

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



Nachruf

Zum Tode von Thomas Dieterich

Peter Hanau Seite 45

Abhandlungen

Betriebliche Altersvorsorge – Zur Fortentwicklung des Betriebsrentengesetzes
im Niedrigzinsumfeld

Markus Roth Seite 47

Auswirkungen von CETA und TTIP auf soziale Standards

Reingard Zimmer Seite 62

Rezensionsaufsätze

Gabriele Buchholtz, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge

Ulrike Wendeling-Schröder Seite 77

Marcus Bieder, Kompensatorische Vertragsgestaltung im Arbeits-
und Wirtschaftsrecht

Martina Benecke Seite 82

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 86

Thomas Dieterich verstorben – ein Nachruf

Am 6. Mai hat uns Prof. Dr. Thomas Dieterich, ehemals Richter und Präsident des Bundesarbeitsgerichts und Richter des Bundesverfassungsgerichts, nach langer schwerer Krankheit im 82. Lebensjahr für immer verlassen. Viele und vieler Erinnerungen bleiben, befestigt und vertieft durch seine Autobiografie »Ein Richterleben«, die seinen äußeren und inneren Lebensweg transparent und umfassend nachvollzieht.¹

Seine Begeisterung für das Arbeitsrecht wurde schon während seines Studiums in Göttingen und Heidelberg geweckt, wohl auch wegen der Unvollständigkeit der gesetzlichen Rechtsgrundlagen, die Raum für die eigene Suche nach dem richtigen Recht lässt. Seine von Wolfgang Siebert und Marie-Luise Hilger betreute, heute noch beachtete Dissertation über tarifliche Betriebsnormen lenkte seine Aufmerksamkeit früh auf Grundfragen des kollektiven Arbeitsrechts. Nach glänzendem Zweiten Staatsexamen gehörte er von 1963 bis 1972 der Arbeitsgerichtsbarkeit in Baden-Württemberg an.² Die richterliche Tätigkeit wurde ihm nicht nur zum Beruf, sondern zur inneren Berufung, von Anfang an in dem Bestreben, Recht und Wirklichkeit zu gerechtem Ausgleich zu bringen. Selbst ein Angebot Nipperdeys, Professor in Köln und erster Präsident des BAG, zu ihm und zur Wissenschaft überzugehen, lockte ihn nicht.³ Rechtswissenschaftliche Analyse zur Begründung und Vertiefung der Rechtsprechung war ihm freilich selbstverständlich, als Honorarprofessor in Kassel und Göttingen und in vielen Veröffentlichungen. In dem von ihm mitgegründeten Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht bearbeitete er von der ersten bis 14. Auflage die Grundrechte des GG, das Zentrum auch seines arbeitsrechtlichen Wirkens. Seine Veröffentlichungen zeigen, dass er Praktiker und Theoretiker, Realist und Idealist zugleich war.

1965/1966 half er dem 3. Senat des BAG als wissenschaftlicher Mitarbeiter, insbesondere im Bereich der betrieblichen Altersversorgung. Hier traf er auf den großen Freirechtler Prof. Stumpf und die große Rechtsdogmatikerin Prof. Hilger und erlebte, wie sich beide zusammenraufeten und eine Mitte fanden. Dies wurde ihm zum Vorbild.

1972 kam er dann als Richter zum BAG, wieder in den 3. Senat. Bald darauf wurde das von dem Senat konzipier-

te neue Recht der betrieblichen Altersversorgung kodifiziert, eine zeitliche Umkehrung des als normal geltenden Verhältnisses von Rechtsprechung und Gesetzgebung, die sein Methodenbewusstsein geschärft haben dürfte. 1980 führte ein Zwischenspiel im 1. Senat unter seiner maßgeblichen Beteiligung zu weiterer Verrechtlichung des Arbeitskampfes durch konsequente Ableitung aus der in Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten kollektiven Koalitionsfreiheit.⁴

Ein Grenzfall war die quantitative Steuerung der Abwehraussperrung im Verhältnis zum Streik, Ausdruck der Überzeugung, dass Rechtsfortbildung nicht zu einem Verlust an Rechtssicherheit führen darf. Anschließend zum Vorsitzenden des 3. Senats bestellt, trug er zu wesentlichen Neuerungen bei, so zur Aufgabe des unbrauchbaren Kriteriums der gefahrgeneigten Arbeit für die Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung und, noch bedeutsamer, zur Übernahme des Begriffs der mittelbaren Diskriminierung aus dem europäischen Recht und seiner Anwendung auf die Teilzeittätigkeit von Frauen. Heute ist dies selbstverständlich, damals war es eine juristische Entdeckung im noch wenig erforschten europäischen Neuland.

1987 wechselte er bis 1994 in den für die Grundrechte zuständigen 1. Senat des BVerfG. Die für das Arbeitsrecht charakteristische Berücksichtigung realer Macht- und Abhängigkeitsverhältnisse konnte er nun verallgemeinern und in die aus den Grundrechten abzuleitenden staatlichen Schutzpflichten einbringen, besonders eindrucksvoll bei dem Schutz von Bürgen vor Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses. Die Kontrolle von Verträgen mit wirtschaftlich oder sonst unterlegenen Parteien sah er nicht als Einschränkung, sondern als Wiederherstellung einer materiell verstandenen Vertragsfreiheit. Das darin liegende

1 Berliner Wissenschaftsverlag, 2016.

2 In dem Buch »Die Arbeitsgerichtsbarkeit Baden-Württemberg 1946-2016«, hrsg. von Angela Borgstedt und Eberhard Natter, ist ein Auszug aus Dieterichs Autobiografie enthalten, der seine Anfänge an den Arbeitsgerichten in Ludwigsburg und Mannheim behandelt. Menschlich berührend und fachlich bereichernd wie die ganze Autobiografie.

3 Seine Gedanken zu einem »nicht störungsfreien Gespräch« im Verhältnis von Arbeitsrechtsprechung und Rechtswissenschaft sind in RdA 1995, 321 festgehalten.

4 Einzelheiten in einem Interview in Arbeit und Recht 11/2015, G 21.

Potential einer Rücknahme der Vertragskontrolle bei fehlenden oder verfehlten Schutzbedürfnissen ist wohl noch nicht ausgeschöpft.

1994 wurde er zum Präsidenten des BAG ernannt und amtierte dort bis zur regulären Zwangspensionierung 1999. Er wird dies nach der ihn ausfüllenden und beglückenden Tätigkeit am BVerfG weniger als Beförderung und mehr als neue Herausforderung angesehen haben. Er nutzte sie zu einer stärkeren Öffnung des Gerichts nach innen und außen, so mit dem Deutschen Arbeitsgerichtsverband durch einen Zyklus europarechtlicher Tagungen mit Teilnehmern aus anderen europäischen Ländern. Eine weitere große Aufgabe war der Umzug des Gerichts nach Erfurt. Er favorisierte von Anfang an den schließlich verwirklichten Entwurf der Architektin Weinmiller für den Neubau des Gerichts, aus praktischen Erwägungen, vielleicht auch, weil der schnörkellose, nicht historisierende und klar strukturierte Bau seinem Rechtsdenken entspricht.

Im Mittelpunkt blieb für ihn freilich auch als Präsident die richterliche Tätigkeit in dem primär für das kollektive Arbeitsrecht zuständigen 1. Senat. Gleich eine der ersten unter seinem Vorsitz ergangenen Entscheidungen erregte Aufsehen, weil sie eine kurz zuvor ergangene Senatsentscheidung korrigierte. Neue Richter – neues Recht, nicht einfach nach Gusto, sondern wiederum wegen seines Blicks auf die Realien, hier die Kraft- und Druckverhältnisse im Arbeitskampf. Dies führte zu weiterer Verschiebung des Arbeitskampfes in das kollektive Recht und kann deshalb als Vollendung der von Prof. Nipperdey am BAG initiierten Betrachtungsweise gelten. Anschließend Entscheidungen setzten dies fort durch Entwicklung eines kollektiven Unterlassungsanspruchs, so zur Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten, bei deren Verletzung es in der früheren Rechtsprechung nur die individualrechtliche Sanktion der Unwirksamkeit mitbestimmungswidriger Maßnahmen gab. Dies wurde nun durch eine kollektive Sanktion ergänzt, einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats gegen mitbestimmungswidriges Verhalten des Arbeitgebers. Dem trat ein Unterlassungsanspruch der Gewerkschaft gegen tarifwidriges Verhalten von Arbeitgebern zur Seite.

Während sich diese und die anderen von ihm beeinflussten Entscheidungen im Wesentlichen gehalten und

durchgesetzt haben, ist der grundsätzliche Streit über Richterrecht und ihm zugrunde liegende Vorverständnisse noch in vollen Gange. Manchen gilt Dieterichs Vorverständnis als »links«. Er hätte dem nicht widersprochen, versteht man es nicht als ideologische Voreingenommenheit, sondern als steten Blick auf die Schutzbedürftigkeit von Arbeitnehmern und anderen strukturell abhängigen Personen. Justitia hatte für ihn keine Binde, auch nicht auf einem Auge, denn er sah ebenso die Bedürfnisse der Arbeitgeber, die ihm in seiner richterlichen Tätigkeit und auch außerhalb, zB. im Rotary Club, nahegebracht wurden.

Die Wirkung der von ihm mitgestalteten Rechtsprechung auf einen Nenner zu bringen, ist schwierig. Vielleicht kann man an eine Bemerkung von ihm selbst anknüpfen, dass nämlich die deutsche Mitbestimmung ein Standortvorteil sei. Das konnte er nicht jedem vermitteln. Dagegen scheint mir angesichts des guten, kooperativen Standes unserer rechtlich geordneten Arbeitsbeziehungen klar, dass seine richterliche Tätigkeit und ihre Ausstrahlungen ein Standortvorteil sind und bleiben werden.

Nach seiner Pensionierung war er noch vielfältig beruflich aktiv, so zur Beratung der Bundesregierung und als Vorsitzender des Schiedsgerichts, das über die Zuständigkeitsbereiche der einzelnen DGB-Gewerkschaften zu entscheiden hat.

Zeit für Privatleben hatte er aber nicht erst nach seiner Pensionierung, denn die Zuwendung zu anderen Menschen war ihm wichtig und prägte seine Persönlichkeit, zuvörderst in der Familie. In erster Ehe war er mit Marlis, einer Lehrerin, verheiratet; aus der Ehe gingen zwei Töchter hervor. In zweiter Ehe war er engst verbunden mit Prof. Dr. jur. Heide Pfarr. Für seine wissenschaftlichen Mitarbeiter, unter ihnen die heutigen Spitzen des BAG und des BSG, war er ein kritischer Förderer und treuer Freund. Mensch und Werk sind bei ihm nicht zu trennen. Intensives Engagement prägte seine berufliche Tätigkeit ebenso wie sein privates Umfeld. Dies ließ seinen Einfluss weit reichen, nicht nur auf die Rechtsprechung, sondern auch auf Politik und Gesellschaft, Familie und Freunde. Er machte Epoche.

Peter Hanau

(seit 1958 in störungsfreiem Gespräch mit Thomas Dieterich)

Betriebliche Altersvorsorge – Zur Fortentwicklung des Betriebsrentengesetzes im Niedrigzinsumfeld*

Prof. Dr. Markus Roth, Philipps-Universität Marburg

I. Einleitung

Der demographische Wandel spricht auch hierzulande für eine Stärkung der zusätzlichen Altersvorsorge.¹ Zur nachhaltigen Ausgestaltung des deutschen Rentensystems wird eine stärkere Kapitaldeckung angemahnt.² Eine kapitalgedeckte Betriebsrente vermag die – ursprünglich ebenfalls kapitalgedeckte³ – gesetzliche Rente regelmäßig nicht zu ersetzen,⁴ kann aber deren Leistungen ergänzen. Möglich ist eine Fristentransformation. Die Finanzierung der Rentenzahlungen erfolgt nicht durch spätere Generationen, sondern während des Erwerbslebens für den späteren Zeitpunkt des Rentenbezugs. Aufgrund der auf ein historisch niedriges Niveau gesunkenen Zinsen ist freilich die stark auf festverzinsliche Wertpapiere setzende deutsche Art der kapitalgedeckten Vorsorge für das Alter⁵ zu überdenken.

Die Niedrigzinsphase hat Rückwirkungen auf die anstehende Reform des Betriebsrentenrechts. Eine auch auf die Unterstützung des Wachstums sowie von Beschäftigung zielende,⁶ länger andauernde Niedrigzinspolitik der Europäischen Zentralbank spräche für eine mehr auf Teilhabe am Unternehmenserfolg fokussierende Anlage,⁷ entsprechend der Teilhabe am künftigen Arbeitseinkommen in der gesetzlichen Rentenversicherung. Die Direktzusage war traditionell ein Mittel der Partizipation am Erfolg des eigenen Unternehmens, das Betriebsrentenrecht wäre modern zugunsten der Teilhabe am Erfolg einer Vielzahl von Unternehmen weiterzuentwickeln.

Im Fokus der anstehenden Betriebsrentenreform steht sodann die Verbreitung der zusätzlichen Alterssicherung. Nach dem Koalitionsvertrag von CDU/CSU und SPD zur aktuellen Legislaturperiode muss die betriebliche Altersvorsorge auch für die Mitarbeiter in Klein- und Mittelbetrieben selbstverständlich werden.⁸ Dies sowie die ersten Erfahrungen mit dem britischen Pensions Act 2008⁹ geben Anlass und Gelegenheit, die Vorschläge für eine automatische Einbeziehung in Betriebsrentensysteme zu konkretisieren und fortzuentwickeln.¹⁰ In Großbritannien hat die zunächst nur für größere Unternehmen eingeführte auto-

matische Einbeziehung (»automatic enrolment«) dazu geführt, dass sich der Anteil der in Betriebsrentenzusagen einbezogenen Arbeitnehmer dieser Unternehmen signifikant erhöht hat.¹¹ Der Anteil aller Arbeitnehmer mit Betriebsrentenansprüchen ist nach Daten der englischen

* Der Beitrag geht auf die Antrittsvorlesung des Verfassers am 3. Februar 2015 in der Alten Aula der Philipps-Universität Marburg zurück, die neben den Betriebsrenten auch die Geldpolitik der Europäischen Zentralbank, die Beschäftigung Älterer sowie die Mitarbeiterkapitalbeteiligung behandelte. Zur Geldpolitik siehe SR 2015, 141 zur Beschäftigung Älterer die Besprechung des BAG-Urteils vom 11.2.2015 – 7 AZR 17/13 – EzA (im Erscheinen), zum Betriebsrentenrecht bereits die Habilitationsschrift *Private Altersvorsorge*, Tübingen 2009, weiter die Kommentierung in Schlewing/Hennsler/Schipp/Schnittker (Hrsg.), *Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung*, Teil 7A, insbesondere zum automatic enrollment (im Erscheinen).

- 1 Dem Beitrag liegt das Drei-Säulen-Modell zugrunde mit der gesetzlichen Rentenversicherung sowie ggf. einer anderweitig finanzierten staatlichen Mindestsicherung als erster Säule.
- 2 OECD, OECD-Wirtschaftsberichte, Deutschland, April 2016, S. 11, 45, 112 f., 134; Melbourne Mercer Global Pension Index, Including Trust and Transparency in Pensions, October 2014, S. 14, 31; Melbourne Mercer Global Pension Index, Can Pension Systems Keep Delivering?, October 2015, S. 18, 33, jeweils auf die stärkere Verbreitung betrieblicher Vorsorge fokussierend.
- 3 Den fast vollständigen Verbrauch des jährlichen Beitragsaufkommens seit der großen Rentenreform als revolutionären Schritt wertend *Elsholz*, BB 1957, 157.
- 4 Die Insolvenzsicherung greift nach § 7 Abs. 3 BetrAVG bis zum Dreifachen der Bezugsgröße des § 18 SGB IV (in den alten Bundesländern in 2015 2.765 € im Monat).
- 5 Überblick bei OECD, *Pension Markets in Focus* 2014, S. 21 (Table 10).
- 6 Einleitende Bemerkungen des Präsidenten der EZB, *Mario Draghi*, zur Pressekonferenz am 22. Januar 2015 in Frankfurt aM. Dazu *Roth*, SR 2015, 141.
- 7 Allgemein sind Rentenreformen nicht nur mit Blick auf einen Beitrag zum Wachstum zu beurteilen, OECD *Economic Policy Reforms 2015, Going for Growth*, S. 40.
- 8 Deutschlands Zukunft gestalten, Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, S. 52. Zum auf Tarifverträge zielenden Diskussionsentwurf des BMAS unten III.3.
- 9 Die Umsetzung des Pensions Act 2008 soll nach derzeitiger Planung bis zum Jahr 2018 erfolgen, dazu noch unten IV.1.c.
- 10 *Roth*, *Private Altersvorsorge*, Tübingen 2009 (zugl. Hamburg, Univ., *Habil.* 2007), S. 661 ff.; *Roth*, in *Becker/Roth* (Hrsg.), *Recht der Älteren*, Berlin 2013, S. 361, 400, zur zentralen Bedeutung auch der langjährige Vorsitzende des Betriebsrentensenats *Reinecke*, *BetrAV* 2014, 679, 681: »Opt-out«. Aktuell die im April 2016 veröffentlichten Gutachten für BMAS und BMF: *Hanau/Arteaga*, Rechtsgutachten zu dem »Sozialpartnermodell Betriebsrente« des BMAS, März 2016, diese mit konkreten Formulierungsvorschlägen, S. 79 ff. sowie *Kiesewetter/Grom/Menzel/Tschinkl*, Optimierungsmöglichkeiten bei den Förderregelungen der betrieblichen Altersversorgung, Würzburg 2016.
- 11 Der Pensions Regulator berichtet im *Automatic enrollment Declaration of compliance report*, März 2016, für Februar 2015, dass bereits über 6 Mio. Arbeitnehmer automatisch einbezogen wurden.

Statistikbehörde von 47 % im Jahre 2012 auf 64 % im Jahre 2015 angestiegen,¹² in größeren privaten Unternehmen auf 75 %; weniger als ein Siebtel der betroffenen Arbeitnehmer hat der Einbeziehung in eine Betriebsrente widersprochen.¹³

II. Ökonomischer und recht(statsäch)licher Rahmen

1. Alterssicherung im demographischen Wandel

Die betriebliche Altersvorsorge ist nach dem Leitbild des Betriebsrentengesetzes eine nur durch Rückstellung gesicherte Zusage des Arbeitgebers,¹⁴ in der Praxis aber zunehmend kapitalgedeckt und mit den am Markt erzielbaren Kapitalrenditen verbunden.¹⁵ Die private Altersvorsorge insgesamt, sowohl die individuelle als auch die betriebliche Vorsorge,¹⁶ hat seit der Rentenreform Anfang des Jahrtausends an Bedeutung gewonnen. Sie kann die Einbußen in der gesetzlichen Rente aber bislang nicht ausgleichen.¹⁷ Dies liegt zuvörderst an der nicht vollständigen Verbreitung von Riester-¹⁸ und Betriebsrenten¹⁹ sowie einer nicht hinreichenden steuerlichen Förderung der zusätzlichen Vorsorge, weiter aber auch an der Renditeschwäche vieler deutscher Vorsorgeprodukte, bei denen zutreffend von einem Rechtsprodukt gesprochen werden kann.²⁰ Diese Renditeschwäche ist teilweise und derzeit wohl überwiegend auf regulatorische Vorgaben, teilweise auf die tatsächliche Entwicklung der Kapitalmärkte zurückzuführen.

2. Beschäftigungschancen durch Kapitalanlage: Zinsniveau als Chance?

Die Kapitalanlage zum Zweck der Altersvorsorge ist auch unter dem Gesichtspunkt zu betrachten, ob durch sie Beschäftigungschancen entstehen. Dabei fällt auf, dass das deutsche Anlageverhalten keineswegs immer so risikavers war, wie es derzeit (noch) ist. Um 1900 war Deutschland nur knapp hinter den USA drittgrößter Aktienmarkt der Welt.²¹ Relativ hatte die Aktienanlage in Deutschland sogar eine größere Bedeutung: In Deutschland war ein höherer Anteil des Bruttonationalproduktes in Aktien angelegt als in Amerika.²² Heute ist die Marktkapitalisierung in den USA um ein Vielfaches höher²³ und übersteigt das aktuelle amerikanische Brut-

tonationalprodukt deutlich. Der Wert deutscher börsennotierter Unternehmen liegt bei etwa 40 % des deutschen Bruttonationalproduktes.²⁴ Dies hat Rückwirkungen auf die Altersvorsorge. Langfristig wird von einem equity premium ausgegangen, einer höheren Rendite der Aktienanlage verglichen mit einer Anlage in vermeintlich

12 Office for National Statistics, Statistical Bulletin, Annual Survey of Hours and Earnings Pension Tables: 2015 Provisional and 2014 Revised Results, S. 3; Office for National Statistics, Statistical Bulletin, Annual Survey of Hours and Earnings Pension Tables: 2014 Provisional Results, S. 3, 5.

13 Dazu näher unten IV.1.c., V.2.a.

14 § 1 Abs. 1 BetrAVG.

15 Zum Einfluss der Rating-Agenturen auf die Kapitalstruktur börsennotierter Unternehmen Arbeitskreis »Finanzierung« der Schmalenbach-Gesellschaft für Betriebswirtschaft e.V., zfbf 61/2009, 323, 349.

16 Zur Begrifflichkeit Roth, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 2 ff.

17 Zum Absinken des Sicherungsniveaus vor Steuern: BMAS, Rentenversicherungsbericht 2014, S. 39, zum Nichterfüllen der Erwartungen des Gesetzgebers Ruland, NZS 2015, 81, 91.

18 Nach Zahlen des BMAS, Entwicklung der Riester-Verträge, bestanden 2015 insgesamt 16,482 Mio. Riester-Verträge, der Anteil von ruhenden Verträgen (keine Beitragsleistung) wird auf 20 % geschätzt. Bei nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit 31,16 Mio. sozialversicherungspflichtig Beschäftigten Ende 2015 entspricht das einem Verbreitungsgrad von etwas über 50 % (alle Verträge), der Verträge mit Beitragsleistung von 42,5 %.

19 Der Forschungsbericht 448/1 des BMAS (Trägerbefragung zur betrieblichen Altersversorgung (BAV 2013), Januar 2015 kommt zu einem Verbreitungsgrad von fast 60 % bei den sozialversicherungspflichtig Beschäftigten, S. 12. Die Beitragshöhe im Monat wird nur für die externe Durchführung ausgewiesen: Direktversicherung 89 €, Pensionskassen 102 € (bei Entgeltumwandlung insgesamt 105 €), Pensionsfonds 94 € im Monat (bei Entgeltumwandlung 90 €), bei öffentlichen Zusatzversorgungsträgern 202 €. Zur Verbreitung in England schon oben Fn. 11, der durchschnittlich gesparte Beitrag beträgt bei privaten Arbeitgebern etwa 6.000 Pfund (etwa 8.000 €) im Jahr.

20 Grundlegend Dreher, Die Versicherung als Rechtsprodukt, die Privatversicherung und ihre Gestaltung, Tübingen 1991, auch zu Betriebsrenten Roth, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 151 ff.

21 Anteil am weltweiten Aktienmarkt Ende 1899 nach dem Credit Suisse Global Investment Returns Yearbook 2015, S. 35: Vereinigtes Königreich 25 %, USA 15 %, Deutschland 13 %.

22 Rajan/Zingales, Journal of Financial Economics 2003 (69), 5, 15: Deutschland 44 %, USA 39 % des BNP.

23 Nach dem Credit Suisse Global Investment Returns Yearbook 2015, S. 35 betrug die relative Größe der Aktienmärkte Ende 2014: USA 52 %, Japan 7,8 %, Vereinigtes Königreich 7,2 %, Kanada 3,3 %, Schweiz 3,1 %, Frankreich 3,1 %, Deutschland 3,0 %.

24 Deutsche Bundesbank, Monatsbericht September 2014, S. 20, für die USA werden 111 % des Bruttoinlandsproduktes, für Großbritannien 135 % angegeben.

25 Für England zur Vorbereitung des Pensions Act 2008 der First Report of the Pensions Commission: Pensions Commission, Challenges and Choices, Norwich 2004, S. 224: reale Verzinsung eines »balanced portfolio« von 4,1 %, davon Aktien 6 %, gilts 2 % und corporate bonds 2,7 %. Derzeit können auch fünfjährige Bundesanleihen zinslos emittiert werden, also ohne nominale Verzinsung. Für Deutschland kommt Ehrhardt, ZBB 2012, 210, 218 für den Zeitraum von 1900 bis 2010 auf eine reale Aktienrendite von 3,1 %, auf eine reale Rendite von »Renten« von – 1,9 % (Anleihemarkt ohne 1922/23), auch im internationalen Überblick wird ein Renditeabstand von real mindestens 2 % angenommen. Hanau/Arteaga gehen in ihrem Rechtsgutachten zum

sichere (Staats-)Anleihen,²⁵ dies gilt nach Zahlen der Deutschen Bundesbank auch für die Zeit nach der Wiedervereinigung.²⁶

Die Niedrigzinsphase könnte im Zusammenspiel mit dem demographischen Wandel perspektivisch zu einer Angleichung des Anlageverhaltens sowie der Rentensysteme der großen Industriestaaten führen. Es sprechen gute Gründe dafür, die Festzinsfixierung in Deutschland als historischen Irrtum anzusehen. Die Hyperinflation der Weimarer Republik reduzierte die auf Mark lautenden Staatsschulden praktisch auf null. Korrigiert wurden so insbesondere die Folgen des Ersten Weltkriegs für die Finanzen des Deutschen Reiches. Nach Zahlen der Deutschen Bundesbank ist die interne Kriegsschuld nach dem Währungsschnitt im Jahre 1923 von bei Kriegsende zunächst 154 Milliarden Reichsmark auf 15,4 Pfennige gesunken.²⁷ Rechtlich trug das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) zur Vernichtung der Ersparnisse des Bürgertums in Form von Kapitallebensversicherungen bei,²⁸ die Versicherungsaufsicht hielt am Zwang zur mündelsicheren Anlage fest. Aktuell sind die nominalen Renditen festverzinslicher Wertpapiere auf historische Tiefststände gesunken und wird die Anlage der Versicherer in risikoreiche Produkte erschwert.

Mit einem Andauern der Niedrigzinsphase ist zu rechnen, da die Europäische Zentralbank, ähnlich wie die Bank of England, eine ausreichende Beschäftigung im Blick haben muss.²⁹ Rechtlich relevant ist insoweit insbesondere die erst nach Inkrafttreten der Währungsunion beschlossene EU-Grundrechte-Charta (GRC)³⁰ sowie dort das Recht zu arbeiten und einen frei gewählten Beruf auszuüben, Art. 15 GRC.³¹ Die GRC sowie die Verträge sind rechtlich gleichrangig³² und im Kollisionsfall im Wege der praktischen Konkordanz auszulegen.³³ Die Grundrechte sind zudem als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.³⁴ Die Ausrichtung der Geldpolitik auch auf die Beschäftigung entspricht wieder stärker dem Auftrag der Bundesbank bis zur Einführung des Euro.³⁵ Die Geldpolitik der Bundesbank war rechtlich bis 1999 am »magischen Vierecks« des Stabilitätsgesetzes, also an innerer und äußerer Stabilität, Vollbeschäftigung und Wirtschaftswachstum, auszurichten.³⁶

III. Möglichkeiten zur Stärkung der betrieblichen Vorsorge

1. Bedeutung der betrieblichen Vorsorge im Rechtsvergleich

Praktisch alle Systeme in OECD-Staaten ergänzen die gesetzliche Rente maßgeblich durch eine betriebliche Vorsorge.³⁷ So werden in den Niederlanden, im Vereinigten Königreich und in den USA mehr als ein Drittel der Einkünfte im Alter aus Betriebsrenten bezogen,³⁸ in Deutschland sind dies weniger als 10 % des gesamten Bruttoeinkommens im Alter.³⁹ In den OECD-Staaten entsprechen

Sozialpartnermodell Betriebsrente davon aus, dass die mit Aktien erzielbaren Renditen bei längerfristiger Betrachtung zwischen 3 und 6 % über den Renditen von sicheren Staatsanleihen liegen, *Hanau/Arteaga*, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 49, in Fn. 52 mwN.

