarifeinheit systemwidrig. Man wird einer Gewerkschaft wohl kaum erlauben können, nur für ihre Mitglieder Vorteile zu vereinbaren, wenn der Tarifvertrag die Vereinbarungen einer anderen Gewerkschaft verdrängt, ohne dass deren Mitglieder von den Anreizen profitieren.⁹⁵ Im System der mehrheitlichen Tarifeinheit können die Mitglieder der Minderheitsgewerkschaft nicht darauf verwiesen werden, aus eigener Kraft vergleichbare Vorteile zu erringen; dem steht schon die Friedenspflicht aus dem differenzierenden Tarifvertrag entgegen. Im System der Tarifeinheit ist die Mehrheitsgewerkschaft auch nicht auf Steigerung ihrer Anziehungskraft durch Differenzierungsklauseln angewiesen, da sie durch ihren Tarif- und Arbeitskampf vorrang im Überschneidungsbereich ohnehin größere Attraktivität besitzt.

IV. Zusammenfassung

1. Das Verhältnis des Tarifvertrages zu nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern verändert sich durch neue Erscheinungsformen der Allgemeinverbindlichkeit. Wichtigste Zukunftsaufgabe ist es, ihr rechtliches Verhältnis und ihre praktische Anwendung sinnvoll zu gestalten. Dies betrifft zum einen das für die Allgemeinverbindlichkeit erforderliche Quorum bereits durch Mitgliedschaft gebundener Arbeitgeber und Arbeitnehmer, das bei der klassischen Allgemeinverbindlichkeit und dem richterlichen Mindestlohn 50 % beträgt, während

das AEntG für die allgemeinverbindlichen Mindestarbeitsbedingungen kein Quorum enthält und Repräsentativität nur bei konkurrierenden Tarifverträgen verlangt. Besonders nahe liegt es, nach dem Vorbild der TVVO von 1918 bei dem Quorum nicht nur auf die Zahl der durch Mitgliedschaft tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abzustellen, sondern auch diejenigen einzubeziehen, die den Tarifvertrag aufgrund arbeitsvertraglicher Vereinbarung anwenden. Für die weitere Ausgestaltung besteht ein verfassungsrechtlicher Spielraum. Zum anderen sollten Staats- und Tarifpraxis Leitlinien entwickeln, wann die eine oder andere Variante der Allgemeinverbindlichkeit anzuwenden ist.

2. Die das Verhältnis zwischen verschiedenen Tarifverträgen prägenden gegensätzlichen Konzeptionen haben teilweise gleiche oder ähnliche Konsequenzen. So gibt es im System der Tarifpluralität Bereiche der Tarifeinheit, insbesondere mehrere Tarifverträge derselben Gewerkschaften und allgemeinverbindliche Tarifverträge, während es bei grundsätzlicher Tarifeinheit auch Tarifpluralität geben kann, soweit Tarifverträge außerhalb des personellen und inhaltlichen Überschneidungsbereichs liegen oder nach Ablauf der Friedenspflicht abgeschlossen werden. Auch kann es in beiden Systemen erforderlich sein, dass die Arbeitnehmer zur Durchsetzung tariflicher Ansprüche ihre Gewerkschaftsmemberschaft offenlegen.

Soweit bei grundsätzlicher Tarifeinheit Tarifpluralität besteht, kann es auch zu Arbeitskampfppluralität kommen.

Ein Unterschied besteht bei den Ungleichstellungs- oder Differenzierungsklauseln. Während sie bei grundsätzlicher Tarifpluralität systemgerecht sind, vertragen sie sich nicht mit Tarifeinheit. Es wäre widersprüchlich, auf der Geltung nur eines Tarifvertrages im Betrieb zu bestehen, ohne seine Vorteile allen Betriebsangehörigen zugänglich zu machen.

3. Der Tarifvertrag kann auch in Europa etwas werden, da die europäischen Organe einschließlich des EuGH die Notwendigkeit erkannt haben, ihm zwar keinen vorherrschenden, aber doch einen wichtigen und angemessenen Platz zu sichern, wie es Art. 28 der Grundrechtecharta entspricht.

⁹⁴ Dazu ist wiederum zu verweisen auf BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 120/09 – DB 2011, 600.

⁹⁵ So wörtlich die Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts in der FAZ vom 19.7.2010, S. 13.

Sperrzeiten im SGB III und ihre Verhältnismäßigkeit

Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback, Universität Hamburg

In Literatur und Rechtsprechung sind die Grundlagen, die Ziele und Zwecke der Sperrzeiten im SGB III nicht präzise definiert. Diese Unklarheit verhindert, dass die Grenze der Verhältnismäßigkeit der Sperrzeiten deutlicher herausgearbeitet wird. Denn das Verhältnismäßigkeitsprinzip prüft, ob das Mittel, die Sperrzeit, geeignet, erforderlich und zumutbar/nicht übermäßig zur Erreichung des Ziels ist; das Ziel, seine Wichtigkeit und seine Modalitäten müssen also klar definiert sein. Deshalb werden im ersten Teil die Grundlagen der Sperrzeiten und ihre wesentlichen Merkmale und immanenten Begrenzungen analysiert (I.). Sodann werden kurz Entwicklung und Praxis des Sperrzeitenrechts untersucht (II.). Nach der Frage, welche Grundrechte der Versicherten die Sperrzeiten in welcher Intensität beeinträchtigen (III.), kann die Verhältnismäßigkeit der Sperrzeiten untersucht werden (IV.).

Im Folgenden geht es um ein »Querschnittsproblem« aller Sperrzeiten. Deshalb soll die wichtige Begrenzung der einzelnen Sperrzeittatbestände durch ihre spezielle, umfangreiche Normierung sowie die dazu ergangene Rechtsprechung und Literatur nicht behandelt werden. Allerdings wird sich zeigen, dass viele einzelne Elemente der jeweiligen Sperrzeittatbestände auf allgemeine Strukturen zurückgeführt werden können.

I. Grundlagen der Sperrzeiten (§ 144 SGB III)

1. Hohe Voraussetzungen für Leistungen bei »Arbeitslosigkeit«

Die Arbeitslosenversicherung kann davon ausgehen, dass die Versicherten gezwungen sind, durch abhängige Arbeit ihr Leben zu verdienen, und Arbeitslosigkeit deshalb durchweg unfreiwillig ist und auf allgemeinen sozio-ökonomischen Ursachen beruht. Aber zum Risiko »Arbeitslosigkeit« gibt es »Alternativrollen«: Die nicht anerkannte

Arbeit (Schwarzarbeit), anerkannte Arbeit (selbständige Erwerbstätigkeit, Familienarbeit) und schließlich die »Auszeit« oder das Ausscheiden aus dem Erwerbsleben. Sie abzusichern, ist nicht Aufgabe der Arbeitslosenversicherung. Auch können der Eintritt und die Dauer der Arbeitslosigkeit durch individuelles Verhalten beeinflusst werden. Hier muss also eine klare Abgrenzung der Risikobereiche erfolgen und festgelegt werden, was die Versicherungsgemeinschaft als Risiko absichern will.

Deshalb ist die Definition des Versicherungsfalls »Arbeitslosigkeit« traditionell sehr viel komplexer¹ als die der anderen Risiken der Sozialversicherung. Diese sind entweder objektiv-zwangsläufig (Alter von 65/67 Jahren) oder extern durch Expertenfeststellung objektiv an äußeren Merkmalen feststellbar (Arbeitsunfall, Krankheit, Pflegebedürftigkeit, Erwerbsminderung).

Den Versicherungsfall »Beschäftigungslosigkeit« erfüllt nur, wer (1) Arbeitnehmer ist, (2) eine abhängige Beschäftigung von einigem Umfang ausüben will (§§ 75, 76 Abs. 1 letzter Halbsatz AVAVG 1956; §§ 101/2 AFG 1969; § 119 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2-3 SGB III) und (3) »ernstlich bereit« ist (§ 76 Abs. 1 Nr. 1 AVAVG 1956), eine solche Arbeit unter den allgemeinen Bedingungen des Arbeitsmarkts jederzeit anzunehmen (sog. subjektive Verfügbarkeit, § 76 AVAVG 1956; §§ 103 AFG 1969; § 119 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 5 SGB III); dabei sind (4) nur »zumutbare« Beschäftigungen anzustreben und anzunehmen (§ 103 Abs. 1 Nr. 2 AFG 1969; § 119 Abs. 5 SGB III).² Das SGB III hat hier lange vor den »Hartz-Gesetzen« 1997 eine weitere Anspruchsvoraussetzung eingefügt, nach der (5) ein Versicherter nur dann der Arbeitsvermittlung »zur Verfügung steht«, wenn er »alle Möglichkeiten nutzt und nutzen will, um seine Beschäftigungslosigkeit zu been-

1 Mönks, Der Versicherungsfall der Arbeitslosigkeit, Baden-Baden 1991 (zugl. Münster, Univ., Diss. 1991), passim und S. 58 ff. (Verfügbarkeit), S. 82 ff. subjektive Verfügbarkeit und Zumutbarkeit; Bieback, Zeitschrift für Sozialreform 1978, S. 385; ders., SGB 2005, 481.

2 Mönks ebda. und Voelzke, Die Herbeiführung des Versicherungsfalls im Sozialversicherungsrecht, Berlin 2004 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2004), S. 34 ff., 62 ff., 103 ff., 182 ff.

den« (§ 119 Abs. 1 SGB III; § 2 Abs. 3-5 SGB III). 2004 haben die Hartzgesetze diese Definition noch konkretisiert (§ 119 Abs. 4 SGB III).

Hier werden also hochkomplexe, scharfe Anforderungen an die individuelle Orientierung und an das Verhalten der Arbeitslosen zu Voraussetzungen des Anspruchs gemacht. Strebt der Arbeitslose nicht aktiv danach, seine Arbeitslosigkeit zu beseitigen, oder hält er sich nicht für die Arbeitsvermittlung bereit, darf die BA überhaupt keine Leistungen bewilligen. Bei allen anderen Risiken der Sozialversicherung werden solche komplexen, vielschichtigen und subjektiven Anforderungen nicht gestellt; hier führt nur die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls zum Leistungsausschluss³ und eine individuelle Orientierung und Bereitschaft der Versicherten, die zu objektivieren sind, spielen keine oder nur eine marginale Rolle.⁴

2. Sperrzeit: Verletzung einer Obliegenheit aus dem Sozialversicherungsverhältnis

a) Obliegenheitsverletzung

In § 144 Abs. 1 S. 1 SGB III wird der Grund der Sperrzeit deutlich formuliert: »Hat der Arbeitnehmer sich *versicherungswidrig* verhalten, ohne dafür einen wichtigen Grund zu haben ...«. Damit sind Sperrzeiten Sanktionen für die Verletzung von Pflichten aus dem Versicherungsverhältnis, sog. Obliegenheiten, die nicht isoliert durchgesetzt werden können, bei deren Verletzung aber Rechtsnachteile eintreten. In § 144 SGB III sind dies die Pflicht, (1) persönlich und rechtzeitig die drohende Arbeitslosigkeit zu melden (§ 38 Abs. 1 SGB III), (2) nicht selber sein Arbeitsverhältnis zu lösen und bei Eintritt der Arbeitslosigkeit (3) Eigenbemühungen nachzuweisen, (4) eine angebotene Arbeit oder (5) Integrationsmaßnahme anzunehmen und (6) nicht abzubrechen sowie (7) sich bei der BA und ihren Diensten nach Aufforderung einzufinden (§ 309 SGB III). Diese Pflichten sind sehr viel allgemeiner seit dem SGB III auch im allgemeinen Teil des Gesetzes (§ 2 Abs. 3 und 4 SGB III) normiert.

Man kann aber nicht, wie zT. die Gesetzesmaterialien,⁵ ein Teil der Literatur⁶ und das BSG, sagen, es handele sich bei den Sperrzeittatbeständen um typisierte Risikofälle, »deren Eintritt der Versicherte selbst zu vertreten hat,«⁷ oder es ginge darum, die »manipulative Herbeiführung des Versicherungsfalls der Arbeitslosigkeit« zu ahnden.⁸

Das hieße »an sich« läge ein von der Arbeitslosenversicherung nicht gedeckter »Versicherungsfall« vor.

Damit eine solche Typisierung sachlich gerechtfertigt und nicht unverhältnismäßig ist (s.u. IV. 2.), müssten die Sperrzeitgründe regelmäßig und mit hoher Wahrscheinlichkeit zum Eintritt oder zur Beseitigung der Arbeitslosigkeit führen. Dies kann aber zB. nicht für die Pflicht zur Arbeitsuchendmeldung vor Eintritt des Versicherungsfalls oder die Pflichten zur Teilnahme an Integrationsmaßnahmen oder die Meldepflichten nach Eintritt des Versicherungsfalls (§ 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 bis 7 SGB III) angenommen werden.⁹ Bei den Meldepflichten steht erst einmal die Administration des Versicherungsverhältnisses im Vordergrund; die Durchführung von Integrationsmaßnahmen führt (leider) weder mit erheblicher noch überwiegender Wahrscheinlichkeit zur Beseitigung der Arbeitslosigkeit¹⁰.

Nur dem Sperrzeitgrund »Auflösung des Arbeitsverhältnisses« (§ 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III) liegt die Herbeiführung des Risikos zu Grunde, so dass auch schon im Tatbestand verlangt wird, das Fehlverhalten müsse vorsätzlich oder grob fahrlässig kausal den Risikoeintritt herbeigeführt haben. Dabei ist nach allgemeiner

³ Vgl. §§ 52 SGB V, 103, 105 SGB VI, 101 Abs. 1 SGB VII. Zu diesen Unterschieden vgl. auch *Rolfs*, Das Versicherungsprinzip im Sozialversicherungsrecht, München 2000, 510 ff. und *Voelzke*, Fn. 2.

⁴ Vor allem beim Arbeitsunfall die subjektive Handlungstendenz des Arbeitnehmers im Interesse des Arbeitgebers zu handeln, vgl. *Ziegler*, in: *Becker/Franke/Molkentin* (Hrsg.), SGB VII, 3. Aufl. 2011, § 8 Rn. 44 ff.

⁵ BT-Drs. 5/2291, S. 83.

⁶ *Henke*, in: *Eicher/Schlegel*, SGB III, 3/2006, § 144 Rn. 81 ff.; *Winkler*, in: *Gagel*, SGB II/III, 7/2009, § 144 Rn. 22 ff.; *Davilla*, Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II, Frankfurt 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2000), 242 ff.

⁷ BSG, 22.3.2010 – B 4 AS 68/09 R – SozR 4-4200 § 31 Nr. 4 Rn. 16; BSG 17.12.2009 – B 4 AS 20/09 R – SozR 4-4200 § 31 Nr. 2 – BSGE 105, 194 Rn. 24 f.; BSG, 21.7.2009 – B 7 AL 6/08 R – SozR 4-4300 § 144 Rn. 18 – BSGE 104, 90, Rn. 12; BSG 8.7.2009 – B 11 AL 17/08 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 20 – BSGE 104, 57; BSG, 5.2.2004 – B 11 AL 31/03 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 7 mwN.; BSG, 9.12.1982 – 7 RAr 31/82 – SozR 4100 § 119 Nr. 21; BSG, 25.4.1990 – 7 RAr 106/89 – SozR 3-4100 § 119 Nr. 3 – BSGE 67, 26, 29.

⁸ BSG, 8.7.2009 – B 11 AL 17/08 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 20 – BSGE 104, 57 Rn. 16.

⁹ So sehr klar *Voelzke*, Herbeiführung (Fn. 2), S. 98–101; *Rolfs*, Versicherungsprinzip 2000 (Fn. 3), 363/4.

¹⁰ Zum Erfolg insbes. einiger neuerer Integrationsmaßnahmen der Bericht der Bundesregierung zur Wirksamkeit moderner Dienstleistungen am Arbeitsmarkt BT-Drs. 16/3982; *Stephan/Rässler/Schewe*, Sozialer Fortschritt 2008, 59; *Neubäumer*, Sozialer Fortschritt 2009, 290; *Oschmiansky*, Sozialer Fortschritt 2010, 16. Sehr kritisch zum Maßnahmenprogramm der Hartzreformen *Spellbrink*, SGB 2008, 445.

Ansicht¹¹ auch hier der im Sozialrecht allgemein verwandte Kausalitätsmaßstab der »wesentlichen Bedingung« anzulegen, dh. die Auflösung des Arbeitsverhältnisses durch den Versicherten muss überwiegend den Versicherungsfall verursacht haben. Eine Mitverursachung des Versicherungsfalles wird im eher seltenen Fall bei dem Sperrzeitgrund »Ablehnung eines Arbeitsangebots« (§ 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III) typisierend anzunehmen sein, wenn nicht nur ein Vermittlungsvorschlag, sondern das Angebot eines konkreten Arbeitsverhältnisses abgelehnt wird. Bei den anderen Sperrzeitgründen wird keine Kausalität für den Versicherungsfall verlangt, auch nicht hypothetisch, etwa als negatives und/oder hypothetisches Tatbestandsmerkmal.¹² Gälte sie, so wäre sie – wie alle hypothetischen überwiegenden(!) Kausalitäten – auch nur sehr schwer festzustellen.

Darüber hinaus machen schon die Gesetzesmaterialien deutlich¹³ und ist es ganz allgemeine Meinung¹⁴, dass die Sperrzeiten weder den Charakter einer Strafe, noch eines pauschalierten Schadensersatzes¹⁵, noch einer erzieherischen Maßnahme haben sollen. Was ist dann ihr Sinn und Zweck?

Ihn macht der zweite Teil in der Standarddefinition des BSG schon eher deutlich, wonach es um die Verletzung der Pflicht geht, dass der Versicherte an der Behebung (und man könnte auch sagen Entstehung) des Risikos »in der gebotenen Weise mithilft«.¹⁶ Dann aber haben Sperrzeiten den Zweck, das *Verhalten des Versicherten* so zu verändern, dass er »mithilft« und kooperiert, damit die Verletzung der Obliegenheit aufhört und in Zukunft nicht mehr eintritt und damit die Administration des Versicherungsverhältnisses erleichtert und/oder die Wahrscheinlichkeit des Risikoeintritts verringert wird.

