

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



## Abhandlungen

Juristen und Sozialstaat in der Weimarer Republik

*Eberhard Eichenhofer* ..... Seite 2

Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Teil 2

*Ulrich Koch* ..... Seite 19

Das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher im  
Kontext verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Vorgaben

*Thomas Klein / Dominik Leist* ..... Seite 31

## Rezensionsaufsätze

*Felipe Temming*, Der vertragsbeherrschende Dritte

*Frank Bayreuther* ..... Seite 41

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 44

## Soziales Recht im siebten Jahr!

Die Zeitschrift *Soziales Recht* ist im Jahr 2011 mit dem Anspruch angetreten, ein Forum für »längere Abhandlungen auf wissenschaftlich hohem Niveau« zu bieten. Dabei sollte mit der Betonung des wissenschaftlichen Charakters der Zeitschrift aber »keine Absage an die Fragen und Bedürfnisse der Praxis« verbunden sein (so das Editorial von Heft 1/2011).

Wir hoffen mit dem vorliegenden Heft, das eine Abhandlung von *Eberhard Eichenhofer* zur Diskussion über den Sozialstaat in der Weimarer Republik, die Fortsetzung des Beitrags von *Ulrich Koch* zur Mitbestimmung des Betriebsrats im Bereich der betrieblichen Lohngestaltung, sowie einen Aufsatz von *Thomas Klein* und *Dominik Leist* zum neu geregelten Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher im Kontext verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Vorgaben enthält, diesem doppelten Anspruch gerecht zu werden, nämlich Prinzipielles und Aktuelles miteinander zu verbinden. Diesem Anliegen einschließlich der Einbeziehung internationaler Entwicklungen sollten auch verschiedene Beiträge aus dem letzten Jahr dienen. Erinnert sei etwa an die Ausführungen von *Markus Roth* zur Fortentwicklung der betrieblichen Altersversorgung im Niedrigzinsumfeld (Heft 2/2016), an die Überlegungen von *Reingard Zimmer* zu den Auswirkungen von CETA und TTIP auf soziale Standards (Heft 2/2016) sowie an den Beitrag von *Wilma B. Liebman* zum Verhältnis von U.S. Gewerkschaften und deutschen Tochtergesellschaften in den USA (Heft 4/2016), aber auch an den »Doppelschlag« zum derzeitigen Megathema der Digitalisierung der Arbeitswelt aus den unterschiedlichen Perspektiven von *Wolfgang Däubler* (in einer durch *Campus Arbeitsrecht* unterstützten Sonderausgabe) und *Gregor Thüsing* (Heft 3/2016).

Vergleichbares gilt für die Rubrik der Rezensionen, die sich nach unserer Auffassung nicht in bloßen Buchanzeigen erschöpfen dürfen, sondern die sich eingehend mit bedeutenden rechtswissenschaftlichen Werken auseinandersetzen und so den wissenschaftlichen Diskurs fördern und fortführen sollen. Exemplarisch sei hierfür auf die Besprechungsaufsätze zu den Habilitationsschriften von *Felipe Temming* durch *Frank Bayreuther* in diesem Heft sowie

von *Marcus Bieder* durch *Martina Benecke* im letzten Jahr (Heft 2/2016) verwiesen.

Vor sechs Jahren haben wir diesen Weg mit zunächst zwei Heften pro Jahr beschritten. Wir wurden dabei unterstützt durch unseren Kooperationspartner, das Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, sowie durch den Bund-Verlag, für den dieses Format Neuland war. Das Konzept wurde erfreulicher Weise sogleich angenommen. Es gelang von Beginn an, hochrangige Autorinnen und Autoren aus Wissenschaft und höchstrichterlicher Praxis für *Soziales Recht* zu gewinnen, und auch das Echo des Publikums war ermutigend. Schon im Folgejahr konnten wir vier Ausgaben erstellen. Nachdem *Soziales Recht* seither quartalsweise erscheint, zeigt sich jetzt, dass der Bedarf für dieses Format nach wie vor groß ist. Wir haben uns deshalb sehr darüber gefreut, dass der Bund-Verlag mit der Bitte an uns herangetreten ist, künftig sechs Ausgaben im Jahr herauszugeben. Das ist zwar nicht ohne Mehrarbeit zu schaffen. Erleichtert wird uns dies aber seit Ende letzten Jahres durch die tatkräftige redaktionelle Unterstützung durch *Manfred Walser*, Wiesbaden. Wir nehmen die Herausforderung daher gerne an und ermuntern alle potenziellen Autorinnen und Autoren, sich mit einschlägigen Publikationsvorhaben an uns zu wenden.

Wir freuen uns auf den siebten Jahrgang von *Soziales Recht*: In gewohntem Format, mit gewachsenem Umfang.

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

# Juristen und Sozialstaat in der Weimarer Republik

Eberhard Eichenhofer, Berlin/Friedrich-Schiller-Universität Jena

## I. Einleitung

### 1. Fragestellung

Die Weimarer Republik (1918–1933) entstand infolge weitreichender gesellschaftlicher, wirtschaftlicher und politischer Veränderungen in Deutschland; sie veränderte ihrerseits das Land. Sie überwand ein autoritäres, vordemokratisches, in Klassen zerfallenes und von Klassendünkel geprägtes Kaiserreich und setzte an dessen Stelle ein parlamentarisches und auf das Wohlergehen der ganzen Bevölkerung ausgeichtetes Gemeinwesen.

Diese revolutionären Veränderungen fanden in der Weimarer Reichsverfassung ihren Ausdruck und Niederschlag. Einige Juristen – Männer, keine Frauen – versuchten, die seit deren Ausrufung vorwiegend, wenn auch nicht nur im Arbeits- und Sozialrecht eingetretenen und heute mit »Sozialstaat« umschriebenen Veränderungen der Rechtsordnung zu verstehen, begrifflich zu erfassen sowie systematisch zu begreifen.

Die Vorstellung vom »Sozialstaat« entstand in Deutschland erst nach 1949 mit dem Grundgesetz (Art. 20, 28 GG), das – damals auch international neu – die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat ausweist. Das GG suchte sich von Weimar abzusetzen und wollte ihm nicht nachfolgen. Die Republik verstand sich als »Volksstaat« und verfolgte daher soziale Ziele; an deren Ende wurde der Begriff des »sozialen Rechtsstaats« geprägt. Die Weimarer Republik gab dem Sozialstaat damit programmatische Gestalt und Richtung, wiewohl sie sich selbst als solchen niemals bezeichnet hatte. Dies macht die damaligen Bemühungen um den Sozialstaat auch für die Gegenwart bedeutsam.

Im Mittelpunkt der folgenden Darlegungen stehen Autoren, welche die vom »Volksstaat« zum sozialen Ausgleich geschaffenen Veränderungen in den Gesamtzusammenhang des Rechts einordnen und so klären, wie sie auf die Rechtsordnung insgesamt zurückwirken. Es ging diesen Autoren mithin weder um die Erschließung der Sozialgesetzgebung im Detail, noch deren Erläuterung, sondern um die dieser

Aufgabe vorangehende Frage, wie die Sozialgesetzgebung den Charakter der Rechtsordnung veränderte.

Sie verstanden sich nicht als Gesetzespositivisten, sondern versuchten dem aus sozialen Motiven gesetzten Recht geisteswissenschaftlich auf den Grund zu gehen. In dieser Klärung liegt die prinzipielle Bedeutung der damaligen Bestrebungen. Sie sind im Folgenden nachzuzeichnen. Die Auswahl der dargestellten Autoren richtet sich nicht nach deren Nachwirkung. Diese war bei manchem Kritiker des Sozialstaats weit größer als bei dessen Analytisten, die mitunter erst ausgangs des 20. Jahrhunderts von der deutschen Rechtswissenschaft entdeckt worden sind. Die Auswahl richtet sich vielmehr nach deren Bedeutung für die Entwicklung einer Theorie des sozial gestaltenden Rechts und folgt daher subjektiven Maßstäben.

### 2. Weimarer Republik

Die Weimarer Republik galt vielen Zeitgenossen und gilt auch den Nachgeborenen noch heute als missglückt und gescheitert. Deren Anspruch und Versuch, Deutschland zu einer sozial ausgeglichenen, demokratischen, den Menschenrechten verpflichtenden und dadurch zivilisierten Republik werden zu lassen, scheiterte und endete in der NS-Diktatur; darin wurden Demokratie, sozialer Ausgleich und Menschenrechte vernichtet und jegliche Zivilisation ging zuschanden.

Die Weimarer Republik einzig als misslungen zu verstehen, verkennt allerdings das Zukunftsweisende in ihr. Inzwischen gilt das Deutschland der 1920er Jahre in Technik, Wissenschaft, Alltagskultur, Architektur, Literatur und Malerei weltweit als Inbegriff der »klassischen« Moderne. Auch die politischen und rechtlichen Institutionen der Weimarer Republik nahmen in vielem vorweg, was sich erst nach 1945 weltweit entfaltete: Die Konsumgesellschaft mit ausgeprägt sozialer Ausrichtung.

Während ihre zahlreichen Kritiker glauben machen wollten und wollen, am Ende der Weimarer Republik sei deren »Zeit« endgültig vorbei gewesen, weil sie für ein über-

lebtes Gesellschafts- und Staatsmodell des 19. Jahrhunderts gestanden habe, ist heute klar, die Weimarer Republik war ihrer Zeit voraus, weil sie die Voraussetzungen der erst nach dem 2. Weltkrieg weltweit entstandenen gesellschaftlichen und rechtlichen Institutionen schuf. Das lässt sich an deren Sozialstaatsdenken erweisen.

### 3. Ausblick auf die weiteren Erörterungen

Der wohlfahrtsstaatliche und emanzipatorische Auftrag war pointiert und originell in der Weimarer Reichsverfassung vorgezeichnet (II) und fand eindrucksvolle Interpretationen (III). Sie konnten aber den geräuschvollen Einwänden ihrer Kritiker nicht die Stirn bieten (IV), deren Ansichten wirkten aber mächtig in der Nachkriegszeit und damit auch in die Gegenwart nach (V).

## II. Soziale Bestimmung der Weimarer Republik

### 1. Revolution – Neubeginn zwischen Kontinuität und Enttäuschung

Die Weimarer Republik entstand am Ende des Ersten Weltkriegs. Er brachte vordem unbekannte und unvorstellbare Zerstörungen hervor und ließ eine sozial und politisch tief gespaltene Gesellschaft zurück. Tod und Verwundung, Hunger und Mangel und dessen bürokratische Verwaltung prägten das Leben der Menschen.<sup>1</sup> Die Weimarer Republik beendete einen opfer- und entbehrungsreichen Krieg.

Sie wurde am 9. November 1918 in Berlin vor dem Reichstag ausgerufen. Dies geschah durch den damaligen Staatssekretär im Kabinett des Reichskanzlers und Vorsitzenden der sozialdemokratischen Reichstagsfraktion Philipp Scheidemann im unmittelbaren Anschluss an die Bekanntgabe des Thronverzichts des Kaisers. Die Republik beendete mit einem bedingungslosen Waffenstillstand einen zerstörerischen und aussichtslosen Krieg, bei dem bis zum Schluss umstritten blieb, ob er zur Verteidigung oder Eroberung geführt wurde.

Die Gesellschaft des Kaiserreichs war eine Klassengesellschaft – nicht nur in Kapital und Arbeit, sondern auch in zahlreiche Untergruppen der Arbeiterschaft, der Angestellten, Beamten, Händler, Handwerker untergliedert, aber auch in Nord und Süd, Ost und West, Stadt und Land

gespalten. Darin nahmen Militär und Adel eine Sonderstellung ein. Trotz der Spaltung war die Gesellschaft durch die Legitimität des Staates, bürgerliche Werte und den allen nützenden wirtschaftlichen Erfolg verbunden.<sup>2</sup>

Die armen Bevölkerungsschichten trugen die menschlichen Opfer und wirtschaftliche Einbußen des Krieges, wogegen die Wohlhabenden in und von ihm profitierten.<sup>3</sup> Lebensmittelknappheit, Teuerung und Erhöhung der Arbeitsbelastungen mündeten spätestens 1917 bei der Zivilbevölkerung wie den Soldaten in eine grassierende Erschöpfung. Daraus erwuchs die Sehnsucht nach Frieden.<sup>4</sup> Nach zunächst vergeblichen Bemühungen um einen Friedensschluss veränderten spätestens der Eintritt der USA in den Krieg und der 14-Punkte-Plan ihres Präsidenten Woodrow Wilson für einen Frieden auf der Basis des Selbstbestimmungsrechts der Völker und der Demokratie die militärische wie politische Lage von Grund auf.

Im September 1918 gelangte die von den Generälen Ludendorff und Hindenburg geführte Oberste Heeresleitung zu der späten Erkenntnis, dass Deutschland die militärischen Mitteln fehlten, um seine Gegner noch zu bezwingen, sondern unmittelbar vor einer nicht mehr abwendbaren militärischen Niederlage stehe. Deshalb drang sie geradezu panikartig und unter Flucht aus der eigenen Verantwortung<sup>5</sup> auf die unmittelbare Neubildung einer Reichsregierung, welche die daraus erwachsenden Folgen auf sich nehmen möge.<sup>6</sup>

Es kam zur Bildung einer sich auf die Zustimmung der seit 1917 im Reichstag zusammenarbeitenden Fraktionen der Sozialdemokratie, dem Zentrum und den Fortschrittliberalen stützenden, von Prinz Max von Baden geführten und Minister aus den genannten Fraktionen in sich aufnehmenden Reichsregierung. Ihre Aufgabe lag in dem Waffenstillstand, der Demobilmachung und der Bewältigung der Kriegsfolgen. Unmittelbar vor Ausrufung der Republik ernannte Max von Baden Friedrich Ebert, Vorsitzender der Mehrheits-

1 Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Bd. 2: Machtstaat vor der Demokratie, München 1998, S. 850 ff.

2 Nipperdey, *Deutsche Geschichte 1866–1918*, Bd. 1: Arbeitswelt und Bürgergeist, München 1998, S. 414–427.

3 Büttner, *Die überforderte Republik, 1918–1933*, Bonn 2008, S. 21 ff.

4 Leonhard, *Die Büchse der Pandora, Geschichte des Ersten Weltkrieges*, 4. Aufl., München 2014, S. 800 ff.

5 Hoegner, *Die verrätene Republik, Deutsche Geschichte 1919–1933*, München 1979, S. 33; Nipperdey, *Deutsche Geschichte Bd. 2* (Fn. 1), S. 863.

6 Hoegner (Fn. 5), S. 19 ff.; Büttner (Fn. 3), S. 31 ff.; Leonhard (Fn. 4), S. 873 ff.; Nipperdey, *Deutsche Geschichte Bd. 2* (Fn. 1), S. 861 ff.

sozialdemokratie, zum Reichskanzler und verschaffte damit der ersten Regierung der Republik einen Hauch von Legitimitätsbegründender Kontinuität.<sup>7</sup> Die Revolution von oben sollte der Revolution von unten zuvorkommen.<sup>8</sup>

Ende Oktober kam es zu einer parlamentarischen Legitimierung der Reichsregierung durch deren Bindung an das Vertrauen des Reichstages; dies geschah sehr spät – für das Kaiserreich zu spät! Angesichts des nach der Russischen Revolution ausgebrochenen Bürgerkrieges und des mit dem sich abzeichnenden Krieg eingetretenen wirtschaftlichen Verfalls versuchte die deutsche Politik nach dem 9. November 1918 die vor dem Waffenstillstand aufgekommene revolutionäre Bewegung der Arbeiter- und Soldatenräte zu mäßigen und auf die Ziele einer demokratischen und sozialen Revolution zu verpflichten. Die Sozialdemokratie wurde zur »getriebenen und treibenden Kraft«<sup>9</sup> zugleich.

Es gelang, dem sich seit Ausrufung der Republik aus mehrheits- und unabhängigen Sozialdemokraten gebildeten Rat der Volksbeauftragten, die revolutionäre Bewegung der Arbeiter- und Soldatenräte zu kanalisieren, die Demobilisierung wie die Umstellung von Kriegs- auf Friedensproduktion in die Wege zu leiten, und die elementaren Forderungen der Arbeiterschaft nach Einführung des Acht-Stundentages und einer kollektiven Festsetzung von Löhnen und Arbeitsbedingungen zu verwirklichen.<sup>10</sup>

Der Rat der Volksbeauftragten organisierte schließlich die Wahlen zur Nationalversammlung. Im Januar 1919 ging daraus mit einer Dreiviertel-Mehrheit die aus Mehrheitssozialdemokratie, Zentrum und Deutsche Demokratische Partei gebildete Weimarer Koalition hervor. Die Rechte (DVP und DNVP) erreichte nur 15 % der Sitze. Die Sozialdemokratie, welche sich bereits im Kaiserreich zu einer parlamentarischen, reformsozialistischen Bewegung entwickelte, in deren Mittelpunkt der Staat als Träger sozialer Reformen die Ziele der umfassenden Teilhabe aller, namentlich der Arbeiterschaft, sichern sollte, machte diese nun zur »Staatspartei schlechthin«.<sup>11</sup> Sie leitete das »Ideal, den Staat zu dem werden zu lassen, was er seinem sittlichen Zweck hätte sein müssen«.<sup>12</sup> Sie konnte sich »alles sozialistische Werden nur für, mit, durch den Staat vorstellen«.<sup>13</sup>

Die Nationalversammlung konstituierte sich am 2. Februar 1919 in Weimar, weil Berlin Ziel von Aufständen war. Sie wählte Friedrich Ebert zum Reichspräsidenten und Philipp Scheidemann zum Reichskanzler. Ihre zentralen Aufgaben lagen in der Beratung und Verabschiedung der Verfassung und des Friedensvertrages von Versailles.

Die Republik hatte damit einen Neuanfang gewagt, der freilich in Verwaltung, Justiz, Militär und Wirtschaft auf die aus dem Kaiserreich überkommenen Beschäftigten und Strukturen stützte und zugleich die an die Revolution gerichteten Hoffnungen der aufbegehrenden Arbeiter und Soldaten in vielem und vielfach enttäuschte. Daraus entstand ein Gründungsfehler, – nämlich zwischen den rechten und linken Gegnern der Republik stehend – unablässig um Zustimmung im Einzelfall wie im Grundsatz nachsuchen zu müssen.

Die Republik scheiterte schließlich an einer sich schon im Kaiserreich entfalteten Grundhaltung, in der sich ein aggressiver Nationalismus, Pangermanismus und Antisemitismus, eine nationalistische Volkstumsideologie und Herrenmoral antiliberaler, antimarxistischer und antipazifistischer Ausrichtung zusammenfanden sowie an kommunistischen Widersachern, die in der Nachfolge Lenins jede Reform als Verrat an den Zielen des Marxismus anprangerten.<sup>14</sup>

## 2. Soziale Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung

Anlässlich der Beratungen der Nationalversammlung über die Verfassung kam es zu Veränderungen im Hinblick auf die Grundrechte. Während der von Hugo Preuss auf Bitten Reichspräsident Eberts ausgearbeitete Entwurf keine Grundrechte vorsah, weil die 1848er Revolution politisch auch daran gescheitert war, dass sich die Verabschiedung der Verfassung unter dem Streit über die Abfassung der

7 Büttner (Fn. 3), S. 30; Böckenförde in: ders. (Hrsg.), *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt aM. 1991, S. 306 ff.: Revolution erscheint als »Konsolidierung und Erhaltung der staatlichen Einheit« (S. 318); Hoegner (Fn. 5), S. 29; Nipperdey, *Deutsche Geschichte Bd. 2* (Fn. 1), »das war Kontinuität in der Revolution«.

8 Nipperdey, *Deutsche Geschichte Bd. 2* (Fn. 1), S. 863; Troeltsch, *Die Fehlgurt einer Republik*, Spektator in Berlin 1918 bis 1922, Frankfurt aM. 1994, S. 6 f.; Apelt, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, München 1946, S. 37.

9 Gusy, *Die Weimarer Reichsverfassung*, Tübingen 1997, S. 15.

10 Herbert, *Geschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert*, München 2014, S. 177 ff.

11 Schumacher, *Der Kampf um den Staatsgedanken in der deutschen Sozialdemokratie*, (zugl. Münster, Univ., Diss. 1920), Stuttgart ua. 1973, S. 92; vgl. auch Bernstein, *Die Voraussetzungen des Sozialismus und die Aufgaben der Sozialdemokratie*, 2. Aufl., Berlin ua. 1921.

12 Schumacher (Fn. 11), S. 92.

13 Ebd., S. 126.

14 Broszat, *Die deutschen Eliten auf dem Weg in den 2. Weltkrieg*, München 1989, S. 32–46.

Grundrechte ungebührlich verzögerte und die deutsche Einheit und eine liberale Verfassung nicht mehr verwirklicht werden konnten, drängte Ebert für die Weimarer Reichsverfassung (WRV) auf Grundrechte.

Erste Vorschläge dazu bewegten sich in dem von der Entwicklung der Grundrechte des 19. Jahrhunderts gezogenen Rahmen der bürgerlichen und politischen Rechte.<sup>15</sup> Auf Betreiben des fortschrittliberalen Friedrich Naumann erhielten die Grundrechte schließlich eine Gestalt, welche sie als eine der ersten Verfassungen der Welt mit umfassenden sozialen Grundrechten ausstattete; nur Mexiko und Finnland hatten zuvor schon 1917 solche ähnlich in ihre Verfassungen aufgenommen.

Friedrich Naumann wollte die Republik zum »Volksstaat«<sup>16</sup> machen; er sollte in der Verfassung einen angemessenen Ausdruck finden<sup>17</sup>. Demgemäß sollte von den Grundrechten eine »volkspädagogische Wirkung«<sup>18</sup> ausgehen und die Verfassung als »volkstümlicher Staatskatechismus«<sup>19</sup> wirken. In seinem »Versuch volksverständlicher Grundrechte«<sup>20</sup> lautete eine Forderung: »Deutschland muss trotz seiner Armut sozialpolitisch ein Vorbild der Welt bleiben und werden«<sup>21</sup>. Die Verfassung möge das »soziale Zeitalter« formen, um das Volk »in seinen Gruppenindividuen vor sich zu sehen und diese Gruppenindividuen als solche in ihrer Gleichberechtigung zu erkennen«<sup>22</sup>. Die Verfassung solle »eine Art Verständigungsfriede zwischen Kapitalismus und Sozialismus«<sup>23</sup> werden und »das neue ›soziale Grundrecht‹ müsse ein Staatsbekenntnis, ein ›soziales Staatsidealk‹ enthalten«<sup>24</sup>. Demgemäß enthält die WRV zahlreiche Bestimmungen und Maximen sozialpolitischen Gehalts. Deren Präambel nennt Freiheit, Gerechtigkeit, inneren und äußeren Frieden und enthält die an den Staat gerichtete Verpflichtung, »den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern«.

In deren 5. Abschnitt »Das Wirtschaftsleben« ist bestimmt: »Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern« (Art. 151 WRV). Ferner war darin vorgesehen: »Die Arbeitskraft steht unter dem besonderen Schutz des Reichs. Das Reich schafft ein einheitliches Arbeitsrecht.« (Art. 157 WRV) »Zur Erhaltung der Gesundheit und Arbeitsfähigkeit, zum Schutz der Mutterschaft und zur Vorsorge gegen die wirtschaftlichen Folgen von Alter, Schwäche und Wechselfällen des Lebens

schafft das Reich ein umfassendes Versicherungswesen unter maßgebender Mitwirkung der Versicherten.« (Art. 161 WRV) »Der selbständige Mittelstand in Landwirtschaft, Gewerbe und Handel ist in Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern und gegen Überlastung und Aufsaugung zu schützen« (Art. 164 WRV). »Die Arbeiter und Angestellten sind dazu berufen, gleichberechtigt in Gemeinschaft mit den Unternehmern an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte mitzuwirken. Die beiderseitigen Organisationen und ihre Vereinbarungen werden anerkannt. Die Arbeiter und Angestellten erhalten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen gesetzliche Vertretungen in Betriebsarbeiterräten sowie in nach Wirtschaftsgebieten gegliederten Bezirksarbeiterräten und in einem Reichsarbeiterrat« (Art. 165 WRV).

Mit besonderem Nachdruck nahm sich die Verfassung der Anliegen und Belange der Jugend an: In Art. 119 Abs. 2 WRV war die Förderung der Familien einschließlich der ausgleichenden Fürsorge für Kinderreiche vorgesehen; die Unterrichts- und Lernmittelfreiheit (Art. 145 Abs. 3 WRV) war vorgesehen. Weiter heißt es: »Den unehelichen Kindern sind durch die Gesetzgebung die gleichen Bedingungen für ihre leibliche, seelische und gesellschaftliche Entwicklung zu schaffen wie den ehelichen Kindern« (Art. 121 WRV). »Die Jugend ist gegen Ausbeutung sowie gegen sittliche, geistige oder körperliche Verwahrlosung zu schützen. Staat und Gemeinde haben die erforderlichen Einrichtungen zu treffen« (Art. 122 WRV). »Für den Zugang Minderbemittelter zu den mittleren und höheren Schulen sind durch

15 Pauly, Grundrechtslaboratorium Weimar, Tübingen 2004, S. 25 ff.

16 Naumann, Auf dem Weg zum Volksstaat, Rede vor dem Deutschen Reichstag vom 15. Mai 1917, Verhandlungen der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336, S. 171 ff., 176 ff.; Huber, FS Wieacker, 1975, S. 384.

17 Eichenhofer, in: ders. (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – was ist geblieben?, Tübingen 1999, S. 207, 211.

18 Naumann, Rede in der Nationalversammlung vom 31. Juli 1919.

19 Ebd.

20 Naumann, Verhandlungen der Verfassunggebenden Deutschen Nationalversammlung, Bd. 336, Anlagen zu den stenographischen Berichten, Nr. 391 (120), S. 171 ff.

21 Pauly (Fn. 15), S. 31.

22 Ebd., S. 32.

23 Naumann (Fn. 20), S. 180

24 Pauly (Fn. 15), S. 33.

Reich, Länder und Gemeinden öffentliche Mittel bereitzustellen, insbesondere Erziehungsbeihilfen für die Eltern von Kindern, die zur Ausbildung auf mittleren und höheren Schulen für geeignet erachtet werden, bis zur Beendigung ihrer Ausbildung« (Art. 146 Abs. 3 WRV). Diese Regeln formulierten die gesellschaftspolitischen Leitlinien der katholischen Soziallehre, des Linksliberalismus und des Reformsozialismus in der Nachfolge Ferdinand Lassalles<sup>25</sup> und umschrieb damit das Weimarer Sozialstaatsprogramm.<sup>26</sup> Es zielte nicht auf eine »marktwirtschaftlich modifizierten Sozialismus, sondern auf eine sozialstaatlich modifizierte Marktwirtschaft«. <sup>27</sup> In seiner Verknüpfung von Rechten und Pflichten steht die Weimarer Reichsverfassung in der Tradition Hegels getreu der Maxime: »Der Mensch hat durch das Sittliche insofern Rechte, als er Pflichten, und Pflichten, insofern er Rechte hat«. <sup>28</sup>

In der Rezeption der Verfassung dominierte die unverholene Ablehnung.<sup>29</sup> Die Verfassung enthalte eine Anhäufung von Selbstverständlichkeiten, Parteiprogrammen, Blankett-Erklärungen oder unauflösbaren Widersprüchen zwischen Unvereinbarem.<sup>30</sup> Die Rechtsprechung des Reichsgerichts erkannte der Koalitionsfreiheit nur eine individuelle, keine kollektive Wirkung zu<sup>31</sup> und befand, dass aus den Bestimmungen über die überbetriebliche Mitbestimmung der Arbeitnehmer<sup>32</sup> oder zur Bodenreform<sup>33</sup> trotz der prinzipiell anerkannten Verbindlichkeit der Verfassung gegenüber dem Gesetzesrecht<sup>34</sup> keine Rechtswirkungen entfalteteten.

Für Hans Kelsen war die Weimarer Reichsverfassung hingegen die »demokratischste Verfassung der Welt«; in ihr sei der »deutsche Staat wirklich das deutsche Volk«. <sup>35</sup> Zugleich konstatierte er an deren Ende: »Keine Verfassung der Welt, die ihrem Volk so fremd wäre wie diese, keine, der ein so großer Teil des Volkes so kalt und gleichgültig und ein noch größerer mit so viel Hass und Verachtung gegenübersteht«. <sup>36</sup>

Die in der Verfassung ausgesprochenen sozialen Garantien wurden weit überwiegend nicht verwirklicht; sie galten aber dennoch als deren stabiles Element, weil sie die Solidarität als staatliches Grundprinzip formulierten.<sup>37</sup> War noch im Kaiserreich die soziale Aufgaben als Teil der staatlichen Schutzfunktion behandelt worden,<sup>38</sup> sollte in den Verfassungsbestimmungen die soziale Ausrichtung der Republik als Zielvorstellung ihren Ausdruck und Niederschlag finden<sup>39</sup>. In der rechtswissenschaftlichen Arbeit ging es primär um die Einheit des Staates, die Reichsreform, den Parteienstaat und die Notstandsverfassung.<sup>40</sup>

### 3. Schwacher später Widerhall: Von deutscher Republik (Thomas Mann)

Thomas Mann hielt anlässlich des 60. Geburtstages Gerhart Hauptmanns (1922) den Festvortrag »Von deutscher Republik«. <sup>41</sup> Er wurde zu einem der wenigen nachdrücklichen öffentlichen Bekenntnisse deutscher Intellektueller zur Weimarer Republik. In dem Text rückt Thomas Mann auch von den Thesen ab, mit welchen er noch während des Ersten Weltkrieges in den »Betrachtungen eines Unpolitischen« <sup>42</sup> hervorgetreten war. Darin propagierte er – reichlich elitär – einen Gegensatz von Kultur und Politik und konstatierte vor allem einen unüberwindlichen Unterschied zwischen der deutschen und der westlichen Kultur.

