

Soziales Recht



soziales-recht.eu

14. JAHRGANG
ISSN 2193-5157

SR

WISSENSCHAFTLICHE ZEITSCHRIFT
FÜR ARBEITS- UND SOZIALRECHT

Ausgabe 3
Juni | 2024

HERAUSGEBER

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walsler, LL.M.
Hochschule Mainz



HOCHSCHULE
MAINZ



IN ZUSAMMENARBEIT MIT

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

RUTH DUKES

*Das Streikrecht im Vereinigten Königreich:
eine Tragödie in vier Akten?*

Seite 78

THOMAS KLEIN

Soziale Grundrechte des Grundgesetzes

Seite 85

DANIEL ULBER

*Das Urlaubskassenverfahren als besondere
Ausprägung der Bauwirtschaft*

Seite 97

THORSTEN KEISER

Rezension:
*Kittner/Klengel, Die Entstehung
des Kündigungsschutzgesetzes*

Seite 105

Soziales Recht
3/2024
ISSN 2193-5157
Juni 2024, 14. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.
Hochschule Mainz

in Zusammenarbeit mit:

Dr. Ernesto Klengel
Dr. Amélie Sutterer-Kipping
Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt/Main

Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Tel. 0551/39 – 279 48
Fax: 0551/39 – 272 45
E-Mail: sekretariat.deinert@jura.uni-goettingen.de

Verlag

Bund-Verlag GmbH
Geschäftsführer
Jürgen Scholl, Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Irmgard Schmalix (Leitung)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH
Emil-von-Behring-Straße 14
60439 Frankfurt/Main
(ladungsfähige Anschrift)
Tel. 069/79 50 10-0
Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)
Heike Sandrock
Tel. 069/79 50 10-602
anzeigen@bund-verlag.de
Erscheint 6 x jährlich als Supplement
der Zeitschrift Arbeit und Recht.
Im Abonnementpreis der Zeitschrift
Arbeit und Recht enthalten.

Gestaltung

fsvk.design

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

DWS Marquart GmbH,
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder
bund-verlag@schaefermiedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt
die Meinung der Herausgeber, der Redaktion
oder des Verlages wieder.
Alle in diesem Supplement veröffentlichten Beiträge
und Abbildungen sind urheberrechtlich geschützt.
Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

Über »Soziales Recht«

»Soziales Recht« umfasst als klassifikatorischer Begriff in Anlehnung an *Hugo Sinzheimer* die Gesamtheit des staatlichen und autonom gesetzten Rechts, das sich auf das soziale Phänomen der abhängigen Arbeit bezieht. Formal relativiert das Konzept des Sozialen Rechts die vor allem in Deutschland traditionell betonte Dichotomie von Privatrecht und öffentlichem Recht. Inhaltlich greift es die Wechselbeziehungen des

Arbeitsverhältnisses mit den gesellschaftlichen Verhältnissen auf und steht für eine an der Würde, der Selbstbestimmung und der sozialen Sicherheit des arbeitenden Menschen orientierten rechtlichen Regulierung, die angesichts einer sich verändernden Arbeitswirklichkeit einer ständigen Weiterentwicklung bedarf, um diese Leitgedanken jeweils zu aktualisieren. *Hugo Sinzheimer* (1875-1945) selbst war Rechtswissenschaft-

ler, Rechtspraktiker, Rechtspolitiker sowie Rechtssoziologe und gilt als Vater des deutschen kollektiven Arbeitsrechts.

- Zum Begriff »Soziales Recht«: *Seifert*, SR 2011, 62–73 sowie *Eichenhofer*, SR 2012, 76–83 und SR 2022, 170–192.
- Zur früheren »Zeitschrift für soziales Recht«: *Kocher*, SR 2013, 53–63.

Editorial

Man sieht es auf den ersten Blick: Im vierzehnten Jahr des Bestehens dieser Zeitschrift erscheint »Soziales Recht« von nun an in einem neuen Gewande. An die Stelle der bisherigen Farbkombination aus rot, blau und grau findet sich künftig – auch innerhalb der Hefte – durchgängig ein (dunkleres) rot. Die Zusammenfassungen (Abstracts), bisher an das Heftende platziert, rücken vor die jeweiligen Beiträge. Auch beginnt jede Ausgabe zukünftig mit einem Editorial, das aktuelle arbeitsrechtlich relevante Entwicklungen aufgreift oder einen kurzen Überblick über den jeweiligen Heftinhalt verschafft. Damit kommen wir veränderten Lesegewohnheiten entgegen. Unterstützt wird dies durch ein ebenfalls verändertes Erscheinungsbild des Internetauftritts von »Soziales Recht« (www.soziales-recht.eu), der künftig einen noch leichteren Zugriff auf sämtliche Heftinhalte erlaubt – und zwar kostenfrei für alle Ausgaben.

Unverändert bleiben dagegen das Leitbild und der Anspruch von »Soziales Recht«, nämlich ein Forum für umfassende und grundlegende Abhandlungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und des arbeitsbezogenen Sozialrechts zu bieten, das vielfältige Ansätze und Perspektiven vereint. Auch in Zukunft sollen daher rechtsdogmatisch, rechtspolitisch, rechtssoziologisch, rechtsvergleichend und nicht zuletzt rechtshistorisch orientierte Beiträge erscheinen, die ihren gemeinsamen Bezugspunkt in der Grundidee finden, dass der arbeits- und sozialrechtliche Rahmen einer ständigen Aktualisierung und Weiterentwicklung bedarf, um dem normativen Anspruch der Wahrung der Würde, der Selbstbestimmung und der sozialen Sicherheit des arbeitenden Menschen in einer sich kontinuierlich verändernden Arbeitswelt immer wieder neu gerecht zu werden.

Unverändert bleibt auch die enge und konstruktive Zusammenarbeit von »Soziales Recht« mit dem Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht, für die namentlich dessen neuer Wissenschaftlicher Direktor *Ernesto Klengel* sowie *Amélie Sutterer-Kipping* stehen.

Im aktuellen Heft soll der erhobene Anspruch mit vier Beiträgen eingelöst werden: *Ruth Dukes* unternimmt im Rahmen der

von ihr gehaltenen Sinzheimer-Vorlesung des Jahres 2023 eine tour d'horizon durch die über einhundertjährige Entwicklung der Regulierung des Streikrechts im Vereinigten Königreich, die sowohl durch Fortschritte wie durch Rückschritte gekennzeichnet ist, wobei sie einen positiven Ausblick wagt. *Thomas Klein* thematisiert die Frage sozialer Grundrechte, die im Grundgesetz im Gegensatz zur Weimarer Reichsverfassung zwar grundsätzlich keine normtextliche Erwähnung gefunden haben, in der Rechtsprechung des BVerfG aber vor allem im Hinblick auf die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums sowie eines Grundrechts auf Bildung herausgearbeitet worden sind. *Daniel Ulber* beschäftigt sich mit dem Urlaubskassenverfahren in der Bauwirtschaft als ein bereits auf Vorläufer in der Weimarer Zeit zurückgehendes Musterbeispiel einer funktionierenden Sozialpartnerschaft, dessen Übertragung auf weitere Branchen er vorschlägt und dem er sogar ein Potenzial für die soziale und ökonomische Bewältigung von klimawandelbedingten Störungen von Arbeitsverhältnissen zuspricht. In seiner Rezension des Werkes von *Michael Kittner* und *Ernesto Klengel* zur Entstehung des Kündigungsschutzgesetzes hebt *Thorsten Keiser* schließlich die von den Autoren herausgearbeitete Korrektur des Geschichtsbildes einer Dominanz des Zusammenwirkens der Verbände zugunsten einer stärkeren Betonung der Einflussnahme von *Wilhelm Herschel* und *Hans Carl Nipperdey* hinter den Kulissen und – damit einhergehend – der häufig nicht hinreichend gewürdigten Rolle des Staates als Akteur im »Rheinischen Kapitalismus« hervor. Wir wünschen beim Lesen dieser Beiträge wie auch der künftigen Ausgaben von »Soziales Recht« einen reichhaltigen Erkenntnisgewinn.

Olaf Deinert
Rüdiger Krause
Manfred Walser
 Herausgeber

Das Streikrecht im Vereinigten Königreich: eine Tragödie in vier Akten?*

PROF. DR. RUTH DUKES, UNIVERSITY OF GLASGOW

ZUSAMMENFASSUNG Der Beitrag befasst sich mit der Entwicklung des Streikrechts im Vereinigten Königreich. Dabei werden sowohl die rechtlichen Errungenschaften als auch Gesetzesreformen dargestellt, welche das Streikrecht einschränkten und die Arbeit von Gewerkschaften über die Zeit erschwerten. Abschließend zeigt er Möglichkeiten auf, wie das Streikrecht zukünftig gestärkt werden könnte.

ABSTRACT The article looks at the development of the right to strike in the United Kingdom. It presents both the legal achievements and legislative reforms that restricted the right to strike and made the work of trade unions more difficult over time. Finally, it shows how the right to strike could be strengthened in the future.

I. Einführung

1933 floh *Otto Kahn-Freund* aus Berlin und verließ damit auch den Wohnsitz der Familie im Frankfurter Westend.¹ Danach ließ er sich in England nieder und fand im britischen Arbeitsrecht vieles zu bewundern.² Zuvor hatte er bei *Hugo Sinzheimer* promoviert und fünf Jahre lang als Richter am Berliner Arbeitsgericht gearbeitet.³ Nach London kam er als Experte für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in Deutschland und als Zeitzeuge des tragischen Endes der Weimarer Republik. In England beobachtete *Kahn-Freund* mit großem Interesse ein »ausgereiftes« System der Arbeitsbeziehungen, in dem Tarifverhandlungen »freiwillig« geführt wurden, ohne dass eine gesetzliche Verhandlungspflicht bestand oder die Verweigerung von Tarifverhandlungen rechtlich sanktioniert werden musste.⁴ Das Schöne an diesem System war seiner Meinung nach, dass es in erster Linie auf der industriellen Stärke der Gewerkschaften beruhte und nicht auf der Gunst des Staates. Was der Staat gegeben habe, könne er schließlich auch wieder wegnehmen,⁵ wie die jüngste deutsche Geschichte so eindringlich gezeigt habe. Im Vereinigten Königreich beruhte das Recht der Arbeitnehmer, ihre Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge zu regeln, rechtlich gesehen auf der allgemein anerkannten und weit verbreiteten Freiheit der Arbeitnehmer, ihre Arbeitskraft zurückzuhalten.⁶

Kahn-Freund starb 1979, genau in dem Jahr, in dem die Konservative Partei unter *Margaret Thatcher* an die Macht

kam. Würde er sich heute aus dem Grab erheben, würde er feststellen, dass sich die Lage dramatisch verändert hat. Kurz gesagt: Sowohl die Zahl der Gewerkschaftsmitglieder als auch die Tarifabdeckung sind inzwischen auf einen Bruchteil des früheren Niveaus gesunken.⁷ Die Arbeitnehmer haben zwar ein Streikrecht, aber dieses ist sowohl inhaltlich als auch durch Verfahrensvorschriften stark eingeschränkt. Als Mittel, um einen Arbeitgeber nachhaltig unter Druck zu setzen, um die Anerkennung einer Gewerkschaft oder eine Lohnerhöhung zu erzwingen, ist ein rechtmäßiger Arbeitskampf in einigen Fällen praktisch ausgeschlossen und in anderen weitgehend wirkungslos.⁸

In diesem Vortrag werde ich einen kurzen Überblick über die Geschichte des britischen Arbeitsrechts geben, wobei ich das Streikrecht in den Mittelpunkt stelle. Zwar kann man völlig zutreffend behaupten, dass sich das Recht seit den 1950er-Jahren ständig gewandelt hat, doch erfolgte dieser Wandel schrittweise. Die aufeinanderfolgenden Änderungen bauen auf die jeweils bestehenden Regelungen auf. Eine chronologische Darstellung ist daher hilfreich, um das aktuelle Recht zu verstehen.

Ich beginne mit einer Erläuterung des grundlegenden rechtlichen Rahmens, wie er 1906 geschaffen wurde. Anschließend werde ich schildern, wie das Streikrecht mehrere Jahrzehnte lang hin- und herpendelte – zwischen einer konservativen Justiz, die es einschränken und den Schutz der Vertragsfreiheit und des Privateigentums durch das Gewohnheitsrecht des Common Law wiederherstellen wollte, und einer auf

* Schriftliche und um Nachweise ergänzte Fassung der am 19.10.2023 an der Europäischen Akademie der Arbeit (EADA) in Frankfurt am Main gehaltenen Sinzheimer-Vorlesung.

1 »Der letzte polizeilich gemeldete Wohnsitz von Kahn-Freund war in Frankfurt am Main am Blittersdorfplatz 43«: *Ludyga*, Otto Kahn-Freund (1900–1979): Ein Arbeitsrechtler in der Weimarer Zeit, Berlin/Boston 2016, S. 57.

2 *Dukes*, The Labour Constitution: the Enduring Idea of Labour Law, Oxford 2014.

3 *Ludyga* (Fn. 1).

4 *Kahn-Freund*, in: Flanders/Clegg (Hrsg.), The System of Industrial Relations in Great Britain, Oxford 1954; *Kahn-Freund*, British Journal of Sociology 1954, 193; *Kahn-Freund*, in: Ginsberg (Hrsg.), Law and Opinion in England in the 20th Century, London 1959.

5 *Kahn-Freund*, in: Ginsberg (Fn. 4), S. 244.

6 *Kahn-Freund*, in: Flanders/Clegg (Fn. 4).

7 Im Jahr 1980 waren 54,5 % der britischen Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglieder. Bei 70 % der britischen Arbeitnehmer waren die Arbeitsbedingungen durch Tarifverträge geregelt: *Haddington*, in: Müller/Vandaele/Waddington (Hrsg.), Collective Bargaining in Europe: Towards an Endgame, Brussels 2019. Im Jahr 2022 waren nur 22 % der Arbeitnehmer Gewerkschaftsmitglieder; im Privatsektor waren es 12 %: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/1158789/Trade_Union_Membership_UK_1995-2022_Statistical_Bulletin.pdf (1.3.2024). Im Jahr 2022 hatten 26,6 % der Arbeitnehmer ihre Löhne und Arbeitsbedingungen tarifvertraglich geregelt; in der Privatwirtschaft waren es 13 %: <https://www.statista.com/statistics/287297/uk-collective-agreement-coverage/> (1.3.2024).

8 *Gall*, British Journal of Industrial Relations 2017, 187.

Liberalisierung zielenden Legislative, die Arbeitnehmern und Gewerkschaften gleichermaßen Arbeitskämpfmaßnahmen gestatten wollte. Danach werde ich einen Sprung in die 1980er-Jahre machen und einige der wichtigsten Reformen der *Thatcher*-Ära darstellen. Dabei werde ich darauf eingehen, inwieweit die Europäische Menschenrechtskonvention den Deregulierungsimpulsen der Regierungen Einhalt geboten hat. Schließlich werde ich mich den Gesetzesreformen seit 2016 und der stetigen Aushöhlung des ohnehin vergleichsweise geringen Streikrechts zuwenden, bevor ich mich im letzten Abschnitt des Vortrags mit den Aussichten für positivere Reformen des Streikrechts befasse: Sowohl mit solchen, die aus Sicht der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften wünschenswert wären, als auch mit der schwierigeren Frage, wie wir von hier aus dorthin gelangen könnten.⁹

II. Erster Akt: Der grundlegende Rahmen: Der Trade Disputes Act von 1906 und die »Goldene Formel«

Der grundlegende Rechtsrahmen zur Regelung von Arbeitskämpfen wurde 1906 geschaffen. Die strafrechtliche Haftung für die Organisation von oder die Teilnahme an Arbeitskämpfmaßnahmen war bereits in den 1870er-Jahren gesetzlich abgeschafft worden.¹⁰ Damit blieb aus gewerkschaftlicher Sicht jedoch das Problem der potenziellen Haftung für einen durch unerlaubtes Handeln zugefügten Schaden (ein »Tort« im Common Law). So konnte eine Gewerkschaft oder ein Gewerkschaftsfunktionär, die bzw. der einen Arbeitskampf organisierte, wegen unrechtmäßig erzwungener Beeinträchtigung des Gewerbes, des Geschäfts oder der Beschäftigung eines anderen verklagt werden.¹¹ Beispielsweise konnten sie verklagt werden, wenn sie Arbeitnehmer dazu aufforderten, ihre Arbeitsverträge zu brechen oder wenn sie einen Arbeitgeber unter Androhung von Streiks zur Verteidigung eines »closed shops« dazu veranlassten, seinen Arbeitsvertrag mit bestimmten Arbeitnehmern zu kündigen.¹² Nach dem berühmten Gerichtsurteil im Fall *Taff Vale* konnte eine Gewerkschaft aus diesen Gründen unter ihrem eigenen Namen verklagt und zur Zahlung unbegrenzter Summen als Schadensersatz verurteilt werden, was ihre eigenen, aus Mitgliedsbeiträgen angesammelten Mittel aufbrauchen konnte.¹³

Es ist keine Übertreibung zu sagen, dass der Trade Disputes Act von 1906 das Arbeitsrecht und die Arbeitsbeziehungen grundlegend verändert hat. Für die Gewerkschaften hob der Trade Disputes Act die *Taff-Vale*-Entscheidung auf und führte eine generelle Immunität gegenüber Schadensersatzklagen für angeblich von ihnen oder in ihrem Namen begangene Delikte ein. Für einzelne Gewerkschaftsfunktionäre und Arbeitnehmer führte das Gesetz etwas engere »gesetzliche Immunitäten« ein, wie sie später genannt wurden. Dabei handelte es sich nicht um pauschale Immunitäten; zum einen wurden sie durch Bezugnahme auf bestimmte Arten von Delikten eingegrenzt und

zum anderen durch die so genannte »Goldene Formel«. Das Gesetz besagte im Wesentlichen, dass eine Person nicht verklagt werden kann, wenn sie Arbeitskämpfmaßnahmen organisiert, zum Streik aufruft oder Streikposten aufstellt, sofern sie – und hier kommt die Goldene Formel zum Tragen – »in Erwägung oder Verfolgung eines Arbeitskampfes« gehandelt hat. Ein »Arbeitskampf« wurde weit ausgelegt als:

› »jede Streitigkeit zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, die mit der Beschäftigung oder Nichtbeschäftigung oder mit den Beschäftigungs- oder Arbeitsbedingungen einer Person zusammenhängt. Unter ›Arbeitnehmern‹ sind alle Personen zu verstehen, die im Handel oder in der Industrie beschäftigt sind, unabhängig davon, ob sie in einem Arbeitsverhältnis zu dem Arbeitgeber stehen, mit dem ein Arbeitskonflikt entsteht.«

Es sei darauf hingewiesen, dass aufgrund dieser weit gefassten Definition auch Sympathiestreiks vom Geltungsbereich der gesetzlichen Befreiungen erfasst waren, ebenso wie Arbeitskämpfmaßnahmen zur Durchsetzung oder Verteidigung eines »closed shops«. Weder wurde eine Friedenspflicht statuiert noch zwischen dem Streben nach einem neuen Tarifvertrag und der Änderung eines bestehenden Tarifvertrags unterschieden. Einzig von den gesetzlichen Befreiungen aufgrund der Goldenen Formel ausgeschlossen waren Arbeitskämpfmaßnahmen in Verfolgung politischer statt wirtschaftlicher Ziele.

III. Zweiter Akt: Das Hin und Her zwischen konservativer Justiz und liberalem Gesetzgeber

› »Was die gesetzlichen ›Immunitäten‹ schützen, sind soziale ›Rechte‹. In der Substanz, abseits der Form, schafft das Gesetz Freiheiten oder Rechte, die das Common Law den Arbeitnehmern verweigern würde. Die ›Immunität‹ ist nur eine Form.«¹⁴

So *Lord Wedderburn*, ein prominenter Arbeitsrechtswissenschaftler, im Jahr 1986. Die Schwierigkeit für die Gewerkschaften war, wie er weiter ausführte, dass dies nicht von allen so gesehen wurde. Vor allem Richter, die in erster Linie im Common Law ausgebildet wurden – Eigentumsrecht, Vertragsrecht und der unerlaubten Erzwingung rechtswidrigen Handelns – und ausschließlich aus den oberen Gesellschaftsschichten stammten, wehrten sich dagegen, gesetzliche Immunitäten als kollektive Rechte zu verstehen. Wie der berühmte-berühmte Richter des Court of Appeal, *Lord Denning*, 1979 formulierte: Das Parlament gab den Gewerkschaftsfunktionären nicht das Recht »das Gesetz zu brechen oder Unrecht zu tun, indem sie Menschen zum Vertragsbruch verleiten. Es gab ihnen lediglich Immunität im Fall, dass sie es taten.«¹⁵ Man beachte die Formulierung »Gesetz brechen« und »Unrecht tun«! Die Abneigung der Justiz gegen kollektives Handeln ist kaum verborgen.

Im Laufe des 20. Jahrhunderts bewirkte die Überzeugung, dass es sich bei den Immunitäten um Ausnahmen von grundlegenden Regeln des Common Law handelte, dass die Richter sie eng auslegten und immer mehr Ausnahmen von den angebli-

⁹ Wright, *New Left Review* 2006, 93.

¹⁰ Trade Union Act 1871; Conspiracy and Protection of Property Act 1875.

¹¹ *Lyons and Sons v Wilkins* [1896] 1 Ch. 811; *Walters v. Green* [1899] 2 Ch. 696.

¹² *Lumley v Gye* [1853] EWHC QB J73.

¹³ *Taff Vale Railway Co. v Amalgamated Railway Servants* [1901] UKHL 1, [1901] AC 426.

¹⁴ *Wedderburn, The Worker and the Law*, 3. Aufl., London 1986, S. 20.

¹⁵ *Express Newspapers Ltd v McShane* [1979] ICR 210, 218.

chen Ausnahmen fanden. Von Zeit zu Zeit ergriff der Gesetzgeber Maßnahmen, um die gesetzlichen Immunitäten wiederherzustellen, nur um bei der nächsten Gelegenheit festzustellen, dass die Gerichte sie wieder einschränkten. Im Rückblick auf die vorangegangenen Jahrzehnte konnte *Wedderburn* in den 1980er-Jahren feststellen, dass das Streikrecht wie ein Pendel zwischen richterrechtlicher Haftung für Arbeitskampfmaßnahmen und parlamentarischer Immunität hin- und hergeschwungen war.¹⁶ Die Ursache für diese Pendelbewegung sei nicht nur die »Kreativität« der Richter, sondern auch das »Wesen des Common Law« selbst: »seine Einstellung zum Eigentum und zur sozialen Ordnung und seine Fähigkeit, seine Doktrin immer wieder zu verändern und anzupassen.«¹⁷

IV. Dritter Akt: Umkehrung der Rollen: Konservative Regierung und ein Menschenrecht auf Streik?

Wenn der Trade Disputes Act von 1906 das Arbeitsrecht und die Arbeitsbeziehungen im Vereinigten Königreich verändert hat, dann gilt dies auch für die Gesetzgebung der konservativen Regierungen der 1980er- und 1990er-Jahre. In diesem Fall erfolgte die Umgestaltung jedoch nicht auf einmal, durch Bestimmungen in einem einzigen Gesetz, sondern schrittweise durch eine lange Reihe von Parlamentsbeschlüssen, Rechtsinstrumenten und Verhaltenskodizes.¹⁸ Die Konservativen waren sich der Misserfolge früherer Gesetzesreformen bewusst und hatten gelernt, dass schrittweise Veränderungen politisch akzeptabler sind und weniger wahrscheinlich auf wirksamen Widerstand stoßen.¹⁹

Die Einzelheiten der einschlägigen Gesetzesänderungen darzustellen, würde mehrere Stunden in Anspruch nehmen; ich kann mich hier aber auf drei wichtige Reformpakete beschränken. Das Erste statuierte ein völliges Verbot von Sympathieaktionen, das Streikposten, Streiks sowie Arbeitskampfmaßnahmen umfasste, die keinen Streik im strengen Sinne darstellen.²⁰ Dies war ein bewusster Angriff auf die gewerkschaftliche Solidarität, der im Laufe der Jahre durch die hartnäckige Weigerung der Gerichte noch verstärkt wurde, den »Unternehmensschleier« zu lüften, wenn es darum geht, in einem bestimmten Konflikt den Arbeitgeber zu identifizieren.²¹ Das bedeutet zum Beispiel, dass in einer großen Universität, die ihre Reinigungsdienste ausgelagert hat und damit ihr größtenteils aus Migrantinnen bestehendes weibliches Reinigungspersonal nicht mehr direkt beschäftigt, es diesem Personal untersagt ist, Arbeitskampfmaßnahmen zu ergreifen, um die Universität zu zwingen, sie wieder »ins Haus« zu holen.²² Zugleich ist es den Beschäftigten der Universität nicht gestattet, rechtmäßig zu streiken, um die Forderungen der Reinigungskräfte zu unterstützen.

Eine zweite Reihe von Reformen, die 1982 eingeführt wurde, hob die generelle schadensrechtliche Immunität auf, die

die Gewerkschaften seit 1906 genossen hatten.²³ Die Gewerkschaften waren wieder potenziell haftbar für Schäden infolge von unrechtmäßigen Handlungen, sowohl im eigenen Namen als auch stellvertretend für andere, für deren Handlungen sie verantwortlich gemacht werden konnten. Das betreffende Gesetz setzte dem Schadensersatz, der gegen eine Gewerkschaft geltend gemacht werden konnte, nach der Mitgliederzahl gestaffelte Grenzen.²⁴

Ein drittes Bündel von Reformen führte eine Reihe komplexer Verfahrensvorschriften ein, die eine Gewerkschaft einhalten muss, wenn die gesetzlichen Immunitäten in Bezug auf einen nachfolgenden Arbeitskampf gelten sollen.²⁵ Stark vereinfacht könnte man sagen, dass der Gewerkschaft die Verpflichtung auferlegt wurde, vor der Durchführung von Arbeitskampfmaßnahmen eine Urabstimmung unter ihren Mitgliedern durchzuführen und dabei eine Mehrheit zu erzielen; eine zweite Verpflichtung bestand darin, dass die Gewerkschaft ihre Mitglieder und den Arbeitgeber über die Ergebnisse der Urabstimmung zu unterrichten hat; und als dritte Verpflichtung wurde eingeführt, den Arbeitgeber über den Beginn und die Dauer des nachfolgenden Arbeitskampfes zu informieren.²⁶ Wenn diese Anforderungen nicht völlig unvernünftig klingen, dann besteht das Problem aus der Sicht der Gewerkschaft nicht so sehr in der Urabstimmung oder der Benachrichtigung an sich, sondern vielmehr in dem Detaillierungsgrad und der Komplexität der gesetzlichen Bestimmungen. Sie sind so kompliziert, dass nicht immer klar ist, was die Gewerkschaft in einer bestimmten Situation genau zu tun hat.²⁷

Ein zweites problematisches Merkmal der Abstimmungs- und Mitteilungspflichten besteht darin, dass die Nichteinhaltung der einen oder anderen Vorschrift bewirkt, dass ein nachfolgender Arbeitskampf nicht unter die gesetzlichen Immunitäten fällt, *selbst wenn dem Arbeitgeber kein Schaden entstanden ist*. In einem besonders krassen Fall stellte ein Gericht fest, dass die Gewerkschaft gegen die Vorschriften verstoßen hatte, indem sie den Arbeitgeber nur auf einem Blatt Papier über ihre verschiedenen Pläne informiert hatte, anstatt auf zwei getrennten Blättern, mit der Folge, dass nachfolgende Streikmaßnahmen rechtswidrig waren.²⁸

Die Auswirkungen werden deutlich, wenn man sich die Handlungsmöglichkeiten eines Arbeitgebers vor Augen führt, der einen möglichen Verstoß gegen die Vorschriften festzustellen vermag. Wenn eine Maßnahme, die letztendlich als rechtswidrig eingestuft wird, zu finanziellen Verlusten für den Arbeitgeber führt, kann er die Gewerkschaft auf Schadensersatz verklagen. Das ist die eine Seite. In einem viel früheren Stadium des Verfahrens kann der Arbeitgeber jedoch bei Gericht eine einstweilige Verfügung beantragen, um zu verhindern, dass die Arbeitskampfmaßnahme überhaupt durchgeführt wird. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Verfügung sind nicht schwer zu erfüllen – im Wesentlichen muss der Arbeitgeber nur zeigen, dass der geplante Arbeitskampf rechts-

¹⁶ *Wedderburn* (Fn. 14), S. 577.

¹⁷ *Wedderburn* (Fn. 14).

¹⁸ S. allgemein: *Davies/Freedland*, *Labour Legislation and Public Policy*, Oxford 1993.

¹⁹ *Davies/Freedland* (Fn. 18).

²⁰ Employment Act 1982.

²¹ *Deakin*, *Industrial Law Journal* 2001, 72.

²² *R (IWGB) v. CAC* 2019 EWHC 728 Admin.

²³ Employment Act 1982, section 15.

²⁴ Employment Act 1982, section 16.

²⁵ Trade Union Act 1984, Part II; Trade Union Reform and Employment Rights Act 1993.

²⁶ Jetzt: Trade Unions and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, Part V.

²⁷ S. zB. *Metrobus v Unite The Union* [2009] EWCA Civ 829.