Es geht dann – mit der Ausnahme des Sperrzeitgrundes »Arbeitsaufgabe« – nicht um den gleichsam automatischen Nachvollzug der Tatsache, dass der Versicherte den Versicherungsfall typisierend (mit-) herbeigeführt oder vergrößert hat und deshalb die Leistung gleichsam als Ausnahme vom Versicherungsprinzip an sich ganz, zumindest aber zum Teil versagt werden könne.¹⁷ Auch der Rekurs auf das »Prinzip« der Eigenverantwortung¹⁸ schafft keine weiteren Anknüpfungspunkte. Die Sperrzeiten *insgesamt* lassen sich nur als Mittel zur Verhaltenssteuerung verstehen.

b) Vorrang der Sperrzeit vor dem Verlust des Anspruchs

Die Konkurrenz zwischen der Definition des Versicherungsfalles (§ 119 SGB III) und der Sperrzeit wegen einer Obliegenheitsverletzung (§ 144 SGB III) hatte schon die Begründung zum AFG gesehen und zu Gunsten eines Vorrangs der Sperrzeit gelöst:¹⁹

»Der vom Arbeitnehmer selbst schuldhaft verursachte Schadensfall der Arbeitslosigkeit dürfte eigentlich die Leistungspflicht der Gemeinschaft der Beitragszahler nicht auslösen ... Aus sozialen Gründen soll die Übernahme des Risikos in diesen Fällen jedoch nur für eine begrenzte Zeit durch Festsetzung einer Sperrfrist abgelehnt werden. Diese Maßnahme hat weder einen erzieherischen Zweck noch ist sie als eine Art von Strafe anzusehen«.

Die Aussage ist an sich unklar und ambivalent. Wenn der Gesetzgeber selbst davon spricht, »eigentlich dürfte ...«, dann heißt das, dass er seine eigene Logik und Systematik, die Leistung zu versagen, weil die subjektiven Voraussetzungen des Risikofalles nicht vorliegen, nicht stringent bis zum »bitteren Ende« durchziehen, sondern eine zweite Logik und Systematik etablieren will: Statt Fehlen subjektiver Anspruchsvoraussetzungen die Verletzung einer Obliegenheit, statt vollständigem Anspruchsverlust zeitweilig wirkende Sanktionen. Dies ist auch nur konsequent, denn die generelle Aussage »eigentlich« bestünde gar keine Leistungspflicht, galt damals schon nicht für alle Sperrzeittatbestände und sie gilt, wie gezeigt, bei den später noch erheblich ausgeweiteten neuen Sperrzeittatbeständen erst Recht nicht.

Der Vorrang der Sperrzeiten lässt also statt der Alles-oder-Nichts Entscheidung, ob die Anspruchsvorausset-

11 BSG, 28.6.1991 – 11 Rar 81/90 – SozR 3-4100 § 119 Nr. 6 S. 24 – BSGE 69, 108, 111; Davilla (Fn. 6), S. 255 ff.; Kühl, Die Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe, Berlin 2007, S. 183 ff.; Henke, in: Eicher/Schlegel, SGB III, 3/2006, § 144 Rn. 145 ff.

12 AA. ohne nähere Begründung Davilla, ebda.

13 BT-Drs. 5/2291, S. 83.

14 Henke und Winkler, oben Fn. 6 mwN.

15 BSG, 4.9.2001 – B7 AL 4/01 R – SozR 3-4100 § 119 Nr. 22; BSG, 5.2.2004 – B 11 AL 31/03 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 7 dagegen Estelmann, VSSR 1997, 313, 325 f. und Schweiger, NZS 2002, 79, 85.

16 BSG, Fn. 7; etwas anders BSG, 25.5.2005 – B 11a/11 AL 81/04 R – SozR 4-4300 § 140 Nr. 1 – BSGE 95, 8: Sperrzeiten sollen die Versicherten »an der Herbeiführung des Versicherungsfalles hindern«.

17 So aber der Ansatz bei Rolfs (Fn. 9), S. 510 f. und Holthöwer/Rolfs, DB 1995, 1074, 1075.

18 Zu seiner Bedeutung Voelzke (Fn. 2), S. 31 ff. und Davilla (Fn. 6), S. 28 ff.; Hänlein, ZVerWiss 2002, 579, 602.

19 BT-Drs. 5/2291, S. 83.

zungen vorliegen oder nicht und ob deshalb geleistet werden soll oder nicht, eine sehr viel differenziertere Reaktion zu. Damit wird auch berücksichtigt, dass das »versicherungswidrige« Verhalten oft auch von Grundrechten der Versicherten und/oder ihren schützenswerten Interessen gerechtfertigt sein kann (s.u. III. und IV.).

Welchen Sinn und Funktion hat es dann, dass in der Definition des Risikos und der Leistungsvoraussetzungen in §§ 119 – 121 SGB III so stark subjektive Elemente aufgenommen worden sind? Neben (1) der symbolisch-politischen Funktion können sie (2) vor allem die harte Sanktion der Sperrzeiten rechtfertigen und gleichzeitig konkretisieren. Denn ohne Rückgriff auf die Bestimmung der Zumutbarkeit in § 121 SGB III kann die Pflicht zur Aufnahme einer neuen (zumutbaren) Arbeit in § 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB III und ohne Berücksichtigung des § 119 Abs. 4 SGB III nicht die Pflicht zu Eigenbemühungen in § 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III bestimmt werden. Und (3) tritt der Anspruchsverlust wegen fehlender Verfügbarkeit und Eigenaktivitäten dann und nur dann in dem recht seltenen Fall ein, dass die subjektiven Anspruchsvoraussetzungen überhaupt nicht vorliegen. Fehlen sie nur in Bezug auf ein konkretes Verhalten oder ein konkretes Arbeitsangebot oder eine Integrationsmaßnahme der BA, handelt es sich nur um eine Obliegenheitsverletzung mit Sperrzeitfolge,²⁰ wäre eine völlige Verweigerung der Leistung auch unverhältnismäßig. Unter Aspekten der systematischen Auslegung wird ein stimmiges Verhältnis zwischen §§ 119 SGB III einerseits und 144 SGB III andererseits hergestellt.

Der Vorrang des § 144 SGB III bedeutet dann aber auch, dass das Verhalten und die folgende Sanktion nur unter dem Aspekt einer Verletzung der Obliegenheit und nicht auch unter dem Aspekt einer (teilweisen) Herbeiführung oder Verlängerung des Versicherungsfalls zu behandeln sind, mit der Ausnahme der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe, bei der dies ausdrücklich im Tatbestand aufgenommen worden ist. Dennoch handelt es sich bei ihr *auch* um eine Sanktion wegen Verletzung einer Obliegenheit.

c) Folgerungen für die Sperrzeiten

Sind die Sperrzeiten Sanktionen für die Verletzung von Obliegenheiten, dann hat das einige wichtige Konsequenzen.

(1.) Die Verletzung von Pflichten aus dem Versicherungsverhältnis kann nur geahndet werden, wenn die

Versicherten ein *Verschulden* trifft.²¹ Das ist in einigen Sperrzeitfällen im Gesetz ausdrücklich geregelt (§ 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB III). Daraus, dass es bei anderen fehlt, kann nicht geschlossen werden, auf Verschulden käme es nicht an, sondern nur, der Gesetzgeber könne in der Regel ein Verschulden dadurch unterstellen, dass er meist verlangt, vor der Verletzung müsse der Versicherte von der BA auf die Pflicht hingewiesen worden sein (§ 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 bis 4 SGB III).

Bei der Pflicht sich arbeitsuchend zu melden folgte die Sanktion einer Kürzung des Anspruchs auf Arbeitslosengeld, die zuerst außerhalb der Sperrzeiten geregelt war, automatisch (§ 140 aF. SGB III), ohne dass ein Verschulden verlangt wurde. Hier hatte das BSG aus allgemeinen Grundsätzen einer Verletzung von Obliegenheiten gefolgert, dass auch diese Sanktion immer ein Verschulden voraussetze.²² Ähnlich hatte das BSG bei der Sanktion wegen Abbruchs einer Integrationsmaßnahme (jetzt § 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB III) den Wortlaut dahingehend ergänzt, dass vorher eine allgemeine Belehrung über die Folgen eines Abbruchs stattzufinden habe²³.

(2.) Eine Verhaltenspflicht muss immer mit anderen Pflichten und Rechten des Verpflichteten abgeglichen werden, vor allem wenn der Verpflichtete – anders als im Zivilrecht – die Verpflichtung nicht freiwillig übernommen hat. Eingang findet diese Abwägung über die Voraussetzung, dass eine Sperrzeit nicht verhängt werden kann, wenn der Versicherte einen »wichtigen Grund« für sein Verhalten hatte (§ 144 Abs. 1 S. 1 SGB III). Eine Sperrzeit soll nur eintreten, wenn dem Versicherten unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung seiner Interessen mit den Interessen der Versichertengemeinschaft ein anderes Verhalten zugemutet werden kann.²⁴

20 So BSG, 20.10.2005 – B 7a AL 18/05 R – SozR 4-4300 § 119 Nr. 3; Steinmeyer, in: Gagel, SGB II/III, § 119 Rn. 118, 143; Söhngen, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 119 Rn. 76 ff, 82 ff.

21 Rofls, Versicherungsprinzip 2000, (Fn. 3), 367, BSGE 84, 270, 275 – SozR 3-4100 § 119 Nr. 19; BSG 11.5.2000 – B 7 AL 54/99 R – SozR 3-4300 § 156 Nr. 1 – BSGE 86, 147; BSG 25.5.2005 – B 11a/11 AL 81/04 R – SozR 4-4300 § 140 Nr. 1 – BSGE 95, 8.

22 BSG, 25.5.2005 – B 11a/11 AL 81/04 R – SozR 4-4300 § 140 Nr. 1 – BSGE 95, 8.

23 BSG, 16.9.1999 – B 7 AL 32/98 R – SozR 3-4100 § 119 Nr. 19 – BSGE 84, 270, 276.

24 So BSG, 8.7.2009 – B 11 AL 17/08 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 20 – BSGE 104, 57–65, Rn. 18; BSG, 17.10.2007 – B 11a AL 51/06 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 17 Rn. 35 mwN. – BSGE 99, 154.

Dies können einmal *versicherungsimmanente Gründe* sein, wie sie zB. in der Bestimmung der *Zumutbarkeit* neuer Arbeit in § 121 SGB III festgelegt sind.

Es können aber auch *versicherungsexterne Gründe* sein, die in der privaten, persönlichen Sphäre des Versicherten liegen (deutlich: § 144 Abs. 1 S. 3 SGB III »in seiner Sphäre oder in seinem Verantwortungsbereich«).²⁵ Versicherungsexterne (private) Gründe haben einmal Vorrang, wenn sie grundrechtlich geschützt sind:

- Art. 6 GG: Kündigung eines Arbeitsverhältnisses, um die eheliche Gemeinschaft herzustellen oder aufrecht zu erhalten oder die Betreuung von Kindern zu ermöglichen;²⁶
- Art. 4 und 5 GG Glaubens-, Gewissens- und Meinungsfreiheit: zB. keine Pflicht, Arbeit bei der Herstellung von Waffen anzunehmen.²⁷

Dies sind allerdings spezielle Fälle, die unten (III.) bei den grundrechtlichen Schranken nicht weiter verfolgt werden sollen.

(3.) Es gehört zur freien Wahl des Arbeitsplatzes (*Art. 12 GG*), ein Arbeitsverhältnis aufzugeben und ein neues zu suchen und dabei das Risiko der Arbeitslosigkeit und das Fehlschlagen der Anschlussbeschäftigung zu wagen. Das BSG hat die Grenze dahin gezogen, dass, wer ein Arbeitsverhältnis aufgibt, keine Sperrzeit erhält, wenn er eine »mindestens konkrete Aussicht auf einen Anschlussarbeitsplatz« hatte.²⁸ Dies ist ein allgemeines Querschnittsproblem und soll weiter unten (III. 1., IV.) intensiver erörtert werden.

(4.) Aber auch andere, nicht oder nur allgemein durch *Art. 2 Abs. 1 GG* grundrechtlich geschützte Interessen sind relevant, wie der Zuzug zum Lebenspartner, um eine ernsthafte, schon länger als ein Jahr bestehende Partnerschaft zu realisieren.²⁹ Und vorrangig, zumindest aber beachtlich ist es, wenn *andere Normen*

- eine Eigenkündigung rechtfertigen (Fristlose Kündigung des Arbeitnehmers gem. § 626 BGB wegen Unzumutbarkeit des Arbeitsverhältnisses;³⁰ Akzeptanz einer betriebsbedingten Kündigung mit Abfindungsangebot gem. § 1a KSchG³¹) oder
- die angebotene Arbeit oder Arbeitsbedingungen verbieten (wucherischer Niedriglohn³²) – hier geben auch schon die Anforderungen an eine Arbeitsvermittlung der BA bindende Anhaltspunkte (§ 36 SGB III) oder
- die Ausübung des Widerspruchsrechts beim Betriebsübergang erlauben, auch wenn nicht abzusehen ist,

dass der alte Arbeitgeber den Arbeitnehmer weiterbeschäftigen kann.³³

Aber nicht jede gesetzlich eingeräumte Gestaltungsmöglichkeit rechtfertigt die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Bei der Auflösung zum Übergang in Altersteilzeit bleibt sperrzeitfrei nur ein Verhalten, das ein Arbeitsverhältnis auflöst, um danach lückenlos ohne Bezug von Arbeitslosengeld in (vorzeitige) Rente zu gehen; zerschlägt sich dieses Vorhaben, weil die (vorzeitige) Altersrente eventuell zusammen mit einer Betriebsrente zu gering ist, fragt sich, ob diese Fehleinschätzung grob fahrlässig war oder nicht.³⁴

(5.) Schließlich wird die Sperrzeit mit der individuellen Situation in so weit abgeglichen, als die Sperrzeit bei Arbeitsaufgabe auch in der Dauer gemildert werden kann, wenn die 12 Wochen Regelsperrzeit eine *besondere Härte* bedeuten würden. Weitere Anpassungsmöglichkeiten sind notwendig.

d) Die Folgen einer Sperrzeit

Leicht wird übersehen, dass Sperrzeiten zwei³⁵ sehr unterschiedliche Folgen haben:

- Einmal ruht für den Zeitraum, für den die Sperrzeit verhängt worden ist, der Anspruch auf Arbeitslosengeld. Dh. der Versicherte erhält *keine, auch keine reduzierte Leistung*. Wird er deshalb bedürftig, kann er zwar Leistungen nach dem SGB II beanspruchen,

²⁵ Zu früher restriktiven Handhabung der versicherungsexternen, rein persönlichen Gründe durch das BSG *Voelzke*, Herbeiführung, (Fn. 2), S. 226 ff.

²⁶ Ausführliche Nachweise bei *Winkler*, in: Gagel, SGB II/III, 7/2009, § 144 Rn. 113 ff., 168; *Valgolio*, in: Hauck/Noftz, SGB III, 12/2009, § 144 Rn. 137 ff.; *Henke*, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 144 Rn. 204 ff., 5/2008.

²⁷ Ausführliche Nachweise bei *Winkler*, in: Gagel, SGB II/III, 7/2009, § 144 Rz. 118, 170–173; *Valgolio*, in: Hauck/Noftz, SGB III, 12/2009, § 144 Rn. 127/8 ff.; *Henke*, in: Eicher/Schlegel, SGB III, 6/2007, § 144 Rn. 324–326.

²⁸ BSG, 20.4.1977 – 7 Rar 112/75 – BSGE 43, 269, 270; SozR 3-4100 § 119 Nr. 14.

²⁹ Zum Ganzen und Einzelnachweisen vgl. Arbeitslosenprojekt Tu Was (Hrsg.), Leitfaden für Arbeitslose, 2010, S. 356.

³⁰ Ganz hM. vgl. unten Fn. 105.

³¹ BSG SozR 4-4300 § 144 Nr. 13 Rn. 19 – BSGE 97, 1.

³² *Winkler*, in: Gagel, SGB II/III, 7/2009, § 144 Rn. 161 ff. mwN.

³³ BSG, 8.7.2009 – B 11 AL 17/08 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 20 – BSGE 104, 57.

³⁴ BSG, 21.7.2009 – B 7 AL 6/08 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 18 – BSGE 104, 90.

³⁵ Eine weitere Folge: Führt die Verhängung einer Sperrzeit zum Erlöschen des Anspruchs (§ 147 Abs. 1 Nr. 2 SGB III), verlieren davor liegende (Anwartschafts-)Zeiten ihre anspruchsbegründende Wirkung (§ 123 S. 2 SGB III).

aber die Pflichtverletzung wirkt sich auch im SGB II mit den dort vorgesehenen Folgen aus (Kürzung um ein Drittel für drei Monate § 31 Abs. 4 Nr. 3, Buchst. a SGB II). Dabei ist das Jobcenter an die Sperrzeitentscheidung der BA gebunden.³⁶

- Zum anderen wird die *Laufzeit des Arbeitslosengelds gekürzt*, idR. um die Zeitdauer des Ruhens durch die Sperrzeit (§ 128 Abs. 1 Nr. 3 SGB III), bei der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe sogar um ein Viertel der Anspruchsdauer (§ 128 Abs. 1 Nr. 4 SGB III), bei der maximalen Dauer von 24 Monaten also um 6 Monate.

Das Ruhen wegen einer Sperrzeit beginnt mit der *Verwirklichung des Sperrzeitbestands* (§ 144 Abs. 2 SGB III).³⁷ Das gilt auch dann, wenn noch gar kein Anspruch auf Arbeitslosengeld geltend gemacht wird.³⁸ Deshalb kann man das Ruhen des Anspruchs wegen einer Sperrzeit dadurch umgehen, dass man erst dann Arbeitslosengeld beantragt, wenn die Sperrzeit abgelaufen ist. Die zweite Rechtsfolge, die Verkürzung des Anspruchs, greift nicht mehr ein, wenn erst ein Jahr nach dem Sperrzeitergebnis Arbeitslosengeld beansprucht wird (§ 128 Abs. 2 S. 2 SGB III). Beide Folgen, Ruhen und Verkürzen des Anspruchs auf Arbeitslosengeld treten kraft Gesetzes ein; der Sperrzeitbescheid hat also rein deklaratorische Wirkung.³⁹

Dass nach einem Jahr die Sperrzeit nicht mehr verhängt werden kann, ist gut mit ihrem Charakter als Sanktion auf Obliegenheitsverletzungen, die Verhalten ändern soll, zu erklären. Nach einem Jahr liegt der Anlass so weit zurück, dass seine Sanktionierung kaum noch Verhalten beeinflussen kann (dazu unten IV. 3. d). Sieht man aber in den Sperrzeiten den vollen/teilweisen Leistungsausschluss wegen fehlendem Versicherungsfall, so ist schwer zu begründen, weshalb sich der Versicherungsfall allein durch Zeitablauf nach einem Jahr ändern soll.