In dem Vortrag wird die Republik nun als »innere Tatsache« <sup>43</sup> bezeichnet, die den Staat in die Hände jedes Einzelnen legt<sup>44</sup>: In der Republik ist »der Staat [...] unser aller Angelegenheit geworden« und kein »Geschöpf der Niederlage und der Schande«. <sup>45</sup> Darin vereinigt sich Kultur mit

25 Gusy (Fn. 9), S. 342 ff.; Huber (Fn.16) S. 384 f., S. 387 ff.

26 Huber, Deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. 6: Die Weimarer Reichsverfassung, Stuttgart ua. 1993, S. 1031.

27 Ebd., S. 1032.

28 Hegel, Grundlinien einer Philosophie des Rechts, Berlin 1821, § 155.

29 Pauly (Fn. 15), S. 63 ff.

30 Kirchheimer, Von der Weimarer Republik zum Faschismus, Frankfurt aM. 1976.

31 RGZ 111, 199.

32 RGZ 113, 33, 37.

33 RGZ 111, 326.

34 RGZ 107, 264; 121, 285; 111, 320, 326; RG, JR 1926, 578.

35 Kelsen, Verteidigung der Demokratie, in ders., Demokratie und Sozialismus, Wien 1967, S. 60.

36 Ebd.

37 Volkmann, Solidarität-Programm und Prinzip der Verfassung, Tübingen 1998, S. 177–183; Völtzer, Der Sozialstaatsgedanke in der Weimarer Reichsverfassung, Frankfurt aM. 1992, (zugl. Freiburg/Br., Univ., Diss. 1992), S. 284 ff.

38 Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl., München/Leipzig 1919, § 216.

39 Apelt (Fn. 8), S. 352 f.

40 Stollis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 3. Bd., München 1999, S. 101–108.

41 Mann, Von deutscher Republik, in: ders., Von deutscher Republik, Frankfurt aM. 1984, S. 115.

42 Mann, Betrachtungen eines Unpolitischen (1918), Frankfurt aM. 1968.

43 Mann, Betrachtungen eines Unpolitischen (Fn. 42), S. 127.

44 Ebd., S. 128.

45 Ebd., S. 130.

Zivilisation,<sup>46</sup> weil sie das Staatsvolk und das Wohl der Bürger miteinander verknüpft und sich beide vielfach wechselseitig befördern.<sup>47</sup> »Deutsch [...] ist jedenfalls der Instinkt eines staatsbildenden Individualismus, die Idee der Gemeinschaft bei Anerkennung der Menschheit in jedem ihrer Einzelglieder, die Idee der Humanität, die wir innerlich menschlich und staatlich, aristokratisch und sozial zugleich nannten, und die von der politischen Mystik des Slawentums gleich weit entfernt ist wie vom anarchischem Radikal-Individualismus eines gewissen Westens, die Vereinigung von Freiheit und Gleichheit, die »echte Harmonie«, mit einem Worte: die Republik.«<sup>48</sup> Für Thomas Mann bedeutet die Republik die Versöhnung von Kultur und Politik, Gemeinschaft und Gesellschaft, Nation und Volk<sup>49</sup>: »Die Politisierung der Volksidee, die Hinüberleitung des Gemeinschaftsbegriffs ins gesellschaftlich – sozialistische würde die wirksame, innere und geistige ›Demokratisierung‹ Deutschlands bedeuten.«<sup>50</sup>

In der Deutung des Niedergangs der Weimarer Republik stehen sich unterschiedliche Interpretationen gegenüber. Manche sehen die NS-Herrschaft als Modernisierung<sup>51</sup>; für andere war die Ablösung der Weimarer Republik durch das NS-Regime als Überwindung der Modernisierungstendenzen des Staates durch die traditionelle Gesellschaft,<sup>52</sup> der mit Hegel verbundene Anspruch einer durch staatliche Reformpolitik von oben angestoßene Befreiung der Menschen durch politische Veränderungen habe namentlich in der Weimarer Republik seinen markanten Ausdruck gefunden.<sup>53</sup>

### III. Juristen als Denker des Sozialstaats

#### 1. Gustav Radbruch

Der während der Weimarer Republik in der Sozialdemokratie als Reichstagsabgeordneter wirkende und 1921–1922 sowie 1923 amtierender Reichsminister der Justiz auch politisch aktive Gustav Radbruch<sup>54</sup> (1878–1949) entwarf eine Theorie des sozialen Rechts. Sie bestimmte die Unzulänglichkeiten der aus dem 19. Jahrhundert überkommenen bürgerlichen Rechtsordnung und entwickelte ein neues Leitbild von Recht. In ihm erscheinen sich die durch die Weimarer Republik ergriffenen Reformen als Ausdruck eines neuen Bildes vom Menschen und eines veränderten Verständnisses von Gerechtigkeit. Seine Überlegungen basieren auf einer rechtsphilosophischen Positionsbestimmung,

namentlich der zeitlichen Diagnose des sich zum Sozialen wandelnden Rechts, die wesentlich das Menschenbild, die Gleichheit und die Rechtsformen betreffen.

Diese Deutung erklärt sich zunächst aus Radbruchs Sicht auf das Recht: »Recht ist Menschenwerk und kann wie jedes Menschenwerk nur aus einer Idee begriffen werden. Recht ist Kulturerscheinung, d.h. wertbezogene Tatsache.«<sup>55</sup> Die »letzten Sollenssätze« sind »nicht der Erkenntnis, sondern nur des Bekenntnisses fähig.«<sup>56</sup> »Recht ist die Wirklichkeit, die den Sinn hat, dem Rechtswerte, der Rechtsidee zu dienen.«<sup>57</sup>

Das soziale Recht war zunächst eine Kritik an den Unzulänglichkeiten einer individualistischen Rechtsordnung. Das »soziale Recht stellt sich als Sieg der Billigkeit über erstarrte Gerechtigkeit«<sup>58</sup> dar. Es trägt ein »sozialer Individualismus«,<sup>59</sup> welcher der Kritik an dem auf rechtsformaler Gleichheit folgenden Individualismus entsprang: »Die für alle gleiche Eigentümerfreiheit gestaltete sich in der gesellschaftlichen Wirklichkeit für den Eigentümer an Produktionsmitteln aus einer bloßen Herrschaft über Sachen zu einer Herrschaft über Menschen, für die besitzlosen Klassen aber zur Eigentumshörigkeit. Die für alle gleiche Vertragsfreiheit wird für die Besitzenden zur Diktatfreiheit, für die Besitzlosen zu wehrloser Diktatunterworfenheit.«<sup>60</sup>

46 Mann, in: ders., Von deutscher Republik (Fn. 41), S. 259.

47 Mann, Betrachtungen eines Unpolitischen (Fn. 42), S. 144.

48 Ebd., S. 142.

49 Mann, in: ders. (Fn. 41), S. 261–269.

50 Ebd., S. 268.

51 Dahrendorf, Gesellschaft und Demokratie in Deutschland, München 1966.

52 Clark, Preussen, Aufstieg und Niedergang, 3. Aufl., München 2008, S. 741.

53 Ebd., S. 700 f.

54 Geb. 1878 in Lübeck, Studium in München, Leipzig und Berlin (1898–1901), danach Staatsprüfung, Promotion und Habilitation (1903), Privatdozent an der Universität Heidelberg 1903–1910, danach apl. Professor, 1914 Ruf nach Königsberg, 1914 freiwilliger Krankenpflege-Dienst, 1915–1918 Soldat, 1919 Ruf nach Kiel, 1926 Rückkehr nach Heidelberg, 1933 Entlassung, 1939 und 1942 Tod der beiden Kinder Renate und Anselm, 1945 Rehabilitierung, Neuaufbau der Heidelberger Juristenfakultät, 1949 in Heidelberg gestorben (Radbruch, Der innere Weg, Aufriss meines Lebens, 2. Aufl., Göttingen 1961; zu Radbruch: Kleinheyer/Schröder (Hrsg.), Deutsche Juristen aus fünf Jahrhunderten, 3. Aufl., München 1989, S. 228.

55 Radbruch, Rechtsphilosophie, Stuttgart 1970, S. 95.

56 Ebd., S. 100.

57 Ebd., S. 123.

58 Ebd., S. 163.

59 Ebd., S. 162.

60 Ebd., S. 162 f.



Aus dieser Kritik entstand das sozial gestaltende Recht, das sich ab den konkreten Lebenslagen des Menschen ausrichtet. Es wird von Radbruch »soziales Recht« genannt. Dieses kennzeichnete er 1930: »Wir erleben von vielen nicht gewusst und nicht bedacht, eine epochale Umwandlung unseres Rechts, eine juristische Zeitenwende von nicht geringerer Bedeutung als Rezeption und Naturrecht. ›Die Zeit ist gekennzeichnet durch den Übergang vom individualistischen zum sozialen Zeitalter‹ [...]. Aber wir begreifen die sozialrechtliche Entwicklung nicht in ihrer Tiefe, wenn wir unter sozialem Recht lediglich ein Recht verstehen, das sich Sicherheit und Wohlfahrt der wirtschaftlich Schwachen fürsorglich angelegen sein lässt. Das soziale Recht beruht vielmehr auf einer Strukturwandlung allen Rechtserkennens, auf einem neuen Begriff des Menschen: Soziales Recht ist nicht nur ein Recht, das auf das individualitätslose, seiner Eigenart entkleidete, auf das als vereinzelt gedachte, seiner Vergesellschaftung enthobene Individuum zugeschnitten ist, sondern auf den konkreten und vergesellschafteten Menschen.«<sup>61</sup>

Ein auf konkrete gesellschaftliche Rollen – Arbeiter, Unternehmer, Angestellte<sup>62</sup> – zielendes Recht zeige Macht- und Ohnmacht des Einzelnen auf: Nur diese Einsicht erlaube, sie zu überwinden. Dadurch veränderten sich aber nicht nur einzelne Bestimmungen des Rechts, sondern dessen grundlegende Leitbilder: »Während dem individualistischen Recht der Gedanke der Gleichheit zugrunde liegt, ist das soziale Recht auf den Gedanken der Ausgleichung gegründet. Dort herrscht die kommutative, hier die distributive Gerechtigkeit.«<sup>63</sup>

»Die Sozialisierung der Rechtsordnung bedeutet, dass das Recht immer mehr aus der Herrschaft der ausgleichenden unter die Herrschaft der austeilenden Gerechtigkeit tritt. Sie bedeutet keineswegs, das, was man bisher Recht nannte, aus dem Bereiche der Gerechtigkeit, d.h. der Gleichheit überhaupt herausträte, sondern daß an die Stelle der abstrakten Gleichheit von Leistung und Gegenleistung der sie austauschenden Menschen immer mehr die verhältnismäßige Gleichheit tritt, die je nach seiner Eigenart und Lage, seiner Leistung und seiner Bedürftigkeit jeden verschieden, aber doch alle nach einem und demselben Maßstab behandelt.«<sup>64</sup> Ein solches Freiheitsverständnis ist nicht auf den »aus der Gemeinschaft losgelösten Übermenschen, sondern die Persönlichkeit in Gemeinschaft«<sup>65</sup> ausgerichtet; es folgt einem »Individualismus, der die Tatsache der Masse in sich aufgenommen und verarbeitet hat.«<sup>66</sup> »Der Gedanke des sozialen Rechts bedeutet nicht nur ein Sonderrecht für Minderbe-

mittelte sondern eine andere Stilform des Rechts überhaupt.«<sup>67</sup> »Das soziale Recht ist das Ergebnis einer neuen Auffassung vom Menschen im Recht.«<sup>68</sup>

In seiner »Rechtsphilosophie«<sup>69</sup> entwarf er eine rechtsphilosophische Parteienlehre, in der die unterschiedlichen parteipolitischen Strömungen: Anarchismus, Liberalismus, Konservatismus oder Marxismus – durch die sie prägenden unterschiedlichen Leitvorstellungen vom Menschen<sup>70</sup> beschrieben werden. Anarchismus und Liberalismus werden danach vom »isolierten Individuum« geleitet, das von konkreten gesellschaftlichen Bindungen des Menschen absieht und daher auf das »individualitätslose Individuum« ausgerichtet sei.<sup>71</sup> Ihr steht die konservative überindividualistische Haltung gegenüber, in der jeder einzelne Mensch primär als ein Teil eines Ganzen (Staat, Volk, Klasse) gesehen wird. Das Recht stehe vor der grundlegenden Aufgabe, einen der sozialen Wirklichkeit gemäßen juristischen Menschentypus seinen Regelungen zugrunde zu legen.<sup>72</sup> Vor diesem Hintergrund sei »der sozial gebundene, der kollektive Mensch als Grundlage des sozialen Rechts«<sup>73</sup> zu betrachten.

»Grundgedanken des sozialen Rechts ist nicht mehr der Gedanke der Gleichheit der Personen, sondern der Gedanke der Ausgleichung zwischen ungleichen Personen.«<sup>74</sup> Denn Gleichheit habe keinen intrinsischen ethischen Gehalt: »Gleichheit ist immer nur Absehen von vorhandener Ungleichheit unter einem bestimmten Gesichtspunkte.«<sup>75</sup> Das soziale Recht sei demnach durch vier Eigenheiten gekennzeichnet:<sup>76</sup> es mache »zunächst hinter der nivellie-

61 Radbruch, Vom individualistischen zum sozialen Recht, in: ders., Der Mensch im Recht, 3. Aufl., Göttingen 1957, S. 35, 37.

62 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 55), S. 163.

63 Radbruch, Der Mensch im Recht, in: ders., Der Mensch im Recht (Fn. 61), S. 39.

64 Ebd., S. 13, 17.

65 Radbruch, Kulturlehre des Sozialismus (1927), Berlin 1949.

66 Radbruch, Neue Blätter für den Sozialismus 1932, 8, 13.

67 Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., Göttingen 1959, § 33 I.

68 Ebd., § 33 I.

69 Radbruch, Rechtsphilosophie, 7. Aufl., Stuttgart 1970, § 8.

70 Radbruch, Der Mensch im Recht, in: ders., Der Mensch im Recht (Fn. 61), S. 3.

71 Ebd., S. 159.

72 Ebd., S. 16.

73 Radbruch, Vorschule der Rechtsphilosophie (Fn. 67), § 33 V.

74 Ebd.

75 Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 55), S. 126.

76 Radbruch, Vom individualistischen zum sozialen Recht, in: ders., Der Mensch im Recht (Fn. 61), S. 39.

renden Abstraktion des Personenbegriffs die individuelle Eigenart, die soziale Macht- und Ohnmachtsstellung sichtbar«; dadurch werde »die Stützung sozialer Ohnmacht und die Schrankenziehung gegen soziale Übermacht möglich«. Statt Gleichheit herrsche Ausgleich, statt kommutativer distributive Gerechtigkeit vor. »Auch die privateste Rechtsbeziehung« erscheint schließlich als »ein gesellschaftliches Verhältnis«. Soziales Recht begründe daher wieder den Einklang zwischen »Rechtsform und Rechtswirklichkeit«.

»Kennzeichen für das soziale Recht ist die Publizierung des Privatrechts, das Eingreifen des öffentlichen Rechts bisher reine Privatrechtsverhältnisse, z.B. in der Mieterschutzgesetzgebung, Wohnraumbewirtschaftung, Preisüberwachung«. <sup>77</sup> Es komme auf diese Weise zu einer »Durchwachsung des privaten und öffentlichen Rechts« <sup>78</sup> oder »Publizierung des Privatrechts«. <sup>79</sup> Sozialrechtliches Denken im Strafrecht bedeute das Verbrechen als soziale Erscheinung, antisoziale Handlung und sozial bedingtes Verhalten verstehen. Demensprechend sei es auf die »Besserung der Besserungsfähigen und die Sicherung vor den Unverbesserlichen« auszurichten. <sup>80</sup>

## 2. Hugo Sinzheimer

Hugo Sinzheimer (1875–1945) <sup>81</sup> trat zunächst als Analytiker des sich entwickelnden Arbeits- und namentlich des Tarifrechts hervor und hat danach das kollektive Arbeitsrecht durch politische Arbeit in der Nationalversammlung und als Autor beeinflusst; in der zweiten Phase der Weimarer Republik entwickelte er sich zu einem genauen Beobachter und Kritiker der Justiz. Nachdem Philipp Lotmar <sup>82</sup> aus der kollektiven Verbindung der Arbeitnehmer auch eine kollektive Verbindlichkeit der Gesamtarbeitsverträge folgerte, widersprach dieser Deutung Hugo Sinzheimer, weil dem Tarifvertrag diese Wirkung als Akt sozialer Selbstbestimmung nur durch gesetzgeberische Anordnung zugemessen werden könne. Er erklärte sich demgemäß für ein Tarifgesetz aus der Überlegung: »Das Zeitalter des Individuums stirbt ab. Nicht mehr die einzelnen sind es, die fähig sind, ihre Verhältnisse frei zu bestimmen. An ihre Stelle treten in wachsendem Maße die Organisationen, die das soziale Dasein des einzelnen regeln. Diesen neuen Kräften müssen Recht und Staat, Sitte und Politik Rechnung tragen«. <sup>83</sup>

Als Mitglied der Nationalversammlung und Berichterstatter für die Wirtschaftsverfassung betonte er während der Verfassungsberatungen die »sozioökonomische Grund-

lage der Grundrechte« und fragte, welche Bedeutung den Grundrechten gegenüber den sozialen Mächten zukomme. <sup>84</sup> Er hat namentlich die in Art. 165 WRV enthaltene Räteverfassung maßgeblich bestimmt <sup>85</sup> und wurde zu einem der führenden Autoren der von Gustav Radbruch angeregten und vom Republikanischen Richterbund herausgegebenen Zeitschrift »Die Justiz« – welche von 1925 bis 1933 erschienen ist. <sup>86</sup>

Recht ist nicht primär technisch zu begreifen, sondern angemessen nur im Hinblick auf seine menschlichen, kulturellen und sozialen Wirkungen zu verstehen: »Wir fragen, ob unser Recht überhaupt noch mit den großen Kulturleistungen unserer Zeit zusammenhängt«. <sup>87</sup> »Die alten Grundlagen des Rechts sind erschüttert und neue Grundlagen noch nicht gefunden«. <sup>88</sup> »Nur wenn auch der Jurist sich ganz in den Wind und das Wetter dieser Zeit stellt, kann er ihrem Geist gerecht werden«. <sup>89</sup>

<sup>77</sup> Radbruch, Rechtsphilosophie (Fn. 55), S. 102.

<sup>78</sup> Radbruch, Vom individualistischen zum sozialen Recht, in: ders., Der Mensch im Recht (Fn. 61), S. 40.

<sup>79</sup> Ebd.

<sup>80</sup> Radbruch, Autoritäres oder soziales Strafrecht, in: ders., Der Mensch im Recht (Fn. 61), S. 63, 67, 68, 70.

<sup>81</sup> In Worms geboren, Studium der Rechte und der Volkswirtschaftslehre in München, Berlin, Freiburg/Br., Marburg und Halle, 1901 Promotion in Heidelberg, seit 1903 wirkte er in Frankfurt a.M. als Rechtsanwalt und seit 1919 als Honorarprofessor an der dortigen Universität, Mitglied der Nationalversammlung als Abgeordneter der SPD und Berichterstatter über das Kapitel über das Wirtschaftsleben in der WRV und aktiver Publizist in der Weimarer Republik, 1933 Exil in den Niederlanden, Professuren in Amsterdam und Leiden, Begründer des Tarifrechts (ders., Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 2 Bde., Leipzig 1907/8) und der Rechtssoziologie (Benöhr, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Hrsg.), Deutsche Juristen jüdischer Herkunft, München 1993, S. 615; S.Blanke, in: Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen (Hrsg.), Weichenstellungen im Arbeits- und Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Recklinghausen 2013, S. 48).

<sup>82</sup> Lotmar, Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik 1900, 1–122; vgl. Rückert/Lotmar, Römisches Recht, Rechtsphilosophie und Arbeitsrecht im Geist von Freiheit und Sozialismus, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Fn. 81), S. 331; im Sinne Lotmars entschied 1910 das Reichsgericht, dass Tarifverträge eine kollektive Wirkung unter den Tarifgebunden entfalten (RGZ 73, 92).

<sup>83</sup> Sinzheimer, Arbeitstarifgesetz, Die Idee der sozialen Selbstbestimmung im Recht, 2. Aufl., Berlin 1977, S. 32.

<sup>84</sup> Pauly (Fn. 15), S. 34.

<sup>85</sup> Benöhr, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Fn. 81), S. 626.

<sup>86</sup> Sinzheimer/Fraenkel, Die Justiz in der Weimarer Republik, Eine Chronik, Neuwied/Berlin 1968. Der Band enthält wichtige Artikel aus dieser Zeitschrift, die wesentlich von Sinzheimer verfasst sind. Die Zeitschrift setzt sich für eine »demokratische und republikanische« – dh. Im Einklang mit der Weimarer Reichsverfassung stehende – Justiz ein (ebd., S. 19).

<sup>87</sup> Ebd., S. 21.

<sup>88</sup> Ebd., S. 24.

<sup>89</sup> Ebd., S. 135 f.

Europas wirtschaftliche Not nach dem 1. Weltkrieg fordere ein »paneuropäisches Zollgebiet und einheitliche Wirtschaft«,<sup>90</sup> »die Wirtschaft der Nachkriegszeit wird mit dem Gedanken Europa verbunden sein.«<sup>91</sup> Demokratie ist die selbstorganisierte Gesellschaft;<sup>92</sup> der »Rechtsgedanke ist das Element des freien Volksstaats.«<sup>93</sup> Republik verlangt den Staatsbürger, Menschen, nach sozialem Denken und Einheit: »Republikanischer Geist ist Staatsbürgergeist, ist Menschengeist und sozialer Geist. Republikanischer Geist ist vor allem Einheitsgeist.«<sup>94</sup> Parteien dürfen nicht nur dem Parteigeist, sondern dem Gesamtwillen verpflichtet sein.<sup>95</sup>

Wirtschaftsrecht – zum »Recht der organisierten Wirtschaft«<sup>96</sup> geworden – zeigt: »Die Dämmerung der alten privatrechtlichen Zöpfe ist angebrochen und die Morgenröte eines neuen sozialen Zeitalters zieht herauf.«<sup>97</sup> »Das soziale Recht dringt auch immer weiter in die Organisation der Wirtschaft ein. Das soziale Recht auf dem Gebiet der Wirtschaft ist die Herbeiführung von Gemeinschaftsgebilden über den einzelnen Wirtschaften, die dadurch ihre personale Stellung verlieren und eine funktionelle Bedeutung gewinnen.«<sup>98</sup>

Der durch die Politik der Weimarer Republik beförderte soziale Fortschritt zeigte sich in der 1926 eingeführten Arbeitsgerichtsbarkeit: »Die Arbeiterbewegung hat mit dem neuen Arbeitsgericht einen Erfolg errungen, ja man kann sagen, dass mit dem Inkrafttreten des Arbeitsgerichtsgesetzes ein neuer Abschnitt für sie beginnt.«<sup>99</sup> Die 1927 neu errichtete Arbeitslosenversicherung schafft das Fundament für »eine Reichsorganisation der gesamten Sozialpolitik«;<sup>100</sup> sie bedeutete primär Fürsorge und nicht privatwirtschaftliche Versicherung<sup>101</sup>.

Im Amsterdamer Exil verfasste Hugo Sinzheimer das Werk: »Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft.«<sup>102</sup> Es richtete sich gegen die vom NS- »Rechtswahrerbund« 1936 veranstaltete Tagung zum Thema »Das Judentum in der Rechtswissenschaft«. Dort forderte der Reichsminister der Justiz Frank »einen nunmehr ein für alle Mal gültigen Schlussstrich unter die Entwicklung der deutschsprachigen jüdischen Rechtsliteratur in Deutschland zu ziehen.«<sup>103</sup> Er wandte sich gegen den »liberalistischen« Geist, den er als jüdisch brandmarkte. Der das Einleitungsreferat haltende Carl Schmitt forderte: »Wir müssen den deutschen Geist von allen Fälschungen befreien, Fälschungen des Begriffs Geist, die es ermöglicht haben, dass jüdische Emigranten den großartigen Kampf des Gauleiters JULIUS STREICHER als etwas »Ungeistiges« bezeichnen konnten.«<sup>104</sup>

Sinzheimer schilderte anhand der Werke der jüdischen Rechtsgelehrten Friedrich Julius Stahl, Levin Goldschmidt, Heinrich Dernburg, Josef Unger, Otto Lenel, Wilhelm Eduard Wilda, Julius Glaser, Paul Laband, Georg Jellinek, Eugen Ehrlich, Philipp Lotmar und Eduard von Simion deren Bedeutung für die Rechtswissenschaft in Deutschland. »Der »jüdische Einfluss« in der deutschen Rechtswissenschaft trat nicht von außen an sie heran, sondern entstand in ihr.«<sup>105</sup> »Das jüdische Werk ist in Wahrheit ein Bestandteil der deutschen Wissenschaft.«<sup>106</sup> »Der Geist der jüdischen Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft ist einfach wissenschaftlicher Geist.«<sup>107</sup>

### 3. Eduard Heimann

Eduard Heimann<sup>108</sup> ist – obgleich kein Jurist – als ein Theoretiker des Sozialpolitik in Erscheinung getreten, der diese als Ausprägung, Begrenzung und Formgebung einer liberalen Gesellschaft begriff und insoweit auch als ein Vertreter einer juristischen Deutung der Sozialpolitik gelten kann. In seinem Hauptwerk »Soziale Theorie des Kapitalismus. Theorie der Sozialpolitik« (1929)<sup>109</sup> befasst er sich mit der Entwicklung des Kapitalismus und der aus ihm hervorgegangenen sozialen Bewegung, deren Zielen und den durch die ausgelösten Veränderungen, die jenen insgesamt im Sinne einer umfassenden Freiheit für Unternehmer und Arbeitnehmer verwandelt. Im Hinblick auf die soziale Bewegung stellt er fest: »Der Kapitalismus kann sich

90 Ebd., S. 28.

91 Ebd., S. 52.

92 Ebd., S. 39.

93 Ebd., S. 43.

94 Ebd., S. 87.

95 Ebd., S. 168.

96 Ebd., S. 98.

97 Ebd., S. 149.

98 Ebd., S. 157.

99 Ebd., S. 111.

100 Ebd., S. 173.

101 Ebd., S. 202.

102 Sinzheimer, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt aM. 1953.

103 Ebd., S. 1.

104 Ebd., S. 4 (Hervorhebung im Original); Streicher war Gauleiter in Nürnberg, Herausgeber

des antisemitischen Blattes »Der Stürmer«; er wurde in den Kriegsverbrecherprozessen von Nürnberg 1946 zum Tode verurteilt; er war bei der Konferenz anwesend (Rüthers, *Das entartete Recht*, München 1989, S. 125 ff.).

105 Ebd., S. 237.

106 Ebd., S. 239.

107 Ebd., S. 244.

108 1889 geboren, 1919 Generalsekretär der Sozialisierungskommission, 1925 Professor der Volkswirtschaftslehre an der Universität Hamburg, 1933 Emigration in die USA und bis 1958 Lehre an der New School of Social Research; *Ortlieb/Heimann, Sozialismus im Wandel der modernen Gesellschaft*, Berlin/Bonn 1975.

109 Heimann, *Soziale Theorie des Kapitalismus, Theorie der Sozialpolitik*, Frankfurt aM. 1981.

dieser Bewegung nicht entziehen, weil sie auf seiner eigenen Freiheitsgrundlage und in dem von ihm gestalteten sozialen Raum erwächst.<sup>110</sup> Seine Theorie ist geschichtlich, ökonomisch und sozial.

Sie begreift den Liberalismus als »Glied in der Kette der großen Befreiungstaten«<sup>111</sup> der Menschheit. Er gilt nicht nur der Freiheit des Einzelnen, sondern dieses Freiheitsversprechen sei zugleich gemeinschaftsgerichtet und universalistisch; die Freiheit der Individuen werde nur durch die vollständige Freiheit jedes Individuums verwirklicht.<sup>112</sup> Die bürgerliche Revolution brachte den Markt hervor, der die Übereinstimmung von Produktion und Bedarf<sup>113</sup> sichere. Der Liberalismus sei »zugleich Sozialtheorie«:<sup>114</sup> »Die liberale Wirtschaftstheorie muss also die volle soziale Freiheit mit enthalten«.<sup>115</sup> Die soziale Befreiung des Arbeiters durch die ihm zukommende Vertragsfreiheit statte ihn auch »mit einem Element ökonomischer Macht«<sup>116</sup> aus.