²⁸ *Milford Haven Port Authority v Unite* [2010] EWCA Civ 400.

widrig wäre, in dem Sinne, dass die gesetzlichen Befreiungen nicht gelten würden.²⁹ Es ist erwiesen, dass beantragte einstweilige Verfügungen in der Mehrzahl der Fälle auch gewährt werden.³⁰

Durch die Reformen der Konservativen in den 1980er- und 1990er-Jahren wurde die weitgehende Streikfreiheit, die die Gewerkschaften während eines Großteils des 20. Jahrhunderts genossen hatten, zur Vergangenheit. Die gesetzlichen Immunitäten wurden inhaltlich enger gefasst, indem sie alle Arten von Sympathiearbeitskämpfen ausschlossen. Darüber hinaus wurden sie für Gewerkschaften und Gewerkschaftsfunktionäre durch einen Hindernisparcours von Verfahrensregeln oft unbrauchbar gemacht. Jeder Fehltritt, jeder noch so kleine Sturz konnte eine einstweilige Verfügung zur Folge haben, die die Fortsetzung des Arbeitskampfes untersagte.

Als die Labour-Partei schließlich 1997 an die Macht zurückkehrte, kündigte sie umgehend an, dass es keine Rücknahme der restriktiven Streikgesetze der Konservativen geben würde. »Es wird kein Zurück geben«, schrieb Premierminister *Tony Blair*.³¹ »Die Zeiten von Streiks ohne Urabstimmung, Massenstreiks, Closed Shops und Sympathiearbeitskämpfen sind vorbei.«³² Die Regierung würde sich zwar für mehr »Fairness am Arbeitsplatz« einsetzen, aber in erster Linie durch die Schaffung neuer und verbesserter Rechte für die einzelnen Arbeitnehmer: Anspruch auf einen Mindestlohn, auf bezahlte Pausen und Urlaub usw. Die Gewerkschaften würden ermutigt, »Partnerschaften« mit Arbeitgebern zu entwickeln, um mehr »Fairness« für die Arbeitnehmer zu gewährleisten und gleichzeitig dazu beizutragen, die Wettbewerbsfähigkeit britischer Unternehmen zu steigern.³³ Dies war das Wesen des sogenannten »Dritten Weges« im Arbeitsrecht: Fairness gegenüber den Arbeitnehmern und die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens würden sich gegenseitig bedingen und verstärken, so die Regierung.³⁴

Mit wenig Aussicht auf eine gesetzliche Wiederherstellung des Streikrechts hofften manche auf die Gerichte als mögliche Quelle für eine Reform. Im wissenschaftlichen Diskurs wurde die Auffassung vertreten, dass »Arbeitsrechte Menschenrechte« seien, weshalb es den Gerichten obliegen sollte, die Deregulierungspolitik des Gesetzgebers zu bremsen.³⁵ Wo *Wedderburn* einst von einer Pendelbewegung gesetzlicher Regelungen gesprochen hatte, zwischen den fortschrittlichen Absichten des Parlaments und den reaktionären Auslegungen der Justiz,³⁶ erhoffte man sich nun eine ähnliche Bewegung, allerdings mit einer Umkehrung der Pole.

In diesem Zusammenhang war es von Bedeutung, dass die Labour-Regierung zur gleichen Zeit, als sie ankündigte, das Streikrecht der Arbeitnehmer nicht wiederherzustellen, den Human Rights Act von 1998 erließ. Damit wurde die Europä-

ische Menschenrechtskonvention unmittelbar als innerstaatliches Recht wirksam. Im Jahr 1998 dürfte die Bedeutung der Konvention für Arbeitskampfmaßnahmen begrenzt erschienen sein, angesichts der engen Auslegung des Art. 11 EMRK durch den Straßburger Gerichtshof. In Abs. 1 von Art. 11 EMRK heißt es:

»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.«

Im Jahr 2008 hob der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in der türkischen Rechtssache *Demir und Baykara* jedoch seine diesbezüglichen früheren, eher zurückhaltenden Urteile auf.³⁷ In einer Sitzung als Große Kammer entschied er, dass das Recht auf Tarifverhandlungen und damit vermutlich auch das Streikrecht doch durch Art. 11 EMRK geschützt sind. Unter britischen Arbeitsrechtlern sorgte die Entscheidung für große Aufregung, da sie die Tür für verbindliche Urteile des Straßburger Gerichtshofs zu öffnen schien, wonach Aspekte der britischen Gesetzgebung gegen die kollektiven Rechte von Gewerkschaften und Arbeitnehmern verstießen und daher geändert werden müssten.³⁸ Seit den 1980er-Jahren hatten sich mehrere britische Regierungen dafür entschieden, Erklärungen der Internationalen Arbeitsorganisation, der ILO, zu ignorieren, wonach die britischen Gesetze gegen internationale Normen verstießen. Dies sollte aufgrund des Human Rights Act von 1998 nun gegenüber dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte nicht mehr möglich sein.

Diese Hoffnungen wurden jedoch bald enttäuscht. Im Gefolge von *Demir und Baykara* wurden von britischen Gewerkschaften fünf Fälle nach Straßburg gebracht, die alle aus Sicht der Gewerkschaften erfolglos blieben.³⁹ Im Wesentlichen berief sich der Gerichtshof auf einen »weiten Ermessensspielraum« als Grund, um dem britischen Gesetzgeber Recht zu geben.⁴⁰ In Bezug auf Arbeitskämpfe war die wichtigste Entscheidung *RMT v UK* aus dem Jahr 2014. Nachdem der Gerichtshof bestätigt hatte, dass Art. 11 EMRK das Streikrecht schützt, entschied er, dass das pauschale Verbot von Sympathiearbeitskämpfen im Vereinigten Königreich gemäß Art. 11 Abs. 2 EMRK als »in einer demokratischen Gesellschaft notwendig« gerechtfertigt werden kann.⁴¹

V. Vierter Akt: Gesetzliche Reformen seit 2016: Ein Tod durch tausend Schnitte?

Im Jahr 2010 kam die Konservative Partei erneut an die Macht. Seitdem hat die Führung der Partei mehrmals gewechselt und mit ihr der Ton der konservativen Politik im Bereich Arbeit und Arbeitsbeziehungen, wenn auch nicht so sehr der Inhalt. Von *David Camerons* teilweiser Übernahme von Labours »Fairness

²⁹ *Dukes/Kountouris*, *Industrial Law Journal* 2016, 337.

³⁰ *Gall*, *British Journal of Industrial Relations* 2006, 327, 332.

³¹ *Blair*, in: Department of Trade and Industry (Hrsg.), *Fairness at Work White Paper*, London 1998.

³² *Blair*, in: Department of Trade and Industry (Fn. 31).

³³ *Blair*, in: Department of Trade and Industry (Fn. 31).

³⁴ *Skidmore/Novitz*, *Fairness at Work: A Critical Analysis of the Employment Relations Act 1999 and its Treatment of Collective Rights*, London 2001.

³⁵ *Ewing*, in: Fenwick/Novitz (Hrsg.), *Human Rights at Work: Perspectives on Law and Regulation*, London 2010.

³⁶ *Wedderburn* (Fn. 14).

³⁷ *Demir and Baykara v Turkey* [2008] ECHR 1345.

³⁸ *Ewing/Hendy*, *Industrial Law Journal* 2010, 2.

³⁹ *Ewing/Hendy*, *European Human Rights Law Review* 2017, 356.

⁴⁰ *Ewing/Hendy*, *European Human Rights Law Review* 2017, 356.

⁴¹ Für Kommentar s. *Bogg/Ewing*, *Industrial Law Journal* 2014, 221.

at Work«-Rhetorik⁴² über *Theresa Mays* Kopfnicken in Richtung »Good Work«⁴³ bis hin zu *Boris Johnsons* besonderer Art von Rechtspopulismus⁴⁴ hat sich eines nicht geändert: die mehr oder weniger offene Feindseligkeit der Regierungspartei gegenüber Gewerkschaftsrechten, insbesondere dem Streikrecht. In dem Bewusstsein, dass ihre Handlungsfreiheit durch das Straßburger Urteil in der Sache *RMT v UK* bestätigt wurde, haben die aufeinanderfolgenden konservativen Regierungen das bestehende Recht mit dem Ziel geändert, das ohnehin schon eingeschränkte Streikrecht weiter zu beschneiden. Dabei haben sie ein völliges Streikverbot vermieden, da dies politisch zu umstritten und ungeachtet von *RMT v UK* ohnehin rechtlich angreifbar gewesen wäre. Stattdessen haben sie eine Reihe von Schritten unternommen, um das Streikrecht Stück für Stück einzuschränken, bis es fast unmöglich wird, es auszuüben: ein Tod durch tausend Schnitte.

Zur Begründung der entsprechenden Gesetzesvorhaben stützten sich die konservativen Regierungen in der Regel auf zwei Argumentationslinien: Erstens, dass es geboten sei, die gewerkschaftsinterne Demokratie zu stärken, und zweitens, dass mehr getan werden müsse, um »Fairness« gegenüber den Verbrauchern zu gewährleisten (insbesondere den Verbrauchern öffentlicher Dienstleistungen), die andernfalls häufig durch Streiks betroffen werden könnten.⁴⁵ So solle es »ein Gesetz gegen die militanten Streikenden bei der U-Bahn geben, die einem das Leben ruinieren«, schrieb *Johnson* 2011 unter einer reißerischen Schlagzeile.⁴⁶ Vor allem vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Sparmaßnahmen nach der Finanzkrise und des Einfrierens der Löhne und Gehälter im öffentlichen Sektor sind jedoch viele der Meinung, dass das Hauptanliegen der Regierung darin besteht, die Möglichkeiten der Gewerkschaften des öffentlichen Sektors einzuschränken, sich gegen weitere Haushaltskürzungen zu wehren, die sich auf ihre Arbeitsbedingungen auswirken.⁴⁷ So erscheint es vielen bezeichnend, dass die Einschränkungen des Streikrechts mit ebenso drakonischen und umstrittenen Einschränkungen des Rechts auf öffentlichen Protest einhergehen.⁴⁸

Um welche Gesetzesänderungen handelt es sich?

Im Jahr 2016 wurde mit einem neuen Gewerkschaftsgesetz (dem *Trade Union Act 2016*) eine Reihe von zusätzlichen Verfahrensregeln eingeführt, die das Streikrecht weiter einschränken. Am dramatischsten war die Anhebung des Schwellenwerts für die Unterstützung, die eine Gewerkschaft in einer Urabstimmung vor einem Streik erhalten muss, damit der anschließende Arbeitskampf nicht gesetzeswidrig ist.⁴⁹ Zuvor musste ein geplanter Arbeitskampf nur von einer einfachen

Mehrheit der betroffenen Arbeitnehmer unterstützt werden, unabhängig von der Höhe der Wahlbeteiligung. Nach den neuen Bestimmungen müssen sich bei allen Urabstimmungen über Arbeitskampfmaßnahmen mindestens 50 % der stimmberechtigten Gewerkschaftsmitglieder an der Abstimmung beteiligen, damit diese gültig ist. Wenn Arbeitskampfmaßnahmen in »wichtigen öffentlichen Diensten« geplant sind (einschließlich Gesundheit, Bildung und Verkehr), müssen die Gewerkschaften darüber hinaus die zusätzliche Anforderung erfüllen, dass mindestens 40 % aller Wahlberechtigten mit »Ja« stimmen müssen. Das ist eine hohe Hürde: Bei einer Urabstimmung mit 2.000 Arbeitnehmern müssen mindestens 1.000 teilnehmen, von denen mindestens 800 (dh. 80 %) für den Streik stimmen müssen.

Im Vorfeld des Inkrafttretens dieser Vorschriften sagte die Regierung voraus, dass sie sich erheblich auf die Fähigkeit der Gewerkschaften, insbesondere der größeren, auswirken würden, Urabstimmungen vor einem Streik zu gewinnen.⁵⁰ Tatsächlich haben Gewerkschaften aller Größenordnungen in den vergangenen Jahren weiterhin Urabstimmungen gewonnen, indem sie Zeit und Ressourcen investiert haben, um die Mitglieder zur Teilnahme zu bewegen.⁵¹ Als Reaktion darauf hat sich die Regierung daran gemacht, die Kampflinien neu zu ziehen, die Freiheiten von Gewerkschaften und Arbeitnehmern weiter einzuschränken und dabei die Grenzen dessen zu testen, womit sie politisch und rechtlich durchkommen kann. Im Juni 2022 vervierfachte sie den von den Gewerkschaften zu zahlenden Schadensersatz, wenn sie erfolgreich verklagt werden. Für Gewerkschaften mit mehr als 100.000 Mitgliedern stieg damit der Höchstbetrag über Nacht von £ 250.000 auf £ 1 Million.⁵² Im darauffolgenden Monat hob die Regierung das seit 1976 geltende Verbot für Arbeitsvermittlungsgesellschaften auf, Arbeitskräfte zu vermitteln, um streikende Arbeitnehmer vorübergehend zu ersetzen.⁵³

Die Regierung *Sunak* hat sich damit nicht zufriedengegeben und in diesem Jahr den *Strikes (Minimum Services Level) Act* eingebracht – dh. das Gesetz über das Mindestdienstleistungsniveau bei Streiks. Es sieht vor, dass im Falle eines Arbeitskampfes in bestimmten Sektoren des öffentlichen Diensts wie dem Verkehrs-, dem Gesundheits- und dem Bildungswesen den Nutzern ein Mindestmaß an Dienstleistungen zur Verfügung gestellt werden muss. Wenn eine Gewerkschaft einem Arbeitgeber wie gesetzlich vorgeschrieben einen Arbeitskampf ankündigt, kann der Arbeitgeber mit einer so genannten »work notice« – einer Mitteilung über zu leistende Arbeit – an die Gewerkschaft reagieren. In ihr werden die Arbeitnehmer genannt – offenbar namentlich! –, die während des Streiks arbeiten müssen, zusammen mit den Arbeiten, die sie zu verrichten haben. Weigert sich ein namentlich genannter Arbeitnehmer zu arbeiten, kann er ohne Anspruch auf Entschädigung entlassen werden. Zudem wird der Streik rechtswidrig, wenn die Gewerkschaft keine »angemessenen Maßnahmen« ergreift,

42 Department for Business, Innovation and Skills, *Consultation on Modern Workplaces*, London 2011; Department for Business, Innovation and Skills, *Flexible, Effective Fair: Promoting Employment Growth through a Strong and Efficient Labour Market*, London 2011.

43 Department for Business and Trade, *Good Work: the Taylor Review of Modern Working Practices*, London 2017.

44 *Dukes/Streeck*, *Journal of Law and Society* 2023, 165.

45 S. zB.: Department for Business, Innovation and Skills, *Trade Union Bill: Consultation on Ballot Thresholds in Important Public Services*, London 2015.

46 *Johnson*, *There should be a law against these Tube strike militants wrecking your lives*, *Daily Telegraph*, 4.10.2010.

47 S. zB.: *Ewing/Hendy*, *Protect the Right to Strike: Kill the Bill*, Liverpool 2015, S. 2.

48 *Moss*, in: Gill (Hrsg.), *The Handbook of Security*, London 2022.

49 *Trade Union Act 2016*, sections 2 und 3; *Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act*, section 226.

50 *Lyddon*, *Industrial Relations Journal* 2021, 479.

51 *Lyddon*, *Industrial Relations Journal* 2021, 479.

52 *Liability of Trade Unions in Proceedings in Tort (Increase of Limits on Damages) Order 2022*.

53 *Conduct of Employment Agencies and Employment Businesses (Amendment) Regulations 2022*.

um sicherzustellen, dass die Beschäftigten die work notice befolgen.

Mit anderen Worten, das Gesetz ermächtigt die Arbeitgeber, namentlich genannte Arbeitnehmer zu zwingen, die Streikpostenkette zu durchbrechen und fordert die Gewerkschaften auf, ihre Mitglieder dabei zu unterstützen, ohne dem Arbeitgeber zu verbieten, Gewerkschaftsfunktionäre oder -aktivisten zum Dienst zu verpflichten. Obwohl das Gesetz noch nicht in Kraft getreten ist und seine genauen Auswirkungen auf gewerkschaftliche Kampfmaßnahmen noch abzuwarten sind, drängt sich einmal mehr der Verdacht auf, dass es der Regierung weniger um die Bereitstellung von Mindestdienstleistungen als vielmehr um die Verringerung der Wirksamkeit von Streiks im öffentlichen Sektor geht.

VI. Die Wiedereinführung des Streikrechts im britischen Recht

»Können sich die Gewerkschaften noch an das Gesetz halten?«

Im Jahr 2015 hielt *Len McCluskey* einen öffentlichen Vortrag zu dieser Frage.⁵⁴ *McCluskey* war zu dieser Zeit Generalsekretär der Unite, einer der größten Gewerkschaften im Vereinigten Königreich. Seine Meinung? Sollte eine künftige Regierung versuchen, legitime Gewerkschaftsaktivitäten weiter in die Illegalität zu drängen, hätten die Gewerkschaften keine andere Wahl, als zu folgen und ihr Handeln auch außerhalb des Gesetzes auszuüben.⁵⁵ Die moralische und vielleicht auch die rechtliche Begründung dafür ergebe sich laut *McCluskey* aus der Tatsache, dass die britischen Vorschriften selbst gegen internationale und europäische Menschenrechtsgesetze verstießen:

»Die Regierungen, die die britischen Gesetze eingeführt haben, waren selber internationale Rechtsbrecher... Daher habe ich philosophisch gesehen kein Problem damit, das Prinzip einer Bereitschaft zu unterstützen, diese speziellen Gesetze zu umgehen.«⁵⁶

Seit Ende letzten Jahres hat es in Großbritannien – wie auch in den USA – eine Welle von Arbeitskämpfen gegeben, wie man sie seit den 80er-Jahren nicht mehr gesehen hat.⁵⁷ Angesichts der so genannten »Lebenshaltungskostenkrise« war der unmittelbare Grund in der Regel der Lohn. Ebenfalls wichtig war jedoch der breitere Kontext der chronisch unterfinanzierten öffentlichen Dienste, der es für Lehrer, Krankenschwestern, Ärzte und andere immer schwieriger macht, ihre Arbeit zu tun. Bislang wurden Arbeitskämpfe von den Gewerkschaften durchgeführt, ohne dass es Gesetzesverstöße gegeben hat; einige Gewerkschaften haben aber angedeutet, dass das neue Gesetz über Mindestniveaus bei Dienstleistungen im Streikfall einen Wendepunkt darstellen könnte.⁵⁸

Der starke Anstieg der durch Arbeitskämpfmaßnahmen verlorenen Arbeitstage wirft die Frage nach einer weiteren

Gesetzesreform auf, insbesondere wenn es sich um zivilen Ungehorsam in erheblichem Umfang handelt. Wird das Gesetz im Einklang mit den Grundsätzen der Rechtskohärenz und der Rechtsstaatlichkeit an die soziale Praxis angepasst, dh. an die Tatsache, dass die Arbeitnehmer ihre Arbeitskraft zur Unterstützung von Forderungen nach besseren Arbeitsbedingungen zurückhalten? Oder wird es erneut als Instrument der Unterdrückung eingesetzt und das Streikrecht noch weiter eingeschränkt? Aus gewerkschaftlicher Sicht würde eine wünschenswerte Reform des geltenden Rechts die sofortige Aufhebung der Gesetze von 2016 und 2023 beinhalten. Sie würde eine Vereinfachung der Vorschriften für Urabstimmungen und Ankündigungsfristen vor einem Streik sowie eine neue allgemeine Regel beinhalten, wonach eine einstweilige Verfügung nur dann gewährt werden sollte, wenn der Arbeitgeber nicht nur einen Verstoß gegen die Vorschriften nachweisen kann, sondern auch, dass ihm durch diesen Verstoß ein Schaden entstanden ist oder entstehen wird.

Wie sind die Aussichten für eine derartige Gesetzesreform? Angesichts des Präzedenzfalls, den der Straßburger Gerichtshof in *RMT v UK* geschaffen hat, wurde der Trade Union Act von 2016 von den Gewerkschaften nie vor Gericht angefochten. Im Jahr 2022 gingen elf Gewerkschaften gemeinsam gegen die neue Gesetzgebung vor, die es erlaubt, streikende Beschäftigte durch Leiharbeiter zu ersetzen. Im Juli 2023 stellte der High Court fest, dass die Regierung unvernünftig und rechtswidrig gehandelt hatte, weil sie die Gewerkschaften vor der Verabschiedung des Gesetzes nicht konsultiert hatte, wie es in diesem Fall ausdrücklich vorgeschrieben war. Der zweite Anfechtungsgrund, nämlich dass die Rechtsvorschriften gegen Art. 11 EMRK verstoßen, wurde vom Gericht nicht geprüft.⁵⁹ Weitere Klagen gegen Aspekte der Gesetzgebung aus dem Jahr 2023 sind wahrscheinlich, und auch in diesem Fall wäre die Grundlage für die Anfechtung ein Verstoß gegen Art. 11 EMRK.⁶⁰ Ein Erfolg ist freilich nicht garantiert.

In der Zwischenzeit wird für 2024 ein Regierungswechsel erwartet. Seit 2017 hat sich die Labour Party verpflichtet, das Gewerkschaftsgesetz aufzuheben und zusätzlich die kollektiven Rechte der Arbeitnehmer zu stärken. Unter der Führung von *Keir Starmer* gab es jedoch in letzter Zeit Anzeichen dafür, dass die Partei ihre Vorschläge verwässern wird, um sich die Unterstützung der Wirtschaft zu sichern.

Eine weitere, interessante Möglichkeit unter einer künftigen Labour-Regierung ist eine Verlagerung des Arbeitsrechts auf die vier Nationen, aus denen das Vereinigte Königreich besteht.⁶¹ Zur Frage einer solchen Dezentralisierung stellte *Kahn-Freund* 1976 zwei Risiken fest.⁶² Erstens: Eine Dezentralisierung könnte einen Wettlauf nach unten auslösen, bei dem die vier nationalen Gesetzgeber in dem Bemühen, Kapitalinvestitionen anzuziehen und das Beschäftigungsniveau zu erhöhen, um eine Senkung der Arbeitsnormen konkurrieren

54 *McCluskey*, *Industrial Law Journal* 2015, 439.

55 *McCluskey*, *Industrial Law Journal* 2015, 445.

56 Ebd.

57 *Cominetti/Hamdan/Slaughter*, *The Resolution Foundation Labour Market Outlook*, August 2023, <https://www.resolutionfoundation.org/app/uploads/2023/08/LMO-Q2-2023.pdf> (1.3.2024).

58 *Ng*, *Union leaders promise to »defy« minimum service levels Bill during rally*, *The Independent*, 22.5.2023.

59 *ASLEF, Unison and NASUWT v Secretary of State for Business and Trade* [2023] EWHC 1781 (Admin).

60 *Dukes*, *Blink and You'll Miss It: The Strikes (Minimum Service Levels) Bill Progresses Quickly through the Commons*, <https://www.ier.org.uk/comments/blink-and-youll-miss-it/> (1.3.2024).

61 *Watson*, *Devolving Employment Legislation*, *Glasgow* 2024, <https://reidfoundation.scot/2024/02/devolving-employment-legislation/> (1.3.2024).

62 *Kahn-Freund*, *Cambridge Law Journal* 1976, 240.

würden. Zweitens würde sie zwangsläufig zu einer Ausweitung der gerichtlichen Befugnisse führen, da es den Gerichten obliegen würde, den Umfang der Befugnisse der nationalen gesetzgebenden Versammlungen zu bestimmen.

Heute jedoch kann die Justiz nicht mehr ohne Weiteres als Bedrohung angesehen werden, wenn es um den Schutz und die Ausweitung von Arbeitnehmerrechten geht. Es erscheint nicht mehr so wichtig wie früher, Arbeitskonflikte von den Gerichten fernzuhalten. Was den Wettlauf nach unten angeht, so lässt die derzeitige politische Dynamik Zweifel an seiner Unvermeidbarkeit aufkommen. Seit die Konservativen 2010 in Westminster an die Macht kamen, haben die dezentralen Regierungen in Wales und Schottland die restriktive Arbeitsgesetzgebung kritisiert und sich auf die eine oder andere Weise um nationa-

le Ausnahmeregelungen bemüht, meist ohne Erfolg.⁶³ Hätten sie die Macht dazu, so behaupten sie jedenfalls, würden sie Gesetze zur Stärkung der Arbeitnehmerrechte erlassen. Ist es möglich, dass eine Dezentralisierung nicht zu einem Wettlauf nach unten, sondern nach oben führt, bei dem Arbeitnehmer und Gewerkschaften in einer der vier Nationen Unterstützung für ihre Forderungen in Gesetzesreformen finden, die von den Nachbarländern bereits eingeführt worden sind?

Damit möchte ich meinen Vortrag schließen, trotz meiner Darstellung der Entwicklung des Arbeitsrechts des Vereinigten Königreichs als Tragödie in vier Akten: mit dem glücklichen Ende von vier nationalen Regierungen, die darum wetteifern, den Arbeitnehmern in ihren Ländern das stärkste und umfassendste Streikrecht zu sichern.

⁶³ *Watson* (Fn. 61).

Soziale Grundrechte des Grundgesetzes

PROF. DR. THOMAS KLEIN, HOCHSCHULE FÜR TECHNIK UND WIRTSCHAFT DES SAARLANDES, SAARBRÜCKEN*

ZUSAMMENFASSUNG Der Betrag beleuchtet die sozialen Ausprägungen verschiedener sozialer Grundrechte des Grundgesetzes. Dabei werden Urteile des BVerfG im Hinblick auf ihren sozialen Gehalt im Lichte des Sozialstaatsprinzips untersucht und eingeordnet. Betrachtet werden sowohl die Wirkungen in öffentlichen-rechtlichen als auch in privatrechtlichen Beziehungen.

ABSTRACT The article examines the social characteristics of various social fundamental rights of the constitution. Judgements of the Federal Constitutional Court are examined and classified regarding their social content in the light of the principle of the welfare state. The effects in both public-law and private-law relationships are analysed.

I. Einleitung

Soziale Grundrechte sind – anders als Freiheitsgrundrechte – nicht auf den Schutz vor staatlichen Eingriffen, sondern auf staatliches Handeln gerichtet.¹ Sie gewährleisten nicht Freiheit vom Staat, sondern Freiheitsverwirklichung mit aktiver Unterstützung des Staates. Während die sozialen Rechte im internationalen Menschenrechtsschutz in zahlreichen Übereinkommen verankert sind und zu den universellen und unteilbaren Menschenrechten gehören,² wurden sie in der rechtswissenschaftlichen Diskussion in Deutschland oft kritisch bewertet. Diese Kritik gründet teils auf der liberalistischen Annahme eines Gegensatzes von Freiheitsrechten und sozialen Rechten und der These, dass mit der Stärkung sozialer Rechte eine Abwertung bürgerlicher Freiheiten einhergehe.³ Ein solcher Gegensatz besteht indes nur aus der Perspektive derjenigen, die ihre Freiheitsrechte ohne Unterstützung des Staates verwirklichen können. Für alle anderen sind soziale Rechte nicht Einschränkung, sondern Voraussetzung von Freiheit.

Ein weiterer Einwand stützt sich auf die Befürchtung, dass soziale Grundrechte zu einer Entwertung der Politik und einer Machtverschiebung zu den Verfassungsgerichten führen könnten.⁴ Diese Befürchtung steht gewissermaßen im Widerspruch zu der ebenfalls verbreiteten Meinung, dass soziale Grundrechte lediglich politische Programmsätze ohne eigenständigen rechtlichen Gehalt und nicht einklagbar seien und

ihr Inhalt im Ermessen der Politik stehe, weshalb sie sich nicht als Grundrechte eignen.⁵

Die Skepsis gegenüber sozialen Grundrechten spiegelt sich auch im GG wider, das bekanntlich – anders als noch die Weimarer Verfassung⁶ und einige Landesverfassungen⁷ – mit wenigen Ausnahmen⁸ keine expliziten sozialen Grundrechte enthält. Stattdessen finden sich im Grundrechtsteil vor allem Grundrechte, die als klassische Abwehrrechte formuliert sind. Dass sich diese normtextliche Enthaltensamkeit des Grundrechtsteils in der Verfassungswirklichkeit – also insbesondere in der Rechtsprechung des BVerfG – nicht ausdrückt, ist der Tatsache geschuldet, dass sich das GG keineswegs einer Festlegung in Bezug auf die »soziale Frage« enthält.⁹ Es programmiert die Bundesrepublik in Art. 20 Abs. 1 GG als *sozialen* Bundesstaat. Durch dieses Sozialstaatsprinzip wird der »Fortschritt zu sozialer Gerechtigkeit« zum leitenden Prinzip aller staatlichen Maßnahmen.¹⁰ Der Staat wird verpflichtet, »für eine gerechte Sozialordnung«¹¹ und »einen Ausgleich der sozialen Gegensätze«¹² zu sorgen. Daraus folgt zwar zunächst lediglich ein Gestaltungsauftrag an den Gesetzgeber, aus dem sich angesichts seiner Weite und Unbestimmtheit regelmäßig kein Anspruch auf soziale Leistungen in einem bestimmten Umfang entnehmen lässt.¹³ Die verfassungsrechtliche Grundentscheidung für den sozialen Rechtsstaat hat aber auch Auswirkung auf die

* Der Autor ist Inhaber der Professur für Recht in der Sozialen Arbeit: Zivil-, Arbeits- und Sozialrecht an der Fakultät für Sozialwissenschaften der Hochschule für Technik und Wirtschaft des Saarlandes (htw saar).

1 Vgl. Eichenhofer, Sozialrecht, Tübingen 2021, Rn. 110.

2 Auf universeller Ebene ist insbesondere der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UN-Sozialpakt) zu nennen; darüber hinaus finden sich soziale Rechte in zahlreichen Übereinkommen der ILO sowie in speziellen Menschenrechtsübereinkommen wie der UN-Kinderrechtskonvention oder der UN-Behindertenrechtskonvention. Auf regionaler Ebene ist insbesondere die (revidierte) Europäische Sozialcharta zu nennen. Überdies haben soziale Rechte unter dem Titel Solidarität Eingang in die Charta der Grundrechte der EU gefunden. Ausf.: Eichenhofer, Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Menschenrechte, Frankfurt am Main 2021, S. 52 ff.