3. Anwendungsbereich und Abgrenzung zu den Sanktionen nach dem SGB II

Für die Abgrenzung der Sanktionen des SGB III zu denen des SGB II ordnet § 31 Abs. 4 Nr. 3 SGB II an, dass die Vorschriften über die Sanktionen des § 31 SGB II entsprechend anzuwenden sind, a) wenn der Anspruch auf Arbeitslosengeld des SGB III wegen einer Sperrzeit nach dem SGB III ruht oder b) wenn die Voraussetzungen für

eine Sperrzeit des SGB III erfüllt sind. Dass die Sperrzeit des SGB III auch die Leistungen nach dem SGB II betrifft, hat damit zu tun, dass beiden identische Obliegenheiten zu Grunde liegen. Mit identischen Leistungsfällen lässt sich dies sehr viel schwerer begründen, dafür sind der Versicherungsfall des SGB III (»Arbeitslosigkeit«) und der Leistungsfall des SGB II (»Hilfebedürftigkeit«) zu wenig deckungsgleich.

Werden Leistungen nach dem SGB II bezogen und gleichzeitig eine (versicherungspflichtige) Beschäftigung aufgegeben, aus der wegen zu kurzer Dauer noch kein Anspruch auf Arbeitslosengeld nach dem SGB III erwachsen ist, so ist dies ein Fall des weiten Wortlauts des § 31 Abs. 4 Nr. 3 Buchst. b SGB II. Das BSG⁴⁰ hat dies zu Recht damit gerechtfertigt, dass der Leistungsbezieher ja schon in einem Versicherungsverhältnis zur BA mit entsprechenden Verpflichtungen steht.

In allen Fällen hat das Sperrzeitenrecht des SGB III nur die Aufgabe, den Tatbestand der Sanktion zu definieren; die Rechtsfolge, die Kürzung der Leistung der Grundversicherung, richtet sich allein nach § 31 Abs. 1-3 SGB II.⁴¹

II. Entwicklung und Praxis des Sperrzeitenrechts

1. Entwicklung des Sperrzeitenrechts

Seit der ersten Arbeitsmarktkrise von 1975/6 sind die Anforderungen an die Zumutbarkeit neuer Arbeit restriktiver und die Regelungen der Sperrzeiten (Erweiterung der Tatbestände, Verlängerung der Dauer und Auswirkung auf die Laufzeit des Alg) ständig verschärft worden.⁴²

³⁶ BT-Drs. 15/1516, S. 61.

³⁷ Ausführlich *Legde*, SGB 2003, 617.

³⁸ Vgl. BSG, 5.8.1999 – B 7 AL 38/98 – SozR 3-4100 § 110 Nr. 2 und BSG, 5.8.1999 – B 7 AL 14/99 R – SozR 3-4100 § 119 Nr. 17.

³⁹ BSG, 9.9.1999 – B 11 AL 17/99 R – SozR 3-4100 § 119 Nr. 18 und BSG, 5.11.1998 – B 11 AL 29/98 R – SozR 3-4100 § 120 Nr. 2 mwN.

⁴⁰ BSG, 22.3.2010 – B 4 AS 68/09 R – SozR 4-4200 § 31 Nr. 4; vgl. auch BSG, 17.12.2009 – B 4 AS 20/09 R – SozR 4-4200 § 31 Nr. 2 – BSGE 105, 194.

⁴¹ *Rixen*, in: Eicher/Spellbrink, SGB II, 3. Aufl. 2008, § 31 Rn. 30 ff., 32.

⁴² *Knickrehm*, in: Bieback/Fuchsloch/Kohte (Hrsg.) Arbeitsmarktpolitik und Sozialrecht 2011; *Karasch*, AuB 2005, 3–5, 35–38, 67–70; *Bieback*, in: I. Ebsen (Hrsg.), Stand und Entwicklung des Arbeitsförderungsrechts im Übergang vom AFG zum SGB III, 1997, 32 ff.; *Sell*, Sozialer Fortschritt 1996, 84; *Karasch*, ZFSH/SGB 1999, 323.

| | | Sperrzeiten nach Sperrzeitgrund (absolute Zahlen) | | | | | | |
|------|----------------|---|---------------------|----------------------------------|--|--|--------------------|------------------------------------|
| | | Sperrzeiten bei (gem. § 144 Abs. 1 S. 2 Nr.) | | | | | | |
| Jahr | gesamt | 1. Arbeitsaufgabe | 2. Arbeitsablehnung | 3. Unzureichende Eigenbemühungen | 4. Ablehnung beruflicher Eingliederungsmaßnahmen | 5. Abbruch beruflicher Eingliederungsmaßnahmen | 6. Meldeversäumnis | 7. verspätete Arbeitsuchendmeldung |
| 1994 | 283.729 | 255.337 | 17.544 | | 5.927 | 4.921 | | |
| 1995 | 259.162 | 230.091 | 15.346 | | 7.660 | 6.065 | | |
| 1996 | 260.645 | 230.671 | 15.378 | | 7.819 | 6.777 | | |
| 1997 | 274.492 | 234.691 | 22.234 | | 9.607 | 7.960 | | |
| 1998 | 317.544 | 257.846 | 32.707 | | 12.702 | 14.289 | | |
| 1999 | 337.049 | 265.932 | 39.098 | | 14.156 | 17.864 | | |
| 2000 | 307.701 | 233.545 | 45.847 | | 13.231 | 15.077 | | |
| 2001 | 308.976 | 232.350 | 52.526 | | 10.505 | 13.595 | | |
| 2002 | 315.607 | 230.078 | 57.440 | | 13.571 | 14.518 | | |
| 2003 | 423.775 | 238.162 | 152.559 | | 17.375 | 15.680 | | |
| 2004 | 367.578 | 209.152 | 127.550 | | 17.276 | 13.600 | | |
| 2005 | 261.134 | 114.638 | 26.636 | 4.178 | 3.656 | 1.828 | 110.199 | |
| 2006 | 526.911 | 180.309 | 23.546 | 6.596 | 6.784 | 3.143 | 155.504 | 151.029 |
| 2007 | 639.222 | 170.654 | 23.107 | 9.427 | 8.239 | 3.152 | 185.284 | 239.459 |
| 2008 | 741.115 | 181.573 | 27.421 | 10.376 | 10.376 | 3.706 | 213.441 | 294.223 |
| 2009 | 843.071 | 206.552 | 21.077 | 10.960 | 13.489 | 5.901 | 242.804 | 342.287 |

Nach BA (Hrsg.) Arbeitsmarkt 2009, 2010 S. 108 und ANBA Jahresstatistik 1994 und 1995. Bis 2004 sind in den Daten auch die Sperrzeiten für Empfänger von Arbeitslosenhilfe enthalten. Wegen Umstellung der IT-Technologie fehlen für 2005 Daten für die Monate Januar bis April und für verspätete Arbeitsuchendmeldung gem. § 144 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 SGB III.

Neben den traditionellen Sperrzeiten wegen Arbeitsaufgabe, Arbeitsablehnung sowie Ablehnung und Abbruch (früher nur bestimmter) Integrationsmaßnahmen wurde 1988 der Ausschluss aus einer Integrationsmaßnahme hinzugefügt und im SGB III die Begrenzung auf Bildungs- plus Reha-Maßnahmen um Trainingsmaßnahmen und auf Maßnahmen der Eignungsfeststellung erweitert. Das SGB III bzw. die »Hartzgesetze« fügten auch die Sperrzeiten wegen fehlender Eigenbemühungen und der Meldeversäumnisse hinzu.

Hatte schon das BSG zum AVAVG deutlich gemacht, dass es einen Berufsschutz bei der Zumutbarkeit nicht gäbe, der vorherige Beruf aber wesentlich zu berücksichtigen sei,⁴³ so wurde dies 1978 in ein 5-Stufenschema überführt (in den ersten 6 Monaten ist nur eine Arbeit im gelernten/ausgeübten Beruf zumutbar).⁴⁴ Das wurde später auf eine kürzere Zeit und offene Abwägungsklauseln

reduziert, um dann im SGB III von 1997 (§ 121 Abs. 3) abgelöst zu werden durch einen kurzzeitigen Schutz vor Lohnneinbußen (zwei Stufen à 20% bzw. 30% des vorherigen Verdienst) und voller Verweisbarkeit nach 6 Monaten Arbeitslosigkeit. Parallel dazu wurden immer längere Zeiten des Tages-/Wochenendpendelns zumutbar bis hin zu völlig unbegrenzten Mobilitätsanforderungen an ledige Arbeitslose.

Bei den Sperrzeiten selbst wurde erst 1978 die zweite Sanktionsfolge, die Minderung der Anspruchsdauer entsprechend der Sperrzeitdauer (§ 110 Abs. 1a AFG) eingeführt⁴⁵, was dann 1992 bei gleichzeitiger Ausdehnung der

43 BSG 21.3.1956 – 7 RA r 7/55 – BSGE 2, 67, 73.

44 BA Runderlass 230/78; Steinmeyer, in: Gagel, AFG 3. Ergänzungslieferung, § 103 Rn. 55 ff., 62 ff.; Karasch, ZFSH/SGB 1999, 323, 326 ff.

45 Gesetz vom 12.12.1977, BGBl. 1977 I, S. 2557.

Dauer des Arbeitslosengeldes von einem Jahr auf fast drei Jahre auf ein Viertel der Bezugsdauer erweitert wurde⁴⁶. Kannte § 81 AVAVG 1956 noch einen Rahmen für die Dauer der Sperrzeit von 12 bis 48 Tagen, fixierte das AFG die Regelsperrzeit auf 4 Wochen (§ 119 AFG), die dann 1981 auf acht und 1989 auf zwölf Wochen erweitert, aber ausdifferenziert wurde, um vor allem die kürzere Restlaufzeit eines Arbeitsverhältnisses bzw. einer Maßnahme entsprechend dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1987⁴⁷ (s.u. III. 2.) zu berücksichtigen. Die jetzige sehr ausdifferenzierte Sperrzeitdauer hatte erst die Hartz-Gesetzgebung festgeschrieben, auch damit Sperrzeiten berechenbarer, leichter und angepasster verhängt werden können.⁴⁸ Die Hartzgesetze führten auch die Umkehr der (objektiven) Beweislast für persönliche Umstände beim »wichtigen Grund« ein.

AVAVG und AFG bestimmten, dass schon eine wiederholte volle Sperrzeit den Anspruch erlöschen lässt. Mit dem SGB III 1997 muss nun eine feste Summe von Sperrzeitwochen (zuerst 24, jetzt 21 Wochen Gesamtdauer) erreicht werden, wobei nun alle Sperrzeiten in Betracht kommen (§ 147 Abs. 1 Nr. 2 SGB III).

2. Große Variationen in der Praxis

Wichtiger als dieser ständige Prozess der gesetzlichen Verschärfung der Obliegenheiten und Sanktionen ist die Umsetzung des Gesetzesprogramms in der Praxis. Hier zeigen die Zahlen und die empirische Forschung, dass doch erhebliche Spielräume bei der Verhängung bestehen. Denn die Arbeitsagentur muss zwar bei Vorliegen der Tatbestandmerkmale eine Sperrzeit aussprechen, aber schon der unbestimmte Begriff des wichtigen Grundes eröffnet Spielräume. Zudem können die Sachbearbeiter aus unterschiedlichen Gründen davon absehen, die durch Anbieten (unterschiedlich geeigneter) Arbeitsplätze bzw. Integrationsmaßnahmen Sperrzeitsachverhalte zu schaffen oder die Sachverhalte zu ermitteln.

Die Zahlen zeigen einmal, dass unter den klassischen Sperrzeitgründen der Nr. 1 und 2 sowie 4 und 5 die Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe dominiert. Seit ihrer Aufnahme in den Sperrzeitkatalog überwiegen die beiden kurzen Sperrzeiten für Meldeversäumnis und verspätete Arbeitssuchendmeldung. Erstaunen müssen die starken Anstiege/Abfälle der Sperrzeiten wegen Arbeitsablehnung und Ablehnung/Abbruch von Maßnahmen in den Jahren

2003 bis 2006 (dazu sogleich). Das »Entwicklungspotential« der Sperrzeit wegen fehlender Eigenbemühungen bleibt abzuwarten.

Will man herausbekommen, wie intensiv Sperrzeiten als Instrument eingesetzt werden, muss man sie ins Verhältnis zur Zahl der Arbeitslosen setzen (»Sperrzeitenquote«). Müller und Oschmiansky⁴⁹ haben ihre Entwicklung und die regionalen Unterschiede zwischen den einzelnen Arbeitsagenturen mit folgenden Ergebnissen untersucht:

- Die Verhängung von Sperrzeiten steigt bei niedrigem Arbeitslosigkeitsniveau und einem höheren Angebot offener Stellen, entwickelt sich also nicht parallel zur Arbeitslosigkeit. Die Autoren erklären dies plausibel damit, dass die Versicherten bei guter Arbeitsmarktlage riskanter werden und ihr Arbeitsverhältnis leichter von sich aus aufgeben und andererseits mehr Vermittlungsangebote gemacht und die Arbeitsbereitschaft überprüft werden kann. Verwaltungsinterne Faktoren beeinflussen die Quote einmal dahin, dass je mehr Arbeitslose auf einen Vermittler/Berater kommen, umso weniger Sperrzeiten werden verhängt⁵⁰. Zum anderen zeigt die unterschiedliche Sperrzeitquote zwischen Arbeitsagenturen bei sonst gleichen Bedingungen (externe Faktoren und interne Ressourcen), dass es »sanktionspolitisch »strengere« und »mildere« Agenturen«⁵¹ gibt. Zu fast identischen Ergebnissen kommt eine Untersuchung zur Sanktionspraxis des SGB II.⁵²
- Bei Neutralisierung der anderen Einflussfaktoren hat in den Jahren 1973 bis 2003 die Verschärfung der Zumutbarkeit zu einer Zunahme der Sperrzeiten geführt. Die Verschärfung oder Verkürzung der Dauer der Sperrzeit hatte dagegen keine klar ausmachbaren Auswirkungen auf die Sperrzeitenquote: Der kontinuierliche Anstieg der Sperrzeitenquote bei der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe setzt sich trotz der Ver-

46 Gesetz vom 18.12.1997, BGBl. I, S. 1542.

47 BVerfG, 10.2.1987 – 1 BvL 15/83 – BVerfGE 74, 203, 214/5 ff.

48 BT-Drs. 15/25, S. 31.

49 Müller/Oschmiansky, in: Schütz/Mosley (Hrsg.), Arbeitsagenturen auf dem Prüfstand, 2005, S. 95 ff.; dies., Die Sanktionspolitik der Arbeitsagenturen nach den 'Hartz'-Reformen. Analyse der Wirkungen des 'Ersten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt', WZB Discussion Paper No. 2006-16, Berlin 2006.

50 Müller/Oschmiansky, 2006 (Fn. 49), S. 22.

51 Müller/Oschmiansky, 2005 (Fn. 49), S. 132.

52 Kumpmann, Wirtschaft im Wandel (IWH Halle), 2009, 236.

schärfungen 1978 (Verkürzung der Bezugsdauer des Arbeitslosengeldes) bis 1981 fort. Ab 1982 (Anhebung der Sperrzeitdauer von vier auf acht Wochen) geht er zwar zurück, um dann aber ab 1985 (Anhebung auf zwölf Wochen) stabil zu bleiben.

Den Anstieg der Sperrzeiten 2003/4 führen die Autoren einmal auf die Flexibilisierung der Sperrzeiten, die eine Verhängung erleichterte, und durch die effektive zentrale Politik der Bewerberaktivierung mit dem Rundbrief 55/03 zurück. Legt man die absoluten Zahlen zu Grunde, die nicht stark von den relativen Quoten abweichen dürften, so hat sich die Vermutung der Autoren, die Änderungen der »Hartzgesetze« habe dauerhaft zu einer Steigerung der Sperrzeiten geführt, nicht bestätigt.