Der Kapitalismus habe die fabrikmäßige Produktion ermöglicht, befördert und zum Großbetrieb geführt, die Freiheit der Arbeiterschaft habe zur »rechtlichen Unfreiheit der Feudalordnung«<sup>117</sup> geführt und in den monopolisierten Unternehmen ihre Gestalt gefunden. Darin wird der Arbeiter zum Mittel für fremde Zwecke.<sup>118</sup> »Aus der einheitlichen Konzeption des Wirtschafts- und Soziallebens im liberalen Programm entwickelt sich der kapitalistische Widerspruch zwischen der Wirtschafts- und der Sozialsphäre«.<sup>119</sup>

Der Kapitalismus bringe seine eigene Gegenbewegung hervor, die in der Konsumgenossenschaft und dem sozialen Wohnungsbau und namentlich der Arbeiterbewegung Gestalt annimmt.<sup>120</sup> »Gegen die Entwürdigung der Arbeit in der modernen Arbeitswelt erhebt sich die Gegenwelt, die Arbeiterbewegung; an sie ist die soziale Dynamik im Kapitalismus gebunden«.<sup>121</sup> Sie macht aus »der Wille zur Freiheit und Würde in der großbetrieblichen Organisation«.<sup>122</sup> Sie werde von der Maxime geprägt: »Die Freiheit des einen muss zur Garantie der Freiheit des anderen werden«.<sup>123</sup> Die soziale Bewegung erstrebt ein »Gleichgewicht zwischen Freiheit und Gemeinschaft«;<sup>124</sup> »Solidarität und Freiheit sind aufeinander bezogen; sie sind in der sozialen Freiheitsordnung zusammengefasst«.<sup>125</sup> »Sozialpolitik ist der institutionelle Niederschlag der sozialen Idee im Kapitalismus«.<sup>126</sup> »Sozialpolitik ist also der Einbau des Gegenprinzips in den Bau der Kapitalherrschaft und Sachgüterordnung; es ist die Verdinglichung der sozialen Idee im Kapitalismus gegen den Kapitalismus«.<sup>127</sup> »Merkmal der Sozialpolitik ist ihre revolutionär- konservative Doppel-

sichtigkeit. Sie verwirklicht Stück um Stück die soziale Idee innerhalb des Kapitalismus und sichert dadurch seinen geordneten Fortgang«.<sup>128</sup>

Die Theorie zeigt die zentralen Institutionen der Sozialpolitik: Arbeitsschutz, Arbeitsvermittlung, Arbeitszeitregulierung, Sozialversicherung, Arbeitsrecht, Tarifautonomie und Betriebsverfassung<sup>129</sup> als Errungenschaften der sozialen Bewegung und diese selbst als Ausdruck einer freiheitlichen Gesellschaft und Sozialpolitik und Marktwirtschaft als zwei Elemente eines und desselben Prinzips der Freiheit.

#### 4. Hermann Heller

Hermann Heller<sup>130</sup> war ein einsamer Verfechter und Begründer einer sozialdemokratischen Verfassungstheorie, die in enger Anlehnung an den Austromarxismus die Reformziele einer auf sozialen Ausgleich und persönlichen Freiheiten beruhende Verfassungsordnung zu entwickeln und entfalten sucht. Heller begreift Verfassung, Staat und Recht kulturwissenschaftlich; er legt ferner die Notwendigkeit einer politischen Gestaltung der Wirtschaft dar und benennt schließlich die sich aus der Verfassung an solche Gestaltung ergebenden Anforderungen.

Gegenstand der Kulturwissenschaft ist danach die durch »menschliche Zweckformung«<sup>131</sup> hervorgebrachte Welt. Jene näherte sich dieser in einer eigenen »Erkenntnis-

110 Ebd., S. 11.

111 Ebd., S. 15.

112 Ebd., S. 18.

113 Ebd., S. 21.

114 Ebd., S. 29.

115 Ebd., S. 29.

116 Ebd., S. 35.

117 Ebd., S. 123.

118 Ebd., S. 138.

119 Ebd., S. 123.

120 Ebd., S. 104 ff., S. 116 ff.

121 Ebd., S. 139.

122 Ebd.

123 Ebd., S. 159.

124 Ebd., S. 160.

125 Ebd.

126 Ebd., S. 167.

127 Ebd.

128 Ebd., S. 190.

129 Ebd., S. 218–246.

130 Herrmann Heller (1891–1933) nach Studium der Rechts- und Staatswissenschaft in Wien, Graz und Innsbruck 1919 Habilitation mit der Schrift »Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke« an der Kieler Juristenfakultät – durch den damals dort wirkenden Radbruch maßgeblich befördert –, 1928 Ruf als außerordentlicher Professor für öffentliches Recht an die Berliner Juristenfakultät, 1931 Ruf an die Universität Frankfurt aM., 1933 während des Aufenthalts an der London School of Economics begab er sich in das Exil in Spanien, wo er 1933 in Madrid verstarb (Müller, Hermann Heller: Leben, Werk, Wirkung, in: ders. (Hrsg.), Gesammelte Werke, Bd. 3, 2. Aufl., Tübingen 1992, S. 429; Robbers/Heller, Staat und Kultur, Baden-Baden 1983; Luthardt, Sozialdemokratische Verfassungstheorie in der Weimarer Republik, Opladen 1986.

131 Heller, Staatslehre, 4. Aufl., Leiden 1970, S. 34.

tung«,<sup>132</sup> denn das erkennende Subjekt sei mit dem zu erkennenden Objekt verbunden. »Hier steht das erkennende Subjekt nicht einem ihm äußerlich fremden Objekt gegenüber, sondern der Geist erkennt durchgeistigtes Leben, er erkennt – sich selbst«. <sup>133</sup> Staat, Recht und Verfassung sind ihm nicht nur gedachte oder gefühlte ideelle Gegebenheiten, sondern Teile der sozialen Wirklichkeit<sup>134</sup> – »menschliche Wirklichkeit, [...] menschlich gewirkte Wirklichkeit«. <sup>135</sup> »Gesellschaftliche Wirklichkeit lässt sich weder als subjektive Erlebniswirklichkeit noch als außer-subjektive Realität bestimmen«. <sup>136</sup>

Wirtschaft und Staat beruhen auf unterschiedlichen Gesetzmäßigkeiten. Für Heller ist der Staat berufen, die Wirtschaft umfassend rechtlich zu formen.<sup>137</sup> »Der Marxismus ist selbst zur richtigen Stellung des Problems deshalb unfähig, weil er in dem Dogma befangen ist, die staatliche sei nur ein Mittel der wirtschaftlichen Funktion«. <sup>138</sup> Der Marxismus konzentrierte sich daher irrtümlich und vergebens auf die Überwindung der auf Privateigentum, Markt und Wettbewerb beruhenden Ordnung und erliege der Illusion, dass danach der Staat absterbe. Stattdessen gelte für den Staat, gegenüber der Wirtschaftsgesetzlichkeit – die es ungeregt »selbstverständlich noch nie gegeben«<sup>139</sup> habe »und nie geben kann«<sup>140</sup> – die »relative Autonomie der staatlichen Funktion sicherzustellen«. <sup>141</sup> »Es ist der theoretisch und praktisch folgenreichste Irrtum vieler Sozialisten, dass sie eine Gemeinwirtschaft von der Beseitigung der politischen durch die wirtschaftliche Funktion erwarten; anstatt umgekehrt eine Einschränkung oder Aufhebung der reinen Wirtschaftsgerechtigkeit durch die politische Macht zu erstreben«. <sup>142</sup> Der Sozialismus ist für ihn Ausprägung einer nationalen Kultur-gemeinschaft.<sup>143</sup> »Kultur ist nur möglich durch gesellschaftliches Zusammenwirken, und dieses ist wieder undenkbar ohne einen ordnenden Staatsverband«. <sup>144</sup> Es ist daher eine »demokratische Forderung [...] den Staat als Ausdruck einer nationalen Kultur-gemeinschaft aufzubauen«. <sup>145</sup>

Er prägt den Begriff des sozialen Rechtsstaats, den er als Alternative zur liberalen Demokratie wie zur faschistischen Diktatur versteht.<sup>146</sup> Der Staat wird als eine auf Gesellschaft und Ökonomie ausgreifende und diese ordnende und formende »organisierte Entscheidungs- und Wirkungseinheit«<sup>147</sup> verstanden. Dessen Ziel soll sein, »auch die Arbeits- und Güterordnung der materiellen Rechtsstaatsorganisation zu unterwerfen, den liberalen in den sozialistischen Rechtsstaat umzubauen«. <sup>148</sup> »Die so entstandene Staatsverfassung bildet ein Ganzes, in dem Normativität und Normalität, sowie

rechtliche und außerrechtliche Normativität im Verhältnis gegenseitiger Ergänzung zueinander stehen«. <sup>149</sup> Dadurch würden Sein und Sollen, Normativität und Normalität miteinander verbunden und liefen parallel.<sup>150</sup> Denn »die rechtlich normierte Verfassung besteht niemals bloß aus staatlich autorisierten Rechtssätzen, sondern bedarf zu ihrer Geltung immer eine Ergänzung durch die nicht normierten und durch die außerrechtlich normierten Verfassungselemente«. <sup>151</sup>

Der Staat gewährleistet die Freiheit, aber nicht durch Untätigkeit, sondern durch legislatorisches und administratives Handeln. »Erst durch die schützende Macht des Staates wird die gleichmäßige Freiheit der einzelnen gewährleistet«. <sup>152</sup> Grundrechte sind mehr als sittliche Maximen, denn sie »enthalten elementare Wahrheiten unserer Rechtskultur [...] die programmatischen Bekenntnisgrundlagen des Deutschen Reichs«. <sup>153</sup> Der soziale Rechtsstaat greift die politischen Anliegen breiter Bevölkerungsschichten auf, wie sie sich im demokratischen Prozess artikulierten, und versucht ihnen durch Rechtssetzung nachzukommen und sie zu verwirklichen. Der soziale Rechtsstaat »will somit den reinen Rechtsstaat zum demokratischen sozialen Wohlfahrtsstaat umwandeln, dass er die ›Anarchie‹ der Produktion durch eine gerechte Ordnung des Wirtschaftslebens zu ersetzen erstrebt und zu diesem Zweck das Privateigentum weitgehend beschränkt. In dieser Entscheidung, die durch den ›Kriegssozialismus‹ mächtig gefördert und durch die Revolution in Russland, Österreich und Deutschland ihren verfassungsmäßigen Ausdruck gefunden hat, stehen wir mittendrin«. <sup>154</sup> Der soziale Rechtsstaat strebe soziale Homogenität an in dem

132 Ebd., S. 35.

133 Ebd.

134 Ebd., S. 43 ff.

135 Ebd., S. 69.

136 Ebd.

137 Ebd., S. 211 ff.

138 Ebd., S. 211.

139 Ebd., S. 212.

140 Ebd.

141 Ebd., S. 213.

142 Ebd., S. 215.

143 Heller, Sozialismus und Nation (1925), in: Müller (Fn. 130), Bd. 1, S. 437; ders., Staat, Nation und Sozialdemokratie, ebd., S. 527.

144 Heller, Staat, Nation und Sozialdemokratie, ebd., S. 527, 534.

145 Ebd., S. 527, 538.

146 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? (1929/30), in: Müller (Fn. 130), Bd. 2, S. 9 f., 26.

147 Ebd., S. 228, 238, 241.

148 Heller, Verfassungsreform, in: Müller (Fn. 130), Bd. 2, S. 416.

149 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? (1929/30), in: Müller (Fn. 130), Bd. 2, S. 254.

150 Ebd.

151 Ebd., S. 255.

152 Heller, Grundrechte und Grundpflichten, in: Müller (Fn. 130), Bd. 2, S. 281, 286.

153 Ebd.

154 Ebd., S. 291.

Sinne einer Mediatisierung sozialer Gegensätze an.<sup>155</sup> Die »soziale Demokratie des Proletariats« sei »nichts anderes als die Ausdehnung des materiellen Rechtsstaatsgedankens auf die Arbeits- und Güterordnung«.<sup>156</sup>

Im Hinblick auf die Wirtschafts- und Sozialverfassung der Weimarer Republik führt Heller aus: »Der letzte Verfassungsabschnitt enthält deshalb, mehr als alle vorherigen, Sätze, die lediglich Programmsätze und noch kein geltendes Recht sind. Er enthält aber zugleich den springenden Punkt in der durchaus ungeklärten, überaus schwierigen Auseinandersetzung zwischen der individualistischen (kapitalistischen) Wirtschaftsauffassung des Bürgertums und der erstrebten sozialistischen Wirtschaftsreform des Proletariats«.<sup>157</sup> In ihm gelange die »Unausgeglichenheit der gesellschaftlichen Gegensätze«.<sup>158</sup> »Sozialismus ist wirtschaftliche Demokratie, Demokratie aber besteht aber in der Mitbestimmung der Gewerkschaftsleitung durch den Gewerkschaftler, also auch in ihrer Mitverantwortung«.<sup>159</sup>

## 5. Austromarxismus und Hans Kelsen

Hans Kelsens Bedeutung für die rechtstheoretische Debatte in der Weimarer Republik erklärt sich aus den politischen und intellektuellen Strömungen Österreichs, welche die Habsburger Monarchie bis zu ihrem Zerfall und danach bestimmten. Bereits im Ausgang des 19. Jahrhunderts entwickelte sich im Umfeld der Sozialdemokratie ein Kreis von Intellektuellen (Philosophen, Soziologen, Ökonomen und Juristen) – namentlich Karl Renner<sup>160</sup> und Otto Bauer – die mit Hilfe der marxistischen Gesellschaftsanalyse politische Antworten auf die Industrialisierung und die soziale Frage suchten. Die Sozialdemokratie wuchs noch während des Kaiserreichs zur bestimmenden politischen Kraft heran und übernahm in der Republik umfassende sozialpolitische Verantwortung. Der Austromarxismus ist als der Versuch zu verstehen, der sozialpolitischen Praxis mit Hilfe der marxistischen Begriffswelt eine theoretische Erklärung zu geben.

Karl Renner ist mit seiner Schrift »Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion«<sup>161</sup> hervorgetreten. Sie zeigt, dass Rechtsinstitute – namentlich Eigentum und Vertrag – in unterschiedlichen Wirtschaftsformen eine unterschiedliche soziale Bedeutung annehmen. In dem Maße, wie sich der demokratische Staat der Wirtschaft durch Sozialpolitik rechtsgestaltend annahme, wird diese statt zum Objekt gesellschaftlicher Kräfte zum umfassenden Gegenstand der Politik.<sup>162</sup>

Für den Austromarxismus galt, dass »der Staat als Instrument das geeignete Mittel ist, wirksam Sozialismus zu machen«.<sup>163</sup> »Sozialismus nennen wir die Gesamtheit der Bestrebungen, die das wirtschaftliche Leben in der Hauptsache zu einer gemeinsam geregelten Sache des gesellschaftlichen Körpers machen will«.<sup>164</sup> Dies bedeutete konkret, ohne Unterschied der Nation oder Rasse und des Geschlechts die ökonomische Abhängigkeit der Menschen zu überwinden, die politische Rechtslosigkeit zu beseitigen und das ganze Volk aus der geistigen Verkümmern zu erheben.<sup>165</sup> Der Austromarxismus erstrebt – ähnlich wie die deutsche Sozialdemokratie – sozialpolitische Reformen, welche demokratisch von Parlamenten, die aus Wahlen nach dem gleichen Stimmrecht aller Bürgerinnen und Bürger hervorgehen sollen, geschaffen werden sollen. Sie sieht schon in der alten Gesellschaft die neue entstehen und wachen und ausgebildet in Gewerkschaften, Genossenschaften, der gesellschaftlichen, wirtschaftlichen und politischen Demokratie.<sup>166</sup>

Stellt die Arbeiterschaft die Mehrheit der Bevölkerung, könnten sich deren Interessen in freien Wahlen durchsetzen. Die politische Macht kann, soll und hat die soziale Macht zu überwinden. Darin liegt das Ziel der »demokratischen Republik [...] eine Klassenherrschaft des Proletariats, die aus dem Willen der Mehrheit des Volkes hervorgeht und unter der Kontrolle des allgemeinen und gleichen Wahlrechts eines alle Freiheitsrechte genießenden Volkes

155 Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: Müller (Fn. 130), Bd. 2, S. 421, 428.

156 Heller, Rechtsstaat oder Diktatur? (1929/30), in: Müller (Hrsg.) (Fn. 130), Bd. 2, S. 443, 451.

157 Heller, Grundrechte und Grundpflichten, in: Müller (Hrsg.) (Fn. 130), Bd. 2, S. 281 ff., 312.

158 Ebd.

159 Ebd., S. 315.

160 Nachmaliger österreichischer Staatskanzler (1920) und Bundespräsident (nach 1945) der Republik Österreich.

161 Renner, Die Rechtsinstitute des Privatrechts und ihre soziale Funktion, Eine Kritik des bürgerlichen Rechts (veröffentlicht unter dem Pseudonym Joseph Karner), Tübingen 1929.

162 Schumacher (Fn. 11), S. 114 über Renner.

163 Renner, Die neue Welt des Sozialismus, Salzburg 1946, S. 13; ähnlich: Bernstein (Fn. 11), S. 178: »Die Demokratie ist Mittel und Zweck zugleich. Sie ist das Mittel der Erkämpfung des Sozialismus, und sie ist die Form der Verwirklichung des Sozialismus«.

164 Haushofer, Der moderne Sozialismus, Leipzig 1896, S. 13.

165 Abschlusserklärung der Sozialdemokratischen Arbeiterpartei 1888/9 Zusammenkunft in Hainfeld.

166 Sinzheimer/Fraenkel (Fn. 86), S. 301 f.

bleibt«. <sup>167</sup> »Das sozialistische Gemeinwesen wird ein Gemeinwesen von Freien und Gleichen sein [...]. Die politische Demokratie soll die Gleichberechtigung im Gemeinwesen und die wirtschaftliche Gleichheit stützen. Die sozialistische Demokratie ist die Organisationsform einer Gesellschaft, in der es keine sozialen Klassen und daher keinen Klassenstaat mehr gibt«. <sup>168</sup> Die auf der Basis von Freiheit und Gleichheit errichtete Demokratie bewirkt, dass »die politische Selbstbestimmung des Volkes zur Selbstbestimmung in seinem Arbeitsprozess erweitert« <sup>169</sup> wird.

Für Karl Renner ist die »organisierte Gesellschaft [...] nicht die anarchische Summierung von Individuen, sondern ihre Verschmelzung in einem Gesamtwillen« <sup>170</sup>. »Der Staat wird der Hebel des Sozialismus werden« <sup>171</sup>. Schon in der Endphase des Kapitalismus sei es zur »Demokratisierung der Wirtschaft« gekommen; »Privatbesitz und Privatarbeit nehmen immer mehr den Charakter öffentlichen Gutes und öffentlichen Dienstes an« <sup>172</sup>. Die kapitalistische Gesellschaft erfahre die »Umformung des Individualkapitals zur gesellschaftlichen Anstalt« <sup>173</sup>. Die umfassende demokratische Beteiligung der Bevölkerung an der Gesetzgebung sichere deren Autonomie: »Der Kern der Freiheitsidee, der ›Freiheit der Gesellschaft‹ ist hier in der politischen Freiheit, in der gleichberechtigten Mitbeteiligung an dem Gesamtwillen und in der Mitkontrolle in seiner Durchsetzung gelegen« <sup>174</sup>. Eigentum werde durch »sorgfältige Gesetzgebung« geformt, »im Geist einer Ökonomie, die nicht auf Privatakkumulation durch Einzelne, sondern auf Bedarfsdeckung im Dienst der Massen ausgerichtet ist. Diese Umkehr aller Dinge in ihr Gegenteil ist wahrhaftig eine vollkommene Revolution [...]. Im Sinne der Verwirklichung des Menschenrechts im Wege des Staates«. <sup>175</sup>

Hans Kelsen <sup>176</sup> hat in der Debatte um die sozialstaatliche Transformation eine Sonderrolle inne. Zwar nahm er diese Veränderungen durchaus wahr und billigte sie auch, sah in ihnen aber keine prinzipiellen Veränderungen. Dies folgte aus seinen Bemühungen um das »reine Recht« <sup>177</sup> – in der er das Recht weithin losgelöst von jeder inhaltlichen Prägung zu erfassen suchte und das Völkerrecht und das staatliche Recht als Einheit verstand, wobei ersterem die Priorität zukomme. Solches Rechtsdenken ist auf die Form des Rechts ausgerichtet; in ihm treten die Inhalt von Recht in den Hintergrund. Allerdings nahm Kelsen in den Debatten um die Demokratie, die Freiheit und die Gerechtigkeit profiliert und fundiert Stellung. Seine Beobachtungen tragen daher auch zur Klärung des sozialstaatlichen Rechts Wichtiges bei.

So verweist er auf den inneren Widerspruch der Demokratie, auf den Gesamtwillen zu zielen, indes Freiheit und damit das Gegenteil von sozialer Bindung zu wollen. <sup>178</sup> Er hält auch eine soziale Demokratie für möglich: Denn soziale Gleichheit sei auch in autoritären Staaten möglich; »der Freiheitswert und nicht der Gleichheitswert ist es, der die Idee der Demokratie in erster Linie bestimmt«. <sup>179</sup> »Demokratie ist die politische Form des sozialen Friedens, des Ausgleichs der Gegensätze, der gegenseitigen Verständigung auf der mittleren Linie«. <sup>180</sup> Und sie präge eine Gesellschaft über das Politische hinaus. »Nur bei Garantie der »politischen Selbstbestimmung« ist auch die geistige Freiheit sicher; fehle jene verschwinde auch diese. <sup>181</sup> Für die Demokratie sei auch nicht die wirtschaftliche, sondern die geistige Freiheit zentral. <sup>182</sup>

Hans Kelsen hält dem Marxismus entgegen, keine angemessenen Begriff von Freiheit und Recht entwickelt zu haben: »In dem Postulat einer staatsfreien, solidarischen, auf Freiwilligkeit gegründeten Zukunftsorganisation stimmt der marxistische Sozialismus völlig mit dem Gedanken des Anar-

167 *Bauer*, in: Sandkühler/de la Vega (Hrsg.), *Austromarxismus*, Frankfurt aM. 1970; S. 98, 107; ähnlich *Bernstein* (Fn. 11), S. 180: »Die Demokratie ist prinzipiell die Aufhebung der Klassenherrschaft, wenn sie auch noch nicht die faktische Aufhebung der Klasse ist«.

168 *Bauer*, *Demokratie und Sozialismus* (1934), in: Pepper (Hrsg.), *Werkausgabe*, Bd. 9, Wien 1980, S. 377, 391.

169 *Ebd.*, S. 394.

170 *Renner*, in: Sandkühler/de la Vega (Fn. 167), S. 263, 281.

171 *Ebd.*, S. 286.

172 *Ebd.*

173 *Renner*, *Arbeit und Kapital*, Wien 1953, S. 78.

174 *Ebd.*, S. 76; ähnlich *Bernstein* (Fn. 11), S. 180, »Das Wahlrecht der Demokratie macht den Inhaber zu einem Teilhaber am Gemeinwesen, und diese individuelle Teilhaberschaft muss auf die Dauer zur tatsächlichen Teilhaberschaft führen«.

175 *Ebd.*, S. 79.

176 Hans Kelsen (1881–1973) war als enger Berater des Staatskanzlers Karl Renner einer der Architekten der österreichischen Bundesverfassung, die als erste die verfassungsgerichtliche Kontrolle parlamentarischer Gesetzgebung vorsah, Professor für Staats- und Verwaltungsrecht in Wien und Richter am österreichischen Verfassungsgerichtshof, 1930 Professor in Köln, 1933 Exil und Lehre in Genf und Prag, 1940 Lecturer in Harvard (Cambridge, Mass.) und seit 1942 Professor in Berkeley (*Dreier*, Hans Kelsen (1881–1973): »Jurist des Jahrhunderts?«, in: Heinrichs/Franzki/Schmalz/Stolleis (Fn. 81), S. 705.

177 *Kelsen*, *Reine Rechtslehre* (1934), 2. Aufl., Wien 1960.

178 *Kelsen*, *Demokratie* (1926), in: *ders.*, *Demokratie und Sozialismus* (Fn. 35), S. 11, 16.

179 *Ebd.*, S. 36.

180 *Ders.*, *Verteidigung der Demokratie*, in: *ders.*, *Demokratie und Sozialismus* (Fn. 35), S. 60, 64.

181 *Ebd.*, S. 67.

182 *Ders.*, *Demokratie und Sozialismus*, in: *ders.*, *Demokratie und Sozialismus* (Fn. 35), S. 170, 177.

chismus überein«. <sup>183</sup> Diese Sicht verfehlt jedoch die freiheits-sichernde Rolle von Recht: »Die Freiheit von normativer Ordnung muss zur Freiheit unter normativer Ordnung, die individuelle Freiheit zu sozialer Freiheit werden«. <sup>184</sup> »Das Postulat der Ungebundenheit wird zur Freiheit der Selbstbindung oder Selbstbestimmung«. <sup>185</sup> Staat, Recht und Gesellschaft dürften nicht als voneinander getrennt, sondern vielmehr umgekehrt als miteinander verbunden und damit eine Einheit betrachtet werden: der soziale Staatsbegriff, der den Staat als Verband begreife, sei mit dem juristischen Staatsbegriff, der den Staat als Körperschaft betrachte, identisch. <sup>186</sup>

Gerechtigkeit und Gleichheit seien Postulate von nur schwachem Gehalt: »Die Gerechtigkeitsnorm, dass alle Menschen gleich behandelt werden sollen, sagt nichts darüber aus, welches der Inhalt der gleichen Behandlung sein soll, und setzt daher, wenn überhaupt angewendet zu werden, eine Norm voraus, die diesen Inhalt bestimmt«. <sup>187</sup> Die Forderung nach Gleichbehandlung des Gleichen und Ungleichbehandlung des Ungleichen sei zirkulär und inhaltsleer, weil kein Gebot der Ethik, sondern der Logik – da unmittelbare »logische Konsequenz des generellen Charakters der Norm«. <sup>188</sup> Recht schaffe also nur eine »relative Gerechtigkeit«, »die in jeder positiven Rechtsordnung und in dem von ihr mehr oder weniger gesicherten Friedens- und Sicherheitspotential erblickt werden kann«. <sup>189</sup>

## 6. Rudolf Smend

Für Rudolf Smend (1882–1975) <sup>190</sup> wendet sich gegen den Formalismus in der Staatsrechtslehre und entwickelte unter Anleihen bei Hegel eine »geisteswissenschaftliche Methode«. Danach sei auch der Staat als »Teil der geistigen Wirklichkeit« <sup>191</sup> zu verstehen. Das Politische handle davon, wie »der Staat zur Einheit, zu einem eigentümlichen Wesen, zum Ganzen integriert wird«. <sup>192</sup> Der Einzelne wird durch die Grundrechte und das Wahlrecht mit ihm verbunden; dieser ist dadurch zu einer auf Einfluss und Teilhabe der Bürger ausgerichteten Lebensform geworden. Integration ist der »Gedanke des sittlich an den Staat gebundenen Bürgers«. <sup>193</sup> Der Staat beruht auf Integration, <sup>194</sup> die er in die persönliche, funktionale und sachliche Integration unterscheidet. Integration verbürgt Führung, <sup>195</sup> Verfahren und stiftet eine staatliche Lebensgemeinschaft als »Werkgemeinschaft der Kultur«. <sup>196</sup> »Als positives Recht ist die Verfassung nicht nur Norm, sondern auch Wirklichkeit; als Verfassung ist sie integrierende Wirklichkeit«. <sup>197</sup> Diese »Wirklichkeit«

werde durch das »Verfassungsleben« <sup>198</sup> immer wieder neu hergestellt. »Indem sie den Einzelnen voranstellt und in das durchaus immanent verstandene Verfassungsleben des Staates einordnet, ist sie [die Integration, E.E.] ein Modell streng demokratischen Denkens«. <sup>199</sup>

Die Reichsgründung von 1871 versteht er demgemäß als das »Ereignis, in dem das deutsche Bürgertum und der deutsche Staat einander endgültig gefunden haben«. <sup>200</sup> »Wenn die Verfassung dem Arbeiter die Koalitionsfreiheit und eine Reihe anderer sozialer Rechte und Sicherungen gewährleistet, so ist das zunächst nicht sozialpolitisch, sondern verfassungspolitisch gemeint: in einem Staat der breitesten demokratischen Grundlage ist die verfassungsgemäße Mitbestimmung der Arbeiterschaft doch nur gesichert, wenn sie nicht nur formal demokratisch stimmberechtigt, sondern auch sozial in der Lage freier aktiver demokratischer Staatsbürger ist«. <sup>201</sup>

183 Ders., Marx oder Lassalle, in: ders. Demokratie und Sozialismus (Fn. 35), S. 137, 139.

184 Ders., Das Problem der Gerechtigkeit, in: ders., Reine Rechtslehre (Fn. 177), S. 357, 388.

185 Ebd., S. 389.

186 Kelsen, Der soziologische und der juristische Staatsbegriff: Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht, 2. Aufl., Tübingen 1928, S. 121 ff.

187 Kelsen, Reine Rechtslehre (Fn. 177), S. 391.

188 Ebd., S. 396.

189 Ebd., S. 401.

190 Hugo Preuss (1860–1925), Professor in Greifswald, Tübingen, Bonn, Berlin und Göttingen; Begründer der Integrationslehre in ders., Verfassung und Verfassungsrecht, München ua. 1928; Autor der WRV-Entwürfe, Habilitation Berlin 1889, 1906 Privatdozent, 1910 Professor an der Berliner Handelshochschule, seit 1895 Mitglied der Berliner Stadtverordnetenversammlung, 1910 Mitglied des Berliner Magistrats, seit 1914 darin zuständig für die Kriegssopferfürsorge, wissenschaftliches Wirken auf der Basis von Gierkes Genossenschaftstheorie: Kommunale Selbstverwaltung als Basis der Demokratie, 1919 Innenminister im Kabinett Scheidemann, »Volksstaat« statt Obrigkeitsstaat seine Vision (*Badura*, Der Staat 1977, 305; *Hesse*, In Memoriam Rudolf Smend, in: ders. (Hrsg.), Ausgewählte Schriften, Heidelberg 1984, S. 573).

191 Smend, Verfassung und Verfassungsrecht (Fn. 190).

192 Smend, Die politische Gewalt im Verfassungsrecht und das Problem der Staatsform (1923), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, Berlin 1955, S. 68, 85.

193 Smend, Bürger und Bourgeois im heutigen Staatsrecht, in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen (Fn. 192), S. 309, 322.

194 Ders., Bürger und Bourgeois (Fn. 193), S. 25 ff.

195 Ebd., S. 43, 54.

196 Ebd., S. 45.

197 Ebd., S. 82.

198 Ebd., S. 81.

199 Smend, Integrationslehre, in: Kunst/Grundemann (Begr.), Evangelisches Staatslexikon, 2. Aufl., Stuttgart u.a. 1975, Sp. 1024, 1027.