3 Vgl. exemplarisch Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte, Tübingen 1971, S. 23; Tomandl, Der Einbau sozialer Grundrechte in das positive Recht, Tübingen 1967, S. 45.

4 Vgl. etwa Simon, in: Friedrich-Ebert-Stiftung (Hrsg.), Soziale Grundrechte für eine Europäische Verfassung, Dresden 2001, S. 23 zit. n. Eichenhofer (Fn. 2), S. 41.

5 Vgl. exemplarisch Badura, Der Staat 1975, 17, 25 ff.; Brenne, Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen, Frankfurt am Main 2003, S. 161 ff.; Diercks, LKV 1996, 231 ff.; Iliopoulos-Stragas, in: Iliopoulos-Stragas (Hrsg.), Soziale Grundrechte in Europa nach Lissabon, Baden-Baden 2010, S. 699, 903 ff.; Isensee, Der Staat 1980, 367; Murswiek, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 9, Heidelberg 2011, § 192 Rn. 67 ff.; Scholz, RdA 1993, 249, 250; Winkler, FS Röss, 2005, S. 1387, 1405.

6 Insbesondere Art. 155, 157, 161, 162, 163 WRV; dazu etwa: Eichenhofer, in: Friedrich-Ebert-Stiftung Landesbüro Thüringen (Hrsg.), Die Weimarer Verfassung, Erfurt 2009, S. 191 ff.

7 Siehe dazu monographisch: Brenne, Soziale Grundrechte in den Landesverfassungen, Frankfurt am Main 2003.

8 Eine Ausnahme bilden der in Art. 6 Abs. 4 GG verankerte Anspruch jeder Mutter auf Schutz und Fürsorge und das in Art. 6 Abs. 5 GG verankerte Recht von Kindern nicht miteinander verheirateter Eltern auf Schaffung der gleichen Bedingungen für ihre leibliche und seelische Entwicklung und ihre Stellung in der Gesellschaft.

9 Vgl. dazu auch Baer, NZS 2014, 1 ff.

10 BVerfG, 17.8.1956 – 1 BvB 2/51 – BVerfGE 5, 85, 198.

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

12 BVerfG, 27.4.1999 – 1 BvR 2203/93, 1 BvR 897/95 – BVerfGE 100, 271.

13 BVerfG, 29.5.1990 – 1 BvL 20/84 – BVerfGE 82, 60, 80.

Interpretation des Grundrechtsteils und führt zu einer Sozialbindung der Grundrechte¹⁴.

In der Verfassungswirklichkeit haben die Grundrechte inzwischen eine klare soziale Dimension erhalten. Einen bedeutenden Entwicklungsschritt bei der Entfaltung dieser Dimension markiert die Anerkennung des *Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums*.¹⁵ Aus diesem Grundrecht wurden sowohl für die Existenzsicherung auf Grundlage des SGB II (und damit implizit auch für die Sozialhilfe nach dem SGB XII) als auch für die Existenzsicherung nach den Vorschriften des AsylbLG verfassungsrechtliche Vorgaben abgeleitet, die dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers Grenzen setzen und deren Nichtbeachtung zur Beanstandung mehrerer gesetzlicher Vorschriften führte. Das BVerfG hat dem GG damit nicht nur im Wege der Verfassungsinterpretation ein *soziales (Leistungs-)Grundrecht* entnommen, sondern zugleich bewiesen, dass auch soziale Rechte konkretisierbar und justitiabel sein können. Inzwischen hat das BVerfG mit dem *Recht auf schulische Bildung* ein weiteres soziales Leistungsrecht anerkannt.

Eine weitere bedeutende Entwicklung war die Anerkennung staatlicher *Schutzpflichten im Privatrechtsverkehr*, die mit dem Handelsvertreter- und dem Bürgschaftsbeschluss ihren Anfang nahm und sich ua. in einer grundrechtlichen Rahmung des Arbeitsrechts niedergeschlagen hat. Auch mit dieser Rechtsprechung wurden dem GG *soziale Grundrechte* entnommen, die zwar nicht auf staatliche Leistungen, aber auf staatliches Handeln gerichtet sind. Der Staat wird verpflichtet, private Macht zu begrenzen, um die Persönlichkeitsentfaltung und die Freiheitsausübung der strukturell unterlegenen Vertragsparteien zu schützen.

Vor dem Hintergrund der skizzierten Entwicklungen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung erweisen sich die meisten der überkommenen Einwände gegen soziale Grundrechte als überholt. Wie *Mirja A. Trilsch* treffend festgestellt hat, ist »mit der weitverbreiteten Vorstellung, das GG gewähre keine sozialen Grundrechte [aufzuräumen]« und auch die in der deutschen Verfassungslehre verbreitete Annahme von der fehlenden Justitiabilität sozialer Grundrechte zumindest in der bisherigen Form nicht aufrechtzuerhalten.¹⁶ In der staatsrechtlichen Kommentar- und Ausbildungsliteratur fristen soziale Grundrechte dennoch weiter ein Schattendasein. Der vorliegende Beitrag unternimmt den Versuch, den aktuellen Entwicklungsstand der sozialen Grundrechte des GG sichtbar(er) zu machen und dogmatisch einzuordnen.

II. Grundrechte auf staatliche Leistungen

1. Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums

a) Entwicklung bis zum Hartz-IV-Urteil

Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums hat zwar vor allem infolge des Hartz-IV-

Urteils vom 9. Februar 2010 größere Aufmerksamkeit erfahren. Die Entwicklung nahm jedoch bereits in den 1970er-Jahren ihren Anfang. Dabei vollzog die Rechtsprechung über die Jahrzehnte eine bemerkenswerte Wende. In seinem ersten einschlägigen Beschluss aus dem Jahr 1951 erteilte das BVerfG einer auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützten Gewährleistung eines Existenzminimums noch eine eindeutige Absage:

»Wenn Art. 1 Abs. 1 GG sagt: ›Die Würde des Menschen ist unantastbar‹, so will er sie nur negativ gegen Angriffe abschirmen. Der zweite Satz: ›... Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt‹ verpflichtet den Staat zwar zu dem positiven Tun des ›Schützens‹, doch ist dabei nicht Schutz vor materieller Not, sondern Schutz gegen Angriffe auf die Menschenwürde durch andere, wie Erniedrigung, Brandmarkung, Verfolgung, Ächtung usw. gemeint.«¹⁷

Die Entwicklung hin zur heutigen Rechtsprechung begann 1972 zunächst mit der Anerkennung einer aus dem Sozialstaatsprinzip abgeleiteten objektiven staatlichen Fürsorgepflicht¹⁸, die 1975 ausdrücklich auf die Sicherung der Mindestvoraussetzungen für ein menschenwürdiges Dasein bezogen wurde¹⁹. In einem Beschluss von 1990 folgte dann die Anerkennung eines steuerfreien Existenzminimums, welches erstmals²⁰ nicht mehr nur auf das Sozialstaatsprinzip, sondern auch auf Art. 1 Abs. 1 GG gestützt wurde.²¹ Mit dieser Anbindung an Art. 1 Abs. 1 GG wurde der Weg von der objektiven staatlichen Pflicht zu einem subjektiven Recht bereitet, welches jedoch noch nicht auf eine staatliche Leistung zur Sicherung des Existenzminimums gerichtet war, sondern als subjektives Abwehrrecht einer Besteuerung des selbst erzielten und zur Existenzsicherung benötigten Einkommens entgegengehalten werden konnte.

Mit der Anerkennung des steuerfreien Existenzminimums stellte sich die – auch für das spätere Leistungsgrundrecht relevante – Folgefrage nach der Konkretisierung des grundrechtlich garantierten Existenzminimums. Dem Grunde nach ließ sich dieses Recht überzeugend aus dem Schutz der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) herleiten. Für die konkrete Bestimmung des Umfangs lassen sich aus diesen höchst abstrakten Verfassungsbestimmungen jedoch kaum Kriterien gewinnen. Das BVerfG begegnete diesem Problem in seinem Beschluss aus dem Jahr 1990 mit einer Evidenzkontrolle, die sich auf die Nachprüfung beschränkte, ob der Gesetzgeber die maßgeblichen Pflichten entweder überhaupt außer Acht gelassen oder ihnen

¹⁷ BVerfG, 19.12.1951 – 1 BvR 220/51 – BVerfGE 1, 97, 104. Demgegenüber begründete das BVerwG den subjektiven Rechtsanspruch auf Fürsorge von Anfang an mit der unantastbaren, von der staatlichen Gewalt zu schützenden Würde des Menschen aus Art. 1 Abs. 1 GG, die es verbiete, »ihn lediglich als Gegenstand staatlichen Handelns zu betrachten, soweit es sich um die Sicherung des ›notwendigen Lebensbedarfs‹ (§ 1 der Reichsgrundsätze), also seines Daseins überhaupt, handel« (BVerwG, 24.6.1954 – V C 78/54 – BVerwGE 1, 159, 161); vgl. dazu *Drohse*, NZS 2014, 96, 97.

¹⁸ BVerfG, 5.6.1973 – 1 BvR 536/72 – BVerfGE 35, 202, 236.

¹⁹ BVerfG, 18.6.1975 – 1 BvL 4/74 – BVerfGE 40, 121, 133.

²⁰ Im Urteil zur lebenslangen Freiheitsstrafe aus dem Jahr 1977 erkannte das Gericht bereits an, dass aus Art. 1 Abs. 1 die Verpflichtung des Staates resultiert, »jenes Existenzminimum zu gewähren, das ein menschenwürdiges Dasein überhaupt erst ausmacht« (BVerfG, 21.6.1977 – 1 BvL 14/76 – BVerfGE 45, 187, 228). Allerdings bezogen sich die Ausführungen in dieser Entscheidung nicht auf die Gewährung des finanziellen Existenzminimums, sondern auf Freiheit als Voraussetzung eines menschenwürdigen Daseins.

²¹ BVerfG, 29.5.1990 – 1 BvL 20/84 – BVerfGE 82, 60, 85; ebenso BVerfG, 10.11.1998 – 2 BvL 42/93 – BVerfGE 99, 246, 259; BVerfG, 13.2.2008 – 2 BvL 1/06 – BVerfGE 120, 125, 154 f.; BVerfG, 13.10.2009 – 2 BvL 3/05 – NJW 2010, 431 Rn. 32.

¹⁴ *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem GG, Stuttgart 1960, S. 10 f.; *ders.*, Die soziale Ordnung des GG, Opladen 1975, S. 44 ff.

¹⁵ BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175.

¹⁶ *Trilsch*, Die Justitiabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, Heidelberg 2012, S. 436 ff.

offensichtlich nicht genügt hatte.²² Später zog das Gericht zur Bestimmung des steuerfreien Existenzminimums die vom Gesetzgeber festgelegten Sozialhilfeleistungen als Untergrenze heran.²³ Dies überzeugte unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten, konnte aber nicht die Frage beantworten, ob der Gesetzgeber das Existenzminimum in der Sozialhilfe richtig bemessen hatte.

b) Anerkennung des Leistungsgrundrechts im Hartz-IV-Urteil

(1) Rechtsgrundlage und Gewährleistungsgehalt

Der erste wesentliche Fortschritt durch das Hartz-IV-Urteil vom 9. Februar 2010 besteht in der Weiterentwicklung des Rechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zu einem »unmittelbar verfassungsrechtliche[n] Leistungsanspruch«²⁴, welcher »jedem Hilfebedürftigen diejenigen materiellen Voraussetzungen zu[sichert], die für seine physische Existenz und für ein Mindestmaß an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind«²⁵. Der Schutzbereich des Grundrechts ist betroffen, »wenn einem Menschen die zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins notwendigen materiellen Mittel fehlen, weil er sie weder aus seiner Erwerbstätigkeit, noch aus eigenem Vermögen noch durch Zuwendungen Dritter erhalten kann«.²⁶ Das Grundrecht begründet für die Berechtigten einen subjektiven Leistungsanspruch »auf diejenigen Mittel, die zur Aufrechterhaltung eines menschenwürdigen Daseins unbedingt erforderlich sind«.²⁷ Als einheitliche grundrechtliche Garantie gewährleistet es sowohl die physische Existenz (Nahrung, Kleidung, Hausrat, Unterkunft, Heizung, Hygiene, Gesundheit) als auch die Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben und lässt sich nicht »in einen ›Kernbereich‹ der physischen und einen ›Randbereich‹ der sozialen Existenz aufspalten«.²⁸ Die Sozialleistungen müssen fortlaufend realitätsgerecht bemessen werden, so dass sie tatsächlich eine menschenwürdige Existenz gewährleisten und der existenznotwendige Bedarf stets gedeckt ist.²⁹

Das BVerfG bezeichnet das Grundrecht als »Gewährleistungsgrundrecht«³⁰ und stützt es auf Art. 1 Abs. 1 GG iVm. dem Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG.³¹ In seinem Hartz-IV-Urteil hat es diese Herleitung erläutert. Demnach begründet Art. 1 Abs. 1 GG den Anspruch auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums als Menschen-

recht³², während Art. 20 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber den Auftrag erteilt, jedem ein menschenwürdiges Existenzminimum zu sichern.³³ Mit dieser Begründung erlangte die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums endgültig Grundrechtscharakter. Der Anspruch auf Gewährleistung des Existenzminimums ist nicht mehr allein Ausfluss der aus dem Sozialstaatsprinzip rührenden objektiv-rechtlichen Sozialpflichtigkeit des Staates,³⁴ sondern eines in der Menschenwürde wurzelnden subjektiven Menschenrechts.

Wenn der Leistungsanspruch unmittelbar durch Art. 1 Abs. 1 GG begründet wird, stellt sich indes die Frage, weshalb es der Bezugnahme auf das Sozialstaatsprinzip weiterhin bedarf.³⁵ Die Antwort auf diese Frage liegt in der Konkretisierungs- und Aktualisierungsbedürftigkeit des grundrechtlich garantierten Existenzminimums. Der Leistungsanspruch lässt sich erst auf Grundlage einer gesetzlichen Konkretisierung einlösen.³⁶ Es bedarf daher eines an den Gesetzgeber gerichteten Handlungsauftrags, der sich sowohl auf die Ausgestaltung des Grundrechts als auch auf die dynamische Anpassung des Existenzminimums an die tatsächlichen Lebensverhältnisse erstrecken muss. Diesen Konkretisierungs- und Aktualisierungsauftrag entnimmt das BVerfG dem Sozialstaatsprinzip,³⁷ welches den Gesetzgeber verpflichtet, »die zu erbringenden Leistungen an dem jeweiligen Entwicklungsstand des Gemeinwesens und den bestehenden Lebensbedingungen im Hinblick auf die konkreten Bedarfe der Betroffenen auszurichten« und »die soziale Wirklichkeit zeit- und realitätsgerecht [...] zu erfassen«.³⁸ Die Verbindung der beiden Verfassungsartikel führt also beim Gewährleistungsgrundrecht – anders als bei dem auf Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG gestützten allgemeinen Persönlichkeitsrecht – nicht zu einer Kombination zweier Schutzbereiche.³⁹ Der grundrechtliche Leistungsanspruch auf ein *menschenwürdiges* Existenzminimum ergibt sich allein aus dem Schutzbereich des Art. 1 Abs. 1 GG. Die Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip bringt lediglich die an den Gesetzgeber adressierte Pflicht zum Ausdruck, diesen Verfassungsanspruch durch eine Konkretisierung und stetige Dynamisierung einzulösen.⁴⁰

(2) Nicht relativierbares Recht

Das Gewährleistungsgrundrecht hat nach den Ausführungen des BVerfG »neben dem absolut wirkenden Anspruch aus Art. 1 Abs. 1 GG auf Achtung der Würde jedes Einzelnen« eine eigenständige Bedeutung.⁴¹ Es handelt sich also um ein eigenständiges Grundrecht.⁴² Dieses ist jedoch, wie die Menschenwürde

22 BVerfG, 29.5.1990 – 1 BvL 20/84 – BVerfGE 82, 60, 91 f.

23 BVerfG, 25.9.1992 – 2 BvL 5/91, 2 BvL 8/91, 2 BvL 14/91 – BVerfGE 87, 153, 170 f.; BVerfG, 10.11.1998 – 2 BvL 42/93 – BVerfGE 99, 246, 260.

24 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223 Rn. 135; BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 160 Rn. 64; Krefel, NZS 2019, 730, 733. Eine Andeutung fand dieser verfassungsrechtliche Leistungsanspruch bereits im Urteil zum Elternunterhalt vom 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96 – BVerfGE 113, 88, 108 f., wonach das Sozialstaatsgebot des Art. 20 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG es verlangt, »Menschen einen Anspruch auf staatliche Hilfe zukommen zu lassen, um so ihr Existenzminimum zu sichern«.

25 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175 (1. Leitsatz).

26 BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – NVwZ 2023, 246 Rn. 53; Heesen, info also 2023, 62, 64.

27 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223 Rn. 135; BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – NVwZ 2023, 246 Rn. 54.

28 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 113 Rn. 119.

29 BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – NVwZ 2023, 246 Rn. 53 f. mwN.

30 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175 (2. Leitsatz).

31 In der Literatur werden teils andere Herleitungen vorgeschlagen, s. dazu etwa Schulz, SGB 2010, 201 ff.; Susnjär/Greiser, DVBl 2018, 1329, 1332.

32 Die ausdrückliche Qualifizierung als Menschenrecht erfolgte durch das Urteil zum Asylbewerberleistungsgesetz, BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 159 Rn. 68; dazu Tiedemann, NVwZ 2012, 1024, 1032.

33 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175 Rn. 133.

34 In diesem Sinne noch BVerfG, 7.6.2005 – 1 BvR 1508/96 – BVerfGE 113, 88, 108 f.; demgegenüber ohne nähere Ausführungen für eine Herleitung aus Art. 1 Abs. 1 GG schon BVerfG, 30.6.2009 – 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, ua. – BVerfGE 123, 267, 363.

35 Tiedemann, NVwZ 2012, 1024, 1032.

36 Vgl. BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 159 Rn. 62.

37 So auch Krefel, NZS 2019, 730, 734.

38 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 159 ff. Rn. 62 und 67.

39 So aber Susnjär/Greiser, DVBl 2018, 1329, 1330; Breckwoldt, Grundrechtskombinationen, Tübingen 2015, S. 121 ff.

40 In diesem Sinne auch: Drohsel, NZS 2014, 96, 98; aA. Tiedemann, NVwZ 2012, 1024, 1032 f., der davon ausgeht, dass der Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 20 Abs. 1 GG komme.

41 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175 Rn. 133.

42 So auch Berlit, info also 2013, 195, 197; Krefel, NZS 2019, 730, 734.

»dem Grunde nach unverfügbar und muss eingelöst werden.«⁴³ Was daraus folgt, hat das BVerfG im Jahr 2019 in seinem Sanktionsurteil konkretisiert:

»Die Verankerung des Gewährleistungsrechts im Grundrecht des Art. 1 Abs. 1 GG bedeutet, dass Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung (Art. 1 Abs. 3 GG) den Menschen nicht auf das schiere physische Überleben reduzieren dürfen, sondern mit der Würde mehr als die bloße Existenz und damit auch die soziale Teilhabe als Mitglied der Gesellschaft gewährleistet wird. Es widerspräche dem nicht relativierbaren Gebot der Unantastbarkeit, wenn nur ein Minimum unterhalb dessen gesichert würde, was der Gesetzgeber bereits als Minimum normiert hat; insbesondere lässt sich die Gewährleistung aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG nicht in einen ›Kernbereich‹ der physischen und einen ›Randbereich‹ der sozialen Existenz aufspalten. [...] Die den entsprechenden Anspruch fundierende Menschenwürde steht allen zu, ist dem Grunde nach unverfügbar [...] und geht selbst durch vermeintlich ›unwürdiges‹ Verhalten nicht verloren [...]; sie kann selbst denjenigen nicht abgesprochen werden, denen schwerste Verfehlungen vorzuwerfen sind [...]. Das Sozialstaatsprinzip verlangt staatliche Vor- und Fürsorge auch für jene, die aufgrund persönlicher Schwäche oder Schuld, Unfähigkeit oder gesellschaftlicher Benachteiligung in ihrer persönlichen und sozialen Entfaltung behindert sind [...]. Diese Verpflichtung zur Sicherung des Existenzminimums ist auch zur Erreichung anderweitiger Ziele nicht zu relativieren [...].«⁴⁴

Die Verortung des Gewährleistungsgrundrechts in Art. 1 Abs. 1 GG führt also zu einer herausgehobenen Stellung im Grundrechtsgefüge. Das Grundrecht darf keinem anderen Ziel untergeordnet werden, es ist also abwägungsfest.⁴⁵ Das hat das BVerfG insbesondere im Zusammenhang mit Leistungen nach dem AsylbLG eindeutig formuliert:

»Migrationspolitische Erwägungen, die Leistungen an Asylbewerber und Flüchtlinge niedrig zu halten, um Anreize für Wanderungsbewegungen durch ein im internationalen Vergleich eventuell hohes Leistungsniveau zu vermeiden, können von vornherein kein Absenken des Leistungsstandards unter das physische und soziokulturelle Existenzminimum rechtfertigen [...]. Die in Art. 1 Abs. 1 GG garantierte Menschenwürde ist migrationspolitisch nicht zu relativieren.«⁴⁶ Damit setzt das Grundrecht den Staatsgewalten eine unüberwindbare Grenze zum Schutz einer menschenwürdigen Existenz, die jedoch in der politischen Diskussion nicht selten ignoriert wird, wie sich in der migrationspolitischen Debatte über Sozialleistungen als vermeintliche »Pull-Faktoren« in den vergangenen Monaten eindrücklich gezeigt hat.

Noch nicht ausdrücklich geäußert hat sich das BVerfG zu der Frage, ob auch eine Relativierung des Gewährleistungsgrundrechts zur Verwirklichung anderer Ziele mit Verfassungs-

rang ausgeschlossen ist.⁴⁷ Die Frage stellt sich etwa infolge des am 15. November 2023 ergangenen Urteils zur Verfassungswidrigkeit des Zweiten Nachtragshaushaltsgesetzes 2021⁴⁸, welches in der politischen Debatte umgehend Forderungen nach Sozialleistungskürzungen auslöste. Versteht man das Gewährleistungsgrundrecht – wie das BVerfG – als in der Menschenwürde wurzelnde unverfügbare menschenrechtliche Minimalgewährleistung, müssen auch Relativierungen zur Einhaltung der »Schuldenbremse« (Art. 109 Abs. 3 GG) oder zur Erreichung sonstiger Ziele mit Verfassungsrang ausscheiden, denn der Schutz der Menschenwürde, die den höchsten Rechtswert in der verfassungsmäßigen Ordnung darstellt,⁴⁹ gehört zu den Konstitutionsprinzipien des GG, denen auch andere Verfassungsbestimmungen Rechnung tragen müssen.⁵⁰ Überdies würde eine Relativierung des Existenzminimums aus finanzverfassungsrechtlichen Gründen spätestens an der fehlenden Erforderlichkeit scheitern, denn ein verfassungskonformer Haushalt lässt sich auch durch Einsparungen in anderen (verfassungsrechtlich nicht determinierten) Bereichen oder durch eine Erhöhung der Einnahmen realisieren. Bei der Aufstellung eines verfassungskonformen Haushalts geht es daher nicht um eine Abwägung zwischen den finanzverfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Gewährleistungsgrundrecht aus Art. 1 Abs. 1 GG iVm. Art. 20 Abs. 1 GG, sondern darum, allen Verfassungsvorgaben Rechnung zu tragen.

Die Verortung des Gewährleistungsgrundrechts in Art. 1 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 1 GG führt überdies dazu, dass das Gewährleistungsgrundrecht von der »Ewigkeitsgarantie« des Art. 79 Abs. 3 GG erfasst wird, die eine Änderung der in Art. 1 und 20 GG niedergelegten Grundsätze ausschließt. Die Sicherung der materiellen Grundlagen einer menschenwürdigen Existenz ist für die Aufrechterhaltung einer dem Art. 1 Abs. 1 GG entsprechenden Ordnung unverzichtbar und in einem der Menschenwürde verpflichteten Sozialstaat wie der Bundesrepublik unverfügbar.⁵¹ Das Gewährleistungsgrundrecht steht somit auch nicht zur Disposition des verfassungsändernden Gesetzgebers.⁵² Populistische Vorstellungen, durch eine Änderung des GG die Sanktionen für Bürgergeldbeziehende verschärfen zu können,⁵³ sind demnach verfassungsrechtlich nicht umsetzbar.

(3) Widerspruch im Sanktionsurteil?

Dem absoluten, nicht relativierbaren Charakter des Gewährleistungsgrundrechts widersprechen die vom BVerfG gebilligten Sanktionen zur Durchsetzung von Mitwirkungspflichten für Leistungsbeziehende nach dem SGB II. Zwar erklärte das Gericht die Sanktionsregelungen in § 31a SGB II aF teilweise

47 Der frühere Vizepräsident des BVerfG und Vorsitzende des Ersten Senats *Ferdinand Kirchhof* wies in einem Beitrag allerdings darauf hin, dass der Anspruch bewusst unmittelbar aus Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet wurde, um Abwägungen mit anderen Verfassungspositionen auszuschließen; der Anspruch beruhe auf einer »starken und festen Verfassungsbasis«, der Sozialstaat dürfe »keinen seiner Einwohner ohne Obdach und ohne lebensnotwendige Leistungen lassen«, NZS 2015, 1, 4.

48 BVerfG, 15.11.2023 – 2 BvF 1/22 – NVwZ 2023, 1892.

49 Illustrativ: *Kirchhof*, NZS 2015, 1, 4: »verfassungsrechtlicher Granit«.

50 BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317, 341 Rn. 49.

51 So auch *Kirchhof*, NZS 2015, 1, 4.

52 Vgl. zum Schutz der in Art. 1 GG niedergelegten Grundsätze durch Art. 79 Abs. 3 GG: BVerfG, 3.3.2004 – 1 BvR 2378/98, 1 BvR 1084/99 – BVerfGE 109, 279, 310.

53 S. *Mendgen*, Jens Spahn fordert Verfassungsänderung, um Bürgergeld für Jobverweigerer rechtssicher zu streichen, Redaktionsnetzwerk Deutschland 14.1.2024, <https://www.rnd.de/politik/bugergeld-sanktionen-jens-spahn-will-verfassung-aendern-GC4KYAQW5JEF7MR4OU6RWQ2O64.html> (25.3.2024).

43 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175 Rn. 133.

44 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68 Rn. 119 f.

45 Ebenso *Drohse*, NZS 2014, 96, 100; *Kirchhof*, NZS 2015, 1, 4; vgl. zur Unabdingbarkeit der Menschenwürde BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317, 341 Rn. 49 mwN.

46 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 173 Rn. 95; ebenso BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – NVwZ 2023, 246 Rn. 56; vgl. dazu auch *Kirchhof*, NZS 2015, 1, 4, der darauf hinweist, dass der Zuzug nach Deutschland nicht über das Existenzsicherungsrecht, sondern allein über das Aufenthaltsrecht zu regeln ist.

für unvereinbar mit dem GG.⁵⁴ Im Ergebnis billigte das Gericht jedoch nicht nur eine Leistungsminderung um bis zu 30 %, sondern sogar einen vollständigen Leistungsentzug, »wenn und solange Leistungsberechtigte es selbst in der Hand haben, durch Aufnahme einer ihnen angebotenen zumutbaren Arbeit (§ 31 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB II) ihre menschenwürdige Existenz tatsächlich und unmittelbar durch die Erzielung von Einkommen selbst zu sichern.«⁵⁵

Die Begründung des Urteils vermag diesen Widerspruch nicht aufzulösen. Sie bekräftigt zunächst die bereits in den vorangegangenen Entscheidungen entwickelten Prämissen einschließlich der Aussage, dass es »dem nicht relativierbaren Gebot der Unantastbarkeit [widerspräche], wenn nur ein Minimum unterhalb dessen gesichert würde, was der Gesetzgeber bereits als Minimum normiert hat.«⁵⁶ In der weiteren Argumentation wird diese Prämisse jedoch verlassen und anstatt der Unantastbarkeit der Menschenwürde die Ausgestaltungsbefähigung des Sozialstaatsprinzips hervorgehoben.⁵⁷ Das BVerfG billigt dem Gesetzgeber die Möglichkeit zu, den Gedanken der Subsidiarität zu verfolgen und die Leistungen an die Bedingung zu koppeln, dass die Hilfsbedürftigen, insbesondere durch die Aufnahme einer Erwerbstätigkeit, aktiv an der Überwindung ihrer Hilfsbedürftigkeit mitwirken.⁵⁸ Die Existenzsicherung behält damit trotz Anbindung an die Menschenwürde einen Bezug zur Erwerbsarbeit. Für Menschen, die sich für einen den Prinzipien der Leistungsgesellschaft zuwiderlaufenden Lebensentwurf ohne Erwerbsarbeit entscheiden, können die Existenzsicherungsleistungen auf ein Minimum unterhalb dessen abgesenkt werden, was der Gesetzgeber bereits als Minimum normiert hat. Das BVerfG verharnt damit bei dem paternalistischen Ansatz, der dem deutschen Sozialrecht traditionell zugrunde liegt, anstatt das Gewährleistungsgrundrecht tatsächlich zu einem freiheitlichen und humanistischen Recht fortzuentwickeln.⁵⁹ Das GG steht damit zwar der Einführung eines bedingungslosen Grundeinkommens nicht entgegen, es verbürgt aber weder ein bedingungsloses Grundeinkommen noch eine bedingungslose Grundsicherung.⁶⁰

Das BVerfG war sich der Ambivalenz seiner Sanktionsentscheidung ersichtlich bewusst.⁶¹ Dafür sprechen die Bemühungen, die drohende Lücke im grundrechtlichen Schutz einzuhegen. Die Kürzung von Leistungen zur Befriedigung von existenziellen Bedarfen wird nur akzeptiert, wenn »die Leis-

tungsminderung wie auch die Pflicht, die mit ihr durchgesetzt werden soll, dazu [dient], den existenznotwendigen Bedarf auf längere Sicht nicht mehr durch staatliche Leistung, sondern durch die Eigenleistung der Betroffenen zu decken.«⁶² Demgegenüber stellt das BVerfG ausdrücklich klar, dass die Leistungsminderung nicht darauf ausgerichtet sein darf, repressiv ein Fehlverhalten zu ahnden.⁶³ Diese Gegenüberstellung markiert in der Logik der Urteilsbegründung die Grenze zwischen Ausgestaltung und Eingriff. Verfassungsrechtlich zulässig sind Leistungskürzungen als Ausgestaltung des Existenzminimums, sofern sie auf eine Überwindung der Hilfsbedürftigkeit zielen und das Verhalten zukunftsgerichtet steuern sollen. Unzulässig sind hingegen Eingriffe in das Existenzminimum, die lediglich repressiv Fehlverhalten ahnden und deshalb keinen Beitrag zur Überwindung der Hilfsbedürftigkeit leisten können.