Der Rückgang der Sperrzeit der Nr. 2 und das Wachstum der Nr. 4 und 5 ab 2005 dürften auch damit zusammenhängen, dass es die BA seit 2005 im Interesse einer zielgerichteten Vermittlung vermied, Vermittlungsvorschläge an Arbeitgeber dazu einzusetzen, die Vermittlungsbereitschaft Arbeitsloser zu testen; an die Stelle traten verstärkt eigene Fördermaßnahmen, insbesondere die Trainingsmaßnahmen und Arbeitsgelegenheiten.⁵³

III. Verfassungsrechtliche Grenzen

1. Berufsfreiheit

Unstreitig ist, dass die Verhängung einer Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe oder Ablehnung einer Arbeit zwar nicht das Verbot der Zwangsarbeit in Art. 12 Abs. 2 GG tangiert,⁵⁴ wohl aber in die Freiheit des Berufs der betroffenen Versicherten (Art. 12 Abs. 1 GG) eingreift. Streitig ist nur, mit welcher Intensität. Unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 12 GG wird den Sperrzeiten eine »objektiv berufsregelnde Tendenz« abgesprochen, da sie nicht direkt die Berufswahl oder Berufsausübung regeln, sondern nur den Bezug von Leistungen der Sozialversicherung, so dass sie gar nicht⁵⁵ oder nur als »mittelbare« Grundrechtsbeeinträchtigungen⁵⁶ an Art. 12 GG zu messen seien. Diese Ansicht orientiert sich an der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Regulierung der freien Berufe, Selbständigen und Unternehmen, deren Marktbedingungen und grundrechtsgeschützte Berufstätigkeit häufig durch Rahmenregelungen beeinflusst werden, die mit der Berufsausübung

nichts direkt zu tun haben, wie Meldepflichten, Abgaben oder zB. auch die Einschränkungen der Ansprüche der Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung im Verhältnis zu den Leistungserbringern.⁵⁷

Für die Berufsfreiheit von Arbeitnehmern gilt es aber den Schutzbereich des Grundrechts spezieller zu konkretisieren und insoweit eine eigene Eingriffsdogmatik zu entwickeln, da die freie Arbeitsplatzwahl ausdrücklich in Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist.⁵⁸ Deutlich formuliert dies das Bundesverfassungsgericht:

»Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG garantiert neben der freien Wahl des Berufs auch die freie Wahl des Arbeitsplatzes. Diese betrifft die Entscheidung, an welcher Stelle der gewählte Beruf ausgeübt werden soll. Das Grundrecht schützt den Einzelnen in seiner Wahl, eine konkrete Beschäftigungsmöglichkeit in seinem Beruf zu ergreifen, sie beizubehalten oder aufzugeben. Es verpflichtet den Staat zwar nicht dazu, den Einzelnen vor den Risiken eines Arbeitsplatzwechsels zu bewahren. Derartige Risiken gehen vielmehr mit der Wahlfreiheit notwendig einher und können demjenigen, der von dieser Freiheit Gebrauch macht, nicht abgenommen werden. Art. 12 Abs. 1 GG schützt aber vor staatlichen Beeinträchtigungen, die die freie Arbeitsplatzwahl verhindern oder erheblich erschweren.«⁵⁹

53 Müller/Oschmiansky, 2006 (Fn. 49), 31; WZB/infas, Evaluation der Maßnahmen zur Umsetzung der Vorschläge der Hartz-Kommission: Modul 1a Neuausrichtung der Vermittlungsprozesse, BMAS, 2005, 173–175; WZB & infas, Evaluation der Maßnahmen zur Umsetzung der Vorschläge der Hartz-Kommission, Modul 1a Neuausrichtung der Vermittlungsprozesse, Endbericht, BMAS 2006, 70.

54 Sei es mangels direktem Zwang, sei es als immanente, vorgrundrechtliche Schranke der Ansprüche auf Sozialleistungen Breuer, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 147 Rn. 92; Estelmann, in: Eicher/Schlegel, SGB III, 6/2004, § 121 Rn. 133.

55 O'Sullivan, SGB 2005, 369, 372/3.

56 Voelzke, Herbeiführung, (Fn. 2), S. 279/80; Knickrehm (Fn. 42); Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB III, § 144 Rn. 5 ff.; Estelmann, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 121 Rn. 130, 6/ 2004; Toparkus, Zumutbare Beschäftigung im Arbeitsförderungsrecht (§ 121 SGB III), (zugl. Freiburg, Univ., Diss. 1998), 136 ff.

57 Vgl. BVerfG, 17.12.2002 – 1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/95 – BVerfGE 106, 275, 301 f.; Krit. Breuer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 148 Rn. 30–32. Zur Rspr. des BVerfG zur Berufsfreiheit speziell der Leistungserbringer in der GKV Jaeger, NZS 2003, 225 und Steiner, MedR 2003, 1; Kritik Hufen, NJW 2004, 14.

58 Grundlegend immer noch H.-P. Schneider, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, VVDStRL 43 (1985), 6 ff.; Gerd Hoffmann, Berufsfreiheit als Grundrecht der Arbeit, Baden-Baden 1982.

59 BVerfG, 15.7.1998 – 1 BvR 1554/89, 1 BvR 963/94, 1 BvR 964/94 – BVerfGE 98, 365, 395; vgl. auch Beschluss v. 25.1.2011 – 1 BvR 1741/09, juris, Rn. 69 sowie BVerfG, 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90 – BVerfGE 84, 133, 146 f.; BVerfG, 10.3.1992 – 1 BvR 454, 470, 602, 616, 905, 939–955, 957–963, 1128, 1315–1318, 1453/91 – BVerfGE 85, 360, 372 f.; BVerfG, 8.7.1997 – 1 BvR 1243, 1247/95 und 744/96 – BVerfGE 96, 152, 163; BVerfG, 8.7.1997 – 1 BvR 1621/94 – BVerfGE 96, 205, 210 f.

Eine solche Erschwernis und ein nicht gerechtfertigter Eingriff in Art. 12 GG war nach Ansicht des BVerfG die Regelung in § 18 BetrAVG, wonach beim vorzeitigen Ausscheiden aus dem öffentlichen Dienst die betriebliche Altersversorgung stärker verschlechtert wurde, als bei privaten Systemen. Das Sperrzeitenrecht ist damit vergleichbar, als es direkt die Entscheidung über die Wahl des Arbeitsplatzes (Aufnahme oder Aufgabe) beeinflusst und an sie Sanktionen knüpft.

Innerhalb der Dogmatik des Art. 12 GG hat also der Schutz der freien Wahl des Arbeitsplatzes eine eigene Bedeutung innerhalb des allgemeinen Grundrechts der Freiheit des Berufs.⁶⁰ Die Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts⁶¹ unterscheidet zwischen Eingriffen in die Wahl des Berufs durch objektive und subjektive Zulassungsschranken einerseits und Regelung der Berufsausübung andererseits. Bei Arbeitnehmern betrifft die Freiheit der Berufswahl das Feld, auf dem sie tätig werden wollen. Die freie Wahl des Arbeitsplatzes und Arbeitsvertragspartners wie auch die Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen unterhalb der Berufsausbildung konkretisieren dieses Feld, sind deshalb relevanter als die Regelung der reinen Berufsausübung, die idR. neutral gegenüber der Berufswahl ist (zB. Arbeitsschutz). Deshalb wird man die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes zwischen der Berufswahl und der Berufsausübung einordnen können⁶². Nach dem Stufenschema der Prüfung des Art. 12 GG müssten Eingriffe in die freie Wahl des Arbeitsplatzes durch (besonders) wichtige Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt sein.⁶³

Auch die »Beruflichkeit« des individuellen Arbeitsvermögens wird geschützt,⁶⁴ wobei dieser Schutz ähnlich wie der der freien Wahl des Arbeitsplatzes zwischen dem Schutz vor Beeinträchtigungen der Freiheit der Berufswahl und dem der Freiheit der Berufsausübung steht. Ein intensiverer Schutz als der der Freiheit der Berufsausübung ist notwendig, da die Qualifikation nicht beliebig veränderbar und eng mit der Person und ihrer Identität verbunden ist. Aber dieser Schutz läuft bei Arbeitnehmern so gut wie leer (s.u. IV. 3.).

Auf jeden Fall handelt es sich bei den Sperrzeiten also nicht um rein faktische oder »mittelbare« Beeinträchtigungen des Art. 12 GG, die zwar auch auf ihre Verhältnismäßigkeit geprüft werden müssen, aber – da sie eine andere Regelungstendenz haben – eher zu rechtfertigen sind, als direkte Eingriffe.⁶⁵ Vor allem die Sperrzeiten

wegen Arbeitsaufgabe und Arbeitsablehnung, weniger die wegen Weigerung und Abbruch einer Integrationsmaßnahme greifen stark in die Freiheit der Arbeitsplatzwahl ein.

In der Tatbestandssystematik der Regelung der Sperrzeiten finden die Grundrechte Eingang über die Interpretation der negativen Voraussetzung, dass der Verhängung einer Sperrzeit kein »wichtiger Grund« entgegenstehen darf (§ 144 Abs. 1 S. 1 SGB III). Darüber lassen sich viele Grenzen, die die Rechtsprechung bisher schon entwickelt hatte, (auch) grundrechtlich fundieren.

2. Eigentumsschutz des Anspruchs auf Arbeitslosengeld

Der Anspruch auf Arbeitslosengeld wird durch Art. 14 Abs 1 GG geschützt,⁶⁶ weil er durch Beiträge begründet wird, dem Anspruchsberechtigten zur eigenen Verfügung steht und der Existenzsicherung dient. Dennoch sind die Ansprüche auf Arbeitslosengeld von Anfang an durch die Sperrzeitenregelungen ausgestaltet worden, die den Inhalt und Schranken des sozialrechtlichen Eigentums im Interesse von Gemeinwohlbelangen ausgestalten und die auch im Grundsatz sachlich gerechtfertigt sind; dennoch muss diese Ausgestaltung selbst auch wieder verhältnismäßig sein, insbesondere darf sie nicht übermäßig sein, dh. Dauer und Ausmaß der Sperrzeit müssen der Schwere der

60 Deutlich *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Rn. 56; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, Art. 12 Rn. 23; auch *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 147 Rn. 66, 71, der sich aber fast ausschließlich auf die Frage konzentriert, ob diese Ausprägung des Grundrechts auch für Selbständige gilt. AA. *Rolfs* (Fn. 3), S. 519.

61 Vgl. BVerfG, 10.6.2009 – 1 BvR 706/08 – BVerfGE 123, 186, 238/9; BVerfG, 3.7.2003 – 1 BvR 238/01 – BVerfGE 108, 150, 160; BVerfG, 13.12.2000 – 1 BvR 335/97 – BVerfGE 103, 1, 10; BVerfG, 19.7.2000 – 1 BvR 539/96 – BVerfGE 102, 197, 214.

62 *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Rn. 56; *Gubelt*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. I, Art. 12 Rn. 23.

63 *Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 148 Rn. 7.

64 *Hoffmann* (Fn. 58), S. 137 ff., 257-9.

65 BVerfG, 13.7.2004 – 1 BvR 1298/94, 1 BvR 1299/94, 1 BvR 1332/95, 1 BvR 613/97 – BVerfGE 111, 191, 213; BVerfG, 29.11.1989 – 1 BvR 1402/87, 1 BvR 1528/87 – BVerfGE 81, 108, 121/2; *Sachs*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, vor Art. 1 Rn. 83 ff. mwN.; *Mann*, in: Sachs, GG, 5. Aufl. 2009, Art. 12 Rn. 95 ff.; *Manssen*, in: v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2005, Art. 12 Rn. 74; *Krit. Breuer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 148 Rn. 31/32.

66 BVerfG, 12.2.1986 – 1 BvL 39/83 – BVerfGE 72, 9; BVerfG, 10.2.1987 – 1 BvL 15/83 – BVerfGE 74, 203 – SozR 4100 § 120 Nr. 2.

Pflichtverletzung und dem durch sie hervorgerufenen »Schaden« gerechtfertigt werden.⁶⁷ Das verlangt eine Differenzierung der Sperrzeit nach der Schwere der Obliegenheitsverletzung.

Zu Recht fragt *Knickrehm*⁶⁸, wann angesichts der andauernden Vermehrung der Sperrzeiten und Erhöhung der Anforderungen und Dauer die Grenze der Zumutbarkeit erreicht sei, zumal die Kumulierungsregel dazu führt, dass der Anspruch ganz erlöschen kann und parallel dazu dann auch der nach Leistungen des SGB II (s.o. I. 3.). Die Grenze der Zumutbarkeit ist allerdings schwer zu bestimmen.

Der Schutz durch Art. 14 GG ist nur dann relevant, wenn nicht schon Art. 12 GG einschlägig ist. Er kommt deshalb vor allem für jene Sperrzeiten in Betracht, die wie die Versäumung der Meldepflichten wenig Relevanz für die Berufsfreiheit haben.

IV. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Sperrzeiten

1. Die zeitliche Wirksamkeit von Sanktionen

Sperrzeiten sind nur dann geeignet, ihr Ziel einer Verhaltensänderung zu erreichen, wenn sie in zeitlicher Nähe zum Fehlverhalten erlassen werden, dann wenn den Versicherten das Fehlverhalten noch gegenwärtig ist und Sanktion und Fehlverhalten eng verbunden sind. Zu den Sanktionen im SGB II wird diskutiert, hier eine Frist von drei bis sechs Monaten ab Kenntnisnahme durch die BA zu setzen.⁶⁹ Drei Monate scheinen angemessen zu sein, wenn man der BA das Recht einräumt, auch danach noch eine Sperrzeit erlassen zu können, unter der Voraussetzung, die Verzögerung wird sachlich begründet, zB. weil sie auf dem Verhalten des Versicherten beruht.⁷⁰

Diese Modalität folgt direkt aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip als immanente Schranke der Sperrzeiten. Dennoch wäre es besser, eine solche Regelung würde gesetzlich festgelegt.

2. Die Verhältnismäßigkeit von Sperrzeiten und die Grenzen der Typisierung

Rechtlich relevant ist die Frage nach der Wirksamkeit von Sperrzeiten einmal unter den gerade diskutierten grund-

rechtlichen Aspekten. Als Sanktionen sind sie nur dann verhältnismäßige, insbesondere geeignete und erforderliche Eingriffe in Art. 12 und 14 GG, wenn sie ihre Zwecke auch erreichen und es keine anderen, weniger eingreifenden Mittel gibt.

Nur diese rein instrumentelle, typisierende Bewertung von Sperrzeiten wird ihrem Charakter sowie Sinn und Zweck gerecht, wie er oben (I.) analysiert wurde. Sperrzeiten sind keine Strafen oder Schadensersatz, die eventuell rein nach Aspekten der »Vergeltung« oder »Genugtuung« oder des Ausgleichs des (vollen) Schadens verhängt werden. Noch sind sie subjektive Elemente der Umschreibung des »Versicherungsfalls«, die, wenn sie vorliegen, einfach den vollständigen und erst Recht den partiellen Leistungsausschluss rechtfertigen. Sondern Sperrzeiten werden verhängt wegen der Verletzung von Obliegenheiten mit dem Zweck, das Verhalten der Versicherten so zu verändern, dass die Verletzung der Obliegenheit aufhört und in Zukunft nicht mehr eintritt. Dann fragt sich aber, ob sie diese Wirkung einer Verhaltensänderung überhaupt erreichen können bzw. wie sie ausgestaltet sein müssten, um diese Wirkung zu erreichen.

Die gesetzliche Regelung muss allerdings auch ermöglichen, dass im Einzelfall, für jeden Grundrechtsträger die Verhältnismäßigkeit in der Regel gewahrt sein wird. Allerdings kann es aus Gründen der Typisierung und Pauschalierung gerechtfertigt sein, im Einzelfall die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit, insbes. die Geeignetheit und Erforderlichkeit der Sperrzeit abzumildern. Das Bundesverfassungsgericht hat Typisierungen, die an sich relevante Differenzierungen und individuelle Besonderheiten vernachlässigen, dann zugelassen, wenn sie einem Bedürfnis nach »Verwaltungsvereinfachung« entsprechen,⁷¹ insbesondere wenn sie zur Ordnung und Bewälti-

67 BVerfG, 10.2.1987 – 1 BvL 15/83 – BVerfGE 74, 203, 214/5 ff., zur Sperrzeit wegen Meldeversäumnis; *Kühl* (Fn. 11), S. 53; *Schulz*, SGB 2005, 89, 97.

68 *Knickrehm* (Fn. 42), unter II, 5, b.

69 *Loos*, ZFSH/SGB 2010, 340, 341.

70 Vgl. auch *Loos*, ebda.

71 Vgl. BVerfG, 24.7.1963 – 1 BvL 30/57 – BVerfGE 17, 1, 23; BVerfG, 19.4.1977 – 1 BvL 17/75 – BVerfGE 44, 283, 288; BVerfG, 9.11.1988 – 1 BvL 22/84 – 1 BvL 71/86, 1 BvL 9/87 – BVerfGE 79, 87, 100 und BVerfG, 29.5.1990 – 1 BvL 20/84, 1 BvL 26/84, 1 BvL 4/86 – BVerfGE 82, 60, 102 sowie hierzu die Übersicht bei *Pernice*, Billigkeit und Härteklauseeln im öffentlichen Recht, 1991, S. 243 ff.

gung von »Massenerscheinungen« geboten sind.⁷² Dies dürfte für das »Massengeschäft« der Sperrzeiten (s.o. II. 2.) gelten. Im Sozialrecht ist eine Typisierung zum Zwecke der Verwaltungsvereinfachung⁷³ zwar leichter möglich,⁷⁴ muss aber auch hier verhältnismäßig sein.⁷⁵ Daran fehlt es, wenn der Verstoß gegen den Gleichheitssatz intensiv ist, er in keinem ausgewogenen Verhältnis zu den Vorteilen der Typisierungen steht und es nicht nur in Einzelfällen zu gravierenden negativen Auswirkungen kommt.⁷⁶

Sperrzeiten haben solche gravierenden Auswirkungen, da sie eine wesentliche Lohnersatzleistung ganz entfallen lassen. Die große Variationsbreite der Sanktionspraxis (s.o. II. 2.) zeigt, dass es keine verwaltungspraktischen Gründe gibt, die Entscheidung über die Sperrzeiten noch stärker zu individualisieren und zu differenzieren.

a) Die problematischen Wirkungen von Sanktionen

Für die Evaluation der »Hartzgesetze« wurde das größte Programm der sozialwissenschaftlichen Erforschung einer Sozialgesetzgebung in der Geschichte der Bundesrepublik aufgelegt.⁷⁷ Wie wenig die Sperrzeiten als zu prüfendes Instrument der Arbeitsmarktpolitik, sondern eher als »versicherungstechnische« Regelung angesehen werden, zeigt sich auch daran, dass ihre Wirkungen und ihre Effizienz nicht Gegenstand der Untersuchungen waren, obwohl die Verschärfung der Sperrzeiten – wie gezeigt (s.o. II. 1.) – auch ein wichtiger Teil der »Hartzgesetze« war.

Vor allem in den angelsächsischen Ländern, vereinzelt aber auch in Deutschland,⁷⁸ wurden die Wirkungen der Sanktionsgewalt der Arbeitsmarktverwaltungen auf die Reintegration der Arbeitslosen (also vor allem die Sperrzeiten wegen Ablehnung von Arbeit und Integrationsmaßnahmen) *statistisch-quantitativ* über die Auswertung großer Mengen von Prozessdaten der Arbeitsverwaltungen erforscht. Die Untersuchungen bescheinigen Sanktionen positive Wirkungen für die Reintegration in den Arbeitsmarkt, einmal schon durch ihre Androhung (ex-ante-Effekt),⁷⁹ zum anderen durch ihre Verhängung (ex-post-Effekt)⁸⁰.