200 Smend, Bürger und Bourgeois (Fn. 193), S. 310.

201 Ebd., S. 319.



## 7. Die verbindende Vision eines Sozialstaats

Die Idee der Solidarität als Basis einer arbeitsteiligen Gesellschaft, die Abhängigkeiten und Rechte und daraus erwachsende Pflichten hervorbringt, war zuvor bereits in Frankreich – namentlich in den Schriften von Léon Duguit<sup>202</sup> vorge-dacht. Am Ende standen drei Leitideen sozial gestaltenden Rechts: Recht und Wirklichkeit sind zwar getrennt, aber miteinander verbunden, Recht hat Gesellschaft im Zeichen der Freiheit zu gestalten; es überwindet damit Individualismus und Kollektivismus durch Solidarismus. In dieser geistigen Tradition stehen auch die hier dargestellten Verfechter des sozialen Rechts in Deutschland. Sie trennt ihre geistige und ideologische Position, aber sie verbindet die Loyalität zur Republik von Weimar und die Einsicht, dass die aus dem 19. Jahrhundert überkommene liberale Ordnung nur durch Reformen, namentlich im Hinblick auf die Einbeziehung der Arbeiterschaft und eine deren gesellschaftliche Interessen befördernde Rechtssetzung gelingen kann.

Ihre Analysen nehmen die politischen Änderungen in unterschiedlichem Umfang und verschiedener Intensität und Aktualität auf und sie bestimmen auch das Recht höchst verschieden. Ferner sind ihre Vorstellungen von der konkreten Ausgestaltung einer auf den Freiheiten der Menschen aufbauenden sozialen Ordnung nicht deckungsgleich. Aber sie stimmen in der thematischen Annäherung an ihren Gegenstand überein.

Sie zeichnen übereinstimmend das Bild von einem aktiv sozial gestaltenden Staat auf, der die Unterschiede in der gesellschaftlichen Stellung der Menschen nicht als Vorgegebenheit und Unabänderlichkeit wahrnimmt, sondern diese durch Recht zu vermindern und überwinden hat. Um dies zu sichern, bedarf es kollektiver Organisationen, welche nicht nur Solidargemeinschaften schaffen, sondern darin auch Rechte und Pflichten begründen. Eine solche Sozialpolitik ist nicht auf die Überwindung des Privateigentums an Produktionsmitteln aus, wohl aber an dessen Sozialbindung im Interesse der Arbeitnehmer und der gesamten Bevölkerung. Die alle Sozialpolitik leitenden Vorstellungen sind auf die Stärkung der individuellen Freiheiten aller Menschen ausgerichtet und auszurichten, deren Verwirklichung statt staatlicher Untätigkeit ein auf die Begründung sozialer Rechte legislatorisches und administratives Handeln erfordert.

## IV. Kritiker

### 1. Karl Korsch

Karl Korsch<sup>203</sup> begann vor dem 1. Weltkrieg als ein sich von der Fabian Society angezogener sozialreformerischer Denker.<sup>204</sup> Er würdigte deren Kritik an den Zuständen der englischen Gesellschaft und deren im pragmatischen Geist an konkreten Verbesserungen ausgerichteten undogmatischen Reformsinn, der schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts zu Arbeitslosenversicherung und Mindestlöhnen führte. Er bewunderte die englische Debattenkultur und sah England als ein Land an, das ein von äußeren Einflüssen materieller und geistiger Art freies, selbstbestimmtes und tätiges Leben durch eine durch Politik und Sozialgesetzgebung umfassend gesicherten positiven Freiheit ermöglichte.<sup>205</sup>

Unter dem Einfluss des ersten Weltkrieges und nach einem Engagement in der KPD der Weimarer Republik bekämpfte er die Sozialreform als Revisionismus, weil Abkehr vom Marxismus: Für ihn war solange das Privateigentum an Produktionsmittel fortbestand eine Politik zugunsten der Arbeiterklasse illusorisch; auch die Sozialgesetzgebung und die Tarifpolitik der Weimarer Republik änderten daran nichts.<sup>206</sup> Die Sozialdemokratie sei zur »kleinbürgerlichen Reformpartei«<sup>207</sup> verkommen; die kapitalistische Gesellschaft folge »gesellschaftlichen Naturgesetzen«;<sup>208</sup> diese substantiell verändern zu können, sei die Illusion »utopischer Sozialisten und Sozialreformer«, welche aber nur »eine bessere Organisation des Kapitalismus«<sup>209</sup> bewirkten. Der von Hugo Sinzheimer formulierten These, die Betriebsverfassung habe »Wirtschaftsuntertanen« zu »Wirtschaftsbürger«

202 Grimm, Solidarität als Rechtsprinzip, Frankfurt aM. 1973.

203 Korsch (1886–1961) war als bekennender Marxist und KPD-Politiker Professor an der Universität Jena, für wenige Woche Justizminister Thüringens und in der KPD aktiv auf einem Minderheitenflügel; Emigration nach England und die USA, Seattle.

204 Korsch, Die Fabian Society, in: ders., Recht, Geist und Kultur, Schriften 1908–1918, Bd.1., Frankfurt aM. 1980, S. 307.

205 Korsch, Die Kultur des modernen England, in: ders. (Fn. 204), S. 489 ff.

206 Korsch, Die materialistische Geschichtsauffassung, Frankfurt aM. 1991; ders., Karl Marx, Frankfurt aM. 1969.

207 Korsch, Zur Geschichte der sozialdemokratischen Parteiprogramme, in: ders., Rätebewegung und Klassenkampf, Schriften zur Praxis der Arbeiterbewegung 1919–1923, Bd. 2, Frankfurt aM. 1980, S. 259 ff.; ders., Die materialistische Geschichtsauffassung, Eine Auseinandersetzung mit Karl Kautsky, Frankfurt aM. 1971.

208 Korsch, Karl Marx (Fn. 206), S. 102.

209 Ebd., S. 103.

gemachte, hielt er schroff entgegen, solche Ansicht offenbare die »Falschheit, Schiefheit und Vulgarität der Sinzheimerischen Ökonomie, Politik und Jurisprudenz.«<sup>210</sup>

## 2. Carl Schmitt

Carl Schmitt<sup>211</sup> bestimmte schon in seiner Habilitationsschrift<sup>212</sup> den Staat als »das einzige Subjekt des Rechtsethos: das Individuum aber [...] verschwindet, um vom Staat [...] erfasst zu werden und selbst seinen Sinn in einer Aufgabe und seinen Wert in dieser abgeschlossenen Welt nach ihren eigenen Normen zu empfangen«. Der Staat wird als Imperator verstanden.<sup>213</sup> Der Staat ist »vor dem Individuum da und wie sich die Kontinuität des Staates aus dem Recht ergibt, so folgt die Kontinuität des Individuums, das im Staat lebet, nur aus dem Staat.«<sup>214</sup>

In der Weimarer Republik sprach er dem Liberalismus die Überzeugungskraft als Grundlage der Verfassung ab. Ihm fehle jede Vorstellung von den Staatszwecken, die über die Erhaltung und Förderung des Nutzens Einzelner hinausgehe.<sup>215</sup> Der Parlamentarismus beruhe auf der überholten Auffassung einer Regierung durch öffentliche Auseinandersetzung. Der Parteienstaat diene primär der Bestenauslese, überzeuge in seinen Ergebnissen dabei aber nicht. Die Wahlen beruhten auf Propaganda und an die Stelle öffentlicher Beratung sei die Entscheidung in geheimen Sitzungen getreten.<sup>216</sup> »Der demokratische Begriff der Gleichheit ist ein politischer Begriff und nimmt, wie jeder politische Begriff, auf die Möglichkeit der Unterscheidung Bezug. Die politische Demokratie kann daher nicht auf der Unterschiedslosigkeit aller Menschen beruhen, sondern nur auf der Zugehörigkeit zu einem bestimmten Volk, wobei diese Zugehörigkeit [...] durch sehr verschiedene Momente (Vorstellungen gemeinsamer Rasse, Glauben, gemeinsames Schicksal und Tradition) bestimmt sein kann.«<sup>217</sup> Gleichbehandlung von Fremden sei nur denkbar als »Konsequenzen allgemeiner liberaler Freiheitsrechte« aber nicht in politischen Angelegenheiten.<sup>218</sup> »Die demokratische Gleichheit ist also eine substantielle Gleichheit.«<sup>219</sup> »Zur Demokratie gehört [...] notwendig erstens Homogenität und zweitens – notfalls – die Ausscheidung, also Vernichtung des Heterogenen.«<sup>220</sup> Sie beruhe auf der »Identität von Herrscher und Beherrschten, Regierenden und Regierten, Befehlenden und Gehorchenden.«<sup>221</sup>

Als Interpret der Weimarer Reichsverfassung entdeckte er in dieser »bürgerlich-individualistische Garantien von persönlicher Freiheit und Privateigentum, sozialistische Pro-

grammsätze und katholisches Naturrecht« in einer »oft etwas wirren Weise miteinander vermengt.«<sup>222</sup> Er sah in ihr einen echten Kompromiss zwischen einer bürgerlichen Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung und Sozialreformen und gleichzeitig die erklärte Absage an jegliche Sozialisierung. Die Weimarer Reichsverfassung sei ein »Kompromiss liberaler, demokratischer und sozialistischer Ideen.«<sup>223</sup> Grundrechte seien im »eigentlichen Sinne [...] nur individualistische Freiheitsrechte, nicht soziale Forderungen.«<sup>224</sup> Grundrechte dürften auch nicht ins Politische eingreifen, andernfalls wären sie »keine Freiheitsrechte im Sinne des liberalen Rechtsstaats.«<sup>225</sup> Deshalb sei die Koalitionsfreiheit nicht ein Grundrecht, sondern stattdessen »die ungehinderte Ausnutzung sozialer Macht durch soziale Organisationen.«<sup>226</sup> Grundrechte seien nur solche Rechtspositionen, die einen gesetzlichen Eingriff ausschlossen, nicht aber solche, die »nach Maßgabe des Gesetzes« zu gewährleisten seien.<sup>227</sup>

»Die sozialistischen Rechte des Einzelnen auf positive Leistungen des Staates [...] können nicht unbegrenzt sein, denn jedes Recht auf die Leistungen eines Anderen ist begrenzt, jedenfalls aber ein Recht aller auf Leistungen des Staates. Derartige Rechte setzen eine staatliche Organisa-

210 Ders., in: ders., Schriften, Bd. 2 (Fn. 207), S. 537, 540.

211 Carl Schmitt (1888–1985) Professor in Greifswald, Bonn, der Handelshochschule Berlin, 1933 in Köln (folgt dort Hans Kelsen nach), dann Berlin, 1933 preußischer Staatsrat und Leiter der Reichsfachgruppe Hochschullehrer im Bund nationalsozialistischer deutscher Juristen, Herausgeber der Deutschen Juristenzeitung, 1945 amtsenthoben und wirkte seitdem in Plettenberg (Sauerland).

212 Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Hellerau 1917, S. 2 f.

213 Ebd., S. 75.

214 Ebd., S. 85.

215 Schmitt, Der Begriff des Politischen, Berlin 1963 (Nachdruck 1987), S. 68.

216 Schmitt, Der Gegensatz von Parlamentarismus und moderner Massendemokratie, in: ders., Positionen und Begriff im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles, Berlin 1939, S. 52 ff.

217 Schmitt, Verfassungslehre, Leipzig 1928, S. 227.

218 Ebd.

219 Ebd., S. 228.

220 Ders., in: ders., Positionen und Begriff im Kampf mit Weimar-Genf-Versailles (Fn. 216), S. 59.

221 Ders., Verfassungslehre (Fn. 217), 217, S. 234.

222 Ders., Verfassungslehre (Fn. 217), S. 30.

223 Ebd., S. 36.

224 Ebd., S. 164.

225 Ebd., S. 165.

226 Ebd., S. 166.

227 Ebd.

tion voraus, welcher der berechnete Einzelne eingefügt wird. Dadurch ist sein Recht bereits relativiert. Es ist berechnete und zwar von einer das Individuum erfassenden, ihm seinen Platz anweisenden, seinen Anspruch zumutenden und rationierenden Organisation. Wenn ein Verfassungsgesetz das ›Recht auf Arbeit‹ proklamiert, so kann damit kein prinzipiell unbegrenztes Recht gemeint sein. Ein solches ›Recht auf Arbeit‹ kann nur in einem System der Organisationen, Meldungen, äußerlichen Unterweisungen, Arbeitsnachweisen, Arbeitsanweisungen und Pflichten zur Leistung angewiesener Arbeit bestehen, als organisierte Fürsorge oder in der Form einer Arbeitsvermittlung oder Arbeitslosenversicherung«. <sup>228</sup> Im Hinblick auf die sozialen Grundrechte der WRV gelangt er damit zu dem Schluss: »Seiner logischen und juristischen Struktur nach steht ein solches Recht in einem Gegensatz zu den echten Grund- und Freiheitsrechten, und es ist daher irreführend, hier unterschiedslos von ›Grundrechten‹ zu sprechen«. <sup>229</sup> Diese Deutung hat sich in der deutschen Nachkriegsdebatte auch unter dem GG als nahezu einmütig vertretene Auffassung zu den sozialen Grundrechten entwickelt, welche die Weimarer Gegenentwürfe nicht einmal wahrnahm.

Mit der Machtübernahme der NS-Regierung wurde Carl Schmitt einer ihrer entschiedenen Verfechter. Schon 1933 formulierte er: »Für die Anwendung und Handhabung der Generalklauseln [...] sind die Grundsätze des Nationalsozialismus unmittelbar und ausschließlich maßgebend«. <sup>230</sup> Er hielt bisherigem Rechtsdenken »Normativismus« und »Formalismus« entgegen und postulierte für die NS-Zeit die Einheit von Recht, Moral und Sitte. <sup>231</sup> »Das gesamte heutige deutsche Recht [...] muss ausschließlich und allein vom Geist des Nationalsozialismus beherrscht sein. Jede Auslegung muss eine Auslegung im nationalsozialistischen Sinne sein. In einem Gemeinwesen, das den Staat als Mittel der nationalsozialistischen Weltanschauung ansieht, ist das Gesetz Plan und Wille des Führers«. <sup>232</sup> Er entwickelte das »konkrete Ordnungsdenken« – die Vorstellung, dass alle sozialen Ordnungen »ihr inneres Recht mit sich« brächten. <sup>233</sup> Er postuliert, Person und Volksgenosse, Rechtsfähigkeit und Rassenzugehörigkeit sollen als zusammengehörig gedacht werden. <sup>234</sup> Nach 1945 versucht er sich an einer Grundlagenbetrachtung über das Verhältnis von Recht, Wirtschaft und Verteilung, kam dabei aber über sehr allgemeine Aussage – namentlich dass die Wirtschaft die Produktion zu vergrößern und das Soziale die Teilhabe zu vertiefen suche, nicht hinaus. <sup>235</sup>

### 3. Kritiker des Weimarer Sozialstaats von links und rechts

Die linken und rechten Kritiker des Sozialstaats eint zunächst die Verachtung für die liberale Gesellschaft und ihre sozialreformerischen Bestrebungen zu deren Fortentwicklung und Überwindung. Ihnen fehlt auch ein angemessenes Verhältnis zum Recht und der durch es geregelten Gesellschaft.

Die linke Kritik am Sozialreformismus ist auf die Eigentumsordnung der kapitalistischen Gesellschaft und damit ökonomistisch fixiert. Sie vermag nicht die gesellschaftliche Bedingtheit und die rechtliche Gestaltbarkeit von Eigentum und Unternehmensverfassung zu begreifen. Die von rechts kommende Kritik am Sozialstaat lässt sich auf die durch die Sozialreform auslösenden sozialen Fragen und die durch sie angestrebten Veränderungen nicht ein, sondern pflegt und kultiviert zu den Ansätzen ein bewusst distanzierendes Verhältnis. Darüber hinaus verkehrt sie deren Ansätze in das genaue Gegenteil des Beabsichtigten. So wird die gewerkschaftliche Gegenmacht zur angeblich unkontrollierten und daher verwerflichen gesellschaftlichen Macht umgedeutet und das auf Teilhabe an der Lebensführung sichernden Arbeit und das hierauf gerichtete Menschenrecht als Bündel von Zumutungen und bürokratischer Fremdbestimmung in seinem partizipatorischen Gehalt verfehlt – ganz ebenso wie die stets auf Verwirklichung durch Gesetzgebung und Rechtsprechung angewiesenen Grundrechte zum verstaatlichten Refugium vorgeblich verstaatlichter, in Wirklichkeit aber stets durch den Staat zu sichernder Autonomie missdeutet werden.

Die in einer Gesellschaft angelegten sozialen Konflikte werden durch abstrakte Postulate wie Homogenität des Volkes und Identität von Regierenden und Regierten über-

<sup>228</sup> Ebd., S. 169.

<sup>229</sup> Ebd.

<sup>230</sup> Schmitt, DR 1933, S. 201.

<sup>231</sup> Rütters (Fn. 104), S. 21 ff.; Kirchheimer, Die Rechtsordnung des Nationalsozialismus (1941), in: ders., Funktionen des Staates und der Verfassung, Zehn Analysen, Frankfurt aM. 1972, S. 115, Recht wird getragen von der Vorstellung einer »technischen Rationalität« als einer »einwandfrei arbeitenden, wenn auch komplizierten Maschine«, S. 131 f.; dieses verdrängte alle individuellen Rechte und zerstörte gleichermaßen Recht und Moral.

<sup>232</sup> Schmitt, DR 1936, 181, 184.

<sup>233</sup> Schmitt, DR 1934, 225, 228.

<sup>234</sup> Schmitt, JW 1934, 713, 717.

<sup>235</sup> Schmitt, Nehmen/Teilen/Weiden, in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, Berlin 1980, S. 489, 491, 496.

spielt. Der Demokratie-Begriff ist durchweg fiktiv und hat keinerlei Bezug zu Parteien, Repräsentation und Macht- und Interessenunterschieden. Das Postulat von der Homogenität des Volkes wird vor diesem Hintergrund ideologisch, fiktiv und ohne jegliche sachliche Aussage. Die in der Theorie bereit gestellten Begriffe zeichnen keine Wirklichkeit, sondern postulieren eine neue Wirklichkeit, die in ihren Inhalten und Umrissen unklar und inhaltsleer bleibt. Eine solche vorgebliche Deutung entfaltet keinerlei Einsichten; sie entbehrt daher jeglicher Grundlage.

## V. Vision nimmt Gestalt an

Die Weimarer Republik war eine kurze, dichte, bedeutsame, höchst moderne und doch überaus tragische und verhäng-

nisvoll endende Epoche der deutschen Geschichte. Sie stellt sich nicht nur in der Rückschau als eine Umbruchphase dar. Die damaligen Juristen habe die Diskussion über die gedanklichen Grundlagen des Sozialrechts und die es tragende Rechtsordnung auf ein neues hohes intellektuelles Niveau gehoben, welche in der Diskussion nach 1945 nicht fortgeführt wurde. Was den Sozialstaat prägt und auszeichnet, lässt sich aus den Debatten erschließen, die damals anlässlich seiner Herausbildung geführt wurden. Sie nimmt die sozialdemokratische Zukunft vorweg, die nach dem Zweiten Weltkrieg dann in Gestalt einer sich auf Konsum, Vollbeschäftigung und sozialer Sicherheit ausrichtenden Nachkriegsgesellschaft zeigte.<sup>236</sup>

<sup>236</sup> *Judi*, Geschichte Europas von 1945 bis zur Gegenwart, 4. Aufl., Frankfurt aM. 2012, Kap. XI, S. 399 ff.

# Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Teil 2

*Prof. Dr. Ulrich Koch, Vorsitzender Richter am Bundesarbeitsgericht*

## I. Vorbemerkung

Der Beitrag schließt an Ausführungen des Verfassers in SR 2016, 131 an. In diesem zweiten Teil werden zunächst Fragen der Geltung von Entlohnungsgrundsätzen nach Wegfall der zwingenden Geltung eines Tarifvertrags behandelt und bei Tarifpluralität. Weiter erfolgt eine Darstellung zur Rechtslage beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber. Abschließend wird auf die Ermittlung des Inhalts von Entlohnungsgrundsätzen und auf Zuständigkeitsfragen zwischen den Arbeitnehmervertretungen eingegangen.

## II. Beendigung des Tarifvertrags

Tritt der Arbeitgeber während der Laufzeit eines Tarifvertrags aus dem Arbeitgeberverband aus, bleibt das Mitbestimmungsrecht bis zur Beendigung der jeweiligen Tarifverträge weiterhin ausgeschlossen. Diese gelten bis zu ihrer

Beendigung kraft Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) normativ weiter. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ist bis zum Ende des Nachbindungszeitraums nach dem Eingangshalbsatz gesperrt.

Nach dem Ende der zwingenden Geltung eines Tarifvertrags gilt dieser kraft Nachwirkung weiter, bis seine Rechtsnormen durch eine andere Abmachung ersetzt werden (§ 4 Abs. 5 TVG). Der Wegfall der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags im Nachwirkungszeitraum führt nicht zum ersatzlosen Wegfall der in ihm enthaltenen Entlohnungsgrundsätze. Diese gelten – wie zuvor – als betriebliche Entlohnungsgrundsätze im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat unverändert weiter. Sie können nach der Beendigung des Tarifvertrags vom Arbeitgeber nicht einseitig verändert werden.<sup>1</sup> Der Eintritt der Nachwirkung hat lediglich zur Folge, dass die Entlohnungsgrundsätze nunmehr der Regelungsmacht der Betriebsparteien unterliegen.

<sup>1</sup> BAG, 2.3.2004 – 1 AZR 271/03 – AP Nr. 31 zu § 3 TVG.

Der Arbeitgeber leistet nach Ablauf des Tarifvertrags die bisherigen Vergütungsbestandteile, ohne hierzu tarifrechtlich zwingend verpflichtet zu sein. Der Tarifvorbehalt des Eingangshalbsatzes sperrt deshalb das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nicht (mehr) und kann daher die von § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG vorausgesetzte Schutzwirkung nicht mehr bewirken. Mit dieser Gestaltungsmacht wird zugleich dem Betriebsrat ein umfassendes Mitbestimmungsrecht bei der Ausgestaltung der zukünftigen betrieblichen Entgeltordnung eröffnet. Will der Arbeitgeber die bisher im Tarifvertrag enthaltenden Leistungen nicht mehr oder nur in geänderter Form (zB. ohne eine bisher gezahlte Sonderzuwendung) erbringen, muss er bei dieser Maßnahme den Betriebsrat beteiligen. Die Abkehr von dem vormals in einem Tarifvertrag enthaltenen Entlohnungssystem stellt regelmäßig eine Änderung der betrieblichen Entlohnungsgrundsätze dar.

### III. Tarifpluralität<sup>2</sup>

#### 1. Mehrzahl von normativen Entlohnungsgrundsätzen

Im Betrieb eines tarifgebundenen oder von einer Allgemeinverbindlicherklärung erfassten Arbeitgebers stellen die im einschlägigen Tarifvertrag enthaltenen Entlohnungsgrundsätze zugleich das im Betrieb geltende System für die Bemessung des Entgelts dar. Deren Einführung und Änderung unterliegen während der normativen Geltung des Tarifvertrags nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG. Diese ist nach dem Eingangshalbsatz der Vorschrift ausgeschlossen. Allerdings sind die vom Arbeitgeber während seiner Tarifbindung angewandten und in einem normativ geltenden Tarifvertrag geregelten Entlohnungsgrundsätze zugleich diejenigen, die im Betrieb gelten, maW. die betrieblichen Entlohnungsgrundsätze.<sup>3</sup> Daher ist fraglich, welche Auswirkungen das Bestehen der unterschiedlichen (tariflichen) Entlohnungsgrundsätze auf die betriebsverfassungsrechtliche Pflichtenstellung des Arbeitgebers hat.

» In dem vom Ersten Senat des BAG entschiedenen Fall hatte die Arbeitgeberin im Wechsel mit der Eisenbahn-Verkehrs-Gewerkschaft (EVG) und der Gewerkschaft der Lokomotivführer (GdL) Haustarifverträge abgeschlossen. Der Betriebsrat verlangte die Eingruppierung von Angehörigen des Fahrpersonals in einen von der EVG abgeschlos-

nen Tarifvertrag. Dies verweigerte die Arbeitgeberin jedoch in Hinblick auf die bereits in einem Haustarifvertrag vorgenommenen Eingruppierungen. Während des Verfahrens schloss die Arbeitgeberin einen weiteren Tarifvertrag für das Fahrpersonal mit der GdL ab. Der Senat prüfte als Vorfrage, ob die Pflicht der Arbeitgeberin zur Eingruppierung durch den zwischenzeitlichen Tarifvertragsabschluss und das Bestehen einer weiteren betrieblichen Vergütungsordnung entbehrlich geworden ist. Dies hat der Erste Senat jedoch verneint.<sup>4</sup>

Wegen der Einordnung der in Tarifverträgen enthaltenen Entlohnungsgrundsätzen als Inhaltsnormen, die nur im Verhältnis zwischen dem Arbeitgeber und den tarifgebundenen Arbeitnehmern unmittelbar und zwingend anzuwenden sind, liegt bei normativer Geltung von zwei, sich in ihrem Geltungsbereich überschneidenden Vergütungsordnungen keine Tarifkonkurrenz vor, bei der einer der miteinander konkurrierenden Tarifverträge verdrängt wird. Die Existenz von zwei tariflichen Vergütungsordnungen führt vielmehr zu einer Tarifpluralität, bei der die jeweiligen Tarifnormen unabhängig voneinander auf die jeweils tarifgebundenen Arbeitnehmer Anwendung finden. Deshalb werden die betriebsverfassungsrechtlichen Pflichten des Arbeitgebers durch das Bestehen von zwei nebeneinander geltenden Entgeltsystemen erweitert. Für die sich aus § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG ergebende Pflicht zur Ein- und Umgruppierung ist der individualrechtliche Geltungsgrund regelmäßig ohne Bedeutung. Der Arbeitgeber ist daher grundsätzlich verpflichtet, die Arbeitnehmer unter Beteiligung des Betriebsrats den Entgeltgruppen beider Vergütungsordnungen zuzuordnen. Ob diese einen Anspruch auf die Anwendung der jeweiligen Tarifverträge haben, ist für die gegenüber dem Betriebsrat bestehende Pflicht des Arbeitgebers aus § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG ohne Bedeutung.

Für das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bedeutet dies, dass die Betriebsparteien im Bei-

2 Dem Verfasser dieses Beitrags ist die Existenz der Regelung in § 4a TVG durchaus bekannt. Er hält diese allerdings – dies sei an dieser Stelle eingeräumt – für verfassungsrechtlich bedenklich und hofft, dass durch die bevorstehende Entscheidung des BVerfG ein Rechtszustand wiederhergestellt wird, in dem normative Regelungen von mehreren Tarifvertragsparteien für ihre Mitglieder (wieder) nebeneinander bestehen können. Davon abgesehen wird es auch bei Fortbestand des § 4a TVG in einzelnen Unternehmen – nicht nur bei der Deutschen Bahn AG und in Kliniken unter kommunaler Leitung – tatsächlich auch weiterhin gewillkürte Tarifpluralität geben. Im Folgenden ist deshalb auch der Zustand dargestellt, der sich ohne Anwendung von § 4a TVG ergeben würde.

3 Dazu insbesondere die Ausführungen in Teil 1 des Beitrags, SR 2016, 131, 136 ff., unter 2.

4 BAG, 14.4.2015 – 1 ABR 66/13 – AP Nr. 143 zu § 99 BetrVG 1972.

spielsfall weder im Geltungsbereich des Tarifvertrags der GdL noch der EVG normative Regelungen treffen können. Die Reichweite des Tarifvorbehalts des Eingangshalbsatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG wird aus der Summe der Geltungsbereiche der im Betrieb der Arbeitgeberin geltenden tariflichen Regelungen beider Gewerkschaften gebildet. Würde zB. der Tarifvertrag der GdL nur für die Arbeitsverhältnisse der Triebfahrzeugführer gelten, während der Tarifvertrag der EVG nicht nur diese, sondern auch das weitere Fahrpersonal erfasste, wäre durch den Tarifvorbehalt das Beteiligungsrecht für beide Arbeitnehmergruppen ausgeschlossen. Es bestünde allerdings uneingeschränkt für solche Arbeitsverhältnisse, die nicht Gegenstand eines der beiden Haustarifverträge sind (zB. für Verwaltungsangestellte).