In diesem Zusammenhang tritt der Widerspruch zwischen Leistungskürzungen und unverfügbarer Sicherung der menschenwürdigen Existenz in den Ausführungen des BVerfG deutlich zum Vorschein:

»Demgegenüber kann ein legitimes Ziel solcher Mitwirkungspflichten nicht darin gesehen werden, die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit zu fördern. Dem GG ist ein solcher Paternalismus fremd. Es gibt keine ›Vernunftthoheit‹ staatlicher Organe über die Grundrechtsberechtigten; vielmehr fordert das GG *Respekt vor der autonomen Selbstbestimmung der Einzelnen*, ohne den hilflosen Menschen aber einfach sich selbst zu überlassen. Art. 1 Abs. 1 GG *schützt die Würde des Menschen, wie er sich in seiner Individualität selbst begreift* und seiner selbst bewusst ist. Das schließt Mitwirkungspflichten aus, die auf eine staatliche Bevormundung oder Versuche der ›Besserung‹ gerichtet sind.«⁶⁴

Das Urteil verspricht also autonome Selbstbestimmung ohne staatliche Bevormundung, lässt es aber zu, dass der Gesetzgeber die individuelle Entscheidung gegen eine Erwerbstätigkeit nicht akzeptiert.

Nach der Begründung des BVerfG wird mit der Leistungskürzung zur Durchsetzung der Mitwirkungspflichten die Eigenverantwortung der Betroffenen berücksichtigt.⁶⁵ Damit übersetzt sich der »Grundsatz des Forderns« aus § 2 SGB II verfassungsrechtlich in die Berücksichtigung der Eigenverantwortung des Menschen, die dadurch gekennzeichnet ist, dass er sein Handeln selbst bestimmt und sich kraft seiner Willensfreiheit entscheiden kann.⁶⁶ Diese Sichtweise spiegelt sich vor allem in den strengen Verhältnismäßigkeitsanforderungen wider, denen die gesetzliche Ausgestaltung der Leistungskürzungen gerecht werden müssen.⁶⁷ Eine Kürzung der staatlichen Existenzsicherungsleistungen zur Durchsetzung gesetzlicher Mitwirkungspflichten ist nur mit dem GG vereinbar, »wenn die zur Deckung des gesamten existenznotwendigen Bedarfs erforderlichen Leistungen für Bedürftige jedenfalls bereitstehen und es in ihrer eigenen

54 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 69 f.

55 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 148 Rn. 209. Ob die Leistungskürzung um 100 % für sog. »Totalverweigerer«, die mit dem Zweiten Haushaltsfinanzierungsgesetz in § 31a Abs. 7 SGB II eingefügt werden soll, mit dieser Rechtsprechung zu vereinbaren ist (BT-Drs. 20/9999), erscheint dennoch fraglich, s. dazu: Kießling, Totalverweigerung des Existenzminimums?, Verfassungsblog 22.1.2024, <https://verfassungsblog.de/totalverweigerung-des-existenzminimums> (25.3.2024).

56 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 112 ff. Rn. 118 ff.

57 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 115 f. Rn. 123 ff.

58 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 116 f. Rn. 125 f. In seinem Beschluss zur Verfassungswidrigkeit der Sonderbedarfsstufen im AsylbLG führt das BVerfG diesen Gedanken dahingehend fort, dass von den Leistungsberechtigten grundsätzlich solidarisches Verhalten erwartet werden darf, das dazu beiträgt, die Notwendigkeit staatlicher Sozialleistungen gering zu halten (BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – NVwZ 2023, 246 Rn. 77); kritisch dazu: Heesen, info also 2023, 62, 64.

59 S. dazu Nettessheim, JZ 2020, 153 ff.

60 Ebenso: Buchholtz, JuS 2021, 503, 505.

61 Schifferdecker/Brehm, NZS 2020, 1, 2 vermuten den Grund für diese Widersprüche im Bemühen des erkennenden Senats um ein konsensfähiges Ergebnis. Sie führen hierfür an, dass die Entscheidung nur »im Ergebnis einstimmig ergangen« ist (BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 151 Rn. 225) und die lange Zeitspanne zwischen der mündlichen Verhandlung am 15.1.2019 und der Urteilverkündung am 5.11.2019 intensive Diskussionen um Kompromissformeln vermuten lasse.

62 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 118 Rn. 131.

63 Ebd.

64 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 117 Rn. 127 – Hervorhebungen nicht im Original, Rechtsprechungsverweise entfernt.

65 BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 118 Rn. 130.

66 Vgl. zu diesem Verständnis der Eigenverantwortung des Menschen: BVerfG, 15.12.2015 – 2 BvR 2735/14 – BVerfGE 140, 317, 343 Rn. 54; kritisch zum Leitbild autonom Handelnder Leitungsbezieher*innen: <https://verfassungsblog.de/totalverweigerung-des-existenzminimums> (25.3.2024).

67 Zum Erfordernis einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung: BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 118 Rn. 132.

Verantwortung liegt, in zumutbarer Weise die Voraussetzungen dafür zu schaffen, die Leistung auch nach einer Minderung wieder zu erhalten.«⁶⁸ Die Leistungsberechtigten müssen tatsächlich die Möglichkeit haben, die Minderung durch zumutbares eigenes Verhalten abzuwenden bzw. zu beenden, es muss eine einzelfallbezogene Härtefallprüfung stattfinden und es müssen hinreichend belastbare Prognosen über die Wirksamkeit und Erforderlichkeit der Leistungsminderungen vorliegen.⁶⁹

Die Billigung von Leistungsminderungen durch das BVerfG steht folglich zwar in einem Widerspruch zur nicht relativierbaren Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums. Sie ist dennoch nicht als grundsätzliche Relativierung des absoluten Charakters des Gewährleistungsgrundrechts zu verstehen, sondern eine Konsequenz des Gestaltungsspielraums, den das Gericht dem Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Existenzsicherung zugesteht.

c) Gerichtliche Kontrolle

Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums wird durch Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG zwar als unmittelbar verfassungsrechtlicher Leistungsanspruch⁷⁰ garantiert. Das Grundrecht bedarf aber der Konkretisierung und stetigen Aktualisierung durch den Gesetzgeber, der hierbei über einen Gestaltungsspielraum verfügt.⁷¹ Für den tatsächlichen Umfang der Leistungen, die den Hilfsbedürftigen zur Deckung ihres existenziellen Bedarfs zur Verfügung stehen, bleiben also trotz grundrechtlicher Fundierung des Leistungsanspruchs die Regelungen der sozialrechtlichen Leistungsgesetze maßgeblich. Vor diesem Hintergrund würde das vom BVerfG anerkannte subjektive Leistungsrecht aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG weitgehend leerlaufen, wenn sich das Gericht bei der Überprüfung der vom Gesetzgeber erlassenen Leistungsgesetze – wie in seinen früheren Entscheidungen zum abwehrrechtlichen Schutz des Existenzminimums – auf eine Evidenzkontrolle beschränken würde. Der entscheidende Fortschritt des Hartz-IV-Urteils lag daher nicht allein in der Anerkennung des subjektiven Leistungsrechts, sondern vor allem in einem strengeren gerichtlichen Kontrollmaßstab.

Für die Begrenzung des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums kamen grundsätzlich zwei Wege in Betracht. Zum einen hätte unmittelbar aus der Verfassung eine quantitativ bestimmte Untergrenze abgeleitet werden können. Mangels eindeutiger Anknüpfungspunkte in der Verfassung wäre eine solche quantitative Untergrenze jedoch schwer zu begründen gewesen, zumal der Umfang des notwendigen Existenzminimums von zahlreichen Faktoren und normativen Wertungen abhängig ist und unterschiedliche Möglichkeiten zur Sicherung des Existenzminimums (zB. Geld-, Sach- oder Dienstleistungen) bestehen.⁷²

Die zweite Möglichkeit, den gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum zu begrenzen, bestand in der Vorgabe qualitativer Anforderungen, die der Gesetzgeber bei der Bestimmung

von Art und Umfang der Leistung zu beachten hat. Dieser Ansatz überlässt die Festlegung konkreter quantitativer Grenzen dem Gesetzgeber und trägt damit dem Demokratieprinzip und dem Grundsatz der Gewaltenteilung besser Rechnung.

Das BVerfG folgt dem zweiten Ansatz und entscheidet weder, wie hoch der Anspruch sein muss, noch, ob der Gesetzgeber die gerechteste, zweckmäßigste und vernünftigste Lösung gewählt hat.⁷³ Es fordert lediglich abstrakt, dass aufgrund des verfassungsrechtlichen Leistungsanspruchs die unbedingt erforderlichen Mittel zur Sicherung der physischen Existenz und eines Mindestmaßes an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben abgedeckt sein müssen.⁷⁴ Diese Mittel müssen durch einen gesetzlichen Anspruch gesichert sein.⁷⁵ Die weitere Konkretisierung des Anspruchs in Tatbestand und Rechtsfolge und die Entscheidung darüber, ob das Existenzminimum durch Geld-, Sach- oder Dienstleistungen gesichert wird, überlässt es grundsätzlich dem Gesetzgeber.⁷⁶ Auch hinsichtlich des Umfangs der Leistungen billigt es dem Gesetzgeber einen Beurteilungsspielraum zu, der sich auf die tatsächlichen Verhältnisse sowie auf die wertende Einschätzung des notwendigen Bedarfs bezieht und in Bezug auf das zur Sicherung der physischen Existenz eines Menschen Notwendige enger ist als in Bezug auf Art und Umfang der Möglichkeit zur Teilhabe am gesellschaftlichen Leben.⁷⁷ Zugleich formuliert das BVerfG jedoch Anforderungen an die methodisch sachgerechte Bestimmung der Existenzsicherungsleistungen durch den Gesetzgeber. Letzterer muss erstens alle existenznotwendigen Aufwendungen folgerichtig in einem transparenten und sachgerechten Verfahren nach dem tatsächlichen Bedarf realitätsgerecht bemessen.⁷⁸ Dazu muss er zunächst die Bedarfsarten sowie die dafür aufzuwendenden Kosten ermitteln, bevor er auf dieser Basis die Höhe des Gesamtbedarfs bestimmen kann.⁷⁹ Die hierbei anzuwendende Methode kann der Gesetzgeber im Rahmen der Tauglichkeit und Sachgerechtigkeit auswählen.⁸⁰ Er darf allerdings keine Methode wählen, die ansonsten als existenzsichernd anerkannte Bedarfe von vornherein ausblendet.⁸¹ Wenn er sich für eine bestimmte Methode entschieden hat, darf er von dieser nicht ohne sachliche Rechtfertigung abweichen.⁸² Dies gilt auch für eine Differenzierung zwischen verschiedenen Personengruppen (wie sie im AsylBLG angelegt ist), die nur möglich ist, »sofern deren Bedarf an existenznotwendigen Leistungen von dem anderer Bedürftiger signifikant abweicht und dies folgerichtig in einem inhaltlich transparenten Verfahren anhand des tatsächlichen Bedarfs gerade dieser Gruppe belegt werden kann.«⁸³

Zweitens muss der Gesetzgeber angesichts der ständigen Veränderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (zB. Inflation) das gefundene Ergebnis fortwährend überprüfen und

73 BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – NVwZ 2023, 246 Rn. 57.

74 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223 Rn. 136;

BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 72 Rn. 75.

75 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223 Rn. 136.

76 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 224 Rn. 138.

77 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 224 f. Rn. 138.

78 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 225 Rn. 139.

79 Ebd.

80 Ebd.

81 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 163 Rn. 71.

82 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 225 Rn. 139.

83 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 164 Rn. 73.

68 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 222 Rn. 133.

69 S. zu diesen Grenzen im Einzelnen: BVerfG, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – BVerfGE 152, 68, 120 ff. Rn. 136 ff.

70 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 223 Rn. 135.

71 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 222 Rn. 133.

72 Vgl. BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 224 f. Rn. 138.

zeitnah weiterentwickeln, so dass zu jeder Zeit die Erfüllung des aktuellen Bedarfs gewährleistet ist.⁸⁴

Mit diesen Anforderungen korrespondiert der gerichtliche Kontrollmaßstab. Das BVerfG prüft erstens im Rahmen einer Evidenzkontrolle, ob es offensichtlich ist, dass die Leistungen »in der Gesamtsumme keinesfalls sicherstellen können, Hilfebedürftigen in Deutschland ein Leben zu ermöglichen, das physisch, sozial und kulturell als menschenwürdig anzusehen ist.«⁸⁵ Für evident unzureichend hielt das BVerfG bisher nur die Leistungen nach § 3 AsylbLG aF, die zwischen 1993 und 2012 nicht angepasst worden waren.⁸⁶ Sind die Leistungen evident unzureichend, ist der Gesetzgeber verpflichtet, höhere Leistungen festzusetzen.⁸⁷

Innerhalb der Bandbreite, die diese Evidenzkontrolle belässt, überprüft das BVerfG zweitens, ob die gesetzlich festgelegten Leistungen »jeweils aktuell auf der Grundlage verlässlicher Zahlen und schlüssiger Berechnungsverfahren im Ergebnis zu rechtfertigen sind.«⁸⁸ Dabei bezieht sich die Prüfung grundsätzlich nicht auf das Gesetzgebungsverfahren, sondern auf dessen Ergebnisse.⁸⁹ Um diese überprüfen zu können, hatte das BVerfG im Hartz-IV-Urteil zunächst verlangt, dass die im Gesetzgebungsverfahren eingesetzten Methoden und Berechnungsschritte nachvollziehbar offengelegt werden.⁹⁰ Später erwähnte das Gericht diese Obliegenheit zwar nicht mehr. Es verlangt jedoch, dass die gesetzgeberischen Festlegungen zur Berechnung der Leistungshöhe sachlich vertretbar und begründbar sind, und schließt »schlicht geprüfte Zahlen ebenso wie Schätzungen ins Blaue hinein« als den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügend aus.⁹¹ Zudem verlangt es, dass sich Art und Höhe der Leistungen mit einer Methode erklären⁹² bzw. zumindest im Ergebnis nachvollziehen⁹³ lassen. Dazu müssen die erforderlichen Tatsachen im Wesentlichen vollständig und zutreffend ermittelt werden; außerdem muss sich der Gesetzgeber in allen Berechnungsschritten mit einem nachvollziehbaren Zahlenwerk innerhalb dieses Verfahrens und dessen Strukturprinzipien im Rahmen des Vertretbaren bewegen.⁹⁴ Des Weiteren prüft das BVerfG, ob der Gesetzgeber seiner Pflicht zur fortlaufenden Überprüfung und Aktualisierung der Leistungsbeträge nachkommt und die Entwicklung der tatsächlichen Lebenshaltungskosten durch regelmäßige Neuberechnungen und Fortschreibungen berücksichtigt.⁹⁵ Genügt die gesetzliche Regelung den dargestellten Anforderungen nicht, erklärt das BVerfG sie für unvereinbar mit dem GG und fordert den Gesetzgeber innerhalb einer bestimmten Frist zur Neufestsetzung

der Leistungen auf. Der Gesetzgeber ist in einem solchen Fall verpflichtet, auf Grundlage der verfassungsrechtlichen Anforderungen ein Verfahren zur realitäts- und bedarfsgerechten Ermittlung der notwendigen Leistungen durchführen und dessen Ergebnis, das in seiner Höhe nicht zwingend über der bisherigen Leistung liegen muss, im Gesetz zu verankern.⁹⁶

Insgesamt lässt sich also feststellen, dass die gesetzgeberische Entscheidung trotz weitem Gestaltungsspielraum und Verzicht auf quantitative Vorgaben einer intensiven verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Der Gesetzgeber darf zwar Wertungen vornehmen und entscheiden, auf welcher methodischen Grundlage er das Existenzminimum ermittelt und welche Leistungen er zur Sicherung des Existenzminimums vorsieht. Er muss jedoch die tatsächlichen Grundlagen vollständig und korrekt ermitteln und eine objektiv nachvollziehbare und kohärente Entscheidung treffen. Außerdem muss er sich konsequent am Ziel der Gewährleistung des Existenzminimums orientieren.

2. Grundrecht auf Bildung

a) Entwicklung der Rechtsprechung

Ob das GG ein Grundrecht auf Bildung garantiert, war lange ungeklärt. Das BVerwG hatte schon im Jahr 1975 aus Art. 2 Abs. 1 GG ein »Recht auf Bildung« abgeleitet, welches jedoch eher eine abwehrrechtliche Dimension hatte.⁹⁷ Das BVerfG konnte indessen lange offenlassen, inwieweit das GG Elemente eines »Rechts auf Bildung« enthält.⁹⁸ Erst im Jahr 2021 erkannte es in seinem Beschluss zu Schulschließungen im Rahmen der Corona-Pandemie (Bundesnotbremse II) schließlich an, dass aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 7 Abs. 1 GG ein Recht auf schulische Bildung folgt.⁹⁹ In Bezug auf den Zugang zur Hochschulausbildung traf das Gericht hingegen schon im Jahr 1972 klare Aussagen.

b) Recht auf gleiche Teilhabe am staatlichen Studienangebot

Der Zugang zur Hochschulbildung wurde verfassungsrechtlich vor dem Hintergrund knapper Ausbildungskapazitäten und der infolgedessen eingeführten Zulassungsbeschränkungen (Numerus clausus) relevant. Um diese Beschränkungen an dem Recht auf freie Wahl der Ausbildungsstätte in Art. 12 Abs. 1 GG zu messen, musste diesem Recht – über seine ausdrücklich formulierte Abwehrfunktion hinaus – ein Teilhaberecht entnommen werden. Ein solches Teilhaberecht begründete das BVerfG in seinem ersten Numerus-Clausus-Urteil aus dem Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) iVm. Art. 12 Abs. 1 GG und dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG). Aus diesen Verfassungsnormen folgt bei Erfüllung der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen (Hochschulreife) ein verfassungsmäßig ge-

84 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 225 Rn. 140; BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 163 Rn. 72.

85 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 75 Rn. 81; BVerfG, 27.7.2016 – 1 BvR 371/11 – NJW 2016, 3774 Rn. 41.

86 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134.

87 Vgl. BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 256 Rn. 211.

88 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 75 Rn. 82.

89 BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 162 Rn. 70; BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 73 Rn. 77; BVerfG, 27.7.2016 – 1 BvR 371/11 – NJW 2016, 3774 Rn. 54.

90 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 226 Rn. 140.

91 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 75 Rn. 83; BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – NVwZ 2023, 246 Rn. 59.

92 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 76 Rn. 84.

93 BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – NVwZ 2023, 246 Rn. 59.

94 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 226 Rn. 143; BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 76 Rn. 84.

95 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – BVerfGE 137, 34, 76 Rn. 85.

96 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175, 256 Rn. 211.

97 BVerwG, 15.11.1974 – VII C 12/74 – BVerwGE 47, 201, 206: keine Verletzung durch die Einführung einer 5-Tage-Woche; BVerwG, 14.7.1987 – VII C 11/76 – BVerwGE 56, 155, 158: Eingriff durch Nichtversetzung.

98 BVerfG, 22.6.1977 – 1 BvR 799/76 – BVerfGE 45, 400, 417; ebenso BVerfG, 6.8.1996 – 1 BvR 1609/96 – BeckRS 1996, 12489 Rn. 15; BVerfG, 27.11.2017 – 1 BvR 1555/14 – NVwZ 2018, 728 Rn. 25.

99 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355.

währleistetetes Recht auf Zulassung zum Hochschulstudium.¹⁰⁰ Dieses Recht steht jedoch »unter dem Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann« und ist einschränkbar.¹⁰¹ Ob sich »unter besonderen Voraussetzungen ein einklagbarer Individualanspruch des Staatsbürgers auf *Schaffung* von Studienplätzen herleiten ließe«, wurde anfangs noch offengelassen.¹⁰² Inzwischen geht das Gericht jedoch davon aus, dass das Teilhaberecht nicht so weit reicht, »dass es einen individuellen Anspruch begründen könnte, Ausbildungskapazitäten in einem Umfang zu schaffen, welcher der jeweiligen Nachfrage gerecht wird.«¹⁰³ Es handelt sich demnach nur um ein »derivatives Teilhaberecht«, welches den Hochschulzugangsberechtigten ein Recht auf gleiche Teilhabe an den vorhandenen Studienangeboten und gleichheitsgerechte Zulassung zum Hochschulstudium ihrer Wahl vermittelt.¹⁰⁴ Aus dem Teilhaberecht ergeben sich daher vor allem formelle und materielle Vorgaben für Regelungen zur Vergabe knapper Studienplätze.¹⁰⁵

Das Teilhaberecht begründet hingegen – wie das BVerfG im Hinblick auf Studiengebühren entschieden hat – keinen Anspruch auf ein kostenfreies Hochschulstudium.¹⁰⁶ Es verpflichtet den Gesetzgeber jedoch im Bereich des Hochschulzugangs für gleiche Bildungschancen zu sorgen und verbietet Studiengebühren, die prohibitiv wirken oder eine unüberwindliche soziale Barriere vor dem Hochschulzugang errichten.¹⁰⁷ Wenn der Gesetzgeber Studiengebühren vorsieht, muss er daher flankierende Maßnahmen vorsehen, die gewährleisten, dass der Zugang zum Studium allen entsprechend Qualifizierten unabhängig von den Besitzverhältnissen der Eltern möglich ist.¹⁰⁸ Bei dieser sozialen Ausgestaltung der Studiengebühren hat das BVerfG dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum eingeräumt.¹⁰⁹ Das BVerfG überprüft diese Ausgestaltung jedoch – ausgehend von der das Teilhaberecht beschränkenden Wirkung der Studiengebühren – auf ihre Verhältnismäßigkeit.¹¹⁰ Es folgt also dem klassischen abwehrrechtlichen Prüfungsschema.

c) Recht auf schulische Bildung

(1) Rechtsgrundlage

Anlass für die Anerkennung des Rechts auf schulische Bildung waren Verfassungsbeschwerden gegen Schulschließungen im Rahmen der Corona-Pandemie. Das BVerfG stützt das Grundrecht auf schulische Bildung auf Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 7 Abs. 1 GG.¹¹¹ Art. 2 Abs. 1 GG begründet nach ständiger Rechtsprechung ein Recht für Kinder und Jugendliche auf freie Entwicklung und Entfaltung ihrer Persönlichkeit. Dieses Recht ist

nicht nur auf die Abwehr von Eingriffen gerichtet, sondern zugleich auf staatliche Unterstützung und Förderung bei der Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit in der sozialen Gemeinschaft.¹¹² In diesen Kontext ordnet das BVerfG das Recht auf schulische Bildung ein, indem es *Kindern und Jugendlichen*¹¹³ das Recht gegenüber dem Staat zuspricht, »ihre Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit auch in der Gemeinschaft durch schulische Bildung gemäß dem Bildungsauftrag nach Art. 7 Abs. 1 GG zu unterstützen und zu fördern.«¹¹⁴ Das Grundrecht korrespondiert folglich mit der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates aus Art. 7 Abs. 1 GG und stellt das subjektiv-rechtliche »Gegenstück« zu dieser Pflicht dar.¹¹⁵

(2) Inhalt und Gewährleistungsdimensionen

Das BVerfG geht in seiner Entscheidung jedoch über die bloße Anerkennung des Grundrechts hinaus und setzt sich auffallend ausführlich mit dessen Inhalt und Gewährleistungsdimensionen auseinander, wobei viele dieser Aussagen als obiter dicta einzuordnen sind. Ausgangspunkt dieser Ausführungen ist zunächst die Feststellung, dass der (Landes-)Gesetzgeber bei der Wahrnehmung seines aus Art. 7 Abs. 1 GG folgenden Gestaltungsauftrags einen weiten Spielraum hat, weshalb sich aus dem Recht auf schulische Bildung keine individuellen Ansprüche auf wunschgemäße Gestaltung von Schule ableiten lassen.¹¹⁶ Dennoch ergeben sich aus dem Grundrecht verschiedene Grenzen für die Ausgestaltung.

Die erste Grenze bildet der aus dem Grundrecht abgeleitete Anspruch der Schüler*innen »auf Einhaltung eines *nach allgemeiner Auffassung* für ihre chancengleiche Entwicklung zu einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit unverzichtbaren Mindeststandards von Bildungsangeboten an staatlichen Schulen.«¹¹⁷ Eine Einschränkung dieser Mindeststandards kommt nur zum Schutz von Verfassungsgütern in Betracht. Allein der Verweis auf knappe öffentliche Mittel kann eine Unterschreitung hingegen nicht rechtfertigen.

Zur Konkretisierung des unverzichtbaren Mindeststandards äußert sich die Entscheidung nicht näher. Im Subsumtionsteil wird lediglich ausgeführt, dass der Mindeststandard »evident unterschritten [wäre], wenn über einen längeren Zeitraum keinerlei Unterricht stattfände.«¹¹⁸ Aus der oben zitierten Formulierung des BVerfG ergibt sich jedoch, dass es auf die »nach allgemeiner Auffassung« unverzichtbaren Mindeststandards ankommt.¹¹⁹ Diese allgemeine Auffassung lässt sich durch einen Rückgriff auf die Erkenntnisse der Bildungs- und Erziehungswissenschaften objektivieren.¹²⁰ Der an der Entscheidung beteiligte Richter des BVerfG *Josef Christ* weist

100 BVerfG, 18.7.1972 – 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 – BVerfGE 33, 303, 332; BVerfG, 8.2.1977 – 1 BvF 1/76, 1 BvL 7/75, 1 BvL 8/75, ua. – BVerfGE 43, 291, 313 f.

101 BVerfG, 8.2.1977 – 1 BvF 1/76, 1 BvL 7/75, 1 BvL 8/75, ua. – BVerfGE 43, 291, 314.

102 BVerfG, 18.7.1972 – 1 BvL 32/70, 1 BvL 25/71 – BVerfGE 33, 303, 333 – Hervorhebung nicht im Original.

103 BVerfG, 19.12.2017 – 1 BvL 3, 4/14 – BVerfGE 147, 253, 306 Rn. 105.

104 BVerfG, 8.5.2013 – 1 BvL 1/08 – BVerfGE 134, 1, 13 Rn. 36; BVerfG, 19.12.2017 – 1 BvL 3, 4/14 – BVerfGE 147, 253, 307 Rn. 106.

105 S. dazu etwa BVerfG, 19.12.2017 – 1 BvL 3, 4/14 – BVerfGE 147, 253, 306 ff. Rn. 107 ff.

106 BVerfG, 8.5.2013 – 1 BvL 1/08 – BVerfGE 134, 1, 14 Rn. 38.

107 BVerfG, 8.5.2013 – 1 BvL 1/08 – BVerfGE 134, 1, 14 Rn. 40.

108 BVerfG, 8.5.2013 – 1 BvL 1/08 – BVerfGE 134, 1, 15 Rn. 42.

109 BVerfG, 8.5.2013 – 1 BvL 1/08 – BVerfGE 134, 1, 16 Rn. 43.

110 BVerfG, 8.5.2013 – 1 BvL 1/08 – BVerfGE 134, 1, 16 ff. Rn. 45 ff.

111 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 42.

112 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 46.

113 Die Herleitung des Rechts aus dem Recht auf staatliche Unterstützung und Förderung von Kindern und Jugendlichen hat zur Folge, dass das Recht auf schulische Bildung als Recht von *Kindern und Jugendlichen* formuliert wird. Es stellt sich die Frage, ob das Recht auf schulische Bildung deshalb als spezifisches *Kindergrundrecht* einzuordnen ist, s. dazu: *Lischewski*, NJOZ 2022, 577 ff.

114 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 47.

115 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 48 unter Verweis auf *Langenfeld*, in: *Dörr/Grote/Maruhn* (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar, 2. Aufl., München 2013, Kap. 23 Rn. 10.

116 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 52 ff.

117 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 57 – Hervorhebung nicht im Original.

118 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 171.

119 *Christ*, NVwZ 2023, 1, 6; *Lindner*, DÖV 2022, 733, 736.