- 26 Nach dem Monatsbericht der Deutschen Bundesbank vom Oktober 2015 betrug die reale Aktienrendite seit 1991 8 %, die Rendite von Aktienfonds 5 %, für Ansprüche von Versicherungen wird eine reale Rendite von zuletzt über 2 % angegeben, Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Oktober 2015, S. 20 (zu Versicherungen S. 16).
- 27 Deutsche Bundesbank, *Inflation – Lehren aus der Geschichte ...*, Frankfurt aM. 15.10.2012: »Am meisten profitierte davon der Staat: Die gesamten [Anm.: internen!] deutschen Kriegsschulden in Höhe von 154 Mrd. Mark beliefen sich nach Einführung der Rentenmark auf gerade einmal 15,4 Pfennige.«
- 28 *Roth*, *Private Altersvorsorge* (Fn. 10), S. 226, *Rohrbeck*, *ZVersWiss* 1923, 249, 253.
- 29 Dazu ausführlich *Roth*, SR 2015, 141.
- 30 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Nizza, 7. Dezember 2000, ABl. 2000, C 364/01 vom 18.12.2000. Anerkennung im Vertrag von Lissabon in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung, Art. 6 Abs. 1 AEUV.
- 31 Zu Art. 15 GRC monographisch *Sasse*, *Die Berufsfreiheit und das Recht zu arbeiten*, Frankfurt 2011 (zugl. Osnabrück, Univ., Diss. 2011).
- 32 Zu Art. 15 GRC schon *Papier*, WM 2009, 1869, 1872, der bei der unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GRC) den Bezug auf die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten betont, der bei Art. 15 GRC gerade fehlt.
- 33 *Ehlers*, in: *Ehlers* (Hrsg.), *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, 4. Aufl., Berlin 2014, § 14 Rn. 9.
- 34 Art. 6 Abs. 3 EUV.
- 35 Bis zur Einführung des Euro hatte man davon abgesehen ein Einzelziel herauszustellen, insoweit auf das Herausgreifen der Preisstabilität abstellend *Beck*, *Kommentar zum Bundesbankgesetz*, Mainz-Gonsenheim ua. 1959, § 3 Anm. I.2.c (K 51); dies weil daneben keineswegs die anderen nicht minder wichtigen Gebiete oder Ziele vernachlässigt werden dürften, dazu schon *Roth*, SR 2015, 141.
- 36 Dazu näher *Roth*, SR 2015, 141, 143 f.
- 37 OECD, *Pension Markets in Focus*, 2013, S. 11, vgl. auch Willis Towers Watson, *Global Pension Assets Study* 2016.
- 38 OECD, *Pensions Outlook* 2014, Paris 2014, S. 89, bezogen auf die gesetzliche Rente und Betriebsrentenzahlungen.
- 39 BMAS, *Alterssicherungsbericht* 2012, S. 96 (Abb. C.3.1): Betriebliche Altersversorgung 8 %, der Anteil am Leistungsvolumen wird mit 6 % angegeben, S. 15, 74, 80.

die für die Altersvorsorge gehaltenen Vermögenswerte durchschnittlich deutlich mehr als der Hälfte des Bruttonationalproduktes, für Deutschland gibt die OECD einen Wert von 6 % des Bruttonationalproduktes an.⁴⁰ Die absolut größten Vermögenswerte werden in den USA gehalten. Im Verhältnis zum Bruttonationalprodukt höhere Werte haben die Schweiz, die Niederlande und England.⁴¹ Insbesondere in kleinen und mittleren Unternehmen sind Betriebsrentenansprüche bislang wenig verbreitet, in Unternehmen mit weniger als zehn Arbeitnehmern haben nur 30, in Unternehmen mit 10 bis 49 Beschäftigten immerhin 39 % einen Betriebsrentenanspruch.⁴²

2. Der aba-Vorschlag eines Rentensystems mit dualem Kern

Entsprechend den internationalen Standards schlägt die Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersvorsorge (aba) ein Rentensystem mit dualem Kern vor,⁴³ ein Vorschlag, der im Mai 2015 konkretisiert wurde.⁴⁴ Die gesetzliche Rentenversicherung und die betriebliche Altersvorsorge sollen künftig auch in Deutschland den dualen Kern des Rentensystems bilden. Dies wäre insofern ein Paradigmenwechsel, als das Altersvermögensgesetz bislang die gesetzliche Rentenversicherung sowie die individuelle Vorsorge⁴⁵ als Kern vorsieht. In den Rentenversicherungsberichten erfolgt noch heute ein Ausweis des Sicherungsniveaus der gesetzlichen Rentenversicherung sowie der Riester-Rente.⁴⁶ Aufgrund unrealistischer Annahmen wird das vorausgesetzte Niveau der Riester-Rente freilich nicht erreicht,⁴⁷ nach einer Studie der Deutschen Bundesbank beträgt das in Form von Riester- und Rürup-Renten gehaltene Vermögen im Mittel lediglich 4.400 € pro Haushalt.⁴⁸

Rechtstatsächlich überwiegt auch im deutschen Rentensystem die Bedeutung der Betriebsrente. Bereits für das Jahr 2012 nimmt das Statistische Bundesamt höhere Einzahlungen der Arbeitnehmer in betriebliche Rentensysteme als in die Riester-Rente an. Aus einer jährlichen Entgeltumwandlung in Höhe von durchschnittlich 362 €⁴⁹ schließt das Statistische Bundesamt auf ein Gesamtvolumen von 9,5 Mrd. €, denen Eigenbeiträge in Riester-Verträgen in Höhe von 7,3 Mrd. € gegenüberstanden.⁵⁰ Die Entgeltumwandlung der Arbeitnehmer wird durch Arbeitgeberbeiträge in Höhe von 1.529 € jährlich deutlich übertroffen, mit Blick auf die Zahlungen allein der Arbeitgeber in die gesetzliche Rentenversicherung in Höhe von 6.995 €⁵¹ sollte freilich noch nicht von einem

Rentensystem mit dualem Kern gesprochen werden. Nach dem letzten Forschungsbericht »Alterssicherung im Deutschland« leisten Betriebsrenten – soweit gewährt – typischerweise einen signifikanten Beitrag zum Einkommen im Alter.⁵²

Zur Forcierung der Verbreitung betrieblicher Vorsorge schlägt die Arbeitsgemeinschaft für betriebliche Altersvorsorge insbesondere vor, eine klare gesetzliche Grundlage zu schaffen bzw. gesetzlich klarzustellen, dass die Tarif- und Betriebsparteien auch für bestehende Belegschaften eine automatische oder auch verbindliche Teilnahme an der betrieblichen Altersvorsorge vorgeben können.⁵³ Wei-

40 OECD Statistics: 6,2% des BNP in 2013. Der deutsche Wert ist insbesondere durch die Möglichkeit nicht kapitalgedeckter Direktzusagen verzerrt, der kapitalisierte Wert der Verpflichtungen steigt derzeit wegen des Niedrigzinses stark an, die Deckungsmittel (einschließlich Rückstellungen, Unterstützungskassen und Direktversicherungen) betragen bereits 2012 etwa 520 Mrd. € (*Schwind*, BetrAV 2014, 371), das sind bei einem Bruttonationaleinkommen von ca. 2.800 Mrd. € etwa 18 % des BNP.

41 OECD Statistics, Werte für 2013: USA 83,0% des BNP, Australien 103,3% des BNP, Großbritannien 105,8% des BNP, Schweiz 119,4% des BNP, Niederlande 160,6% des BNP.

42 BMAS, Alterssicherungsbericht 2012, S. 139, Abbildung D.1.2. In Unternehmen mit 50 bis 249 sozialversicherungspflichtig beschäftigten Arbeitnehmern 51 %. Größere Gesellschaften haben höhere Quoten (250 bis 499 AN: 64 %, 500–999 AN: 72 %, 1.000 AN und mehr: 84 %).

43 Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersvorsorge (aba), BetrAV 2014, 71. Siehe auch den sozialwissenschaftlich fundierten Vorschlag von Meyer, BetrAV 2015, 465, 469.

44 Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersvorsorge (aba), (Fn. 43), dazu näher unten V.

45 Häufig als private Vorsorge bezeichnet, zum Begriff oben Fn. 16, wie hier von private pensions bei nichtstaatlicher Vorsorge sprechend die OECD, etwa OECD, Pensions Outlook 2014 (Fn. 38), S. 84.

46 BMAS, Rentenversicherungsbericht 2014, S. 39: Sicherungsniveau vor Steuern mit und ohne Riesterrente für den Rentenzugang bis 2028.

47 Nach Karch, BetrAV 2014, 682, 684 sollte zunächst eine steuerliche Förderung der Riesterrente in Höhe von 10 Mrd. € erfolgen, die sodann im Gesetzgebungsverfahren auf 7,5 Mrd. € gesenkt wurde, 2012 wurden dann 2,3 Mrd. € an Zulagen für 15,7 Mio. Riester-Verträge ausbezahlt. Zum Verbreitungsgrad oben Fn. 18.

48 Deutsche Bundesbank, Vermögen und Finanzen privater Haushalte in Deutschland: Ergebnisse der Vermögensbefragung 2014, Monatsbericht März 2016, S. 61, 84.

49 Statistisches Bundesamt, Verdienste und Arbeitskosten, Verdienste und Arbeitskosten im Verarbeitenden Gewerbe und im Dienstleistungsbereich 2012, Fachserie 16, Heft 18, erschienen am 2. März 2015, S. 15.

50 Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung vom 5. März 2015, 78/15, S. 1 (staatliche Zulagen zur Riester-Rente: weitere 2,8 Mrd. €).

51 Auch insoweit Statistisches Bundesamt, Verdienste und Arbeitskosten (Fn. 49), S. 15.

52 BMAS/TNS Infratest, Forschungsbericht Alterssicherung in Deutschland 2011, München 2011, S. 102: Einkommen aus eigener Betriebsrente bei Männern durchschnittlich 591 €, Aufschlüsselung nach Status im Tabellenband 3, Deutschland, Tabelle 3029: Facharbeiter durchschnittlich 190 €, einfache Fachkräfte durchschnittlich 267 €, mittlere Fachkräfte durchschnittlich 438 €, dort auch Aufschlüsselung der Verteilung.

53 Oben Fn. 43, Punkt 3.1.

ter sollen Arbeitgeber, die mit entsprechenden Maßnahmen in angemessener Frist die volle Beteiligung der Arbeitnehmer erzielen, besonders gefördert werden und eine gemeinsam mit den Sozialpartnern verabredete durchgreifende Verbreitungsinitiative erfolgen.⁵⁴

3. Der Diskussionsentwurf des BMAS

Ein Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) zirkulierte zunächst in Fachkreisen⁵⁵ und wurde sodann Anfang 2015 einem breiteren Publikum zugänglich gemacht.⁵⁶ Vorgesehen wird ein neuer § 17a BetrAVG, nach dem die Tarifvertragsparteien eine gemeinsame Einrichtung mit der Durchführung von Betriebsrentenzusagen betrauen können. Für solche Zusagen soll der Arbeitgeber nicht haften müssen. Für den Ansatz des BMAS spricht, dass die betriebliche Vorsorge zunehmend Eingang in die Tarifverhandlungen findet. Bislang sind die dort vereinbarten Summen allerdings noch zu gering, um den Rückbau der gesetzlichen Rentenzahlungen ausgleichen zu können. Häufig fehlt es sogar ganz an eigenständigen Regelungen, es wird lediglich die Geltungswandlung zugelassen.

In ersten Stellungnahmen wird ferner bezweifelt, ob das Ziel einer weiteren Verbreitung der betrieblichen Vorsorge bei kleinen und mittleren Unternehmen auf dem vom BMAS verfolgten Reformpfad erreicht werden kann.⁵⁷ Gerade bei kleinen und mittleren Unternehmen besteht überwiegend keine Tarifbindung,⁵⁸ so dass es wohl einer Allgemeinverbindlichkeitserklärung bedürfte. Dies, und die noch nicht näher spezifizierten Anreize für KMU legen es nahe, Reformalternativen zu formulieren. Zu erwägen ist dabei auch eine »echte« reine Beitragszusage ohne Garantien des Arbeitgebers oder eines Dritten. Nach dem Diskussionsentwurf des BMAS besteht weiter eine Garantie des Pensions-Sicherungs-Vereins und damit letztlich die Haftung aller Arbeitgeber, die Beiträge für den Pensions-Sicherungs-Verein aufbringen.⁵⁹

4. Deutschland-Rente sowie Europäische Personal Pension Pläne

National große Aufmerksamkeit erfahren hat der Vorschlag dreier hessischer Minister zur Einführung einer Deutschland-Rente.⁶⁰ Danach soll ein Fonds geschaffen werden,

der durch einen höheren Aktienanteil höhere Renditen erwirtschaften kann und gleichzeitig Wachstum und Innovation fördert.⁶¹ Verwiesen wird auf den Anlageerfolg des norwegischen Staatsfonds, der freilich nicht der betrieblichen Altersvorsorge dient und nach seinen Anlagebedingungen gerade nicht im Inland anlegt. Angedacht sind eine reine Beitragszusage sowie ein »Opt-out«, das Standardprodukt soll kostengünstig und zulagefähig sein. Nur optional zum Betriebsrentenrecht gehören die Vorschläge der Europäischen Aufsichtsbehörde für Versicherungen sowie Betriebsrenten (EIOPA) sowie des Europäischen Investmentfondsverbands EFAMA zu Europäischen Personal Pension Plänen.⁶²

IV. Automatische Einbeziehung in eine reine Beitragszusage

1. Rechtsvergleichende Einordnung der Reformvorschläge

a) Überblick über relevante ausländische Regelungen

Zur rechtsvergleichenden Einordnung der Vorschläge der Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersvorsorge (aba) sowie des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

54 Oben Fn. 43, Punkt 3.3 und 3.2.

55 Vgl. Karch, BetrAV 2014, 682, www.leiter-bav.de (6.4.2016).

56 Hanau/Arteaga, DB 2015, 615, nunmehr *dies.*, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 2.

57 Karch, BetrAV 2014, 682; Buntentbach, BetrAV 2015, 95. Dazu auch der Forschungsbericht 444 des BMAS, Machbarkeitsstudie für eine empirische Analyse von Hemmnissen für die Verbreitung der betrieblichen Altersvorsorge in kleinen und mittleren Unternehmen (Machbarkeitsstudie BAV in KMU), Endbericht Juni 2014.

58 Darauf hinweisend auch Hanau/Arteaga, DB 2015, 615, 617.

59 Hanau/Arteaga, DB 2015, 615, 617, die (zutreffend) auch eine Sicherung durch Protetektor zulassen wollen und Vorschläge zur Insolvenzversicherung im Rechtsgutachten zum Sozialpartnermodell Betriebsrente nunmehr weiterentwickelt haben, *dies.*, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 68 ff. Weiter zu berücksichtigen sind die Vorschläge der Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersvorsorge (aba) (Fn. 43), IV.

60 Die Deutschland-Rente – Staat soll zentralen Rentenfonds organisieren, Vorschlag für eine einfache und sichere zusätzliche Altersvorsorge, von den hessischen Staatsministern Al-Wazir, Grüttner und Dr. Schäfer, Stand 22.12.2015, *dies.* unter dem Titel Die Deutschland-Rente – einfach, sicher, günstig, FAZ vom 23.12.2015, S. 17.

61 Für einen Staatsfonds auch Knabe/Weimann, Wirtschaftsdienst 2015, 701.

62 EIOPA, Consultation Paper on the creation of a standardised Pan-European Personal Pension Product (PEPP), EIOPA-CP-15/006, 3.7.2015; EIOPA, Consultation Paper on EIOPA's advice on the development of an EU Single Market for personal pension products (PPP), EIOPA-CP-15/006, 1.2.2016; efama, Towards a Single Market for European Personal Pensions: Building Blocks for an EU legislation, March 2015.

(BMAS) bieten sich insbesondere die europäischen Nachbarländer mit einer entwickelten Betriebsrentenlandschaft an,⁶³ also die Schweiz, die Niederlande und das Vereinigte Königreich.⁶⁴ Zu berücksichtigen sind freilich auch aktuelle Entwicklungen in den USA und das neuseeländische KiwiSaver-Programm.

b) Das Schweizer BVG

In der Schweiz erfolgt nach dem Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG)⁶⁵ eine zwingende Einbeziehung in eine Betriebsrente. Eine Garantie des Arbeitgebers ist nicht nötig, ausreichend ist die Garantie durch eine Pensionskasse. Angespart wird ein Altersguthaben, ansteigend auf bis zu 18 % des koordinierten Lohnes,⁶⁶ derzeit liegt der Lohnkorridor bei einem Jahreseinkommen zwischen 24.675 und 84.600 Franken.⁶⁷ Die Auszahlung erfolgt grundsätzlich in Renten, die Höhe der Rente ist abhängig vom angesammelten Kapital, dem Altersguthaben. Besonderheiten sind der Mindestumwandlungswert (pro Jahr),⁶⁸ weiter die Mindestverzinsung des Kapitalstocks (Altersguthaben).⁶⁹

c) Der englische Pensions Act 2008

In diesem Jahrtausend reformiert wurde das englische Betriebsrentenrecht.⁷⁰ Auf Grundlage mehrerer Berichte der Pensions Commission⁷¹ sieht der Pensions Act 2008 für Arbeitnehmer, denen gegenüber keine Leistungszusage gegeben wurde,⁷² eine automatische Einbeziehung in ein Betriebsrentensystem vor (automatic enrolment). Widerspricht der in kein qualifiziertes Betriebsrentensystem einbezogene Arbeitnehmer nicht, so werden bei einem Alter von über 22 Jahren⁷³ und einem Jahreseinkommen von über 10.000 Pfund⁷⁴ innerhalb eines Lohnkorridors zwischen derzeit 5.824 Pfund und 42.385 Pfund⁷⁵ zunächst 2 % des Arbeitnehmereinkommens in einen Betriebsrentenplan eingebracht.⁷⁶ Die Einführung des Pensions Act 2008 erfolgt in Schritten bis zum Jahre 2018. Obwohl noch vor der Finanzkrise auf den Weg gebracht, erfolgten keine wesentlichen Änderungen.

Auf Grundlage des Pensions Act 2008 wurden im Oktober 2012 die ersten Arbeitnehmer automatisch in eine Betriebsrentenzusage einbezogen.⁷⁷ Unter die Bestimmungen fielen zunächst nur große Arbeitgeber, die den Arbeitnehmern eine solche Betriebsrente vermitteln müssen,

gegebenenfalls über die zentrale Stelle, den National Employment Savings Trust (NEST).⁷⁸ Eine komplette Einbeziehung aller (auch neuer) Arbeitgeber ist für das Jahr 2018 geplant, bereits ab 2017 sollen die Einzahlungen auf 5 %, ⁷⁹ ab 2018 dann auf insgesamt 8 %⁸⁰ des Lohnkorridors ansteigen. Diese Zahlungen sind steuerbegünstigt, der Höchstbetrag der steuerlichen Förderung,⁸¹ die sogenannte lifetime allowance, beträgt über

63 Zu Neuseeland und den USA siehe auch Roth, in: Schlewing/Henssler/Schipp/Schnittker (Hrsg.), *Arbeitsrecht der betrieblichen Altersversorgung*, Köln, Teil 7A Rn. 460 ff. (im Erscheinen).

64 Zu den verwalteten Vermögenswerten oben Fn. 41.

65 Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) vom 25. Juni 1982, Systematische Rechtsammlung 831.40. Dazu etwa Nussbaum, *Das System der beruflichen Vorsorge in den USA im Vergleich zum schweizerischen Recht*, Bern 1999.

66 Art. 16 BVG.

67 Artt. 2, 7, 8 BVG.

68 Art. 14 BVG.

69 Art. 15 BVG.

70 Pensions Act 2008.

71 Erster Bericht aus dem Jahre 2004: Pensions Commission, *Challenges and Choices* (Fn. 25); Zweiter Bericht aus dem Jahre 2005: Pensions Commission, *A New Pension Settlement for the Twenty-First Century, The Second Report of the Pensions Commission*, Norwich 2005; Final Report im Jahre 2006.

72 Section 3 (3), 16, 21 Pensions Act 2008. Zudem durch den Pensions Act 2014 eingeführt Section 23A Pensions Act 2008 und dort Schedules 13, 14, Begrifflichkeiten geändert durch den Pension Schemes Act 2015.

73 Section 3 (1) (a) Pensions Act 2008.

74 Eingeführt durch den Pensions Act 2011, 5 Earnings trigger for automatic enrolment, Section 3 (1) (c) und (6B), ursprünglich 7.475 Pfund. Aktualisiert durch Statutory Instrument 2014 No. 623 Pensions, *The Automatic Enrolment (Earnings Trigger and Qualifying Earnings Band) Order 2014*. Bei einer Jahresarbeitszeit von durchschnittlich 1.669 Stunden (OECD Statistics, Daten für 2013) kann ein Einkommen in Höhe des earnings trigger auch beim Bezug des Mindestlohns (aktuell 6,50 Pfund in der Stunde) erreicht werden, zum Begriff der Zahlungen und Anpassungskriterien Sections 13 (3), 14 Pensions Act 2008.

75 Ursprünglich 5.035 und 33.540 Pfund, Section 13 (1) Pensions Act 2008, zur jährlichen review Section 14 Pensions Act 2008. Statutory Instruments 2015 No. 468 Pensions. *The Automatic Enrolment (Earnings Trigger and Qualifying Earnings Band) Order 2015*.

76 Zahlungen des Arbeitgebers: 1 %, Section 29 (1) Pensions Act 2008.

77 Arbeitgeber mit mindestens 250 Beschäftigten, bis 1. April 2015 mussten sich auch alle Arbeitgeber mit mindestens 50 Beschäftigten anmelden, bestehende Arbeitgeber mit weniger als 30 Arbeitnehmern müssen sich bis zum 1. April 2017 anmelden.

78 NEST gibt keine Garantien ab, vgl. dazu NEST, *The future of retirement. A consultation for NEST's members in a new regulatory landscape*, November 2014.

79 Zahlungen des Arbeitgebers 2 %, Section 29 (3) Pensions Act 2008.

80 Zahlungen des Arbeitgebers 3 %, Section 20 (1) Pensions Act 2008.

81 Angegeben wird der tax relief mit 1 % des Arbeitnehmereinkommens, etwa Department of Work & Pensions, *Automatic Enrolment evaluation report 2014*, London 2014, S. 25.

1 Mio. Pfund.⁸² Bei den nunmehr voll einbezogenen Arbeitgebern mit mehr als 100 Beschäftigten beträgt der Anteil von Arbeitnehmern, die einen Betriebsrentenanspruch haben, nunmehr fast durchgehend über 75 %.⁸³ Die bei mittleren und größeren Arbeitgebern gemessenen Opt-out-Raten von 8 bis 14 % bilden nach vorläufigen Zahlen auch den Rahmen bei den ersten kleinen Arbeitgebern mit weniger als fünfzig Arbeitnehmern, die in das Programm einbezogen wurden.⁸⁴

d) USA und Neuseeland

Ebenfalls in diesem Jahrtausend reformiert wurden das US-amerikanische sowie das neuseeländische Betriebsrentenrecht. In den USA finden sich nach steuerrechtlichen Regeln zum automatic enrollment im Pension Protection Act 2006⁸⁵ nunmehr vermehrt Regelungen in einzelnen Bundesstaaten, die eine automatische Einbeziehung vorsehen. So hat etwa Illinois den Illinois Secure Choice Savings Act erlassen,⁸⁶ der eine automatische Einbeziehung in einen staatlichen organisierten Sparplan vorsieht.⁸⁷ Betroffen sind alle Arbeitnehmer, die für einen seit über zwei Jahren bestehenden Arbeitgeber mit mehr als 25 Beschäftigten arbeiten,⁸⁸ diesen wird automatisch 3 % vom Lohn (bis zur Höhe der steuerlichen Absetzbarkeit) abgezogen.⁸⁹ Die Verwaltungskosten dürfen nicht mehr als 0,75 % des Trust-Vermögens betragen,⁹⁰ Einbeziehungen in den Plan sind für 2017 vorgesehen. Als erste Großstadt plant New York, einen eigenen Plan aufzulegen.⁹¹ Hierfür müssten freilich noch auf bundesstaatlicher Ebene die notwendigen rechtlichen Voraussetzungen geschaffen werden. Vorgesehen ist die automatische Einbeziehung aller Arbeitnehmer, die bei einem Arbeitgeber arbeiten, der mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt.

Der bereits im Jahre 2006 in Kraft getretene neuseeländische KiwiSaver Act⁹² sieht für jeden neuen Arbeitsvertrag eine automatische Einbeziehung⁹³ und wie in England eine Kofinanzierung vor.⁹⁴ Als Beitrag des Arbeitnehmers sind 3, 4 und 8 % des Lohns möglich,⁹⁵ als Zahlung des Arbeitgebers sind seit April 2013 3 % des Lohns vorgesehen.⁹⁶ Eingerichtet wurden neun default schemes, insgesamt hatte KiwiSaver 2015 etwa 2,5 Mio. Mitglieder, die Beiträge der Mitglieder betragen 2,4 Mrd. US-\$, die Arbeitgeberbeiträge 1,5 Mrd. US-\$, die crown contribution 927 Mio. US-\$.⁹⁷ Möglich ist freilich auch ein »Opt-in« für Personen, die nicht (mehr) automatisch einbezogen werden.⁹⁸

2. Automatische Einbeziehung im deutschen Renten Umfeld

Bei entsprechenden Anreizen könnte eine automatische Einbeziehung in Betriebsrentenzusagen auch hierzulande für eine hinreichende zusätzliche⁹⁹ Alterssicherung sorgen.¹⁰⁰ Eine gesetzlich vorgeschriebene betriebliche Vor-

82 Karch, BetrAV 2014, 682, 686: 1,25 Mio. Pfund ggü. 140.000 € nach § 3 Nr. 63 EStG (für Akademiker aufgrund der kürzeren Erwerbstätigkeit etwa 100.000 bis 110.000 €).

83 Office for National Statistics, Statistical Bulletin, Annual Survey of Hours and Earnings Pension Tables: 2015 Provisional and 2014 Revised Results, S. 17, figure 8 (geringer nur bei Arbeitgebern mit mindestens 5.000 Arbeitnehmern).

84 National Audit Service, Automatic enrolment to workplace pensions, Report by the Comptroller and Auditor General, 28.10.2015, S. 39.

85 Dazu Roth, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 164, zu Auswahlmöglichkeiten bei reinen Beitragszusagen S. 441.

86 Public Act 098–1150, in Kraft seit dem 1. Juni 2015. Weiter Regelungen in Kalifornien, Connecticut und Oregon, die freilich alle noch nicht praktisch angewendet werden; eine Regelung auf Bundesebene ist mehrfach gescheitert.

87 Section 10 Illinois Secure Choice Savings Act.

88 Section 60 b S. 2 Illinois Secure Choice Savings Act, kleine Arbeitgeber können danach Beiträge abführen, müssen das aber nicht.

89 Section 60 c S. 3 Illinois Secure Choice Savings Act, nach Satz 1 und 2 können bis zur Höhe der steuerliche Absetzbarkeit die Beiträge frei gewählt werden.

90 Section 30 (m) S. 5 Illinois Secure Choice Savings Act.

91 <http://www1.nyc.gov/office-of-the-mayor/news/204-16/mayor-de-blasio-leads-rally-retirement-security-all-new-yorkers#0> (6.4.2016).

92 Zum KiwiSaver Act näher Bieber, Deutsche Rentenversicherung 2014, 239, auch Roth, in: Schlewing/Hensler/Schipp/Schnittker (Hrsg.) (Fn. 63), Teil 7A Rn. 461.

93 Section 10 KiwiSaver Act 2006.

94 Deutlich höher als in England liegt die Opt-out rate, dazu KiwiSaver Evaluation: Final summary report, A joint agency evaluation 2007–2014, February 2015, S. 28, dort die Graphik (figure 8) mit Angaben für 2008–2013 (zwischen etwa 50 und etwa 30 %, abnehmend).

95 Section 64 KiwiSaver Act 2006, nach Absatz 1 (a) grundsätzlich 3 %.

96 Section 101 (D) (4) KiwiSaver Act 2006.

97 Financial Markets Authority, KiwiSaver Annual Report, 1 July 2014 – 30 June 2015, S. 3: investment return 3 Mrd., 14 % der Vermögenswerte und 18 % der Mitglieder in default schemes.

98 Section 33 KiwiSaver Act 2006, die überwiegende Anzahl der Mitglieder hat hiervon Gebrauch gemacht, KiwiSaver Evaluation: Final summary report, A joint agency evaluation 2007–2014, February 2015, dort die Graphik, S. 178 (figure 3) sowie die Tabelle S. 25 (table 7).

99 Eine Mindestsicherung ist international regelmäßig Aufgabe der ersten Säule.

100 OECD, OECD-Wirtschaftsberichte, Deutschland, April 2016, S. 11, 45, 112 f., 134. Zu US-amerikanischen Studien aus den 2000er Jahren und der Umsetzung im US-amerikanischen Pension Protection Act Roth, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 164 ff., dazu auch Engert, ZfA 2004, 311, Lehmensiek-Stärke/Klos/Langer, Betriebliche Altersvorsorge, Eine Bestandsaufnahme aus verhaltenswissenschaftlicher Sicht, 2009 und Lehmensiek-Stärke, BKR 2012, 191.

sorge wird von vielen als Zwang empfunden, Fachkreise diskutieren sie als Obligatorium, das zumindest überwiegend abgelehnt wird.¹⁰¹ Die Schweiz wird so als Regelungsvorbild nicht in die engere Wahl gezogen werden können. Aus arbeitsrechtlicher Sicht als Regelungsvorbild problematisch erscheinen auch die Niederlande, wo Tarifverträge für Betriebsrenten branchenweit gelten und für allgemeinverbindlich erklärt werden können.¹⁰² Hier fallen zunächst die Unterschiede in der Kultur der Beteiligung der Arbeitnehmer ins Auge. Während in Deutschland Betriebsrenten in Tarifverhandlungen keine Rolle spielen und Arbeitnehmer und Gewerkschaftsfunktionäre in den Aufsichtsrat gewählt werden, ist das in den Niederlanden genau umgekehrt.¹⁰³ Sodann dürften nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber gegen zwingende Regelungen in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ähnliche Vorbehalte hegen wie gegen ein Obligatorium.¹⁰⁴ Dies wird insbesondere gelten, wenn der Tarifvertrag an sich nur für eine Minderheit der Beschäftigten bzw. Unternehmen gilt.¹⁰⁵ Schließlich erscheint zweifelhaft, ob wie in den Niederlanden eine praktisch vollständige Abdeckung aller Arbeitnehmer durch für allgemeinverbindlich erklärbare Tarifverträge erzielt werden kann.

Nach der rechtsvergleichenden Umschau näher in den Blick zu nehmen ist so das englische Betriebsrentenrecht, das eine automatische Einbeziehung in eine reine Beitragszusage vorsieht,¹⁰⁶ ohne bei Leistungszusagen den Vorrang anderweitiger Vereinbarungen anzutasten. Notwendig erscheint freilich eine Adaption an das deutsche Regelungsumfeld. Anpassungsbedarf besteht insbesondere hinsichtlich der Höhe der Beiträge und der Auswahl der Altersvorsorgeeinrichtung. Einzugehen ist ferner auf das automatic enrolment an sich, die automatische Einbeziehung in eine Betriebsrentenzusage, sowie die Notwendigkeit einer reinen Beitragszusage im Niedrigzinsumfeld.

V. Kapitalbeteiligung im Betriebsrentenrecht

1. Argumente für eine reine Beitragszusage

a) Erträge im Niedrigzinsumfeld

Nach der oben vorgenommenen Bestimmung der Aufgaben der Europäischen Zentralbank sowie den Notenbankpolitiken weltweit¹⁰⁷ ist mit einer weiter andauernden Niedrigzinsphase in Europa zu rechnen.¹⁰⁸ Beachtet man die Gleich-

rangigkeit von Europäischer Grundrechte-Charta, dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union nach Art. 6 Abs. 1 EUV und Art. 1 Abs. 2 AEUV, so hat die Europäische Zentralbank unter Beachtung des primären Ziels der Preisstabilität, den Beschäftigungschancen ein besonderes Gewicht beizumessen.¹⁰⁹ Es ist damit zu rechnen, dass die Europäische Zentralbank die Geldpolitik später als die US-amerikanische Federal Reserve Bank straffen wird; der Abbau der Arbeitslosigkeit wird in vielen Mitgliedstaaten noch einige Jahre in Anspruch nehmen. Es ist so nicht ratsam, mit der vielfach angemahnten und international überfälligen Stärkung der Betriebsrenten¹¹⁰ zu warten, bis sich ein in der alten Bundesrepublik früher übliches Zinsniveau einstellt. Verantwortungsvoller Politik entspricht es vielmehr, auch ein Szenario mit jahrzehntelangem Niedrigzins (wie in Japan seit den 1990er Jahren sowie in den USA und in Großbritannien nach dem Zweiten Weltkrieg) zu berücksichtigen.¹¹¹

101 Karch, BetrAV 2014, 682; Andresen, BetrAV 2006, 314; Sasdrich, BetrAV 2006, 111, 112 (»verfrüht«). Nach Rürup, BetrAV 2012, 271 war es freilich der wohl gravierendste Fehler des Altersvermögensgesetzes, eine ergänzende Vorsorge nicht verpflichtend gemacht zu haben (Punkt 4), aus Gewerkschaftssicht für eine verpflichtende betriebliche Vorsorge Lohre, BetrAV 2008, 745, 746.