## 2. Das Ende der Tarifpluralität

Zwischenzeitlich zumindest teilweise entschieden ist die Frage nach dem Bestehen des Mitbestimmungsrechts aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wenn – bei vormaliger Geltung von zwei Tarifwerken – die normative Wirkung eines Tarifvertrags endet. In diesem Fall hat der Arbeitgeber individualrechtlich einen Tarifvertrag kraft Tarifbindung (§ 3 Abs. 1 TVG) und einen weiteren kraft Nachwirkung (§ 4 Abs. 5 TVG) anzuwenden. Der Wegfall der zwingenden Wirkung führt aber nicht dazu, dass die in ihm enthaltenen Entlohnungsgrundsätze nunmehr ersatzlos entfallen oder von dem kraft § 3 Abs. 1 TVG geltenden Tarifvertrag verdrängt werden. Der Eintritt der Nachwirkung hat lediglich zur Folge, dass das im Betrieb geltende kollektive, abstrakte Entgeltschema und die in ihm zum Ausdruck kommenden Vergütungsgrundsätze nicht mehr tarifrechtlich zwingend gelten. Das ändert jedoch nichts daran, dass diese Grundsätze bislang im Betrieb angewendet wurden und deshalb zu den dort geltenden Entlohnungsgrundsätzen gehören. Bis zu einem wirksam mitbestimmten Änderungsakt sind sie grundsätzlich betriebsverfassungsrechtlich weiter gültig. Hieran ändert der Eintritt der Nachwirkung allein nichts. Eine betriebliche Vergütungsordnung, die auf einem nachwirkenden Tarifvertrag beruht, wird weder durch den Abschluss von Tarifverträgen mit einer anderen Gewerkschaft abgelöst noch durch das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG verdrängt.<sup>5</sup> Fraglich kann allein sein, ob sie im Nachwirkungszeitraum von den Betriebsparteien geändert oder aufgehoben werden kann. Diese Frage ist regelmäßig zu verneinen. Grund hierfür ist

die weiter bestehende zwingende Geltung des anderen Tarifvertrags. Der Tarifvorbehalt des Eingangshalbsatzes von § 87 Abs. 1 BetrVG sperrt bei normativer Geltung des verbleibenden Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich nach wie vor das Mitbestimmungsrecht im Bereich der Entlohnungsgrundsätze. Dies führt zu einer fortbestehenden Pflicht des Arbeitgebers aus § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG neu eingestellte Arbeitnehmer in die nachwirkende Entgeltordnung einzugruppieren und bei einer Tätigkeitsänderung von bereits im Betrieb beschäftigten Mitarbeitern, eine entsprechende Umgruppierungsentscheidung zu treffen. Diese Pflicht endet erst dann, wenn die nur noch nachwirkenden Entlohnungsgrundsätze individualrechtlich auf keinen der betriebsangehörigen Arbeitnehmer mehr Anwendung finden. Erst dann stellt die vormalige Vergütungsordnung nicht mehr ein im Betrieb geltendes System für die Bemessung des Entgelts der Arbeitnehmer dar. Der Arbeitgeber hat diese also solange zu beachten, wie er diese individualrechtlich (zB. aufgrund einer Bezugnahme Klausel und/oder einer betrieblichen Übung) anwenden muss. Unzulässig ist eine Ablösung der Entlohnungsgrundsätze aus dem nur nachwirkenden Tarifvertrag aber nur soweit die Sperrwirkung des Tarifvorbehalts reicht. In seinem »außertariflichen« Bereich können die Betriebsparteien Regelungen nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG treffen.

## 3. Die (gegenwärtige) Rechtslage nach § 4a TVG

Nach § 4a Abs. 2 Satz 1 TVG kann der Arbeitgeber an mehrere Tarifverträge unterschiedlicher Gewerkschaften gebunden sein. Soweit sich die Geltungsbereiche nicht inhaltsgleicher Tarifverträge verschiedener Gewerkschaften überschneiden (kollidierende Tarifverträge), sind im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjenigen Gewerkschaft anwendbar, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des zuletzt abgeschlossenen kollidierenden Tarifvertrags im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat (Satz 2). Nach den Ausführungen des BVerfG in dem berichtenden Teil seines Beschl. vom 6.10.2015 soll der Arbeitgeber nach § 4a Abs. 2 S. 1 TVG weiter an unterschiedliche Tarifverträge gebunden sein, wenn ein Antrag nach § 99 ArbGG unterbleibe. Zur Erklärung für seine sicherlich »nur« einfach-rechtlichen Ausführungen verweist das BVerfG auf die beabsichtigte sub-

<sup>5</sup> BAG, 23.8.2016 – 1 ABR 15/14 – zVb.

sidiäre Geltung der Neuregelung.<sup>6</sup> Wenn dem wirklich so wäre, dann bliebe es bis zu einer rechtskräftigen Feststellung in einem Beschlussverfahren nach § 99 ArbGG über den nach § 4a Abs. 2 S. 2 TVG im Betrieb anwendbaren Tarifvertrag bei der vorstehend dargestellten Rechtslage.

Nach einer rechtskräftigen Feststellung im Verfahren nach § 99 ArbGG stellte sich die Frage, ob der Beschluss über die Nichtanwendbarkeit eines von der Minderheitengewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrags als Feststellungsbeschluss Rückwirkung entfaltet oder nicht. Würde die Entscheidung nach § 99 ArbGG – wie die im Verfahren über die Tariffähigkeit oder Tarifizuständigkeit<sup>7</sup> – nur die Rechtslage feststellen, dürften die bisher angewandten Tarifverträge der Minderheitengewerkschaft von Anfang an keine Rechtswirkungen entfaltet haben, was insbesondere interessante Fragen für die Rückabwicklung aufwerfen würde. Für den Tarifvorbehalt könnte dies zB. bedeuten, dass es für dessen Umfang (nachträglich) nur auf den Geltungsbereich und Inhalt des Tarifvertrags der Mehrheitsgewerkschaft ankäme.

## IV. Das Mitbestimmungsrecht beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber

### 1. Reichweite des Mitbestimmungsrechts

Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG wird beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber durch den Tarifvorbehalt des § 87 Abs. 1 Eingangshalbsatz BetrVG weder beschränkt noch ausgeschlossen. Der nicht tarifgebundene Arbeitgeber kann – kollektivrechtlich – das die Verteilung und das Volumen der von ihm für die Vergütung der Arbeitnehmer bereitgestellten Mittel nach seinen Vorstellungen festlegen und für die Zukunft ändern. Wegen seiner fehlenden Tarifgebundenheit leistet er in diesem Fall sämtliche Vergütungsbestandteile ohne hierzu normativ verpflichtet zu sein. Allerdings hat der nicht tarifgebundene Arbeitgeber bei der Einführung eines Entlohnungssystems und der Änderung der geltenden Entlohnungsgrundsätze die Zustimmung des Betriebsrats einzuholen. Will er in Vergütungsbestandteile eingreifen, die Teil einer betrieblichen Vergütungsordnung sind, bei deren Aufstellung und Veränderung der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen hat, kann eine solche Maßnahme nur mit dessen Zustimmung oder einer sie ersetzenden Entscheidung einer Einigungsstelle (§ 87 Abs. 2 BetrVG) getroffen werden.

Diese Grundsätze gelten auch, wenn der nicht tarifgebundene Arbeitgeber einzelvertraglich einen oder sogar den einschlägigen Tarifvertrag in Bezug nimmt. Der Eingangshalbsatz des § 87 Abs. 1 BetrVG schließt das Mitbestimmungsrecht nur bei normativer Geltung des Tarifvertrags aus.

Die Betriebsparteien haben beim nicht tarifgebundenen Arbeitgeber eine umfassende Regelungsmacht. Diese korrespondiert mit ihrer Pflicht, für sämtliche gewährten Vergütungsbestandteile Entlohnungsgrundsätze iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG aufzustellen. Dies entspricht der Rechtslage beim Beteiligungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG. Arbeitgeber und Betriebsrat sind gehalten, die Verteilung der gesamten betriebsüblichen Arbeitszeit vorzunehmen.<sup>8</sup> Hieraus folgt nicht, dass die Betriebsparteien das gesamte Vergütungsvolumen des Betriebs auf die Arbeitnehmer verteilen müssen. Sie sind nur mitbestimmungsrechtlich gehalten, die Anspruchsvoraussetzungen für die Gewährung der einzelnen Vergütungsbestandteile (Grundgehalt, Zuschläge und Zulagen, Sonderzuwendungen, Provisionen) festzulegen.

### 2. Die Beteiligung des Betriebsrats bei der Einführung und Änderung von Entlohnungsgrundsätzen

#### a) Einführung von finanziellen Leistungen

Bei Vergütungsbestandteilen, die der Arbeitgeber ohne normative Verpflichtung erbringt, kann dieser mitbestimmungsfrei über die Höhe der von ihm zur Verfügung gestellten Finanzmittel und über den Leistungszweck entscheiden. An diese Festlegungen ist nicht nur der Betriebsrat, sondern im Konfliktfall auch die Einigungsstelle (§ 87 Abs. 2, § 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG) gebunden.<sup>9</sup> Zu den finanziellen Leistungen, zu deren Gewährung der Arbeitgeber stets gezwungen ist, gehört ein Ausgleich für Nachtarbeit (§ 6 Abs. 5 ArbZG) durch bezahlte freie Tage oder durch einen angemessenen Entgeltzuschlag; insoweit besteht aber ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG.<sup>10</sup> Der Betriebsrat kann

6 BVerfG, 6.10.2015 – 1 BvR 1571/15 – BVerfGE 140, 211 unter Hinweis auf BT-Drs. 18/4062, S. 1 (unter B.9) und S. 12.

7 BAG, 11.6.2013 – 1 ABR 32/12 – AP Nr. 24 zu § 2 TVG Tarifizuständigkeit.

8 BAG, 30.6.2015 – 1 ABR 71/13 – nv.

9 BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – AP Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

10 BAG, 17.1.2012 – 1 ABR 62/10 – AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; 26.4.2005 – 1 ABR 1/04 – AP Nr. 118 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit; zur Höhe des Zuschlags BAG, 9.12.2015 – 10 AZR 423/15 – AP Nr. 14 zu § 6 ArbZG.

den Arbeitgeber nicht – auch nicht über die Einigungsstelle – über sein Initiativrecht zwingen, für andere Zwecke Mittel zur Verfügung zu stellen. Nach der Rechtsprechung des BAG entfällt das Mitbestimmungsrecht nicht deshalb, weil der Arbeitgeber mit einer Leistung bestimmte Leistungszwecke (Absatzpolitik/Verkaufssteuerung) verfolgen will.<sup>11</sup> Die Einführung einer finanziellen Leistung ohne normativen Rechtsgrund ist als Einführung eines Entlohnungsgrundsatzes stets nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Sie kann daher nicht gegen den Willen des Betriebsrats gewährt werden.<sup>12</sup> Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich bei solchen Leistungen nur auf die Festlegung der einzelnen Anspruchsvoraussetzungen in dem vom Arbeitgeber mitbestimmungsfrei festgelegten Dotierungsrahmen. Dieser kann in verschiedener Weise festgesetzt werden. Der Arbeitgeber kann die Gesamtsumme bestimmen, die er für die Leistungen zur Verfügung stellt. Der mit einer Obergrenze festgesetzte Dotierungsrahmen kann sich aber nachträglich erweitern, wenn zB. bei der betrieblichen Altersversorgung die Leistungen aufgrund gesetzlicher Vorgaben angepasst werden müssen. In vielen Fällen wird aber der Dotierungsrahmen nicht von vornherein feststehen. Sollen zB. Leistungszulagen gezahlt werden, liegt es auf der Hand, dass bei der Entscheidung über die Anspruchsvoraussetzungen noch nicht festgestellt werden kann, welchen Gesamtumfang diese haben werden. Lehnt der Betriebsrat die Einführung der beabsichtigten Leistung ab, ist der Arbeitgeber gezwungen, dessen Zustimmung durch die Einigungsstelle ersetzen zu lassen. Da sich das Mitbestimmungsrecht nicht auf die vertraglich vereinbarten Entgelte erstreckt, kann der Arbeitgeber diese unabhängig von einer Entscheidung der Einigungsstelle zunächst an die Arbeitnehmer auszahlen.

#### b) Änderung der Voraussetzungen für die Leistungsgewährung

Mitbestimmungspflichtig nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG sind nicht nur die Einführung, sondern auch die Änderung der im Betrieb für die Verteilung der Gesamtvergütung aufgestellten Entlohnungsgrundsätze.<sup>13</sup> Eine solche Änderung liegt regelmäßig vor, wenn nur einer der mehreren Bestandteile, aus denen sich die Gesamtvergütung zusammensetzt, gestrichen, erhöht oder vermindert wird<sup>14</sup> und durch diese Maßnahme die Verteilung der Gesamtvergütung auf die betriebsangehörigen Arbeitnehmer verändert wird. Mitbestimmungsfrei bleibt eine Änderung des betrieblichen Vergütungsgefüges nur, wenn die finanzielle Leistung, die Gegen-

stand des Entlohnungsgrundsatzes ist, ausschließlich in ihrer absoluten Höhe betroffen ist und die bisherigen Verteilungsgrundsätze unverändert bleiben. In diesem Fall wirkt sich die Maßnahme nicht auf den bestehenden Entlohnungsgrundsatz aus. Eine gleichmäßige prozentuale Absenkung ist allerdings stets mitbestimmungspflichtig, wenn der Entlohnungsgrundsatz die Zahlung eines festen, betragsmäßig bestimmten Vergütungsbestandteils umfasst. Die Zahlung von solchen (festen) Vergütungsbestandteilen führt zwingend dazu, dass sich bei einer gleichmäßigen Absenkung zugleich der relative Abstand der (Gesamt-)Vergütungen zueinander verändert.<sup>15</sup> So hat der Erste Senat eine beabsichtigte lineare Absenkung der nach der Vergütungsordnung des TV-L gezahlten Vergütung nicht als mitbestimmungsfrei angesehen, weil diese Ordnung für Zuschläge und Zulagen sowie für die Sonderzuwendung teilweise Festbeträge enthält.<sup>16</sup>

Nach den vorstehenden Grundsätzen unterliegt auch eine Änderung des Vergütungsgefüges regelmäßig der Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wenn sie die Vergütungsstruktur für die bisherigen Belegschaftsangehörigen unverändert lässt und nur zu einer Absenkung der Vergütung bei neu einzustellenden Arbeitnehmern führen soll. Beabsichtigt der Arbeitgeber, künftig die bisher gewährte(n) Leistung(en) – auch teilweise – nicht mehr zu erbringen, kann in einer solchen Entscheidung eine mitbestimmungspflichtige Änderung der bisher geltenden Entlohnungsgrundsätze liegen. Der Betriebsrat hat unter Berücksichtigung des nach wie vor zur Verfügung stehenden Volumens über die vom Arbeitgeber beabsichtigte Neuverteilung (zB. Altbelegschaft: wie bisher/Neueingestellte: weniger) mitzuentcheiden.

Die vorstehenden Ausführungen gelten gleichermaßen, wenn ein zuvor tarifgebundener Arbeitgeber nach dem Ende der normativen Geltung des Tarifvertrags die neu eingestellten Arbeitnehmer nach anderen Grundsätzen

11 BAG, 13.3.1984 – 1 ABR 57/82 – AP Nr. 4 zu § 87 BetrVG 1972 Provision.

12 Umstr., wie hier Wiese, in: Wiese et al. (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum BetrVG*, 10. Aufl., Köln 2014 (im Folgenden: GK-BetrVG), § 87 Rn. 838; aA. wohl Thüsing, DB 1997, 1130, 1133.

13 BAG, 18.3.2014 – 1 ABR 75/12 – AP Nr. 146 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

14 BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – AP Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung; 26.8.2008 – 1 AZR 354/07 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972.

15 BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/10 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

16 BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.



vergüten will. Damit beschränkt er den persönlichen Geltungsbereich der bisher geltenden betrieblichen Entlohnungsgrundsätze. Dies löst regelmäßig das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus, weil die Verteilung der Leistungen zueinander nicht gleich bleibt.<sup>17</sup>

» 1. Beispiel: Die Beklagte bzw. deren Rechtsvorgängerin war ursprünglich an die jeweils für die Mitglieder der Tarifgemeinschaft deutscher Länder (TdL) geltenden Tarifverträge gebunden. Zu einem nicht näher festgestellten Zeitpunkt im Jahre 2006 entschied sie sich, neu eingestellte und – wie die Klägerin – in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis übernommene Arbeitnehmer nach einer »Mindestentgelttabelle« einzugruppieren. Diese enthält für 15 Entgeltstufen Festlegungen für das Grundentgelt und die Entwicklungsstufen. Das in der Mindestentgelttabelle bestimmte Grundentgelt sowie die Entwicklungsstufen orientieren sich an den Entgeltgruppen des am 1.11.2006 in Kraft getretenen Tarifvertrags für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L). Den Betriebsrat beteiligte sie an dieser Maßnahme nicht. Der Erste Senat des BAG hat in der Einführung der Mindestentgelttabelle für neu eingestellte Arbeitnehmer eine Änderung der bisher geltenden Entlohnungsgrundsätze gesehen. Die von der Beklagten durchgeführte Maßnahme war nicht deshalb mitbestimmungsfrei, weil von ihr nur die absolute Höhe der Vergütung betroffen war und die bisherigen Verteilungsgrundsätze unverändert geblieben sind. Die in der Mindestentgelttabelle für die einzelnen Entgeltgruppen ausgewiesenen Grundentgelte und Entwicklungsstufen sind nicht linear, sondern prozentual zwischen 13,15 % und 40,55 % gegenüber dem ab dem 1.11.2006 geltenden tariflichen Tabellenentgelt ermäßigt. Daneben hätte die Beklagte ohne Beteiligung ihres Betriebsrats die Entgelte nur mitbestimmungsfrei absenken können, wenn auch die weiteren Vergütungsbestandteile, wie etwa die nach dem TV-L zu zahlenden Zulagen und Zuschläge sowie die Jahressonderzahlung ohne Änderung des Verhältnisses der Gesamtvergütungen, zueinander ermäßigt worden wären. Da die Zuschläge und Zulagen teilweise als Festbeträge gewährt worden sind, war eine Absenkung des Vergütungsniveaus ohne Auswirkung auf die Verteilung nicht möglich.<sup>18</sup>

» 2. Beispiel: In einem vom Ersten Senat entschiedenen Fall ging es um die Zahlung der Sonderzuwendung und des Urlaubsgelds nach dem BAT. Das Land Berlin trat Anfang Januar 2003 aus der TdL aus. Die Tarifverträge über eine Zuwendung für Angestellte und ein Urlaubsgeld für Angestellte wurden von der TdL zum 30.6.2003 bzw. 31.7.2003 gekündigt. Bis zu diesem Zeitpunkt galten sie auch für das Land Berlin kraft Nachbindung (§ 3 Abs. 3 TVG) normativ weiter. Seit dem 1.8.2003 wendete das Land bei neu eingestellten Lehrkräften die Tarifverträge über eine Zuwendung und ein Urlaubsgeld für Angestellte nicht mehr an. Den Personalrat beteiligte das Land an dieser Maßnahme nicht. Die neu eingestellte Klägerin verlangte vom

beklagten Land die Zahlung der Sonderzuwendung und des Urlaubsgelds. Ihre Klage hatte vor dem Ersten Senat Erfolg. Nach seiner Auffassung hatte das Land Berlin die bis zum Ende der normativen Geltung des Tarifvertrags bestehenden Entlohnungsgrundsätze einseitig geändert. Nach diesen waren den Beschäftigten in dieser Zeit der Betrag ihrer regelmäßigen Monatsvergütung jährlich insgesamt dreizehn Mal (12 x Grundvergütung + eine Zuwendung iHd. Urlaubsgütung) und zudem ein weiterer Einmalbetrag in bestimmter Höhe (Urlaubsgeld iHv. 255,65 Euro) zu zahlen. Diese Grundsätze galten auch nach dem Ende der Nachbindung am 30.6./31.7.2003 weiter. Auf die bisher nicht wirksam geänderten Entlohnungsgrundsätze konnten sich auch die neu eingestellten Arbeitnehmer berufen.<sup>19</sup>

### c) Teilbarkeit der Entlohnungsgrundsätze

Nicht einfach zu beurteilen ist die Beteiligungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wenn der nicht tarifgebundene Arbeitgeber beabsichtigt, eine bisher gewährte Leistung einzustellen.

» 3. Beispiel: Bei der nicht tarifgebundenen Arbeitgeberin besteht eine Vergütungsordnung in Form einer Betriebsvereinbarung. Daneben wird im Dezember des Jahres eine Sonderzuwendung in Höhe eines Monatsverdienstes gezahlt. Hierüber haben die Arbeitgeberin und ihr Betriebsrat eine weitere Betriebsvereinbarung geschlossen. Diese wird von der Arbeitgeberin fristgemäß zum Ende des Kalenderjahres gekündigt. Der Betriebsrat begehrt die Feststellung, dass die Arbeitgeberin verpflichtet ist, deren Inhalt (die Zahlung einer Sonderzuwendung) über den Ablauf der Kündigungsfrist weiter durchzuführen. Die Arbeitgeberin verweist darauf, dass sie zur Zahlung einer Sonderzuwendung nicht verpflichtet ist.

Entscheidungserheblich für den vom Betriebsrat geltend gemachten (Durchführungs-)Anspruch ist die Frage, ob die Betriebsvereinbarung über die Sonderzuwendung nach deren Ablauf im Betrieb kraft Nachwirkung weiter anzuwenden ist. Gemäß § 77 Abs. 6 BetrVG gelten nach Ablauf einer Betriebsvereinbarung deren Regelungen in Angelegenheiten, in denen ein Spruch der Einigungsstelle die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ersetzen kann, weiter, bis sie durch eine andere Abmachung ersetzt werden. Dies

17 BAG, 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 – AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

18 BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; ebenso in Bezug auf einen Kinderzuschlag und ein Urlaubsgeld in feststehender Höhe BAG, 22.6.2010 – 1 AZR 853/08 – AP Nr. 136 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

19 BAG, 15.4.2008 – 1 AZR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

betrifft die Angelegenheiten der zwingenden Mitbestimmung, zu denen auch das Mitbestimmungsrecht bei der betrieblichen Lohngestaltung (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) gehört. Betriebsvereinbarungen über Gegenstände, die nicht der zwingenden Mitbestimmung unterliegen, entfalten kraft Gesetzes keine Nachwirkung. Nach der Rechtsprechung des BAG wirken Betriebsvereinbarungen mit teils erzwingbaren, teils freiwilligen Regelungen grundsätzlich nur hinsichtlich der Gegenstände nach, die der zwingenden Mitbestimmung unterfallen. Dies setzt allerdings voraus, dass sich die Betriebsvereinbarung sinnvoll in einen nachwirkenden und einen nachwirkungslosen Teil aufspalten lässt. Andernfalls entfaltet zur Sicherung der Mitbestimmung die gesamte Betriebsvereinbarung Nachwirkung.<sup>20</sup>

Betriebsvereinbarungen über finanzielle Leistungen des Arbeitgebers, die dieser – wie im 3. Beispielfall – ohne eine normative Verpflichtung erbringt, sind regelmäßig nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG teilmitbestimmt. Jedenfalls der Verteilungs- und Leistungsplan der Zuwendung unterliegt der Zustimmung des Betriebsrats. Die Nachwirkung solcher teilmitbestimmten Betriebsvereinbarungen hängt im Falle ihrer Kündigung durch den Arbeitgeber davon ab, ob dieser die in ihr geregelten finanziellen Leistungen ersatzlos beseitigen oder lediglich reduzieren will. Sollen sie vollständig und ersatzlos entfallen, tritt keine Nachwirkung ein. Bei einer vollständigen Einstellung der Leistungen verbleiben keine Mittel, bei deren Verteilung der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen hätte.<sup>21</sup> Will der Arbeitgeber seine finanziellen Leistungen hingegen nicht völlig einstellen, sondern mit der Kündigung nur eine Verringerung des Volumens der insgesamt zur Verfügung gestellten Mittel und zugleich eine Veränderung des Verteilungsplans erreichen, wirkt die Betriebsvereinbarung zur Sicherung der Mitbestimmung nach. In diesem Fall verbleibt ein Finanzvolumen, bei dessen Verteilung der Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitzubestimmen hat.<sup>22</sup>

Die Arbeitgeberin im 3. Beispielfall argumentierte, sie wolle die an keine Voraussetzungen geknüpfte Sonderzuwendung in Zukunft nicht mehr gewähren. Aus ihrer Sicht bestand daher kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats, das zu einer Nachwirkung der Betriebsvereinbarung hätte führen können. Allerdings darf nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich um einen nicht tarifgebundenen Arbeitgeber handelt. Dieser leistet sämtliche Vergütungsbestandteile der den betriebsangehörigen Arbeitnehmern gezahlten (Gesamt-)Vergütung ohne normative Verpflichtung. Seine

Entscheidung, zukünftig keine Sonderzuwendung mehr zu zahlen, berührt aber einen Teil der im Betrieb bestehenden Entlohnungsgrundsätze. Diese lauten im 3. Beispielfall, die jährliche Vergütung wird in dreizehn Teilen (12 x Grundvergütung + eine Sonderzuwendung in bestimmter Höhe) bezahlt. Bei einem Fortfall der Sonderzuwendung lautete der Entlohnungsgrundsatz, die Gesamtvergütung wird auf monatlich gleichbleibende Beträge verteilt; eine zusätzliche Einmalzahlung zu einem bestimmten Datum wird nicht (mehr) geleistet. Eine solche Änderung hat das BAG bei einer einheitlichen Vergütungsordnung – anders als im Beispielfall – als mitbestimmungspflichtig angesehen.<sup>23</sup>

Nach Auffassung des BAG ist es für den Umfang der Mitbestimmung und damit auch für die Nachwirkung von Bedeutung, ob die im Betrieb geltenden Entlohnungsgrundsätze einheitlich in einer Regelung zusammengefasst sind oder ob die Betriebsparteien sie gesondert ausgestaltet haben. Dies folgt aus ihrer Dispositionsmöglichkeit ua. über die Wirkung der Entlohnungsgrundsätze. Deren Einbindung in das System der betrieblichen Lohngestaltung können sie frei bestimmen. Arbeitgeber und Betriebsrat dürfen festlegen, ob die Entlohnungsgrundsätze als Einheit zu verstehen sind oder ob sie von der Trennbarkeit der einzelnen Vergütungsbestandteile ausgehen. Die Wahl der Regelungsform hat daher Konsequenzen für das Mitbestimmungsrecht nach der Kündigung einer Betriebsvereinbarung. Das BAG geht – bei einer fehlenden ausdrücklichen Regelung – davon aus, dass die in einer Betriebsvereinbarung zusammengefassten Entlohnungsgrundsätze nur rechtlich einheitlich geändert werden können. Will der Arbeitgeber die dort (zusammengefasst) geregelten Entgeltbestandteile nicht mehr oder nur noch in geänderter Form gewähren, muss er die gesamte Betriebsvereinbarung kündigen. Ist für diese eine Festlaufzeit vereinbart, scheidet eine vorfristige Kündigung aus. Ist die Kündigung möglich, kommt nach Ablauf der gesetzlichen oder vereinbarten Kündigungsfrist die Weitergeltung der in der Betriebsvereinbarung enthaltenen Entlohnungsgrundsätze kraft Nachwirkung in Betracht. Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei der veränderten Leistungsgewährung.

<sup>20</sup> BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – AP Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

<sup>21</sup> So bereits BAG, 17.1.1995 – 1 ABR 29/94 – AP Nr. 7 zu § 77 BetrVG 1972 Nachwirkung.

<sup>22</sup> BAG, 26.8.2008 – 1 AZR 354/07 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972.

<sup>23</sup> BAG, 26.8.2008 – 1 AZR 354/07 – AP Nr. 15 zu § 87 BetrVG 1972.

Nur wenn die Entlohnungsgrundsätze in gesonderten Betriebsvereinbarungen geregelt und nicht zu einem Gesamtvergütungssystem zusammengefasst sind, kann der Arbeitgeber durch die Kündigung der jeweiligen Betriebsvereinbarung und die Erklärung, zukünftig für den bisherigen Leistungszweck keine Mittel mehr bereit zu stellen, deren Nachwirkung vermeiden.<sup>24</sup> Aufgrund der unterschiedlichen normativen Regelung ist regelmäßig anzunehmen, dass die für die jeweiligen Leistungen festgelegten Entlohnungsgrundsätze nicht untrennbarer Teil eines umfassenden betrieblichen Vergütungssystems werden. Entschließt sich der nicht tarifgebundene Arbeitgeber daher dazu, eine in einer gesonderten Betriebsvereinbarung ausgebrachte Leistung mit Ablauf ihrer Kündigungsfrist vollumfänglich einzustellen, stehen für den von ihm einseitig vorgegebenen Zweck keine Mittel mehr zur Verfügung, über deren Verteilung der Betriebsrat mitbestimmen könnte. Ein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG bei der Beendigung des gesondert ausgestalteten Entlohnungsgrundsatzes besteht in diesem Fall nicht, weshalb die Betriebsvereinbarung keine Nachwirkung entfaltet.<sup>25</sup> Im 3. Beispielsfall ist der Antrag des Betriebsrats wegen der gesonderten Regelung der Entlohnungsgrundsätze in zwei Betriebsvereinbarungen erfolglos geblieben. Diese Grundsätze müssen nach meinem Dafürhalten auch nach Wegfall der normativen Wirkung von tariflichen Entlohnungsgrundsätzen gelten, wenn diese in unterschiedlichen Tarifverträgen einer Tarifvertragspartei geregelt sind (Vergütungsgruppentarifvertrag, Tarifvertrag über eine Sonderzuwendung bzw. betriebliche Altersversorgung). Die sich aus ihnen ergebenden (betrieblichen) Entlohnungsgrundsätze sind dann nicht miteinander verknüpft.

## V. Die Bestimmung von Entlohnungsgrundsätzen

Welche Entlohnungsgrundsätze im Betrieb gelten, wird – wie regelmäßig im Bereich der sozialen Angelegenheiten des § 87 Abs. 1 BetrVG – durch das tatsächliche Handeln des Arbeitgebers bestimmt. Zu diesem gehören allerdings auch die von ihm eingegangenen (rechtlichen) Bindungen. Diese sind Ausgangspunkte für die Bestimmung der nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG mitbestimmungsrechtlich bedeutsamen Vergütungsbestimmungen.