120 *Lindner*, DÖV 2022, 733, 736.

deshalb in einem Beitrag darauf hin, dass Rechtswissenschaft und Gerichte den Gehalt des Grundrechts »nur im Zusammenwirken mit der Bildungs- und Erziehungswissenschaft näher konkretisieren« können.¹²¹ Überdies können internationale Übereinkommen (insbesondere die UN-Kinderrechtskonvention) und deren Interpretation durch die zuständigen Vertragsorgane¹²² Anhaltspunkte liefern.

Die zweite Grenze für den Gesetzgeber ergibt sich aus der teilhaberechtlichen Gewährleistungsdimension des Grundrechts. Aus dem Recht auf schulische Bildung iVm. Art. 3 Abs. 1 GG leitet sich ein Recht auf gleiche Teilhabe an den staatlichen Bildungsleistungen ab.¹²³ Dieses Recht ist der Rechtsprechung zum Hochschulzugang nachgebildet, auf die in der Entscheidung ausdrücklich Bezug genommen wird. Es besteht nur nach Maßgabe der zur Verfügung gestellten Bildungsgänge und Schulstrukturen sowie der für den Zugang zur Schule, den Übergang von einem Bildungsweg zum anderen und die Versetzung innerhalb des Bildungsgangs festgelegten Voraussetzungen und ist verletzt, wenn diese Voraussetzungen willkürlich oder diskriminierend ausgestaltet oder angewendet werden.¹²⁴

Die dritte Grenze ergibt sich schließlich daraus, dass das Grundrecht den Schüler*innen ein Abwehrrecht gegen staatliche Maßnahmen gibt, welche die an der Schule eröffneten Möglichkeiten zur Wahrnehmung des Rechts auf schulische Bildung einschränken und damit in das Grundrecht eingreifen.¹²⁵ Dieses Abwehrrecht greift jedoch nur, sofern Möglichkeiten eingeschränkt werden, die auf Grundlage der gesetzlichen Ausgestaltung des Bildungssystems eigentlich eröffnet wären. Erfasst sind also nur Maßnahmen, die das Schulsystem selbst unberührt lassen, wie etwa belastende Ordnungsmaßnahmen (zB. Schulausschluss) oder von außen auf die Schule einwirkende Maßnahmen wie die aus Infektionsschutzgründen verfügbaren Schulschließungen.¹²⁶ Gestalterische Maßnahmen zur Änderung der schulischen Struktur stellen hingegen keinen Eingriff in das Grundrecht dar und sind nur an den durch das Grundrecht gewährleisteten Mindeststandards zu messen.¹²⁷ Das Grundrecht hat folglich auch in seiner abwehrrechtlichen Dimension einen derivativen Charakter.¹²⁸ Liegt ein Eingriff in das Abwehrrecht vor, richtet sich dessen Rechtfertigung nach den allgemeinen Regeln, insbesondere nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

d) Recht auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung?

Noch nicht abschließend geklärt ist die Frage, ob das GG auch einen individuellen Anspruch auf Förderung in einer Kindertageseinrichtung (Kita-Platz-Anspruch) garantiert. Dem BVerfG lag im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie zwar auch eine Verfassungsbeschwerde gegen die Beschränkungen des Betreuungsangebots in Kindertageseinrichtungen vor, die jedoch mangels Ausschöpfung des Rechtswegs nicht zur Ent-

scheidung angenommen wurde.¹²⁹ Die das Grundrecht auf schulische Bildung tragende Argumentation aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 7 Abs. 1 GG lässt sich auf die Förderung in einer Kindertageseinrichtung nur eingeschränkt übertragen, da Kindertageseinrichtungen nicht dem »Schulwesen« iSv. Art. 7 Abs. 1 GG zuzurechnen sind.¹³⁰ Dies schließt eine Anerkennung eines Grundrechts auf einen Kita-Platz jedoch keineswegs aus. Ein solcher grundrechtlicher Anspruch lässt sich unmittelbar aus der in der Rechtsprechung anerkannten und durch den Bundesnotbremse-II-Beschluss bekräftigten¹³¹ besonderen Schutzverantwortung des Staates ableiten, die im grundrechtlich geschützten Entfaltungsrecht der Kinder wurzelt und sich auf »alle für die Persönlichkeitsentwicklung wesentlichen Lebensbedingungen« erstreckt.¹³²

III. Grundrechte auf staatlichen Schutz vor privater Macht

1. Grundlegung im Handelsvertreter- und im Bürgschaftsbeschluss

Den grundrechtlichen Schutz vor privater Übermacht im privatrechtlichen Verkehr hat das BVerfG vor allem aus der Schutzfunktion der Grundrechte¹³³ und dem Sozialstaatsprinzip entwickelt. Die Grundlegung für diese Rechtsprechungslinie erfolgte durch den Handelsvertreterbeschluss vom 7. Februar 1990¹³⁴ und den Bürgschaftsbeschluss vom 19. Oktober 1993¹³⁵. Den Ausgangspunkt beider Entscheidungen bildet die Anerkennung der freien Gestaltung der privaten Rechtsverhältnisse durch die Vertragsparteien im Rahmen der durch Art. 2 Abs. 1 GG grundrechtlich geschützten Privatautonomie, die der Staat grundsätzlich zu respektieren hat.¹³⁶ Das BVerfG versteht dieses Prinzip allerdings nicht im Sinne einer formalen rechtlichen Freiheit, sondern als Ausdruck des Prinzips der Selbstbestimmung. Es verlangt daher eine Ausgestaltung und Beschränkung der Privatautonomie durch den Gesetzgeber, um die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich sicherzustellen und Fremdbestimmung durch einen übermächtigen Vertragspartner zu verhindern.¹³⁷ Die rechtliche Grundlage für dieses Verständnis sieht das BVerfG in den einschlägigen Grundrechten (Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG) und im Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG).¹³⁸

Bei der Ausgestaltung der Privatautonomie gesteht das BVerfG dem Gesetzgeber einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum zu, innerhalb dessen der Gesetzgeber die konkurrierenden Grundrechtspositionen der Vertragsparteien nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz in einen Ausgleich bringen muss. Das BVerfG betont in diesem

¹²⁹ BVerfG, 9.6.2020 – 1 BvR 1230/20 – NVwZ 2020, 1040.

¹³⁰ Jarass, in: Jarass/Pieroth (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG, 17. Aufl., München 2022, Art. 7 GG Rn. 2; Uhle, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 57. Ed., 15.1.2024, Art. 7 GG Rn. 8 mwN.

¹³¹ BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 46.

¹³² Wilke, LKV 2022, 145 ff.

¹³³ Dazu grundlegend: Canaris, AcP 184 (1984), 201, 225 ff.

¹³⁴ BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242.

¹³⁵ BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214.

¹³⁶ BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242, 254; BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 231.

¹³⁷ BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242, 254 f.; BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 231 f.

¹³⁸ BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242, 255; BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 232.

¹²¹ Christ, NVwZ 2023, 1, 6.

¹²² Exemplarisch: UN-Kinderrechtsausschuss, General Comment No. 1 (2001) Article 29 (1) The Aims of Education, CRC/GC/2001/1, deutsche Übersetzung abrufbar unter: <https://kinderrechtcommentare.de/2021/10/07/allgemeine-bemerkung-1> (25.3.2024).

¹²³ BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 59.

¹²⁴ BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 60.

¹²⁵ BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 61.

¹²⁶ BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 63.

¹²⁷ BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 64.

¹²⁸ Christ, NVwZ 2023, 1, 4.

Zusammenhang, dass die Rechtsordnung nicht für alle Situationen, in denen das Verhandlungsgleichgewicht gestört ist, Vorsorge treffen kann. Erforderlich ist ein gesetzlicher Schutz jedoch in typisierbaren Fallgestaltungen, die eine »strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils« erkennen lassen und in denen »die Folgen des Vertrages für den unterlegenen Vertragsteil ungewöhnlich belastend« sind.¹³⁹

Die grundrechtliche Schutzpflicht richtet sich einerseits an den Gesetzgeber, der bei der Ausgestaltung des Zivilrechts typisierbaren Störungen der Vertragsparität Rechnung tragen und ausgleichend eingreifen muss.¹⁴⁰ Schaffen die gesetzlichen Regelungen keinen angemessenen Ausgleich, können sie vom BVerfG für nichtig oder unvereinbar mit dem GG erklärt werden. So hat das BVerfG mit seinem Handelsvertreterbeschluss beispielsweise den generellen Ausschluss einer Karenzentschädigung bei Wettbewerbsverboten für Handelsvertreter im Falle einer außerordentlichen Kündigung nach § 90a Abs. 2 S. 2 HGB aF für unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG erklärt.¹⁴¹

Soweit der Gesetzgeber für bestimmte Lebensbereiche oder Vertragsformen kein zwingendes Vertragsrecht zur Kompensation der gestörten Vertragsparität geschaffen hat, richtet sich die grundrechtliche Schutzpflicht an die Gerichte, die den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte, insbesondere bei der Auslegung und Anwendung der zivilrechtlichen Generalklauseln, Geltung verschaffen müssen.¹⁴² Bei Verträgen, deren Inhalt für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen ist, müssen die Gerichte klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und ggf. korrigierend eingreifen. Die konkreten Maßstäbe für diese Inhaltskontrolle haben die Gerichte auf Grundlage des einfachen Rechts zu entwickeln, dem das GG einen weiten Spielraum belässt.¹⁴³ Die aus der grundrechtlichen Schutzpflicht folgenden Grenzen sind erst überschritten, wenn das Gericht das Problem gestörter Vertragsparität übergangen oder mit untauglichen Mitteln zu lösen versucht hat.¹⁴⁴ Davon ist das BVerfG in seinem Bürgerschaftsbeschluss in einem Fall ausgegangen, in dem der BGH die ungewöhnlich belastende Wirkung der Bürgerschaftserklärung und die ausgeprägte Unterlegenheit der Bürgin nicht gewürdigt und alle gegen die Wirksamkeit vorgebrachten Argumente mit Hinweis auf die Volljährigkeit der Bürgin zurückgewiesen hatte.¹⁴⁵

2. Schutzpflichten im Arbeitsverhältnis

Besondere Bedeutung haben die aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten im Arbeitsrecht erlangt. Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung von einer strukturellen Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer*innen beim Abschluss von Arbeitsverträgen aus¹⁴⁶ und leitet daraus staatliche Schutz-

pfllichten ab. Diese entstehen, wenn »die Privatautonomie ihre regulierende Kraft nicht zu entfalten vermag, weil ein Vertragspartner kraft seines Übergewichts Vertragsbestimmungen einseitig setzen kann.«¹⁴⁷ In diesen Fällen ist der Staat grundrechtlich verpflichtet, durch eine Ausgestaltung des Individualarbeitsrechts ausgleichend einzugreifen, um die (kollidierenden) Grundrechte der Parteien in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.¹⁴⁸ Es kann also ganz allgemein von einem Grundrecht auf angemessene (oder »gerechte«) Arbeitsbedingungen gesprochen werden, welches der Gesetzgeber durch eine gesetzliche Ausgestaltung des Individualarbeitsrechts konkretisieren muss. Dabei verfügt der Gesetzgeber über einen weiten Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum, der sich insbesondere auf die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen, auf die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung sowie auf die Bewertung der Interessenlage erstreckt.¹⁴⁹ In einzelnen Bereichen finden sich über dieses allgemeine Recht auf angemessene Arbeitsbedingungen hinaus weitere Aussagen in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

a) Kündigungsschutz

Für den gesetzlichen Kündigungsschutz hat das BVerfG in seinem Beschluss zur Verfassungsmäßigkeit der Kleinbetriebsklausel nach § 23 Abs. 1 S. 2 KSchG aF vom 27. Januar 1998 (Kleinbetriebsklausel I) aus Art. 12 Abs. 1 GG grundrechtlich gebotene Mindeststandards abgeleitet.¹⁵⁰ Die Begründung folgt der im Handelsvertreter- und im Bürgerschaftsbeschluss entwickelten Linie: Art. 12 Abs. 1 GG begründet für den Gesetzgeber eine Pflicht zum Schutz vor Arbeitgeberkündigungen. Diesen grundrechtlich gebotenen Schutz muss der Gesetzgeber nach dem Grundsatz praktischer Konkordanz in einen schonenden Ausgleich mit der ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Kündigungsfreiheit des Arbeitgebers bringen. Dabei wird ihm ein weiterer Gestaltungsspielraum zugestanden, der erst überschritten ist, »wenn eine Grundrechtsposition den Interessen des anderen Vertragspartners in einer Weise untergeordnet wird, dass in Anbetracht der Bedeutung und Tragweite des betroffenen Grundrechts von einem angemessenen Ausgleich nicht mehr gesprochen werden kann.«¹⁵¹

Mit der Herausnahme von Kleinbetrieben aus dem Geltungsbereich des KSchG hat der Gesetzgeber diese Grenze nicht überschritten.¹⁵² Jedoch billigte das BVerfG die Regelung nur unter der Voraussetzung, dass die betroffenen Arbeitnehmer*innen durch die zivilrechtlichen Generalklauseln vor einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung des Kündigungsrechts geschützt werden und somit nicht völlig schutzlos gestellt sind.¹⁵³ Jenseits des Anwendungsbereichs des KSchG müssen die Arbeitsgerichte folglich den verfassungsrechtlichen Min-

139 BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 232.

140 BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242, 255.

141 BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242, 243 (Nr. 1 der Entscheidungsformel).

142 BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242, 255 f.; BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 234.

143 BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 234.

144 Ebd.

145 BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89 – BVerfGE 89, 214, 234 f.

146 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – BVerfGE 84, 212, 229; BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BVerfGE 85, 191, 213; BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86 – BVerfGE 92, 365, 395; BVerfG, 6.7.2010 – 2 BvL 13/09 – BVerfGE 126, 286, 300 f.; BVerfG, 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 – BVerfGE 149, 126.

147 BVerfG, 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 – BVerfGE 149, 126 Rn. 42 mwN.

148 BVerfG, 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 – BVerfGE 149, 126 Rn. 42 mwN.; BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BVerfGE 85, 191, 213.

149 BVerfG, 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 – BVerfGE 149, 126 Rn. 43 mwN.

150 BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169; zuvor hatte das BVerfG bereits ohne nähere Ausführungen auf diese Schutzpflicht hingewiesen: BVerfG, 24.4.1991 – 1 BvR 1341/90 – BVerfGE 84, 133, 146 f.; BVerfG, 21.2.1995 – 1 BvR 1397/93 – BVerfGE 92, 140, 150.

151 BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 176 f.

152 BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 178. Ausdrücklich festgestellt wurde überdies die Vereinbarkeit des § 9 KSchG mit der grundrechtlichen Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG, s. BVerfG, 22.10.2004 – 1 BvR 1944/01 – NZA 2005, 41, 42.

153 BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 178.

destschutz im Rahmen der Anwendung der Generalklauseln aus §§ 138, 242 BGB sicherstellen. Konkret leitet das BVerfG aus dem grundrechtlichen Schutz folgende Mindeststandards ab:¹⁵⁴ Erstens müssen Arbeitnehmer*innen vor willkürlichen, auf sachfremden Motiven beruhenden oder diskriminierenden Kündigungen geschützt werden. Zweitens ist bei der Auswahl unter mehreren Arbeitnehmer*innen ein gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme geboten. Drittens darf ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand eines Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben.

Neben diesen allgemeinen kündigungsschutzrechtlichen Mindeststandards hat das BVerfG aus Art. 12 Abs. 1 GG iVm. dem Anspruch jeder Mutter auf Schutz und Fürsorge der Gemeinschaft aus Art. 6 Abs. 4 GG ein Recht auf Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes während der Schwangerschaft und nach der Entbindung abgeleitet, dem das MuSchG Rechnung trägt.¹⁵⁵

Überdies fordert Art. 12 Abs. 1 GG eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung. Die gerichtliche Durchsetzung des grundrechtlich gebotenen Schutzes darf weder an praktisch unüberwindlichen Hindernissen im Prozess scheitern noch an einer Verteilung der Darlegungs- und Beweislast, die den Grundrechtsschutz leerlaufen lässt.¹⁵⁶

b) Befristungsrecht

Für das Befristungsrecht hat das BVerfG bisher zwar keine konkreten grundrechtlich garantierten Mindestvoraussetzungen entwickelt. Es hatte aber befristungsrechtliche Vorschriften unter dem Aspekt der mit ihnen einhergehenden Eingriffe in die Arbeitsvertragsfreiheit zu beurteilen.¹⁵⁷ In diesem Zusammenhang führte das BVerfG aus, dass das mit den Befristungsregeln verfolgte Ziel, der für die Beschäftigten mit der Befristung einhergehenden Unsicherheit entgegenzuwirken, »besonderes verfassungsrechtliches Gewicht [hat], weil es einer Schutzpflicht Rechnung trägt, die sich aus Art. 12 Abs. 1 GG ergibt.«¹⁵⁸ Es besteht also explizit auch eine Schutzpflicht in Bezug auf die Unsicherheiten und Nachteile, die für die Beschäftigten mit Befristungen einhergehen. Konkrete Mindeststandards – wie sie für den Kündigungsschutz formuliert wurden – lassen sich der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung jedoch nicht entnehmen. Praktisch muss der Gesetzgeber im Befristungsrecht aber ohnehin die durch die Richtlinie 1999/70/EG (Befristungsrichtlinie) vorgegebenen Mindeststandards umsetzen. Mit der Wahrung dieser Standards dürfte zugleich das verfassungsrechtlich gebotene Mindestmaß an Schutz verwirklicht sein.

c) Arbeitsschutz

Einen weiteren Anhaltspunkt für grundrechtliche Schutzpflichten im Arbeitsverhältnis liefert das Urteil zum Nachtarbeitsverbot für Frauen vom 28. Januar 1992.¹⁵⁹ In diesem Urteil hatte das BVerfG festgestellt, dass das in § 19 Abs. 1 AZO vorgesehene Nachtarbeitsverbot für Frauen nicht mit Art. 3 Abs. 1

und 3 GG zu vereinbaren ist. Interessant sind die an den Gesetzgeber adressierten Ausführungen des Gerichts in Bezug auf die erforderliche Neuregelung. Das BVerfG führt aus, dass der Gesetzgeber die festgestellte Verfassungswidrigkeit zwar auf verschiedene Weisen beseitigen könne und ihm ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zukomme, eine unbeschränkte Freigabe der Nachtarbeit ohne flankierende Maßnahmen sei jedoch mit der Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG nicht vereinbar.¹⁶⁰ Auf einen gesetzlichen Schutz könne insbesondere auch nicht mit dem Argument verzichtet werden, dass die Nachtarbeit aufgrund freiwillig getroffener Vereinbarungen verrichtet werde, denn die dem Vertragsrecht zugrundeliegende Privatautonomie könne wegen der gestörten Vertragsparität im Arbeitsverhältnis keinen hinreichenden Schutz gewährleisten.¹⁶¹ Damit gewährleistet Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Schutz vor den gesundheitsschädlichen Folgen der Nachtarbeit. Die Argumentation des Gerichts ist auf andere mit der Arbeit verbundene Gesundheitsgefahren übertragbar. Das Urteil bietet daher eine Grundlage für die Entwicklung eines Grundrechts auf gesunde und sichere Arbeitsbedingungen.

3. Verbraucherschutz

Ausgehend von der im Handelsvertreter- und Bürgschaftsbeschluss entwickelten Schlussfolgerung, dass der Gesetzgeber zum Schutz der Grundrechte ausgleichende staatliche Regelungen schaffen muss, wenn eine Vertragspartei kraft ihres Übergewichts die Vertragsbestimmungen einseitig bestimmen kann, lassen sich nicht nur für das Arbeitsrecht, sondern insbesondere auch für das Miet- und Verbraucherrecht grundrechtliche Schutzpflichten ableiten. Praktisch relevant wurde dies in mehreren Entscheidungen zum Versichertenschutz im Zusammenhang mit Lebensversicherungsverträgen. In diesen Entscheidungen hat das BVerfG sowohl aus der in Art. 2 Abs. 1 GG gewährleisteten Privatautonomie als auch aus der in Art. 14 Abs. 1 GG enthaltenen Eigentumsgarantie grundrechtliche Schutzpflichten zugunsten der Versicherten abgeleitet.¹⁶² Aufgrund dieser Schutzpflichten erklärte das BVerfG gesetzliche Bestimmungen des VAG für unvereinbar mit Art. 2 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG und verpflichtete den Gesetzgeber eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Regelung zu treffen.¹⁶³

IV. Folgerungen und Ausblick

1. Das GG gewährleistet in seiner Auslegung durch das BVerfG auch soziale Grundrechte. Diese finden ihre rechtliche Grundlage im Grundrechtsteil, der im Lichte des Sozialstaatsprinzips ausgelegt wird.
2. Mit der sukzessiven Anerkennung sozialer Rechte nähert sich der Grundrechtsschutz des GG allmählich dem in den

154 BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 179.

155 BVerfG, 10.3.1992 – 1 BvR 454/91, 1 BvR 470/91, 1 BvR 602/91, 1 BvR 616/91, u. – BVerfGE 85, 360, 372.

156 BVerfG, 22.10.2004 – 1 BvR 1944/01 – NZA 2005, 41, 42.

157 BVerfG, 6.7.2010 – 2 BvR 2661/06 – BVerfGE 126, 286; BVerfG, 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 – BVerfGE 149, 126.

158 BVerfG, 6.6.2018 – 1 BvL 7/14, 1 BvR 1375/14 – BVerfGE 149, 126 Rn. 47, 59.

159 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BVerfGE 85, 191.

160 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BVerfGE 85, 191, 212 f.

161 BVerfG, 28.1.1992 – 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 – BVerfGE 85, 191, 213.

162 BVerfG, 26.7.2005 – 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96 – BVerfGE 114, 1 (Versichertenschutz bei Bestandübertragung von Versicherungsverträgen); BVerfG, 26.7.2005 – 1 BvR 80/95 – BVerfGE 114, 73 (Versichertenschutz bei Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung); BVerfG, 15.2.2006 – 1 BvR 1317/96 – NJW 2006, 1783 (Versichertenschutz bei vorzeitiger Auflösung einer kapitalbildenden Lebensversicherung); BVerfG, 17.2.2017 – 1 BvR 781/15 – NJW 2017, 1593 (Versichertenschutz bei Lebensversicherung mit Überschussbeteiligung).

163 BVerfG, 26.7.2005 – 1 BvR 782/94, 1 BvR 957/96 – BVerfGE 114, 1, 69 ff.; BVerfG, 26.7.2005 – 1 BvR 80/95 – BVerfGE 114, 73, 103 f.

europäischen und internationalen Menschenrechtsübereinkommen sowie in der Charta der Grundrechte der EU anerkannten Schutzniveau an. Bei der Herleitung und Konkretisierung der sozialen Grundrechte hatten diese völker- und unionsrechtlichen Normen bisher allerdings keine tragende Bedeutung. In einigen neueren Entscheidungen findet sich jedoch zumindest ein Abgleich mit völker- und unionsrechtlichen Gewährleistungen sowie ein Hinweis auf deren Bedeutung als Auslegungshilfe bei der Interpretation des GG.¹⁶⁴ Es ist daher nicht ausgeschlossen, dass der Einfluss dieser teils sehr detaillierten Gewährleistungen¹⁶⁵ wächst.

3. Die sozialen Grundrechte können – wie andere Grundrechte – zur Verwirklichung legitimer Ziele eingeschränkt werden. Eine Ausnahme bildet das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, welches als eigenständiges Grundrecht aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG abgeleitet wird und wie die Menschenwürde dem Grunde nach unverfügbar ist und eingelöst werden muss. Die Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums steht also nicht unter dem Vorbehalt des Möglichen.¹⁶⁶
4. Der Gewährleistungsgehalt der übrigen sozialen Grundrechte ergibt sich – wie derjenige der Freiheitsrechte – erst im Zusammenspiel mit kollidierenden verfassungsrechtlich geschützten Gütern, mit denen sie in einen Ausgleich gebracht werden müssen. Das BVerfG greift bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle auf den in der Grundrechtsdogmatik allgemein anerkannten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der praktischen Konkordanz zurück, um die sozialen Grundrechte in ihrer Wechselwirkung mit anderen verfassungsrechtlich geschützten Gütern zu erfassen. Auf diese Weise erfahren die sozialen Grundrechte nach anerkannten Prinzipien eine Konkretisierung.
5. Die sozialen Grundrechte verbürgen justitiable Leistungs- und Teilhabeansprüche gegenüber dem Staat, die der Gesetzgeber verwirklichen muss. Er verfügt dabei zwar über einen weiten Spielraum. Das BVerfG unterzieht seine Entscheidungen jedoch einer Ergebniskontrolle. Das Ergebnis darf das verfassungsrechtlich vorgegebene Ziel nicht evident verfehlen und muss sich darüber hinaus auf der Grundlage objektiver Tatsachenfeststellungen sachlich vertretbar nachvollziehen und begründen lassen. Das GG zwingt den Gesetzgeber somit zu einer rationalen, nachvollziehbaren, kohärenten und faktenbasierten Entscheidung und setzt sachwidrigen Erwägungen sowie einer Sozial- und Bildungspolitik nach Kassenlage Grenzen.
6. Das GG gewährt nicht nur Schutz im Verhältnis gegenüber dem Staat, sondern schützt mittelbar auch vor privater Macht, indem es den Gesetzgeber verpflichtet, durch staatliche Regelungen ausgleichend in Privatrechtsautonomie einzugreifen, soweit es an einem annähernden Kräftegleichgewicht zwischen den Beteiligten fehlt. Die beispielsweise in der Charta der Grundrechte der EU verankerten Rechte

auf Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung (Art. 30), auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen (Art. 31) und auf Verbraucherschutz (Art. 38) finden damit auch im GG eine Entsprechung.

7. Die sozialen Grundrechte des GG sind keine politischen Programmsätze ohne rechtlichen Gehalt, deren Inhalt im Ermessen der Politik steht, sondern justitiable Rechtsnormen, welche die Staatsgewalten unmittelbar binden. Sie verpflichten den Gesetzgeber innerhalb des ihm zugestandenen Spielraums angemessene Maßnahmen zu ihrem Schutz zu treffen und sind von den Gerichten bei der Auslegung und Anwendung des Rechts zu berücksichtigen. Das BVerfG erklärt staatliche Maßnahmen, die gegen die sozialen Grundrechte verstoßen, für nichtig oder für mit dem GG unvereinbar und fordert den Gesetzgeber ggf. auf, innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe zu schaffen. Die sozialen Grundrechte binden als verfassungsmäßige Rechte also die staatliche Gewalt und erfüllen somit ihren Zweck im sozialen und demokratischen Rechtsstaat. Zugleich führen sie nicht zu der teils befürchteten Entwertung von Politik, sondern lassen dem Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum, innerhalb dessen Raum für unterschiedliche politische Konzepte ist, die aber den verfassungsmäßig vorgegebenen Zielen Rechnung tragen müssen.
8. Eine Schutzlücke lässt sich aktuell dort feststellen, wo die Grundrechtsberechtigten auf Leistungen von Privaten angewiesen sind. Dies betrifft insbesondere den Zugang zu angemessenem Wohnraum, aber auch das Recht auf Arbeit. Während letzteres von der Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG bereits nicht umfasst ist,¹⁶⁷ betrifft der Zugang zu Wohnraum den Gehalt des Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums, welches dem Grunde nach unverfügbar ist. Der Gesetzgeber beschränkt sich diesbezüglich im Wesentlichen auf die Übernahme der Kosten für eine angemessene Unterkunft (§ 22 SGB II). Dies ist aber zur Gewährleistung einer angemessenen Unterkunft unzureichend, wenn es an einem bedarfsdeckenden Angebot an angemessenem Wohnraum fehlt oder die Leistungsberechtigten wegen Diskriminierungen auf dem Wohnungsmarkt keinen Zugang zu angemessenem Wohnraum haben. In diesen Fällen bleiben den Betroffenen meist nur Behelfslösungen wie zum Beispiel Notunterkünfte, die in der Regel jedoch hinter dem vom Gesetzgeber definierten Existenzminimum (der angemessenen Unterkunft iSv. § 22 SGB II) zurückbleiben. Angesichts der Verankerung des Gewährleistungsgrundrechts in Art. 1 Abs. 1 GG und der Tatsache, dass dieses Grundrecht – anders als zB. das Recht auf Teilhabe an Bildungs- und Studienangeboten des Staates – nicht unter dem Vorbehalt des Möglichen steht, ist der Gesetzgeber zum Handeln verpflichtet, um allen Grundrechtsberechtigten Zugang zu einer angemessenen Unterkunft zu gewährleisten.

¹⁶⁴ Vgl. etwa: BVerfG, 18.7.2012 – 1 BvL 10/10, 1 BvL 2/11 – BVerfGE 132, 134, 161 f. Rn. 68; BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BVerfGE 159, 355 Rn. 66 ff.; BVerfG, 19.10.2022 – 1 BvL 3/21 – BVerfGE 163, 254 Rn. 64 ff.

¹⁶⁵ Exemplarisch können in diesem Zusammenhang die revidierte Europäische Sozialcharta und die Charta der Grundrechte der EU mit ihren ausdifferenzierten Regelungen genannt werden.

¹⁶⁶ Trilsch (Fn. 16), S. 487 f.

¹⁶⁷ BVerfG, 27.1.1998 – 1 BvL 15/87 – BVerfGE 97, 169, 175.