102 Eine Allgemeinverbindlicherklärung wird freilich auch für Tarifverträge nach dem BMAS-Vorschlag erwogen, bzw. sogar angestrebt, zu diesem oben III.3.

103 Zur Arbeitnehmerbeteiligung in den Niederlanden Nowak, in: Davies/Hopt/van Solinge/Nowak (Hrsg.), Corporate Boards in Law and Practice, OUP, Oxford 2013, S. 429, 475 ff. und 487 ff.

104 Bedenken gegen eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 1a TVG wenn nur eine Minderheit der Arbeitsverhältnisse tarifgebunden ist, bei Franzen, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 5 TVG Rn. 14c.

105 Dies gilt insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen mit weniger als 250 Beschäftigten, in denen etwa 60 % aller Arbeitnehmer tätig sind; etwa 45 % aller Arbeitnehmer sind in nicht konzernabhängigen Unternehmen tätig, Söllner, Wirtschaft und Statistik, Januar 2014, S. 40, 46. Nach einer Erhebung des Statistischen Bundesamtes sind nur 22 % der Arbeitnehmer in Unternehmen mit 10 bis 49 Beschäftigten und 39 % der Arbeitnehmer in Unternehmen mit 50 bis 249 Beschäftigten tarifgebunden, Statistisches Bundesamt, Tarifbindung in Deutschland 2010, 2013, S. 25. Nach Amlinger/Bispinck, Tarifbindung in Deutschland, Ergebnisse der Verdienststrukturerhebung, WSI-Report 25, September 2015, S. 6 sind in Unternehmen mit 10 bis 49 Beschäftigten 23 %, in Unternehmen mit 50 bis 99 Beschäftigten 34 % und in Unternehmen mit 100 bis 249 Beschäftigten 46 % der Arbeitnehmer tarifgebunden.

106 Zu collective defined benefit-Plänen Goecke/John, BetrAV 2015, 640, zurückhaltend gegenüber generationenübergreifenden Modellen NEST, The future of retirement, A retirement income blueprint for NEST's members, London 2015, S. 33.

107 Oben II.2., Roth, SR 2015, 141, 146 ff.

108 Eine finanzielle Repression voraussagend bereits Naumer, BetrAV 2012, 575.

109 Roth, SR 2015, 141, 147 ff., oben II.2.

110 Oben IV.

111 Zur Vorbereitung des Pensions Act 2008 der erste Bericht der Pensions Commission, dazu oben Fn. 25.

Im Niedrigzinsumfeld und bei garantieförmiger Vorsorge kann ein Vermögensaufbau zumindest im Fall der Garantie der eingezahlten Beiträge¹¹² praktisch nur durch Beitragsleistungen erfolgen.¹¹³ Dies folgt aus der Einschränkung der Anagemöglichkeiten durch Garantien. Bei neu in den Markt eintretenden Institutionen können Kursgewinne von Anleihen oder Aktien nicht fortgeführt werden, sie stehen für neue Institutionen von vornherein nicht als Kapitalpuffer für eine risikoreichere und renditeträchtige Anlage zur Verfügung. Damit sind neue Institutionen praktisch auf eine Anlage in festverzinsliche Wertpapiere beschränkt, dies trotz langfristig (jedenfalls bislang) höherer Rendite einer Aktienanlage.¹¹⁴ Da zudem bei niedrigen Zinsen die Kosten besonders zu Buche schlagen, sprechen Interessen der Vorsorgenden gegen eine Garantie der eingezahlten Beträge.¹¹⁵

b) Verpflichtungsumfang und Verpflichtungsdauer

Sollte der Arbeitgeber de lege ferenda aus sozialpolitischen Erwägungen signifikant zur Alterssicherung herangezogen werden, kann zudem aufgrund des damit verbundenen Verpflichtungsumfangs am Garantieerfordernis für Betriebsrenten nicht festgehalten werden.¹¹⁶ International übersteigen die für Betriebsrenten gehaltenen Vermögenswerte nicht selten das Bruttonationalprodukt.¹¹⁷ Auch deshalb sind im Ausland nunmehr reine Beitragszusagen weit verbreitet, bei denen der Arbeitgeber selbst keine Garantie für die Zahlung der Betriebsrente leistet.¹¹⁸ Teilweise wird auf Garantien ganz verzichtet, teilweise eine Garantie durch eine Altersvorsorgeinstitution, etwa einen Pensionsfonds, verlangt.¹¹⁹

Weiter ist zu bedenken, dass eine Garantieverpflichtung den Arbeitgeber während der gesamten Laufzeit von Betriebsrentenverträgen bindet, also gegebenenfalls über mehrere Jahrzehnte.¹²⁰ Dies dürfte insbesondere kleine und mittlere Unternehmen von einer Zusage abhalten. Ist das Unternehmen nicht als Kapitalgesellschaft verfasst, müssen die Inhaber persönlich für die Verpflichtungen eintreten, dies auch noch Jahrzehnte, nachdem sie den Geschäftsbetrieb eingestellt haben.¹²¹ Zur Enthftung führen die Übertragung von Betriebsrentenverpflichtungen auf sogenannte »Rentnergesellschaften«¹²² sowie auf Pensionskassen oder Lebensversicherungen nach § 4 Abs. 4 BetrAVG.¹²³ Dies ist aber jeweils mit Aufwand und Kosten verbunden, die nicht zum Kerngeschäft des Unternehmens gezählt werden können, zudem mit einem Verzicht auf Renditechancen.

Haftungsrisiken bestehen auch bei einer externen Durchführung gerade aufgrund der langen Dauer der Verpflichtungen.¹²⁴ Etwa zu großzügig gegebene Garantien zeitigen ihre Folgen meist erst Jahrzehnte später, auch ob das Vertrauen in die »Richtigkeit« der Kapitalanlageentscheidungen externer Einrichtungen gerechtfertigt ist, kann bei Zusage einer Betriebsrente nicht absolut sicher vorausgesehen werden. Bereits verschiedentlich zur Einstandspflicht des Arbeitgebers geführt hat ein Verweis auf die Leistungsbedingungen einer Pensionskasse, der von der Rechtsprechung als beitragsorientierte Leistungszusage einordnet wird.¹²⁵ Es hatten die Pensionskassen jeweils ihren Leistungsumfang gegenüber der ursprünglichen Leistungsordnung herabgesetzt.

112 So für die Beitragszusage mit Mindestleistung *Rolfs*, in: Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz, 6. Aufl., München 2015, § 1 Rn. 93 ff., auch zu möglichen Abzügen, jedenfalls nicht explizit ausgeschlossen werden geringere Garantien für die beitragsorientierte Leistungszusage, vgl. etwa *Cisch*, in: Förster/Cisch/Karst, Betriebsrentengesetz 14. Aufl., München 2014, jedenfalls eine Nullverzinsung zulassend *Rolfs*, in Blomeyer/Rolfs/Otto, Betriebsrentengesetz (aaO.), § 1 Rn. 84.

113 Nach *Ulbrich/Grote/Britz*, BB 2015, 2677, 2679 f. kann im Rahmen einer beitragsorientierten Leistungszusage eine geringere Garantie als die Beitragsleistung zugesagt werden, wenn die Garantie nicht weit unter der Summe der Nettobeiträge liegt und so noch »werthaltig« ist.

114 Dazu schon oben II.1, zur Förderung der Aktienanlage als Zweck des Aktiengesetzes BegrRegE zum AktG 1965, BT-Drs. IV/171, S. 93; *Seibert*, in Henn/Frodermann/Jannott (Hrsg.), Handbuch des Aktienrechts, 8. Aufl., Heidelberg 2009, S. 1.

115 Maßgeblich ist die individuelle Risikopräferenz, dazu etwa *Roth*, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 187 f., 207, 458, 660, 662. Zu erwartbaren Renditen in Abhängigkeit zur Anlageform oben II.2, ferner eindrucksvoll *Hanau/Arteaga*, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 49.

116 Zum biometrischen Risiko *Diller/Beck*, ZIP 2013, 437, anders als diese lässt das BAG keine Gegenrechnung der gestiegenen Lebenserwartung bei einer Teuerungsanpassung nach § 16 BetrAVG zu, BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 402/12 – NZA 2015, 227.

117 Dazu oben Fn. 41.

118 Dazu *Roth*, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 89 ff., zum deutschen Recht *Höfer*, DB 2013, 288, auch *Höfer/de Groot*, DB 2014, 540, 543.

119 So etwa in der Schweiz, dazu OECD, Pensions Outlook 2012, Paris 2012, S. 135.

120 Zur Unterscheidung von Anspar- und Auszahlungsphase etwa *Roth*, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 415 ff., 607 ff.

121 *Hanau/Arteaga*, DB 2015, 615, 617.

122 Dazu *Roth*, NZA 2009, 1400.

123 Dazu *Kemper*, FS Höfer, 2011, S. 97.

124 Dieses Risiko noch als äußerst gering einstuft BAG, 12.6.2007 – 3 AZR 14/06 ua. – BAGE 123, 72, Rn. 33, die Überwälzung dieses Risikos noch als unbedenklich ansehend auch BAG, 19.6.2012 – 3 AZR 408/10 ua. – ZIP 2012, 2456, Rn. 45.

125 BAG, 10.2.2015 – 3 AZR 65/14 – BetrAV 2015, 522, Rn. 37; BAG, 30.9.2014 – 3 AZR 617/12 – NZA 2015, 544, Rn. 38; BAG, 19.6.2012 – 3 AZR 408/10 ua. – ZIP 2012, 2456, Rn. 47.

c) Rechtsvergleich und Rechtslage de lege lata

Reine Beitragszusagen ohne jegliche Garantie sind in den USA stark verbreitet.¹²⁶ Im Vereinigten Königreich erfolgt das automatic enrolment, ohne dass eine Garantie für die eingezahlten bzw. zur Verfügung gestellten Beiträge gegeben werden muss. Auch der neuseeländische KiwiSaver Act sowie die Regelungen in US-amerikanischen Bundesstaaten sehen keinerlei Garantie vor.¹²⁷ Aktuelle Vorschläge greifen dies auf und sehen ähnliche Regelungen auch für Deutschland vor.¹²⁸ Bereits de lege lata lässt das Bundesarbeitsgericht reine Beitragszusagen zu, fasst diese aber nicht unter das Betriebsrentengesetz.¹²⁹ In der Folge fehlt für in Deutschland verdiente reine Beitragszusagen eine steuerliche Anerkennung.¹³⁰ Für eine solche sprechen neben rechtlichen bei hinreichender Verbreitung von Betriebsrenten rein praktische Überlegungen. Auch aus verfassungsrechtlichen Gründen wird man eine sozialpolitische Indienstnahme der Arbeitgeber über ein gesetzlich vorgesehenes automatic enrolment nicht an eine zwingende Haftung knüpfen können.

d) Weiterentwicklung des BMAS-Vorschlags

Der Vorschlag des BMAS enthält bislang noch eine mittelbare Garantie der Arbeitgeber,¹³¹ da eine Absicherung über den Pensions-Sicherungs-Verein erfolgen soll. Dennoch ist der Weg, durch Tarifvertrag reine Beitragszusagen zuzulassen, weiterzuverfolgen. Nur durch Tarifverträge können verpflichtend Beiträge von Arbeitnehmern und Arbeitgebern vorgesehen und so ein verlässlicher Beitrag zur Mindestabsicherung im Alter geleistet werden.¹³² Der Ansatz des BMAS reicht insoweit über eine im Folgenden näher dargestellte bloße automatische Einbeziehung hinaus. Eine automatische Einbeziehung könnte demgegenüber auch solche Arbeitnehmer erreichen, die nicht tarifgebunden sind und generell eingreifen, wenn mit einer Mindestsicherung im Alter zu rechnen ist. Hierfür sollte die Vereinbarung einer »echten« reinen Beitragszusage auch durch Betriebsvereinbarung zugelassen werden.

Ein Verzicht auf Garantien im Betriebsrentengesetz bedeutet nicht, dass alle Arbeitnehmer vollumfänglich den Fährnissen der Kapitalmärkte ausgesetzt werden müssen.¹³³ Eine sozialrechtliche Absicherung erscheint bei ex ante hinreichender Beteiligung an einer zusätzlichen Alterssicherung angemessen; zu schützen sind etwa Geringverdiener, die allein aufgrund einer ungewöhnlich ungünstigen

Entwicklung der Kapitalmärkte keine hinreichenden Gesamtrentenzahlungen erhalten.¹³⁴ Anknüpfend an die bereits bestehende Nachversicherungsmöglichkeit gemäß § 187b SGB VI sollte einer sozialrechtlich zu definierenden Gruppe die Möglichkeit einer Nachversicherung in der gesetzlichen Rentenversicherung zugebilligt werden. Die hierzu Berechtigten sollten sich so ab Renteneintritt in angemessenem Umfang von Kapitalmarktrisiken freizeichnen können; bei Umwandlung des angesparten Altersvorsorgevermögens sollte berücksichtigt werden, wie sich ihre Anwartschaften bei Einbringung der Vorsorgebeiträge in die gesetzliche Rentenversicherung entwickelt hätten.¹³⁵

2. Automatische Einbeziehung

a) Entgeltumwandlung und Zuschuss als Anreiz

Der Deutsche Juristentag empfahl bereits im Jahre 2004 eine automatische Einbeziehung in Betriebsrenten.¹³⁶ Bei einer Umfrage von TNS Infratest aus dem Jahre 2014 haben 69 % der Befragten eine automatische Direktumwandlung als gut oder sehr gut bezeichnet, nur 12 % als schlecht oder

126 U.S. Department of Labor, Private Pension Plan Bulletin, Abstract of 2011 Form 5500 Annual Reports, September 2014, Highlights (S. 1), zu den gehaltenen Vermögenswerten S. 2: Amount of assets, defined contribution plans (reine Beitragszusagen): 3,83 Bill. US-\$, defined benefit plans (Leistungs zusagen) 2,52 Bill. US-\$.

127 Dazu Roth, in: Schlewing/Henssler/Schipp/Schnittker (Hrsg.) (Fn. 63), Teil 7A Rn. 461.

128 Zum Vorschlag einer Deutschland-Rente oben III.4, vgl. auch Hanau/Arteaga, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 50.

129 BAG, 7.9.2004 – 3 AZR 550/03 ua. – BAGE 112, 1, 7; BAG, 6.11.2007 – 1 AZR 960/06 ua. – NZA 2008, 232, 235; BAG, 19.6.2012 – 3 AZR 408/10 ua. – ZIP 2012, 2456, Rn. 40; BAG, 10.02.2015 – 3 AZR 65/14 – BetrAV 2015, 522, Rn. 30; dazu freilich Höfer, DB 2013, 288.

130 Zur Anerkennung reiner Beitragszusagen bei einer Entsendung in die USA freilich Portner, BB 2012, 2083, 2088 ff.

131 Dazu oben III.3, weiter Hanau/Arteaga, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 6 ff.

132 Zu den Grenzen verhaltensökonomischer Ansätze Loibl/Jones/Hastings/Loewenstein, Testing Strategies to Increase Saving and Retention on Individual Development Account Programs, <http://ssrn.com/abstract=2735625> (6.4.2016).

133 Eine separate Sicherungseinrichtung für reine Beitragsvorsagen (Insolvenz oder Beitragskürzung) vorsehend: das Rechtsgutachten zum Sozialpartnermodell Betriebsrente, Hanau/Arteaga, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 68 ff.

134 Dies ermöglicht auch Geringverdienern eine langfristig renditeträchtige Anlage, zu den Effekten insbesondere fester Garantien anschaulich Hanau/Arteaga, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 49 f.

135 Vom übertragenen Vorsorgekapital nicht gedeckte Leistungen wären der Rentenversicherung zu erstatten.

136 65. Deutscher Juristentag in Bonn 2004, Abteilung Altersvorsorge, Vorschlag 6, angenommen 31:17:6. Dazu auch Hanau/Arteaga, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 18 ff.

sehr schlecht,¹³⁷ vorgeschlagen wird sie aktuell von drei hessischen Staatsministern¹³⁸ sowie der Versicherungswirtschaft.¹³⁹ Der bereits erwähnte UK Pensions Act sieht durch automatic enrolment einen beträchtlichen Ausbau der betrieblichen Vorsorge vor, dies durch eine Mischung aus Eigenbeiträgen des Arbeitnehmers sowie Zuschüssen des Arbeitgebers und des Staates. In der Endstufe sollen 4 % des Einkommens durch den Arbeitnehmer, 3 % durch den Arbeitgeber und 1 % als staatlicher Zuschuss einbezahlt werden.¹⁴⁰ Die Regierung erwartete, dass so etwa 8 Mio. Arbeitnehmer mehr sparen bzw. überhaupt an einer Betriebsrente teilnehmen,¹⁴¹ diese Zahl wurde nun auf 9 Mio. angehoben.¹⁴² Bislang optierten zwischen 9 (2013) und 12 % (2014) gegen eine Betriebsrente (2015: 10 %).¹⁴³

b) Vereinbarung einer automatischen Einbeziehung de lege lata

(1) Grundsätzliche Möglichkeit tarifvertraglicher Regeln

In Deutschland ist die Vereinbarung einer automatischen Einbeziehung durch Kollektivvertrag möglich, aber jedenfalls noch unüblich.¹⁴⁴ Allgemein spielen Betriebsrenten bei deutschen Tarifverhandlungen eine geringe Rolle. Bei einer Betriebsvereinbarung stellt sich die Frage des Vorrangs des Tarifvertrags, zutreffend wird man eine automatische Einbeziehung jedenfalls grundsätzlich zulassen.¹⁴⁵ Der Vorteil kollektiver Regelungsinstrumente¹⁴⁶ ist freilich nur eingeschränkt nutzbar, wenn weder ein Betriebsrat noch eine Tarifbindung bestehen. Individualvertragliche Vereinbarungen wären insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen nötig,¹⁴⁷ dies etwa durch einen Verweis auf tarifvertragliche Regelungen.

Ein Tarifvertrag kann nach allerdings bestrittener Ansicht¹⁴⁸ für die tarifgebundenen Arbeitnehmer eine verpflichtende Entgeltumwandlung vorsehen.¹⁴⁹ § 17 Abs. 5 BetrAVG enthält insoweit eine Ausnahmvorschrift, nach dem 2. Hs. kann die Entgeltumwandlung durch Tarifvertrag vorgesehen (1. Alternative) oder zugelassen (2. Alternative) werden.¹⁵⁰ Ein entsprechender Antrag des Arbeitnehmers ist in Abweichung von der Grundregel des § 1a BetrAVG nicht notwendig.

Bei Inkrafttreten des Altersvermögensgesetzes wurde freilich darauf verwiesen, dass ein »künftiger« Entgeltanspruch nicht vorliege, wenn der Lohnanspruch Gegenstand desselben Tarifvertrag ist.¹⁵¹ Dieser ohnehin stark begriffsjuristisch geprägten Argumentation wurde jeden-

falls durch die aktuelle Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts der Boden entzogen. Vergütungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis entstehen zutreffend mit Erbringung der Arbeitsleistung, der Vertrag kann durch Kündigung beendet werden oder der Arbeitnehmer die ihm obliegende Leistung verweigern.¹⁵² Für die Entstehung des Anspruchs ist der Abschluss des Arbeitsvertrags nicht ausreichend,¹⁵³ der Abschluss eines Tarifvertrags erst recht nicht.

Praktisch spielt das Vorsehen von Betriebsrentenleistungen durch Tarifvertrag bislang keine herausgehobene Rolle. Nach den in einschlägigen Fachzeitschriften veröffentlichten Übersichten zu abgeschlossenen Tarifverträgen konzentrieren sich bestehende Regelungen auf die Gestat-

137 BVI Betriebliche Altersvorsorge (BAV), TNS-Umfrage im Auftrag des BVI, Frankfurt aM. 3. Dezember 2014.

138 Zum Vorschlag einer Deutschland-Rente oben III.4.

139 GDV Raus aus der Stagnation – Vorschläge der Versicherungswirtschaft zur Zukunft der Altersvorsorge, September 2015, S. 8.

140 Zu den Zahlungen des Arbeitgebers (3 %) sowie den Zahlungen insgesamt (8 %) Section 20 (1) (b), (c), zur Übergangszeit Section 29 (1) Pensions Act 2008. Die Regierung steuert 1 % »tax relief« bei, etwa Department of Work & Pensions, Automatic Enrolment evaluation report 2014 (Fn. 81), S. 25 Fn. 6.

141 Department of Work & Pensions Automatic Enrolment evaluation report 2013, London 2013, S. 29: Spanne zwischen 6 und 9 Mio.

142 Department of Work & Pensions, Automatic Enrolment evaluation report 2014 (Fn. 81), S. 25: Spanne zwischen 8 und 9 Mio. Bis September 2014 wurden 4,7 Mio. Arbeitnehmer automatisch in eine Betriebsrente einbezogen, S. 35.

143 Department of Work & Pensions Automatic Enrolment evaluation report 2014 (Fn. 81), S. 27–28: Spanne zwischen 5 und 15 %. Department of Work & Pensions, Automatic Enrolment evaluation report 2015, S. 60: 10 % Opt-out und 3 % Beendigung der aktiven Beteiligung.

144 Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersversorgung (aba), BetrAV 2014, 71, Maßnahmenpaket Verbreitung forcieren.

145 Neufeld/Knitter, BB 2013, 2421, zu Beschränkungen bei Betriebsvereinbarungen Kisters-Kölkes, FS Höfer, 2011, S. 107, 115.

146 Zur Möglichkeit auch einen Betrag zur Mindestsicherung zu leisten noch unten V.3.

147 Dazu etwa Kisters-Kölkes, FS Höfer, 2011, S. 107, 110 ff.

148 Anders Blomeyer, DB 2001, 1413, 1416; so auch für individuelle Ansprüche Rieble, BetrAV 2001, 584, 592.

149 Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 3. Aufl., München 2012, § 1 Rn. 193; Rieble, in: Hanau/Artega/Rieble/Veit (Hrsg.), Entgeltumwandlung, 3. Aufl., Köln 2014, Rn. 339; Rieble, BetrAV 2001, 584, 590.

150 Darauf verweisend auch Rieble, BetrAV 2001, 584, 590.

151 Blomeyer, DB 2001, 1413, 1416, ihm folgend Schliemann, GS Blomeyer 2003, S. 375, 386.

152 BAG, 22.10.2014 – 5 AZR 731/12 – NZA 2015, 501, Rn. 42 unter Verweis ua. auf BGH, 26.6.2008 – IX ZR 87/07 – NZA 2009, 110, dort in Rn. 13 Verweis auf ständige höchstrichterliche Rechtsprechung.

153 BAG, 22.10.2014 – 5 AZR 731/12 – NZA 2015, 501, Rn. 42 unter Verweis ua. auf BAG, 18.4.2012 – 5 AZR 248/11 – NZA 2012, 998 (Darlegungs- und Beweislast im Vergütungsprozess, Grundsatz »ohne Arbeit kein Lohn«, dort Rn. 14).

tung der Umwandlung.¹⁵⁴ Bereits bei Inkrafttreten des Altersvermögensgesetzes wurde vorausgesagt, dass die Gewerkschaften die Möglichkeiten des § 17 Abs. 5 BetrAVG nur vorsichtig in Anspruch nehmen, da es kein gutes Argument für einen Gewerkschaftsbeitritt sein dürfte, wenn nicht tarifgebundene Arbeitnehmer bei der Entgeltumwandlung freier sind als tarifgebundene.¹⁵⁵

(2) Betriebsvereinbarung

Die Zulässigkeit einer automatischen Einbeziehung durch Betriebsvereinbarung bedarf der Konkretisierung. Als Ausgangspunkt hat zu gelten, dass weder Arbeitgeber noch Betriebsrat einen Arbeitnehmer zur Entgeltumwandlung zwingen können.¹⁵⁶ In der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sowie im allgemeinen arbeitsrechtlichen Schrifttum fest verankert ist der Topos der unzulässigen Lohnverwendungsabrede. Das BAG hat so eine Betriebsvereinbarung für unwirksam gehalten, nach der auch solche Arbeitnehmer für Kantinenessen bezahlen sollten, die die Kantine nicht nutzen.¹⁵⁷ Dabei hat es ausgesprochen, dass die Kostenbeteiligung für diejenigen Arbeitnehmer unangemessen ist, die die Kantine nicht nutzen.¹⁵⁸ Eine Altersvorsorge durch Entgeltumwandlung würde zwar im Alter von allen berechtigten Arbeitnehmern genutzt, es sind die Betriebsparteien aber auch nicht befugt, die Arbeitnehmer zum Sparen bzw. zur Altersvorsorge zu zwingen.¹⁵⁹ Zu weitgehend erscheint es hingegen, zu fordern, dass der Arbeitnehmer die Entgeltumwandlung stets selbst verlangen muss.¹⁶⁰ Nach der einschlägigen Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts kommt es auch bei Lohnverwendungsabreden darauf an, ob ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit verhältnismäßig ist.¹⁶¹

Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit ist im Einzelfall zu prüfen, ob eine automatische Einbeziehung in eine Betriebsrentenzusage mit Ablehnungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer (»Opt-out«) durch Betriebsvereinbarung vorgesehen werden kann. Nach der Rechtsprechung des BAG stellt sich bei der Lohnverwendung durch Betriebsvereinbarung die ganz grundsätzliche Frage, inwieweit die allgemeine Handlungsfreiheit beschränkt werden kann, dabei wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit für Betriebsvereinbarungen in § 75 Abs. 2 BetrVG konkretisiert.¹⁶² Innerhalb der Prüfung der Angemessenheit ist eine Gesamtabwägung zwischen der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe erforderlich. Ist ein »Opt-out« ohne großen Aufwand möglich, ist von

einer eher geringen Eingriffsintensität auszugehen. Freilich wird die Förderung des (Altersvorsorge-)Sparens bislang jedenfalls häufig nicht als rechtfertigender Grund anerkannt, so dass de lege lata ein Beitrag des Arbeitgebers nötig erscheint.¹⁶³

Ein Beitrag der Arbeitnehmer kann verhältnismäßig sein, wenn der vom Arbeitgeber vorgesehene Dotierungsrahmen für den Großteil der Arbeitnehmer keine ausreichende Versorgung im Alter gewährleisten kann. Bei einer Kofinanzierung ist regelmäßig eine verbesserte Vorsorge der überwiegenden Mehrheit der Arbeitnehmer zu erwarten. Dies liegt sowohl im personalpolitischen Interesse des Arbeitgebers als auch des Betriebs und der Belegschaft. Nicht notwendig erscheint es, dass der Arbeitgeber die Hälfte oder mehr der Vorsorgebeiträge leistet. Bereits rein symbolische Beiträge des Arbeitgebers zu einer Entgeltumwandlung lassen eine automatische Einbeziehung allerdings noch nicht angemessen erscheinen. Eine hinreichend signifikante Besserstellung gegenüber einer Nichteinbeziehung in das Betriebsrentensystem wird man in Anlehnung an die gesetzlichen Regelungen in Großbritannien und Neuseeland annehmen können, wenn der Arbeitgeber mindestens 1 % des Lohnes und jedenfalls ein Drittel des Beitrags des Arbeitnehmers zur Entgeltumwandlung beiträgt. Sollen mehr als 4 % des Lohns in eine Entgeltumwandlung eingebracht werden, ist dem Eingriff in die Privatautonomie des Arbeitnehmers durch besondere Information und erleichterte Möglichkeit einer Beendigung der Einbeziehung in die Betriebsrentenzusage Rechnung zu tragen.

Die Einbeziehung in das Betriebsrentensystem darf nicht unumkehrbar gestaltet werden. Vorzusehen sind regelmä-

154 Vgl. BetrAV 2002, 12-20 und BetrAV 2011, 24-41.

155 Steinmeyer, FS Maydell, 2002, S. 683, 688.

156 Kemper, BetrAV 2002, 751, 752 (Leitsatz 14).

157 BAG, 11.7.2000 – 1 AZR 551/99 – NZA 2001, 462.

158 BAG, 11.7.2000 – 1 AZR 551/99 – NZA 2001, 462, 464.

159 Kreuzt, in: Wiese ua., GK-BetrVG (GK), 10. Aufl., München 2014, § 77 Rn. 357, zur Vermögensbildung auch Richardi, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 15. Aufl., München 2016, § 77 Rn. 104.

160 So freilich GK-Kreutz (Fn. 159), § 77 Rn. 357.

161 BAG, 11.7.2000 – 1 AZR 551/99 – NZA 2001, 462, 464 (Kantinenessen).

162 BAG, 11.7.2000 – 1 AZR 551/99 – NZA 2001, 462, 464.

163 Ohne dieses Erfordernis freilich Neufeld, BetrAV 2014, 661, eine Beteiligung des Arbeitgebers vorsehend Hanau, in: Hanau/Arteaga/Rieble/Veit (Hrsg.), Entgeltumwandlung (Fn. 146), Anhang II, Beispiel 2b).

ßige Termine, zu denen der Arbeitnehmer die Einbeziehung beenden kann. Grundsätzlich reicht es aus, wenn der »Opt-out« jährlich erklärt werden kann. Bei besonders hohen Beiträgen des Arbeitnehmers, insbesondere oberhalb des gesetzlich vorgesehenen Anspruchs auf Entgeltumwandlung, ist freilich eine jederzeitige Erklärungsmöglichkeit des Arbeitnehmers vorzusehen. Jedenfalls gute Praxis wird dann auch eine beschränkte Rückwirkung des Widerspruchs gegen die Einbeziehung in die Betriebsrentenzusage sein.

c) Regelung im Betriebsrentengesetz *de lege ferenda*

Als Handlungsoption *de lege ferenda* näher in Betracht zu ziehen sind Regeln zur automatischen Einbeziehung im Betriebsrentengesetz.¹⁶⁴ Hierfür bietet sich ein mehrstufiges System an.¹⁶⁵ Entsprechend der allgemeinen arbeitsrechtlichen Normenhierarchie haben tarifvertragliche Regelungen an erster Stelle zu stehen.¹⁶⁶ Bislang schenken die deutschen Tarifvertragsparteien dem Thema Betriebsrente freilich wenig Aufmerksamkeit. Dies könnte sich durch eine steuerliche Flankierung der im Diskussionspapier des BMAS vorgeschlagenen Maßnahmen ändern, weiter durch sonstige Vorteile für tarifvertragliche Regelungen sowie die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung. Freilich kann eine sozialpolitisch sehr zu begrüßende Neuausrichtung der Tarifpolitik kaum sicher vorhergesagt werden. Erfolgt sie, etwa für die über eine Mindestsicherung hinausgehende betriebliche Altersvorsorge,¹⁶⁷ könnte sie freilich die unterschiedliche Leistungsfähigkeit verschiedener Unternehmen einer Branche kaum nivellieren. Es verbliebe so jedenfalls ergänzender Regelungsbedarf.