Bei diesen Analysen wurden als Vergleichsgruppe für die sanktionierten Arbeitslosen »ähnliche« Arbeitslose gewählt, die nicht sanktioniert worden waren. Mit diesem Ansatz können die Untersuchungen aber nicht ausschalten, dass die Sanktionierten gerade jene waren, bei denen

eine besonders intensive Betreuung stattgefunden hat⁸¹ und/oder denen besonders realistische Angebote gemacht wurden, so dass der bessere Übergang in Beschäftigung gerade auf dieser intensiveren Betreuung und nicht auf den Sanktionen beruht. Will man verlässliche Daten gewinnen, muss man diese Faktoren neutralisieren.

Auch die Evaluation der neuen Verwaltungsabläufe in der BA nach den »Hartz-Reformen« lieferte als »Nebenprodukt« die Erkenntnis zu Tage, dass die Verschärfung bzw. Ausdifferenzierung der Sanktionen keine oder nur geringe Wirkungen hatten.⁸²

Die wichtige »ex ante« Wirkung der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe lässt sich allerdings nur schwer valide einschätzen, da ihre abschreckende Wirkung dazu führt, dass Arbeitslosigkeit, ein Verwaltungsverhältnis mit der Arbeitsverwaltung und entsprechend auswertbare Verwaltungsdaten nicht entstehen. Die abschreckende Wir-

72 BVerfG, 9.11.1988 – 1 BvL 22/84, 1 BvL 71/86, 1 BvL 9/87 – BVerfGE 79, 87, 100; BVerfG, 15.12.1987 – 1 BvR 563, 582/85, 974/86, 1 BvL 3/86 – BVerfGE 77, 308, 338.

73 BVerfG, 4.4.2001 – 2 BvL 7/98 – BVerfGE 103, 310 319 mwN.

74 BVerfG, 23.1.1990 – 1 BvL 4/87, 1 BvL 5/87, 1 BvL 6/87, 1 BvL 7/87 – BVerfGE 81, 228, 237; BVerfG, 1.6.1989 – 2 BvR 239/88 – BVerfGE 80, 109, 118; BVerfG, 6.11.1985 – 1 BvL 47/83 – BVerfGE 71, 146, 157.

75 BVerfG, 8.10.1991 – 1 BvL 50/86 – BVerfGE 84, 348, 364 ff. – Lohnsteuerkarte; BVerfG, 9.11.1988 – 1 BvL 22/84, 1 BvL 71/86, 1 BvL 9/87 – BVerfGE 79, 87, 100 – Krankengeld, Spitzenbetrag; BVerfG, 6.12.1983 – 2 BvR 1275/79 – BVerfGE 65, 325, 354 ff.; BVerfG, 26.4.1978 – 1 BvL 29/76 – BVerfGE 48, 227, 238 f.; BVerfG, 19.4.1977 – 1 BvL 17/75 – BVerfGE 44, 283, 288.

76 Vgl. BVerfG, 20.12.1966 – 1 BvR 320/57, 1 BvR 70/63 – BVerfGE 21, 12, 27 bis hin zu BVerfG, 8.10.1991 – 1 BvL 50/86 – BVerfGE 84, 348, 360 und BVerfG, 14.10.1997 – 1 BvL 5/89 – BVerfGE 96, 315, 329 – besonders strikte Anforderungen bei personenbezogenen Typisierungen; *Pernice* (Fn. 71).

77 Zu ihr die beiden Berichte der Bundesregierung BT-Drs. 16/3982 und BT-Drs. 16/11488.

78 Übersicht und Kritik bei *Müller/Oschmiansky*, 2006 (Fn. 49), S. 7.

79 *Berger/Black/Noel/Brett/Smith*, Is the Threat of Reemployment Services More Effective than the Services Themselves? *American Economic Review* 93 (2003), 1313–1327; *Rosholm/Svarer*, Estimating the Threat Effect of Active Labour Market Programmes, IZA Discussion Paper 1300, Bonn 2004.

80 *Müller/Steiner*, IZA (Bonn) Discussion Paper No. 3483, May 2008; *Svarer*, IZA (Bonn) Discussion Paper No. 3015, August 2007; *Abbring/van den Berg/van Ours*, *The Economic Journal* (2005), 115, S. 602; *Hofmann*, Work Incentives? Ex-Post Effects of Unemployment Insurance Sanctions – Evidence from West Germany, IAB-Discussion Paper 43/2008, Nürnberg.

81 Die BA vermutet selbst in ihrem Jahresbericht 2007 zum SGB II (S. 57), dass vor allem jene sanktioniert wurden, die auch stärker aktiviert wurden. Zu wissenschaftlichen Untersuchungen, die diesen Zusammenhang bestätigen: *Schneider*, The Effect of Unemployment Benefit II Sanctions on Reservation Wages, IAB-Discussion Paper 19/2008, S. 13 ff.; s. auch *Hofmann* (Fn. 80), S. 12 ff.

82 *ZWB & infas*, Endbericht 2006 (Fn. 533), S. 140–143 – nur eine leichte ex ante Wirkung; positive Wirkung im Bericht der BReg zur Evaluation § 6c SGB II BT-Drs. 16/11488, S. 110 ff., 116 und 118.

kung dieser Sperrzeit ist aber sehr wahrscheinlich, genauso wie die Versuche, sie zu umgehen – wofür allein schon die zahlreiche Beratungsliteratur zur Ausgestaltung des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis spricht.⁸³ Die Bedenken hinsichtlich der Wirksamkeit von Sperrzeiten gelten deshalb vor allem für die übrigen Sperrzeitgründe, die alle während der Arbeitslosigkeit und im Rahmen des Verwaltungsverhältnisses entstehen.

Analysiert man mit quantitativen Methoden einzelne Kausalketten, so lässt sich zeigen,⁸⁴ dass Sanktionen nicht den sog. Reservationslohn, dh. unrealistisch hohe auf »realistisch« niedrige Lohnerwartungen senkten, was nach herrschender Arbeitsmarktlehre eine wesentliche Voraussetzung zur Behebung von Arbeitslosigkeit ist.

Qualitative Untersuchungen durch Befragungen, (Tiefen-) Interviews und begleitende Beobachtungen vor allem aus dem UK⁸⁵ weisen dagegen auf sehr unterschiedliche Effekte der Sanktionen auf die Beziehung zwischen Verwaltung und Leistungsberechtigten hin. Die »Compliance« mit den Regeln und Anweisungen der Arbeitsmarktverwaltung wird bei der Mehrzahl der Betroffenen verstärkt, bei einer großen Gruppe (ca. 1/3) jedoch nicht.⁸⁶ Sanktionen haben in der überwiegenden Zahl der Fälle eher negative Auswirkungen auf die Beziehung zwischen Bürger und Verwaltung⁸⁷ und dürften damit das Ziel der Integration eher behindern als befördern. Zudem treffen sie eher jene, die auf dem Arbeitsmarkt stark benachteiligt und/oder die auf Grund persönlicher Merkmale von Sanktionen nur schwer beeinflussbar sind (Suchtabhängige, Wohnungslose, Geringqualifizierte, Migranten)⁸⁸ und die keine Netzwerke haben, um die finanziellen Einbußen ausgleichen zu können⁸⁹. Diese Ergebnisse bestätigen die wenigen qualitativen Untersuchungen in Deutschland zu Sanktionen des SGB II. Sie unterstreichen, dass Sanktionen für eine Integration in den Arbeitsmarkt in vielen Fällen eher »kontraproduktiv« sind.⁹⁰

b) Grundsätzliche Unverhältnismäßigkeit?

Folgt aus diesen Befunden eine allgemeine Unverhältnismäßigkeit der Sperrzeiten, da ihre grundsätzlichen Wirkungen nicht hinreichend belegt sind, wohl aber sicher ist, dass sie in vielen Fällen das Verhältnis zwischen Verwaltung und Bürger belasten und damit die Reintegration eher verhindern, sowie eher die treffen, die schlechte Chancen der Reintegration haben?

In Deutschland wurden 2009 über 2/3 aller Sperrzeiten nicht wegen mangelnder »Arbeitsmarktbereitschaft«, sondern wegen verspäteter Arbeitsuchendmeldung (40,6 %) und Meldeversäumnis (28,8 %)⁹¹ verhängt (s.o. II. 2.). Solche Verletzungen deuten eher auf Informationsdefizite und eine mangelnde/unsachgemäße Kooperation der Klienten mit den Sachbearbeitern hin. Sicherlich wäre es verhältnismäßiger und auch praktisch möglich, die Anzahl und die Kompetenz der Vermittler zur Kommunikation zu verbessern und insgesamt das Verfahren kooperativer auszugestalten.⁹² Von allen Instrumenten, die untersucht worden sind, ist eine intensive und qualifizierte Betreuungs- und Vermittlungstätigkeit am effektivsten, um Arbeitslose wieder in den Arbeitsmarkt zu reintegrieren, vor allem wenn die Berater/Vermittler die Bedürfnisse und Wünsche der Teilnehmer intensiv erkunden, die Programme den Bedarfen anpassen und Zeit sowie Spielräume für eine intensive Kommunikation haben.⁹³

83 Vgl. aus jüngster Zeit *Lingemann/Groneberg*, NJW 2010, 3624; *Lembke*, BB 2009, 2594; *Marx*, Absprachen der Arbeitsvertragsparteien zur Vermeidung einer Sperrzeit gemäß § 144 SGB III, Frankfurt 2008 (zugl. Gießen, Univ., Diss. 2007).

84 *Schneider* (Fn. 81).

85 *Peters/Joyce*, A review of the JSA sanctions regime: Summary research findings, Department for Work and Pensions Research, Report No 313, 2006; *Mitchell/Woodfield*, Qualitative research exploring the Pathways to Work sanctions regime, Department for Work and Pensions, London, Research Report No 475, 2008, S. 16/17 auch zu anderen Untersuchungen; *Eardly ua.*, The Impact of Breaching on Income Support Customers, Social Policy Research Centre Sydney, Report 5/05, S. 35–39.

86 *Peters/Joyce* (Fn. 85), S. 39; *Tony Eardly ua.* (Fn. 85), S. 141.

87 *Peters/Joyce* (Fn. 85), S. 45/46.

88 *Mitchell/Woodfield* (Fn. 85), S. 91/2; *Eardly ua.* (Fn. 85), S. 36/37 und S. 141; nur teilweise die Ergebnisse bei *Peters/Joyce* (Fn. 85), S. 18/19. Für die USA: *Meyers et al.*, Review of Research on TANF Sanctions. Report to Washington State WorkFirst SubCabinet, West Coast Poverty Center, 2006, S. 18 ff. unter: http://www.workfirst.wa.gov/research/studies/sanction_literature_final.pdf (21.4.2011).

89 *Mitchell/Woodfield* (Fn. 85), S. 91/2.

90 *Ames*, Ursache und Auswirkungen von Sanktionen nach § 31 SGB II, 2009, 167 ff.; *Götz/Ludwig-Mayerhofer/Schreyer*, Sanktionen im SGB II. Unter dem Existenzminimum, IAB-Kurzbericht 10/2010. Weitere Nachweise und Diskussion bei *Bieback*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2009, 194/195.

91 BA (Hrsg.), Arbeitsmarkt 2009, 2010, S. 108.

92 Dazu ausführlich *Bieback* (Fn. 90).

93 *Hofmann ua.*, Kürzere Arbeitslosigkeit durch mehr Vermittler, IAB-Kurzberichte 9/2010; *Fromm/Sproß*, Die Aktivierung erwerbsfähiger Hilfeempfänger. Programme, Teilnehmer, Effekte im internationalen Vergleich, IAB Forschungsbericht 1/2008, 44 ff., 105; *Konle-Seidl*, Hilfeformen und Aktivierungsstrategien im internationalen Vergleich, IAB-Forschungsbericht 7/2008, 84 ff.; *Kruppe*, (Hrsg.), Mehr Vermittlungen durch mehr Vermittler? Ergebnisse des Modellversuchs »Förderung der Arbeitsaufnahme« (FAIR), 2008.

Hieraus aber zu schließen, es sei verfassungsrechtlich geboten, Sperrzeiten ganz oder überwiegend durch andere Mittel, eventuell stärkere Betreuung/Unterstützung und positive Anreize zu ersetzen, würde den Spielraum des Gesetzgebers zur Einschätzung der Funktion von Sperrzeiten zu sehr einengen und auch die gesetzlich normierte Selbstverwaltungsgarantie der BA (§§ 367, 371 SGB III) mit dem Spielraum für eine sozial- und veraltungspolitische Prioritätensetzung verletzen. Denn es gibt keine optimalen, validen Anhaltzahlen für das Verhältnis von Vermittler/Betreuer zu Arbeitslosen.⁹⁴

Zudem kann Zwang auch sinnvolle Funktionen in einer sozialen Beziehung der Betreuung und Vermittlung haben, vor allem um anfängliche Widerstände leichter, aber auch um Missbrauch zu überwinden. Selbst die völlig »pädagogisch orientierte« staatliche Dienstleistung der Schule kommt nicht ohne – allerdings sehr variable – Elemente des Zwangs aus. Aber immer gilt, dass der Zwang eine Funktionen haben, er »auch als sinnvoll und nicht als Instrument der Repression erlebt werden«⁹⁵ muss, um das Ziel der Integration nachhaltig zu erreichen. Der Zwang muss eingebettet sein in eine umfangreiche, anerkennende und vertrauensvolle Kommunikation. Das lässt sich nicht gesetzlich dekretieren. Aber das Verfahren der Verhängung von Sperrzeiten kann so ausgestaltet werden, dass diese Voraussetzungen besser erreicht werden.

Deshalb ist eine Sperrzeit nur notwendig und geeignet, wenn sie nach eingehender Potenzialanalyse (§ 37 Abs. 1 SGB III) ergeht, sowie von der BA dargelegt wird, dass sie in Bezug auf die Potenzialanalyse und auf das (vereinbarte) Integrationsziel notwendig ist. Ob dem Sachbearbeiter dabei wegen der prognostischen Elemente und der sachverständigen Abwägung zwischen unterschiedlichen Instrumenten ein Spielraum zuzugestehen ist,⁹⁶ mag dahingestellt bleiben. Auch bei einer Anerkennung von Spielräumen wäre die Entscheidung zu begründen und (eingeschränkt) gerichtlich überprüfbar.

Da, wo aber das Integrationsziel und die Beseitigung des Risikos Arbeitslosigkeit nicht oder nicht durch die anvisierte Maßnahme der BA beseitigt werden kann, ist auch die Sperrzeit unverhältnismäßig. Da, wo wegen objektiver Hemmnisse (regionaler Arbeitsmarkt, persönliche Merkmale etc.) eine Integration aussichtslos erscheint, wäre plausibel zu machen, weshalb das geforderte Verhalten und die Sanktion noch verhältnismäßig sind. Sonst würde die Sperrzeit zum Ritual, zum *l'art pour l'art*.

c) Notwendigkeit einer Ermessensregelung

Dadurch, dass die Sperrzeiten zwingend verhängt werden müssen, wenn ihre Voraussetzungen erfüllt sind, geht der instrumentelle Charakter von Sanktionen verloren. Die qualitativen Untersuchungen zur Sanktionspraxis weisen darauf hin, dass Sanktionen überwiegend Ergebnis nicht geglückter Kommunikation sind; dort, wo die Kommunikation funktionierte oder gut war, waren Sanktionen selten, wurden meist akzeptiert und zerstörten die Beziehung zum Vermittler/Berater nicht.⁹⁷ Deshalb muss die Verwaltung ein Ermessen bei der Verhängung von Sanktionen haben, um sie flexibel in die Betreuung und Vermittlung einbauen zu können. Dabei muss sich das Ermessen auf das »ob« und das »wie«, die Dauer und den Umfang, beziehen. Letzteres war zumindest noch im AVAVG vorgesehen, als das Gesetz für die Dauer der Sperrzeit nur einen breiten Rahmen vorgab (§ 81 AVAVG 1956, 12 bis 48 Tage).

Zwar zeigten Untersuchungen (s.o. II. 2.), dass die Sanktionspraxis der Arbeitsagenturen und Jobcenter stark variiert – also trotz des zwingenden Gebots, sie zu verhängen, Spielräume bestehen und auch von den Vermittlern⁹⁸ wahrgenommen werden. Einmal beruhen die Spielräume auf der Interpretation des »wichtigen« Grundes in § 140 SGB III. Aber dieses negative Tatbestandsmerkmal bezieht sich auf das Verhalten der Versicherten, während es hier um die Einschätzung auch der Vermittler und Betreuer geht, dass die Sperrzeit für die Reintegration kontraproduktiv wäre. Soweit die Spielräume schlicht auf der Nichtanwendung des Rechts durch die Verwaltung beruhen, ist Abhilfe notwendig und der Spielraum

94 Die Materialien zum SGB II gingen von einem gebotenen Betreuungsschlüssel von 1:75 aus (BT-Drs. 15/1516, S. 2, 5, 43, 90). Vgl. Bieback (Fn. 90), S. 205/6.

95 Fromm/Sproß (Fn. 93), S. 105.

96 Zwar hat das BSG hinsichtlich der arbeitsmarktpolitischen Zweckmäßigkeit einer Maßnahme einen Beurteilungsspielraum anerkannt (BSG, 18.9.1997 – 7 Rar 68/96 – SozR 3-4100 § 34 Nr. 4 S. 13; BSG, 28.11.1996 – 7 Rar 58/95 – SozR 3-4460 § 10 Nr. 2; BSG, 23.1.1997 – 7 Rar 38/96 – SozR 3-4100 § 43 Nr. 2 S. 9), aber ihn für die Prognoseentscheidung über den künftigen Erfolg einer konkreten, individuellen Maßnahme verneint (BSG, 29.7.1993 – 11/9b RAr 5/92 – SozR 3-4100 § 60 Nr. 1 S. 5; BSG, 11.5.2000 – B 7 AL 18/99 R – SozR 3-4100 § 36 Nr. 5 S. 12 mwN.).

97 Mitchell/Woodfield (Fn. 85), S. 58 ff.; Baethge-Kinski et al., Neue Soziale Dienstleistungen nach SGB II, IAB-Forschungsbericht 15/2007, Nürnberg 2007, S. 50.