Das Urlaubskassenverfahren als besondere Ausprägung der Bauwirtschaft*

PROF. DR. DANIEL ULBER, MARTIN-LUTHER-UNIVERSITÄT HALLE-WITTENBERG

ZUSAMMENFASSUNG Die Abhandlung befasst sich mit dem System des Urlaubskassenverfahrens in der Bauwirtschaft und erklärt die Entwicklung, Funktionsweise sowie Vorteile dieses Verfahren. Abschließend widmet sich der Autor verschiedener Zukunftsfragen, darunter etwa, ob vergleichbare Systeme auch in anderen Branchen eingesetzt werden könnten.

ABSTRACT The paper looks at the holiday pay system in the construction industry and explains the development, functioning and benefits of this procedure. Finally, the author addresses various future issues, including the question of whether comparable systems could also be used in other sectors.

I. Einleitung

Die Eigenarten der Bauwirtschaft, insbesondere ständig wechselnde Arbeitsorte sowie witterungs- und jahreszeitbedingte Arbeitsausfälle und die damit einhergehende hohe Konjunkturempfindlichkeit¹ führen in dieser Branche dazu, dass viele Arbeitnehmer einmal jährlich oder öfter den Arbeitgeber wechseln.² Im Jahr 2021 waren im Bereich der Sozialkasse der Bauwirtschaft knapp 50 % der Arbeitnehmer noch keine zwei Jahre beim gleichen Arbeitgeber im Einsatz, jeder siebte Beschäftigte tauschte sogar innerhalb von sechs Monaten den Betrieb.³ Diese Besonderheit wirft mit Blick auf den Urlaubsanspruch der Beschäftigten vielfältige Probleme auf, wobei das Phänomen keineswegs auf den Bereich der Baubranche beschränkt ist. In dieser besteht aber als Reaktion auf diese Ausgangslage seit Langem das bewährte Urlaubskassenverfahren in der Bauwirtschaft. Dieses Musterbeispiel funktionierender Sozialpartnerschaft soll hier näher untersucht werden.

Als großes Problem der fragmentierten und häufig unterjährig unterbrochenen Beschäftigung erweist sich mit Blick auf den Urlaubsanspruch, dass infolge der kurzen Beschäftigungszeiten bei einzelnen Arbeitgebern die von § 4 BUrlG vorausgesetzte gesetzliche Wartezeit von sechs Monaten oft nicht erfüllt werden kann. Dadurch bliebe den Arbeitnehmern der Anspruch auf den grundsätzlich vorgesehenen Urlaub verwehrt.⁴ Zudem käme es, selbst wenn diese Zeit einmal erreicht wäre, häufig zur zufälligen Inanspruchnahme eines Vertragsarbeitge-

bers. Um die sowohl für Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber entstehenden Nachteile aufzufangen, haben die Tarifvertragsparteien der Bauwirtschaft von § 13 Abs. 2 BUrlG Gebrauch gemacht⁵ und ein den Bedürfnissen der Branche angepasstes Urlaubsverfahren geschaffen, das alle Arbeitgeber der Branche zur Teilnahme verpflichtet.⁶

Dieses branchenbezogene Modell wurde bereits zu Zeiten der Weimarer Republik erkannt.⁷ Urlaubskassenverfahren existieren bis heute jedoch ausschließlich im Bauhauptgewerbe und vereinzelt im Baunebengewerbe. In anderen Wirtschaftszweigen wie etwa der Landwirtschaft oder dem Gastgewerbe, die zB. im Hinblick auf starke saisonale Schwankungen und die damit einhergehende Fluktuation bei den Arbeitsverhältnissen⁸ durchaus vergleichbar mit der Bauwirtschaft sind, haben die dortigen Tarifvertragsparteien, soweit sie existieren, keine entsprechenden Systeme geschaffen.

Urlaubskassentarifverträge bieten den Arbeitsvertragsparteien zahlreiche Vorteile. Durch das Modell der Urlaubskassen wird ua. die Möglichkeit gewährleistet, zusammenhängenden Urlaub zu nehmen.⁹ Dies geschieht dadurch, dass der Urlaubsanspruch nicht an die Beschäftigungszeit beim jeweiligen Vertragsarbeitgeber geknüpft ist, sondern innerhalb der Branche »angespart« wird und gesammelt beim aktuellen Arbeitgeber genommen werden kann.¹⁰ Das Urlaubskassenverfahren ermöglicht ferner die Übertragung nicht genommener Urlaubstage in das komplette Folgejahr.¹¹ Für Arbeitgeber bedeutet die solidarische Finanzierung von Urlaubsentgelt gleiche Wettbewerbsbedingungen.¹² So muss nicht bereits nach sechs

* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Autor zuerst auf der Tagung »Sozialkassenverfahren im 21. Jahrhundert – Zehntes Tarifsymposium der Bauwirtschaft« am 11.10.2022 gehalten hat und wurde für die Veröffentlichung leicht ergänzt und überarbeitet. Vgl. für eine Übersicht über die Tagung *Kärcher*, RdA 2023, 125. Der Beitrag legt im Wesentlichen die zum Zeitpunkt des Vortrags geltende Rechtslage zugrunde. Soweit sich durch die Neuabschlüsse des BRTV und des VTV Bau Änderungen in der Rechtslage ergeben, wird darauf hingewiesen.

1 Witt, 65 Jahre Urlaubskasse, https://www.sozialkasse-berlin.de/download/infos/65_Jahre_Soka-Berlin_Ausstellung_20_05_2015.pdf (23.1.2024).

2 https://api.soka-bau.de/fileadmin/Dokumente/quintessenz_urlaub.pdf (8.2.2024).

3 https://api.soka-bau.de/fileadmin/Dokumente/kennzahlen_2022.pdf (8.2.2024).

4 *Heuschmid/Klug*, in: Däubler (Hrsg.), TVG, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (im Folgenden: Däubler), § 1 Rn. 716; vgl. dazu auch *Greiner/Hanau/Preis*, SR Sonderausgabe April 2014, 2, 3.

5 Däubler-Heuschmid/Klug (Fn. 4), § 1 Rn. 716.

6 Fn. 2.

7 Zur Historie des Urlaubskassenverfahrens Witt (Fn. 1), S. 1 ff.; zur Historie der Sozialkassen im Allgemeinen *Klocke*, SR Sonderausgabe März 2022, 3, 4 ff.

8 *Janson*, In diesen Branchen wechseln Beschäftigte oft den Job, <https://de.statista.com/infografik/17658/fluktuationskoeffizient-nach-wirtschaftszweigen-in-deutschland/> (23.1.2024).

9 Gemeinnützige Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes e. V., Wir über uns, https://www.urlaubskasse-bayern.de/Wirueberuns_23_o.html (23.1.2024).

10 *Sahl*, NZA-Beilage 2010, 8, 10; Däubler-Heuschmid/Klug (Fn. 4).

11 Kennzahlen SOKA-BAU Geschäftsjahr 2021 (Fn. 3), S. 23.

12 Ebd.

Monaten Beschäftigung Urlaubsentgelt für einen kompletten Jahresurlaub gezahlt werden und die Kosten für den Urlaub werden gleichmäßig über das gesamte Kalenderjahr verteilt.¹³ Auch das zusätzliche Urlaubsgeld wird über dieses Verfahren ausgezahlt.

Das System der Urlaubskassen hat sich insbesondere deshalb bewährt, weil es für alle Arbeitgeber in der Branche Geltung beansprucht. Es handelt sich um Tarifverträge, die regelmäßig auf eine Allgemeinverbindlicherklärung gem. § 5 TVG angelegt sind.¹⁴

Die SOKA-BAU bietet neben dem Urlaubskassenverfahren aber auch weitere Leistungen wie eine betriebliche Altersversorgung und ein Berufsausbildungsverfahren. Daneben zieht die SOKA-BAU im Auftrag der Bundesagentur für Arbeit die Winterbeschäftigungsumlage ein (§ 356 SGB III), da die Berechnungsgrundlage sowie die Fälligkeitstermine der Winterbeschäftigungsumlage und der Sozialkassenbeiträge identisch sind. Eine weitere branchenspezifische Leistung der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK) ist zB. die Mindesturlaubsvergütung bei Arbeitsunfähigkeit infolge von Krankheit sowie beim Bezug von Kurzarbeitergeld oder Saisonkurzarbeitergeld (Saison-KUG) (§ 8 Nr. 5 BRTV).

Gerade der branchentypische witterungsbedingte Arbeitsausfall in Schlechtwetterperioden führt oftmals zu Entlassungen, allzumal in den die Branche prägenden mittleren und kleinen Betrieben.¹⁵ Das sorgt in der Bauwirtschaft für eine erhöhte Winterarbeitslosigkeit.¹⁶ Auch deshalb ist vom Gesetzgeber ein ua. für diese Branche spezifisches, von Regelungen der Tarifvertragsparteien flankiertes Saison-KUG geschaffen worden, auf das noch zurückzukommen ist.

II. Historische Entwicklung des Urlaubskassenverfahrens

Das Urlaubskassenverfahren in der Baubranche ist historisch gewachsen.¹⁷ Vorläufer des Urlaubskassenverfahrens gab es bereits zu Zeiten der Weimarer Republik. Auf Basis der Tarifvertragsordnung vom 23. Dezember 1918 wurden erstmals sogenannte »Ferienkassen« gegründet, die allerdings lediglich Teile des Baugewerbes erfassten.¹⁸ Nach Ende des zweiten Weltkriegs übernahmen die Tarifvertragsparteien das 1936 vom Reichsarbeitsministerium geschaffene Urlaubsmarkenverfahren. Der Tarifvertrag über die Regelung des Urlaubs vom 9. Dezember 1948 Baugewerbeverband britische Zone, Zonenverband Bauindustrie und IG Bau britische Zone und Bremen beinhaltet die Etablierung einer Urlaubskasse.¹⁹ Am 7. und 8. April 1949, vor Verabschiedung des Tarifvertragsgesetzes am darauffolgenden Tag, wurden in München und Marburg

Urlaubskassen gegründet.²⁰ Die Gründung der Urlaubskasse des Berliner Baugewerbes erfolgte am 15. November desselben Jahres.²¹ Diese zersplitterte Lage konsolidierte sich erst nach einiger Zeit.

1975 wurden Urlaubs- und Lohnausgleichsverfahren zu einer einheitlichen Sozialkasse, der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (ULAK), zusammengeführt.²² Nach der Wiedervereinigung erfolgte die Ausdehnung der Sozialkassenverfahren auch auf die neuen Bundesländer und den Osten Berlins.²³ Seit 2001 treten die ULAK und die ZVK unter dem Namen SOKA-BAU auf.²⁴

III. Legitimation des Urlaubskassenverfahrens

Diese historische Entwicklung hat zu einem ausdifferenzierten und für die Branche gut funktionierenden tarifautonomen System geführt. Das verdeutlicht nicht zuletzt die hohe Akzeptanz beim Gesetzgeber, die insbesondere auch durch die SokaSiG I und II zum Ausdruck gekommen ist, mit denen der Gesetzgeber das Urlaubskassenverfahren rückwirkend gesetzlich absicherte, nachdem das BAG vereinzelt die Allgemeinverbindlicherklärung entsprechender Tarifverträge für unwirksam erklärt hatte.²⁵ Die rechtlichen Rahmenbedingungen für das Urlaubskassenverfahren und die damit einhergehende Allgemeinverbindlicherklärung werden in erster Linie durch § 5 TVG und Art. 9 Abs. 3 GG, aber auch durch das Unionsrecht determiniert.

1. Tarifrechtliche Grundlage

Sozial- und insbesondere Urlaubskassen sind als gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien konzipiert. Die Möglichkeit solche Einrichtungen zu schaffen, wird zugunsten der Tarifvertragsparteien durch § 4 Abs. 2 TVG eröffnet. Gemeinsame Einrichtungen sind von den Tarifvertragsparteien errichtete und getragene Organisationen, die zu den Arbeitgebern und Arbeitnehmern in eigenen tariflichen Rechtsbeziehungen stehen und deren Zweck- und Organisationsstruktur durch Tarifvertrag (TV) festgelegt wird.²⁶

2. Verfassungsrechtliche Legitimation

Auch Tarifverträge über gemeinsame Einrichtungen und über die Einrichtung und das Verfahren von Urlaubskassen sind Ausfluss der durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Tarifautonomie. Dies ändert sich auch nicht dadurch, dass die entsprechenden Tarifverträge regelmäßig auf eine Allgemeinverbind-

13 Gemeinnützige Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes e. V. (Fn. 9).

14 Böttcher, Die gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, Heidelberg 1966, S. 67; Greiner/Hanau/Preis, SR Sonderausgabe April 2014, 7, 10.

15 Im Bauhauptgewerbe umfassten 2021 88 % der Betriebe weniger als 20 Beschäftigte, vgl. dazu <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/152113/umfrage/struktur-der-unternehmen-im-bauhauptgewerbe-in-deutschland-2007/> (23.1.2024).

16 Vgl. Greiner/Pionteck, SR Sonderausgabe März 2022, 19, 21.

17 Ausführlich zur Historie der Sozialkassenverfahren im Allgemeinen Klocke, SR Sonderausgabe März 2022, 3, 4 ff.; zu Entwicklung und Funktion auch Däubler-Heuschmid/Klug (Fn. 4), § 1 Rn. 1102 ff.

18 Witt (Fn. 1), S.1; Klocke, SR Sonderausgabe März 2022, 3, 8.

19 Witt (Fn. 1), S. 2, 4 ff.

20 Witt (Fn. 1), S. 5.

21 Witt (Fn. 1), S. 1.

22 Die Geschichte von SOKA-BAU, <https://www.soka-bau.de/soka-bau/ueber-so-ka-bau/geschichte> (23.1.2024).

23 Witt (Fn. 1), S. 13.

24 Die Geschichte von SOKA-BAU (Fn. 22).

25 BAG, 21.9.2016 – 10 ABR 33/15 – NZA-Beil. 2017, 12; BAG, 25.1.2017 – 10 ABR 43/15 – NZA 2017, 731.

26 Oetker, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 9. Aufl., München 2023 (im Folgenden: Wiedemann), § 1 Rn. 749; Däubler-Heuschmid/Klug (Fn. 4), § 1 Rn. 1106; Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert (Hrsg.), Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013 (im Folgenden: JKOS), § 4 Rn. 80; BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – AP TVG, § 5 Nr. 17.

licherklärung angelegt sind.²⁷ Es besteht vielmehr eine Pflicht des Gesetzgebers, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu gewährleisten und zu wahren, insbesondere dadurch, dass er die für die Normsetzung der Tarifvertragsparteien notwendigen gesetzlichen Vorschriften zur Verfügung stellt.²⁸

Von besonderer Bedeutung ist dabei, dass der Schutz von Art. 9 Abs. 3 GG sich keineswegs auf die bei Inkrafttreten des Grundgesetzes vorgefundenen Handlungsinstrumente beschränkt. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet den Koalitionen vielmehr ein Weiterentwicklungsrecht der ihnen zur Verfügung stehenden Instrumente;²⁹ welche Arbeitsbedingungen dabei in welcher Weise geregelt werden, entscheiden die Tarifvertragsparteien autonom.³⁰ Es gibt daher keinen »*numerus clausus*« koalitionsspezifischer Handlungsinstrumente.³¹ Das Begriffspar der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist vielmehr weit und entwicklungs offen zu verstehen.³²

Die verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers, ein funktionsfähiges Tarifsystem zu gewährleisten, bezieht sich demnach auch darauf, den Koalitionen diese Möglichkeit zur Entwicklung einzuräumen und bei Bedarf entgegenstehendes Gesetzesrecht anzupassen. Diese Pflicht besteht auch mit Blick auf die Allgemeinverbindlicherklärung im Allgemeinen und das Urlaubskassenverfahren im Besonderen. Das Urlaubskassenverfahren als klassische Ausprägung der Tarifautonomie ist unstrittig verfassungskonform. Vereinzelt angezweifelt wird lediglich die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der – mit dem System der Urlaubskassen notwendigerweise verbundenen – Erstreckung auf Außenseiter.³³ Diese erweist sich bei näherer Betrachtung allerdings als verfassungsrechtlich unproblematisch. Zu Recht verweist das BVerfG in ständiger Rechtsprechung darauf, dass die Tarifvertragsparteien ihrer aus Art. 9 Abs. 3 GG resultierenden öffentlichen Aufgabe, der Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen in eigener Verantwortung, insbesondere auch durch Tarifverträge nachkommen, die »*einer Allgemeinverbindlicherklärung zugänglich sind und deren allgemeine Geltung im öffentlichen Interesse geboten scheint*«. ³⁴ Für die verfassungsrechtliche Zulässigkeit kann auch auf das Erfordernis der staatlichen Mitwirkung bezüglich der Normsetzung für Außenseiter verwiesen werden, das eine zusätzlich legitimierende Funktion haben kann.³⁵

3. Unionsrechtliche Legitimation

Unionsrechtlich ist das Urlaubskassenverfahren ebenfalls unbedenklich.³⁶ Das ist vor dem Hintergrund von aus anderen Mitgliedstaaten nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern gerade in der Baubranche von entscheidender Bedeutung. Die Vereinbarkeit der Allgemeinverbindlicherklärung mit Unionsrecht, hat der EuGH in der Rechtssache *Finalarte* (grundsätzlich) bestätigt.³⁷ Die damit einhergehende Anwendung der Normen der jeweiligen TV auf grenzüberschreitende Sachverhalte ist zulässig und verletzt insbesondere nicht die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV.³⁸ Das Verfahren ist zudem auch durch die Entsenderichtlinie abgesichert. Unionsrechtliche Fragestellungen ergeben sich vor allem im Hinblick auf das Günstigkeitsprinzip und das Doppelbelastungsverbot, wenn in den Entsendestaaten bereits vergleichbare Urlaubskassensysteme bestehen. Damit geht es aber vordergründig nicht um das »Ob« der Zulässigkeit entsprechender Verfahren, sondern vielmehr das »Wie«, das – teilweise sehr technische – Detailfragen aufwirft. Im Übrigen sind Urlaubskassensysteme unionsrechtlich nicht angreifbar.

IV. Das Urlaubskassenverfahren – Bestandsaufnahme und Reichweite

Urlaubskassenverfahren existieren in Deutschland in der Baubranche, sowohl im Bauhaupt- als auch teilweise im Bauneben-gewerbe. Für das Bauhauptgewerbe regelt der Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe (BRTV) in § 8 Nr. 15.1, dass die ULAK als gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien die Auszahlung der Urlaubsvergütung regelt. Gesonderte Regelungen existieren in Berlin (Zuständigkeit der Sozialkassen des Berliner Baugewerbes – SOKA-Berlin) sowie gem. § 8 Nr. 17 BRTV für Betriebe, die ihren Sitz in Bayern haben. Gem. § 3 Abs. 1 S. 1 des Tarifvertrags über das Sozialkassenverfahren im Baugewerbe (VTV) erbringt die ULAK Leistungen im Urlaubs- und Berufsausbildungsverfahren und hat einen Anspruch auf die zur Finanzierung dieser Verfahren festgelegten Beiträge. Für Betriebe mit Sitz in Bayern bzw. Berlin ergibt sich die Zuständigkeit der gemeinnützigen Urlaubskasse des Bayerischen Baugewerbes e.V. (UKB) bzw. der SOKA-Berlin aus § 3 Abs. 1 S. 2, 3 VTV.

Die Auszahlung der Urlaubsvergütung erfolgt dergestalt, dass die ULAK dem Arbeitgeber die dem Arbeitnehmer bereits ausgezahlte Urlaubsvergütung erstattet, § 12 Abs. 1 VTV. Für Betriebe mit Sitz in Bayern verweist § 15 des Tarifvertrags Urlaubsregelung für die gewerblichen Arbeitnehmer im Baugewerbe in Bayern für Einzahlung, Verwaltung und Auszahlung der Beiträge auf die Regelungen des VTV.

Vergleichbare Einrichtungen und Verfahren gibt es allerdings auch in einigen Baunebengewerben, etwa im Bereich des Gerüstbauerhandwerks die SOKA-Gerüstbau und die entsprechenden Tarifverträge »RTV für das Gerüstbauer-Handwerk« sowie der »Tarifvertrag über das Sozialkassenverfahren im

27 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – NJW 1981, 215, 216; JKOS-Krause (Fn. 26), § 4 Rn. 114; Seifert, in: Kempen/Zachert (Hrsg.), TVG – Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Frankfurt a.M. 2014 (im Folgenden: Kempen/Zachert), § 4 Rn. 322; vgl. auch Wiedemann-Oetker (Fn. 26), § 1 Rn. 814 ff.

28 Vgl. dazu auch Däubler-Ulber (Fn. 4), Einleitung C. Rn. 292, 295.

29 S. etwa zu Flashmob-Aktionen BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – NZA 2009, 1347, 1351; zur Entwicklungsoffenheit bei § 4 Abs. 2 TVG JKOS-Krause (Fn. 26), § 4 Rn. 86 mWn.

30 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86, 1 BvF 1/87, 1 BvF 2/87, 1 BvF 3/87, 1 BvF 4/87, 1 BvR 1421/86 – NJW 1996, 185, 186; BAG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1 BvR 1588/15, 1 BvR 2883/15, 1 BvR 1043/16, 1 BvR 1477/16 – NZA 2017, 915, 916.

31 BAG, 22.9.2009 – 1 AZR 972/08 – NZA 2009, 1347, 1351.

32 Säcker/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, München 1992, S. 72; Preis/Greiner, Kollektivarbeitsrecht, Köln 2023, § 103 Rn. 915.

33 Gegen die Möglichkeit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, München 2015, § 38 Rn. 16; zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen Däubler-Lakies/Rödl (Fn. 4), § 5 Rn. 124 ff.

34 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – NJW 1981, 215, 216; BVerfG, 8.1.1987 – 1 BvR 1354/86 – AP TVG, § 4 Nr. 8; BVerfG, 10.9.1991 – 1 BvR 561/89 – AP TVG, § 5 Nr. 27; vgl. zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit auch Strippelmann, Rechtsfragen der gemeinsamen Einrichtungen, Berlin 2016, S. 166 ff.

35 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74, 1 BvR 439/79 – NJW 1981, 215, 216.

36 Vgl. zur Entwicklung des Entsenderechts ausführlich Walsler, SR Sonderausgabe März 2022, 29, 31 ff.

37 EuGH, 25.10.2001 – C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-70/98, C-71/98 – EuZW 2001, 759 (Finalarte).

38 Ebd.

Gerüstbauer-Handwerk«. Das gleiche gilt für das Handwerk der Maler und Lackierer mit der Malerkasse sowie dem »RTV für die gewerblichen Arbeitnehmer« und dem »Tarifvertrag über das Verfahren für den Urlaub und die Zusatzversorgung im Maler- und Lackierhandwerk«. Für das Gewerk der Steinmetze und Steinbildhauer sind, allerdings ausschließlich für das Gebiet des Landes Berlin, ebenfalls vergleichbare Tarifverträge, die die Zuständigkeit der SOKA-Berlin festschreiben, geschaffen worden.³⁹

Als Befund lässt sich demnach festhalten, dass Regelungen zum Urlaubskassenverfahren ausschließlich im Bereich des Bauhauptgewerbes sowie in den Gewerben der Gerüstbauer, Maler-Lackierer und Steinmetze und Steinbildhauer in Berlin bestehen. Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien gibt es dagegen auch in weiteren Branchen. Zu nennen sind hier das Dachdeckerhandwerk, der Garten-, Landschafts- und Sportplatzbau, die Land- und Forstwirtschaft, sowie Redakteurinnen und Redakteure für Tageszeitungen. Auch im Schornsteinfegerhandwerk, der Brot- und Backwarenindustrie, dem Bäckerhandwerk sowie der Stein- und Erdenindustrie, Betonsteinhandwerk und Ziegelindustrie Bayern existieren gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien.⁴⁰

Obwohl gemeinsame Einrichtungen in unterschiedlichsten Wirtschaftszweigen bestehen, ist das Vorkommen von Urlaubskassenverfahren auf wenige Branchen begrenzt. Dieser Befund ist aber erklärbar. Zunächst ist zu konstatieren, dass die für die Baubranche typische hohe Personalfuktuation sowie die starke Witterungsabhängigkeit in anderen Tätigkeitsbereichen weniger stark ausgeprägt sind. Dies stellt wohl nur eine Teilerklärung dar. So sind insbesondere die Betriebsgrößen sowie die Anzahl der Betriebe in den einzelnen Branchen vor dem Hintergrund der Verwaltungskosten des Urlaubskassenverfahrens relevante Faktoren dafür, dass nur in vereinzelt Branchen derartige Verfahren existieren. Eine höhere Anzahl an verwalteten Betrieben bzw. Personen ermöglicht eine größere Kosteneffizienz des Verfahrens. An dieser Stelle besteht allerdings für die Zukunft ein erhebliches Ausweitungspotenzial. So kann insbesondere durch Digitalisierungsmaßnahmen eine erhebliche »Verschlanung« entsprechender Verwaltungsprozesse erfolgen, die Urlaubskassen auch für »kleinere« Wirtschaftszweige attraktiv gestalten kann. Derartige Digitalisierungsprozesse sind zum Teil bereits durch den Gesetzgeber angeregt, der etwa im Regierungsentwurf des 8. Änderungsgesetzes zum SGB IV in § 110 SGB IV bei dahingehender Entscheidung der Tarifvertragsparteien die Möglichkeit schaffen möchte, am automatisierten Meldeverfahren teilzunehmen. Dies soll neben einer hohen Datensicherheit und -qualität eine Vereinheitlichung der Abrechnungs- und Meldeverfahren gewährleisten.⁴¹ Die entsprechende Gesetzesänderung ist mittlerweile verkündet.⁴²

Aus rechtlicher Perspektive wäre, das Vorliegen der Anforderungen an die Allgemeinverbindlicherklärung der jeweiligen Tarifverträge vorausgesetzt, die Ausweitung des Urlaubskassenverfahrens auch auf andere Branchen unproblematisch. Der »Charme« des Verfahrens ist gerade seine universelle Nutzbarkeit, die bei geringeren Verwaltungskosten auch in kleineren Branchen gegeben wäre.

V. Urlaubskassentarifverträge und Arbeitnehmerentsendung

Eng miteinander verbunden sind die Themenfelder der Urlaubskassentarifverträge und der Arbeitnehmerentsendung. Im Folgenden werden Bedeutung und Rechtsrahmen der Arbeitnehmerentsendung im Hinblick auf das Urlaubskassenverfahren näher untersucht.⁴³

1. Rechtlicher Rahmen

Das Zusammentreffen von allgemeinverbindlichen Urlaubskassentarifverträgen einerseits und aus dem Ausland nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern andererseits birgt Konfliktpotential. Aus anderen Staaten nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer machen in bestimmten Branchen einen beträchtlichen Teil der dort beschäftigten Arbeitnehmer aus. So ist im Jahr 2021 die Anzahl der Entsendearbeitnehmer im Geltungsbereich des Bauhauptgewerbes um fast ein Prozent gestiegen, jeder zehnte Arbeitnehmer auf deutschen Baustellen ist entsandt worden.⁴⁴ Nach Angaben der SOKA-BAU zählten 2021 4.345 Entsendebetriebe mit 83.112 entsandten Arbeitnehmern zum Geltungsbereich des Bauhauptgewerbes, im Zeitraum von 2017 bis 2021 blieben zwischen 45 % und 48 % dabei unter einer Entsendedauer von 91 Tagen.⁴⁵ Diese Zahlen verdeutlichen die immense Bedeutung der Einbeziehung ausländischer Arbeitgeber, die ihr Personal nach Deutschland entsenden, in die nationalen Urlaubskassenverfahren.

Der rechtliche Rahmen des Zusammenspiels zwischen Urlaubskassen und Arbeitnehmerentsendung wird zunächst durch das internationale Privatrecht gesteckt. Art. 8 Rom-I-VO bestimmt, dass Individualarbeitsverträge grundsätzlich dem von den Parteien nach Art. 3 Rom-I-VO gewählten Recht unterliegen.⁴⁶ Bei fehlender Rechtswahl greifen vorbehaltlich der Ausweichklausel des Art. 8 Abs. 4 Rom-I-VO die objektiven Anknüpfungspunkte des Art. 8 Abs. 2, 3 Rom-I-VO. Im Regelfall dürften bei entsandten Arbeitnehmern aufgrund von Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO die arbeitsrechtlichen Vorschriften des Entsendestaates einschlägig sein.⁴⁷ Nach Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO wechselt der Staat, in dem Arbeitnehmer ihre Arbeit grundsätzlich verrichten, dann nicht, wenn die Arbeit vorübergehend in einem anderen Staat verrichtet wird. Auch wenn umstritten ist, wie das Merkmal »vorübergehend« in diesem Kontext

39 Vgl. die Angaben der SOKA-Berlin unter <https://www.sozialkasse-berlin.de/tarifvertraege/> (23.1.2024).

40 Einen vollständigen Überblick gibt das jährlich aktualisierte »Merkblatt über Beitragspflichten zu tariflichen Sozialkassen« des BMAS, https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/merkleblatt-sozialkassen.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (23.1.2024); s. auch Greiner/Pionteck, SR Sonderausgabe März 2022, 19, 20.

41 Gesetzentwurf des BMAS eines 8. Gesetzes zur Änderung des SGB IV https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Regierungsentwerfe/reg-8-sgb-iv-aenderungsgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=5 (23.1.2024).