Auf einer zweiten Stufe ausdrücklich zugelassen werden sollten deshalb Regelungen durch Betriebsvereinbarung,¹⁶⁸ eine explizite gesetzliche Regelung kann Unsicherheiten ausschließen, die hier aufgrund des Vorrangs von Tarifverträgen und der Notwendigkeit eines (kollektiven) Günstigkeitsvergleichs bestehen können. Auch bei einer bestehenden tarifvertraglichen Regelung sollte, abweichend vom grundsätzlichen Vorrang einer tariflichen Regelung, ein mit Blick auf den spezifischen Betrieb vereinbartes Modell möglich sein, dies jedenfalls, wenn die Arbeitnehmer auch unter Berücksichtigung besonderer Schutzbedürftigkeit etwa von Niedrigverdienern insgesamt nicht schlechter stehen. An dritter Stelle steht sodann die Vereinbarung im Arbeitsvertrag.

Nur subsidiär sollte eine automatische Einbeziehung gesetzlich vorgesehen werden.¹⁶⁹ Das ist insbesondere für

kleine und mittlere Unternehmen relevant, die häufig nicht der Tarifbindung unterliegen und auch nur selten über einen Betriebsrat verfügen.¹⁷⁰ Sollen nicht tarifvertragliche Regelungen für allgemeinverbindlich erklärt werden, erscheint eine solche – gegebenenfalls auch außerhalb des Betriebsrentengesetzes zu verankernde – Rückfallregel für eine hinreichende Verbreitung betrieblicher bzw. allgemein zusätzlicher Altersvorsorge sogar unabdingbar.¹⁷¹ Hilfreich wäre eine staatlich legitimierte Stelle, die konkretisierend tätig wird, wenn im Unternehmen bzw. Betrieb keine andere Regelung gilt und keine bundeseinheitliche Regelung geschaffen wird. Als solche Stelle in Betracht kommt die Deutsche Rentenversicherung, dies möglichst auf regionaler Ebene.¹⁷² In der Rentenversicherung sind die Arbeitnehmer bereits paritätisch vertreten. Ferner ist Expertise vorhanden, insbesondere um die Höhe der Entgeltumwandlung festzulegen.¹⁷³ Eine Verteilung der Zuständigkeit folgt dem Beispiel Neuseelands, das ebenfalls verschiedene Betreiber von Rückfallsystemen kennt sowie der oben näher beschriebenen aktuellen Entwicklung in den USA.¹⁷⁴ Bei einer gegebenenfalls schneller umzusetzenden bundesweiten und einheitlichen gesetzlichen Regelung kommt

164 Konkreter Formulierungsvorschlag für das Sozialpartnermodell Betriebsrente bei *Hanau/Arteaga*, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 79 ff., der sich freilich auf eine Regelung durch Tarifvertrag beschränkt. Nicht recht deutlich ist die Einordnung des Vorschlags der Deutschland-Rente, dazu oben III.4.

165 Im Vereinigten Königreich ist bei einer Leistungszusage kein automatic enrolment vorgesehen, dazu etwa Department of Work & Pensions, Automatic Enrolment evaluation report 2014 (Fn. 81), S. 35.

166 Zum Vorschlag des BMAS oben III.3. Fortentwicklung durch *Hanau/Arteaga*, Rechtsgutachten (Fn. 10), S. 12, 18 ff., 21 ff.

167 Zur Möglichkeit auch einer Mindestabsicherung durch Tarifvertrag oben V.1.b.

168 Dazu *Kisters-Kölkes*, FS Höfer, 2011, S. 107, 115: Arbeitgeber und Betriebsrat müssen den Arbeitnehmern deutlich machen, dass die Entgeltumwandlung attraktiv und sinnvoll ist.

169 Eine auch alte Zusagen betreffende automatische Einbeziehung ablehnend etwa *Gunkel/Swyter*, FS Höfer, 2011, S. 53, dazu auch *Hessling*, BetrAV 2011, 425, 427, zum Beibehalten bestehender Strukturen *Rolfs*, BetrAV 2014, 212, 213.

170 Dazu auch *Buntenbach*, BetrAV 2015, 95, 96.

171 Dies ist der Kern des Vorschlags einer Deutschland-Rente, dazu oben III.4.

172 Die Deutsche Rentenversicherung ist in 16 Trägern organisiert, woran angeknüpft werden könnte. Der Einzug der Versicherungsbeiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung erfolgt über die Einzugsstelle für den Gesamtsozialversicherungsbeitrag, dies sind die Krankenkassen, § 28i SGB IV.

173 Rechtstatsachen zur Entgeltumwandlung, § 1a BetrAVG, bei *Weber/Beck*, BetrAV 2014, 600. Zur Kombination aus Entgeltumwandlung und Riester-Rente Deutsche Rentenversicherung, *Zusätzliche Altersvorsorge: Altersvorsorge – heute die Zukunft planen*, 8. Aufl., Berlin 2/2015, S. 32; *Betriebliche Altersvorsorge*, 8. Aufl., Berlin 5/2014, Tipp S. 27.

174 Zum neuseeländischen KiwiSaver Act und den USA oben IV.1.d.

nach englischem Vorbild ein zentraler Rückfallfonds in Betracht.¹⁷⁵

Durch die Verzahnung mit der Rentenversicherung könnte die Höhe der vorgeschlagenen Entgeltumwandlung gegebenenfalls auch individuell an die voraussichtliche gesetzliche Rentenhöhe sowie das Anlageverhalten angepasst werden. Wünschenswert wäre nach englischem Vorbild ein staatlicher Beitrag zur Betriebsrente zumindest in Form höherer Steuerfreigrenzen.¹⁷⁶ Ein staatlicher Zuschuss könnte nach dem Vorbild der Riester-Rente durchaus einkommensabhängig gestaltet werden.¹⁷⁷ Die gesetzliche Rente von Geringverdienern ist im internationalen Vergleich sehr niedrig.¹⁷⁸ Sie könnte jedenfalls bei nicht unterhaltspflichtigen Vollzeitbeschäftigten auch durch Kapitaldeckung gesteigert werden. Generell bildet das deutsche Rentensystem die geringe Geburtenrate sowie die steigende Lebenserwartung nicht hinreichend ab und würde durch eine stärkere Kapitaldeckung nachhaltiger.¹⁷⁹

3. Auswahl der Altersvorsorgeeinrichtung und Kapitalanlage

Ausgewählt werden kann die Altersvorsorgeeinrichtung so weiter vom Arbeitgeber,¹⁸⁰ wo möglich im Einvernehmen mit den Arbeitnehmern. Nicht anzutasten sind die traditionellen Durchführungswege. Es muss dem Arbeitgeber weiterhin möglich sein, eine garantieförmige Zusage selbst zu gestalten bzw. auch eine Entgeltumwandlung garantieförmig auszugestalten. Hingegen könnte eine Befreiung vom Garantierfordernis des Betriebsrentengesetzes jedenfalls zunächst auf Vereinbarungen von Sozialpartnern beschränkt werden. Gerade aufgrund des gegenwärtigen geringen Vertrauens in die Finanzindustrie wäre es zumindest derzeit der Akzeptanz und Verbreitung betrieblicher Vorsorge förderlich, wenn dieser ein Tarifvertrag bzw. eine Betriebsvereinbarung zugrunde liegt, dies gilt insbesondere bei Fehlen einer Garantie des Arbeitgebers. Nur subsidiär sollte die Auswahl durch Gesetz¹⁸¹ oder die schon angesprochene neutrale Stelle erfolgen, also etwa die Deutsche Rentenversicherung,¹⁸² gegebenenfalls aber auch durch eine gemeinsame Einrichtung der Tarifpartner,¹⁸³ die nicht selbst die Vorsorgeleistungen anbieten muss.

Insbesondere wenn die Altersvorsorgeeinrichtung keine Garantie übernimmt, sind Anlagealternativen vorzusehen.¹⁸⁴ Dies ist aus der individuellen Vorsorge bekannt und geeignet, die Akzeptanz zu erhöhen. Arbeitnehmer können so ent-

sprechend ihrer Risikoneigung vorsorgen, müssen aber nicht zwingend eine Anlageentscheidung treffen.¹⁸⁵ Erhöht würde die Akzeptanz auch, wenn gemeinsame Einrichtungen von Tarifvertragsparteien bzw. gemeinsam verwaltete betriebliche Sozialeinrichtungen im Sinne von § 87 BetrVG (im Betrieb, Unternehmen und Konzern) als Träger fungieren, die ihrerseits Finanzdienstleister mit der Anlage und gegebenenfalls auch Garantie betrauen. Dies würde auch eine regelmäßige Anpassung von Kosten- und Anlagestrukturen ermöglichen sowie den Wettbewerb nicht auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Altersvorsorgevertrages beschränken.¹⁸⁶

Sollten künftig erhebliche Finanzmittel für Betriebsrentenzwecke angelegt werden, könnte dies langfristig eine grundlegende Umgestaltung der deutschen Wirtschaft zur Folge haben.¹⁸⁷ Möchte man die »Kraft der Provinz« erhalten,¹⁸⁸ legt dies eine Beteiligung auch an Kapitalgebern für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) nahe, diese sollte nicht auf Private Equity beschränkt bleiben. Kapitalgeber von KMU sind traditionell lokal oder regional operierende Sparkassen und Genossenschaftsbanken. Ein regionaler Fokus spricht für dezentrale Anlageentscheidungen und jedenfalls auch lokal investierende Altersvorsorgeeinrichtungen. Die Kosten des englischen National Employee

¹⁷⁵ Zum Vorschlag einer Deutschland-Rente oben III.4.

¹⁷⁶ Konkreter Vorschlag hierzu nunmehr von der Arbeitsgemeinschaft betriebliche Altersversorgung (aba) (Fn. 43), III.: Arbeitgeberbeitrag von bis zu 720 € (im Jahr), davon sollen im Lohnsteuerverfahren maximal 240 € (ein Drittel) zurückerstattet werden, grds. zustimmend auch *Gunkel*, BetrAV 2015, 193, 194.

¹⁷⁷ Eine steuerliche Förderung empfiehlt auch das BMF-Gutachten von *Kiesewetter/Grom/Menzel/Tschinkl*, (Fn. 10), S. 238 ff. Zur Einkommensabhängigkeit der Lebenserwartung *Jasilionis*, Demographische Forschung aus erster Hand 3/2013, 1, 2: mehr als drei Jahre bei 65-jährigen, aus aktuarischer Sicht *Hagemann/Niermann/Oecking*, BB 2012, 3129.

¹⁷⁸ OECD, Pensions Outlook 2014 (Fn. 38), S. 57.

¹⁷⁹ OECD, Pensions Outlook 2014 (Fn. 38), S. 24.

¹⁸⁰ Zum Grundsatz der Arbeitgeberzuständigkeit *Roth*, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 159.

¹⁸¹ Zum Vorschlag einer Deutschland-Renten oben III.4.

¹⁸² Zur Ausgestaltung der Höhe der einzuzahlenden Beiträge oben V.2.c.

¹⁸³ Zum Vorschlag des BMAS oben III.3.

¹⁸⁴ *Roth*, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 202, 654 (These 7).

¹⁸⁵ Zur Risikoneigung auch die Regelung in § 31 WpHG.

¹⁸⁶ Dazu auch *Roth*, Private Altersvorsorge (Fn. 10), S. 654 ff.

¹⁸⁷ Arbeitnehmerentgelt steht für etwa die Hälfte des deutschen Bruttonationaleinkommens von knapp 3 Bill. €, Statistisches Bundesamt, Bruttoinlandsprodukt 2014 für Deutschland, Wiesbaden 2015, S. 16.

¹⁸⁸ Dazu *Heribert Prantl*, Dankesrede für die Verleihung des Brüder-Grimm-Preises am 4. Februar 2012, <https://www.uni-marburg.de/aktuelles/news/2013a/prantl.pdf> (6.4.2016), S. 3.

Savings Trust (NEST)¹⁸⁹ sollten auch im Wettbewerb verschiedener Finanzdienstleister um die Einrichtung entsprechender Fonds zu erreichen sein.¹⁹⁰

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Die betriebliche Altersvorsorge sollte mit der gesetzlichen Rente den dualen Kern des deutschen Rentensystems bilden. Dies ist auch international üblich, freilich mit einer großen Bandbreite nationaler Lösungen, was gegen eine Komplettübernahme spricht. Aufgezeigt werden Handlungsmöglichkeiten, notwendig bleibt die Adaption an deutsche Verhältnisse. Stärkere Verbreitung und höhere Beiträge können durch ein automatic enrolment erzielt werden, dies primär durch tarifliche Regelungen oder eine Betriebsvereinbarung.

Für den Fall der Untätigkeit der Sozialpartner, fehlender Tarifbindung bzw. eines Betriebsrats sollte eine automatische Einbeziehung in eine Betriebsrentenzusage vorgesehen oder doch ermöglicht werden. Die Festlegung der Höhe

der Beiträge sowie deren Verwaltung kann bundesweit einheitlich oder dezentral durch eine neutrale Instanz erfolgen, etwa über die gesetzliche Rentenversicherung. Die Aufangregelung ist insbesondere für kleine Unternehmen und den Mittelstand relevant.

Das Ziel einer stärkeren Verbreitung bei kleinen und mittleren Unternehmen sowie die voraussichtlich länger anhaltende Niedrigzinsphase sprechen gegen eine Garantie der Arbeitgeber. Übernimmt bei reinen Beitragszusagen auch die Altersvorsorgeeinrichtung keine Garantie, sind Anlagealternativen vorzusehen. Die Arbeitnehmer sollten entsprechend ihrer Risikoneigung vorsorgen können. Die Akzeptanz wird so erhöht und durch eine kapitalgedeckte Betriebsrente die Altersvorsorge nachhaltig verbessert.

189 NEST verlangt Gebühren für die Einzahlung von Beiträgen sowie die Verwaltung: eine contribution charge von 1,8% sowie eine annual management charge von 0,3%.

190 Zum Versicherungswettbewerbsrecht *Dreher/Hoffmann/Kling*, Kartell- und Wettbewerbsrecht der Versicherungsunternehmen, 2. Aufl., München 2015, zum ggf. einschlägigen Vergaberecht bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung *Roth*, EuZA 2011, 213.

Auswirkungen von CETA und TTIP auf soziale Standards*

Prof. Dr. Reingard Zimmer, Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin

I. Einleitung

Die Auswirkungen der Handelsabkommen CETA¹ (Comprehensive Economic and Trade Agreement) und TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) auf soziale Standards in Europa werden mittlerweile von einer breiten Öffentlichkeit kritisch diskutiert. Staaten können Arbeitnehmerschutzrechte abbauen oder (notwendige) Verbesserungen von Schutzstandards unterlassen, um einen Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen Staaten zu erzielen. Diese Gefahr wird vorliegend in Bezug auf die Freihandelsabkommen CETA und TTIP untersucht.

Von zentraler Bedeutung für den Inhalt eines neuen Handelsabkommens ist, wer die Verhandlungsaenda bestimmt und welche Werte und Interessen als Verhandlungsmaxime zugrunde gelegt werden. Seit dem Vertrag von Lissabon liegt die Kompetenz zum Aushandeln internationaler (Investitions-)Abkommen nicht mehr bei den einzelnen Mitgliedstaaten, sondern bei der Europäischen Kommission. Das Europäische Parlament ist zwar an politischen Debatten beteiligt, nicht aber in die Verhandlungen eingebunden; Einfluss auf den Inhalt eines Abkommens kann nicht genommen werden. Bei dem Abschluss von bi- oder multilateralen völkerrechtlichen Abkommen mit Drittstaaten hat das Parlament gem. Art. 218 Abs. 4 lit. a AEUV lediglich ein Vetorecht, ein Abkommen kann folglich nur insgesamt abgelehnt, nicht aber inhaltlich verändert werden.²

Der Einfluss auf die Verhandlungen von TTIP scheint gesellschaftlich sehr ungleich verteilt zu sein, so waren bislang lediglich (transnationale) Unternehmen und deren Interessenvertretungen in Vorgespräche und Verhandlungen eingebunden, nicht aber die Zivilgesellschaft. Bei den ersten drei von der Kommission bekannt gegebenen Konsultationsrunden im Vorfeld der TTIP-Verhandlungen stammten die Eingaben zumeist von einzelnen Unternehmen, deren Verbänden oder Interessensvereinigungen, die über einen privilegierten Zugang zur EU-Kommission verfügen.³ Dieses spiegelt sich auch in der Zusammen-

zung der Vorbereitungsgruppe (High Level Working Group on Jobs and Growth, HLWG) wider, so waren auf europäischer Seite weder Expert/-innen für Umwelt noch für Sozialfragen beteiligt.⁴

Auch die Intransparenz des gesamten Verhandlungsprozesses ist problematisch, die Europäische Kommission gab trotz wiederholter Nachfragen aus der Zivilgesellschaft⁵ die Besetzung der Gruppe nicht preis, diese wurde schlussendlich von der US-Seite veröffentlicht.⁶ Zudem werden die Verhandlungen geheim geführt und die entsprechenden Dokumente sind oftmals entweder gar nicht oder nur für einen begrenzten Kreis zugänglich.⁷ Mittlerweile stellt die EU-Kommission Textentwürfe und »factsheets« im Netz bereit,⁸ auch der Abschlussbericht der HLWG vom Februar 2013⁹ sowie die vom Rat verabschiedeten Leitlinien für

* Hinweis der Redaktion: Das Manuskript wurde vor der Veröffentlichung der Verhandlungsdokumente für das TTIP-Abkommen durch Greenpeace auf <https://www.ttip-leaks.org> abgeschlossen.

- 1 Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada, of the one part, and the European Union and its Member States of the other part, online: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/september/tradoc_152806.pdf (20.04.2016).
- 2 Zu dem Vertragsschlussverfahren der EU siehe *Nawparwar*, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union zu internationalen Organisationen nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Europa- und Völkerrecht Bd. 4, Halle (Saale) 2009, insb. S. 25 ff.
- 3 Diese sind: European Round Table Industrialists (ERT), Trans Atlantic Business Dialogue (TABD), Business Europe, European Services Forum (ESF), deutscher Bankenverband sowie die Deutsche Industrie- und Handelskammer (DIHK). *Beck/Scherrer* beziffern den Einfluss der Industrie mit 80 % (der Eingaben), vgl. Das transatlantische Handels- und Investitionsabkommen (TTIP) zwischen der EU und den USA, HBS-Arbeitspapier Nr. 30, Düsseldorf 2014, S. 12 u. 50.
- 4 Vgl. <http://corporateeurope.org/trade/2013/06/who-scripting-eu-us-trade-deal> (18.4.2016).
- 5 Die Fragen wurden von der NGO *Corporate Europe Observatory* gestellt.
- 6 Siehe Auflistung unter: <http://corporateeurope.org/sites/default/files/hlwg-members.pdf> (18.4.2016).
- 7 Sogar die Abgeordneten des Europäischen Parlaments haben keinen ungehinderten Zugang zu den Dokumenten, vgl. *Bode*, TTIP – Die Freihandelslüge, München 2015, S. 29 ff.
- 8 Online: <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230> (4.5.2016).
- 9 Die HLWG wurde im November 2011 auf dem Gipfeltreffen von EU und USA eingesetzt, um Maßnahmen zur Steigerung von transatlantischem Handel und Investitionen vorzuschlagen. Siehe: HLWG, Final Report, 11.2.2013, http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/february/tradoc_150519.pdf (18.4.2016).

das EU-Verhandlungsmandat¹⁰ oder der CETA-Vertrags-text sind öffentlich.

II. Allgemeine Aspekte

Die allgemeine Zielsetzung von Freihandelsabkommen ist der Abbau von Handelshemmnissen, mithin der Abbau staatlicher Regulierung, die als nicht notwendig oder dem Wettbewerb hinderlich erachtet wird. Hierin liegt ein normatives Bekenntnis zum Freihandel bzw. zur Handelsliberalisierung; Lohnkostenwettbewerb und Sozialabbau werden als wachstumsfördernd erachtet. Diese Maxime ist als übergeordnete Zielsetzung in den horizontalen Kapiteln des CETA-Entwurfes formuliert und auch für TTIP verhandlungsleitend. Dementsprechend ist das Ziel der beiden Abkommen in erster Linie ein erweiterter Marktzugang für Waren und Dienstleistungen, dominierend sind Bestimmungen über die Liberalisierung und den Schutz von Investitionen auf Grundlage des höchsten Liberalisierungs-niveaus und der höchsten Investitionsschutzstandards, die von den Vertragsparteien in vorigen Abkommen (bspw. NAFTA und EU-Singapur) ausgehandelt wurden. Dieser Ansatz steht der Grundannahme des Arbeitsrechtes entgegen, wonach aufgrund der Machtasymmetrie zwischen den Parteien Arbeitnehmerschutzgesetze zum Schutz der schwächeren Arbeitnehmerseite zwingend erforderlich sind.

Die bilaterale HLWG hat die Empfehlung ausgesprochen, das Abkommen zwischen der EU und den USA (TTIP) nach dem Vorbild des CETA-Abkommens der EU mit Kanada breit zu fassen. Vorgesehen sind neben dem weiteren Abbau von Zöllen und Beschränkungen im Warenhandel, vor allem Liberalisierungen im Dienstleistungssektor, der Abbau (inländischer) Handelshemmnisse bzw. staatlicher Regulierung, eine Anpassung oder Harmonisierung regulativer (zB. technischer) Standards, größtmöglicher Investitionsschutz einschließlich geistiger Eigentumsrechte, die Öffnung des staatlichen Beschaffungswesens und wettbewerbspolitische Maßnahmen wie die Abschaffung staatlicher Begünstigungen oder von Vorschriften zu lokalen Wertschöpfungsanteilen.¹¹

III. Historische Entwicklung

Internationale Freihandelsabkommen wurden sowohl auf multilateraler, als auch auf bilateraler Ebene abgeschlossen. Den Anfang machte das General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) von 1947, das 1995 in die Gründung der World Trade Organisation (WTO) mündete.¹² Angesichts zunehmender Schwierigkeiten, im Rahmen der Welthandelsrunden¹³ eine Einigung über weitere Handelserleichterungen zwischen Nord- und Südländern auf multilateraler Ebene zu erzielen, sowie angesichts zunehmender Proteste globalisierungskritischer Kreise gegen die WTO-Agenda,¹⁴ wurden weitere Handelsliberalisierungen mit dem Abschluss von Freihandelsabkommen auf bilateraler Ebene realisiert. Nach dem Scheitern des multilateralen Investitionsschutzabkommens (Multilateral Agreement on Investment, MAI) im Rahmen der OECD 1998,¹⁵ wurden verstärkt auch bilaterale Investitionsschutzabkommen (Bilateral Investment Treaties) abgeschlossen. Mittlerweile gibt es nach Angaben der UNCTAD 2.928 solcher Abkommen (BITs),¹⁶ Deutschland hat 199 BITs abgeschlossen.¹⁷ Die Zusammenführung von (bilateralen) Freihandelsabkommen und (bilateralen) Investitionsschutzabkommen ist eine neuere Entwicklung, die erstmalig im NAFTA-Abkommen (North American Free Trade Agreement) realisiert wurde. Ein bilaterales Handels- und Investitionsschutzabkommen über

10 Rat der Europäischen Union, Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, 11103/13. Online: <http://www.ttip-leak.eu/> (18.4.2014).

11 Vgl. HLWG (Fn. 9).

12 Zur Entwicklung siehe online: https://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/fact4_e.htm (18.4.2016).

13 Hierbei handelt es sich um Treffen von Vertreter/-innen der WTO-Mitgliedstaaten, bei denen über weitere Handelserleichterungen verhandelt wird. Diese »Runden« sind jeweils nach dem Ort benannt, wo sie abgehalten werden, vgl. https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm (18.4.2016).

14 Das WTO-Treffen in Seattle 1999 bspw. konnte aber auf Grund von Auseinandersetzungen zwischen Globalisierungskritikern und Polizeikräften nicht wie geplant stattfinden. Die Bilder der Proteste gingen damals um die Welt, vgl. <http://www.spiegel.de/politik/ausland/seattle-strassenschlachten-ueberschatten-wto-gipfel-a-54872.html> (18.4.2016).

15 Zum MAI siehe: Burkard, Zum Spannungsverhältnis von Investitions- und Menschenrechtsschutz, Baden-Baden 2013, S. 35 f. sowie FES (Hrsg.), Das Multilaterale Investitionsabkommen MAI und die Umwelt, Bonn 1998, online: <http://www.fes.de/pdf-files/iez/00192.pdf> (18.4.2016).

16 Von diesen sind 2.276 noch in Kraft, vgl. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA> (18.4.2016).

17 Vgl. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/78> (18.4.2016).

einen mit TTIP vergleichbar großen Handelsraum existiert bislang nicht, wird hier doch mehr als ein Drittel des Welthandelsvolumens abgewickelt und mehr als die Hälfte des globalen Bruttosozialprodukts erwirtschaftet.¹⁸ Dieses Nord-Nord Abkommen wird große Auswirkungen auf die weitere Entwicklung der internationalen (Frei-) Handelsordnung haben und als Vorlage weiterer Verhandlungen dienen.

Das Projekt eines bilateralen Freihandelsabkommens zwischen der Europäischen Union und den USA, welches umfassenden Investitionsschutz gewährt, wird bereits seit Mitte der 1990er-Jahre von großen transnationalen Unternehmen aus den USA und der EU verfolgt. Vorangetrieben wurde der transatlantische Dialog über die Intensivierung des Freihandels durch den 1995 gegründeten *Trans-Atlantic Business Dialogue* (TABD), der nach dem Zusammenschluss mit dem *European-American Business Council* (EABC) Anfang 2013 in *Trans-Atlantic Business Council* (TABC) umbenannt wurde.¹⁹ Insgesamt wurde der Deregulierungsansatz auf beiden Seiten des Atlantiks vorangetrieben. War der handelspolitische Diskurs der Europäischen Kommission in den 1990er-Jahren ua. noch von dem Gedanken des Exportes marktkorrigierender ökologischer oder sozialer Standards beeinflusst, änderte sich dieses mit der neuen auf Handelsliberalisierung abzielenden »*Market Access Strategie*« der EU-Kommission von 1996, mit der Wettbewerbsfähigkeit und die Erschließung außereuropäischer Märkte zu bestimmenden Faktoren wurden. Bereits kurz nach Abschluss der Uruguay-Runde²⁰ sprach sich die EU im Rahmen der neugegründeten Welthandelsorganisation (WTO) für weitere Handelsliberalisierungen aus und forcierte in der Vorbereitung der Doha-Runde²¹ den Einbezug der als »*Singapore issues*« bezeichneten Themen Investitionen, Wettbewerbsrecht, öffentliche Beschaffung und Handelserleichterungen.²² Die handelspolitische Strategie der EU ging einher mit der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes, eingebettet durch Entscheidungen des EuGH wie *Dassonville*²³ und *Cassis-de-Dijon*²⁴. Darüber hinaus manifestierte sich die handelspolitische Strategie der EU in der Agenda von Lissabon (2000),²⁵ welche die Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik dem Ziel der Wettbewerbsfähigkeit unterordnete. Diese Strategie wurde neoliberal durch die »*Growth and Jobs Strategy*«²⁶ von 2005 erneuert. Die handelspolitische Liberalisierungsstrategie diente zudem der Begründung struktureller Reformen

des Binnenmarktes und manifestiert sich aktuell in den Maßnahmen zur Krisenbewältigung.

IV. Auswirkungen der »non-labour-provisions« auf Arbeitsstandards

1. Ökonomische und arbeitsmarktpolitische Auswirkungen

TTIP-Befürworter argumentieren mit enormen Wachstumsimpulsen durch das neue Freihandelsabkommen. So publizierte die EU-Kommission mit dem CEPR-Report²⁷

18 Krätke, Blätter für deutsche und internationale Politik 1/2014, 5.

19 Im April 2007 erfolgte zudem die Gründung des *Transatlantic Economic Council* (TEC) durch die Bundeskanzlerin und damalige EU-Ratspräsidentin Merkel, US-Präsident Bush und den damaligen EU-Kommissions-Präsidenten Barroso im Rahmen des *Framework for Advancing Transatlantic Economic Integration between the United States of America and the European Union*.

20 Die achte Verhandlungsrunde im Rahmen des GATT wird als Uruguay-Runde bezeichnet, sie lief von 1986 bis 1994 und endete mit der (550-seitigen) Schlussakte von Marrakesch, die gemeinsam mit dem GATT-Vertrag von 1947 die Grundlage der neuen Welthandelsordnung bildet. Vgl. Gablers Wirtschaftslexikon, online: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/uruguayrunde.html> (18.4.2016).

21 Die Doha-Runde stellt die aktuelle Verhandlungsrunde zur Erarbeitung neuer multilateraler WTO-Abkommen dar, sie begann nach der Ministerkonferenz der WTO in Doha/Katar 2001 und sollte ursprünglich bis Ende 2004 abgeschlossen sein. Ziel der Doha-Runde ist, Märkte weiter zu liberalisieren und umfassende Handelserleichterungen vor allem für Industrie- und Agrarprodukte sowie für Dienstleistungen (GATS) zu erreichen, vgl. WTO, online: https://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm (18.4.2016).

22 Beck/Scherrer (Fn. 3), S. 12.

23 Mit der *Dassonville*-Entscheidung fasste der EuGH den Anwendungsbereich der Grundfreiheit sehr weit: »jede Handelsregelung der MS, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handelsverkehr mittelbar oder unmittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, ist als Maßnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung anzusehen« und stellt somit eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit dar, EuGH, 11.7.1974 – C-8/74 – Slg. 1974, 837.

24 Mit der *Cassis-de-Dijon*-Entscheidung formuliert der EuGH Rechtfertigungsgründe für Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit: »Hemmnisse für den Binnenhandel der Gemeinschaft, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung [bestimmter] Erzeugnisse ergeben, müssen hingenommen werden, soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer [...] wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes [...]« EuGH, 20.7.1979 – C-120/78 – Slg. 1979, 649.