98 Ames, Arbeitssituation und Rollenverständnis der persönlichen Ansprechpartner/-innen nach § 14 SGB II, Eine Studie im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Februar 2008, S. 158 ff.

zu legalisieren, da er sich als notwendig und sinnvoll erweist. Nur so kann auch die notwendige Flexibilität im Einzelfall erreicht werden.

In Großbritannien wird gegen die Tradition, Sanktionen ins Ermessen der Arbeitsmarktverwaltung zu stellen, vorgebracht, feste, automatische Sanktionen würden die Rechtssicherheit erhöhen, den einzelnen Betreuer entlasten und besser »abschreckend« wirken.⁹⁹ Der Rechtssicherheit ist aber Genüge getan, wenn die Voraussetzungen der Sanktionen und ihre Obergrenze (die jetzigen Regelsperrzeiten) festgelegt sind. Die bessere Abschreckung ist eine nicht nachweisbare Behauptung (s.o.). Und die Annahme, die Mitarbeiter würden entlastet, geht von einem sehr bürokratischen Konzept der Betreuung und von konfliktscheuen, wenig professionellen Vermittlern aus.

Eine solche Lösung würde auch mit der generellen Regelung der Verletzungen von Obliegenheiten aus dem Sozialversicherungsverhältnis in §§ 60 ff. SGB I übereinstimmen, bei deren Verletzung es im Ermessen der Verwaltung steht, ob und welche Sanktionen sie ausspricht.

3. Schranken speziell aus dem Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes

a) Freie Arbeitsplatzwahl: Die Freiheit zu kündigen

Wie gezeigt, gehört es zur freien Wahl des Arbeitsplatzes, ein Arbeitsverhältnis aufzugeben und ein neues zu suchen und dabei das Risiko der Arbeitslosigkeit und das Fehlschlagen der Anschlussbeschäftigung zu wagen. Dieses Verhalten ist nicht nur grundrechtlich geschützt, sondern auch volkswirtschaftlich notwendig, um einen optimalen Einsatz der Arbeitskräfte und eine optimale Allokation der Produktionsfaktoren zu gewährleisten. Es muss deshalb immer ein Ausgleich zwischen den Pflichten aus dem Sozialversicherungsverhältnis einerseits und der beruflichen Autonomie andererseits gefunden werden.

■ In diesem Kontext haben der 7. und der 11. Senat des BSG¹⁰⁰ gerade in den letzten Jahren im Rahmen des wichtigen Grundes mit Art. 12 GG argumentiert, um die grundsätzliche Freiheit zu betonen, von einem unbefristeten in ein befristetes Arbeitsverhältnis zu wechseln. Dies war aber auch fast¹⁰¹ das einzige wichtige Feld der Sperrzeitenrechtsprechung, auf dem in den beiden letzten Jahrzehnten Argumente der Berufsfreiheit eine wesentliche Rolle spielten.

■ Dazu gehört auch der 1977 vom BSG entschiedene Fall, dass keine Sperrzeit erhält, wer sein Arbeitsverhältnis aufgibt und eine »mindestens konkrete Aussicht auf einen Anschlussarbeitsplatz« hat, wobei die Zusicherung eines neuen Arbeitsverhältnisses nicht notwendig sei.¹⁰² Die Voraussetzungen sind aber eng formuliert:

»Allerdings ist für den Ausschluß der groben Fahrlässigkeit nicht unbedingt die feste Zusicherung eines Anschlußarbeitsplatzes zu verlangen. ... Von grober Fahrlässigkeit muß aber ausgegangen werden, wenn der später Arbeitslose zur Zeit der Kündigung seines Arbeitsverhältnisses überhaupt noch keine Aussicht auf einen neuen Arbeitsplatz hatte, und wenn er auch die allgemeinen Verhältnisse auf dem örtlich in Betracht kommenden Arbeitsmarkt vernünftigerweise nicht so günstig beurteilen konnte, daß er keine Arbeitslosigkeit zu befürchten brauchte.«

Zwar legt das BSG zu Recht mit dem »vernünftigerweise« einen objektivierten Maßstab zu Grunde, so dass allein die Hoffnung, »es werde schon gut gehen« oder der Aufschwung werde schon kommen, nicht reichen kann. Hier könnte sich aber die Umkehr der Beweislast in § 144 Abs. 1 S. 3 SGB III nun dahin auswirken, dass es ausreicht, wenn der Versicherte hinreichend Anhaltspunkte angibt, dass seine Entscheidung informiert und vertretbar war.

Das Urteil blieb ein Einzelfall. Die BA hat in ihrer Durchführungsanweisung zu § 144 SGB III¹⁰³ diese Konstellation gar nicht erst erwähnt.

■ In neuerer Zeit hat das BSG die Entscheidung, aus einem Arbeitsverhältnis auszuschiden, etwas großzügiger geschützt. Wird ein Arbeitsverhältnis aufgelöst, um danach lückenlos ohne Bezug von Arbeitslosengeld in (vorzeitige) Rente zu gehen, ist dies ein wichtiger Grund, wenn der Versicherte »nahtlos von der Altersteilzeit in den Rentenbezug wechseln wollte und davon auch prognostisch auszugehen war« und der Bezug einer ausreichenden Rente nach eigenen Kenntnissen oder »Nachfragen bei sachkundigen Stel-

⁹⁹ Peters/Joyce (Fn. 85), S. 46/7.

¹⁰⁰ BSG, 26.10.2004 – B 7 AL 98/03 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 9; BSG, 12.7.2006 – B 11a AL 55/05 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 14; BSG, 12.7.2006 – B 11a AL 73/05 R – AP Nr. 9 zu § 144 SGB III.

¹⁰¹ Vgl. noch BSG, 13.3.1990 – 11 Rar 69/88 – SozR 3-4100 § 119 Nr. 2: Aufgabe eines Ausbildungsverhältnisses.

¹⁰² BSG, 20.4.1977 – 7 RAr 112/75 – SozR 4100 § 119 Nr. 2 – BSGE 43, 269.

¹⁰³ <http://www.arbeitsagentur.de/zentraler-Content/A07-Geldleistung/A071-Arbeitslosigkeit/Publikation/pdf/da-alg-p144.pdf> (21.4.2011).

len« möglich erschien. Zerschlägt sich dieses Vorhaben, weil die (vorzeitige) Altersrente eventuell zusammen mit einer Betriebsrente zu gering ist, fragt sich, ob diese Fehleinschätzung grob fahrlässig war oder nicht.¹⁰⁴ Hier reicht dem BSG also die informierte und vertretbare Entscheidung.

b) Schutz vor unzumutbaren Arbeitsplätzen

Schließlich gehört es zum Kern der freien Wahl des Arbeitsplatzes ein Arbeitsverhältnis aufzugeben bzw. gar nicht anzutreten, dass »unzumutbar« ist. Die Wertung, wann es einem versicherten Arbeitnehmer nicht mehr angesonnen werden kann, zum Schutz der Solidargemeinschaft auszuhalten, entnimmt die hM. dem Recht des Arbeitnehmers zur fristlosen Kündigung gem. § 626 BGB¹⁰⁵, kennt aber darüber hinaus zahlreiche weitere Gründe, die in der Natur des Arbeitsplatzes selbst, wie auch in rein persönlichen Gründen liegen können (s.o. I. 2. c).

c) Schutz der Beruflichkeit des Arbeitsvermögens/der Qualifikation

Auch die »Beruflichkeit« des individuellen Arbeitsvermögens, die Qualifikation, ist durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt (s.o. III. 1.). Durch die Obliegenheit, das Angebot einer neuen, anderen Arbeit anzunehmen oder sich einer Qualifizierungsmaßnahme zu unterziehen, wird aber nicht in die alte Beruflichkeit eingegriffen. Denn die Gefährdung liegt nicht in den Obliegenheiten, sondern in den sozioökonomischen Verhältnissen, seine bisherige Qualifikation auf dem Markt nicht mehr realisieren zu können; sie können Staat und Arbeitslosenversicherung nur kompensieren, indem sie versuchen, neue und andere Arbeit zu erschließen und/oder Zusatzqualifikationen zu vermitteln. Der Schutz lässt sich deshalb nur durch die allgemeine Gewährleistungsfunktion des Grundrechts¹⁰⁶ zumindest relativ in der Zeit und im Verhältnis zu anderen Versicherten sicherstellen.

■ Die wichtigste Gefährdung der Qualifikation hat das Sanktionsrecht des SGB II in § 10 Abs. 1 Nr. 2 aufgenommen: Eine Arbeit ist unzumutbar, wenn sie die Ausübung der bisherigen Arbeit mit ihren besonderen »körperlichen Anforderungen« wesentlich erschweren würde. Dieser Grundsatz ist auch im SGB III bei der Interpretation des § 121 Abs. 5 zu beachten, da insoweit das SGB II ein unteres Mindestniveau an Schutz

festlegt¹⁰⁷ und das Schutzniveau in einer beitragsfinanzierten Sozialversicherung eher noch höher anzusetzen ist. Einen entsprechenden, erweiterten Maßstab kannte auch schon § 78 Abs. 2 Nr. 2 AVAVG 1956 (»ihm die künftige Ausübung seiner bisherigen überwiegenden Tätigkeit wesentlich erschwert werden würde«).¹⁰⁸

- Die Arbeitslosenversicherung hatte nie einen allgemeinen Berufs- und Qualifikationsschutz gewährt.¹⁰⁹ Aber zur alten, offeneren Formulierung in § 119 Abs. 2 AFG hatte das BSG 1977¹¹⁰ aus Art. 12 Abs. 1 GG einen *relativen Berufsschutz* abgeleitet, wonach in der ersten Zeit der Arbeitslosigkeit zumutbar nur Beschäftigungen waren, die im vorherigen Berufsfeld lagen, während mit zunehmender Dauer der Arbeitslosigkeit ein stufenweiser sozialer Abstieg zumutbar ist. Das SGB III kennt nur einen zeitlich gestuften Schutz des vorherigen Lohnniveaus (§ 121 Abs. 3 SGB III), was keinen Qualifikationsschutz beinhaltet. Er wird in § 121 Abs. 5 SGB III abgelehnt. Dennoch ist es zu Recht überwiegende Ansicht in der Literatur,¹¹¹ dass dieser verfassungsrechtliche Ansatz auch die jetzige Interpretation der Zumutbarkeit verfassungskonform leiten muss.
- Eine Zuweisung neuer Arbeit und die Sanktionierung ihrer Ablehnung dürfte nur dann verhältnismäßig (geeignet, erforderlich und zumutbar) sein, wenn ein Bewerber der erforderlichen Qualifikationsstufe oder ein Bewerber, der näher dran wohnt, nicht oder nicht

¹⁰⁴ BSG, 21.7.2009 – B 7 AL 6/08 R – SozR 4-4300 § 144 Nr. 18 – BSGE 104, 90.

¹⁰⁵ Winkler, in: Gagel, SGB II/III, 7/2009, § 144 Rn. 31, 96; Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB III, § 144 Rn. 120 ff.; Henke, in: Eicher/Schlegel, SGB III, § 144 Rn. 192, 11/2009; Curkovic, in: NK-SGB III, 3. Aufl. 2008, § 144 Rn. 115.

¹⁰⁶ Zu ihr Breuer, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, § 147.

¹⁰⁷ Estelmann, in: Eicher/Schlegel, SGB III, 6/2004, § 121 Rn. 131.

¹⁰⁸ Abgedruckt bei Winkler, in: Gagel SGB II/III, 7/2009, § 144 Rn. 99 ff.

¹⁰⁹ Vgl. die Nachweise in BSG, 22.6.1977 – 7 RAr 131/75 – SozR 4100 § 119 Nr. 3 – BSGE 44, 71.

¹¹⁰ BSG, 22.6.1977 – 7 RAr 131/75 – SozR 4100 § 119 Nr. 3 – BSGE 44, 71. Dazu zust. Davilla (Fn. 6), S. 164 ff.

¹¹¹ Peters-Lange, Zumutbarkeit von Arbeit, Köln 1992 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1992), S. 175 ff., 192 ff.; Davilla, ebda.; Toparkus (Fn. 56), S. 121 ff.; Steinmeyer, in: Gagel, SGB II/III, 1/2005, § 121 Rn. 20 ff., 29.; Valgolio, in: Hauck/Noftz, SGB III, 1/2004, § 121 Rn. 67 ff.; Marschner, in: GK-SGB III, § 121 Rn. 43; AA. Estelmann, in: Eicher/Schlegel, SGB III, 6/2004, § 121 Rn. 51 ff., 126 ff.

in absehbarer Zeit vermittelt werden kann.¹¹² Denn in der Wahl zweier Arbeitsloser, denen eine Arbeitsstelle angeboten wird, ist derjenige stärker zu schützen, bei dem der mögliche spätere Eingriff durch eine Sperrzeit einen stärkeren Eingriff bedeuten würde. Nur so wäre auch ein *Verdrängungswettbewerb* zu Lasten der Schwächeren und weniger Qualifizierten zu verhindern.¹¹³ Während es angesichts der modernen Datenverarbeitung im Vermittlungsgeschäft möglich ist, einen solchen Profilausgleich und Profilvergleich vorzunehmen und zu dokumentieren, hat der sanktionierte Arbeitslose die dafür erforderlichen Informationen in der Regel nicht und muss auf die Angaben der BA vertrauen. Wohl deshalb spielt insoweit der Art. 12 GG in der Praxis und Rechtsprechung bei Sanktionen des SGB III keine Rolle.

d) Übermaßverbot: Dauer der Sperrzeit und Anspruchsverlust

Wie die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Verstoß gegen die Meldepflicht¹¹⁴ deutlich macht, folgt aus dem Grundrechtsschutz vor allem, dass die Sperrzeit in einem angemessenen Verhältnis zur Pflichtverletzung stehen muss, dh. zur Schwere des Verschuldens des Versicherten, zur Bedeutung seiner eigenen Interessen und – bei der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe und Ablehnung eines Arbeitsverhältnisses – zum Grad der Mitverursachung der Arbeitslosigkeit.

Bei den Sperrzeiten wegen Ablehnung eines Arbeitsangebots und Ablehnung und Abbruch einer Integrationsmaßnahme differenziert § 144 Abs. 4 SGB III die Dauer der Sperrzeit nach der Häufigkeit des Verstoßes, während gem. § 144 Abs. 3 SGB III bei der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe im Verhältnis zur Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses ansonsten nur bei einer besonderen Härte eine Reduktion von zwölf auf drei Wochen vorgesehen ist.

Alle Fälle sind unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit übermäßig, wenn man bedenkt, dass der »wichtige Grund« als Tatbestandsvoraussetzung nur nach dem »Alles-oder-Nichts-Prinzip« die Verhängung einer Sperrzeit entweder verbietet oder erlaubt, aber eine Reduktion wegen geringer Schuld oder geringen Auswirkungen, einiger nicht völlig dominierender berechtigter Interessen oder zur Verbesserung der Kooperation etc. nicht zulässt. Angesichts der gravierenden Folgen der Sperrzeit reicht hier eine Rechtfertigung wegen notwen-

diger Typisierung und Pauschalierung nicht aus (s.o. IV. 2.).

V. Zusammenfassung

Ziel und Rechtfertigung der Sanktion, eine Sperrzeit zu verhängen, ist es nur »versicherungswidriges« Fehlverhalten (die Verletzung einer Obliegenheit) deswegen zu ahnden, damit die Versicherten mithelfen, das Risiko zu beseitigen. Es geht um die Beeinflussung des Verhaltens mit dem Ziel der Integration in den Arbeitsmarkt. Da die Sperrzeiten stark in das Grundrecht der Berufsfreiheit eingreifen, sind an sie hohe Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit (Erforderlichkeit und Geeignetheit) zu stellen.

Bis auf die generalpräventive Wirkung der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe, die plausibel begründbar ist, gibt es keine halbwegs gesicherte Erkenntnis über die Wirksamkeit von Sanktionen. Dies spricht zwar nicht für eine generelle Unzulässigkeit der Sperrzeiten, verlangt aber eine stärkere Überprüfung der Geeignetheit und Notwendigkeit von Sperrzeiten, vor allem für das Ziel der Reintegration in den Arbeitsmarkt. Die Sperrzeit (»ob« und Dauer) muss im Ermessen stehen, um hinreichend individualisiert der Eingliederung zu dienen. Speziell aus der Freiheit der Arbeitsplatzwahl und dem Schutz der Beruflichkeit folgt, dass eine Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei informierter, plausibler und nachgewiesener Einschätzung, nicht arbeitslos zu werden, zulässig ist, und dass die bisherige Qualifikation zumindest vorübergehend Schutz genießt.

¹¹² BSG, 5.5.1985 – 7 RAr 103/83 – SozR 4100 § 129 AFG Nr. 3 S. 12 ff., Nr. 9; *Peters-Lange*, ebda., S. 182 ff.; *Valgolio*, in: Hauck/Noftz, SGB III, 1/2004, § 121 Rn. 15 ff. und 3/2007, § 144 Rn. 16 ff.; *Steinmeyer*, in: Gagel, SGB II/III, 1/2005, § 121 Rn. 16 ff.

¹¹³ *Steinmeyer*, in: Gagel, SGB II/III, 1/2005, § 121 Rn. 20 ff.; *Valgolio*, in: Hauck/Noftz, SGB III, 1/2004, § 121 Rn. 67/8.

¹¹⁴ BVerfG, 10.2.1987 – 1 BvL 15/83 – BVerfGE 74, 203, 214/5 ff.

Der Kommentar für das Arbeit- nehmermandat



Mit den neuen
Kommentierungen zum
Sonderkündigungsschutz!

Michael Kittner / Wolfgang Däubler
Bertram Zwanziger (Hrsg.)
KSchR – Kündigungsschutzrecht
Kommentar für die Praxis
8., überarbeitete Auflage
2011. 2.300 Seiten, gebunden
€ 189,-
ISBN 978-3-7663-3998-0

Wer **Arbeitnehmern bei Kündigungen** kompetent zur Seite stehen will, kann auf dieses Standardwerk nicht verzichten. **Prägnant und gut verständlich** erläutert das Werk alle im Kündigungsschutzrecht einschlägigen Gesetze, einschließlich des Sozialversicherungs- und Steuerrechts. Die Kommentierungen sind juristisch fundiert, praxisnah und orientieren sich an einer für **den Arbeitnehmer möglichst vorteilhaften Lösung**.