### 1. Der normativ gebundene Arbeitgeber

Ist im Betrieb ein Tarifvertrag kraft Allgemeinverbindlicherklärung anwendbar, gelten die sich aus seinen Normen ergebenden Entlohnungsgrundsätze für die betriebsangehörigen Arbeitnehmer unabhängig von deren Tarifbindung als Entlohnungsgrundsätze betriebseinheitlich. Dies gilt gleichermaßen bei Tarifbindung des Arbeitgebers für die tarifgebundenen Arbeitnehmer. Unterscheidet der tarifgebundene Arbeitgeber bei der Vergütung nicht nach der Tarifbindung der Arbeitnehmer, gelten wie bei der Allgemeinverbindlichkeit betriebseinheitlich die tariflichen Entlohnungsgrundsätze. Der Arbeitgeber kann allerdings bei der Entgelthöhe differenzieren. Da das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG nach dem Eingangshalbsatz ausgeschlossen ist, ist der Inhalt der (tariflichen/betrieblichen) Entlohnungsgrundsätze rein praktisch nur für die Vergütung der nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer von Bedeutung, weil für Gewerkschaftsmitglieder ein Anspruch nach § 3 Abs. 1 TVG besteht. Noch nicht höchstrichterlich entschieden ist die Frage, ob der Arbeitgeber ohne Verstoß gegen § 75 Abs. 1 BetrVG während der normativen Geltung eines Tarifvertrags neben den tariflichen weitere Entlohnungsgrundsätze einführen und diese nach Fortfall der zwingenden Wirkung des Tarifvertrags im Betrieb neben den fortgeltenden ehemals tariflichen Grundsätzen anwenden darf. Die Rechtsprechung des Ersten Senats verpflichtet ihn bisher nur, die neu eingestellten Arbeitnehmer in das vormalige tarifvertragliche Entgeltschema einzugruppieren, weil dieses nach wie vor im Betrieb gilt. Grundsätzlich ist es aber wohl nicht ausgeschlossen, dass der Arbeitgeber während der Geltung eines Tarifvertrags, in dem Entlohnungsgrundsätze enthalten sind, für die Belegschaft weitere Entlohnungsgrundsätze einführen darf. Dies ist von der Rechtsprechung bereits anerkannt für den Bereich einer übertariflichen Vergütung der gesamten Belegschaft. Insbesondere durch die Entscheidung des Großen Senats ist klargestellt, dass die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG durch den Tarifvorbehalt im Eingangshalbsatz nicht

24 BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – AP Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

25 BAG, 10.12.2013 – 1 ABR 39/12 – AP Nr. 144 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung (Zuschuss zum Aufstockungsbetrag bei Altersteilzeit); 5.10.2010 – 1 ABR 20/09 – AP Nr. 53 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung; zust. nunmehr auch Fitting (Begr.), BetrVG, Handkommentar, 28. Aufl., München 2016, § 77 Rn. 191; aA. GK-BetrVG-Kreutz (Fn. 12), § 77 Rn. 445.

ausgeschlossen wird, wenn der Arbeitgeber über das tarifliche (Mindest-)Entgelt eine über-/außertarifliche Zulage gewährt.<sup>26</sup> In diesem Fall lautet der mitbestimmungspflichtige Entlohnungsgrundsatz: »Die im Synallagma stehende Arbeitsleistung wird zusätzlich vergütet«. Bei der Ausgestaltung dieser Leistung hat der Betriebsrat mitzubestimmen, weil – entsprechend dem Normzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – die Verteilungsgerechtigkeit berührt wird.

Entfällt die durch eine Allgemeinverbindlicherklärung oder Tarifbindung des Arbeitgebers bewirkte zwingende Wirkung des Tarifvertrags, gelten die bisherigen Entlohnungsgrundsätze zunächst weiter.<sup>27</sup> Diese verpflichten den Arbeitgeber aber nicht zur Anpassung an zukünftige Änderungen der im Tarifvertrag enthaltenen Vergütungsregelungen. Ihre Geltung beschränkt sich auf die in ihnen enthaltenen Grundsätze des Vergütungssystems. Hierzu gehört keine dynamische Anwendung der jeweils einschlägigen Tarifregelung. Mit dem Verbandsbeitritt bzw. dem Abschluss eines Haustarifvertrags werden nur die in den jeweiligen Tarifwerken enthaltenen Entlohnungsgrundsätzen zu solchen, die gleichermaßen als betriebliche iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG gelten. Deren Reichweite beschränkt sich auf die vom Arbeitgeber eingegangene tarifrechtliche Bindung. Dies hat der Erste Senat im Rahmen einer Entscheidung zu einem Betriebsübergang ausgeführt.

» 4. Beispiel: Die Betriebsveräußerin war ursprünglich über einen abgeschlossenen Haustarifvertrag an die zwischen der IG Medien und dem Verband Technischer Betriebe für Film und Fernsehen eV geschlossenen Tarifverträge gebunden. Im Wege eines Betriebsteilübergangs übertrug sie zwei Bereiche an unterschiedliche und nicht tarifgebundene Arbeitgeberinnen. Deren Betriebsräte verlangten die Eingruppierung der neu eingestellten Arbeitnehmer nach dem aktuellen Tarifvertrag.

In seinem Beschluss führte der Senat zunächst aus, dass der Betriebsübergang an der betriebsverfassungsrechtlichen Verpflichtung des jeweiligen Arbeitgebers, die im Betrieb gültigen Entlohnungsgrundsätze anzuwenden, nichts geändert habe. Geht ein Betrieb oder Betriebsteil unter Wahrung seiner bisherigen Identität durch Rechtsgeschäft auf einen Betriebserwerber über, tritt dieser betriebsverfassungsrechtlich an die Stelle des früheren Betriebsinhabers. Der neue Betriebsinhaber ist daher zur Fortführung einer im Betrieb bzw. Betriebsteil bestehenden Vergütungsordnung verpflichtet. Mit welchem Inhalt diese allerdings bei dem Erwerber weiter gilt, richtet sich grundsätzlich nach dem Geltungs-

grund vor dem Betriebsübergang. Endet die normative Geltung des Tarifvertrags mit dem Übergang des Betriebs auf einen nicht tarifgebundenen Erwerber, ist dieser betriebsverfassungsrechtlich nur gehalten, das beim Veräußerer geltende tarifliche Entgeltschema mit dem im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Inhalt fortzuführen. Aufgrund seiner fehlenden Tarifgebundenheit entfällt aber der bisherige Geltungsgrund der Vergütungsordnung. Die nach einem Betriebsübergang vereinbarten tariflichen Änderungen des Entgeltschemas wirken sich daher – so der Erste Senat – nicht mehr auf die statisch weiter geltende betriebliche Vergütungsordnung aus.<sup>28</sup>

## 2. Der nicht normativ gebundene Arbeitgeber

Dieser kann nur mit Zustimmung des Betriebsrats Entlohnungsgrundsätze iSd. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG einführen oder ändern. Besteht in seinem Betrieb kein Vergütungssystem, kann der Betriebsrat über sein Initiativrecht ein solches anregen und ggf. über die Einigungsstelle (§ 87 Abs. 2 BetrVG) durchsetzen. Für eine Klärung der Frage, ob der Arbeitgeber Leistungen nach einem generalisierenden Prinzip erbringt, hat der Betriebsrat zunächst die Möglichkeit, von seinem Einsichtsrecht in die Bruttolohn- und Gehaltslisten Gebrauch zu machen (§ 80 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BetrVG) und den Arbeitgeber um eine Erklärung für einzelne Zahlungen, die er nicht nachvollziehen kann, zu ersuchen (§ 80 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BetrVG). Erbringt der Arbeitgeber zB. an mehrere Arbeitnehmer Zulagenzahlungen in gleicher oder vergleichbarer Höhe, hat er hierüber Auskunft zu erteilen, um dem Betriebsrat die Prüfung zu ermöglichen, ob diese auf einem Entlohnungsgrundsatz beruhen. Nach der Rechtsprechung des Ersten Senats umfasst das Einsichtsrecht alle Lohn- und Gehaltsbestandteile unabhängig davon, ob es sich um einmalige oder wiederkehrende Leistungen des Arbeitgebers handelt und unabhängig davon, ob diese kollektivrechtlich oder einzelvertraglich vereinbart sind. Der Darlegung eines besonderen Anlasses für die Ausübung des Einsichtsrechts bedarf es selbst bei individuell vereinbarten Vergütungen nicht. Vielmehr soll der

<sup>26</sup> BAG GS, 3.12.1991 – GS 1/90 – AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

<sup>27</sup> Dazu die Ausführungen in Teil 1 des Beitrags, SR 2016, 131, 136 ff., unter 2.

<sup>28</sup> BAG, 8.12.2009 – 1 ABR 66/08 – AP Nr. 380 zu § 613a BGB.

Betriebsrat aufgrund der effektiv gezahlten Vergütungen selbst beurteilen können, ob insoweit ein Zustand innerbetrieblicher Lohngerechtigkeit existiert oder dieser nur durch eine andere betriebliche Lohngestaltung erreicht werden kann. Ein Einsichtsrecht besteht zB. auch dann, wenn der Betriebsrat feststellen will, welche Arbeitnehmer Sonderzahlungen erhalten und wie hoch diese sind.<sup>29</sup>

Regelmäßig ergeben sich die betrieblichen Entlohnungsgrundsätze aus den vertraglichen Vereinbarungen oder der Leistungsgewährung des Arbeitgebers. Im einfachsten Fall lauten diese: Die Vergütung wird in zwölf gleichen Beträgen im Jahr gezahlt. Ist zusätzlich eine im Synallagma stehende Sonderzahlung in Höhe eines halben Monatsverdienstes enthalten, lautet der Entlohnungsgrundsatz, die Vergütung wird jährlich in zwölf gleichen Teilen nebst eines gesondert gewährten halben Monatsverdienstes gezahlt.<sup>30</sup> Die (abstrakte) Begriffsbestimmung der Entlohnungsgrundsätze ist bei komplexeren Vergütungssystemen nicht immer einfach. So hat der Erste Senat die sich aus dem vormalig geltenden BAT und den diesen ergänzenden vergütungsrelevanten Tarifverträgen des öffentlichen Dienstes ergebenden Entlohnungsgrundsätze dahingehend beschrieben, diese zeichneten sich neben der Zahlung einer Grundvergütung und eines Ortszuschlags durch die Gewährung von allgemeinen Zulagen, von Zulagen für bestimmte – erschwerte – Arbeiten, von Zuschlägen für die Arbeit zu bestimmten Tageszeiten oder in Wechselschicht, von Zuschlägen für Arbeiten über ein bestimmtes zeitliches Maß hinaus und von Einmalzahlungen zu bestimmten Terminen des Jahres aus.<sup>31</sup>

Die von den Arbeitsvertragsparteien getroffenen Absprachen über Entgeltbestandteile oder die vom Arbeitgeber bei der einseitigen Gewährung einer finanziellen Leistung verlautbarten Anspruchsvoraussetzungen können für die Frage von Bedeutung sein, ob der Betriebsrat nicht nur bei der Einführung, sondern auch beim Wegfall der finanziellen Leistung zu beteiligen ist. Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien zB. eine auf zwei Jahre befristete Zulage für bestimmte erschwerte Arbeiten, ist der sich daraus ergebende Entlohnungsgrundsatz ebenfalls zeitlich begrenzt. Der Arbeitgeber muss zwar beim Betriebsrat die Zustimmung zur Einführung der Leistung beantragen, er braucht diesen aber nach Ablauf des Zwei-Jahres-Zeitraums nicht erneut beteiligen. Dies gilt gleichermaßen, wenn der Arbeitgeber die Gewährung einer finanziellen Leistung individualrechtlich mit einem zulässigen Widerrufsvorbehalt verbindet. Stimmt der

Betriebsrat dieser Maßnahme zu, hat – soweit nichts Gegenteiliges vereinbart ist – dieser kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, wenn der Arbeitgeber entsprechend dem Widerrufsvorbehalt die Leistungen nicht mehr erbringt. Der Betriebsrat kann allerdings gerichtlich klären lassen, ob die Voraussetzungen für den Widerruf vorgelegen haben.

## VI. Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretungen

### 1. Nicht-regeln-können

Nach der Konzeption des BetrVG ist von einer Primärzuständigkeit des Betriebsrats auszugehen. Die Ausübung der Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz obliegt grundsätzlich dem von den Arbeitnehmern unmittelbar gewählten Betriebsrat.<sup>32</sup> Dem Gesamtbetriebsrat ist nach § 50 Abs. 1 S. 1 BetrVG nur die Behandlung von Angelegenheiten zugewiesen, die (a) das Gesamtunternehmen oder mehrere Betriebe betreffen und (b) nicht durch die einzelnen Betriebsräte innerhalb ihrer Betriebe geregelt werden können. Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen. Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG besteht daher nur in Angelegenheiten, die über den betrieblichen Zuständigkeitsbereich der einzelnen Betriebsräte hinausgehen, maW. sie müssen zumindest zwei Betriebe betreffen. Die Rechtsprechung der einzelnen Senate des BAG hat bisher ein »Nicht-regeln-können« iSd. § 50 Abs. 1 BetrVG angenommen bei (a) objektiver oder (b) subjektiver Unmöglichkeit sowie (c) bei einem zwingenden Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung.

Eine objektive Unmöglichkeit soll nach der Rechtsprechung des Dritten Senats des BAG vorliegen bei ausschließlich unternehmensbezogenen Maßnahmen. Allerdings ist fraglich, ob der Dritte Senat tatsächlich eine eigene tatbestandliche Voraussetzung für die Begründung der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats angenommen hat. In der

29 BAG, 14.1.2014 – 1 ABR 54/12 – AP Nr. 77 zu § 80 BetrVG 1972.

30 BAG, 15.4.2008 – 1 ABR 65/07 – AP Nr. 133 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

31 BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 797/09 – AP Nr. 138 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; 28.2.2006 – 1 ABR 4/05 – AP Nr. 127 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

32 BAG, 19.6.2012 – 1 ABR 19/11 – AP Nr. 35 zu § 50 BetrVG 1972.

einzigsten Entscheidung, in der diese Begrifflichkeit bejaht worden ist, ging es um die »gesetzliche Zuständigkeit« des Gesamtbetriebsrats für den Abschluss einer Versorgungsordnung, in der eine betriebliche Altersversorgung betriebsübergreifend einheitlich geregelt wurde. Der Dritte Senat hat die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats bejaht. Zur Begründung führte er aus: »Wegen der finanziellen und steuerlichen Auswirkungen der betrieblichen Altersversorgung ist die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrates für die Änderung unternehmenseinheitlicher Ruhegeldrichtlinien *objektiv* notwendig« und daran anschließend: »Jedenfalls in Bereichen der mitbestimmungsfreien Angelegenheiten bestimmt der Arbeitgeber dabei die betriebsverfassungsrechtliche Regelungsebene durch seine Entscheidung, ob eine betriebs- oder eine unternehmensweit geltende Regelung eingeführt werden soll.«<sup>33</sup> Dies ist der Sache nach aber keine andere Begründung als die, die regelmäßig von anderen Senaten des BAG als Kriterium für die subjektive Unmöglichkeit herangezogen wird (dazu sogleich).<sup>34</sup> In älteren Entscheidungen des BAG ist der Ausdruck »objektiv« im Zusammenhang mit dem »Nicht-regeln-können« lediglich dahingehend gebraucht worden, dass dieser »Begriff nicht dahin zu verstehen ist, eine Regelung durch die einzelnen Betriebsräte müsse *objektiv* und denkgesetzlich ausgeschlossen sein.«<sup>35</sup> Nähere Ausführungen, wann ein solcher Fall der objektiven Unmöglichkeit im Vergleich zu einer lediglich subjektiven Unmöglichkeit vorliegen kann, fehlen jedoch.

Praktisch bedeutsamer für die Annahme der Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats sind die Fälle der subjektiven Unmöglichkeit. Eine solche liegt vor, wenn der Arbeitgeber in einer mehrere Betriebe betreffenden Regelungsangelegenheit die überbetriebliche Regelungsebene mitbestimmungsfrei vorgeben kann und auch (tatsächlich) vorgibt.<sup>36</sup> Davon ist etwa auszugehen, wenn der Arbeitgeber außerhalb der erzwingbaren Mitbestimmung zu einer Maßnahme, Regelung oder Leistung nur betriebsübergreifend bereit ist. Wenn der Arbeitgeber mitbestimmungsfrei darüber entscheiden kann, ob er eine Leistung überhaupt erbringt, kann er sie danach von einer überbetrieblichen Regelung abhängig machen und so die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats für den Abschluss einer entsprechenden Betriebsvereinbarung herbeiführen.<sup>37</sup> Zu solchen Regelungen gehören finanzielle Leistungen des Arbeitgebers, zu denen er normativ nicht verpflichtet ist.

Ein zwingendes Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung stellt für die Beurteilung der Zuständigkeit

der jeweiligen Arbeitnehmervertretungen auf eine wertende Betrachtung des jeweiligen Beteiligungsrechts ab, hier lassen sich kaum abstrahierende Aussagen treffen. Ein solches Erfordernis kann sich aus technischen oder rechtlichen Gründen ergeben, wobei Inhalt sowie Zweck des Mitbestimmungsrechts zu berücksichtigen sind. Überwiegend fallen unter die Beurteilung nach dem zwingenden Erfordernis die Katalogtatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG; maßgeblich für eine fehlende betriebliche Regelungsmöglichkeit sind die Verhältnisse im Unternehmen.<sup>38</sup> Als unbeachtlich für die Zuständigkeit hat die Rspr. zuletzt angesehen Kriterien wie die Natur der Sache,<sup>39</sup> Zweckmäßigkeitserwägungen,<sup>40</sup> unternehmerisch-wirtschaftliche Interessen,<sup>41</sup> die Zuständigkeit der Verwaltung des Unternehmens,<sup>42</sup> eine vermeintliche Gleichbehandlungspflicht<sup>43</sup> oder den Ausgleich zwischen den Interessen der Einzelbetriebsräte.<sup>44</sup>

33 BAG, 21.1.2003 – 3 ABR 26/02 – nv.

34 Dafür spricht auch das vom Dritte Senat als Beleg angeführte Zitat auf eine seiner älteren Entscheidungen (BAG, 30.1.1970 – 3 AZR 44/68 – AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt): in dieser heißt es: »Versorgungsordnungen müssen dagegen in aller Regel wegen ihrer finanziellen und steuerlichen Bedeutung einheitlich für das gesamte Unternehmen aufgestellt werden; die Änderung unternehmenseinheitlicher Regelungen ist nur einheitlich denkbar. Der Tatbestand ist dem der Verwaltung einer Wohlfahrtseinrichtung vergleichbar, die mehreren Betrieben eines Unternehmens dient; [...]«.

35 So ausdrücklich BAG, 30.1.1970 – 3 AZR 44/68 – AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt; ähnlich zuletzt BAG, 13.3.2001 – 1 ABR 7/00 – nv.: »wenn die Regelung den einzelnen Betriebsräten objektiv unmöglich ist«; BAG, 14.12.1999 – 1 ABR 27/98 – AP Nr. 104 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung: »Der Begriff des »Nichtregelkönnens« setzt nicht eine objektive Unmöglichkeit der Regelung durch den Einzelbetriebsrat voraus«.

36 BAG, 10.10.2006 – 1 ABR 59/05 – AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

37 BAG, 18.5.2010 – 1 ABR 96/08 – AP Nr. 34 zu § 50 BetrVG 1972.

38 BAG, 19.6.2012 – 1 ABR 19/11 – AP Nr. 35 zu § 50 BetrVG 1972; krit. dazu Lunk, NZA 2013, 233.

39 BAG, 6.12.1988 – 1 ABR 44/87 – AP Nr. 37 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung; anders ausdrücklich BAG, 8.12.1981 – 3 ABR 53/80 – »Es genügt, daß sich bei vernünftiger Würdigung eine sachliche Notwendigkeit für eine einheitliche Regelung der Angelegenheit innerhalb des Unternehmens ergibt und sich aus der Natur der Sache aufdrängt«.

40 BAG, 3.5.2006 – 1 ABR 15/05 – AP Nr. 29 zu § 50 BetrVG 1972.

41 BAG, 18.5.2010 – 1 ABR 96/08 – AP Nr. 34 zu § 50 BetrVG 1972 (Kosten- und Koordinierungswunsch).

42 BAG, 18.10.1994 – 1 ABR 17/94 – AP Nr. 70 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

43 BAG, 23.3.2010 – 1 ABR 82/08 – AP Nr. 135 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

44 AA. BAG, 16.8.1983 – 1 AZR 544/81 – AP Nr. 5 zu § 50 BetrVG 1972: »Damit soll verhindert werden, daß eine erforderliche unternehmenseinheitliche Regelung durch das Vorhandensein mehrerer Betriebsräte, die je nach den Umständen divergierende Interessen verfolgen, erschwert oder verhindert wird und daß dem Arbeitgeber etwa durch mehrere Einigungsstellen unterschiedliche Regelungen aufgezwungen werden.«.

## 2. Zuständigkeit bei § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG

Nach diesen Grundsätzen ist für die Ausgestaltung von Vergütungsordnungen der (Einzel-)Betriebsrat zuständig, wenn durch diese der Anspruch auf die vom Arbeitgeber gesetzlich geschuldete Gegenleistung ausgestaltet werden soll. Dies hat der Erste Senat im Jahr 2010 für Vergütungsstrukturen von AT-Angestellten entschieden. Die diese Beschlüsse tragenden Ausführungen gelten aber gleichermaßen für die gesamte Belegschaft eines nicht tarifgebundenen Arbeitgebers. Zwar besteht bei dessen Arbeitnehmern keine tarifvertragliche Vergütungspflicht. Jedoch ergibt sich der Entgeltanspruch bei ihnen aus § 612 Abs. 1 BGB, weil die Arbeitsleistung nur gegen eine finanzielle Gegenleistung zu erwarten ist. Soweit diese Vergütungsbestandteile gesetzlich geschuldet sind, liegt kein Fall der »subjektiven Unmöglichkeit« vor, der zur Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats führen könnte. Die (Grund)Vergütung ist keine Leistung, von deren Erbringung der Arbeitgeber absehen kann, wenn er sich mit dem Betriebsrat nicht über deren Verteilung verständigen kann. Ein rechtliches Erfordernis, diese Vergütung mit dem Gesamtbetriebsrat zu regeln, ergebe sich – so der Erste Senat – weder aus der Entscheidung des Arbeitgebers, eine unternehmenseinheitliche Vergütung zu zahlen noch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Dieser begrenze zwar die Regelungsmacht der Betriebsparteien bei der Ausübung der Mitbestimmungsrechte, habe jedoch keinen Einfluss auf die gesetzliche Zuständigkeitsverteilung zwischen den Betriebsverfassungsorganen. Die Verpflichtung zur Gleichbehandlung sei gleichsam kompetenzakzessorisch. Erst die jeweiligen Betriebsvereinbarungen sind am Maßstab des Gleichbehandlungsgrundsatzes des § 75 Abs. 1 BetrVG zu messen.<sup>45</sup> Ebenso folge aus dem tarifersetzenden Charakter der Entlohnungsgrundsätze kein zwingendes Erfordernis für eine betriebsübergreifende Regelung.<sup>46</sup>

Die Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats nach § 50 Abs. 1 BetrVG wird hingegen regelmäßig bejaht, wenn der Arbeitgeber Vergütungsbestandteile einführen will, zu deren Gewährung er normativ nicht verpflichtet ist.<sup>47</sup> Anders als in früheren Entscheidungen verwendet der Senat für solche Entgeltbestandteile nicht mehr die missverständlichen Begrifflichkeiten »im Bereich der freiwilligen Mitbestimmung« sowie »freiwillige Leistungen«. Maßgebend für die Zuständigkeitsabgrenzung zwischen den unterschiedlichen Arbeitnehmervertretungen ist allein, ob der Arbeitgeber normativ zur Leistungserbringung verpflichtet ist.

## 3. Konkurrierende Regelungen

Die gesetzlichen Zuständigkeiten des Gesamtbetriebsrats und der einzelnen Betriebsräte nach § 50 Abs. 1 BetrVG schließen sich gegenseitig aus.<sup>48</sup> Nach der Rechtsprechung kann der Gesamtbetriebsrat jedoch Gesamtbetriebsvereinbarungen abschließen, selbst wenn er nicht nach § 50 Abs. 1 BetrVG zuständig ist. Es handelt sich um Regelungen nach § 88 BetrVG, die auch im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung nicht durch den Spruch einer Einigungsstelle erzwungen werden können. Dessen ungeachtet gelten solche Gesamtbetriebsvereinbarungen normativ und begründen für die erfassten Arbeitsverhältnisse Rechte und Pflichten. Aus diesem Grund könnte zB. der Gesamtbetriebsrat eine unternehmenseinheitliche Vergütungsordnung für AT-Angestellte in Form einer Gesamtbetriebsvereinbarung abschließen, wenn der Arbeitgeber hierzu bereit ist. Schließt der Gesamtbetriebsrat eine Regelung ab, für die nach der gesetzlichen Kompetenzverteilung der örtliche Betriebsrat zuständig ist, verlieren die einzelnen Betriebsräte im Unternehmen hierdurch nicht ihre Zuständigkeit. Hat ein örtlicher Betriebsrat im Rahmen seiner Zuständigkeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG eine Betriebsvereinbarung über ein betriebliches Vergütungssystem abgeschlossen oder über die Einigungsstelle erzwungen, verdrängt die betriebliche Regelung in ihrem Geltungsbereich die Gesamtbetriebsvereinbarung. Das Günstigkeitsprinzip findet insoweit keine Anwendung. Die im Rahmen der gesetzlichen Zuständigkeit abgeschlossene Betriebsvereinbarung geht der Gesamtbetriebsvereinbarung insoweit vor. Auch das Zeitkollisionsprinzip findet keine Anwendung. Daher führt eine Gesamtbetriebsvereinbarung – selbst wenn sie später abgeschlossen wird – auch nicht zur Ablösung der Einzelbetriebsvereinbarung.<sup>49</sup> Die Gesamtbetriebsvereinbarung erlangt ihre normative Geltung für den Betrieb erst nach Beendigung der (Einzel-)Betriebsvereinbarung zurück. Bestehen in anderen Betrieben des Unternehmens

45 BAG, 23.3.2010 – 1 ABR 82/08 – AP Nr. 135 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

46 BAG, 18.5.2010 – 1 ABR 96/08 – AP Nr. 34 zu § 50 BetrVG 1972.

47 BAG, 10.10.2006 – 1 ABR 59/05 – AP Nr. 24 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; 26.4.2005 – 1 AZR 76/04 – AP Nr. 12 zu § 87 BetrVG 1972.

48 BAG, 14.11.2006 – 1 ABR 4/06 – AP Nr. 43 zu § 87 BetrVG 1972.

49 Für das Zusammentreffen von Sozialplanregelungen: BAG, 11.12.2001 – 1 AZR 193/01 – AP Nr. 22 zu § 50 BetrVG 1972.

keine Einzelbetriebsvereinbarungen über Vergütungsordnungen, gilt die Gesamtbetriebsvereinbarung in diesen Betrieben, solange deren Einzelbetriebsräte keine vergleichbaren Betriebsvereinbarungen abschließen oder die Einigungsstelle solche beschließt. Diese Grundsätze gelten sinngemäß auch im umgekehrten Fall, dh. wenn ein Betriebsrat innerhalb der gesetzlichen Zuständigkeit des Gesamtbetriebsrats eine Betriebsvereinbarung abschließt. Diese entfaltet Wirksamkeit, bis der Gesamtbetriebsrat von seinem Beteiligungsrecht Gebrauch macht.

Die unterschiedlichen Zuständigkeiten auf Betriebsratsseite haben zur Folge, dass in einem Unternehmen betrieblich und überbetrieblich geregelte Entlohnungsgrundsätze nebeneinander existieren können. Bei einer mitbestimmungspflichtigen Änderung der mit dem Gesamtbetriebsrat im Rahmen seiner gesetzlichen Zuständigkeit vereinbarten Vergütungsregelungen muss der örtliche Betriebsrat nicht beteiligt werden, obwohl diese auch in »seinem« Betrieb normativ gelten.

## VI. Schlussbemerkung

Die vorstehenden Ausführungen haben hoffentlich dazu beigetragen, dem geneigten Leser einen ersten Überblick über den Stand der Rechtsprechung des BAG zu dem sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG ergebenden Mitbestimmungsrecht bei der betrieblichen Lohngestaltung zu geben. Die Judikatur ist – dies ist wegen ihrer Auswirkungen auf die das Arbeitsrecht beherrschenden wechselseitigen Interessenlagen wenig verwunderlich – nicht unumstritten geblieben, wobei allerdings vielfach nur wenig originelle Fundamentalkritik (*»es kann doch nicht sein.«*) geübt oder ein für ihre Kritiker vermeintlich marktwertsteigerndes »BAG-Bashing« präsentiert wird. Eine konstruktive Begleitung aus dem Kreis der Wissenschaft und der betrieblichen Praxis hat sie nach meinem Dafürhalten bisher nur von wenigen Autoren erfahren. Es wäre wünschenswert, wenn es bei diesem Zustand nicht verbliebe.

# Das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher im Kontext verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Vorgaben – Ein Beitrag zur Diskussion über die Verfassungsmäßigkeit des § 11 Abs. 5 AÜG nF.

Dr. Thomas Klein, IAAEU Trier und  
Dominik Leist, Universität Trier

## I. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze, welches zum 1. April 2017 in Kraft tritt, wurde unter anderem der Einsatz von Leiharbeitnehmern in bestreikten Betrieben neu geregelt. Während § 11 Abs. 5 AÜG in seiner bisherigen Fassung lediglich ein individuelles Leistungsverweigerungsrecht für die einzelnen Leiharbeiter vorsah, enthält § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG nunmehr ein an den Entleiher adressiertes Einsatzverbot für den Fall, dass der Entleiherbetrieb unmittelbar von einem Arbeitskampf

betroffen ist.<sup>1</sup> Eine Ausnahme von diesem Verbot besteht nach § 11 Abs. 5 S. 2 AÜG, wenn der Entleiher sicherstellt, dass Leiharbeitnehmer keine Tätigkeiten übernehmen, welche bisher von Arbeitnehmern erledigt worden sind, die sich im Arbeitskampf befinden oder ihrerseits Tätigkeiten von streikenden Arbeitnehmern übernommen haben. Verstöße gegen das Einsatzverbot werden gemäß

<sup>1</sup> Ausführlich zum Regelungsgehalt des § 11 Abs. 5 AÜG nF. siehe Klein/Leist, AuR 2017, 100 ff. Sofern im Folgenden Normen des AÜG ohne Angabe einer Fassung zitiert werden, wird auf die jeweilige Norm in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze Bezug genommen.