25 Zur Lissabon-Strategie vgl. Scherb, in: Mickel/Bergmann (Hrsg.), *Handlexikon der Europäischen Union*, 4. Aufl., Baden-Baden 2012.

26 Europäische Kommission, Mitteilung für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates, Zusammenarbeit für Wachstum und Arbeitsplätze. Ein Neubeginn für die Strategie von Lissabon, 2005, online: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=celex:52005DC0024> (4.5.2016).

27 Der Report wurde erstellt von dem Londoner Centre for Economic Policy Research (CEPR).

Zahlen über enorme positive Wachstums- und Beschäftigungsimpulse durch TTIP,²⁸ zu ähnlichen Untersuchungsergebnissen kamen auch zwei Studien des ifo-Instituts im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung sowie des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie.²⁹ Bei genauerer Betrachtung lässt sich jedoch feststellen, dass das von der Kommission in Auftrag gegebene CEPR-Gutachten von einem zusätzlichen durchschnittlichen Wachstum beim BIP von rund 0,04 %-Punkten pro Jahr für die EU (für die USA 0,03 %-Punkte) ausgeht.³⁰ Bezogen auf den Simulationszeitraum von zehn Jahren wären das verschwindend geringe Impulse.³¹ Auch zusätzliche Beschäftigungsimpulse durch TTIP sind bei genauerer Betrachtung nicht zu erwarten, da der prognostizierten steigenden Nachfrage nach Arbeitskräften in expandierenden Sektoren ein Abzug von Arbeitskräften aus anderen Sektoren gegenübersteht, sodass langfristig ein konstantes Beschäftigungsniveau zu erwarten ist.³² Der in den ifo-Studien bei einem umfassenden Freihandelsabkommen langfristig prognostizierte deutliche Anstieg des realen Pro-Kopf-Einkommens (gemessen durch das reale BIP pro Kopf),³³ wird aufgrund der Berechnungsmethode von ökonomischer Seite ebenfalls nicht für realistisch gehalten.³⁴

Kritische Wirtschaftswissenschaftler/-innen kommen insgesamt zu anderen, deutlich negativeren Ergebnissen, da sie auch mögliche negative Auswirkungen des Abkommens berücksichtigen, die bei den anderen Studien nicht in Rechnung gestellt werden. Zum Teil wird der volkswirtschaftliche Nutzen aufgrund der sozialen und makroökonomischen Kosten von TTIP um 40 % geringer angesetzt, als in dem von der EU-Kommission in Auftrag gegebenen Gutachten.³⁵ Einige Untersuchungen gehen daher von Anpassungs- und Übergangsverlusten aus, da Arbeitsplatzverlagerungen größer ausfallen dürften, als in den ifo-Studien formuliert.³⁶ Eine Untersuchung der Tufts-University prognostiziert nach einem Jahrzehnt TTIP gar Nettoverluste bei Exporten und dem BIP, sowie eine Absenkung des Nettoverdienstes und den Abbau von 600.000 Arbeitsplätzen.³⁷ Für Deutschland werden Nettoverluste bei Exporten von 1,14 %, die Absenkung des BIP von 0,29 %, die Absenkung des Nettoverdienstes um 3.400 € pro Beschäftigter/-m sowie der Abbau von 134.000 Arbeitsplätzen prognostiziert.³⁸

Eine vertiefte inhaltliche Auseinandersetzung mit den stark divergierenden Ergebnissen der unterschiedlichen Untersuchungen kann an dieser Stelle nicht erfolgen. Fest-

zuhalten ist, dass die Analysen jeweils auf Modellrechnungen basieren, die stark von den zugrunde liegenden Annahmen abhängen. Zusammenfassend lässt sich jedoch feststellen, dass die versprochenen Wohlfahrtsgewinne mehr als fraglich sind und die zu erwartenden Wachstums- und Beschäftigungseffekte selbst bei ausgesprochen optimistischen Szenarien äußerst gering ausfallen. Angesichts der in den letzten Jahren in erheblichem Umfang angestiegenen atypischen und prekären Beschäftigungsformen bei abnehmender Tarifbindung und der damit einhergehenden zunehmenden Einkommensungleichheit, ist vielmehr anzunehmen, dass mit zunehmender Deregulierung atypische Niedriglohnbeschäftigung weiter ansteigen wird.³⁹

Zu vermuten ist ferner, dass intensiviertere transatlantische Austauschbeziehungen insbesondere in Ländern, die bereits andere Handelsabkommen mit den USA oder

28 Vgl. *Francois/Manchin/Norberg/Pindyuk/Tomberger*, Reducing Transatlantic Barriers to Trade and Investment: An Economic Assessment, CEPR Final Project Report im Auftrag der EU-Kommission, London 2013.

29 Vgl. *Felbermayr/Heid/Lehwald*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (THIP): Wem nutzt ein transatlantisches Freihandelsabkommen? Teil 1: Makroökonomische Effekte, Studie des ifo-Instituts im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung, Gütersloh 2013; *Felbermayr/Larch/Flach/Yalcin/Benz*, Dimensionen und Auswirkungen eines Freihandelsabkommens zwischen der EU und den USA, Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, München 2013.

30 Vgl. *Francois/Manchin/Norberg/Pindyuk/Tomberger* (Fn. 28).

31 *Schreyer*, Die Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft (TTIP): Kann das geplante Abkommen halten, was es verspricht? WISO direkt, September/2014, S. 2 f., online: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/10965.pdf> (20.4.2016); *Stephan*, TTIP – Das Märchen vom Wachstums- und Beschäftigungsmotor, WISO direkt, Oktober/2014, S. 2, online: <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/10969.pdf> (20.4.2016).

32 *Stephan* (Fn. 31), S. 2.

33 Vgl. *Felbermayr/Heid/Lehwald* (Fn. 29) sowie *Felbermayr/Larch/Flach/Yalcin/Benz* (Fn. 29).

34 Siehe vertiefend *Capaldo*, The Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership: European Disintegration, Unemployment and Instability. Global Development and Environment Institute, Working Paper No. 14–03, Oktober 2014, S. 9 ff., online: http://ase.tufts.edu/gdae/policy_research/ttip_simulations.html (18.4.2016); sowie *Stephan* (Fn. 31), S. 3 ff.

35 So ein Gutachten der Österreichischen Forschungsstiftung für Internationale Entwicklung: *Raza/Grumiller/Taylor/Tröster/von Arnim*, ASSESS_TTIP: Assessing the Claimed Benefits of the Transatlantic Trade and Investment Partnership, ÖFSE Policy-Note 10/2014, online: http://www.oefse.at/fileadmin/content/Downloads/Publikationen/Policynote/PN10_ASSESS_TTIP.pdf (4.5.2016).

36 *Capaldo* (Fn. 34), S. 4 ff.; *Beck/Scherrer* (Fn. 3), S. 58; *Stephan* (Fn. 31), S. 3 ff.

37 Die Untersuchung greift auf eine Berechnungsmethode der Vereinten Nationen zurück, die auch Auswirkungen des Handels evaluiert, vgl. *Capaldo* (Fn. 34), S. 4 ff.

38 *Capaldo* (Fn. 34), S. 14.

39 So auch *Beck/Scherrer* (Fn. 3), S. 58.

der EU haben, zu Verdrängungseffekten, Arbeitsplatz- und Einkommensverlusten sowie schärferem Lohnwettbewerb führen, da diese Länder strukturelle Vorteile verlieren.⁴⁰

2. Liberalisierungsverpflichtungen und Investitionsschutzrecht

Investitionsschutzstandards finden sich sowohl in bilateralen Investitionsschutzabkommen, als auch in entsprechenden Kapiteln von Freihandelsverträgen. Umfasst werden Regularien zu *Nicht-Diskriminierung, billiger und gerechter Behandlung* (»*fair and equitable treatment*«) sowie das *Verbot direkter und indirekter Enteignung*.

a) Investition

Kap. 8 von CETA bezieht sich auf *Investitionen*, von großer Bedeutung ist daher die in Art. 8.1 enthaltene Definition. Insgesamt wird ein weiter kapitalbasierter Investitionsbegriff (»*asset-based*«) zugrunde gelegt, bei dem nicht nur klassische Formen ausländischer Direktinvestitionen, sondern auch sog. Portfolio-Investitionen geschützt werden,⁴¹ Einschränkungen sind lediglich dahingehend vorgesehen, dass nur Investitionen geschützt sind, die bereits getätigt wurden und im Einklang mit nationalem Recht erfolgt sind.⁴² Andere Abkommen hingegen, wie bspw. NAFTA, stellen auf einen unternehmensbasierten Investitionsbegriff (»*enterprise-based*«) ab.⁴³

Allerdings wird der Investorenbegriff durch die EU-Kommission auf solche Investoren begrenzt, die substantielle geschäftliche Aktivitäten in dem Land, in dem sie registriert sind, entfalten. Rechtlich unselbständige Zweigstellen oder Filialen (Briefkastenfirmen) sollen vom Anwendungsbereich ausgeschlossen sein. Leider wird nicht näher definiert, wann substantielle geschäftliche Aktivitäten vorliegen, auch wenn die Debatten um die Terminologie nicht neu sind.⁴⁴

b) Nichtdiskriminierung

Wie andere Freihandelsverträge auch, enthält CETA in Kap. 8 die Nichtdiskriminierungsverpflichtungen der *Inländerbehandlung* und *Meistbegünstigung* (bezogen auf den Investitionsschutz).⁴⁵ Die *Inländerbehandlung* verlangt, dass ausländischer Investoren keine weniger günstige Behandlung gewährt werden dürfen, als inländischen Unternehmen in vergleichbarer Situation: »*Jede Vertragspartei*

gewährt den Investoren der anderen Vertragspartei und den abgesicherten Investitionen bezüglich der Erstellung, des Erwerbs, der Erweiterung, der Führung, des Betriebs, der Verwaltung, der Aufrechterhaltung, der Nutzung und des Verkaufs oder der Veräußerung der Investitionen dieser Investoren in ihrem Territorium eine Behandlung, die nicht weniger günstig ist als die Behandlung, die sie in gleichartigen Situationen ihren eigenen Investoren und deren Investitionen gewährt« (Kap. 8, Art. 8.6.1 CETA),⁴⁶ dieses gilt auch bezogen auf Dienstleistungen.⁴⁷ Mit diesem Prinzip unvereinbar sind daher alle staatlichen Maßnahmen, die inländische gegenüber ausländischen Unternehmen besser stellen, hierunter fällt bspw. die Bevorzugung regionaler Unternehmen, es sei denn, spezifische Ausnahmebestimmungen kommen zur Anwendung,⁴⁸ gleiches gilt für die Meistbegünstigung (su.). Angesichts der unmittelbaren Anwendbarkeit der Grundfreiheiten in der EU ist diese Problema-

40 Zu diesen Ländern zählen bspw. Mexiko, Chile, Türkei, Länder Nordafrikas sowie weitere Länder, die intensiven Handel mit den USA oder der EU treiben, vgl. Beck/Scherrer (Fn. 3), S. 61.

41 Krajewski, Kurzgutachten zu Investitionsschutz und Investoren-Staat-Streitbeilegung im transatlantischen Handels- und Investitionsabkommen (TTIP), Mai 2014, S. 4, online: https://www.gruene-bundestag.de/fileadmin/media/gruenebundestag_de/Veranstaltungen/140505-TTIP/Kurzgutachten_Investitionsschutz_TTIP_Endfassung_layout.pdf (18.4.2016); Geiger, The Transatlantic Trade and Investment Partnership: A critical perspective, Columbia FDI Perspectives No. 119, April 2014, <http://ccsi.columbia.edu/files/2013/10/No-119-Geiger-FINAL.pdf> (18.4.2016).

42 Diese Einschränkungen finden sich in zahlreichen anderen Investitionsschutzabkommen und gehen zT. auf die schiedsgerichtliche Praxis zurück.

43 Krajewski, Kurzgutachten (Fn. 41), S. 4; zum Investitionsbegriff siehe: UNCTAD, Scope and Definition, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York und Genf 2011, S. 22.

44 Zu den Debatten über die Definition von *Investor* und *Investment*, siehe OECD, International Investment Law, Understanding concepts and tracking innovations, Paris 2008, online: <http://www.oecd.org/investment/internationalinvestmentagreements/40471468.pdf> (18.4.2016).

45 Für andere Bereiche wie Waren- und Dienstleistungshandel etc. finden sich jeweils eigene Bestimmungen zu Inländerbehandlung und Meistbegünstigung in den übrigen Kapiteln.

46 Hierbei handelt es sich um die nicht-autorisierte deutsche Übersetzung des konsolidierten Vertragstextes durch die BT-Fraktion Die Linke, der Originaltext von Kap. 8, Art. 8.6.1 CETA lautet: »*Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered investments, treatment no less favourable than the treatment it accords, in like situations to its own investors and to their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, conduct, operation, management, maintenance, use, enjoyment and sale or disposal of their investments in its territory.*« Diese Übersetzung wurde vor der letzten großen Vertragsänderung gefertigt, sodass die Normen nicht mehr identisch sind.

47 Krajewski/Kynast, Auswirkungen des Transatlantischen Handels- und Investitionsabkommens (TTIP) auf den Rechtsrahmen für öffentliche Dienstleistungen, Studie im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Erlangen/Nürnberg 2014, S. 34.

48 Fritz, Analyse und Bewertung des EU-Kanada Freihandelsabkommens CETA. Gutachten im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, Berlin 2015, S. 10; Krajewski, Kurzgutachten (Fn. 41), S. 6; Krajewski/Kynast (Fn. 47), S. 27 f.

tik nicht neu. Zu beachten ist hierbei jedoch, dass gemäß CETA auch faktische Diskriminierung von der Verpflichtung zur Inländerbehandlung umfasst ist, die Ungleichbehandlung muss folglich nicht intendiert gewesen sein. Auch formal neutrale staatliche Maßnahmen, die sich gleichermaßen auf alle Anbieter beziehen, können darunter fallen, wenn ausländische Anbieter überproportional davon betroffen sind.⁴⁹

Die in Kap. 8, Art. 8.7 CETA normierte *Meistbegünstigung* (»most-favoured-nation«, MFN) verpflichtet die Vertragsstaaten dazu, »Investoren [...] und den abgesicherten Investitionen [...] in ihrem Territorium eine Behandlung [zu gewähren], die nicht weniger günstig ist als die Behandlung, die sie in gleichartigen Situationen den Investoren eines Drittlandes und deren Investitionen gewährt.«⁵⁰ Investoren erhalten dadurch die Möglichkeit, sich auf andere Investitionsschutzabkommen des jeweiligen Gastlandes zu berufen, wenn diese eine günstigere Behandlung gewähren, als das fragliche BIT. Solch eine dynamische Verweisung ermöglicht den Import auch von zukünftigen Schutzregelungen für Investoren,⁵¹ selbst wenn diese von den Vertragspartnern ursprünglich nicht intendiert waren.⁵² Die EU kommuniziert zwar, dass eine solche Regelung für TTIP nicht beabsichtigt ist,⁵³ die entsprechende Formulierung der Begrenzung des MFN-Standards in CETA bezieht sich jedoch lediglich auf Verfahrensregeln, nicht auf materielle Schutzstandards.⁵⁴

Investoren können sich zudem auf Schutzregelungen aus älteren BITs der Vertragsparteien berufen, auch wenn diese aus heutiger Sicht geradezu bizarre Regelungen enthalten, wie bspw. der Handelsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Äthiopien von 1951.⁵⁵ Dieser legt in Art. VIII Abs. 5 fest: »Nationals and companies of either High Contracting Party which are permitted to establish or acquire enterprises within the territories of the other [...] Party shall enjoy the right to continued control and management of such Enterprises«, ähnlich Art. 5 Abs. 3 des Vertrages mit Oman von 1958⁵⁶ sowie Togo von 1966.⁵⁷ Diese ursprünglich zum Schutz deutscher Investoren gegen Enteignungen in Ländern wie Äthiopien, Oman oder Togo geschaffenen Klauseln sind aus heutiger Sicht überaus problematisch. Angesichts der Meistbegünstigungsklauseln in CETA und TTIP stellt die Gewährleistung von »continued control and management« in diesen BITs ein Einfallstor für Investoren dar, um sich gegen bundesdeutsche Gesetze zur Mitbestimmung im

Aufsichtsrat zu wenden. Damit könnten kanadische oder US-Unternehmen die paritätische Mitbestimmung im Aufsichtsrat in Deutschland mit schiedsgerichtlichen Verfahren angreifen.⁵⁸

Die von der EU-Kommission vorgesehenen Ausnahmeregelungen für Unternehmen der öffentlichen Versorgung sehen lediglich eine Beschränkung der Anbieterzahl, nicht jedoch einen Ausschluss ausländischer Anbieter in diesem Bereich, vor.⁵⁹ Auch strenge wettbewerbspolitische Regelungen für öffentliche oder öffentlich begünstigte Unternehmen, wie zB. das Verbot von Querfinanzierungen oder die Verpflichtung auf ein kommerzielles Betreiben, kann zu einer Verringerung der durch Ausnahmeregelungen erfassten Bereiche beitragen.⁶⁰

49 Diebold, Non-Discrimination in International Trade in Services, Cambridge ua. 2010, S. 38; Bsp. zur faktischen Diskriminierung: Xiao, Das Prinzip der Nichtdiskriminierung in einem künftigen multilateralen Investitionsabkommen, Baden-Baden 2007 (zugl. Saarland, Univ., Diss. 2006); online: <http://library.fes.de/pdf-files/stufo/cd-0395/diss.pdf> (18.4.2016).

50 Hierbei handelt es sich um die deutsche nicht-autorisierte Übersetzung des konsolidierten Vertragstextes, der Originaltext lautet: »Each Party shall accord to investors of the other Party and to covered investments, treatment no less favourable than the treatment it accords in like situations, to investors and to their investments of any third country [...]«.

51 Vgl. zu dem MFN-Mechanismus: UNCTAD, Most-favoured-nation-treatment, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York und Genf 2010, S. 107 ff.

52 Fritz (Fn. 48), S. 10 f.; Krajewski, Kurzgutachten (Fn. 41), S. 6.

53 Europäische Kommission, Public consultation on modalities for investment protection and ISDS in TTIP, Consultation document, S. 4, online: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2014/march/tradoc_152280.pdf (18.4.2016).

54 Krajewski, Kurzgutachten (Fn. 41), S. 6; vgl. Art. X.2 (4) of the consultation document: »For greater certainty, the 'treatment' referred to in Paragraph 1: a. does not include investor-to-state dispute settlement procedures provided for in other international investment treaties and other trade agreements, including compensation granted through such procedures [...]«.

55 Handelsabkommen zwischen der BRD und Äthiopien v. 7.9.1951, TIAS 2864, 4 UST 2134.

56 Handelsabkommen zwischen der BRD und Muscat and Oman and Dependencies v. 20.12.1958, TIAS 4530, 11 UST 1835.

57 Handelsabkommen zwischen der BRD und Togo v. 8.2.1966, TIAS 6193, 18 UST 1.

58 Zur Debatte in den 1970er-Jahren siehe Spengler, Die Mitbestimmung und das Völkerrecht, Baden-Baden 1975.

59 Rat der Europäischen Union, Leitlinien für die Verhandlungen über die transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika, S. 6 f.; online: <https://www.bmw.de/BMWi/Redaktion/PDF/S-T/ttip-mandat-kommentiert,property=pdf,bereich=bmw2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (4.5.2016).

60 Beck/Scherrer (Fn. 3), S. 56 f.

c) Billige und gerechte Behandlung

Zentraler Kern des Investitionsschutzrechtes ist der Standard der *billigen und gerechten Behandlung* (*fair and equitable treatment, FET*) in Kap. 8, Art. 8.10 CETA, auf den die meisten Investor-State-Dispute-Settlements (ISDS)-Verfahren gestützt werden.⁶¹ Dieser Standard wurde bislang in ISDS-Verfahren weit ausgelegt. Art. 8.10 CETA listet in Abs. 2 die Tatbestände auf, die einen Vertragsbruch begründen können, darunter: »Rechtsverweigerung«; »wesentliche Verletzung eines ordentlichen Gerichtsverfahrens«; »offensichtliche Willkür«; »gezielte Diskriminierung« oder »missbräuchliche Behandlung«.⁶² In Abs. 4 wird präzisiert, dass bei dem Investoren »berechtigten Erwartungen« hervorgerufen worden sein können, die auf einer »spezifische Zusicherung« basieren können. Zwar ist die Auflistung grundsätzlich abschließend,⁶³ allerdings ist gem. Art. 8.10.2 lit. f iVm. Abs. 3 CETA unter bestimmten Umständen eine Erweiterung der Kriterien möglich. Zudem ist zweifelhaft, ob die Formulierungen dazu geeignet sind, eine Eingrenzung vorzunehmen,⁶⁴ da Klagen in der Vergangenheit gerade auf die eben genannten auslegungsbedürftigen Tatbestände gestützt wurden⁶⁵ und auch in NAFTA vorgenommene Präzisierungsversuche keine Änderung der schiedsgerichtlichen Praxis bewirkten.⁶⁶

Zwar ist eine arbeitnehmerfreundlichere Auslegung dieser unbestimmten Rechtsbegriffe grundsätzlich möglich. Die Bestimmungen und Wertungen des Kap. 23 von CETA (*Trade and Labour*) könnten gem. Art. 31 Abs. 1 Wiener Vertragsrechtskonvention bei der systematischen Auslegung des FET-Standards bspw. dahingehend berücksichtigt werden, dass keine *offensichtliche Willkür* vorliegt, wenn die angegriffene staatliche Maßnahme mit den in Kap. 23 vereinbarten ILO-Übereinkommen oder den dort als wünschenswert erachteten arbeitspolitischen Zielen vereinbar ist. Angesichts der bisherigen schiedsgerichtlichen Praxis, ist eine solche Auslegung jedoch nicht sehr wahrscheinlich. Gerade der unbestimmte Rechtsbegriff der auf *spezifischen Zusicherungen* basierenden *berechtigten Erwartungen*, wird vielmehr als eine Stärkung der Investoreninteressen eingeordnet.⁶⁷

d) Direkte oder indirekte Enteignung

Zentraler Punkt des internationalen Investitionsschutzes ist zudem die Pflicht zur Entschädigung bei *direkten* oder *indirekten* Enteignungen, die »zügig, adäquat und effektiv«

zu sein hat (CETA, Kap. 8, Art. 8.12.1 lit. d. »Um eine indirekte Enteignung handelt es sich [gem. Anhang 8-A.1.b, Anm. d. Verf.], wenn eine Maßnahme [...] einen Effekt hat, der einer direkten Enteignung gleichkommt, indem hierdurch dem Investor im Wesentlichen die grundlegenden Attribute des Eigentums an seiner Investition, einschließlich des Rechts auf Nutzung und Veräußerung seiner Investition, entzogen werden, ohne dass eine formale Übertragung des Eigentums oder klare Beschlagnahme stattfindet«.⁶⁸ Erforderlich ist eine »tatsachenbezogene Untersuchung von Fall zu Fall«, die ua. auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der Maßnahme, Dauer, Zweck und Kontext sowie das Ziel abstellt (Anhang 8-A.2). Problematisch und im Hinblick auf soziale Standards relevant ist, dass hierunter auch regulative Maßnahmen fallen, die den Wert einer Investition mindern.⁶⁹ Zulässig sind »nichtdiskriminierende Maßnahmen«, die auf »legitime Ziele des Gemein-

61 75 % der ISDS-Verfahren, die von US-Investoren gewonnen wurden, stützen sich auf eine Verletzung des FET-Standards, vgl. Wallach, Fair and Equitable treatment and Investors' reasonable Expectations: Rulings in U.S. FTAs & BITs Demonstrate FET Definition Must be Narrowed, Washington D.C. 2012, Public Citizen Memorandum, online: <https://www.citizen.org/documents/MST-Memo.pdf> (18.4.2016).

62 Im englischen Originaltext: »Denial of justice in criminal, civil or administrative proceedings«; »fundamental breach of due process«; »targeted discrimination on manifestly wrongful grounds«; »abusive treatment of investors, such as coercion, duress and harassment [...]«.

63 Was eine Reaktion auf die frühere extensive Auslegung sein dürfte.

64 So auch: Fritz (Fn. 48), S. 11; Krajewski, Kurzgutachten (Fn. 41), S. 7; Fuchs, in: Sinclair/Trew/Mertins-Kirkwood (Hrsg.), Making Sense of CETA, An Analysis of the Final Text of the Comprehensive Economic and Trade Agreement, Canadian Centre for Policy Alternatives, Ottawa 2014, S. 16 f., online: <https://www.policyalternatives.ca/publications/reports/making-sense-ceta> (18.4.2016).

65 Notice of arbitration under the arbitration rules of the United Nations Commission on International Trade Law and chapter eleven of the North American Free Trade Agreement, *Lone Pine vs. Canada*, 6.9.2013, online: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw1596.pdf> (18.4.2016); sowie *Suez vs. Argentine*, ICSID Case No. ARB/03/17, Decision on Liability, 30.7.2010, online: <http://www.italaw.com/documents/SuezVivendiAWGDecisiononLiability.pdf> (18.4.2016).

66 *Porterfield*, A Distinction Without a Difference? The Interpretation of Fair and Equitable Treatment under Customary International Law by Investment Tribunals, IISD 22.3.2013, online: <https://www.iisd.org/itn/2013/03/22/a-distinction-without-a-difference-the-interpretation-of-fair-and-equitable-treatment-under-customary-international-law-by-investment-tribunals/> (18.4.2016).

67 Fritz (Fn. 48), S. 12; Fuchs (Fn. 64), S. 16 f.

68 Englischer Originaltext: »indirect expropriation occurs where a measure or series of measures of a Party has an effect equivalent to direct expropriation, in that it substantially deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without formal transfer of title or outright seizure«.

69 *Fisahn/Ciftci*, KJ 2015, 251, 261; Krajewski, Kurzgutachten (Fn. 41), S. 7 f.

wohls wie Gesundheit, Sicherheit und Umwelt« abstellen; soziale Standards finden hier keine Erwähnung. Allerdings formuliert der Annex den zusätzlichen Vorbehalt, dass die getroffenen Maßnahmen nicht »so schwerwiegend« sein dürfen, »dass sie [bezogen auf den intendierten Zweck, Anm. d. Verf.] klar überzogen erscheinen« (Anhang 8-A.3 CETA). Negative Effekte auf den Wert einer Investition führen nicht automatisch zu einer indirekten Enteignung, aber vernünftige Gewinnerwartungen der Unternehmen sind zu berücksichtigen.⁷⁰ Bei der Auslegung des Terminus der indirekten Enteignung im nationalen Verfassungsrecht würden die genannten Anforderungen eine recht hohe Hürde darstellen, zumal die Maßnahme vom Effekt her der direkten Enteignung gleichkommen müsste. In der Spruchpraxis des ISDS hingegen, wird eine weite Auslegung zugrunde gelegt, wie Fälle aus der Praxis zeigen (vgl. Kap. 3.b).

Als indirekte Enteignung könnten daher Schutzregelungen eingestuft werden, die für den Arbeitgeber mit Kosten verbunden und nicht von einer Ausnahmeregelung erfasst sind, bspw. signifikante Erhöhungen des Mindestlohnes, eine deutliche Verbesserung des Kündigungsschutzes oder volles equal-pay für Leiharbeiter/-innen.⁷¹ Auch eine Ausweitung der betrieblichen Mitbestimmung könnte aus Sicht kanadischer oder US-Investoren als Maßnahme angesehen werden, die den Wert ihrer Investition schmälert.⁷² Aufgrund des breiten Auslegungsspielraumes werden ISDS-Verfahren häufig auf indirekte Enteignung gestützt.⁷³

e) Ausnahmeregelungen

Problematisch erscheint zudem die Fixierung des jeweils erreichten Liberalisierungsniveaus in CETA. Über sogenannte »Stillhalteklauseln« (»lock-in«) werden zukünftige Regulierungsmöglichkeiten beschränkt. Staatliche Regulierung kann lediglich unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen verschärft werden, wenn es dadurch zu einer Verletzung von Investitionsschutzbestimmungen aus CETA (oder TTIP) kommt. Der Kreis der anwendbaren Ausnahmeregelungen ist begrenzt. Gem. Kap. 28, Art. 28.3.1 werden die Ausnahmen vom Nichtdiskriminierungsgrundsatz, die nach Art. XX.1 GATT (1994) gerechtfertigt wären, in CETA inkorporiert. Ausnahmen sind demnach (ua.) bezogen auf den Schutz der öffentlichen Moral, zum Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen, zum Schutz der erschöpflichen natürlichen Ressourcen oder bezogen auf

Maßnahmen, die sich auf Produkte aus Gefängnisarbeit beziehen, zulässig.⁷⁴ Arbeits- oder sozialrechtliche Schutzbestimmungen hingegen, können keine Ausnahme vom Nichtdiskriminierungsgrundsatz rechtfertigen. Zu rechtfertigen wären somit höchstens Maßnahmen des Arbeitsschutzes.⁷⁵

Die Rechtfertigungstatbestände des Art. XX GATT beziehen sich jedoch nur auf einen Teil des CETA-Investitionsschutzkapitels; der Schutz vor faktischer Enteignung sowie der Grundsatz der billigen und gerechten Behandlung fallen nicht darunter. Bestimmte Ausschreibungen oder Subventionen der öffentlichen Hand könnten daher als Verstöße gegen diese Investitionsschutzstandards zu werten sein.⁷⁶

Problematisch ist, dass zukünftige Regulierung nur eingeschränkt möglich ist. Ausnahmen von der Verpflichtung zur Liberalisierung in Kap. 8 (Investitionen) oder 9 (Dienstleistungen) sind über die geringfügigen bereits genannten Einschränkungen hinaus in speziellen, im Anhang zu CETA enthaltenen, Listen aufgeführt. Anders als im WTO-Dienstleistungsabkommen GATS, legt CETA (und auch TTIP) einen sogenannten *Negativlistenansatz* zugrunde. Werden in einer Positivliste die zu liberalisierenden Bereiche aufgeführt, sind demgegenüber bei einem Negativlistenansatz alle Bereiche, die nicht auf der Liste stehen, zur Liberalisierung freigegeben. Auch wenn mittlerweile eine Klausel in das Investitionskapitel eingefügt wurde, in der das Recht zur Regulierung aus legitimen politischen Gründen bekräftigt wird,⁷⁷ ist doch zweifelhaft, ob die Auslegung dieses neuen Passus (Kap. 8, Art. 8.9.1 CETA) derart weitgehend sein wird, dass die im Übrigen normierten Liberalisierungsverpflichtungen tatsächlich begrenzt werden. Als legitime Ziele der Politik

70 *Fisahn/Ciftci*, KJ 2015, 251, 261.