Was ist neu?

Die 8. Auflage ist durchgehend neu bearbeitet. Einzelne Teile wurden »entschlackt« und sind jetzt noch besser lesbar. Neu hinzugekommen ist eine durch **Prof. Dr. Holger Brecht-Heitzmann** verfasste Darstellung des gesamten Sonderkündigungsschutzrechts. **Prof. Dr. Olaf Deinert** hat zentrale Kommentierungen des KSchG – vor allem des § 1 – neu gefasst. Gesetze, Rechtsprechung und Literatur sind bis August 2010 eingearbeitet.

Highlights der 8. Auflage:

- Umfassende Kommentierungen zum gesamten Sonderkündigungsschutzrecht, einschließlich der landesrechtlichen Bestimmungen
- Umfassende Kommentierungen zum Pflegezeitgesetz
- EuGH-Urteil zu deutschen Kündigungsfristen
- Besserer Kündigungsschutz für Beschäftigte in Kirchen
- Stärkere Berücksichtigung der Leiharbeit bei der betriebsbedingten Kündigung
- Wichtige Rechtsprechung zu betrieblichem Eingliederungsmanagement, Betriebsübergang, Bagatelldelikten u. a.

Ihre Vorteile auf einen Blick:

- Prägnant und gut verständlich
- Einschließlich Sonderkündigungsschutzrecht
- Arbeitnehmerorientiert

Postfach
60424 Frankfurt am Main
Infotelefon: 0 69 / 79 50 10-20
Fax: 0 69 / 79 50 10-11

Internet:
www.bund-verlag.de
E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de



Tarif- und Arbeits- kampfrecht in einem Band kommentiert



Peter Berg / Helmut Platow
Christian Schoof
Hermann Unterhinninghofen
**Tarifvertragsgesetz
und Arbeitskampfrecht**
Kompaktkommentar
3., überarbeitete
und aktualisierte Auflage
2010. 816 Seiten, gebunden
€ 89,90
ISBN 978-3-7663-3996-0

»Tarifverhandlungen ohne Streikrecht« hat das Bundesarbeitsgericht als »kollektives Betteln« bezeichnet. Der vorliegende Kompaktkommentar behandelt das gesamte Tarif- und Arbeitskampfrecht auch deshalb in einem Band. Die Rechtsprechung von BAG, BVerfG und EuGH ist bis Juni 2010 umfassend eingearbeitet. Das Buch richtet sich an Rechts- und Gewerkschaftssekretäre, Tarifpraktiker, Rechtsanwälte und Richter. Zahlreiche Praxistipps sowie knapp 80 Stichwörter aus dem Arbeitskampfrecht machen das Buch auch für Interessenvertreter zu einem unentbehrlichen Nachschlagewerk.

Mit seiner eingehenden Behandlung des Grundsatzes der Tarifeinheit greift der Kommentar ein für die Tarif- und Arbeitskampfraxis höchst aktuelles Thema auf. Inhaltliche Schwerpunkte der dritten Auflage sind unter anderem die kontrovers diskutierten Themen:

- Tarifeinheit, Tarifpluralität und Streikrecht
- Tarifliche Regelungen bei Unternehmensumstrukturierungen, Betriebsübergang, Betriebsstilllegung und -verlagerung
- Tarifliche Öffnungsklauseln
- Gewerkschaftliches Klagerecht gegen Tarifvertragsverstöße
- Tarifflicht und Firmentarifvertrag
- Tarifliche Gestaltung der Leiharbeit
- Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder
- Arbeitsvertragliche Bezugsnameklauseln
- Allgemeinverbindlichkeit und Mindestlohn
- Streik für einen Sozialtarifvertrag, Solidaritätsstreik, Flashmob-Aktionen
- Tarifautonomie und Streik im Europarecht

Postfach
60424 Frankfurt am Main
Infotelefon: 0 69 / 79 50 10-20
Fax: 0 69 / 79 50 10-11

Internet:
www.bund-verlag.de
E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de



Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskampfpluralität

Habilitationsschrift von Stefan Greiner, 2010, Verlag C. H. Beck, München, erschienen in der Schriftenreihe des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln, 601 S. (ISBN 978-3-406-60350-1), 98 €.

Stefan Greiner hat sich eines gegenwärtig besonders intensiv diskutierten arbeitsrechtlichen Themas – der Tarifpluralität – angenommen und dies, noch bevor der bemerkenswerte Anfragebeschluss des 4. Senats vom 27.1.2010 an den 10. Senat die Rechtsprechungsänderung und die damit verbundene Abkehr¹ vom Grundsatz der »Tarifeinheit im Betrieb«² eingeläutet hat und die juristische Auseinandersetzung von den seltenen Allianzen im Arbeitsleben³ überlagert wurde.

Schon das Vorwort des Anfang 2010 veröffentlichten Werkes lässt entscheidende Tendenzen erkennen. Greiner bekennt sich explizit zur neuen Rechtsprechungsentwicklung. Mit der Aufgabe der Rechtsprechung seien »Kernanliegen und Grundhypothese« seiner Arbeit »Wirklichkeit geworden«. Er reiht sich in die langjährige Kritik des Schrifttums an der Tarifeinheitslehre⁴ ein. Auch perspektivisch – für die Frage nach möglichen Alternativen zur Tarifeinheit – lässt sich aus dem Vorwort zumindest eine grobe Tendenz ablesen, wenn von einer »modifizierten Fortentwicklung der Tarifeinheit« und deren Folgefragen die Rede ist. Deutet Greiner damit eine Relativierung der eingangs beschriebenen Akklamation zur Tarifpluralität an?

Retrospektiv betrachtet hätte jedenfalls eine Kritik an der Tarifeinheitslehre für sich allein genommenen keinen besonderen Stellenwert. Der Reiz für eine vertiefte Auseinandersetzung mit Greiners Habilitationsschrift liegt sowohl in der Analyse seiner Grundannahmen zum Koalitionsgrundrecht als Ausgangspunkt des Tarif- und Arbeitskampfrechtes als auch in den Folgeüberlegungen zur Auswirkung gelebter Tarifpluralität. Hinsichtlich letzterem kann die Arbeit sicher als Pionierleistung für die heute höchst kontrovers und intensiv geführte Debatte⁵ bewertet werden.

Überblick

Der Leser wird anhand einer schlüssigen Gliederung bruchlos durch die Abhandlung geführt. Hilfreich sind die zusammenfassenden Thesen (S. 529 ff.).

Einige wesentliche Grundannahmen durchziehen das gesamte Werk gleichsam einem roten Faden und seien hier vorab kurz skizziert:

- Die Entstehung pluraler Koalitionsstrukturen sei verfassungsrechtlich geboten. Eine strukturelle Benachteiligung von Berufsgruppen- oder Spartengewerkschaften sei verfassungswidrig.
- Nicht die Lehre von der Tarifeinheit im Betrieb selbst, sondern das bisher zu ihrer Sicherung angewandte betriebsbezogene Spezialitätsprinzip sei das eigentliche Problem; es diskriminiere in verfassungswidriger Weise Berufs- und Spartengewerkschaften und fördere die »Tarifzersplitterung« durch die als »sachnäher« akzeptierten Firmentarifverträge.
- Negativen Wirkungen der Tarifpluralität sei mit einer dynamisch-repräsentativen Tarifeinheit zu begegnen; ein begrenzter sachlich-gegenständlicher Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG schließe verfassungsrechtliche Konflikte aus.

Der Überblick bestätigt die bereits im Vorwort anklingende Skepsis des Autors gegen eine gelebte Tarifpluralität. Aus Greiners Sicht ist es daher jedenfalls konsequent, den sogenannten Professorenentwurf⁶ mitzutragen. Darin finden sich klare Parallelen zu dem von Greiner entwickelten Modell der dynamisch-repräsentativen Tarifeinheit.⁷ Der

1 Endgültig durch BAG, 23.6.2010 – 10 AS 2/10 und 3/10 – NZA 2010, 778 – AuR 2010, 349.

2 Zuletzt BAG, 18.10.2006 – 10 AZR 576/05.

3 Zum BDA/DGB-Bündnis Däubler, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., § 9 Rn. 62; Abdruck der gemeinsamen Erklärung von BDA/DGB, in: ZTR 2010, 352; Gesetzentwurf zu finden unter: http://www.labournet.de/diskussion/gewerkschaft/tarifpolitik/dgbbda_tvg.pdf (20.4.2011).

4 Vgl. die umfassenden Nachweise in der Begründung des Anfragebeschlusses, BAG, 27.1.2010 – 4 AZR 549/08, Rn. 42 – NZA 2010, 645.

5 Exemplarisch zur Debatte de lege lata Deinert, RdA 2011, 12; Krebber, RdA 2011, 23; Giesen, NZA 2009, 11; Franzen, RdA 2008, 193; für die Kontroverse de lege ferenda Dieterich, AuR 2011, 46 und andererseits Kempen, AuR 2011, 51; jüngst ausführlich Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, Berlin 2011.

6 Erläuterungen dazu unter <http://www.cfww.org/stiftung/projektentwicklung/zukunft-arbeit/initiative-tarifpluralitaet> (19.4.2011).

7 Im Einzelnen dazu S. 350.

rechtspolitische Niederschlag der Ergebnisse innerhalb einer Gruppe namhafter Arbeitsrechtswissenschaftler ist per se eine beachtliche Leistung. Zugleich fordert dieser unmittelbare Thesenwiderhall im rechtspolitisch hochkontroversen Meinungs austausch geradezu zur kritischen Auseinandersetzung heraus.

Die *Einleitung* (A.) stellt den Koalitionspluralismus in den Mittelpunkt. *Greiner* plädiert grundsätzlich für pluralistische Strukturen zur Organisation der Arbeitsmarktakteure (S. 48). Für eine hieraus möglicherweise folgende Unordnung der Tarifstrukturen und Risiken für die wirtschaftliche Prosperität und die Rechtssicherheit wird »eine rechtlich hergestellte Tarifeinheit bei akzeptierter Koalitionspluralität« (S. 49) als Lösungsmöglichkeit in Aussicht gestellt.

In *Kapitel B.* wird der verfassungsrechtliche Rahmen von Art. 9 Abs. 3 GG gezeichnet. Unter Hinweis auf BAG-Rechtsprechung⁸ bejaht er den Koalitionspluralismus als eigenständigen Schutzaspekt (S. 126). Bemerkenswert sind die Ergebnisse zur tariflichen Normsetzungskompetenz; mit einer Kombination (S. 99 f.) aus der inzwischen weitgehend überwundenen Delegations- und der Legitimationstheorie begründet *Greiner* die oben angeklungene Engfassung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG (S. 127 f.).

Kapitel C. behandelt zentrale tarifrechtliche Fragen. Anknüpfend an den CGM-Beschluss des BAG⁹ sieht *Greiner* die dem Satzungsrecht unterfallende und damit selbstbestimmte Tarifzuständigkeit als eine primär innenrechtliche Kategorie.¹⁰

Tarifpartner nehmen ein hohes Maß an kollektiver und im Hinblick auf die Leitbildfunktion¹¹ von Tarifabschlüssen zudem ein ganz beachtliches Maß an gesellschaftlicher Verantwortung wahr. *Greiner* fordert, seinem kombinierenden Ansatz aus Delegation und Legitimation konsequent folgend, eine gewisse staatliche Kontrollpflicht bezüglich der Mächtigkeit der tarifnormsetzenden Koalitionen (S. 226). Ungeachtet der dogmatischen Akzentuierungen stellt sich die Frage nach dem verfassungsrechtlich zulässigen Maßstab.¹² *Greiner* hebt die Rechtsprechung des 1. BAG-Senats hervor. Mit den jüngeren Beschlüssen – namentlich zu UFO¹³ und CGM¹⁴ –

habe der Senat die soziale Mächtigkeit als adäquates Kriterium zur Bemessung der Tariffähigkeit in einem »gangbaren Mittelweg«¹⁵ herangezogen (S. 224). Trotz seiner grundsätzlichen Zustimmung zur liberalen Vorgehensweise des 1. Senats ist sich *Greiner* der Risiken einer liberalen Kontrolle der Durchsetzungsfähigkeit bewusst¹⁶ (S. 239 f.).

In *Kapitel D.* lässt *Greiner* seiner Kritik am bisherigen Konzept der Tarifeinheit nun nicht das Leitprinzip der Tarifpluralität, sondern wiederum ein, wenn auch modifiziertes, Konzept der dynamisch-repräsentativen Tarifeinheit folgen (S. 257 f.). Dieses legitimiere sich durch die »Erhaltung der Ordnungsfunktion der Tarifverträge und die wünschenswerte Vermeidung übermäßiger Arbeitskämpfe« (S. 348 ff., 541). Seine grundsätzliche Kritik an der Gestaltung des Spezialitätsprinzips bedarf keiner Vertiefung. Inwieweit das Phänomen kleiner, aber kampfstarker Spartengewerkschaften gesellschaftspolitisch wünschenswert ist, soll hier ebenfalls dahinstehen.

Die Tarifgeltung nach einem dynamischen Mehrheitsprinzip der Arbeitnehmer in den konkurrierenden Gewerkschaften entspreche der legitimatorischen Begründungswurzel und sei ein angemessenes Auswahlkriterium. Geltungsrahmen sei nicht mehr der Betrieb¹⁷, son-

8 Insbesondere BAG, 31.5.2005 – 1 AZR 141/04 – AP Nr. 124 zu Art. 9 GG.

9 BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

10 Mit den Grundsätzen zur Satzungs hoheit in einem Arbeitgeberverband mit OT-Mitgliedschaft BVerfG, 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – DB 2011, 361; damit bestätigt BAG, 22.4.2009 – 4 AZR 111/08, E 130, 264, dort Rn. 29, lässt sich eine kraft Satzungsautonomie jederzeit zu ändernde Zuständigkeit wohl nicht vereinbaren.

11 Vgl. nur zur begrenzten AGB-Kontrolle bei individualvertraglich in Bezug genommenen tariflichen Regelungs werken nach §§ 310 IV 3, 307 III BGB, BAG, 25.4.2007 – NZA 2007, 875; ErfK-Preis, 11. Aufl., §§ 305 – 310 BGB Rn. 8, 13 f.

12 Zum Schutz der Funktionsbedingungen der Tarifautonomie hält das BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 37 ff. die Ausgestaltung der Tarifautonomie nicht nur für zulässig, sondern für geboten.

13 BAG, 14.12.2004 – 1 ABR 51/03 – AP Nr. 1 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

14 BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit.

15 Zur Kritik, insbesondere am CGM-Beschluss, *Buschmann*, in: FS Richardi, 2007, S. 93, 97 f., 113.

16 Auf die Entwicklungen in der Zeitarbeitsbranche war schon hingewiesen worden, vgl. *Buschmann*, in: FS Richardi, 2007, S. 93, 97. Die Problematik der Gegnerfreiheit bei der GNBZ war bereits bekannt, dazu *Greiner*, Fn. 390.

17 Hiergegen *Greiner*, NZA 2010, 743 mit deutlicher Kritik am BDA/DGB-Entwurf wegen der indirekten Diskriminierung von Berufs- und Spartengewerkschaften.

dern die satzungsrechtliche Tarifzuständigkeit der konkurrierenden Gewerkschaften (S. 350).¹⁸

Kapitel E. befasst sich mit den Folgefragen der vorgeschlagenen Tarifeinheit und umfasst ein breites Themenspektrum, das von Differenzierungsklauseln¹⁹ über Abgrenzungen zur betrieblichen Ebene, Kollektivnormen, Gewerkschaftshopping, staatlicher Gestaltungserstreckung und Arbeitskämpfrecht²⁰ bis hin zum Fragerecht und zur tariflichen Bezugnahme reicht. In der literarischen Auseinandersetzung um die Konsequenzen aus der aufgegebenen Tarifeinheit, aber auch über die beiden vorliegenden Gesetzentwürfe ist viel über eben diese Folgefragen diskutiert worden.²¹

Im Laufe der Abhandlung verdeutlicht sich eine argumentative Zweispurigkeit. Während einerseits Koalitionspluralismus, Tarifpluralität und damit verbunden Wettbewerb zwischen den Koalitionen vielfach positiv als eigenständige Werte herausgestellt werden, findet sich im deutlichen Gegensatz hierzu die einer tatsächlichen Tarifpluralität entgegengebrachte Skepsis. *Greiner* plädiert für ein Konstrukt einheitlicher und ordnender Tarifstrukturen.²² Ein solches Konstrukt folgt jedoch aus Art. 9 Abs. 3 GG nicht. Das Grundrecht gewährt für alle Adressaten gleichen Grundrechtsschutz. Eingriffe bedürfen der Rechtfertigung. Belastbare Erkenntnisse für eine Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie durch Koalitions- und Tarifpluralität sind bislang nicht bekannt.²³

Die Reichweite der verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit – dogmatischer Ausgangspunkt aller mit Tarifpluralität verbundenen Folgefragen

Angesichts der gegenwärtigen Diskussion um die veröffentlichten Gesetzentwürfe zur Tarifeinheit ist die nähere Auseinandersetzung mit *Greiners* Ansicht zur Schutzbereichskonzeption von grundsätzlichem Interesse, da sämtliche tarif- und arbeitskampfrechtlichen Folgefragen²⁴ letztlich immer auf die Kernfrage »Grundrechtsausgestaltung oder Grundrechtseingriff?« zurückführen.²⁵

Greiners These der nur institutionell von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie überzeugt nicht. Dem Prinzip der kollektiven Privatautonomie²⁶ wird nicht hinreichend Rechnung getragen. Die starke Betonung des dele-

gatorischen Ansatzes (S. 100) steht in deutlicher Spannung²⁷ zur Rechtsprechungslinie von BAG und BVerfG, das gerade in jüngerer Zeit wiederholt die Staatsferne der Koalitionsfreiheit ausdrücklich herausgestellt hat.²⁸

Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Privatautonomie in besonderer Weise: Die Begründung vertraglicher Verbindlichkeiten zur selbstbestimmten Lebensgestaltung eines jeden Einzelnen steht im Bereich des Arbeitslebens unter besonderen Vorzeichen, die sich aus der strukturellen Disparität der Parteien bei Abschluss und bei täglicher Ausgestaltung²⁹ des Arbeitsverhältnisses ergeben.³⁰ Um die freiheitsfördernde Funktion der Privatautonomie zu gewährleisten, muss der Gesetzgeber Disparitäten bei schonendem Ausgleich gegenläufiger Grundrechtspositionen in Wahrnehmung staatlicher Schutzpflichten überwinden.³¹ Die in Betracht kommenden Möglichkeiten, durch staatliche Eingriffe gestaltenden Einfluss auf Arbeitsverhältnisse zu nehmen, sind in ihrer Wirkung nicht gleichermaßen effektiv. Der unverzichtbare Mindestschutz im Arbeitsverhältnis durch einseitig zwingende

18 Den Bezugsrahmen der frei gewählten Geltungsbereiche konkurrierender Tarifverträge hält *Greiner* für weniger geeignet; aA. *Franzen*, RdA 2008, 193, 197.