42 BGBl. 2022 I, S. 2769 f.

43 Dazu bereits ausführlich Walser, SR Sonderausgabe März 2022, 29 ff.

44 Kennzahlen SOKA-BAU Geschäftsjahr 2021 (Fn. 3), S. 27.

45 Kennzahlen SOKA-BAU Geschäftsjahr 2021 (Fn. 3), S. 29, 31.

46 Dazu Deinert, Internationales Arbeitsrecht, Tübingen 2013, § 9 Rn. 2 ff.

47 Walser, SR Sonderausgabe März 2022, 29, 30; Deinert (Fn. 46), § 9 Rn. 99 ff.

auszulegen ist,⁴⁸ ist diese Frage für die Anwendbarkeit des Urlaubskassenverfahrens auf entsandte Arbeitnehmer nicht von Bedeutung. Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO legt zunächst fest, dass unabhängig vom anzuwendenden Recht zwingende Normen eines Staates auf alle Sachverhalte anzuwenden sind, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Sogenannte Eingriffsnormen sind solche, die nicht nur Individualinteressen, sondern zumindest auch dem Schutz öffentlicher Interessen dienen.⁴⁹

Umstritten ist die Frage, inwiefern Tarifnormen aus gem. § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen solche Eingriffsnormen darstellen.⁵⁰ Teilweise wird dies nur dann bejaht, wenn die entsprechenden Tarifnormen ihrerseits die Voraussetzungen des Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO erfüllen.⁵¹ Dagegen wird unter Verweis auf die Voraussetzungen von Allgemeinverbindlicherklärungen von Tarifverträgen die Eingriffsnormqualität entsprechender Tarifnormen generell bejaht.⁵² Für den Bereich der Arbeitnehmerentsendung und damit auch das Urlaubskassenverfahren auf diesem Gebiet ist diese Problematik jedoch dahingehend behoben, dass das AEntG in §§ 5 S. 1 Nr. 2, 3 AEntG die Geltung allgemeinverbindlich erklärter Tarifnormen bundesweiter Tarifverträge in bestimmten Branchen zwingend anordnet.⁵³

Die Pflicht zur Beitragszahlung ausländischer Arbeitgeber an die gemeinsamen Einrichtungen folgt aus §§ 8 Abs. 1 S. 1, 5 S. 1 Nr. 3 AEntG. § 5 S. 1 Nr. 3 AEntG legt allerdings fest, dass eine Einziehung der Beiträge und Gewährung der Leistungen durch die gemeinsamen Einrichtungen nur erfolgt, »wenn sichergestellt ist, dass der ausländische Arbeitgeber nicht gleichzeitig zu Beiträgen zu der gemeinsamen Einrichtung im Staat seines Sitzes herangezogen wird und das Verfahren der gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien eine Anrechnung derjenigen Leistungen vorsieht«. Darin kommt das Doppelbelastungsverbot zum Ausdruck, sodass das Urlaubskassenverfahren für Arbeitgeber mit Sitz im Ausland dann nicht zur Anwendung kommt, wenn sie entsprechenden, gleichwertigen Pflichten in der Heimat unterliegen.⁵⁴ Insoweit ist der darin enthaltene (objektive) Schutzgedanke zugunsten entsandter Arbeitnehmer für die unionsrechtliche Zulässigkeit des Verfahrens erforderlich.⁵⁵

Dieses Doppelbelastungsverbot kommt bei der Entsendung nach Deutschland aus mehreren Anliegerstaaten zum

Tragen, so erfolgt eine Freistellung von der Beitragszahlungspflicht etwa für belgische, dänische, französische, österreichische und italienische Arbeitgeber.⁵⁶ Die SOKA-BAU hat mit den in diesen Ländern bestehenden Schwesterkassen bilaterale Verträge zur Abwicklung von Beitragszahlungen in Fällen der Arbeitnehmerentsendung geschlossen, um Doppelbelastungen für die jeweiligen Baubetriebe zu vermeiden.⁵⁷ So ist beispielsweise in Österreich die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse als Körperschaft öffentlichen Rechts mit der Verwaltung staatlicher Aufgaben in Selbstverwaltung betraut; gleichzeitig ist sie Institution der Sozialpartner der Bauwirtschaft in Österreich. Eine entsprechende gesetzliche Regelung des Urlaubskassenverfahrens ist in Österreich im Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz festgeschrieben.

Keine Vergleichbarkeit liegt dagegen bei geringerem Schutzniveau für Arbeitnehmer in den Entsendestaaten vor, die polnische Narodowa Kasa Urlopowa konnte nach ihrer Gründung 2006 ein vergleichbares Schutzniveau nicht gewährleisten.⁵⁸ Ein entsprechendes Urlaubskassenverfahren in Polen existiert bis heute nicht bzw. die SOKA-BAU hat bis heute keinen Vertrag mit polnischen Schwesterkassen geschlossen,⁵⁹ was vor allem deshalb von Bedeutung ist, weil Polen im Jahr 2021 sowohl das Land mit den meisten Entsendebetrieben als auch den meisten nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern war.⁶⁰ Die gesetzgeberische Entscheidung für das Doppelbelastungsverbot bei bestehenden, vergleichbaren Systemen in den Entsendestaaten ist auch in den jeweiligen Tarifverträgen über die gemeinsamen Einrichtungen zum Urlaubskassenverfahren rezipiert worden.⁶¹ So sind beispielsweise nach § 8 Nr. 15.2 BRTV-BAU bei Vorliegen vergleichbarer Urlaubskassen Ansprüche der ULAK ausgeschlossen. Das Doppelbelastungsverbot greift im Übrigen gem. § 8 Nr. 13 BRTV-BAU auch dadurch, dass Urlaubstage und Urlaubsentgelt, die außerhalb Deutschlands ansässige Arbeitgeber vor der Entsendung bereits gewährt haben, auf die während der Entsendeperiode entstehenden Ansprüche angerechnet werden. Die Beweislast liegt gem. § 8 Nr. 15.2 BRTV-BAU beim Arbeitgeber.⁶²

Die Erstattung von Urlaubsentgelt für ausländische Arbeitgeber setzt die Erfüllung der Meldepflichten nach §§ 5, 6 VTV-BAU voraus. Insoweit werden sie mit inländischen Arbeitgebern gleichbehandelt, die ihrerseits das Verfahren für eine Erstattung erfüllen müssen.⁶³ Eine Absicherung der Meldepflichten von Arbeitgebern mit Sitz im Ausland erfolgt im nationalen Recht über § 18 Abs. 1 AEntG und darüber hinaus auch unionsrechtlich über Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 der Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU. Die Meldeverpflichtungen führen zudem auch auf anderen Gebieten zu Vereinfachungen für Behörden, vgl. § 69 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 2 SGB X. Ferner ist etwa im Rahmen des Datenaustauschs mit FKS eine Ko-

48 Vgl. dazu *Deinert*, RdA 2009, 144, 146; *Kempen/Zachert-Seifert* (Fn. 27), Anhang 1 zu § 5 AEntG Vor § 1 Rn. 6; *Schlachter*, in: Müller-Glöge/Preis/Gallner/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 24. Aufl., München 2024 (im Folgenden: *ErfK*), Art. 9 VO (EG) 593/2008 Eingriffsnormen Rn. 14, die auf das Fehlen einer Zweckbefristung oder bestimmten Dauer der Entsendung abstellt.

49 BAG, 18.4.2012 – 10 AZR 200/11 – NZA 2012, 1152, 1153; *Kempen/Zachert-Seifert* (Fn. 27), Anhang 1 zu § 5 AEntG, Vor § 1 Rn. 7; *Däubler-Lakies/Walser* (Fn. 4), § 5 TVG Anhang 2, § 1 AEntG Rn. 33.

50 Vgl. dazu *Däubler-Lakies/Walser* (Fn. 4), § 5 TVG Anhang 2, § 1 AEntG Rn. 34 mwN.

51 *ErfK-Franzen* (Fn. 48), § 1 AEntG Rn. 4; *Junker/Wichmann*, NZA 1996, 505, 506; *Selmayer*, ZfA 1996, 615, 625 ff.; wohl auch *ErfK-Schlachter* (Fn. 48), Art. 9 VO (EG) 593/2008 Eingriffsnormen Rn. 25.

52 *Deinert*, RdA 2009, 144, 151 mwN.; vgl. auch *Walser*, SR Sonderausgabe März 2022, 29, 30.

53 Anstelle aller: *ErfK-Schlachter* (Fn. 48), Art. 9 VO (EG) 593/2008 Eingriffsnormen Rn. 25.

54 Vgl. dazu *Preis/Temming*, Die Urlaubs- und Lohnausgleichskasse im Kontext des Gemeinschaftsrechts, Frankfurt aM. 2006, S. 188; *Däubler-Lakies/Walser* (Fn. 4), § 5 TVG Anhang 2, § 5 AEntG Rn. 44.

55 EuGH, 25.10.2001 – C-49/98, C-50/98, C-52/98, C-53/98, C-54/98, C-68/98, C-70/98, C-71/98 – *EuZW* 2001, 759 (Finalarte); zur Unionsrechtswidrigkeit der ursprüngl. Gesetzesbegründung s. auch *Thüsing*, MiLoG/AEntG, 2. Aufl., München 2016, § 1 AEntG Rn. 4.

56 Vgl. auch die Aufzählung der Einrichtungen bei *Walser*, SR Sonderausgabe März 2022, 29, 39.

57 <https://www.soka-bau.de/arbeitgeber/leistungen/urlaubsverfahren/entsendung-in-die-eu-und-schweiz> (23.1.2024).

58 Ausführlich *Walser*, FS 75 Jahre BUAK, 2021, S. 223, 239 f.; *Walser*, SR Sonderausgabe März 2022, 29, 39.

59 *Walser*, FS 75 Jahre BUAK, 2021, S. 223, 240.

60 Kennzahlen SOKA-BAU Geschäftsjahr 2021 (Fn. 3), S. 30.

61 Vgl. zu all dem auch *Walser*, SR Sonderausgabe März 2022, 29, 38 f.

62 Vgl. BAG, 30.10.2019 – 10 AZR 567/17 – NZA 2020, 334, 337.

63 BAG, 25.1.2005 – 9 AZR 146/04 – NZA 2006, 171, 175 zum VTV-BAU in der zum 1.1.2000 wirksamen Fassung.

operation der gemeinsamen Einrichtungen mit den Behörden der Zollverwaltung im Anwendungsbereich des SchwarzArbG vorgesehen, § 2 Abs. 4 Nr. 20 SchwarzArbG.⁶⁴

Darüber hinaus gilt beim Urlaubskassenverfahren das Günstigkeitsprinzip, so müssen keine Beiträge gezahlt werden, wenn die Arbeitnehmer nach den Regelungen des Entsendestaates gegenüber denen, die nach dem AEntG zur Anwendung kämen, bessergestellt sind.⁶⁵ Insoweit sind die Regelungen des AEntG nach ständiger Rechtsprechung des BAG einschränkend auszulegen.⁶⁶ Die Darlegungs- und Beweislast für die Besserstellung liegt beim Arbeitgeber.⁶⁷

2. Voraussetzungen der Erstreckung auf ausländische Arbeitsverhältnisse

Neben den »inhaltlichen« Anforderungen, die in § 5 AEntG in Bezug auf die geregelten Arbeitsbedingungen an die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge auf nach Deutschland entsandte Arbeitnehmer geregelt sind, stellt sich die Problematik, dass § 3 S. 1 AEntG die bundesweite Geltung entsprechender Tarifverträge für die Erstreckung zur Voraussetzung erhebt. § 3 S. 3 AEntG lässt zwar, ua. aufgrund der im Baugewerbe üblichen Urlaubsregelungen,⁶⁸ auch mehrere »zusammengesetzte«, regionale Regelungen ausreichen, die Notwendigkeit dieses Kriteriums ist allerdings rechtspolitisch und im Hinblick auf die Anforderungen des Art. 3 Arbeitnehmerentsende-RL durchaus umstritten.⁶⁹ Vor dem Hintergrund, dass sowohl die deutsche als auch die englische Version des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Arbeitnehmerentsende-RL hinsichtlich der allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nur von einer Geltung für alle die betreffende Tätigkeit/das betreffende Gewerbe ausübende gleichartige Unternehmen in einem »geographischen Bereich« bzw. »in the geographical area« spricht, erscheint das Erfordernis einer bundesweiten Abdeckung unionsrechtswidrig.⁷⁰ Trotz dieser Anforderung an die Erstreckung auf Entsendearbeitnehmer sind entsprechend der »Ausnahme« des § 3 S. 3 AEntG die Urlaubskassentarifverträge des Bauhauptgewerbes, obwohl sie nicht bundeseinheitlich geregelt sind, solche im Sinne des § 3 AEntG. Aktuell bestehen Urlaubskassenverfahren, die das gesamte Gebiet der Bundesrepublik Deutschland abdecken, allerdings nur im Bauhauptgewerbe (trotz der SOKA-Berlin und der UKB in Bayern) und (bundeseinheitlich) im Gerüstbauerhandwerk.⁷¹ Sowohl die Urlaubskassenverfahren der Maler und Lackierer als auch der Steinmetze und -bildhauer erfüllen die Voraussetzungen mangels bundesweit greifender Tarifverträge nicht.

VI. Zukunftsfragen des Urlaubskassenverfahrens

Angesichts der erwiesenen Funktionalität und ihrer grundsätzlich universellen Einsetzbarkeit bieten Urlaubskassenverfahren die Möglichkeit, Beiträge zur Bewältigung und Überwindung sowohl bereits seit Langem bestehender rechtlicher Missstände als auch ökonomischer und ökologischer Krisen zu leisten.

1. Stärkung der Tarifautonomie

Zu nennen ist an dieser Stelle zunächst die zeitlose Diskussion um mögliche Wege, die in Deutschland seit Jahren »schwächelnde« Tarifbindung zu stärken. Dies ist zum Teil schon durch den Gesetzgeber etwa mit dem Tarifautonomiestärkungsgesetz versucht worden, die diesbezügliche Debatte hat aber insbesondere durch die neue Richtlinie der EU über angemessene Mindestlöhne⁷² einen neuen Impuls erhalten. Darin ist den Mitgliedstaaten in Erwägungsgrund 25 die Aufgabe auferlegt, Maßnahmen zur Stärkung der Tarifgeltung zu ergreifen. Als Indikator ist dabei eine tarifvertragliche Abdeckung von 80 % festgelegt. Mitgliedstaaten mit einer Abdeckung unter diesem Wert sind aufgefordert, einen Aktionsplan zur Förderung von Tarifverhandlungen aufzustellen. Bereits für sich genommen sind Urlaubskassen angesichts ihrer zahlreichen, oben bereits dargestellten Vorzüge schon Werbung für die Tarifautonomie.

Darüber hinaus birgt das Verfahren das Potenzial, einen wertvollen Beitrag zur Stärkung der Tarifbindung zu leisten. Eine dahingehende Möglichkeit wäre etwa, in den entsprechenden Tarifverträgen Regelungen über das Urlaubsentgelt als Differenzierungsklauseln zu gestalten. Beispielhaft ist hier ein zusätzliches Urlaubsgeld in Höhe von 10 % der Bruttolohnsumme zu nennen, auf das ausschließlich Gewerkschaftsmitglieder einen tarifvertraglichen Anspruch haben. Nach der ständigen Rechtsprechung des BAG wären derartige Tarifnormen zumindest in der Form einfacher Differenzierungsklauseln rechtlich ohne weiteres zulässig.⁷³ Eine starke Auffassung im arbeitsrechtlichen Schrifttum sieht, allerdings entgegen der Rechtsprechung des BAG,⁷⁴ mit überzeugenden Argumenten darüber hinaus auch sogenannte Spannungsicherungsklauseln, also qualifizierte Differenzierungsklauseln, als von der Tarifautonomie umfasst und, zumindest in einem begrenzten Rahmen, rechtlich zulässig an.⁷⁵

Auf den ersten Blick problematisch erscheint die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln in Urlaubskassentarifverträgen vor dem Hintergrund, dass diese regelmäßig auf eine Allgemeinverbindlicherklärung angelegt sind.⁷⁶ Das nach § 5 TVG erforderliche öffentliche Interesse dürfte allerdings schon aufgrund der aus Unionsrecht resultierenden Pflicht des Staates, die Tarifbindung in Deutschland zu stärken, gegeben sein.

64 Walser, SR Sonderausgabe März 2022, 29, 40.

65 BAG, 17.6.2020 – 10 AZR 464/18 – NZA 2021, 143, 146.

66 Zuletzt BAG, 17.6.2020 – 10 AZR 464/18 – NZA 2021, 143, 146; BAG, 30.10.2019 – 10 AZR 567/17 – NZA 2020, 334, 338 mwN.

67 Vgl. BAG, 17.6.2020 – 10 AZR 464/18 – NZA 2021, 143, 146.

68 Bayreuther, DB 2009, 678; Erfk-Schlachter (Fn. 48 – hier: 19. Aufl. 2020), § 3 AEntG Rn. 4.

69 Ausführliche Kritik bei Däubler-Lakies/Walser (Fn. 4), § 5 TVG Anhang 2, § 3 AEntG Rn. 7; Walser, RdA 2021, 90, 92 ff; Zimmer, ZESAR 2020, 465, 467.

70 Zimmer, ZESAR 2020, 465, 471; zurückhaltender Franzen, ZFA 2020, 30, 33 f.

71 Vgl. auch Walser, SR Sonderausgabe März 2022, 29, 38.

72 Richtlinie 2022/2041 des europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Oktober 2022 über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union.

73 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – NZA 2009, 1028.

74 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – NZA 2011, 920, 923.

75 Ausführlich Waltermann, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, Frankfurt aM. 2021; Waltermann, SR 2021, 177, 182 f.; Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1, 6 ff.; s. auch Ulber, AuR 2023, 6, 11.

76 Vgl. dazu aber Waltermann, SR 2021, 177, 185 f.

2. Bewältigung der sozialen und ökonomischen Folgen des Klimawandels

Einen wertvollen Beitrag können Urlaubskassenverfahren in den Branchen, in denen sie bereits etabliert sind, auch im Hinblick auf die Bewältigung von Krisen leisten. Das gilt insbesondere für die sozialen und ökonomischen Folgen des Klimawandels.

Denkbar ist, dass mit der Zunahme von Extremwetterlagen beispielsweise in Gestalt von Hitzewellen im Sommer zunehmende Arbeitsausfälle auch in den Sommermonaten zu erwarten sind. In den letzten Jahrzehnten häuften sich im Mittel die Tage pro Jahr, an denen Temperaturwerte von mindestens 30 Grad Celsius erreicht wurden.⁷⁷ Auch bei den Jahren mit der höchsten Durchschnittstemperatur in Deutschland seit 1881 ist eine Steigerung zu erkennen, so waren von den zwölf wärmsten, in Deutschland gemessenen Jahren elf nach der Jahrtausendwende.⁷⁸ Dies hat Konsequenzen gerade für Wirtschaftszweige wie den der Bauwirtschaft, in denen harte körperliche Arbeit im Freien verrichtet wird, mit der ab bestimmten Temperaturen erhebliche Gesundheitsgefahren einhergehen.⁷⁹

Ein Potenzial des Urlaubskassenverfahrens ist Arbeitsausfälle und die daraus resultierenden ökonomischen Folgen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber zumindest zum Teil aufzufangen. Anknüpfungspunkte für derartige Regelungen bietet das bereits bestehende Saison-KUG. In seiner bestehenden Form gewährt es, sofern die Voraussetzungen des § 101 SGB III erfüllt sind, bei witterungsbedingtem Arbeitsausfall in der Bauhauptbranche, dem Gerüstbauer- und Dachdeckerhandwerk sowie im Garten- und Landschaftsbau den Arbeitnehmern je nach familiärer Situation Leistungen in Höhe von 60 % bzw. 67 % des ausgefallenen Nettolohns, durch die Bundesagentur für Arbeit, vgl. §§ 105, 106 SGB III. Voraussetzung ist, dass der Arbeitsausfall gem. § 101 Abs. 5 SGB III aufgrund von wirtschaftlichen Gründen, Witterungsbedingungen oder wegen eines unabwendbaren Ereignisses eingeführt werden muss, vorübergehend und nicht vermeidbar ist. Diese Auffangleistungen beschränken sich gem. § 101 Abs. 1 SGB III allerdings auf den Zeitraum der Schlechtwetterzeit, also die Monate von Dezember bis einschließlich März.

Wenn in Zukunft vermehrt auch außerhalb der Schlechtwetterzeit witterungsbedingter oder auf wirtschaftlichen Ursachen beruhender Arbeitsausfall im Baugewerbe auftritt, scheint es sinnvoll, eine Ausweitung dieses bewährten Verfahrens in Betracht zu ziehen. In der Vorsorge für etwaige Ausfälle könnte ein Potenzial des Urlaubskassenverfahrens liegen. Eine Anpassung des Saison-KUG im Zusammenwirken mit weiteren flankierenden Regelungen scheint als solidarisch finanzierte Vorsorgemaßnahme für sich zukünftig häufende Arbeitsausfälle

geeignet zu sein, in besonderem Maße von der Witterung abhängige Branchen vor gesteigerten wirtschaftlichen Belastungen zu bewahren. Auch in seiner bestehenden Form als staatliche Leistung bietet das Saison-KUG zudem über die bloße soziale Absicherung hinausgehende Möglichkeiten, die in der Branche beschäftigten Arbeitnehmer im Wege der Weiterqualifizierung auf die (auch) durch den Klimawandel bedingte Transformation des Arbeitsmarktes vorzubereiten.⁸⁰

Auch die Tarifverträge der Bauwirtschaft knüpfen an das Saison-KUG an. Für den Zeitraum der Saisonkurzarbeit schafft der BRTV-Bau ausdifferenzierte Sonderregelungen zur tarifvertraglichen Mindesturlaubsvergütung. So schließt zunächst § 4 Nr. 6.1 BRTV-Bau bei Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung wegen zwingender Witterungsgründe oder wirtschaftlicher Gründe während der Schlechtwetterzeit den Lohnanspruch der Arbeitnehmer aus. Während dieser Zeit besteht eine Pflicht des Arbeitgebers zur Auszahlung von Saison-KUG, soweit der Lohnausfall nicht durch die Auflösung von Arbeitszeitguthaben kompensiert werden kann. Letztere ist demnach vorrangig gegenüber der Auszahlung von Saison-KUG. Während die Arbeitnehmer eines Betriebes des Bauhauptgewerbes Saison-KUG ausgezahlt bekommen, erstreckt sich die Beitragspflicht des Arbeitgebers an die ULAK aus § 15 VTV-Bau nur auf den Betrag des Bruttolohns, der für tatsächlich erbrachte Arbeitsleistungen ausgezahlt wird. Für das Saison-KUG, das die Arbeitnehmer ggf. aufstockend beziehen, werden keine zusätzlichen Beiträge des Arbeitgebers an die ULAK fällig.

Der Ausschluss des Lohnanspruchs hätte jedoch zur Folge, dass der Urlaubsvergütungsanspruch der gewerblichen Arbeitnehmer während der Saison-Kurzarbeit aufgrund des zu dieser Zeit ausfallenden bzw. stark verringerten Bruttolohns, aus dem sich die Urlaubsvergütung gem. § 8 Nr. 4.1 BRTV-Bau prozentual berechnet, komplett »absinken« würde. Diese Problematik behebt § 8 Nr. 5.2 BRTV-Bau, indem er anordnet, dass sich die Urlaubsvergütung pro Arbeitsausfallstunde zwischen dem 1. Dezember und 31. März, für die die gewerblichen Arbeitnehmer der Branche Kurzarbeitergeld beziehen, nach Ablauf dieses Zeitraums um 14,25 % des zuletzt nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 VTV-Bau gemeldeten Bruttostundenlohns steigert. Das Anknüpfen an den Bruttostundenlohn egalisiert dabei die möglicherweise kaum bzw. gar nicht stattfindende Arbeit. Dies greift jedoch gem. § 8 Nr. 5.2 S. 2 BRTV-Bau erst ab der 91. ausgefallenen Arbeitsstunde im Zeitraum der Schlechtwetterperiode. Mit dem Neuabschluss des BRTV in der Fassung vom 10. November 2022 ist diese »90-Stunden-Sperre« entfallen, gem. § 8 Nr. 5 erhöht sich die Urlaubsvergütung bereits ab der ersten Ausfallstunde pro Ausfallstunde um nunmehr 12,5 %.

3. Expansion in andere Branchen

Auch die Ausweitung des Urlaubskassenverfahrens auf bisher nicht »erschlossene« Branchen erscheint angesichts der damit einhergehenden Vorteile als denkbarer Schritt. Die Umstände, die in der Bauwirtschaft dazu geführt haben, dass ein solches Verfahren geschaffen wurde, vor allem wiederkehrende

77 Trotz starker Schwankungen, s. dazu die Statistik des Umweltbundesamts unter <https://www.umweltbundesamt.de/daten/umweltindikatoren/indikator-heisse-tage#welche-bedeutung-hat-der-indikator> (23.1.2024).

78 S. dazu die Statistik von Statista »Jahre mit der höchsten Durchschnittstemperatur in Deutschland von 1881 bis 2023« unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/164050/umfrage/waermste-jahre-in-deutschland-nach-durchschnittstemperatur/> (23.1.2024).

79 Vgl. Kjellstrom et al., Working on a WARMER planet – The impact of heat stress on labour productivity and decent work, Genf 2019, S. 28, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_711919.pdf (23.1.2024).

80 Zu arbeits- und sozialrechtlichen Instrumenten zur Bewältigung der ökologischen Transformation des Arbeitsmarktes Ulber, SR 2022, 81.

temporäre Arbeitsausfälle und häufige Arbeitgeberwechsel, sind im Prinzip auch in anderen Branchen gegeben. Beispielfähig nennen könnte man an dieser Stelle die Landwirtschaft und das Gastgewerbe, die als stark saisonabhängige Wirtschaftszweige hohe Fluktuationsraten bei Arbeitsverhältnissen aufweisen.⁸¹ Ein eigenständiges Vorgehen um Urlaubskassenverfahren in Branchen zu etablieren, deren Tarifverträge entsprechende gemeinsame Einrichtungen bisher nicht vorsehen, ist allerdings nicht zu erwarten. Im Bereich der Bauhaupt- und Baunebengewerbe ist das vorhandene System Ausfluss besonders starker Selbstorganisation und darüber hinaus historisch gewachsen. Die in diesen Wirtschaftszweigen vorhandenen Urlaubskassenverfahren sind stark durch das Konsensprinzip und die dortigen Sozialpartnerschaften geprägt. Eine derartige »Kultur« besteht nicht in allen anderen Branchen, ist aber Voraussetzung für die erfolgreiche Etablierung entsprechender Systeme. Hier könnte, soweit Bedarf für die Einführung von Urlaubskassenverfahren besteht, ein Mitwirken des Gesetzgebers, zB. im Wege von »Nudging«, notwendig sein.

81 Vgl. dazu Statista »Fluktuation: Anzahl der begonnenen und beendeten Beschäftigungsverhältnisse sowie der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten und Fluktuationskoeffizienten in Deutschland nach Wirtschaftszweigen im Jahr 2021« unter <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/664601/umfrage/fluktuation-der-sozialversicherungspflichtigen-beschaeftigung-in-deutschland-nach-wirtschaftszweigen/> (23.1.2024); ferner *Janson* (Fn. 8).

VII. Fazit

Festzuhalten ist, dass die Urlaubskassenverfahren in der Baubranche ein Musterbeispiel funktionierender Sozialpartnerschaft sind. Das historisch gewachsene System der Urlaubskassen erfreut sich darüber hinaus auch der Rückendeckung und Wertschätzung des Gesetzgebers. Dies ist insbesondere zu Krisenzeiten der Urlaubskassen durch die SokaSiG I und II zum Ausdruck gekommen. Aber auch das Tarifautonomiestärkungsgesetz sowie das Arbeitnehmerentsendegesetz legen die Existenz von Urlaubskassenverfahren zugrunde. Das dahinterstehende System ist ohne Probleme auch auf andere Branchen übertragbar und kann sowohl dort als auch in den Wirtschaftszweigen, in denen Urlaubskassen bereits etabliert sind, Beiträge zur Bewältigung aktueller und zukünftiger Krisen, wie etwa den Folgen des Klimawandels, leisten. Dahingehende Potenziale bestehen auch in der tarifvertraglichen Ausweitung flankierender gesetzlicher Regelungen, wie etwa dem Saison-KUG gem. § 101 SGB III, das bei Arbeitsausfällen, die klimawandelbedingt vermehrt auch außerhalb der Schlechtwetterzeit auftreten (werden), Entlastungen für die Betriebe des Baugewerbes schafft. Entsprechende Regelungen wären in der Lage, die sozialen und ökonomischen Folgen sich wandelnder Umweltbedingungen sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite solidarisch finanziert zumindest teilweise aufzufangen.