71 Zulässig sein könnten bspw. neue Arbeitsschutzstandards, sofern sie nicht »klar überzogen erscheinen« würden.

72 *Broß*, Freihandelsabkommen. Einige Anmerkungen zur Problematik der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, HBS-Report Nr. 4, Januar 2015, S. 16.

73 Siehe Bsp. bei *Fritz* (Fn. 48), S. 12 f.

74 Art. XX lit. a, b, e GATT 1994.

75 *Fritz* (Fn. 48), S. 5.

76 *Fritz* (Fn. 48), S. 13.

77 Kap. 8, Art. 8.9.1 CETA: »[...] the Parties reaffirm their right to regulate within their territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, safety, the environment or public morals, social or consumer protection or the promotion and protection of cultural diversity.«

für neue Gesetzgebung sind neben Gesundheit und Sicherheit der Bevölkerung, der Schutz der öffentlichen Moral sowie Sozial- oder Konsumentenschutz aufgeführt. Wie weitgehend im Streitfall ein legitimer Sozialschutz gehen darf, wenn dieser Unternehmensinteressen massiv beeinträchtigt, und ob der Arbeitnehmerschutz darunter fällt, ist angesichts der bisherigen schiedsgerichtlichen Praxis mehr als fraglich.

f) Auswirkungen auf den Dienstleistungssektor

In der Kritik steht insbesondere der für CETA und TTIP in Bezug auf die Öffnung von Dienstleistungen gewählte *Negativlistenansatz*.⁷⁸ Bei Negativlisten stehen alle Bereiche zur Liberalisierung offen, die nicht auf der Liste enthalten sind. Damit können neue Dienstleistungstätigkeiten wie Crowd Work⁷⁹ oder solche, die schlicht vergessen wurden, voll liberalisiert werden.⁸⁰ Die Europäische Kommission favorisiert eine enge Auslegung, wonach nur Dienstleistungen nichtwirtschaftlicher Natur, die von allgemeinem Interesse sind,⁸¹ ausgenommen sein sollen. Die im Dienstleistungskapitel von CETA von der Liberalisierung ausgenommenen Dienstleistungen beziehen sich auf solche, mit denen staatliche Souveränität ausgeübt wird (Kap. 9, Art. 9.2.2 lit. a). Bereiche, die teilweise privatisiert wurden, wie bspw. Wasserversorgung, Bildung und Gesundheitsdienstleistungen, werden als zumindest teilweise kommerziell und insoweit durch private Anbieter im Rahmen des Wettbewerbs erbringbar erachtet. Ausnahmen zum Schutz sozialer Standards finden sich in Kap. 9 nicht. Die USA wollen den Finanzsektor nicht erfassen, würde dieser unter TTIP fallen, so hätte dies gravierende Folgen für zukünftige Regulierungsvorhaben wie Transaktionssteuern, Handelsbeschränkungen für riskante Produkte etc.

Zu den durch TTIP stärker betroffenen Bereichen gehören unternehmensbezogene Dienstleistungen, Finanzdienstleistungen sowie Informations- und Kommunikationsdienstleistungen. Hier sind Wettbewerbs- oder Verdrängungseffekte durch ein grenzüberschreitendes Angebot oder Direktinvestitionen nicht unwahrscheinlich, auch der vermehrte Einsatz Selbstständiger und stärkerer Druck auf die Löhne im Bereich weniger qualifizierter und standardisierter Tätigkeiten wird prognostiziert.⁸² In beschäftigungsintensiven Sektoren wie dem der gesundheits- und sozialen Dienstleistungen ist eine verstärkte Aktivität US-amerikanischer Dienstleistungsunterneh-

men zu erwarten; Auswirkungen auf die Beschäftigungsqualität sind nicht auszuschließen. Angesichts von wachsendem Bedarf und bereits bestehendem Kostendruck im Gesundheitssektor, sind bei verschärftem Konkurrenzdruck weitere Arbeitsintensivierung sowie zunehmender Einsatz prekärer Beschäftigungsformen und anhaltender Lohndruck bei abnehmender gewerkschaftlicher Organisation in Deutschland denkbar.⁸³

Im Falle weiterer Liberalisierung sind auch Auswirkungen im Bildungsbereich zu befürchten, da vor allem US-amerikanische oder angelsächsische Bildungsanbieter und private Hochschulen seit geraumer Zeit stärker international ausgerichtet sind und über erfahrungs- und sprachbedingte Wettbewerbsvorteile verfügen. Die zu erwartenden Konkurrenzeffekte werden heimische Anbieter unter Anpassungsdruck setzen, was ebenfalls mit Personalabbau einhergehen könnte.

g) Öffentliche Beschaffung

Das Beschaffungswesen hat in der EU mit einem Volumen von ca. 350 Mrd. € einen Anteil von rund 18 % des BIP.⁸⁴ Über die öffentliche Beschaffung kann der Staat deutlich Einfluss auch auf soziale und ökologische Standards nehmen. Mit der neuen EU-Richtlinie 2014/24/EU⁸⁵ wurden diese Aspekte gestärkt, da der RL-Geber den Mitglied-

78 Sollte es auch bei TTIP bei einem Negativlistenansatz für den Dienstleistungssektor bleiben, so ist davon auszugehen, dass der Liberalisierungen über die im GATS vereinbarten Bereichsausnahmen in Bezug auf den öffentlichen Versorgungssektor hinausgehen, ebenso wie über die EU-Dienstleistungs-RL 2006/123/EG, von der die Bereiche Gesundheit, Finanzen, Verkehr oder Leiharbeit ausgenommen sind.

79 Crowd Worker werden über Internetplattformen bspw. damit beauftragt, CD-Cover zu überprüfen, Produkte zu beschreiben, Designs zu kreieren, Pkws zu entwickeln etc. Diese Tätigkeiten wurden vormals von Festangestellten ausgeführt, mittlerweile jedoch outgesourct. Siehe vertiefend: Benner (Hrsg.), *Crowdwork – zurück in die Zukunft? Perspektiven digitaler Arbeit*, Frankfurt aM. 2015; *Däubler/Klebe*, *Crowdwork: Die neue Form der Arbeit – Arbeitgeber auf der Flucht*, NZA 2015, 1032.

80 *Fritz* (Fn. 48), S. 16; *Krajewski/Kynast* (Fn. 47), S. 32 ff.

81 »Non economic services of general interest«.

82 *Beck/Scherrer* (Fn. 3), S. 59.

83 *Beck/Scherrer* (Fn. 3), S. 59.

84 Europäisches Parlament, Öffentliche Auftragsvergabe: Bessere Qualität und mehr Leistung für den Preis, Pressemitteilung vom 15.1.2014, online: http://www.europarl.europa.eu/pdfs/news/expert/infopress/20140110IPR32386/20140110IPR32386_de.pdf (18.4.2016).

85 Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014, ABl. 2014, L 94/65; die RL war bis zum 18.4.2016 in nationales Recht umzusetzen.

staaten in Art. 18 Abs. 2 vorgibt: »Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.« Soziale Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe können somit nach EU-Recht nicht mehr als »vergabefremd« bezeichnet werden, sondern sind im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes zu berücksichtigen.⁸⁶

Entsprechende soziale Kriterien finden in Kap. 19 CETA (öffentliche Beschaffung) jedoch nicht in vergleichbarer Weise Berücksichtigung. Auch wenn die Bestimmungen des Investitionskapitels (Kap. 8) zur Nicht-Diskriminierung gem. Kap. 8, Art. 8.1.5 CETA keine Anwendung auf die öffentliche Beschaffung finden, so normiert das Beschaffungskapitel doch eigene, recht ähnliche Bestimmungen. Kap. 19, Art. 19.4.1 CETA untersagt für Anbieter aus dem jeweils anderen Wirtschaftsraum eine weniger günstige Behandlung, als für Anbieter aus dem eigenen Wirtschaftsraum. Darüber hinaus sind gem. Kap. 19, Art. 19.4.6 CETA sogen. *Offsets* nicht zulässig. Die öffentliche Auftragsvergabe darf somit nicht an Bedingungen gekoppelt werden, welche die lokale Entwicklung fördern, die Leistungsbilanz verbessern, oder vergleichbare Anforderungen stellen.⁸⁷

Bestimmungen, die es ermöglichen, die Vergabe öffentlicher Aufträge an die Einhaltung sozialer Standards zu koppeln, sind in CETA kaum vorhanden. Kap. 19, Art. 19.3.2 stellt im Hinblick auf zulässige Ausnahmen (*Security and General Exceptions*) auf die bekannten Kriterien *Schutz der öffentlichen Moral, Ordnung und Sicherheit, der Gesundheit, sowie auf von Menschen mit Behinderungen oder durch Gefangenearbeit gefertigte Waren oder Dienstleistungen und auf mildtätige Einrichtungen* ab. Ein dezidiertes Verweis auf Arbeits- und Sozialstandards ist nicht vorhanden. Ob sich bspw. die Tariftreueregelungen in den Vergabegesetzen der deutschen Bundesländer unter »öffentliche Moral« subsumieren ließen, ist mehr als zweifelhaft,⁸⁸ lediglich Regelungen zum Arbeitsschutz könnten unter dem Verweis auf *Gesundheit* zu rechtfertigen sein. In Bezug auf die wenigen zulässigen sozialen Regelungen wäre zudem zu prüfen, ob die Beschaffungskriterien auch notwendig sind, also keine ungerechtfertigte Diskriminierung und keine unnötige Handelsbe-

schränkung darstellen.⁸⁹ Insgesamt droht – nach jetzigem Stand – bei Inkrafttreten von CETA und TTIP ein Aushebeln der in langen Debatten erarbeiteten neuen Beschaffungs-RL 2014/24/EU.

Im Zusammenspiel mit dem WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Agreement on Government Procurement, GPA)⁹⁰ dürften die Regelungen zur öffentlichen Beschaffung von CETA und TTIP Auswirkungen auch auf zukünftige bilaterale Handelsabkommen haben. Hierin liegt eine große Gefahr insbesondere für Entwicklungs- und Schwellenländer, deren Beschaffungsmarkt weniger für auswärtige Bieter geöffnet ist, als der Markt in Industrieländern. Würde unter Verweis auf CETA und TTIP eine deutliche Öffnung des dortigen öffentlichen Beschaffungsmarktes durchgesetzt werden, so verlören diese Länder ein wichtiges Instrument für ihre wirtschaftliche Entwicklung.

3. Investor-Staat-Streitschlichtung

a) Allgemeine Aspekte

Das Investor-Staat-Klageverfahren (Investor-State-Dispute-Settlement, ISDS) ermöglicht es ausländischen Investoren, Schadensersatz gegenüber einem Staat wegen möglicher Verletzung der Regelungen zum Investitionsschutz geltend zu machen. ISDS-Regelungen finden sich in vielen Freihandelsabkommen, insbesondere in solchen jüngeren Datums, aktuell enthalten mehr als 2.700 Abkommen derartige Regelungen zur Streitbeilegung.⁹¹ Zum Teil sind ISDS-Bestimmungen auch Bestandteil nationaler Bestimmungen zum Investitionsschutz oder in Verträgen eines Gaststaates mit Investoren zu finden,⁹² einige dieser ISDS-Klauseln im nationalen Recht oder

86 Dazu vertiefend: Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Baden-Baden 2015, insb. S. 32 ff. u. 77.

87 Art. 19.1 CETA definiert Offsets wie folgt: »any condition or undertaking that encourages local development or improves a Party's balance-of-payments accounts, such as the use of domestic content, the licensing of technology, investment, counter-trade and similar action or requirement«.

88 So auch Fritz (Fn. 48), S. 23.

89 Fritz (Fn. 48), S. 23.

90 Agreement on Government Procurement v. 6.4.2014. Auch dort finden sich keine Verweise auf Sozialstandards.

91 Hierbei handelt es sich sowohl um Freihandelsabkommen, als auch um BITs.

92 International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), Background Information on the International Centre for Settlement of Investment Disputes, Juni 2015, S. 1, online: <https://icsid.worldbank.org/apps/ICSIDWEB/about/Documents/ICSID%20Fact%20Sheet%20-%20ENGLISH.pdf> (18.4.2016).

in Investor-State-Verträgen sehen die Streitschlichtung vor nationalen Gerichten vor. Die Zahlen der ISDS-Verfahren sind in den letzten Jahren deutlich angestiegen.⁹³

In der Vergangenheit wurden die ISDS-Verfahren auf Schadensersatz überwiegend vor »privaten Schiedsgerichten«⁹⁴ geführt, was Anlass zu intensiver Kritik gab.⁹⁵ Diese Kritik führte zu einer Korrektur des CETA-Entwurfes, mittlerweile wurde die Schaffung eines öffentlichen Investitionsschiedsgerichts für Streitfälle von kanadischen oder EU-Investoren in CETA festgelegt,⁹⁶ ähnliche Vorschläge werden für TTIP diskutiert. ISDS-Mechanismen wurden ursprünglich geschaffen, um ausländische Direktinvestitionen in Ländern mit nicht-funktionierendem Justizsystem abzusichern, bspw. wenn nationale Gerichte extrem langsam arbeiten oder korrupt sind.⁹⁷ Bei der Gründung von NAFTA vor 20 Jahren wurde ISDS-Streitbeilegung aufgrund des Drängens der US-Seite und Kanadas Bestandteil des Abkommens, um US- und kanadische Investoren vor Enteignungen in Mexiko zu schützen. In der Praxis dienten die Regelungen jedoch in erster Linie US-Unternehmen, um gegen missliebige staatliche Regulierung in Kanada vorzugehen – obwohl Kanada über ein funktionsfähiges Rechtssystem verfügt, gleiches gilt für kanadische Unternehmen in den USA. So verklagt der kanadische Bergbaukonzern Lone Pine bspw. sein Heimatland Kanada über eine Briefkastenfirma in den USA.⁹⁸ Der Grundsatz des internationalen Rechts, dass internationale Gerichtshöfe erst angerufen werden können, wenn der nationale Rechtsweg erschöpft ist, findet keine Anwendung auf internationale Investitionsstreitigkeiten.⁹⁹ In entwickelten Rechtsstaaten führt ISDS folglich zu einem doppelten Rechtsschutz für ausländische Investoren, die nicht nur vor den nationalen Gerichten gegen staatliche Maßnahmen vorgehen können, sondern zusätzlich vor privaten Schiedsgerichten.¹⁰⁰ Dieser doppelte Rechtsschutz ist auch bei einem öffentlichen Investitionsschiedsgericht gegeben, das (ausländische) Investoren basierend auf CETA und TTIP zusätzlich anrufen können.¹⁰¹ Beispiele wie das von Vattenfall zeigen,¹⁰² dass Unternehmen von diesen Möglichkeiten durchaus Gebrauch machen.¹⁰³ Mittlerweile stellen Investitionsschutzabkommen daher eher einen Schutz vor rechtlichen Änderungen dar, die den Wert einer Investition mindern könnten, als einen Schutz vor ungerechtfertigter Enteignung.¹⁰⁴

Wie (weiter unten) aufgeführte Fallbeispiele zeigen, wurden die genannten unbestimmten Rechtsbegriffe des CETA-Investitionskapitels von der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit in der Vergangenheit eher weit ausgelegt. Die Entscheidungen variieren stark und jeder Fall ist ein ad hoc ISDS-Verfahren, das auf einem speziellen BIT basiert.¹⁰⁵ Was ein »legitimes öffentliches Interesse« darstellt oder wann eine »indirekte Enteignung« gegeben ist, wenn sich staatliche Maßnahmen nicht direkt gegen den Investor richten, wohl aber als Nebeneffekt den Wert der Investition beeinträchtigen, wird von der Schiedsgerichtsbarkeit nicht einheitlich beurteilt. Wann ist eine solche Beeinträchtigung nicht mehr »legitim«? Vor allem ad-hoc-Verfahren werden oftmals nicht einmal bekannt.¹⁰⁶ Die öffentliche Hand wird stark belastet, einerseits durch verlorene Verfahren, aber auch aufgrund der horrenden Verfahrenskosten.¹⁰⁷ Aufgrund möglicher hoher Entschädigungszahlungen¹⁰⁸ kann zudem zukünftige

93 So die Zahlen der Weltbank: ICSID (Fn. 92), S. 4 f.

94 Hiermit ist gemeint, dass es sich um Schiedsstellen außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit handelt. Der »private« Charakter der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit ist jedoch durchaus umstritten. Insbesondere die völkerrechtliche Grundlage wird für eine öffentlich-rechtliche oder eine »hybride« Form der Gerichtsbarkeit ins Feld geführt.

95 Vgl. (statt vieler) umfassend: Broß (Fn. 72); sowie v. Frankenberg, KJ 2014, 316 ff.; sowie Krajewski, EuZW 2015, 105.

96 Vgl. Kap. 8, Art. 8.2.7 ff. CETA.

97 v. Frankenberg, KJ 2014, 316, 318.

98 Eberhard, Investitionsschutz am Scheideweg, TTIP und die Zukunft des globalen Investitionsrechts, Berlin 2014, S. 6; vgl. auch: Lone Pine Resources Inc. v. The Government of Canada, ICSID Case No. UNCT/15/2, online: <http://www.italaw.com/cases/1606> (18.4.2016).

99 Krajewski, Kurzgutachten (Fn. 41), S. 10.

100 Krajewski, EuZW 2015, 105.

101 Dieses Gericht könnte dementsprechend von kanadischen oder US- bzw. europäischen Investoren angerufen werden. Für Streitigkeiten, die auf anderen Freihandelsabkommen oder BITs basieren, wären weiterhin die bislang genutzten »privaten« Schiedsgerichte zuständig.

102 Vattenfall geht einerseits vor dem BVerfG gegen das Gesetz zum Atomausstieg vor, betreibt jedoch gleichzeitig ein Verfahren vor einem privaten Schiedsgericht, wo der Konzern auf Entschädigung klagt, das Verfahren hat einen geschätzten Streitwert von 4,6 Mio. € (Vattenfall ua. vs. Federal Republic of Germany, ICSID-Case No. ARB/09/6).

103 Das führt in der Praxis zu einem Nachteil nationaler Investoren, denen lediglich der Rechtsweg zur staatlichen Gerichtsbarkeit offensteht.

104 Broß (Fn. 72), S. 11.

105 Hess, FS Stein, 2015, S. 163, 166.

106 Hess, FS Stein, 2015, S. 163, 169.

107 Die Streitwerte reichen von mehreren Millionen bis zu Beträgen über 1 Mrd. US-\$, so verpflichtete ein Schiedsgericht Ecuador 2012 zu einer historisch bislang einzigartigen Schadensersatzsumme von 2,4 Mrd. US-\$ (inklusive Zinsen und Verfahrenskosten), vgl. Eberhard (Fn. 98), S. 6.

108 So war Argentinien bspw. mit Forderungen iHv. bis zu 800 Mio. US-\$ konfrontiert, zit. nach Hess, FS Stein, 2015, S. 163, 171.

staatliche Regulierung beeinflusst werden, da sie mit einem hohen ökonomischen Risiko behaftet sein kann. Regierungen könnten also gesetzliche Bestimmungen aufgrund drohender Verfahren abändern oder aber, sozusagen in voraus-eilendem Gehorsam, neue gesetzliche Bestimmungen gleich in abgeschwächter Form verabschieden, um eine Streitigkeit im Vorhinein auszuschließen. Diese problematischen Faktoren sind auch bei einem neuen, zusätzlichen öffentlichen Investitionsschiedsgericht gegeben, lediglich der Mangel an Demokratie wäre beseitigt. Zudem bleibt die Frage der Notwendigkeit eines zusätzlichen Gerichts offen, zumal nicht klar ist, ob ein solches nicht auch wirtschaftsfreundlich und neoliberal ausgerichtet wäre.

b) Aktuelle Klagen von Investoren gegen Staaten

Es gibt diverse Klagen von Investoren vor internationalen Schiedsgerichten gegen Umweltbestimmungen, Regularien im Gesundheitssektor, kulturellem Erbe oder aufgrund von Menschen- bzw. Arbeitsrechtsbestimmungen. Die Ad-hoc-Entscheidungen beziehen sich auf das jeweils einschlägige BIT und sind nicht einheitlich; Schiedsrichter/-innen sind nicht zwingend an die Judikatur anderer Schiedsgerichte gebunden.¹⁰⁹ Derartige Klagen können sich einerseits gegen bestehende rechtliche Bestimmungen eines Landes richten, es ist aber auch das Szenario denkbar, dass ein Staat aufgrund befürchteter Klagen keine neue Gesetzgebung erlässt oder bestehende Standards aufweicht, ohne dass es zu einer Klage durch den Investor gekommen ist.

c) Beispiele für Klagen von Investoren gegen Staaten

Folgende Verfahren mit Bezug zu Sozialstandards sind aktuell anhängig oder wurden kürzlich entschieden:

(1) Verfahren aufgrund indirekter Enteignung

- *Goetz ua. vs. Burundi*: 1995 verklagten belgische Investoren Burundi, da das Land der Firma AFFIMET, die mit Extraktion und Vermarktung besonderer Metalle befasst war, aufgrund geänderter Gesetzeslage die zuvor gewährten Steuer- und Zollprivilegien entzogen hatte. 1999 wurde der Fall für beendet erklärt, nachdem Burundi den Investoren die angefallenen Zahlungen für Steuer und Zoll iHv. 3 Mio. US-\$ zurückgezahlt hatte.¹¹⁰
- *Noble Ventures vs. Rumänien*: 2001 verklagte der US-Rohstoffkonzern Rumänien und stützte das Verfahren

neben indirekter Enteignung auch auf eine Verletzung des FET-Standards. Der Konzern hatte ein ehemaliges Staatsunternehmen gekauft, dessen Privatisierung sich durch Proteste verteuert hatte; die amerikanischen Investoren waren der Ansicht, dass die rumänischen Behörden sie nicht ausreichend vor Streiks und Betriebsbesetzungen gewarnt hätten und verklagten das Land auf 365 Mio. US-\$ Schadensersatz. Obwohl Vertragsverletzungen angenommen wurden, konnte Rumänien den Fall 2005 gewinnen, da die Kausalität zwischen Vertragsverletzungen und Schaden nicht hinreichend belegt werden konnte. Trotz gewonnenem Verfahren fielen auch für Rumänien hohe Kosten an, da die Verfahrenskosten geteilt wurden.¹¹¹

- *Paushok vs. Mongolei*: Das in russischem Eigentum befindliche mongolische Bergwerksunternehmen KOO Golden East-Mongolia klagte gegen eine 2006 von der Mongolei eingeführte Steuer auf Sondergewinne aus Goldverkäufen, sowie gegen eine Strafsteuer in Höhe des zehnfachen des nationalen Monatslohnes für jeden ausländischen Arbeiter nach Überschreiten einer 10%-Hürde. Geltend gemacht wurde neben der indirekten Enteignung auch eine Verletzung des FET-Standards. Dieses Verfahren ist eines der (wenigen) Beispiele, in denen der Staat 2011 siegreich aus dem Schiedsverfahren hervorging, da die Kläger nicht erfolgreich darlegen konnten, dass ihre legitimen Erwartungen darauf, dass die Steuer nicht erhöht werden würde, berechtigt waren.¹¹²
- *Foresti ua. vs. Südafrika (Nichtdiskriminierung)*: 2007 verklagten italienische und luxemburgische Investoren Südafrika auf 350 Mio. US-\$ Entschädigung, weil ein neues Bergbau-Gesetz Elemente zur Anti-Diskriminierung von Schwarzen aus dem *Black Empowerment Act* enthielt. Investoren hätten Unternehmensanteile an »historisch benachteiligte Südafrikaner/-innen« verkaufen müssen. Nachdem die Investoren neue Lizenzen erhalten hatten, durch die sie weniger Anla-

¹⁰⁹ Das gilt nicht einmal für ICSID-Fälle, vgl. Hess, FS Stein, 2015, S. 163, 166 f.

¹¹⁰ *Goetz ua. vs. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/95/3, online: <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/95/3> (18.4.2016).

¹¹¹ *Noble Ventures vs. Rumänien*, ICSID Case No. ARB/01/11, online: <http://www.italaw.com/documents/Noble.pdf> (18.4.2016)

¹¹² *Paushok vs. Government of Mongolia*, online: <http://www.italaw.com/documents/PaushokAward.pdf> (18.4.2016).

gekapital verkaufen mussten, wurde der Fall 2010 für beendet erklärt.¹¹³

- *Achmea vs. Slowakei (staatliche Krankenversicherung)*: 2006 wurde in der Slowakei eine linke Regierung gewählt. Grund dafür war nicht zuletzt der Unmut der Bevölkerung über die Privatisierung des Gesundheitssystems. Einer der ersten Schritte der neuen Regierung war daher die Einschränkung des Rechts privater Versicherungsunternehmen, Gewinne aus dem öffentlichen Gesundheitssystem abziehen. Der niederländische Versicherungskonzern Achmea sah dadurch seine Profite bedroht und sicherte sich durch eine Investorenschutz-Klage letztlich 25 Mio. € an öffentlichen Mitteln als »Entschädigung«. Seit 2012 will die slowakische Regierung eine staatliche Krankenversicherung für alle einführen. Die beiden Privatkassen des Landes sollten mittels Aufkauf oder notfalls per Enteignung vom Staat übernommen werden und mit der staatlichen Kasse fusionieren. Denn die privaten Versicherungen hatten in nur fünf Jahren mehr als 1 Mrd. € an Geldern, die die Versicherten von Gesetzes wegen einzahlten, als Gewinn dem System entzogen. Durch Investorenschutzklagen ist es Achmea gelungen, die Einführung einer öffentlichen Krankenversicherung bislang zu verhindern.¹¹⁴

(2) Schiedsgerichtsverfahren aufgrund vertraglicher Zusicherungen

- *Centerra vs. Kirgistan*: 2006 klagte das kanadische Bergbauunternehmen, nachdem die kirgisische Regierung einen Lohnzuschlag für Minenarbeiter verfügte, die in großer Höhe arbeiten müssen (die Kumtor Goldmine von Centerra befindet sich auf über 4000 Meter über dem Meeresspiegel und gilt als die zweithöchste der Welt).
- *Veolia vs. Ägypten (Mindestlohn)*: 2012 verklagte das französische Versorgungsunternehmen Veolia Ägypten auf Basis des BIT zwischen Frankreich und Ägypten wegen angeblicher Verletzung eines Vertrags zur Müllentsorgung in der Stadt Alexandria. Die Stadt hatte Veränderungen des Vertrags verweigert, mit denen Veolia höheren Kosten begegnen wollte – unter anderem aufgrund der Einführung eines Mindestlohns. Laut Medienberichten fordert Veolia 82 Mio. € Entschädigung.¹¹⁵

Beispiele mit Bezug zur Verletzung von Arbeitsrechten sind nicht sehr häufig zu finden, zahlreiche Beispiele aus dem Umweltbereich können jedoch veranschaulichen, inwieweit Unternehmen Investitionsschutzbestimmungen nutzen, um strengere Umweltgesetze anzugreifen.¹¹⁶

V. Sozialstandards im Kapitel zu Labour

Investitionsschutz oder Handelsabkommen jüngerer Datums enthalten nicht selten ein Nachhaltigkeits- bzw. Sozialkapitel. Prozentual gesehen finden Arbeitsstandards jedoch lediglich in 5,5 % aller BITs Berücksichtigung, mit langsam ansteigender Tendenz.¹¹⁷ Freihandelsabkommen enthalten häufiger ein Sozialkapitel.¹¹⁸ Allerdings kann diese Berücksichtigung sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Während einige Abkommen lediglich allgemein in der Präambel Bezug auf nachhaltige Entwicklung oder verantwortliches unternehmerisches Handeln nehmen,¹¹⁹ enthalten andere Abkommen ein eigenes Sozialkapitel mit dezidiert ausgestalteten Standards. Aber können solche Sozialklauseln in Handelsabkommen tatsächlich dazu bei-

113 IAPP, *Forectic ua. vs. South Africa (Italy-South Africa BIT)*, 2012, online: http://iiapp.org/media/uploads/foresti_v_south_africa.rev.pdf (18.4.2016).

114 *Achmea B.V. vs. The Slovak Republic*, PCA-case no. 2013-12, online: <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw3207.pdf> (18.4.2016).

115 *Karadelis*, Global Arbitration Review 28.6.2012, online: <http://globalarbitrationreview.com/news/article/30644/can-veolia-trash-egypt-icsid> (18.4.2016).

116 So klagt bspw. das Bergbauunternehmen Pacific Rim auf Basis der Investitionsschutzregeln von CAFTA gegen ein Bergbaumoratorium in El Salvador, das infolge massiver Proteste der Bevölkerung gegen Umweltzerstörung und Wasserverschmutzung durch den Bergbau verhängt wurde. Da Pacific Rim seine geplante Goldmine »El Dorado« aus diesem Grund nicht in Betrieb nehmen konnte, fordert das Unternehmen 301 Mio. US-\$ Entschädigung für seinen entgangenen Gewinn (mehr als 1 % des BIP von El Salvador). Pacific Rim hat seinen Hauptsitz in Kanada und klagt über eine Tochtergesellschaft im US-Bundesstaat Nevada, da Kanada keine Vertragspartei von CAFTA ist; vgl. *Kirsch/Moore*, Mining, Corporate Social Responsibility and Conflict: OceanaGold and the El Dorado Foundation in El Salvador, 2016, online: http://miningwatch.ca/sites/default/files/el_dorado_foundation_report_2016_eng.pdf (18.4.2016).

117 Die Untersuchung berücksichtigt alle von 1959 bis Ende 2013 abgeschlossenen BITs, vgl. *Gordon/Pohl/Bouchard*, Investment Treaty Law, Sustainable Development and Responsible Business Conduct: A Fact Finding Survey, OECD Working Paper on International Investment 1/2014, S. 15.

118 Mitte 2013 enthielten 58 aller bei der WTO registrierten 248 Freihandelsabkommen ein Arbeitsrechtskapitel, vgl. *Ebert*, Social Dimensions of Free Trade Agreements, ILO-Publication, 2. Aufl., Genf 2013, S. 19, online: http://www.ilo.org/global/research/publications/WCMS_228965/lang-en/index.htm (18.4.2016).