19 Dazu später *Greiner*, DB 2009, 398.

20 Dazu später *Greiner*, NJW 2010, 2977.

21 Verwiesen sei auf *Waas*, AuR 2011, 93; *Deinert*, RdA 2011, 12; *Krebber*, RdA 2011, 23 ff.; *Franzen*, ZfA 2009, 297; *Jacobs*, ZRP 2010, 199; *Hanau*, DB 2010, 2107.

22 Aufgeschlossen hierfür jüngst *Waas*, AuR 2011, 93, 94 f. unter Verweis auf eine Lösung durch gesetzlich anzuordnende erga omnes-Wirkung.

23 *Deinert*, RdA 2011, 12, 14 ff.

24 Ausführlich *Deinert*, RdA 2011, 12 ff.

25 Instruktiv *Däubler*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., § 9 Rn. 64; ebenso *Dieterich*, AuR 2011, 46, 48; aA. *Kempen*, AuR 2011, 51, 52 f.

26 Ausführlich *Bayreuther*, *Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie*, S. 57 ff.; *Kempen/Zachert/Kempen*, *TVG*, Grundl., Rn. 63; *Dieterich*, in: *FS Schaub*, 1998, S. 117, 121; *BVerfG*, 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – DB 2011, 361; *BAG*, 25.8.2004 – 7 AZR 39/04 – ZTR 2005, 197.

27 Nachgezeichnet die Entwicklung von *Dieterich*, AuR 2011, 46, 50.

28 *BVerfG*, 10.9.2004 – AP Nr. 167 zu Art. 9 GG *Arbeitskampf*; *Bayreuther*, S. 96 f.; *Paschke*, *Der firmenbezogene Arbeitskampf gegen einen verbandsangehörigen Arbeitgeber unter besonderer Berücksichtigung der Friedenspflicht* (zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss. 2010), S. 34.

29 *BVerfG*, 23.11.2006 – 1 BvR 1909/06 – NZA 2007, 85, 87; jüngst *BVerfG*, 1.12.2010 – 1 BvR 2593/09 – DB 2011, 361.

30 Dazu schon *BVerfG*, 26.6.1991 – BVerfGE 84, 212, 229 mit Anm. *Däubler*, AuR 1992, 1, 2 f.; Statt vieler *Kittner*, in: *FS Dieterich*, 1999, S. 279, 288; *Wendeling-Schröder*, in: *FS Wißmann*, 2005, S. 174, 175 f.

31 *BVerfG*, 19.10.1993 – BVerfGE 89, 214, 232 am Beispiel der Familienbürgerschaft.

Schutzgesetze und durch einzelvertragliche Abschluss- und Inhaltskontrolle ist mit dem kollektiv-autonomen Handeln im Rahmen von Tarifverhandlungen nicht gleichzusetzen. Tarifautonomie ist als Mittel kollektiver Selbsthilfe wiederum auch aus verfassungsrechtlicher Sicht paternalistischer Fremdhilfe vorzuziehen.³² Die historische Perspektive bestätigt diesen Stellenwert: Tarifverträge waren schon lange Zeit, bevor Gerichte oder Legislative sich mit diesen befassten, die von den Beteiligten gewählte Handlungsform, um dem individuellen Versagen entgegenzuwirken.³³ Das Schutzgut von Art. 9 Abs. 3 GG ist im Selbstbestimmungsrecht der Koalitierten im Bereich des Arbeitslebens zu sehen, welches die Tarifautonomie mit dem Abschluss von Tarifverträgen als klassisches und funktionstypisches Koalitionsmittel umfasst. Insoweit besteht zu *Greiner* keine Divergenz.

Allerdings folgt aus der klaren Ableitung der Koalitionsfreiheit aus dem Prinzip kollektiver Privatautonomie, und hier bleibt *Greiner* mit seiner Verhaftung in der Delegationstheorie zurück, dass der normative Geltungsbefehl in den Schutzbereich einzubeziehen ist. Der Vorrang der kollektiven Regelungsebene vor der strukturell defizitären individuellen Regelungsebene wäre ohne normative Wirkung der Tarifabschlüsse ineffektiv. Erst der normative Geltungsbefehl stellt die Funktionsfähigkeit der kollektiven Verhandlungsebene sicher, indem er die kollektiven Verhandlungsergebnisse flankiert und individuelle Unterbietung ausschließt.³⁴ Das individualvertragliche Unterschreitungsverbot durch normative und zwingende Wirkung fällt damit ebenfalls in den Schutzbereich der kollektiven Koalitionsfreiheit. Die Tarifautonomie in ihrer normativen Gestaltungswirkung innerhalb der Privatautonomie ist damit unverzichtbarer Teil des von Art. 9 Abs. 3 GG gewährten Schutzbereichs.³⁵

Greiner hat in seiner Untersuchung kein gleichwertiges Gegenmodell zu einer normativen Tarifsetzung aufgezeigt, das eine effektive Durchsetzung der tariflich vereinbarten Regelungen im Individualarbeitsverhältnis sicherzustellen vermag. Zwar bringt er sein Anliegen an einem pluralen Koalitions- und Tarifsystem wiederholt zum Ausdruck und befürwortet insoweit einen weiten Schutzbereich (S. 160). Aus der Chance zur Bildung pluraler Strukturen schließt er auf einen entsprechenden Pluralisierungsprozess. Allerdings übersieht er hierbei, dass ko-

alitionsspezifisches Handeln ganz überwiegend durch Tarifabschlüsse erfolgt. Hieran werden die Koalitionen erst recht in einem Wettbewerb pluralistischer Strukturen gemessen. Sind die Ergebnisse allerdings nicht realisierbar, wird der einzelnen Koalition ihre Daseinsberechtigung praktisch genommen. Ohne eine effektive Gewährleistung der tarifvertraglich erreichten Ziele liefe die Tarifautonomie einer Koalition leer und würde damit das Koalitionsgrundrecht aushöhlen. Erwägungen, die Reflexwirkungen auf die Effektivität des Freiheitsrechts infolge der einfachgesetzlichen Ausgestaltung zu beachten (S. 146), können das Funktionsdefizit, das durch die Herausnahmen der normativen Rechtssetzungsmacht aus dem Schutzbereich geschaffen wird, nicht kompensieren.

Auch wenn tarifliche Normsetzung einfachgesetzlicher Ausgestaltung bedarf, um einen effektiven Grundrechtsschutz zu gewährleisten³⁶, muss sich diese Ausgestaltung an ihrem Ziel, der Realisierung und Effektivierung des Grundrechtes messen lassen.³⁷ Der einfachgesetzliche Ausschluss tarifrechtlicher Normwirkung zur Vermeidung einer Tarifpluralität kann bei richtigem Schutzbereichsverständnis der Koalitionsfreiheit kein geeignetes Mittel zur Effektivierung derselben darstellen.³⁸ Gleiches gilt für das von den Verfechtern der gesetzlichen Tarifeinheit befürwortete Ordnungsmodell.

Zielt die Regelung der Koalitionsfreiheit nicht auf deren Realisierung und Effektivierung, sondern auf andere Gemeinwohlbelange außerhalb des Art. 9 Abs. 3 GG, wie zB. die Aufrechterhaltung der Daseinsvorsorge oder die Verhinderung von Unterbietungswettbewerb, dann ist entsprechend der Eingriffsdogmatik zunächst zu prüfen, ob eine verfassungsimmanente Schranke greift und zudem, ob das gewählte, in den Schutzbereich eingreifen-

32 Anschaulich *Paschke*, S. 27 f. mwN.

33 Dazu *Paschke*, S. 31.

34 Ausführlich *Paschke*, S. 32 f.; so auch *ErfK-Dieterich*, 11. Aufl., Art. 9 GG Rn. 60; vergleiche im Verhältnis TV zur BV DKKW-Berg, § 77 BetrVG Rn. 62.

35 *Richardi*, in: FS Konzen, 2006, S. 791, 799 f.

36 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78 – BVerfGE 50, 290, 368 f.

37 *Dieterich*, AuR 2011, 46, 48.

38 BAG, 27.1.2010 – 4 AZR 549/08 (A) – NZA 2010, 645; *Dieterich*, AuR 2011, 46, 50; *Däubler*, in: *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., § 9 Rn. 64 ff.

de Mittel selbst wiederum geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Diese Gegenüberstellung der Prüfungskonzepte verdeutlicht den Stellenwert einer sorgfältigen Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 9 Abs. 3 GG. Diese Dogmatik ermöglicht auch, bestimmte Tarifergebnisse im Lichte der Verfassung einer kritischen Überprüfung zu unterziehen. Die gegenwärtig anhaltende Problematik des gewerkschaftlichen Unterbietungswettbewerbs und die praktisch zunehmende Bedeutung von Opt-out-Regelungen hängen eng mit der Tarifpluralität zusammen. Verfassungsrechtliche Grenzen im Sinne des Untermaßverbotes sind als eine Folge von Tarifpluralität durchaus diskussionswürdig.³⁹ Dorthin muss der Bogen über die bereits anerkannte Bindung der Tarifvertragsparteien an die Gleichheitssätze⁴⁰ über inzwischen vereinzelt anerkannte weitergehende Grundrechtsbindungen⁴¹ hin zum differenzierten Grenzverlauf praktischer Grundrechtskonkordanz zwischen kollektiver Koalitionsfreiheit und individueller Grundrechtsposition der Tarifunterworfenen geschlagen werden.⁴²

An diesen Prüfungsmaßstäben müssen sich beide Gesetzentwürfe messen lassen, die die Konsequenzen aus der verfassungsrechtlich zu gewährleistenden Koalitionspluralität einfachgesetzlich beschränken wollen. Der Eingriffsbedarf ist weder hinsichtlich der bislang allein befürchteten, aber nicht eingetretenen Szenarien permanenter Arbeitskämpfe noch im Hinblick auf den seit mehreren Jahren sich vollziehenden Unterbietungswettbewerb gegeben. Für ersteres fehlt es an den empirisch belegbaren Zahlen.⁴³ Für letzteres bietet die Gegensteuerung durch den Gesetzgeber gegen die weitgefassten Tarifvorbehalte ein weniger einschneidendes Mittel als die Anordnung von Tarifeinheit, zumal mit der Geltung eines mehrheitlich repräsentierten christlichen Tarifvertrages auch der Unterbietung nicht abgeholfen wäre.

Ausblick: Europa- und völkerrechtliche Argumentationspotentiale

Greiner hat zur Reichweite der Koalitionsrechte, insbesondere des Streikrechts, eher mit Zurückhaltung von europäischen oder völkerrechtlichen Grundlagen Gebrauch gemacht. Angesichts der jüngeren und als heraus-

ragend bewerteten⁴⁴ Streikentscheidungen des EGMR⁴⁵ dürften hier künftig noch deutlichere Argumentationspotentiale liegen. Wird Art. 11 EMRK in seiner Bedeutung als »Kristallisationspunkt« im europäischen Streikrecht mit erheblicher Ausstrahlungswirkung auf die EU und das nationale Streikrecht⁴⁶ erkannt, ergeben sich für die Diskussion einer gesetzlichen Regelung zur Tarifeinheit über die bisherigen Einwände hinaus unionsrechtliche (Art. 28 GRCh-EU)⁴⁷ und völkerrechtliche Bedenken, denn sämtliche Einschränkungen des Streikrechts müssen an den besonderen Maßstäben der Rechtfertigungsgründe des Art. 11 Abs. 2 EMRK gemessen werden.⁴⁸ Die Annahme einer über den einzelnen Tarifvertrag hinaus auch andere Koalitionen bindenden Friedenspflicht begegnet erheblichen Bedenken.

Mit der vorgetragenen Kritik sollten die grundsätzlichen sachlichen Differenzen verdeutlicht werden, die freilich nichts daran ändern, dass sich eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der wissenschaftlichen Leistung von *Stefan Greiner* lohnt. Ihm kommt das Verdienst zu, mit der vorgelegten Schrift weitreichende und fundierte Anregungen für aktuelle und komplexe Probleme geliefert zu haben, die auch in der künftigen Diskussion zur Koalitionspluralität Gehör finden werden.

Prof. Dr. Katja Nebe, Universität Bremen

39 Anschaulich *Schlachter/Klauk*, AuR 2010, 354; *Buschmann*, in: FS Richardi, 2007, S. 93 ff.; zur Möglichkeit einer verfassungskonformen Festlegung allgemeiner Mindestentgelte durch Verbindlicherklärung nach AEntG *Kocher*, NZA 2007, 600.

40 Dazu *ErfK-Schmidt*, 11. Aufl., Art. 3 Rn. 25; BAG, 27.5.2004 – 6 AZR 129/03 – AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung; jüngst BAG, 22.4.2010 – 6 AZR 966/08; ebenso *FuB-jurisPK-Nebe*, Kap. 3.2, § 616 BGB Rn. 47; ausführlich *Dieterich*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 229, 237.

41 Zur Bindung der Tarifvertragsparteien an Art. 6 Abs. 2 GG, BAG, 31.7.2002 – 10 AZR 578/01 – DB 2002, 2493; dazu *FuB-jurisPK-Nebe*, Kap. 3.1, § 275 BGB Rn. 49.

42 Dazu *ErfK-Dieterich*, 11. Aufl., Art. 9 GG Rn. 77 ff.

43 *Deinert*, RdA 2011, 12, 14 f.

44 Deutlich *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., § 10 Rn. 40.

45 EGMR, 12.11.2008, Rs. Demir und Baykara, 34503/97 – AuR 2009, 269 ff.; EGMR, 21.4.2009, Rs. Enerji Yapi-Yol Sen, 68959/01 – AuR 2009, 274; dazu jeweils *Lörcher*, AuR 2009, 229 ff.

46 So wiederum *Lörcher*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., § 10 Rn. 42.

47 Zur Inkorporation der EMRK in Art. 28 GRCh-EU *Heuschmid*, in: Däubler (Hrsg.), *Arbeitskampfrecht*, 3. Aufl., § 11 Rn. 24 f.

48 Jüngst zum Stellenwert der EMRK für das deutsche Arbeitsrecht wiederum *Lörcher*, AuR 2011, 88.

Zusammenfassungen

Hanau: Neues Tarifvertragsrecht im Werden

SR 1/2011, S. 3

Der Autor behandelt aktuelle Fragen des Tarifvertragsrechts, insbesondere in Bezug auf die Allgemeinverbindlichkeit sowie auf Tarifmehrheiten. Als wichtige Herausforderung bezeichnet er die Aufgabe, das rechtliche Verhältnis und die praktische Anwendung zwischen Quoren und den Regelungen des AEntG sinnvoll zu gestalten. Die das Verhältnis zwischen verschiedenen Tarifverträgen prägenden gegensätzlichen Konzeptionen haben teilweise gleiche oder ähnliche Konsequenzen: So gibt es im System der Tarifpluralität Bereiche der Tarifeinheit, während es bei grundsätzlicher Tarifeinheit unter bestimmten Voraussetzungen auch Tarifpluralität geben kann. Auch in Europa hat der Tarifvertrag eine Zukunft.

Bieback: Sperrzeiten im SGB III und ihre Verhältnismäßigkeit

SR 1/2011, S. 21

Sperrzeiten, die gegenüber Versicherten verhängt werden, sollen als Maßnahme der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt dienen. Ziel ist es, das Risiko des Fehlverhaltens zu minimieren. Da die Sperrzeiten stark in die Grundrechte (Art. 12, 14 GG) eingreifen, sind hohe Anforderungen an ihre Verhältnismäßigkeit zu stellen. Bis auf die generalpräventive Wirkung der Sperrzeit wegen Arbeitsaufgabe gibt es keine halbwegs gesicherte Erkenntnis über die Wirksamkeit von Sanktionen. Daher ist die Geeignetheit und Notwendigkeit von Sperrzeiten genau zu überprüfen.

Abstracts

Hanau: New collective agreement law in progress

SR 1/2011, p. 3

The author deals with current problems of collective agreement law, namely with concern to a generally binding declaration of collective labour agreements and with concern to plurality of collective agreements in a plant. As an important challenge, he depicts the need to configure the legal relationship between the required thresholds for application of agreements and the national posting of workers law (AEntG) as well as their impact in practice. The relationship between the various types of collective agreements means that although they reflect quite different approaches, they can in part have the same or similar effects. In the EU context, collective agreements also have a future.

Bieback: Exclusion periods (Social Security Code III) and their proportionality

SR 1/2011, p. 21

Exclusion periods applied to persons who are entitled to unemployment benefits are supposed to serve as a measure to achieve reintegration into the labour market. Their purpose is to minimise the risk of misconduct. As exclusion periods strongly interfere with constitutional rights (Arts. 12 and 14 of the Basic Law [federal constitution]), their application must meet a high threshold to justify their proportionality. There are no clear findings on the effectiveness of such sanctions, apart from the general preventive impact of exclusion periods when the employee is considering resignation. Therefore, the suitability and the necessity of exclusion periods need to be carefully scrutinised.

Vorschau | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« (erscheint im November 2011) lesen Sie:

Abhandlungen

- *Sabine Knickrehm: Unabweisbarer laufender atypischer Bedarf*
- *Achim Seifert: Das Konzept des sozialen Rechts*

Rezensionsaufsätze

- *Ulrich Sittard, Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG; Sebastian Stütze, Die Kontrolle der Entgelthöhe im Arbeitsrecht (Waldemar Reinfelder)*