§ 16 Abs. 1 Nr. 8a, Abs. 2 AÜG mit einer Geldbuße in Höhe von bis zu 500.000 Euro geahndet.

Die Neuregelung ist (erwartungsgemäß) bereits im Vorfeld ihres Inkrafttretens auf Kritik gestoßen. Diese gibt Anlass die Verfassungsmäßigkeit des § 11 Abs. 5 AÜG näher zu beleuchten und den vorgebrachten Bedenken nachzugehen (II). Zudem bietet sich eine Betrachtung der Vereinbarkeit mit unions- (III) und völkerrechtlichen Vorgaben (IV) an.

## II. Verfassungsmäßigkeit eines Einsatzverbots

### 1. Verletzung der Grundrechte der Entleiher

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen § 11 Abs. 5 AÜG werden vor allem im Hinblick auf die Koalitionsfreiheit der Arbeitgeber (Art. 9 Abs. 3 GG) erhoben.<sup>2</sup> Gerügt werden Eingriffe in die Kampfmittelfreiheit der Arbeitgeber und in deren Recht, sich gegen Streikmaßnahmen zu verteidigen.<sup>3</sup> Zudem werden eine Paritätsverschiebung zulasten der Arbeitgeber und eine Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht beanstandet, wobei beides mit dem Schutz der Leiharbeiter nicht zu rechtfertigen sei.<sup>4</sup>

#### a) Verfassungsrechtlicher Schutz des

##### **Streikbrechereinsatzes von Leiharbeitern**

Ausgangspunkt der verfassungsrechtlichen Bedenken ist die Annahme, der Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher sei durch Art. 9 Abs. 3 GG grundrechtlich geschützt. Soweit dies näher ausgeführt wird, stützen sich die Autoren auf den vom BVerfG anerkannten<sup>5</sup> Schutz des Arbeitskampfes und der Arbeitskampfmittelfreiheit.<sup>6</sup> Damit wird zwar der Ausgangspunkt der Rechtsprechung richtig erkannt, diese wird allerdings nur unvollständig wiedergegeben. Das BVerfG macht nämlich zugleich deutlich, dass der Schutz der Kampfmittelfreiheit in einem engen Zusammenhang mit der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie steht:

»Zu den geschützten Mitteln zählen auch Arbeitskampfmaßnahmen, die auf den Abschluß von Tarifverträgen gerichtet sind. Sie werden jedenfalls *insoweit* von der Koalitionsfreiheit erfaßt, als sie allgemein erforderlich sind, um eine funktionierende Tarifautonomie sicherzustellen.«<sup>7</sup>

Ein zwingender Schutz des Einsatzes von Leiharbeitern als Streikbrecher kann demzufolge aus der BVerfG-Rechtspre-

chung nur dann abgeleitet werden, wenn der Einsatz erforderlich ist, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu gewährleisten. Dies ist angesichts der tatsächlichen Umstände zweifelhaft. Allein der Hinweis auf die angeblich fehlenden sonstigen Verteidigungsmöglichkeiten der Arbeitgeber<sup>8</sup> genügt jedenfalls nicht. Für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie ist die *Verhandlungsparität* maßgeblich. Allein auf deren Herstellung zielt die *Kampfparität*. Sind die Arbeitgeber wegen ihrer wirtschaftlichen und sozialen Macht auch ohne den Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher in der Lage, ihre Interessen in Tarifverhandlungen durchzusetzen, ist dieses Mittel – selbst wenn das Fehlen sonstiger Mittel unterstellt würde – nicht erforderlich, um die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie sicherzustellen. Die Frage bedarf an dieser Stelle keiner Vertiefung, da unten [II.1.c)(3)] noch näher auf die Verhandlungsparität eingegangen wird. Hier soll der Hinweis genügen, dass der verfassungsrechtliche Schutz des Streikbrechereinsatzes von Leiharbeitern aus der BVerfG-Rechtsprechung keineswegs zwingend folgt.

#### b) Eingriff oder Ausgestaltung

Unterstellt man, dass die von Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Betätigungsfreiheit grundsätzlich auch den Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher erfasst, stellt sich die Frage, ob das in § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG enthaltene Verbot in den Schutzbereich eingreift. Die vorliegenden Stellungnahmen gehen hiervon ohne weitere Problematisierung aus. Dies liegt jedoch, selbst wenn davon ausgegangen wird, dass der Streikbruch ein zulässiges Arbeitskämpfungsmittel der Arbeitgeber ist,<sup>9</sup> keineswegs auf der Hand. Der Gesetzgeber verbietet nicht den Einsatz von Streikbrechern. Eingeschränkt wird weder

2 Bauer/Haufsmann, NZA 2016, 803, 804 ff.; Franzen, RdA 2015, 141, 150 f.; Lemke, BB 2014, 1333, 1340; Rieble, FS Wank, 2014, S. 475, 479; Ubbel/Löw, BB 2015, 3125 ff.; Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 901.

3 Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 901.

4 Vgl. Franzen, RdA 2015, 141, 151; Ubbel/Löw, BB 2015, 3125, 3216; Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 901.

5 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AuR 1992, 29, 30 ff.

6 Siehe etwa Ubbel/Löw, BB 2015, 3125, 3126.

7 BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AuR 1992, 29, 30 (Hervorhebung nicht im Original); ebenso BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AuR 1996, 33, 34.

8 So etwa Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 901.

9 S. zur hM. BAG, 13.7.1993 – 1 AZR 676/92 – BAGE 73, 320 ff.; aA. mit beachtlichen Argumenten: LAG Baden-Württemberg, 31.7.2013 – 4 Sa 18/13 – LAGE Nr. 10a zu § 10 AÜG; Schumann, in: Berg/Kocher/Schumann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz und Arbeitskämpfung, Frankfurt aM. 2015 (im Folgenden: BKS), AKR Rn. 303 ff.; Däubler, AuR 2011, Sonderausgabe zum 70. Geburtstag von Michael Kittner, 388, 390 f.

die Möglichkeit, arbeitswillige (eigene) Arbeitnehmer entsprechend einzusetzen, noch die Einstellung von neuen Arbeitnehmern als Streikbrecher. Das Einsatzverbot greift nicht in eine natürliche Freiheit des Arbeitgebers ein, sondern begrenzt lediglich das Instrument der Leiharbeit, das seinerseits erst durch die Regelungen des AÜG geschaffen wird. Der Gesetzgeber verzichtet schlicht darauf, dem Arbeitgeber im Arbeitskampf das Mittel der Leiharbeit als besonderes Kampfmittel zur Verfügung zu stellen.<sup>10</sup> Richtigerweise stellt sich also nicht die Frage, ob § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG als *Eingriff* in die Koalitionsfreiheit gerechtfertigt werden kann, sondern diejenige, ob der Gesetzgeber *zur Ermöglichung* eines Streikbrechereinsatzes von Leiharbeitern verfassungsrechtlich *verpflichtet* ist. Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht in seiner Abwehrfunktion betroffen, sondern in seiner Ausgestaltungsdimension.<sup>11</sup> Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung ist also die Frage, ob der Gesetzgeber die Koalitionsfreiheit verfassungskonform ausgestaltet hat.

### c) Verfassungskonforme Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit

Das BVerfG hat sich insbesondere in seiner Kurzarbeitergeld-Entscheidung eingehend zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit geäußert. Die Stellungnahmen in der Literatur lassen diese nahezu vollständig außer Acht, obwohl sich aus den Ausführungen des BVerfG ein klares Prüfungsprogramm für die Beurteilung des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG ergibt.

#### (1) Ausgestaltungsbedürftigkeit der Koalitionsfreiheit

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BVerfG ist zunächst festzustellen, dass der Gesetzgeber grundsätzlich zur Regelung des Einsatzes von Leiharbeitern in bestreikten Betrieben berufen war. Das BVerfG betont, dass Art. 9 Abs. 3 GG der Ausgestaltung bedarf. Die aufeinander bezogenen Grundrechtspositionen der Tarifvertragsparteien, die gleichermaßen den Schutz aus Art. 9 Abs. 3 GG genießen, müssen durch koordinierende Regelungen in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden, damit sie trotz ihres Gegensatzes nebeneinander bestehen können.<sup>12</sup> Dies gilt gerade im Hinblick auf den Arbeitskampf, der wegen des Einsatzes von Kampfmitteln mit beträchtlichen Auswirkungen auf den Gegner einen rechtlichen Rahmen voraussetzt, durch den die Wahrung des Zwecks der Koalitionsfreiheit sichergestellt wird.<sup>13</sup> § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG stellt eine solche Ausgestaltung dar. Der Einsatz von Leiharbei-

tern hat bei einem Arbeitskampf unvermeidbare Auswirkungen auf das Kräfteverhältnis der Tarifvertragsparteien.<sup>14</sup> Werden sie als Streikbrecher eingesetzt, liegt dies auf der Hand. Aber auch wenn Leiharbeiter nur ihrer regulären Tätigkeit im bestreikten Betrieb nachgehen, verschiebt dies das Kräfteverhältnis. Der Arbeitgeber erhält die Möglichkeit, Arbeitnehmer von Fremdfirmen, welche bei einem Arbeitskampf nicht unmittelbar am Kampfgeschehen beteiligt sind, in seinem Unternehmen einzusetzen. Durch diese Aufspaltung der Belegschaft wird die Durchsetzungskraft der Gewerkschaft bereits unabhängig von einer Heranziehung der Leiharbeiter zu Streikbrucharbeiten geschwächt. Angesichts dieser Auswirkungen ist ein Ausgleich der betroffenen Grundrechtspositionen erforderlich.

#### (2) Verfassungsrechtliche Grenzen bei der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber

Der Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der Koalitionsfreiheit einen weiten Gestaltungsspielraum.<sup>15</sup> Das Grundgesetz hindert ihn nicht, die rechtlichen Rahmenbedingungen von Arbeitskämpfen zu ändern.<sup>16</sup> Es gibt weder vor, wie die gegensätzlichen Grundrechtspositionen im

<sup>10</sup> Dieses Verständnis kommt auch in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck. Die Arbeitnehmerüberlassung wird als Instrument des flexiblen Personaleinsatzes zur Abdeckung von Auftragsspitzen und zur zeitlichen Deckung kurzfristiger Personalbedarfe verstanden und soll auf diese Kernfunktionen hin orientiert werden (BT-Drs. 18/9232 S. 1, 14). Der Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher zählt nach Ansicht des Gesetzgebers nicht zu den Kernfunktionen der Arbeitnehmerüberlassung (BT-Drs. 18/9232, S. 15).

<sup>11</sup> Vgl. zu dieser Unterscheidung *Engels*, Verfassung und Arbeitskampfrecht, Berlin 2008 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007), S. 285 ff.; *Hanau*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016 (im Folgenden NK-GA), Art. 9 GG Rn. 44 f.; *Höfling*, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, 7. Aufl., München 2014, Art. 9 GG Rn. 122 ff.

<sup>12</sup> BVerfG, 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09 – AuR 2014, 208, 209; BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AuR 1992, 29, 31; BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AuR 1996, 33, 34; ähnlich bereits BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua. – BVerfGE 50, 290, 368. Die Ausgestaltung obliegt prinzipiell dem Gesetzgeber, der grundsätzlich verpflichtet ist, alle wesentlichen Entscheidungen insbesondere im Bereich der Grundrechtsausübung selbst zu treffen (Wesentlichkeitstheorie). Soweit es um das Verhältnis der Kampfparteien als gleichgeordnete Grundrechtsträger geht, kann die Ausgestaltung allerdings nach der Rechtsprechung des BVerfG auch durch die ArbG erfolgen, wenn eine gesetzliche Regelung nicht besteht, BVerfG, 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103, 115 f.

<sup>13</sup> BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfG AuR 1996, 33, 34.

<sup>14</sup> Zutreffend ist insoweit die Feststellung von *Grimm/Göbel*, ArbRB 2016, 119, 121, dass »ein Verbot [ ], ebenso wie kein Verbot, eine erhebliche Verschiebung der Kampfpriorität« begründet.

<sup>15</sup> BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua. – BVerfGE 50, 290, 368; BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AuR 1992, 29, 31; BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AuR 1996, 33, 34.

<sup>16</sup> BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AuR 1996, 33, 34.

Einzelnen abzugrenzen sind, noch verlangt es eine Optimierung der Kampfbedingungen.<sup>17</sup> Eine Grenze bildet lediglich der objektive Gehalt des Art. 9 Abs. 3 GG. Die Tarifautonomie muss als ein Bereich gewahrt bleiben, in dem die Tarifvertragsparteien ihre Angelegenheiten grundsätzlich selbstverantwortlich und ohne staatliche Einflussnahme regeln können.<sup>18</sup> Die gesetzliche Regelung muss sich also daran messen lassen, dass sie die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie nicht gefährdet. Sie darf nicht zur Folge haben, dass die Verhandlungsfähigkeit einer Tarifvertragspartei – einschließlich der Fähigkeit, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen – nicht mehr gewahrt ist, sondern muss ein ungefähres Kräftegleichgewicht gewährleisten.<sup>19</sup> Mit welchen Mitteln dies erreicht wird, ist dem Gesetzgeber überlassen, solange der gewählte Ansatz nicht von vornherein ungeeignet ist.<sup>20</sup> Der Gesetzgeber ist überdies nicht verpflichtet, solche Disparitäten auszugleichen, die nicht strukturell bedingt sind, sondern auf inneren Schwächen einer Koalition (zB. auf einem mangelnden Organisationsgrad oder der mangelnden Fähigkeit zur Mobilisierung ihrer Mitglieder) beruhen.<sup>21</sup>

Bei der Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Regelung auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts ist von der Einschätzung des Gesetzgebers auszugehen. Dieser trägt die politische Verantwortung für die Erfassung und Bewertung der maßgebenden Faktoren.<sup>22</sup> Ihm kommt daher eine Einschätzungsprärogative zu, die nur eingeschränkt einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist. Verfassungsrechtlich ist die Einschätzung des Gesetzgebers erst zu beanstanden, wenn sie sich als offensichtlich fehlerhaft herausstellt oder die gesetzliche Regelung von vornherein darauf hinausläuft, ein vorhandenes Gleichgewicht zu stören oder ein Ungleichgewicht zu verstärken.<sup>23</sup>

### (3) Beachtung der verfassungsrechtlichen Grenzen in § 11 Abs. 5 AÜG

Mit der Neuregelung des § 11 Abs. 5 AÜG beabsichtigt der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung einerseits eine Stärkung der Position der Leiharbeiter und andererseits eine Unterbindung einer missbräuchlichen Einwirkung auf Arbeitskämpfe.<sup>24</sup> Er geht also davon aus, dass der Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher nicht erforderlich ist, um ein Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien herzustellen, sondern in missbräuchlicher Weise auf den Arbeitskampf einwirkt und die Verhandlungsparität stört. Die in § 11 Abs. 5 AÜG getroffene Regelung hat nach den

Vorstellungen der Bundesregierung »einen angemessenen Ausgleich zwischen den betroffenen Belangen, insbesondere der Arbeitskampfparteien, [...] zum Ziel«<sup>25</sup>. Diese Einschätzungen sind nach den dargestellten Grundsätzen nicht zu beanstanden. Sie sind nicht offensichtlich fehlerhaft und laufen nicht darauf hinaus, ein vorhandenes Gleichgewicht zu stören oder ein Ungleichgewicht zu verstärken.

Das in § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG enthaltene Einsatzverbot ist – wie im Folgenden gezeigt wird – vielmehr erforderlich, um die Verhandlungsparität zwischen den Tarifvertragsparteien wiederherzustellen.

#### i. Der Paritätsgrundsatz als Maßstab

Ausgangspunkt der Paritätserwägungen im Arbeitskampfrecht ist das strukturelle Machtungleichgewicht im Arbeitsverhältnis, das auf der Verfügungsgewalt des Arbeitgebers über Produktionsmittel, Investitionen, Standorte und Arbeitsplätze einerseits und der Abhängigkeit des Arbeitnehmers von seinem Arbeitsplatz andererseits beruht. Das Tarifvertrags- und Arbeitskampsystem soll diese strukturelle Unterlegenheit der einzelnen Arbeitnehmer durch kollektives Handeln ausgleichen, um ein annähernd gleichwertiges Aushandeln der Löhne und Arbeitsbedingungen zu ermöglichen.<sup>26</sup> Vor diesem Hintergrund sind zunächst die Gewerkschaften auf Arbeitskamps Mittel angewiesen. Ohne den Einsatz von wirtschaftlichem Druck wird es ihnen regelmäßig nicht gelingen, eine Verbesserung der Löhne und Arbeitsbedingungen gegenüber einem Arbeitgeber oder Arbeitgeberverband durchzusetzen. Da die üblichen Marktprinzipien, die normalerweise einen gerechten Interessenausgleich zwischen Vertragsparteien erwarten lassen (zB. das Ausweichen auf einen anderen Vertragspartner), den Gewerkschaften beim Abschluss von Tarifverträgen nicht zur Verfügung stehen, kann der erforderliche Druck nur

17 Ebd.

18 Ebd.

19 Ebd.

20 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – BVerfGE 92, 365, 395 (=AuR 1996, 33).

21 Ebd.

22 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AuR 1996, 33, 34.

23 Vgl. BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AuR 1996, 33, 34.

24 BT-Drs. 18/9232, S. 28; vgl. auch BT-Drs. 18/9723, S. 12 f.

25 BT-Drs. 18/9723, S. 12.

26 BVerfG, 1.3.1979 – 1 BvR 532/77 ua. – BVerfGE 50, 290, 386; BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AuR 1992, 29, 32; BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AuR 1996, 33, 34.

durch den Einsatz von Arbeitskampfmitteln, insbesondere durch das Streikrecht, erreicht werden.<sup>27</sup> Das Streikrecht der Gewerkschaften ist daher konstitutiv für ein annäherndes Verhandlungsgleichgewicht der Tarifvertragsparteien.

Die Arbeitgeberseite ist demgegenüber in weitaus geringerem Ausmaß auf den Einsatz von Kampfmitteln angewiesen.<sup>28</sup> Sie kann der Gewerkschaft häufig bereits allein dadurch entgegentreten, dass sie den Streik »aussitzt«.<sup>29</sup> In diesem Fall arbeitet die Zeit regelmäßig für die Arbeitgeber.<sup>30</sup> Die Gewerkschaft wird den Streik nicht beliebig lang durchstehen können. Zum einen ist er für die Gewerkschaft mit erheblichen Kosten verbunden. Zum anderen ist die Streikbereitschaft der Belegschaft nicht unbegrenzt, zumal die Streikunterstützung nur etwa zwei Drittel des Lohns kompensiert, sodass die Streikenden neben dem täglichen psychischen Druck auch finanzielle Einschnitte hinnehmen müssen.<sup>31</sup> Hinzukommen kann unter Umständen, dass sich das Streikziel durch Zeitablauf erledigt (zB. bei einem Streik um einen Tarifsozialplan oder ein Rationalisierungsschutzabkommen).<sup>32</sup> Einen für den Arbeitgeber existenzgefährdenden Streik wird die Gewerkschaft schon im eigenen Interesse nicht führen, denn ihre Mitglieder wollen nach dem Ende des Streiks ihre Arbeit wieder aufnehmen und werden daher nicht ihre eigenen Arbeitsplätze wegstreiken.<sup>33</sup> Angesichts dieser Ausgangssituation ist die Arbeitgeberseite zumeist nicht auf den Einsatz zusätzlicher Kampfmittel angewiesen, um ihre Interessen in einer Tarifaufeinandersetzung wirksam vertreten zu können. Es ist jedoch denkbar, dass sich das Verhandlungsgleichgewicht zB. aufgrund taktisch geschickter Kampfmethoden der Gewerkschaft übermäßig zu deren Gunsten verschiebt. Um die Parität auch in solchen Situationen zu wahren, ist es notwendig, auch der Arbeitgeberseite geeignete Kampfmittel zur Verfügung zu stellen.<sup>34</sup> Hingegen muss die Rechtsordnung ohne eine solche Paritätsverschiebung den Arbeitgebern kein Kampfmittel bereitstellen. Die verfassungsrechtlich geschützte Fähigkeit der Arbeitgeber zur Führung eines wirksamen Arbeitskampfes setzt nur voraus, dass die Arbeitgeber dann nicht gehindert sind Kampfmittel einzusetzen, wenn diese zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts erforderlich sind.<sup>35</sup>

## ii. Unzutreffendes Paritätsverständnis in der Literatur

Die Stimmen in der Literatur, die eine Verletzung des Paritätsgrundsatzes durch das Einsatzverbot des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG rügen, gehen ersichtlich nicht von dem soeben

dargestellten Paritätsverständnis aus, das aber sowohl der Rechtsprechung des BVerfG als auch derjenigen des BAG zugrunde liegt. Sie stützen sich im Wesentlichen auf zwei Argumente:

Erstens wird behauptet, den Arbeitgebern bliebe ohne den Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher kein wirksames Arbeitskampfmittel zur Streikabwehr.<sup>36</sup> Ob die mit dieser Behauptung einhergehende Beurteilung der Reaktionsmöglichkeiten der Arbeitgeberseite zutreffend ist, kann an dieser Stelle ausdrücklich offen gelassen werden.<sup>37</sup> Maßgeblich ist nach den oben dargestellten Grundsätzen allein die Frage, ob die Rechtsordnung die Mittel zur Verfügung stellt, die zur Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts erforderlich sind. Ein solches setzt nicht voraus, dass der Arbeitgeber in der Lage ist, den Streik abzuwehren. Vielmehr wäre das mit dem Streikrecht angestrebte Gleichgewicht grundlegend in Frage gestellt, wenn dem Arbeitgeber die Möglichkeit eingeräumt würde, jeden Streik so weit abzuwehren, dass er letztlich wirkungslos bliebe. Unter solchen Umständen wäre die Verhandlungsparität gerade nicht gewahrt, da der Arbeitgeber die kompensatorische Kraft des Streiks zunichtemachen könnte.<sup>38</sup> Unter Paritätsgesichtspunkten kommt es daher richtigerweise alleine darauf an, ob sich das Verhandlungsgleichgewicht ohne den Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher übermäßig zugunsten der Gewerkschaften verschiebt. Nur wenn dies der Fall ist, müssen den Arbeitgebern effektive Abwehrmittel zur Ver-

27 BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140, 150.

28 Ebd.

29 Das »Aussitzen« des Streiks ist daher nach richtiger Ansicht als Arbeitskampfmittel der Arbeitgeberseite einzuordnen; so auch: Wolter, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2011 (im Folgenden: Däubler, AKR), § 9 Rn. 13, § 21 Rn. 157, 160; ähnlich Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. 1, München 1997, S. 1129 f. (Mittel zur Abwehr des Streiks).

30 BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140, 153.

31 Vgl. Däubler, AKR-Wolter (Fn. 29), § 21 Rn. 166.

32 Vgl. dazu BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140, 153.

33 Gamillscheg, Koll. ArbR I (Fn. 29), S. 1164; Däubler, AKR-Wolter (Fn. 29), § 21 Rn. 164.

34 BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140, 157.

35 Vgl. BVerfG, 26.6.1991 – 1 BvR 779/85 – AuR 1992, 29, 32.

36 Franzen, RdA 2015, 141, 151; Ubbel/Löw, BB 2015, 3125, 3127; Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 901.

37 Vgl. dazu aber den Katalog an Maßnahmen, die dem Arbeitgeber zur Verfügung stehen, bei BKS-Schumann (Fn. 9), AKR Rn. 295; Däubler, AKR-Wolter (Fn. 29), § 21 Rn. 157; Gamillscheg, Koll. ArbR I (Fn. 29), S. 1019 ff.; Kissel, Arbeitskampfrecht, München 2002, § 42 Rn. 107 ff.

38 BAG, 10.6.1980 – 1 AZR 822/79 – BAGE 33, 140, 157.

fügung stehen.<sup>39</sup> Dafür allerdings wurden in der bisherigen Diskussion keine Anhaltspunkte dargelegt.

Zweitens wird argumentiert, die Parität sei gestört, weil die Rechtsordnung den Gewerkschaften durch die grundsätzliche Anerkennung von Unterstützungstreik und Flashmob die Möglichkeit zur Einbeziehung Dritter in das Kampfgeschehen einräume, während den Arbeitgebern gleichzeitig eine solche Einbeziehung verboten werde.<sup>40</sup> Auch diese Argumentation verkennt den Anknüpfungspunkt des Paritätsgrundsatzes. Maßgeblich ist nicht die formale Waffengleichheit der Tarifvertragsparteien, sondern die für eine funktionsfähige Tarifautonomie notwendige Gewährleistung eines ungefähren Verhandlungsgleichgewichts. Aus dem Umstand, dass es auf der Gewerkschaftsseite erforderlich ist, Dritte in den Arbeitskampf einzubeziehen, kann daher nicht der Schluss gezogen werden, dass dies auch auf der Arbeitgeberseite notwendig ist. Im Gegenteil: Unterstützungstreiks sind notwendig, weil sich Arbeitgeber Flächentarifverträgen entziehen und ursprünglich einheitliche Tarif- und Arbeitskampfgebiete durch Outsourcing oder die Gründung von Tochtergesellschaften zunehmend zersplittern.<sup>41</sup> Ebenso sind streikbegleitende Flashmobs lediglich die Folge eines strukturellen Durchsetzungsproblems: Weil ein wirksamer Streik zB. im Einzelhandel – unter anderem aufgrund des Einsatzes von Fremdfirmenpersonal – nicht möglich ist,<sup>42</sup> sind die Gewerkschaften gezwungen, auf andere Arbeitskampfmittel zurückzugreifen.<sup>43</sup> Die Einbeziehung von Dritten auf der Gewerkschaftsseite soll also gerade die (Wieder-)Herstellung eines Verhandlungsgleichgewichts ermöglichen. Die Erforderlichkeit zusätzlicher Abwehrmittel der Arbeitgeber rechtfertigt sie hingegen nicht.

### iii. Keine übermäßige Verschiebung des Verhandlungsgleichgewichts zugunsten der Gewerkschaften

Angesichts der tatsächlichen Rahmenbedingungen ist nicht davon auszugehen, dass sich das Verhandlungsgleichgewicht ohne die Möglichkeit des Einsatzes von Leiharbeitern als Streikbrecher übermäßig zugunsten der Gewerkschaften verschiebt.<sup>44</sup> Der kurzfristige Einsatz von Leiharbeitnehmern auf bestreikten Arbeitsplätzen ist nur in einzelnen Bereichen überhaupt möglich, nämlich dort, wo das Stammpersonal ohne lange Einarbeitungszeit durch Leiharbeitnehmer ersetzt werden kann. Dies trifft vor allem auf den Einzelhandel<sup>45</sup> und andere einfache Dienstleistungen<sup>46</sup> zu.<sup>47</sup> Der Streikbrechereinsatz trifft damit vor allem Betriebe, in denen die

Gewerkschaften auch ohne den Einsatz von Leiharbeit erhebliche Durchsetzungsschwierigkeiten haben, sei es wegen des hohen Anteils nur geringfügig oder in Teilzeit Beschäftigter,<sup>48</sup> wegen des hohen Anteils befristet Beschäftigter und der damit einhergehenden Unsicherheiten oder wegen der unterdurchschnittlichen Verbreitung betrieblicher Mitbestimmungsstrukturen.<sup>49</sup> Dies spiegelt sich auch in den Tarifabschlüssen wider. So lag die Tarifentwicklung im Einzelhandel im Zeitraum von 2000 bis 2010 mit 18,7 Prozent deutlich hinter der durchschnittlichen Steigerung in der Gesamtwirtschaft von 24,2 Prozent.<sup>50</sup> In der Tarifauseinandersetzung mit Amazon ist bislang kein Abschluss zu verzeichnen. Auch die Arbeitskampfbilanz zeigt, dass die Gewerkschaften etwa im Einzelhandel kaum in der Lage

39 Siehe oben II.1.c)(3)i.

40 Franzen, RdA 2015, 141, 150 f.; *Ubber/Löw*, BB 2015, 3125, 3127; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2015, 897, 901.

41 *Fütterer*, Die Reichweite des Solidaritätstreikrechts, Baden-Baden 2013 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2012), S. 76.

42 Vgl. dazu *Berg*, AuR 2011, Sonderausgabe zum 70. Geburtstag von Michael Kittner, 418, 419.

43 Dies erkennt auch *Rieble*, FS Wank, 2014, S. 475.

44 Ebenso für Verbandsarbeitskämpfe *Otto*, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 12 Rn. 41.

45 Im Einzelhandel (zB. bei Real oder bei KiK) werden von den Gewerkschaften häufig Streikbrechereinsätze von Leiharbeitern beklagt, die bisweilen von den bestreikten Unternehmen ausdrücklich bestätigt wurden. Siehe dazu: »Die fast lautlose Ver.di-Oper«, *Der Spiegel* 47/2007, 85 f.; »Leiharbeiter als Streikbrecher«, *Stern* 30.11.2014; »Real heuert Streikbrecher über Briefkastenfirma an«, *Handelsblatt* 1.7.2015; »Die Streikbrecher-GmbHs«, *Handelsblatt* 14.8.2015, 18; »KiK setzt Leiharbeiter als Streikbrecher ein«, *Die Welt* 22.9.2015. Es überrascht daher nicht, dass der Handelsverband Deutschland (HDE) die Neuregelung im Gesetzgebungsverfahren besonders kritisiert hat, siehe Ausschuss-Drs. 18(11)761, S. 92.