119 *Gordon/Pohl/Bouchard* (Fn.117) identifizierten bei 7,4 aller BITs eine solche Formulierung.

tragen, Sozialstandards sicherzustellen? Die Kapitel enthalten idR. keine neuen Arbeitsrechtsbestimmungen, sondern beziehen sich auf (ILO-) Übereinkommen, die von den Parteien zumeist bereits ratifiziert wurden. In der Regel wird vor allem bekräftigt, für die 1998 proklamierten ILO-Kernarbeitsnormen einzutreten.¹²⁰

In allen EU-Freihandelsabkommen sind die Nachhaltigkeits- bzw. Sozialkapitel vom »normalen« Sanktionsmechanismus ausgenommen (so zB. Abkommen aus jüngerer Zeit mit Kolumbien und Peru oder mit Südkorea). Neben einem zwischenstaatlichen Dialog,¹²¹ gibt es lediglich einen Konsultations- bzw. Beschwerdemechanismus, wobei Beschwerden nur von Vertragsparteien (gegen die andere Vertragspartei) eingelegt werden können, nicht von der Zivilgesellschaft.¹²² Empfehlungen bezogen auf den Streitgegenstand der Beschwerde können ausgesprochen werden (mit nachfolgendem Monitoring), aber auch bei fortgesetzten Verstößen werden keine Sanktionen ausgesprochen, da die Europäische Kommission Dialog und Anreizsysteme favorisiert.¹²³

Aber auch wenn Nachhaltigkeitskapitel dem »normalen« Sanktionsinstrumentarium unterfallen, wie in US-Handelsabkommen der Fall,¹²⁴ scheint die Wirkung eher begrenzt zu sein. So wurde 2014 von den USA erstmalig überhaupt der reguläre Streitbeilegungsmechanismus eines BIT wegen kontinuierlicher Arbeitsrechtsverletzungen in einem Land eingeschaltet. Erste Beschwerden gegen Guatemala waren bereits 2009 eingelegt worden – das Verfahren dauerte folglich fünf Jahre.¹²⁵ Angesichts von 13 US-Freihandelsabkommen, die ein Sozialkapitel mit Arbeitsrechtsbestimmungen enthalten, kann das nur als schwache Bilanz bezeichnet werden. Bei allen 37 Beschwerden, die im Rahmen des NAALC (North American Agreement on Labour Cooperation)¹²⁶ eingelegt wurden, blieb es bei Konsultationen und öffentlichen Anhörungen, es wurde keine einzige Sanktion verhängt. Die Hürde für Sanktionen ist hoch: Art. 16.2.1 lit. a NAALC verlangt: »a failure to effectively enforce its labor laws through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade between the parties«.¹²⁷ Die Ermordung guatemaltekischer Gewerkschafter/-innen fiel mangels Handelsbezug nicht darunter.¹²⁸ Relevant wäre der Fall bspw. gewesen, wenn die Gewerkschafter ermordet worden wären, um Investitionen ins Land zu holen.¹²⁹

Eine drei-Jahres-Studie des Washington Office on Latin America von 2009, welche die Auswirkungen von CAFTA-DR

analysiert, konnte keine Verbesserung der Arbeitsbedingungen oder Verringerung der Arbeitsrechtsverletzungen feststellen. Nicht ein einziges Streitbeilegungsverfahren wurde aufgrund von Arbeitsrechtsverletzungen initiiert, wohl aber 16 Verfahren von Investoren.¹³⁰

Auch das Kapitel zu Handel und Arbeit in CETA enthält lediglich Regelungen, die nicht dem Streitbeilegungsmechanismus des Abkommens unterliegen, gleiches ist für TTIP anzunehmen. Zwar wird für TTIP eine Folgenabschätzung diskutiert, es ist jedoch fraglich, ob das überhaupt praktische Auswirkungen haben wird, wie das Beispiel CAFTA-DR gezeigt hat.

Grundsätzlich könnten die Wertungen des Arbeitskapitels bei Abwägungen im Rahmen der Zulässigkeit von Begrenzungen der Investitionsschutzbestimmungen berücksichtigt werden,¹³¹ angesichts der bisherigen schiedsgerichtlichen Praxis ist eine solche Auslegung jedoch mehr als unwahrscheinlich.

120 *Prislan/Zandvliet*, Labour Provisions in International Investment Agreements: Prospects for Sustainable Development, Grotius Centre Working Paper 2013/003-IEL, S. 23.

121 Der Dialogmechanismus wird analysiert von: *Ebert*, Labour Standards in Mega-Regional Trade Agreements: the Case of TPP and TTIP, Working Paper November 2015, S. 20 ff.

122 Für eine umfassende Analyse siehe: *Zimmer*, RIW 2011, 625 ff. oder *Zimmer*, Sozialklauseln im Nachhaltigkeitskapitel des Freihandelsabkommens der Europäischen Union mit Kolumbien und Peru, in: Scherrer/Hänlein (Hrsg.), Sozialkapitel in Handelsabkommen. Begründungen und Vorschläge aus juristischer, ökonomischer und politologischer Sicht, Baden-Baden 2012, S. 141 ff.

123 Kritisch zu Arbeitsrechten im EU-GSP-System: *Vogt*, IJCLL 2015, 285 f., der aufzeigt, dass auch bei fortgesetzten Arbeitsrechtsverstößen, wie im Falle von Pakistan oder Guatemala, diese Länder weiterhin in den Genuss von GSP+ kommen.

124 Zum US-Ansatz vergleiche: *Ebert* (Fn. 121), S. 5 ff. und 27 ff.

125 Allerdings gab es in diesem Prozess eine Unterbrechung, da Guatemala zwischenzeitlich einen Enforcement Plan unterschrieben hatte, woraufhin die USA das Verfahren anhielten. Als Guatemala diesem Plan nach Ansicht der USA nicht nachkam, nahmen diese das Verfahren wieder auf.

126 NAALC ist das Sozialkapitel, mithin der »arbeitsrechtliche Teil« von NAFTA.

127 Ähnliche Bestimmungen finden sich in anderen Abkommen, bspw. in Art. 6 Abs. 4 lit. a des Handelsabkommens zw. den USA und Jordanien oder in Art. 15.2 Abs. 1 lit. a des US-Abkommens mit Bahrain.

128 Es wurde eine Beschwerde eingereicht, wobei Guatemala keine Vertragspartei von NAFTA ist.

129 Ähnlich (wenngleich mit anderem Bsp.): *Prislan/Zandvliet* (Fn. 120), S. 25.

130 Washington Office on Latin America, DR-CAFTA and Workers' Rights: Moving from Paper to Practice, Washington D.C. 2009, online: http://www.wola.org/sites/default/files/downloadable/Rights%20and%20Development/2010/WOLA_RPT_WorkersRights_FNL.pdf (18.4.2016).

131 Im Sinne einer systematischen Auslegung gem. Art. 31 Abs. 1 VWRK.

VI. Fazit

Die Analyse der Freihandelsabkommen CETA und TTIP verdeutlicht das Spannungsverhältnis zwischen staatlicher Regulierung zur Sicherung von Arbeitsrechten und Investitionsschutzbestimmungen, die auf den Schutz der Investoren abzielen. Durch diese Abkommen werden Privatisierungstendenzen gefördert und als »handelshemmend« eingeordnete Umwelt- und Sozialstandards zur Dispositi-

on gestellt. Zudem kann der Mechanismus der wechselseitigen Anerkennung von Standards die Dynamik einer kompetitiven Deregulierung von Standards auslösen¹³² bzw. verstärken. Hierin ist eine Bedrohung sozialer Standards in Europa zu sehen.

¹³² Beck/Scherrer (Fn. 3), S. 52.

Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge – Zum Harmonisierungspotenzial des Art. 6 Nr. 4 ESC in der Anwendung des EGMR und des EuGH

Dissertation von Gabriele Buchholtz, 2015, Mohr Siebeck, Tübingen, 489 S. (ISBN 978-3-16-153530-7), 94 €, erschienen als Band 97 der Schriftenreihe Jus Internationale et Europaeum

Laudatio auf Dr. Gabriele Buchholtz*

Das HSI verleiht seit 2011 in Kooperation mit dem Institut für Zivil- und Wirtschaftsrecht der Goethe-Universität Frankfurt jährlich den *Hugo-Sinzheimer-Preis* für herausragende arbeitsrechtliche Dissertationen. Der Preis ist nach *Hugo Sinzheimer* benannt, der das Arbeitsrecht, insbesondere das kollektive Arbeitsrecht in Deutschland in seinen Grundlagen geprägt hat. Ihm war die Würde und die Selbstbestimmung des arbeitenden Menschen Leitbild der juristischen Arbeit. An diesem Leitbild sollen sich auch die prämierten Dissertationen orientieren. Den *Hugo-Sinzheimer-Preis* hat sich in diesem Jahr Frau Dr. *Gabriele Buchholtz* mit ihrer Dissertation verdient. Dazu gratuliere ich im Namen der gesamten Jury herzlich.

Die Arbeit von Frau Dr. *Buchholtz* ist unter mehreren Aspekten eine ganz besondere Arbeit.

Sie befasst sich mit dem Streikrecht, also dem Recht der arbeitenden Menschen, sich gemeinsam für die Verbesserung ihrer Arbeitsbedingungen einzusetzen. Damit ist sie ganz nah an den Arbeiten von *Sinzheimer*.

Sie befasst sich mit der rechtlichen Garantie des Streikrechts im nationalen Verfassungsrecht, im Unionsrecht und im Völkerrecht. Damit beschäftigt sie sich auch mit den komplexen Fragen der Verschränkung und Überlagerung verschiedener Grundrechtssysteme in Europa.

Und – last but not least – sie bezieht klar Position in der umstrittenen Frage der Vereinbarkeit des deutschen Verbots des Beamtenstreiks mit dem internationalen Recht: das Verbot des Beamtenstreiks könne – so die Aussage von Frau Dr. *Buchholtz* – in der Art, wie es derzeit ausgestaltet ist, nicht fortbestehen.

Die Hauptthesen

Zentral ist die These von Frau Dr. *Buchholtz*, dass durch die Streikrechtsentscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg und im Grundsatz auch des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Luxemburg ein nicht unerheblicher Harmonisierungsdruck auf das nationale Streikrecht der europäischen Staaten und damit auch auf das Streikrecht der Bundesrepublik Deutschland ausgeübt werde. Die zentrale Norm, die diesen Harmonisierungsdruck bewirke, sei Art. 6 Nr. 4 Europäische Sozialcharta (ESC), weil diese Norm von beiden europäischen Gerichtshöfen zur Konkretisierung ihrer eigenen Grundrechtsquellen herangezogen werde. Gemeint sind hier die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) für den Straßburger Gerichtshof und die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) für den EuGH.

Anlass für die Untersuchung sind die vor allem in neuester Zeit zahlreichen Entscheidungen des EGMR zum Streikrecht für alle Beschäftigtengruppen nach Art. 11 EMRK¹, die das HSI in seinem »Newsletter zum Europäischen Arbeitsrecht« dokumentiert und kommentiert und die *Klaus Lörcher* zuletzt in Heft 4/2015 der Zeitschrift *Arbeit und Recht*² besprochen hat.

Die Entscheidungen des EuGH zum Streikrecht haben diese Konkretionsebene bisher nicht erreicht: Sie haben sich auf die Auswirkungen von Streiks auf die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit bezogen (Fälle *Viking* und *Laval*)³ und Art. 28 der Grundrechtecharta noch nicht berücksichtigen können. Da der EuGH aber typischerweise die Rechtsprechung des EGMR nicht nur zur Kenntnis nimmt, sondern sich oft auf sie bezieht, ist auch er tauglicher Akteur für eine Einflussnahme auf die nationalen Rechtsordnungen unter diesem Aspekt.

* Anlässlich der Verleihung des Hugo-Sinzheimer-Preises 2015 an die Autorin am 10.11.2015 in Frankfurt aM. Die Vortragsform wird beibehalten.

1 EGMR, 21.4.2009 – 68959/01 – NZA 2010, 1423 (*Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei*); EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 – NZA 2010, 1425 (*Demir und Baykara/Türkei*); EGMR, 2.10.2014 – 48408/12 – AuR 2015, 140 (*Tymoschenko ua./Ukraine*); EGMR, 27.11.2014 – 36701/09 – AuR 2015, 146 (*HLS/Kroatien*); zu beachten ist, dass der EGMR mit Entscheidung vom 16.6.2015 – 46551/06 – NLMR 2015, 239 die großen Spielräume der Länder bei der Ausgestaltung von Art. 11 MRK betont und darauf abstellt, dass auch andere Interessenvertretungen als Gewerkschaften – wie die in der Entscheidung zu untersuchenden Interessenvertretung selbständiger Landwirte – möglich sind.

2 *Lörcher*, Neue Entwicklungen im Streikrecht durch die EGMR-Urteile *Tymoschenko* und *HLS*, AuR 2015, 126.

3 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – AuR 2008, 55 (*Viking*); EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – AuR 2008, 59 (*Laval*).

Durchdekliniert wird die Frage der neuen Bedeutung von Art. 6 Nr. 4 ESC in der Dissertation vor allem am Problem des deutschen Verbots des Beamtenstreiks.

Konzeptioneller Hintergrund der zentralen These von Frau Dr. *Buchholtz* ist die – unbestreitbare – Feststellung, dass in Europa eine Pluralisierung normativer Ordnungen zu den Grund- und Menschenrechte zu verzeichnen ist: nicht nur die EMRK und die ESC enthalten übernationale Garantien zum Streikrecht, dasselbe gilt auch für die GRC. Wie sich diese – in den normativen Konturen und in den Interpretationen unterschiedlichen – Streikrechtsgarantien zueinander verhalten, ist bisher noch nicht wirklich geklärt. Ebenso unklar ist ihre konkrete Auswirkung auf die Interpretation der nationalen Grundrechte, für Deutschland also des Grundgesetzes (GG). Dasselbe gilt für das Verhältnis der jeweils maßgeblichen Gerichte EGMR in Straßburg, EuGH in Luxemburg und BVerfG in Karlsruhe zueinander.

Lassen Sie es mich mit dem Bild, das der Präsident des BVerfG *Vofskuhle* kürzlich beim Europarechtlichen Symposium 2015 in Erfurt für die aktuelle Situation verwendet hat, zusammenfassen: ob der Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte in der Form einer Pyramide oder nach dem Modell eines Mobile funktioniert, ist noch nicht klar.⁴

Art. 6 Nr. 4 ESC und Art. 9 Abs. 3 GG

Gemäß Art. 6 Nr. 4 ESC verpflichten sich die Vertragsparteien (dh. die Mehrheit der Mitglieder des Europarates) dazu »das Recht der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber auf kollektive Maßnahmen *einschließlich des Streikrechts* im Falle von Interessenkonflikten, vorbehaltlich etwaiger Verpflichtungen aus geltenden Gesamtarbeitsverträgen« anzuerkennen (Hervorhebung d. Verf.). Nach Art. 31 der (ursprünglichen Fassung der) ESC sind Einschränkungen dieses Rechts nur möglich, wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.⁵

Es liegt auf der Hand, dass dieser Streikrechtsschutz normativ eindeutiger formuliert ist als der Grundrechtsschutz nach Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG. Dort heißt es eher mittelbar: »Das Recht, zur Wahrung und Förderung der

Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für jedermann und für alle Berufe gewährleistet.« Vom Streikrecht selbst ist gar nicht die Rede. Das Grundgesetz spricht in Art. 9 Abs. 3 GG direkt nur von der Koalitionsfreiheit im Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen. Mit dieser Garantie ist festgeschrieben, dass die Arbeitsbedingungen im Kern autonom ausgehandelt, nicht staatlich vorgeschrieben werden sollen. Die Parteien dieses Aushandlungsprozesses sind nach der Rechtsprechung nur die Tarifvertragsparteien, also Gewerkschaften und Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberverbände. Das Ergebnis der Verhandlungen ist ein Tarifvertrag iS. des Tarifvertragsgesetzes, der normativ und zwingend auf die Arbeitsverhältnisse der Tarifgebundenen einwirkt.

Ebenso geschützt wie der Tarifvertrag selbst ist nach der Rechtsprechung notwendig aber auch der Arbeitskampf, denn zur Verhandlungsfähigkeit gehört die Möglichkeit, effektiven Druck auf die Gegenseite auszuüben. Tarifverhandlungen ohne Druckmittel zugunsten derjenigen Koalition, die Veränderungen anstrebt, wären »kollektives Betteln«, wie das BAG in Anknüpfung an *Roger Blanpain* seit 1980 mehrfach festgestellt hat.⁶

Mit der Ausformung des Streikrechts durch die Rechtsprechung ist gleichzeitig auch ein ganzer Strauß von Rechtmäßigkeitsanforderungen verbunden, nämlich

4 *Vofskuhle*, Pyramide oder Mobile? – Menschenrechtsschutz durch die europäischen Verfassungsgerichte, Vortrag anlässlich des Europarechtlichen Symposiums 2015 in Erfurt am 23./24.4.2015, www.bundesarbeitsgericht.de (13.1.2016) > Europarechtliches Symposium 2015 > Vorträge. Vgl. auch die Zusammenfassung des Symposiums von *Klug/Budroweit*, NZA 2015, 1243.

5 Im Anhang zur revidierten Fassung der ESC heißt es zur Erläuterung des Art. 6 Abs. 4 ESC: »Es besteht Einverständnis darüber, daß jede Vertragspartei für sich die Ausübung des Streikrechts durch Gesetz regeln kann, vorausgesetzt, daß jede weitere Einschränkung dieses Rechts aufgrund des Artikels G gerechtfertigt werden kann.« In Art. G heißt es, dass Einschränkungen der Rechte nur zulässig sind, »wenn diese gesetzlich vorgeschrieben und in einer demokratischen Gesellschaft zum Schutze der Rechte und Freiheiten anderer oder zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, der Sicherheit des Staates, der Volksgesundheit und der Sittlichkeit notwendig sind.« Die Inhalte der revidierten Fassung sind also hier dieselben wie in der ursprünglichen Fassung. Die revidierte Fassung hat die Bundesrepublik am 29.6.2007 unterzeichnet, aber (noch) nicht ratifiziert.

6 In der Entscheidung des Gerichts zum Streik in kirchlichen Einrichtungen (BAG, 20.11.2012 – 1 AZR 611/11 – BAGE 144, 1) heißt es in anderer Wortwahl, aber mit identischem Inhalt: »Ein fairer und angemessener Ausgleich widerstreitender Arbeitsvertragsinteressen im Wege kollektiver Verhandlungen verlangt aber nach annähernd gleicher Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft [...]. Diese lassen sich weder formal und situationsungebunden feststellen noch normativ anordnen [...] Im System der Tarifautonomie werden sie durch die Androhung oder den Einsatz von Kampfmaßnahmen gesichert.«

- die Tarifbezogenheit (= der Streik muss auf ein tariflich regelbares Ziel bezogen sein),
- das Verbot des politischen Streiks,
- das Verbot des sog. wilden, dh. nicht von einer Tarifvertragspartei geführten, Streiks,
- das Verbot des Beamtenstreiks,
- das Verhältnismäßigkeitsprinzip und
- die relative Friedenspflicht (in Bezug auf tariflich geregelte Fragen während der Laufzeit des Tarifvertrages).

Noch vor wenigen Jahren hätte die These, dass Art. 6 Nr. 4 ESC Anlass zu einer Harmonisierung der unterschiedlichen Streikrechtskonzeptionen in den Ländern des Europarats und zu einer Änderung des Streikrechts und der dargelegten Streikgrenzen in Deutschland geben könnte, Verwunderung hervorgerufen. Das liegt allerdings nicht daran, dass das deutsche Arbeitskämpfrecht mit Art. 6 Nr. 4 ESC übereinstimmen würde. Frau Dr. *Buchholtz* weist mit guten Argumenten darauf hin, dass der Grundsatz der Tarifbezogenheit des Streiks, das Verbot wilder Streiks, einzelne Elemente des Verhältnismäßigkeitsprinzips und das Verbot des Beamtenstreiks in einem Spannungsverhältnis zur ESC stehen. Maßgeblich für die bisher geringe Bedeutung von Art. 6 Nr. 4 ESC in der deutschen Rechtsprechung ist nicht die inhaltliche Übereinstimmung der Regelungen, sondern die Tatsache, dass die Normen der ESC keine rechtsverbindlichen Sanktionen enthalten und dass Entscheidungen des Europäischen Komitees für Soziale Rechte (EKSR) und des Ministerkomitees zur Interpretation der ESC die deutschen Gerichte nicht unmittelbar binden.⁷

Art. 6 Nr. 4 ESC, Art. 11 EMRK und das deutsche Streikrecht

Nach der Untersuchung von Frau Dr. *Buchholtz* ist eine Neubewertung der Situation vor dem Hintergrund der bereits erwähnten neueren Rechtsprechung des EGMR in Straßburg zu Art. 11 EMRK notwendig, weil hier Art. 6 Nr. 4 ESC und seine Interpretation für eine umfassende Garantie des Streikrechts als soziales Menschenrecht herangezogen wird.

Art. 11 EMRK lautet:

- »(1) Jede Person hat das Recht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln und sich frei mit anderen zusammenzuschließen;

dazu gehört auch das Recht, zum Schutz seiner Interessen Gewerkschaften zu gründen und Gewerkschaften beizutreten.

- (2) Die Ausübung dieser Rechte darf nur Einschränkungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale oder öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Dieser Artikel steht rechtmäßigen Einschränkungen der Ausübung dieser Rechte für Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der Staatsverwaltung nicht entgegen.«

Auch in dieser Norm ist das Streikrecht also nicht explizit genannt und es bestehen Grenzen für die Ausübung des Koalitionsrechts. Wohl auch deshalb ist die frühe Rechtsprechung des EGMR hier durchaus restriktiv in Bezug auf die Garantie des Streikrechts gewesen, während die neuere Rechtsprechung – seit 2008 – das Streikrecht als klar gesichert ansieht. Frau *Buchholtz* zeichnet diese Entwicklung der Rechtsprechung des EGMR nach. Sie sieht sie in Bezug auf die Methode durchaus kritisch, geht aber von einer stabilen Entwicklung aus, auf die man sich einstellen kann und muss. Dem kann man nur zustimmen. Wichtig erscheint es mir, festzuhalten, dass der EGMR in der »neuen Rechtsprechung« nicht nur auf Art. 6 Nr. 4 ESC abstellt, sondern auch das ILO-Übereinkommen Nr. 87, Art. 8 des UN-Sozialpakts und Art. 28 GRC heranzieht. Frau *Buchholtz* fokussiert in ihrer Analyse aber – mit Blick auf ihre Themenstellung zutreffend – nur auf die ESC. Sie analysiert kritisch die methodische Kernidee des EGMR in der neueren Rechtsprechung, das Abstellen auf eine »gemeineuropäische Rechtstradition«. So kann das Gericht von den wechselnden Ratifikationsständen absehen, »wertend rechtsvergleichend« arbeiten und sich an der Spruchpraxis der jeweiligen Komitees oder Ausschüsse⁸ orientieren.

Die Rechtswirkungen der Entscheidungen zur EMRK auf das deutsche Recht sind deutlich größer als die Rechtswir-

⁷ Die Kontrolle erfolgt durch ein internationales Rechenschaftssystem: Die Mitgliedstaaten müssen einen jährlichen thematischen Bericht erstellen, der darstellt, wie sie die Charta in Recht und Praxis umsetzen. Das EKSR prüft die Berichte und entscheidet darüber, ob die Situation in den Vertragsstaaten mit der Charta übereinstimmt. Anschließend legt es dem Ministerkomitee Berichte mit Empfehlungen vor. Das Ministerkomitee als Entscheidungsorgan des Europarats kann notwendige Empfehlungen an die betroffenen Regierungen richten.

⁸ EKSR für die ESC, Sachverständigenausschuss für die ILO etc.

kungen der Feststellungen zur ESC. Dies gilt jedenfalls seit der Installierung des Menschenrechtsgerichtshofs in Straßburg und ist im Kern unbestritten. Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG⁹ ist die konventionsfreundliche Auslegung des nationalen Rechts für alle deutschen Gerichte geboten. Einschränkungen der Orientierung an der Konvention ergeben sich allerdings durch »tragende Verfassungsprinzipien« und besonders bei »mehrpolgigen Grundrechtsverhältnissen« durch die Rechte anderer. Kein Gericht kann also die Entscheidungen des EGMR einfach unbeachtet lassen, kein Gericht muss ihnen aber uneingeschränkt folgen. Praktisch überlässt das BVerfG damit weitgehend den Fachgerichten die Beurteilung, wie die Konventionsvorgaben schonend in das nationale Recht einzupassen sind.

Das Streikverbot für Beamte und Art. 11 EMRK

Bezogen auf die Frage nach der Zulässigkeit des Beamtenstreiks hat der EGMR in der dargestellten neuen Rechtsprechung festgestellt, dass das Recht auf Kollektivverhandlungen und auf Streik allen Beschäftigten, auch den Angehörigen des öffentlichen Dienstes, zusteht und dass es ihnen nur entzogen werden kann, wenn dies wegen der besonderen Funktion einer Beschäftigtengruppe nötig ist. Auf den Beamtenstatus kommt es nach dieser Judikatur explizit nicht an.

Was bedeutet das für das deutsche Beamtenstreikrecht, das genau am Status ansetzt und für alle Beamten das Streikrecht verbietet? Unzweifelhaft ist, dass das statusbezogene Streikverbot der EMRK widerspricht, aber was folgt daraus konkret? In dieser höchst umstrittenen¹⁰ Frage entscheidet sich Frau Dr. *Buchholtz* klar: es sei weder eine Verfassungsänderung noch eine neue einfachgesetzliche Regelung wegen der Entscheidungen des EGMR erforderlich; das Problem lasse sich durch eine konventionsfreundliche Auslegung des Art. 33 Abs. 4 und 5 GG, des § 31 Abs. 1 BVerfGG und durch eine leichte Modifizierung des Erfordernisses der Tarifbezogenheit des Streiks im Sinne eines nur *funktionsbezogenen Streikverbots* lösen. Das heißt konkret: Beamte sind nach dieser Konzeption bereits jetzt nur dann vom Streikrecht ausgeschlossen, wenn sie schwerpunktmäßig hoheitliche Befugnisse ausüben.

Über diese Rechtsposition kann und wird man weiter streiten. Das BVerwG sieht in seiner Entscheidung vom

27.2.2014¹¹ nach geltendem Recht keine derartige Möglichkeit der Relativierung des statusbezogenen Beamtenstreikverbots, konzidiert aber einen Verstoß der derzeitigen Rechtslage gegen die Menschenrechtskonvention und folgert daraus eine Handlungsnotwendigkeit für den deutschen Gesetzgeber.¹²

Art. 28 GRC

Die Konturen der Rechtsprechung des EuGH zum Streikrecht sind im Vergleich zur Rechtsprechung des EGMR eher undeutlich. Auf der anderen Seite ist der Einfluss des EuGH auf die deutsche Rechtsentwicklung sehr viel stärker als der Einfluss des EGMR. In den bereits erwähnten Entscheidungen *Viking* und *Laval*¹³ hatte der EuGH das Streikrecht als ungeschriebenen Grundsatz des Unionsrechts angesehen und sich in der Begründung dieses Grundsatzes auch auf Art. 6 Nr. 4 ESC berufen. Allerdings sind beide Entscheidungen heftig kritisiert worden, weil die Abwägung eine Dominanz der Grundfreiheiten gegenüber dem Streikrecht erkennen ließ.¹⁴ Inzwischen enthält die GRC in Art. 12 eine explizite Garantie des Koalitionsrechts und in Art. 28 eine Garantie des Streikrechts. Die GRC gilt für die Organe und Einrichtungen der EU und für die Mitgliedsstaaten bei der Durchführung des EU-Rechts (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC) und ist den Verträgen gleichrangig (Art. 6 Abs. 1 S. 1 EUV).

Art. 28 GRC lautet: »Die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sowie die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber oder ihre jeweiligen Organisationen haben nach dem Gemeinschaftsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten das Recht, Tarifverträge auf den geeigneten Ebenen auszuhandeln und zu schließen sowie bei Interessenkonflikten kollektive Maßnahmen zur Verteidi-

⁹ BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – NJW 2004, 3407 (*Görgülü*); BVerfG, 19.9.2006 – 2 BvR 2115/01 ua. – NJW 2007, 499 (*WÜK*); BVerfG, 4.5.2011 – 2 BvR 2333/08 ua. – NJW 2011, 1931 (Sicherungsverwahrung II).

¹⁰ Für eine konventionsfreundliche Ermöglichung des Beamtenstreikrechts vgl. VG Kassel, 27.7.2011 – 28 K 1208/10.KS.D – AuR 2012, 36; zustimmend dazu *Buschmann*, AuR 2012, 38; VG Düsseldorf, 15.12.2010 – 31 K 3904/10.0 – AuR 2011, 74; aA. OVG Lüneburg, 12.6.2012 – 20 BD 7/11 und 8/11 – juris; OVG Münster, 7.3.2012 – 3d A 317/11.0 – NVwZ 2012, 890.

¹¹ BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – AuR 2014, 431.

¹² Ähnlich *Manssen*, Jura 2015, 835; von *Steinrück/Sura*, NZA 2014, 580.

¹³ Vgl. Fn. 4.

¹⁴ ZB. *Wendeling-Schröder*, Gedächtnisschrift Zachert, 2010, S. 147.

gung ihrer Interessen, *einschließlich Streiks*, zu ergreifen« (Hervorhebung d. Verf.). Rechtsprechung des EuGH zu dieser Norm gibt es noch nicht.

Zu beachten ist allerdings die – nach wie vor – fehlende Gestaltungskompetenz der EU in dieser Frage: nach Art. 153 Abs. 5 AEUV ist die Union explizit nicht *für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht sowie das Aussperrensrecht* zuständig. Die GRC erweitert die Kompetenzen der EU nicht (Art. 51 Abs. 2 GRC, Art. 6 Abs. 1 lit. e EUV). Deshalb besteht die Vermutung, dass es wohl auch in Zukunft bei streikrechtlichen Betrachtungen des EuGH im Wesentlichen um Fragen der Abwägung dieses Rechts gegenüber den das Unionsrecht prägenden Grundfreiheiten gehen wird.¹⁵ Inhaltlich ist aber nach den Ausführungen von Frau Dr. *Buchholtz* bei der Auslegung des Art. 28 GRC zwingend auf Art. 11 EMRK und die Rechtsprechung des EGMR zu rekurrieren. Dies folge aus Art. 52 Abs. 3 und 4 GRC und werde durch Art. 6 Abs. 3 EUV flankiert.

Ob dies der EuGH ebenso sieht, erscheint allerdings sehr zweifelhaft.¹⁶ Der EuGH ist sehr auf seine Eigenständigkeit bedacht. So hat er erst kürzlich den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK gestoppt: in der Entscheidung des EuGH vom 18.12.2014¹⁷ zur Rechtmäßigkeit des bisherigen Beitrittskonzepts auf der Basis von Art. 6 Abs. 2 EUV hat er explizit dargelegt, dass die Interpretation des Unionsrechts ausschließlich Sache des EuGH sei und dass eine Unterwerfung unter eine externe Kontrolle, wie die Rechtsprechung des EGMR sie darstellen würde, unionsrechtswidrig wäre.