Die Entstehung des Kündigungsschutzgesetzes – Eine Nachkriegs-Beziehungsgeschichte zwischen Staat, Arbeitgebern und Gewerkschaften

MICHAEL KITTNER/ERNESTO KLENGEL

2022, Bund-Verlag, Frankfurt aM., 411 S. (ISBN 978-3-7663-7284-0), 36,00 €, erschienen als Band 44 der HSI-Schriftenreihe

I. Kündigungsrecht im vorindustriellen »Recht der Arbeit«

Heute gehören Kündigungsrecht und vor allem Kündigungsschutzrecht unbestritten zu den Kerngebieten des Arbeitsrechts. Betrachtet man das Thema in einem größeren historischen Kontext, handelt es sich dabei jedoch um ein relativ junges Phänomen.¹ In vielen Epochen der Geschichte des Arbeitsrechts spielte die Kündigung eine wesentlich geringere Rolle als in der Gegenwart. Bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen war oft Zeitablauf ein wichtigerer Faktor als die einseitige Vertragsbeendigung durch eine Erklärung oder Handlung. Das hängt damit zusammen, dass die typische Einstufung des Arbeits- oder Dienstverhältnisses als auf unbestimmte Zeit geschlossenes Dauerschuldverhältnis eine historisch sehr junge Entwicklung ist. Im römischen Recht und im gemeinen Recht nahm etwa die »relocatio tacita« breiten Raum ein, also die Figur der stillschweigenden Vertragsfortsetzung. Kettenverträge, die automatisch endeten, nach einer bestimmten Laufzeit. Es gab sie im Mietrecht wie im damit verknüpften Dienstvertragsrecht. Das Gesinde des Mittelalters und der Frühen Neuzeit hatte Jahresverträge, die grundsätzlich erfüllt werden mussten – im zeitgenössischen Sprachgebrauch war von »Aushalten« des Dienstjahres die Rede. Denkt man an die Tagelohnverhältnisse, welche in Stadt und Land zahlreich vorkamen, erscheint die Problematik der Kündigung noch fernliegender. Je kürzer die Laufzeiten, desto geringer die Relevanz der Kündigung – könnte man meinen. Dennoch wurde in der Zeit vor dem modernen, an sozialen Maßstäben orientierten Arbeitsrecht viel über Vertragsbeendigung gesprochen, allerdings unter völlig anderen Prämissen. Was wir heute als »Kündigung« bezeichnen würden, galt in vielen Rechtsquellen des Mittelalters und der Frühen Neuzeit vor allem als Problem für »Arbeitgeber«. Unzählig sind die Beschwerden von Dienstherrn in Stadt und Land, aus den verschiedensten Wirtschaftssektoren, über die unerlaubte, in ihren Augen schädliche Arbeitseinstellung ihrer Untergebenen. So unterschiedlich die Kontexte auch sind, so ähnlich sind die Interessenartikulationen der Dienstherrn, die sich sogar als gesamteuropäisches Phänomen beschreiben lassen. Von Kündigung ist also dann die Rede, wenn eine Gefährdung von Nutzungsmöglichkeiten der Ressource Arbeitskraft

zu drohen scheint.² Außerhalb der Ideenwelt des modernen Arbeitsrechts war Kündigungsrecht Teil eines Produktions- und Produktivitätsregimes. Kündigung (in der Sprache der Quellen oftmals: »Abschied«) sollte möglichst verhindert werden, wenn sie zur Unzeit kam und dringend benötigte Arbeitskraft dadurch unverfügbar wurde.

Der zweite Hauptkontext für Kündigungsrecht ist der Bereich des Arbeitslohns. Die Möglichkeit zur Kündigung, gerade wenn es sich um Arbeitsspitzen, also für Arbeitnehmer günstige Marktsituationen, handelte, wurde als Druckmittel zur Aushandlung eines höheren Arbeitslohns erkannt und von Arbeitgeberseite als solches bekämpft. Neben dem Verlust des Zugriffs auf die Ressource Arbeitskraft befürchtete man nach einer Kündigung stets höhere Lohnforderungen, sei es gegenüber demselben Arbeitgeber oder gegenüber einem anderen, wenn die Kündigung den Wechsel in eine besser dotierte Stelle ermöglichen sollte. Hier deutet sich ein Zusammenhang an, welcher im heutigen Rechtsdiskurs kaum noch präsent ist. Gemeint ist die Verknüpfung von Kündigung und Arbeitsniederlegung, heute als Streik bezeichnet. Dieser galt früher als kollektiver Vertragsbruch, da geschuldete Arbeitsleistungen nicht erbracht wurden. Individuelle Nichterfüllung von Arbeitsleistungen konnte den arbeitenden Menschen nur dann vorgeworfen werden, wenn sie nicht wirksam gekündigt hatten. Insofern war die Qualifikation eines Verhaltens als »Kontraktbruch« unmittelbar abhängig von Kündigungsvoraussetzungen.

Natürlich versuchten die Dienstherrn dergleichen zu unterbinden. Die dabei gewählten Strategien normativer Gestaltungsmuster lassen sich erneut in ganz Europa erkennen. Oft stand die Obrigkeit den Dienstherrn bei der Durchsetzung ihrer Interessen zur Seite. Auf der Quellenebene äußert sich das in einer Vielzahl von staatlichen oder städtischen Gesetzen, welche die Kündigung zu regulieren versuchten, etwa durch die Vorgabe von Fristen. Begleitet waren sie stets von Sanktionsnormen, welche Strafen beim Verstoß gegen das obrigkeitliche Kündigungsregime vorsahen. Auch in körperschaftlichen Rechtsakten, namentlich bei den Zünften, findet man ähnliche Normen. Nicht selten waren diese auch in enger Abstimmung mit der städtischen Obrigkeit entstanden. Insgesamt lässt sich so ein Muster beobachten, in dem grundsätzlich Kündigungsmöglichkeiten zulasten des arbeitenden Menschen begrenzt

¹ Umfassender historischer Überblick bei Rückert, in: Schmoeckel/Rückert/Zimmermann (Hrsg.), Historisch-Kritischer-Kommentar zum BGB, Tübingen 2013, vor § 611, S. 700 ff.

² Ausführlich Keiser, Vertragszwang und Vertragsfreiheit im Recht der Arbeit, Frankfurt aM. 2013, (zugl. Frankfurt aM., Univ., Habil. 2011/12), S. 192 ff.

wurden. Kündigungsschutz für arbeitende Menschen im heutigen Sinne war nicht das im Vordergrund stehende Thema.

Freilich gab es gewisse Ausnahmen. Je nach Marktsituation konnte auch schon im Mittelalter und in der Frühen Neuzeit der Verlust des Arbeitsplatzes als große Belastung empfunden worden sein. Gerade im Bereich des Gesindes, also der häuslichen und landwirtschaftlichen Bediensteten, welche mit der Herrschaft unter einem Dach lebten, wurde das deutlich. Gesindeverträge wurden stets auf ein Jahr abgeschlossen. Es gab gesetzlich normierte Eintritts- und Austrittstermine für das Dienstverhältnis. Ein Verlust der Arbeitsstelle wegen Kündigung des Dienstherrn war besonders belastend, wenn diese in zeitlichem Abstand zu dem nächsten möglichen Eintrittstermin erfolgte, da in der Zwischenzeit keine weitere Beschäftigung mehr möglich war. Solche Verhältnisse waren es, die im alten Europa die Notwendigkeit von Kündigungsschutz zugunsten der »Arbeitnehmer« deutlich machten. So finden sich denn auch in verschiedenen Ordnungen vielfältige Normen, welche Gründe für die Kündigung von Dienstverpflichteten normierten. Nicht zuletzt waren es verhaltensbezogene Gründe. Kündigung war dann möglich bei der Vernachlässigung von Dienstpflichten, unbotmäßigem Betragen gegenüber der Herrschaft oder Ähnlichem. Man befindet sich hier in einem Bereich, den man heute mit der außerordentlichen Kündigung in Verbindung bringen würde. Insofern herrschte auch im vor-modernen Recht der Arbeit, das noch nicht vom Bewusstsein der »sozialen Frage« geprägt war, welche sich erst im Laufe des 19. Jahrhunderts manifestierte, nicht überall Arbeitgeberwillkür und unkontrollierbarer Zwang zulasten der arbeitenden Bevölkerung. Strukturelle Nachteile lassen sich dennoch nicht leugnen. Kündigungsschutz im modernen Sinne lässt sich nur in bestimmten Sektoren beobachten, war jedoch kein Strukturprinzip der normativen Ordnung der Arbeitswelt.

II. Kündigungsschutz als Arbeitnehmerschutz in Industrie- und Massengesellschaft

Das Werk von *Kittner/Klengel* setzt in einer historischen Situation ein, in der sich die oben geschilderte Ausgangslage grundlegend veränderte: der Weimarer Republik (S. 23 ff.). Tatsächlich lag hier die Wendezeit für das moderne Arbeitsrecht. Die Revolution von 1919 hatte eine Beseitigung der Gesindeordnungen und damit der letzten Reste des traditionell-hierarchischen Arbeitsregimes bewirkt, welches sich gerade in Land- und Hauswirtschaft noch hartnäckig erhalten hatte. Inzwischen war ein neues Paradigma für das Arbeitsverhältnis entstanden, welches auch die normativen Gestaltungen des 20. Jahrhunderts prägen sollte. Das als »gewerbliches Arbeitsverhältnis« bezeichnete Recht der Industriearbeiter hatte sich aus dem Recht der alten Zunftordnungen entwickelt. Allmählich nahm es Anforderungen des Arbeiterschutzes auf. Kollektive Handlungsformen wurden ebenfalls eine Option. Jedoch war es auch geprägt von einer beidseitigen »freien« Kündigungsmöglichkeit mit kurzer Frist. Überliefert war diese aus den Zunftordnungen des alten Handwerks. Sie trug einem dort herrschenden Flexibilitätsbedürfnis Rechnung. Gesellen mussten mobil, ihre Arbeitsverhältnisse daher schnell auflösbar sein. Man arbeitete und wanderte dann weiter. Langfristige Bindung zur Gewähr-

leistung einer womöglich lebenslangen Existenzgrundlage war nicht Gegenstand dieser Verträge. *Kittner* und *Klengel* verorten in dieser Situation ganz richtig den Ausgangspunkt der modernen Entwicklung des Kündigungsschutzrechts. Mit der Zeit wurde eben die Diskrepanz zwischen den Restbeständen der zünftigen Handwerksordnungen und den Anforderungen der modernen Industriegesellschaft deutlich. Industriearbeiter waren eben keine Gesellen im alten zunftrechtlichen Sinne mehr, auch wenn es punktuell gelungen sein mag, etwas von dem handwerklich geprägten Selbstverständnis in die industrialisierte Welt hinüberzuretten. Immer deutlicher wurde, dass die beidseitige Kündigungsfreiheit mit den Erfordernissen des 20. Jahrhunderts nicht mehr zusammenpasste. Die Risiken eines Arbeitsplatzverlustes traten immer mehr ins Bewusstsein. Massenarbeitslosigkeit trat in neuen Dimensionen auf. So veränderten sich die Akzente. Kündigungsschutz zugunsten von Arbeitnehmern wurde nun zum rechtspolitischen Thema. *Kittner/Klengel* skizzieren aufschlussreich die politischen und wissenschaftlichen Kontexte in den zwanziger Jahren, in denen die Basis für einige der später verwendeten dogmatischen Formen gelegt wurde.

III. Der Weg zum Kündigungsschutzgesetz

Im Kern der historischen Analyse steht der Weg zum Kündigungsschutzgesetz (S. 41 ff.). Hier liefert die Darstellung eine minutiöse Schilderung der beteiligten Akteure und Institutionen. In den westlichen Zonen kommt Kündigungsschutz im Zusammenhang mit der Betriebsrätegesetzgebung auf die politische Agenda. Für die einzelnen Westzonen wird mit intensiv recherchiertem Archivmaterial die jeweils unterschiedliche Gestaltung von Kündigungsrecht, oft im Zusammenhang mit der Betriebsrätefrage, dargestellt. Mit der Gründung der Länder kam es dann auch auf Landesebene zu einer Betriebsrätegesetzgebung und zur Thematisierung des Kündigungsschutzes. Hier wird der Rechtszustand der unmittelbaren Nachkriegszeit detailliert rekonstruiert. Die Darstellung bietet hier einen neuen Einblick in eine bislang weitgehend unbeachtete Materie. Neben der Archivauswertung runden viele Hinweise auf zeitgenössische juristische Literatur das Bild ab. Alle Details der juristischen Diskussion um den Kündigungsschutz der Nachkriegszeit zu erfassen, ist nicht das Anliegen der Studie. Während die großen Linien auf dem Weg zur gesetzlichen Regelung gezeichnet werden, bleibt künftig noch Raum für weitere Forschungen zu Detailfragen wie dem partiellen Hineinragen des öffentlichen Rechts in die Kündigung, die etwa bei Schwerbeschädigten von behördlicher Genehmigung abhing.³

Die »konzeptionelle Geburtsstunde« des »modernen Kündigungsschutzrechts« wird von *Kittner/Klengel* in der britischen Zone verortet. Im Gegensatz zu den anderen Gebieten hatte dort keine Gesetzgebung zum Kündigungsschutz stattgefunden, weshalb man auf Richterrecht angewiesen war. An diesem Punkt sehen die Autoren Vorprägungen des späteren § 1 KSchG. In einer »Auslegungshilfe zur Bewältigung von kündigungsschutzrechtlichen Fragen« aus der britischen Zone von

³ Prominent zu den sich daraus ergebenden Problemen auch im Lichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit der Nachkriegszeit *W. Jellinek*, FS Thoma, 1949, S. 93–108.

1947 sei schon die Essenz der späteren Regelung enthalten gewesen. Diese weitgehend neue Erkenntnis veranlasste die Autoren zu einer tiefen Bohrung. Sie fragen nach den Urhebern der auf den ersten Blick unspektakulären »Auslegungshilfe« und benennen (mit Mut zur unzeitgemäßen Formulierung) die »Väter des Kündigungsschutzgesetzes«. Von diesen Vätern ist *Hans Carl Nipperdey* allgemein bekannt, der andere, *Wilhelm Herschel*, etwas weniger. Erfreulicherweise führen die Autoren ihn mit einem kurzen biografischen Abriss ein. Was dann folgt, ist ein Lehrstück über die Prägung von Institutionen durch Individuen. *Herschel* und *Nipperdey* werden als die eigentlichen Organisatoren und Urheber des Kündigungsschutzgesetzes dargestellt. Anhand von Briefen und Sitzungsprotokollen wird ihr Wirken hinter den Kulissen Schritt für Schritt aufgedeckt.

IV. Methoden: Was ist »Beziehungsgeschichte«?

Gelungene historische Darstellungen wenden Methoden bewusst an und machen sie transparent, ohne sie jedoch langwierig zu erklären und zu rechtfertigen. Dieser Ansatz lässt sich auch in der vorliegenden Studie beobachten. Sie bezeichnet sich selbst als »Beziehungsgeschichte«. Plausibel ist das deswegen, weil es ihr vor allem darum geht, die Verästelungen eines Netzwerks von Akteuren nachzuzeichnen, welche bei der Entstehung eines Gesetzes Wirkung entfalteten. Wie diese interagieren, aus welchen strategischen, institutionellen, hierarchiebezogenen, politischen, rechtlichen, persönlichen oder vielleicht auch nur zufälligen Faktoren sich Kooperationen oder Konflikte ergeben, erfährt man hier sehr genau. Wo mangels konkreter Quellen keine Aussagen in dieser Hinsicht möglich erscheinen, werden mögliche Erklärungen zur Diskussion gestellt. Ein wenig aus dem Rahmen zu fallen scheint in diesem Zusammenhang aber das Kapitel über die DDR bzw. die sowjetische Besatzungszone (SBZ). Mit dieser gab es wenige oder gar keine Beziehungen, so dass sie aus dem Rahmen der »Beziehungsgeschichte« herausfällt. Etwas stiefmütterlich wird das entsprechende Kapitel dann auch als »Exkurs« bezeichnet. Interessant wäre hier ein Vergleich gewesen, der lediglich angedeutet wird (S. 215). Tatsächlich stand die Entwicklung eines Kündigungsschutzgesetzes in der DDR unter ganz anderen Prämissen.

V. Kündigungsschutz in der DDR

Besonders verdienstvoll ist es, dass die Darstellung das DDR-Recht mit einbezieht, das in den einseitig dominierenden westdeutschen Perspektiven oft außer Acht gelassen wird.⁴ Im Falle der Kündigung ist ein Blick auf die andere Seite des sich herabsenkenden eisernen Vorhangs vielversprechend, denn er zeigt erneut, wie die ökonomischen und sozialen Bedingungen, in denen das Arbeitsverhältnis sich normativ entfaltet, der Kündigung völlig unterschiedliche Funktionen zuweisen. In einer Rechtsordnung, welche ein Recht auf Arbeit gewährleistet und die gleichzeitig eine Interesseneinheit zwischen Betriebslei-

tung und Arbeiterschaft fortwährend unterstreicht, verschiebt sich das Koordinatensystem. Wo der Interessenkonflikt zwischen Arbeit und Kapital entfällt, ist die Kündigung Sand im Getriebe eines auf das Zusammenwirken aller Kräfte im Sinne des Sozialismus ausgerichteten Betriebsablaufs. Die Gewerkschaften nehmen in diesem Kontext eine ambivalente Rolle ein. Gedacht als Interessenvertretungen der Arbeitnehmer können sie ihre Interessen allerdings schlecht gegen sich selbst als Eigentümer der Unternehmen durchsetzen. Dennoch war Kündigungsschutz eine typische Forderung des Arbeitnehmerschutzes geworden und gehörte damit an sich zum Programm einer Gewerkschaft. Auch hier gelingt es der Darstellung Neuland zu betreten, indem die Strategien des Freien Deutschen Gewerkschaftsbundes (FDGB) zur Durchsetzung von Kündigungsrecht in der SBZ beschrieben werden. Eine zentrale Frage wird dabei aufgeworfen, nämlich die nach der Autonomie der zentralen Akteure, sprich des erwähnten FDGB und der betrieblichen Mitbestimmungsorgane. Bereits vor Gründung der DDR zeichnete sich ab, dass gewerkschaftliche Strukturen »von oben« aufgebaut worden sind. Als autonome Interessenvertreter waren sie also von vornherein nicht konzipiert. Inwiefern sie jedoch eigene Ansätze verfolgen und durchsetzen konnten, in einem im Wesentlichen von der Partei kontrollierten Wirtschaftssystem, bliebe noch zu erforschen. Auch bietet das Kündigungsrecht der DDR weitere Vergleichsperspektiven, die zu methodischen Reflexionen einladen würden. Seit der Wiedervereinigung finden solche Vergleiche zwischen dem Recht der DDR und dem Recht der Bundesrepublik Deutschland seltener statt, da ein vormalig von politischen Umständen begünstigter »Systemvergleich«⁵ mehr historische Relevanz hätte. Hier würde man sich wünschen, dass die Studie Impulse für weitere Betrachtungen geben könnte. Zu beachten ist jedenfalls, dass das Kündigungsrecht der DDR auch als Erziehungsinstrument eingesetzt wurde. Die Kündigung war ein Indikator für einen Konflikt. Dieser sollte beigelegt werden, wenn nötig unter dem Einsatz der Autorität von Staat und Partei. Die bei Kündigungen notwendige Zustimmung betrieblicher Mitbestimmungsorgane und die Möglichkeit gerichtlicher Kontrolle sollten auch eine disziplinierende Einwirkung auf arbeitende Menschen ermöglichen. Wo im Betrieb jedoch Zonen der Autonomie bestanden, ob die immer wieder betonten »demokratischen«, kollektiven und konsensualen Lösungsmechanismen nur propagandistische Fassade waren oder ob sie Beteiligungschancen »von unten« jenseits der parteiamtlichen Lenkung der Wirtschaftsverhältnisse eröffneten, wäre eine komplexe Forschungsfrage, die weitere Archivstudien erforderlich macht.

VI. NS-Akteure und Kontinuitätsfragen

Einen Reflexionsschwerpunkt setzt die Darstellung mit Bezug auf die Tatsache, dass zentrale Beteiligte bei der Ausarbeitung des Kündigungsschutzgesetzes eine Rolle im Nationalsozialismus gespielt hatten. Auch die derzeit auf verschiedenen Ebenen heiß diskutierte Frage nach der Verknüpfung von personellen und inhaltlichen Kontinuitäten nach 1945 kommt zur

4 Vgl. *Keiser*, in: Rückert (Hrsg.), *Arbeit und Recht seit 1800. Historisch und vergleichend, europäisch und global*, Köln 2014, S. 257–275.

5 Bereits rechtshistorisch relevant dazu ist *Rüthers*, *Arbeitsrecht und politisches System BRD:DDR*, Frankfurt aM. 1972, S. 69 u. 177 (in Bezug auf Kündigungsschutz).

Sprache (S. 239 ff.). Die Antwort darauf ist ebenso überzeugend wie nüchtern. Wie auf vielen anderen juristischen Gebieten standen auch im Arbeitsrecht nach 1945 kaum Experten ohne jegliche Bezüge zum NS-Regime zur Verfügung. Wie an anderer Stelle richtig bemerkt wird, lag das auch daran, dass Emigranten (in Bezug auf das Arbeitsrecht vor allem solche der *Sinzheimer-Schule*) nicht (oder noch nicht) zurückgekehrt waren. Daraus inhaltliche Schlussfolgerungen bezüglich der konkreten Gestaltung einzelner Gesetze der unmittelbaren Nachkriegszeit zu ziehen, ist schwierig. Wie plausibel dargelegt wird, gibt es im Fall des Kündigungsschutzes (wie auch bei anderen Gesetzen) dafür keine Anhaltspunkte. Methodisch wertvoll ist es, das Thema der Gesetzgebung hier in einen größeren Kontinuitätszusammenhang zu stellen. Überzeugend weisen *Kittner/Klengel* darauf hin, dass Kündigungsschutz bereits seit 1920 die Legislative beschäftigte. Vorhandene Themen wurden mit »NS-Attributen« (S. 238) versehen. Diese wurden dann (nicht selten von zuvor ebenfalls beteiligten Juristen) nach 1945 wieder entfernt. Auch wenn belastete Juristen beteiligt waren, muss Gesetzgebung nach dem Ende der Diktatur deswegen nicht in einem ursächlichen, inhaltlichen, ideengeschichtlichen oder ideologischen Zusammenhang mit der Rechtsordnung des Nationalsozialismus gestanden haben. Dass Juristen Diener verschiedener Herren sein können, lässt sich in der Rechtsgeschichte oft beobachten, so auch hier, wo geräuschlose Wechsel von der Diktatur in den demokratischen Rechtsstaat vollzogen werden.⁶

VII. Fazit

Am Ende der Studie steht ein klares Ergebnis. Die oft verworrenen Fäden werden zu einem Gesamtbild geordnet. Eine der wenig überraschenden, aber in historischer Perspektive sehr relevanten Schlussfolgerungen ist die Marktabhängigkeit des Kündigungsschutzes. Arbeitsrechtliche Gestaltungen folgen Interessen, die wiederum von Chancen und Risiken geprägt sind. Aus heutiger Sicht erstaunlich ist, dass selbst unter den Bedingungen der industrialisierten Massengesellschaft Kündigungsschutz nicht immer die gleiche Relevanz auf der rechtspolitischen Agenda hatte. Nach 1919 war Kündigungsschutz für Arbeitgeber, also Kündigungerschwerung als Druckmittel zur Durchsetzung von Arbeitspflichten, kein Thema mehr. Die autoritär-patriarchalische Arbeitsverfassung der Dienstherren war historisch überholt, wenn man von einem kurzen Wiederaufleben ähnlicher Formen in der Zeit des Nationalsozialismus absieht, wo autoritärer Produktivitätsdruck im Zuge der propagandistischen Ziele des Regimes eine Rolle spielte.⁷ Kündigungsschutz für Arbeitnehmer wird vor allen Dingen dann relevant, wenn Arbeitslosigkeit auf breiter Basis drohte. Das war in der DDR schon gesetzlich ausgeschlossen und in der Bundesrepublik Deutschland nicht immer gegeben. Damit zeigen *Kittner* und *Klengel* nochmal, dass die Gefahr anachronistischer Missverständnisse beim Rückblick auf die Geschichte des Kündigungsschutzes besonders groß ist.

Das zentrale Interesse der Studie gilt freilich den nach 1945 aktiven »Stakeholdern«, also Verbänden, politischen Akteuren und Institutionen sowie der Wissenschaft. Leitnarrativ ist die Korrektur eines bislang herrschenden Geschichtsbilds zum Kündigungsschutz. Demnach war nicht eine autonome Zusammenarbeit der Verbände für die Entstehung des Kündigungsschutzgesetzes maßgeblich, welche in den Hattenheimer Gesprächen von 1950 ihr zentrales Forum fand.⁸ Maßgeblich waren stillwirkende Kräfte hinter den Kulissen, wobei vor allem die Rolle *Wilhelm Herschels* als Vertreter der Exekutive und die von *Nipperdey* als inhaltlichen Ideengeber für die Gewerkschaften völlig übersehen wurde. Dieses Ergebnis ist auf eine reichhaltige Quellenbasis gestützt und vermag vollkommen zu überzeugen. Etwas zu pauschal erscheint der im Resümee staunend wiederholte Hinweis auf die bewusste Spurenverwischung und Verschleierung der wahren Umstände der Gesetzesentstehung durch die beteiligten Akteure. Wenn das Kündigungsschutzgesetz bis in die Mitte der siebziger Jahre, wie explizit ausgeführt wurde, zunächst einmal politisch und praktisch »keine Konjunktur« hatte, ja sogar in »Totenruhe« versank (S. 229), leuchtet es nicht ein, warum seine Urheber (*Nipperdey* war zu dieser Zeit sogar bereits verstorben und *Wilhelm Herschel* stand zumindest nicht mehr in Diensten des Ministeriums) irgendwelche Spuren seiner Entstehungsgeschichte hätten verwischen müssen, dabei sogar »planvoll zusammengewirkt« haben sollten (S. 235). Dass *Nipperdey* seine Tätigkeit für die Gewerkschaften nach seinem »Seitenwechsel« nicht so hoch hängen wollte (S. 235), erscheint nachvollziehbar, plausibel wird die Frage aber nur vor dem Hintergrund, für wen der Zeitgenossen sie ein Problem gewesen sein könnte und wer ihn aus welchen Gründen kritisch nach seiner gewerkschaftlichen Arbeit gefragt hat.

»Konzertierte Geschichtsklitterung« (so der Titel der Überschrift, S. 229) ist nur dann erforderlich, wenn an Geschichte überhaupt ein Interesse besteht, wenn historische Vorgänge als brisant für gegenwärtige politisch-moralische, juristische oder sonstige Wertungen eingestuft werden. Das dürfte beim Kündigungsschutzgesetz in den ersten Jahren nach seiner Entstehung aus den genannten Gründen nur eingeschränkt der Fall gewesen sein. Wo niemand fragt, muss in der Regel auch nichts manipuliert werden. Ein großes »Rätsel der Geschichte« (vgl. S. 235, in Bezug auf *Nipperdey*) dürfte das Verhalten der Beteiligten also nicht gewesen sein. Das Narrativ eines letztlich produktiven Zusammenwirkens der Verbände zur Verbesserung der Lage der Arbeitnehmer passte vielmehr gut in die Erfolgsgeschichte des »Rheinischen Kapitalismus« der alten Bundesrepublik. Dass dabei der Staat doch öfter seine Finger im Spiel hatte, als von außen sichtbar, ist eine der vielen relevanten Erkenntnisse dieser wertvollen Rekonstruktion eines rechtspolitischen Räderwerks, die in einem gelungenen Anhang auch die beteiligten Akteure in Form von Archivmaterial zu Wort kommen und somit die Sprache der Quellen nochmal lebendig werden lässt.

Prof. Dr. Thorsten Keiser LL.M.,
Justus-Liebig-Universität Gießen

⁶ Dazu in größerem Kontext *Stolleis*, in: Joerges/Singh Gjaleigh (Hrsg.), *Darker Legacies of Law in Europe. The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions*, Oxford 2003, S. 1–18.

⁷ Vgl. *Kranig*, in: Steindl (Hrsg.), *Wege zur Arbeitsrechtsgeschichte*, Frankfurt a.M. 1984, S. 441–484.

⁸ Vertiefend *Seifert*, ZNR 2017, 187, 205.



Deinert / Wenckebach / Zwanziger (Hrsg.)

Arbeitsrecht

Handbuch für die Praxis

11., aktualisierte, überarbeitete Auflage

2024. 2.740 Seiten, gebunden inklusive Zugang

zur Online-Ausgabe mit allen Arbeitshilfen

€ 198,-

ISBN 978-3-7663-7200-0

bund-shop.de/7200

Der Hochkaräter im Arbeitsrecht

Das in der 11. Auflage komplett überarbeitete Standardwerk Arbeitsrecht Handbuch liefert eine umfassende systematische Darstellung zum materiell-rechtlichen Arbeitsrecht – konzentriert aufbereitet in einem Band. Die Kommentierungen haben gezielt die Arbeitnehmerposition im Blick. Großen Wert legen die Autorinnen und Autoren auf das Einbeziehen des die betriebliche Praxis prägenden Sozialrechts.

Der Aufbau des Werkes orientiert sich an den typischen Fragen, die in der täglichen Beratungspraxis zum Arbeitsrecht auftauchen. Neue Autorinnen und Autoren liefern frische Impulse.

Die Neuauflage berücksichtigt:

- › Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
- › Umsetzung der reformierten Entsenderichtlinie
- › Arbeitsschutzkontrollgesetz
- › Betriebsrätemodernisierungsgesetz
- › Berufsbildungsgesetz
- › Umsetzung der EU-Vereinbarkeitsrichtlinie
- › Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz
- › Mindestlohngesetz
- › Umsetzung der EU-Transparenzrichtlinie
- › Teilzeit- und Befristungsgesetz
- › Das neue Nachweisgesetz
- › Hinweisgeberschutzgesetz
- › Revidierte Europäische Sozialcharta

Ein weiteres Plus:

Der Online-Zugriff auf alle Inhalte, auf Musterverträge, Formulare und Schriftsätze zur Bearbeitung in der eigenen Textverarbeitung, erleichtert die Arbeit und führt schnell zu guten Lösungen.

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7200 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7200-0	Deinert / Wenckebach / Zwanziger (Hrsg.) Arbeitsrecht	198,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

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

KITTNER

DER NEUE HAT IMMER RECHT!



**PRINT
+
ONLINE**

OHNE WENN UND ABER
für jedes Betriebsrats-
und Personalratsmitglied

Jetzt bestellen!

www.mein-kittner.de | kontakt@bund-verlag.de | Bestellhotline: 069 / 79 501 020