Die »horizontale Grundrechtskollision« und ihre Auflösung

Geht man nach alledem davon aus, dass der EuGH für sich auch weiterhin das Letztentscheidungsrecht für alle unionsrechtlichen Fragen beanspruchen wird, bleibt noch offen, wie – über den Einzelfall hinaus – das Verhältnis von nationalen Grundrechten und dem BVerfG einerseits und der EMRK und dem EGMR andererseits zu bestimmen ist.

Hier bringt Frau Dr. *Buchholtz* eine ganz neue Begrifflichkeit und eine neue Betrachtungsweise in die Diskussion: Sie geht davon aus, dass sich der aktuelle Rechtspluralismus im Grundrechtsgefüge nicht mit dem herkömmlichen Begriff des Mehrebenensystems erklären lässt, weil dieser eine immanente Stufenordnung impliziert, die es nicht gebe, jedenfalls nicht zwischen EMRK und GG. EMRK und GG seien gleichrangig, es handele sich bei Unter-

schieden zwischen ihnen also um »horizontale Grundrechtskollisionen«. Diese Annahme hat weitreichende Konsequenzen. Im nationalen Verfassungsrecht ist bei horizontalen Grundrechtskollisionen ein Ausgleich in der Weise anzustreben, dass beide Grundrechte so weit wie möglich zur Geltung kommen. Dieser Ansatz wird hier auch im transnationalen Bereich verwendet.

Dies erfordert nach den Überlegungen von Frau Dr. *Buchholtz* vor dem Hintergrund diskurs- und systemtheoretischer Überlegungen einen transparenten Diskurs zwischen den Gerichten. Auf beiden Seiten müssten dafür die prozessualen und organisatorischen Voraussetzungen geschaffen werden. Auch seien sämtliche bisherigen Vorbehalte des nationalen Verfassungsgerichts gegenüber den Entscheidungen des EGMR (»tragende Grundsätze der Verfassung«, »mehrpole Grundrechtsverhältnisse«) aufzugeben. Grenze der Offenheit und Folgebereitschaft der nationalen Gerichte sei der *ordre-public*-Gedanke im Sinne des Internationalen Privatrechts, also Art. 6 EGBGB. Nach Art. 6 EGBGB ist eine ausländische Rechtsvorschrift dann unanwendbar, »wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist«.

Denken wir zurück an die Bilder, die *Vofßkuhle* in Erfurt für das europäische Verfassungsgefüge verwendet hat, so wird ganz klar: Frau Dr. *Buchholtz* sieht die Zukunft im Mobile, nicht in der Pyramide. Sie hat einen umfassend europafreundlichen Ansatz juristisch durchdacht und mit klaren Argumenten vorgetragen – ohne die nationalen Interessen außer Acht zu lassen. Das erfordert einen langen Atem, juristische Kompetenz und innovatives Denken und nicht zuletzt Mut zur juristischen Auseinandersetzung. Deshalb bekommt Frau Dr. *Buchholtz* den *Hugo-Sinzheimer*-Preis. Noch einmal: herzlichen Glückwunsch zu Ihrer Leistung!

Prof. Dr. Ulrike Wendeling-Schröder

15 Die Untersuchung von *Rödl/Calsen*, Kollektive soziale Recht unter dem Druck der Währungsunion – Schutz durch Art. 28 EU-Grundrechtecharta?, HSI-Schriftenreihe Band 13, 2015 zeigt allerdings, dass auch für andere Themen die Interpretation von Art. 28 GRC relevant sein kann.

16 Ebenso: *Linsenmeyer*, Besprechung der Dissertation in EuZA 2015, 526.

17 EuGH (Plenum), 18.12.2014 – Gutachten 2/13 – eur-lex, ECLI:EU:C:2014:2454.

Kompensatorische Vertragsgestaltung im Arbeits- und Wirtschaftsrecht

Habilitationsschrift von Marcus Bieder, 2015, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 542 S. (ISBN 978-3-8487-2086-6), 139,- €, erschienen als Band 125 der Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln

Kompensation als Gegenstand einer umfangreichen monographischen Untersuchung zum Arbeits- und Wirtschaftsrecht? Der Titel der von Markus Stoffels betreuten Heidelberger Habilitationsschrift macht neugierig, denn grundsätzlich ziehen sich kompensatorische Vertragsgestaltungen typischerweise durch das gesamte auf Ausgleich zielende Zivilrecht; letztlich kann sogar in der Vereinbarung eines hohen oder niedrigen Kaufpreises eine Kompensation gesehen werden.¹ So räumt der Verfasser selbst in seiner instruktiven Einleitung (S. 21–47) ein, dass der Begriff der Kompensation mehrdeutig ist. Als Gegenstand der Untersuchung wird die gewillkürte Heilung arbeitsvertraglicher Gestaltungsmängel durch die Erbringung von Ausgleichsleistungen festgelegt. Die aufgezählten Beispiele (S. 23 ff.) sind allerdings zunächst nicht aus dem Arbeitsrecht, so die Abtretung der Gewährleistungsansprüche beim Leasingvertrag, die Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter, die durch eine niedrigere Miete kompensiert wird und die Freigabeklauseln zur Vermeidung einer Übersicherung. Aus dem Arbeitsrecht (S. 28 ff.) werden exemplarisch ua. die Arbeitgeberhaftung für Sachschäden analog § 670 BGB und die Mankohaftung genannt – in beiden Fällen geht es um Kompensation durch besondere Vergütung.

Die Problematik derartiger Vertragsgestaltungen wird damit umschrieben, Private würden sich hier im Konsens über Wertungsentscheidungen des Gesetzgebers hinwegsetzen (S. 32 f.). Diese Formel gilt freilich vor allem für diejenigen Gebiete, in denen die Wertungsentscheidungen eine Vertragsungleichheit ausgleichen sollen; so im Arbeitsrecht, im Verbraucherschutzrecht und auch das Beispiel aus dem Mietrecht ist kein Zufall. Gerade solche Untergebiete des Zivilrechts ermöglichen aber auch kompensatorische Gestaltungen: Durch eine Wertung des Gesetzgebers, die dem Schutz der schwächeren Vertragspartei dienen soll, wird diese wiederum in die Position gebracht, eine Kompensation für das Abweichen von der gesetzlichen Regelung zu

fordern. Das ist aber keineswegs so unproblematisch wie es klingt, sondern kann negativ auch ganz anders ausgedrückt werden: Der schwächeren Vertragspartei wird ihr Schutz »abgekauft« – wieder mit der Folge ihrer Benachteiligung?²

Somit wirft die Untersuchung eines der Grundprobleme des Zivilrechts auf, die Frage nach den Schranken der Vertragsfreiheit. Aus diesen Überlegungen leitet der Verfasser die Aufgabe seiner Arbeit ab, die Grenzen der Kompensation genauer zu bestimmen, beispielsweise das Erfordernis eines Sachgrundes zu bestimmen und Art und Umfang einer Ausgleichsleistung zu präzisieren (S. 32 ff.). Für das Arbeitsrecht sind dabei dessen Besonderheiten zu beachten: die besonderen Treuepflichten, das Arbeitsverhältnis als Dauerschuldverhältnis, die übergeordnete Organisationsstruktur und die normativen Besonderheiten einer Dichotomie aus zwingend normierten und normfreien Bereichen, dem Verbraucherstatus des Arbeitnehmers und der Existenz normativ wirkender Kollektivverträge (S. 36 ff.).

Die Schwierigkeiten mit dem Kompensationsbegriff zeigen sich auch im folgenden Abschnitt, der die Erscheinungsformen der Kompensationsmaxime in Gesetzen untersucht (S. 49 ff.). Kompensation als Gegenstand des Gesetzes liegt im gesamten Recht des Schadensersatzes vor; im Arbeitsrecht bei der Urlaubsabgeltung und ähnlichen Regelungen im Arbeitszeitrecht. Ähnliche Regelungen gibt es auch im öffentlichen (zB. Enteignungsentschädigung) und im Strafrecht. Der Untersuchungsgegenstand wird hier aber noch weiter gefasst, so werden auch Rahmenhandlungen für kompensatorisches Verhalten wie bei der Aufrechnung und Obliegenheiten erfasst, ferner Ermächtigungen zur Vereinbarung von Kompensationsmechanismen, zB. Rücktrittsrecht und Wettbewerbsverbote.

Andere Regelungen enthalten eine explizite Kompensationsbeschränkung wie unverfallbare Anwartschaften in Rentenversicherungen. In diesen Bereich gehörte mE. auch das zuvor untersuchte AGB-Recht, das als »kompensatorisch strukturiertes Rechtsgebiet« (S. 58 ff.) zu bezeichnen missverständlich ist, denn auch hier geht es um Grenzen

1 Dazu bisher grundlegend Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982; Vaupel, Die Kompensation von Ungleichgewichten im Arbeits- und Verbraucherrecht, Herbolzheim 2006.

2 Überlegungen zum »Abkaufen« finden sich oft im Zusammenhang mit Kündigungsschutz, S. nur das vielbeachtete Urteil des ArbG Mainz zu befristeten Arbeitsverträgen im Profisport – ArbG Mainz, 19.3.2015 – 3 Ca 1197/14 – NZA 2015, 684; zum Tarifsozialplan S. LAG München, 29.1.2014 – 8 Sa 743/13 – juris; BAG, 25.2.2010 – 6 AZR 911/08 – BAGE 133, 265.

vertraglicher Kompensationsgestaltungen, also gerade das Verbot, sich – jedenfalls in AGB – bestimmte Schutzregelungen »abkaufen« zu lassen. Unterhaltsam zu lesen ist auch die Abhandlung der einzelnen Kompensationsmodelle (S. 69 ff.): Der Verfasser unterscheidet das Neutralisierungs- oder Reparationsmodell (Freizeitausgleich), Saldierungsmodell (Gleizeit), Konzeptwechselmodelle (Ersetzung Widerruf durch Rückgabe), Entschädigung oder Abgabe (Delkredereprovision) und die Versicherungslösung. Die Konzentration auf den Kompensationsgedanken lässt vertraute Regelungen im neuen Licht erscheinen.

§ 3 der Arbeit trägt den vieldeutigen Titel »Der regulative Gehalt des Kompensationsgedankens« (S. 83 ff.); inhaltlich werden hier – vereinfacht gesagt – die Vorteile kompensatorischer Regelungen zusammengefasst. Dabei liegt es nahe, mit dem allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken zu beginnen und mit den ebenfalls allgemeinen Prinzipien der Akzeptanzsicherung und der Förderung der Vertragstreue, die gemeinsam Rechtsfrieden ermöglichen. Weiterhin trägt die Kompensation dem Subsidiaritätsgrundsatz Rechnung, da ein Konsens ohne gesetzliche Spezialregelungen bereits durch die Rechtssubjekte erzielt werden kann und damit auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip Genüge getan ist. Sie kann auch jedenfalls dann zu einer Ökonomisierung dienen, wenn das Ziel der Kompensation (zB. Ersparnis für den Arbeitgeber) erreicht wird. Allerdings muss am Ende des Abschnitts zutreffend konstatiert werden, dass diesen Überlegungen allein keine Anforderungen an die Gestaltung von Ausgleichsabreden zu entnehmen sind (S. 100).

Einen konsequenten Gegenpol zu den eben genannten Vorteilen kompensatorischer Gestaltungen bilden die im folgenden Abschnitt (S. 102 ff.) besprochenen grundsätzlichen Vorbehalte gegenüber vertraglichen Kompensationsregelungen. Die hier zurückhaltend als »Normativitätsverluste« und »Störungspetpetuierung« (S. 102 f.; 103 f.) bezeichneten Bedenken können zugespitzt damit umschrieben werden, dass Kompensationsregelungen die zugrunde liegenden Normen langfristig entwerten; der »Eindruck der Käuflichkeit des Rechts« (S. 104 f.) wurde bereits erwähnt. Im Rahmen der »Zielkonflikte zu anerkannten Prinzipien der Vertragsgestaltung« (S. 105 ff.) scheinen die Bedenken hinsichtlich der Risiken für die Rechtsbeständigkeit der vertraglichen Regelung im Widerspruch zum zuvor angesprochenen Vorteil der Förderung der Vertragstreue zu stehen. Allerdings geht es hier darum, welche Sicherheit hinsichtlich der Wirksamkeit der Klausel besteht, mithin die Prognose-

fragen, die im Arbeitsrecht üblicherweise besondere Schwierigkeiten machen. Ähnliches gilt für die mit der vertraglichen Gestaltung verbundenen Kostenrisiken. Hinsichtlich der Praktikabilität stammen die Bedenken vor allem aus öffentlich-rechtlichen Gestaltungen; im Zivilrecht ist die jeweilige Gestaltung entscheidend. Zutreffend wird konstatiert, dass sich jedenfalls keine grundsätzlichen Bedenken gegen kompensatorische Vertragsgestaltungen ergeben.

Der letzte Abschnitt des einführenden ersten Kapitels widmet sich dem Kernproblem: Dienen kompensatorische Vertragsgestaltung der Effektivierung der Privatautonomie oder widersprechen sie ihr vielmehr (S. 122 ff.)? Gerade im Arbeitsrecht können derartige Regelungen Ausdruck gestörter Vertragsparität sein, die echte Privatautonomie verhindert. Jedoch kann die Lösung nicht in einer Ablehnung aller Kompensationsregelungen liegen, vielmehr ist eine Einzelfallbetrachtung nötig, in der Praxis als richterliche Inhaltskontrolle, die der Verfasser plastisch als »Vertragshilfe« (S. 127 ff.) bezeichnet.

Unter der Überschrift »Der Anwendungsbereich der kompensatorischen Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht« (S. 131 ff.) finden sich wieder eine Vielzahl von Einzelüberlegungen. So widerlegt der Verfasser die gängige Überlegung, ein Rechtsgut müsse dispositiv sein, damit der Rechtsgutsträger darüber in kompensatorischer Gestaltung verfügen könne. Gerade im Arbeitsrecht finden sich unterschiedliche Regelungen zur Dispositivität von Rechtsgütern, so muss die Tarifdispositivität nicht unbedingt dem Schutz der Rechtsgutsträger dienen, sondern kann auch aus Gründen der Tarifautonomie gelten; ähnliches gilt für die Betriebsvereinbarungsdispositivität. Auch ebenfalls gängige Überlegungen zum Verkehrsschutz und zum Vertrag zu Lasten Dritter erweisen sich gerade für das Arbeitsrecht als wenig weiterführend.

Das umfangreichste Kapitel dieses Abschnitts widmet sich den Auswirkungen der unterschiedlichen rechtlichen Schutzintensität, wie sie gerade für das Arbeitsrecht typisch ist (S. 157 ff.). Dabei kann die Darlegung, wonach Richterrecht nicht zwingend ausgestaltet werden kann, nicht nur deshalb nicht überzeugen, weil sie vor allem auf Überlegungen zur Arbeitnehmerhaftung gestützt ist: Wenn der arbeitsrechtliche Gesetzgeber auf die Regelung weiter Teile eines Rechtsgebiets verzichtet, muss der Rechtsprechung auch die Möglichkeit gegeben werden, im Interesse der Rechtssicherheit zwingende Regelungen zu setzen. Unterhaltsam zu lesen, aber sich mitunter von

der Ausgangsproblematik abwendend, sind die ausführlichen Überlegungen zum Günstigkeitsprinzip: Dass dieses (auch) zu Kompensationslösungen ermächtigt (so das »Zwischenfazit« auf S. 224), hätte keiner so ausführlichen Begründung bedurft.

Nachdem als Zwischenergebnis festgehalten werden kann, dass eine grundsätzliche Einschränkung des Anwendungsbereichs kompensatorischer Vertragsgestaltungen nicht möglich ist, liegt der Schwerpunkt nun – wie auch in der Praxis – auf der Inhaltskontrolle (S. 251 ff.). Ausgangspunkt ist eine der ältesten Regelungen der Kompensation: §§ 74 ff. HGB. Prägnant zeigt der Regelungsbereich der Wettbewerbsverbote auch das Aufeinandertreffen zweier schutzwürdiger Interessen. Der Verfasser untersucht die Anwendung der Regelung auf Arbeitnehmer, was sich auf die Frage zuspitzt, ob sie von Wettbewerbsverboten auf andere Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit übertragen werden kann. Grundsätzlich sei das zu bejahen. Allerdings folgen daraus wenig präzise Vorgaben, da berücksichtigt werden muss, dass bereits der personelle Geltungsbereich der ursprünglich nur für Handelsvertreter geltenden Regelung weit ausgedehnt wurde.³

Das Hauptgebiet der Inhaltskontrolle von Arbeitsverträgen ist seit der Schuldrechtsreform das AGB-Recht. Allerdings sind hier Normenverträge wie Tarifverträge und insbesondere die im Synallagma stehenden Regelungen kontrollfrei. Bei der Anwendung auf Arbeitsverträge leitet der Verfasser daraus die Grundannahme ab, dass Klauseln grundsätzlich kontrollfrei sind, wenn sie in einem Näheverhältnis zu den Hauptleistungspflichten stehen, insbesondere soll es keine Kontrolle preisrelevanter Klauseln geben (S. 260 ff.). Durch diese Übertragung auf das Arbeitsrecht, dessen Besonderheiten nach § 310 Abs. 4 S. 2 BGB immerhin zu berücksichtigen sind, entstehen allerdings Abgrenzungsprobleme. Gehört beispielsweise Urlaub zum »Preis« oder nur die Arbeitszeit?

Weiterhin bildet der Grundsatz von der Unbeachtlichkeit des Preisarguments ein Problem bei der AGB-Kontrolle, da die hergebrachte Rechtsprechung zum AGB-Recht der Argumentation nicht folgt, durch die streitige Klausel werde ein besonders niedriger Preis ermöglicht: Es müsse ein Preis kalkuliert werden, der sich mit Treu und Glauben vereinen lasse.⁴ Für Arbeitsverträge könnte eine strenge Anwendung dieser Überlegungen in einem letzten Schritt zur Unmöglichkeit kompensatorischer Regelungen führen, was in niemandes Interesse läge. So weist der Verfasser auch zutreffend darauf hin, dass der Grundsatz in der Rechtsprechung nicht durchgehalten wird, beispielsweise die

Abwälzung von Schönheitsreparaturen auf den Mieter seit jeher mit der Mietpreiskalkulation gerechtfertigt wird.⁵ Mit beachtlichem, auch ökonomischem Begründungsaufwand kommt der Verfasser daher zu dem Ergebnis, dass von einer grundsätzlichen Unbeachtlichkeit des Preisarguments nicht ausgegangen werden kann (S. 279 ff.). Meines Erachtens liegt die Problematik gerade bei Dauerschuldverhältnissen in der Vorhersehbarkeit des absehbaren Risikos. Während der Benutzer einer Autowaschanlage kaum mit einem besonders hohen Schaden an seinem Auto rechnet, weiß jeder Mieter, dass irgendwann Schönheitsreparaturen nötig werden. Entscheidend ist also, ob der Verbraucher seinerseits Kalkulationsüberlegungen anstellen kann.

Von den Verboten zu den Geboten: Die folgenden Kapitel befassen sich mit den Geboten der Koppelung mit sachverwandten Ausgleichsleistungen, der symmetrischen Ausgestaltung des Kompensationsmechanismus und dem – ungeschriebenen – Verhältnismäßigkeitsprinzip. Zum Koppelungsgebot (S. 330 ff.) ist den wieder umfassend begründeten Bedenken des Verfassers gerade für das Arbeitsrecht zu folgen: In einem Arbeitsverhältnis spielen so unterschiedliche Faktoren eine Rolle, dass zwischen sachverwandten und sachfremden Ausgleichsleistungen ohnehin kaum zu unterscheiden ist. Ähnliches gilt für das seltener diskutierte und knapper behandelte sog. Symmetriegebot (S. 387 ff.). Ob Nachteil und Kompensation beiden Parteien gleichartige Nachteile verschaffen, hilft für die Inhaltskontrolle wenig weiter.

Wenn auf S. 404 nun konstatiert wird, mit Ausnahme der wenig konkreten Vorgaben des Transparenzgebots hätten sich kaum Vorgaben für kompensatorische Klauseln gefunden, stellt sich die Frage nach Vorgaben aus anderen Quellen. Zu diesem Zweck wird das die Rechtsordnung durchziehende, im Privatrecht aber ungeschriebene Verhältnismäßigkeitsprinzip untersucht (S. 404 ff.). Wie der Verfasser richtig feststellt, haben arbeitsrechtliche Kompensationsklauseln wenig mit denjenigen Regelungen gemeinsam, auf die der Gesetzgeber das AGB-Recht zugeschnitten hat. Daher eignet sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip mit der ausgeklügelten Dogmatik einer Drei-Stufen-Prüfung für ihre Kontrolle

³ Dazu von *Hoyningen-Huene*, in: Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum HGB, 3. Aufl. 2010, § 74 Rn. 8 ff.; *Oetker*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 16. Aufl. 2016, § 74 HGB Rn. 2 ff.

⁴ Grundlegend bereits BGH, 29.10.1956 – II ZR 79/55 – NJW 1957, 17, 19; weiterführend mwN.; *Wurmnest*, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2016, § 307 BGB Rn. 43 f.

⁵ Grundlegend BGH, 30.10.1984 – VIII ARZ 1/84 – BGHZ 92, 363.

wesentlich besser, wie an beispielhaften Fallgruppen gezeigt wird. Aufschlussreich ist dabei besonders die Betrachtung der Stellung leitender Angestellter, in deren Rechte erhebliche Einschnitte möglich sind, obwohl der reine Status kaum als Kompensation geeignet ist. Auch bei kollektiv vereinbarten Ausgleichsregelungen ist die Rechtsordnung regelmäßig großzügiger. Beides hält der Verfasser für bedenklich.

Der letzte Abschnitt vor der Zusammenfassung widmet sich dem grundlegenden Problem der Kompensationsklauseln: der Kontrolle des Austauschverhältnisses, letztlich also der Frage nach dem *iustum pretium* (S. 465 ff.). Die grundlegende Frage, ob dieser subjektiv bestimmbar ist oder objektiv, wobei letzteres zu einer höheren Kontrollintensität führen würde, beantwortet der Verfasser mit einer Verschränkung beider Kriterien. Es geht um eine Abwägung aller maßgeblichen Kriterien auf Basis der grundlegenden Regel des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.

Die Kompensation ist ein Grundproblem der Vertragsgestaltung des Zivilrechts, das im Arbeitsrecht besondere Fragen aufwirft. Der Titel der ursprünglichen Habilitationsschrift »Kompensatorische Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht« gibt den Inhalt der Arbeit daher besser wieder als der weit gefasste der Verlagsveröffentlichung; ist doch bereits eine Untersuchung der vielfältigen Möglichkeiten der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht überaus ambitioniert. Der Verfasser verweigert sich in seiner Untersuchung jeder Pauschalisierung, was sie auf ein erhebliches abstraktes Niveau stellt.

Anregend ist die Untersuchung als selbstverständlich angenommener Dogmen des AGB-Rechts, die hinsichtlich des Arbeitsrechts bisweilen zu kontraproduktiven Ergebnissen führen. Auch eine so überaus differenzierte Unter-

suchung wie die vorliegende kann damit letztlich nur zu dem Ergebnis führen, auf Grundlage von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB eine Einzelfallabwägung unter Einbeziehung des Verhältnismäßigkeitsprinzips durchzuführen. Es wird weiter der Kasuistik vorbehalten bleiben, anhand von Fallgruppen Rechtssicherheit zu so grundlegenden Fragen wie der Inhaltskontrolle von Kompensationsklauseln zu fördern.

Fast 15 Jahre nach der Schuldrechtsreform zeigt sich damit, dass die bereits damals vorgebrachten Bedenken gegen die Übertragung des AGB-Rechts auf Arbeitsverträge⁶ bis heute nichts an Plausibilität verloren haben. Vielmehr hat die etwas naive gesetzgeberische Überlegung, »Verbraucher sind schutzwürdig, Arbeitnehmer auch« der Praxis ein System der Inhaltskontrolle auferlegt, das auf Austauschverträge – insbesondere Kaufverträge – zugeschnitten ist und die Besonderheiten des Arbeitsverhältnisses als oft ein ganzes Leben begleitendes Dauerschuldverhältnis, das die Vielfalt von Lebensentwürfen, Berufen und Branchen zu erfassen hat, praktisch nicht berücksichtigt. Die vorliegende Schrift zeigt viele der sich daraus ergebenden Konsequenzen in beachtlicher Schärfe und Tiefe auf. Es sind ihr viele Leser aus den Bereichen des Arbeitsrechts, des allgemeinen Zivilrechts und des Wirtschaftsrechts zu wünschen.

Prof. Dr. Martina Benecke,
Universität Augsburg

⁶ Kritisch bereits Benecke, Anm. zu BAG, 28.9.2005 – 5 AZR 52/05 – AP BGB § 307 Nr. 7; dies., Anm. zu BAG, 11.4.2006 – 9 AZR 557/05 – AP BGB § 307 Nr. 17.

Zusammenfassungen

Roth: Betriebliche Altersversorgung – Zur Fortentwicklung des Betriebsrentengesetzes im Niedrigzinsumfeld

SR SR 2/2016, S. 47–61

Der Autor analysiert die Reformvorschläge zur Stärkung der betrieblichen Altersvorsorge und entwickelt diese weiter – ua. im Vergleich zu den Neuregelungen in Großbritannien, Neuseeland und einigen US-Bundesstaaten. Er kommt zu dem Ergebnis, dass sich eine automatische Einbeziehung der Arbeitnehmer in die betriebliche Altersvorsorge empfehle – vorrangig durch kollektivvertragliche Regelung, subsidiär durch gesetzliche Einbeziehung. Auch plädiert er für Flexibilität bei der Wahl der Altersvorsorgeeinrichtung und Kapitalanlage.

Zimmer: Auswirkungen von CETA und TTIP auf soziale Standards

SR SR 2/2016, S. 62–76

Der Beitrag untersucht die Auswirkungen der geplanten Freihandelsabkommen CETA und TTIP auf Sozialstandards und legt dabei den Fokus auf die dort vorgesehenen Liberalisierungsverpflichtungen und das Investitionsschutzrecht. Er analysiert dafür ua. bereits abgeschlossene Investor-Staat-Klageverfahren. Im Ergebnis wird eine Gefahr für die Sozialstandards durch eine möglicherweise einsetzende kompetitive Deregulierung gesehen.

Abstracts

Roth: Occupational pension schemes – On the further development of the Act on occupational pension schemes in a low-interest rate environment

SR SR 2/2016, p. 47–61

The author analyses the current proposals on strengthening occupational pension schemes and compares them to current revisions in Great Britain as well as in New Zealand and different US-States. He suggests for an automatic enrollment in those schemes – prior via collective agreements subsidiary through statutory regulation. He further advocates for flexibility with regard to the choice for the pension fund institution and the investment.

Zimmer: Impact of CETA and TTIP on social standards

SR SR 2/2016, p. 62–76

The author examines the effects of the proposed free trade agreements CETA and TTIP on social standards and focuses on liberalisation requirements and the law on investment protection. She analyses ia. different Investor-State-Dispute-Settlements. She concludes that social standards may be at stake due to a possible process of competitive deregulation.

Hinweis der Redaktion

Im Juli 2016 wird eine Sonderausgabe von »Soziales Recht« erscheinen. Wolfgang Däubler wird sich darin mit dem Thema Digitalisierung und Arbeitsrecht befassen.

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

Abhandlungen

- Gregor Thüsing: Digitalisierung der Arbeitswelt
- Manfred Walser: Gesetzliche Regelung der Tarifeinheit

Rezensionsaufsätze

- Antonio Ojeda Avilés, Transnational Labour Law sowie Adelle Blacket und Anne Trebilcock, Transnational Labour Law (Sebastian Krebber)

Aktuelle Veröffentlichungen in der Schriftenreihe des Hugo Sinzheimer Instituts für Arbeitsrecht

- Band 17** Matthias Jacobs / Matthias Munder / Barbara Richter
Spezialisierung der Unionsgerichtsbarkeit im Arbeitsrecht – Fachkammer für Arbeitsrecht am EuGH
ISBN 978-3-7663-6585-9
- Band 16** Wolfgang Däubler
Tarifverträge zur Unternehmenspolitik? Rechtliche Zulässigkeit und faktische Bedeutung
ISBN 978-3-7663-6465-4
- Band 15** Raimund Waltermann
Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie
ISBN 978-3-7663-6469-2
- Band 14** Olaf Deinert
Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer in Inlandsbetrieben
ISBN 978-3-7663-6468-5
- Band 13** Florian Rödl / Raphaël Callsen
Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion
ISBN 978-3-7663-6467-8
- Band 12** Ulrich Preis / Daniel Ulber
Ausschlussfristen und Mindestlohngesetz – Der Mindestlohn als unabdingbarer Sockelanspruch
ISBN 978-3-7663-6413-5
- Band 11** Ulrike Wendeling-Schröder (Hrsg.)
Die Arbeitsbedingungen des Betriebsrats
ISBN 978-3-7663-6329-9
- Band 10** Monika Schlachter
Das Verbot der Altersdiskriminierung und der Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien
ISBN 978-3-7663-6389-3
- Band 9** Ingrid Maas / Karl Schmitz / Peter Wedde
Datenschutz 2014 – Probleme und Lösungsmöglichkeiten
ISBN 978-3-7663-6386-2

Gegen Überwachung und Kontrolle



Topaktuell:
Mit Urteil zu Safe Harbor
und Ausblick
auf EU-Datenschutz!

Wolfgang Däubler / Thomas Klebe
Peter Wedde / Thilo Weichert
Bundesdatenschutzgesetz
Kompaktcommentar zum BDSG
5., überarbeitete Auflage
2016. 976 Seiten, gebunden
€ 99,-
ISBN 978-3-7663-6446-3

Klar, prägnant und gut verständlich erläutert der Kompaktcommentar das gesamte Bundesdatenschutzgesetz. Einen hohen Stellenwert nimmt dabei der Arbeitnehmerdatenschutz ein. Die Autoren geben einen ersten Ausblick auf die EU-Datenschutzgrundverordnung. Aktuelle Rechtsprechung und Literatur sind berücksichtigt. Interessenvertreter und Beschäftigte erhalten an vielen Stellen Anregungen, wie sie von ihren Rechten Gebrauch machen können.

Zu den Kernthemen gehören:

- EuGH-Urteil zu Safe Harbor
- Vorratsdatenspeicherung
- Datenverarbeitung bei Google
- Videoüberwachung
- Cloud-Computing
- Social Media



www.bund-verlag.de/6446
kontakt@bund-verlag.de
Info-Telefon: 069 / 79 50 10-20