46 Siehe dazu zB. die Berichte über Streikbrechereinsätze von Leiharbeitern bei der Deutschen Post AG (»Ver.di wirft Post Einsatz von Leiharbeitern als Streikbrecher vor«, *Spiegel Online* 27.5.2015; »Deutsche Post: Leiharbeiter als Streikbrecher«, *Neue Osnabrücker Zeitung* 27.6.2015), bei Amazon (»Amazon in Leipzig bereitet sich auf Arbeitskampf vor: Leiharbeiter als Streikbrecher«, *Leipziger Volkszeitung* 2.4.2013), in der Gebäudereinigung (»Streik der Gebäudereiniger – Jetzt wird's dreckig«, *TAZ* 20.10.2009) und bei den Bodendienstleistern am Flughafen Düsseldorf (»Warnstreik am Flughafen Düsseldorf: Kaum Störungen«, *Aachener Zeitung* 13.2.2014). Ein eher außergewöhnlicher Fall eines Streikbrechereinsatzes im ÖPNV, der das LAG Baden-Württemberg (31.7.2013 – 4 Sa 18/13 – LAGE Nr. 10a zu § 10 AÜG) beschäftigte, zeigt zugleich die Bemühungen der Arbeitgeberseite, das Leistungsverweigerungsrecht aus § 11 Abs. 5 AÜG zu umgehen.

47 Vgl. auch *Berg*, AuR 2011, Sonderausgabe zum 70. Geburtstag von Michael Kittner, 418 f.; *ders.*, in: Schmidt (Hrsg.), *Jahrbuch Arbeitsrecht* 2009, Berlin 2009, S. 69, 75; im Hinblick auf den Einzelhandel auch *Rieble*, FS-Wank, 2014, S. 475.

48 Vgl. dazu etwa *Hohendanner/Stegmaier*, IAB-Kurzbericht 24/2012, die gerade im Einzelhandel einen intensiven und überdurchschnittlichen Einsatz von Minijobbern feststellen.

49 *Berg*, AuR 2011, Sonderausgabe zum 70. Geburtstag von Michael Kittner, 418.

50 *Bispinck/WSI* Tarifarchiv, Tarifpolitischer Halbjahresbericht 2011, Düsseldorf Juli 2011.

sind, einen wirksamen Arbeitskampf zu führen. So dauerte der Arbeitskampf im Einzelhandel im Jahr 2013 insgesamt sieben Monate.<sup>51</sup>

Vor diesem Hintergrund sind keine Anhaltspunkte dafür zu erkennen, dass sich das Verhandlungsgleichgewicht durch das in § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG vorgesehene Verbot derart zugunsten der Gewerkschaften verschieben könnte, dass nicht mehr von einem ungefähren Gleichgewicht ausgegangen werden könnte oder die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie gefährdet würde. Im Gegenteil: Der Streikbrecher-Einsatz von Leiharbeitnehmern hat sich längst zum Geschäftsmodell für Verleiher entwickelt, die inzwischen, etwa im Einzelhandel, innerhalb kürzester Zeit komplette Ersatzmannschaften bereitstellen.<sup>52</sup> Nicht das Einsatzverbot stört die Verhandlungsparität. Vielmehr stellte die alte Rechtslage, die dem Arbeitgeber die Möglichkeit einräumte, die Streiks zu unterlaufen und so wirkungslos zu machen, die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie in den betroffenen Branchen in Frage.<sup>53</sup> Das Verbot ist somit *notwendig*, um eine übermäßige Verschiebung des Verhandlungsgleichgewichts zugunsten der Arbeitgeber zu verhindern. Der Gesetzgeber war nicht nur zum Erlass des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG berechtigt, sondern verfassungsrechtlich verpflichtet. Die vorhandene Disparität beruhte nämlich nicht auf einer inneren Schwäche der Gewerkschaft, sondern war durch die rechtliche Erleichterung der Leiharbeit und die damit verbundene Zunahme des Fremdpersonaleinsatzes in den vergangenen Jahren strukturell bedingt.<sup>54</sup>

#### iv. Keine Verletzung der staatlichen Neutralitätspflicht

Mit dem Einsatzverbot des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG wird auch nicht die staatliche Neutralitätspflicht verletzt.<sup>55</sup> Zwar trifft es zu, dass Art. 9 Abs. 3 GG den Staat in Tarifeauseinandersetzungen und Arbeitskämpfen zur Neutralität verpflichtet. Diese Pflicht bezieht sich jedoch auf konkrete Tarifeauseinandersetzungen. In diese darf der Staat nicht aktiv eingreifen, indem er etwa eine der Tarifvertragsparteien mit staatlichen Mitteln unterstützt (zB. durch ein Arbeitskampferbot).<sup>56</sup> Einer Ausgestaltung des Arbeitskampferbots steht die Neutralitätspflicht des Staates indes nicht entgegen.<sup>57</sup> Art. 9 Abs. 3 GG setzt eine staatliche Arbeitskampfordnung, die gewährleistet, dass der Zweck der Tarifautonomie gewahrt bleibt, vielmehr voraus.<sup>58</sup> Der Staat ist zur Ausgestaltung berechtigt und – sofern anderenfalls ein ungefähres Kräftegleichgewicht zwischen den Tarifvertragsparteien nicht gewährleistet ist – sogar verpflichtet.<sup>59</sup>

## 2. Verletzung der Grundrechte der Leiharbeitnehmer

Einige Autoren sehen durch die Regelung des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG die Berufsfreiheit der Leiharbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt.<sup>60</sup>

### a) Parallele zu § 75f HGB und Verletzung des

#### Beschäftigungsanspruchs des Leiharbeitnehmers?

*Bauer/Haufsmann*<sup>61</sup> ziehen eine Parallele zu § 75f HGB. Nach dieser Norm sind Sperrabreden zwischen Arbeitgebern, in denen sich ein Arbeitgeber verpflichtet, einen (früheren) Arbeitnehmer des anderen Arbeitgebers nicht bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen einzustellen, unverbindlich.<sup>62</sup> Zudem sehen sie einen Eingriff in den von der Rechtsprechung anerkannten<sup>63</sup> Beschäftigungsanspruch des (Leih-)Arbeitnehmers. Beides vermag schon im Ansatz nicht zu überzeugen, da die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit nur von der grundrechtlichen Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG ausgehen kann und nicht von einfachgesetzlichen Regelungen oder von Grundsätzen, die durch die Rechtsprechung anerkannt wurden. Auch wenn die Vorschrift des § 75f HGB und der in der Rechtsprechung anerkannte Beschäftigungsanspruch den Schutz der Berufsfreiheit der Arbeitnehmer bezwecken, kann daraus nicht der Schluss gezogen werden, dass jede Abweichung hiervon die Berufsfreiheit automatisch verletzt.

51 *Dribbusch*, Böckler Impuls 5/2014.

52 »Die fast lautlose Ver.di-Oper«, *Der Spiegel* 47/2007, 85 f.; »Real heuert Streikbrecher über Briefkastenfirma an«, *Handelsblatt*, 1.7.2015; »Die Streikbrecher-GmbHs«, *Handelsblatt* 14.8.2015, 18; *Berg*, AuR 2011, Sonderausgabe zum 70. Geburtstag von Michael Kittner, 418, 419.

53 *Lorenz*, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, *Arbeitsrecht*, Handkommentar, § 11 AÜG Rn. 31.

54 Ebenso: Däubler, *AKR-Wolter* (Fn. 29), § 21 Rn. 163.

55 So aber *Franzen*, RdA 2015, 141, 151; *Ubber/Löw*, BB 2015, 3125, 3126.

56 *Gamillscheg*, Koll. ArbR I (Fn. 29), S. 980 f.; *Linßenmaier*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl. 2017 (im Folgenden: *ErfK*), Art. 9 GG Rn. 148; *Kissel*, *Arbeitskampferbot* (Fn. 37), § 34 Rn. 3 f.; *Treber*, in: *Schaub* (Begr.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, München 2015 (im Folgenden: *Schaub*), 16. Aufl. 2015, § 191 Rn. 34.

57 *Gamillscheg*, Koll. ArbR I (Fn. 29), S. 981; *NK-GA/Hanau* (Fn. 11), Art. 9 GG Rn. 171; *ErfK/Linßenmaier* (Fn. 56), GG Art. 9 Rn. 148; *Schaub/Treber* (Fn. 56), § 191 Rn. 34.

58 BVerfG, 4.7.1995 – 1 BvF 2/86 ua. – AuR 1996, 33, 34.

59 *MünchHdbArbR/Löwisch/Rieble*, § 157 Rn. 55; *Otto*, *Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht*, § 2 Rn. 57; *Schaub/Treber* (Fn. 56), § 191 Rn. 35.

60 Insbesondere *Bauer/Haufsmann*, NZA 2016, 803 ff.; ähnlich auf Grundlage der tarifvertraglichen Einsatzverbote: *Rieble*, FS Wank, 2014, S. 475, 477.

61 NZA 2016, 803, 805.

62 Siehe dazu *ErfK/Oetker* (Fn. 56), § 75f HGB Rn. 1.

63 BAG, 10.11.1955 – 2 AZR 591/54 – AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

Unabhängig davon trägt schon die Parallele zu § 75f HGB nicht. Entgegen der Ansicht von *Bauer/Haußmann* ist die Wirkung des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG nicht mit der Wirkung einer Sperrabrede vergleichbar. Durch § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG wird dem Entleiher lediglich untersagt, den Arbeitnehmer eines *anderen* Unternehmens als Leiharbeiter mit Streikbrucharbeiten zu beschäftigen. Es wird also der Einsatz von *Fremdfirmenpersonal* eingeschränkt. Die Einstellung *eigener* Arbeitnehmer beschränkt die Norm hingegen – auch bezüglich vormals als Leiharbeiter eingesetzter Personen – keineswegs.

Auch der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers wird durch § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG nicht in Frage gestellt. Die Norm enthält kein Beschäftigungs-, sondern lediglich ein Einsatzverbot. Dies verkennen *Bauer/Haußmann*, wenn sie die Norm mit den Beschäftigungsverboten der §§ 3, 4 MuSchG, 5 ArbSchG und 9 ArbZG vergleichen. § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG untersagt den Leiharbeitnehmern auch nicht die Ausübung ihrer vertragsgemäßen Tätigkeit. Der Leiharbeiter ist grundsätzlich verpflichtet, seine Arbeitsleistung bei jedem Dritten zu erbringen.<sup>64</sup> Er kann seine vertragsgemäße Leistung folglich prinzipiell bei jedem Entleiher erbringen. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers richtet sich daher auch ausschließlich gegen den Verleiher.<sup>65</sup> Kann dieser den Beschäftigungsanspruch wegen des Einsatzverbots bei einem konkreten Entleiher nicht erfüllen, ist er gegenüber dem Leiharbeiter verpflichtet, für einen vertragsgemäßen Einsatz bei einem anderen Entleiher zu sorgen.

#### b) Keine Verletzung der Berufsfreiheit

Wird der Regelungsgehalt des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG zutreffend erfasst, ist im Hinblick auf die Berufsfreiheit der Leiharbeiter lediglich zu prüfen, ob die temporäre Beschränkung der Einsatzmöglichkeit in den Schutzbereich der Berufsfreiheit eingreift und – falls dies bejaht wird – ob der Eingriff gerechtfertigt werden kann. In Betracht kann allenfalls ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit kommen, die Berufswahl wird in keiner Weise beschränkt. Ob die Berufsausübungsfreiheit auch das Recht umfasst, als Leiharbeiter bei einem bestimmten Entleiher eingesetzt zu werden, erscheint mindestens zweifelhaft. Das Leiharbeitsverhältnis ist gerade dadurch gekennzeichnet, dass der Arbeitnehmer bei beliebigen Entleihern eingesetzt werden kann. In welchem Betrieb die Arbeitsleistung zu erbringen ist, entscheidet nicht er, sondern der Verleiher, der im Rahmen seines Weisungsrechts den Einsatzbetrieb und die Gesamtdauer des Einsatzes in diesem

Betrieb festlegt. Dass der Arbeitnehmer den Einsatzbetrieb nicht selbst wählen kann, ist also ein wesentliches Merkmal der Leiharbeit. Die Rechtsstellung des Arbeitnehmers verschlechtert sich folglich durch das Einsatzverbot nicht.

Selbst wenn man von einem Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ausgehen will, folgt daraus noch keine Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG. Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls dies als zweckmäßig erscheinen lassen.<sup>66</sup> Dies ist hier der Fall: § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG soll die Position der Leiharbeiter stärken und eine missbräuchliche Einwirkung auf Arbeitskämpfe unterbinden.<sup>67</sup> Sowohl der (Leih-)Arbeitnehmerschutz als auch der Schutz der Tarifautonomie liegen im Interesse der Allgemeinheit. Im Hinblick auf den Schutz der Tarifautonomie wurde oben die Erforderlichkeit des Einsatzverbots für die Gewährleistung eines ungefähren Verhandlungsgleichgewichts bereits dargestellt.<sup>68</sup> Dieser Umstand wäre schon für sich ausreichend, um den Eingriff zu rechtfertigen.

Hinzu kommt die Stärkung der Position der Leiharbeiter. Diese werden durch das Einsatzverbot wirksam gegen einen Missbrauch als Streikbrecher geschützt, was – zumindest bei typisierender Betrachtung – in ihrem Interesse liegt, da mit der Ausübung von Streikbrucharbeiten eine erhebliche psychische Belastung einhergeht. Wenn in der Literatur dennoch betont wird, dass die Position der Leiharbeiter nicht verbessert wurde,<sup>69</sup> zeugt dies entweder von Unkenntnis oder bewusstem Außerachtlassen der tatsächlichen Machtverteilung im Leiharbeitsverhältnis. Das rein individuelle Leistungsverweigerungsrecht des § 11 Abs. 5 AÜG aF., auf das die Leiharbeiter »freiwillig« verzichten konnten, hat sich als völlig unzureichend erwiesen und wurde zutreffend als »in der Praxis wirkungslos«<sup>70</sup> bezeichnet.<sup>71</sup> Es zwang den Leiharbeiter gerade in der zugespitzten Situation eines Arbeits-

64 *J. Ulber*, in: *J. Ulber/D. Ulber, Arbeitnehmerüberlassungsgesetz*, 2. Aufl. 2014 (im Folgenden: *Ulber/Ulber*), § 1 AÜG Rn. 38.

65 *Ulber/Ulber-J. Ulber* (Fn. 64), § 1 Rn. 54.

66 Grundlegend BVerfG, 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377, 405; seitdem ständige Rechtsprechung, vgl. nur BVerfG, 10.6.2009 – 1 BvR 706/08 – BVerfGE 123, 186, 238; BVerfG, 12.12.2006 – 1 BvR 2576/04 – BVerfGE 117, 163, 187.

67 BT-Drs. 18/9232, S. 28.

68 Siehe dazu II.1.c)(3)iii.

69 So etwa *Baack/Winzer/Hies*, NZG 2016, 415, 419; *Bauer/Haußmann*, NZA 2016, 803, 805.

70 *Ulber/Ulber-J. Ulber* (Fn. 64), § 11 Rn. 127.

71 *Berg*, in: *Schmidt, JahrbArbR 2009* (Fn. 47), S. 75 f.; *Ulber/Ulber-J. Ulber* (Fn. 64), Einleitung C Rn. 13; siehe dazu auch ausführlich *Klein/Leist*, AuR 2017, 100 ff.

kampfes zum individuellen Konflikt mit seinem Arbeitgeber und seinem Entleiher, von denen er aufgrund seiner einfachen Ersetzbarkeit regelmäßig abhängig war.<sup>72</sup> Zugleich bot die Rechtsordnung nur einen unzureichenden Schutz gegen spätere Benachteiligungen. Zwar schließt § 612a BGB Maßregelungen aus, jedoch trifft den Arbeitnehmer diesbezüglich die Darlegungs- und Beweislast.<sup>73</sup> Eine freie Entscheidung des Leiharbeitnehmers über die Ausübung seines Leistungsverweigerungsrechts war angesichts dieser Umstände nicht gegeben.<sup>74</sup>

### c) Kein Eingriff in die Koalitionsfreiheit der Leiharbeitnehmer

§ 11 Abs. 5 S. 1 AÜG verletzt auch nicht die Koalitionsfreiheit der Leiharbeiter.<sup>75</sup> Diese können sich im Hinblick auf die Verrichtung von Streikbrucharbeit nicht auf die positive Koalitionsfreiheit berufen, handelt es sich beim Streikbruch doch nicht um eine koalitionsmäßige Betätigung, sondern um einen koalitionsfeindlichen Angriff auf die kollektive Koalitionsfreiheit der Streikenden.<sup>76</sup> Auch die negative Koalitionsfreiheit wird nicht berührt. Die Norm führt nicht zu einer »Zwangssolidarisierung«<sup>77</sup> der Leiharbeitnehmer, sie lässt deren inneres Verhältnis zu den Forderungen der Streikenden vielmehr unberührt. Das Einsatzverbot gilt von der inneren Einstellung des Leiharbeiters gerade unabhängig, wodurch eine Konfliktsituation des Leiharbeiters von vornherein verhindert werden soll. Auch eine Streikpflicht begründet die Vorschrift nicht.<sup>78</sup> Die Leiharbeiter können lediglich nicht mehr *im Wege der Arbeitnehmerüberlassung* auf bestreikten Arbeitsplätzen eingesetzt werden. Darin liegt allein eine Einschränkung der – erst durch das AÜG überhaupt ermöglichten – Beschäftigungsform der Leiharbeit. Ein Streik kann hingegen schon begrifflich nicht durch den Gesetzgeber angeordnet werden, handelt es sich dabei doch um eine aufgrund einer kollektiven Willensbildung planmäßig und gemeinschaftlich durchgeführte Arbeitsniederlegung.<sup>79</sup> Erst recht entsteht durch das Einsatzverbot kein Beitrittsdruck oder Beitrittszwang, wie er nach der Rechtsprechung des BVerfG erforderlich wäre, um einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit zu begründen.<sup>80</sup>

## III. Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht

Als zeitweise Einschränkung des Einsatzes von Leiharbeitnehmern ist § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG an den unionsrechtlichen

Vorgaben des Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeits-RL 2008/104/EG<sup>81</sup> zu messen. Danach sind Einschränkungen aus Gründen des Gemeininteresses gerechtfertigt. Hierzu zählen nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie vor allem der Schutz der Leiharbeitnehmer, die Erfordernisse von Gesundheitsschutz und Sicherheit am Arbeitsplatz oder die Notwendigkeit, das reibungslose Funktionieren des Arbeitsmarktes zu gewährleisten und eventuellen Missbrauch zu verhüten. Bei der Auslegung und Anwendung dieser Bestimmung ist zu berücksichtigen, dass die in der Richtlinie enthaltenen Bestimmungen ausweislich des Erwägungsgrundes Nr. 20 nationale Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten unberührt lassen, die es verbieten, streikende Arbeitnehmer durch Leiharbeitnehmer zu ersetzen.<sup>82</sup> Ferner ist zu beachten, dass die Union nach Art. 153 Abs. 5 AEUV keine Kompetenzen auf dem Gebiet des Arbeitskampfrechts hat und daher eine Regelung über den Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher nicht erlassen könnte.<sup>83</sup> Schließlich darf der grundrechtliche Schutz des Streikrechts in Art. 28 GRC nicht außer Acht bleiben. Dieser steht einer Auslegung der Leiharbeits-RL entgegen, durch die das Streikrecht übermäßig beeinträchtigt würde. Will man den Erwägungen des europäischen Gesetzgebers Rechnung tragen und eine Kollision mit dem Primärrecht vermeiden, kann Art. 4 Abs. 1 der Leiharbeits-RL nur dahingehend interpretiert werden, dass eine nationale Regelung, die den Einsatz von Leiharbeitnehmern auf bestreikten Arbeitsplätzen verbietet, eine aus Gründen des Gemeininteresses gerechtfertigte Einschränkung darstellt. Unionsrechtliche Beden-

72 BKS-Schumann (Fn. 9), AKR Rn. 306.

73 BAG, 25.11.1993 – 2 AZR 517/93 – BAGE 75, 153.

74 Dies zeigt anschaulich ein Bericht des ARD-Magazins »Kontraste« vom 26.9.2013, in dem über die Einschüchterung von Leiharbeitnehmern während eines Streiks der Warenhauskette »Real« berichtet wird: [http://www.rbb-online.de/kontraste/ueber\\_den\\_tag\\_hinaus/wirtschaft/hilflos-leiharbeiter-als-streikbrecher-missbraucht.html](http://www.rbb-online.de/kontraste/ueber_den_tag_hinaus/wirtschaft/hilflos-leiharbeiter-als-streikbrecher-missbraucht.html) (27.1.2017); siehe dazu auch Klein/Leist, AuR 2017, 100 ff.

75 So aber die Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer, Ausschuss-Drs. 18(11)761, S. 90.

76 Däubler, AKR-Wolter (Fn. 29), § 16 Rn. 24.

77 So etwa Thüsing, NZA 2014, 10, 11; Ueber/Löw, BB 2015, 3125.

78 So aber Baeck/Winzer/Hies, NZG 2016, 415, 419.

79 Zum Streikbegriff siehe etwa Kissel, Arbeitskampfrecht (Fn. 37), § 39 Rn. 1.

80 Vgl. dazu BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – AuR 2007, 95, 96.

81 ABl. 2008, L 327/9.

82 Franzen, RdA 2015, 141, 151; Willemsen/Mehrens, NZA 2015, 897, 901.

83 Franzen, RdA 2015, 141, 151.



ken gegen die Regelung des § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG bestehen daher nicht.<sup>84</sup>

#### IV. Vereinbarkeit mit dem Völkerrecht

Wenig Beachtung fanden in der bisherigen Diskussion die völkerrechtlichen Vorgaben, an denen der Einsatz von Leiharbeitnehmern in bestreikten Betrieben zu messen ist. Zwar bestehen im Völkerrecht keine Übereinkommen, die ausdrücklich den Einsatz von Leiharbeitnehmern in bestreikten Betrieben regeln. Die zuständigen völkerrechtlichen Kontrollorgane haben den Einsatz von Streikbrechern jedoch mehrfach kritisiert.<sup>85</sup> Die deutlichsten Ausführungen finden sich auf der Ebene der Internationalen Arbeitsorganisation (International Labour Organization – ILO). Der ILO-Ausschuss für Vereinigungsfreiheit sieht im Einsatz von Streikbrechern (Replacement of striking workers) in einem Sektor, der nicht als Daseinsvorsorge (essential sector) im strengen Wortsinn angesehen werden kann, eine schwere Verletzung (serious violation) der durch das Übereinkommen Nr. 87 gewährleisteten Vereinigungsfreiheit.<sup>86</sup> Auch nach Ansicht des ILO-Sachverständigenausschusses beeinträchtigt der Einsatz von Streikbrechern die Vereinigungsfreiheit und das Streikrecht.<sup>87</sup> Nach den jüngsten Ausführungen des Ausschusses ist der Einsatz von Streikbrechern nur zulässig, wenn der Streik rechtswidrig ist.<sup>88</sup> Kritisiert wurden Streikbrechereinsätze zudem vom UN-Sozialpakt-Ausschuss<sup>89</sup> sowie – im Zusammenhang mit dem Einsatz von Beamten auf bestreikten Arbeitsplätzen – vom Europäischen Ausschuss für Soziale Rechte.<sup>90</sup> Vor dem Hintergrund dieser Spruchpraxis, insbesondere mit Blick auf die Ausführungen der ILO-Ausschüsse, war die Bundesrepublik völkerrechtlich verpflichtet, den Einsatz von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher auszuschließen oder zumindest erheblich einzuschränken. Die bisherige Rechtslage ließ den Einsatz ohne jegliche Einschränkung zu, sofern die Leiharbeitnehmer nicht aktiv von ihrem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machten. Nach den Vorgaben der ILO-Ausschüsse hätte der Gesetzgeber den Einsatz zumindest auf den Bereich der Daseinsvorsorge im engen völkerrechtlichen Sinne bzw. auf rechtswidrige Streiks begrenzen müssen. Mit § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG ist er dieser Pflicht nachgekommen, indem er die Einsätze generell verboten hat. Damit wurde zumindest für den Bereich der Leiharbeit eine völkerrechtskonforme Rechtslage

geschaffen.<sup>91</sup> Insgesamt bleibt das deutsche Recht allerdings nach wie vor hinter der Spruchpraxis der ILO-Ausschüsse zurück, denn abgesehen von Leiharbeitern und Beamten<sup>92</sup> können Arbeitnehmer weiterhin uneingeschränkt als Streikbrecher eingesetzt werden.

#### V. Fazit

Zusammenfassend können folgende Ergebnisse festgehalten werden:

1. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BVerfG begegnet § 11 Abs. 5 S. 1 AÜG nF. keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Es handelt sich um eine Ausgestaltung des Arbeitskampfrechts, die verfassungsrechtlich vielmehr *geboten* ist, um eine Verschiebung der Verhandlungspartität zulasten der Gewerkschaften zu verhindern und die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu gewährleisten.
2. Das Unionsrecht, insbesondere die Leiharbeits-RL, steht dem Einsatzverbot nicht entgegen.

Völkerrechtlich ist angesichts der Spruchpraxis der internationalen Kontrollgremien eine generelle Begrenzung des Streikbrechereinsatzes geboten. Im Hinblick auf den Einsatz von Leiharbeitern wurde durch die Neuregelung ein völkerrechtskonformer Zustand geschaffen.

<sup>84</sup> So im Ergebnis auch *Franzen*, RdA 2015, 141, 151; *Willemsen/Mehrens*, NZA 2015, 897, 901.

<sup>85</sup> Siehe dazu ausführlich mit umfangreichen Nachweisen: *Däubler, AKR-Löcherer* (Fn. 29), § 10 Rn. 93, 95.

<sup>86</sup> So ausdrücklich: International Labour Office, Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO 2006, Genf 2006, Rn. 632; auch aus der neueren Spruchpraxis geht hervor, dass der Ausschuss im Einsatz von Streikbrechern eine Beschränkung des Streikrechts sieht: Report No 376, October 2015, Case No 3019 (Paraguay) Rn. 847; Report No 360, June 2011, Case No 2770 (Chile) Rn. 376; Report No 357, June 2010, Case No 2638 (Peru) Rn. 797; Report No 353, March 2009, Case No 2619 (Comoros) Rn. 574.

<sup>87</sup> International Labour Office, CEACR General Survey 1994, Genf 1994, Rn. 175; *dass.*, General Survey 2012, Genf 2012, Rn. 152.

<sup>88</sup> Direct Request (CEACR) – adopted 2015, published 105th ILC session (2016), abrufbar unter: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100\\_COMMENT\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_ID,P11110\\_COUNTRY\\_NAME,P11110\\_COMMENT\\_YEAR:3252702,102805,Peru,2015\(27.1.2017\)](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID,P11110_COUNTRY_ID,P11110_COUNTRY_NAME,P11110_COMMENT_YEAR:3252702,102805,Peru,2015(27.1.2017)).

<sup>89</sup> Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights, 1 December 2004, E/C.12/1/Add.105 Rn. 19, 42.

<sup>90</sup> Conclusions XII-2 (Germany), Art. 5 und Art. 6 § 4; Conclusions XIII-4 Art. 6 § 4.

<sup>91</sup> *Heuschmid*, in: *Däubler* (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 1 Rn. 812c.

<sup>92</sup> BVerfG, 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103.

## Der vertragsbeherrschende Dritte

Habilitationsschrift von Felipe Temming, 2015, Nomos Verlagsgesellschaft, 2015, Baden-Baden, 1294 S. (ISBN 978-3-8487-1956-3), 178,- €, erschienen als Band 124 der Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln

Seit jeher sieht sich die deutsche, auf strenge Bipolarität ausgerichtete, Zivilrechtsordnung vor schier unlösbare Herausforderungen gestellt, wenn Dritte in das Vertragsverhältnis so eindringen, dass sie eine der beiden Vertragsparteien in einer Art und Weise beherrschen, dass sie faktisch in die Schuldner- und Gläubigerstellung mit aufrücken. Angesichts des geradezu in Stein gemeißelt erscheinenden Dogmas der Relativität der Schuldverhältnisse, aber auch der als unantastbar empfundenen Eigenständigkeit der juristischen Person tut sich das deutsche Recht schwer, komplexe wirtschaftliche oder auch nur gesellschaftsrechtliche Organisationsverhältnisse immer adäquat zu erfassen.

Umgekehrt ist es aber für eine Rechtsordnung nicht hinnehmbar, wenn im Konzernverbund Vermögenswerte über Gesellschaftsgrenzen hinweg verschoben werden und Gläubiger, die Leistungen für die Gesellschaft erbracht haben, leer ausgehen, obgleich bei der Konzernmutter oder anderen verbundenen Gesellschaften durchaus Kapital vorhanden ist. Während die sich daraus ergebenden Probleme im Gesellschafts- und Insolvenzrecht vielleicht noch hinnehmbar sein mögen, kumulieren sie im Arbeitsrecht. Konzernverbände werden nicht selten auch so strukturiert, dass sich aus dem Arbeitsrecht ergebende Belastungen gering gehalten werden. Gerne mit dem charmanten Etikett »Restrukturierung« versehen, geht es darum, sich so aufzustellen, dass sich das Arbeitsrecht in den einzelnen Gesellschaften so schlank halten lässt, als eben möglich. Aber auch im dogmatischen Grundsatz stößt das Arbeitsrecht in fremdbeherrschten Unternehmen an kaum überwindbare Grenzen. Einerseits akzeptiert es die Vorgabe des Gesellschaftsrechts von der Eigenständigkeit der jeweiligen Rechtsperson, andererseits sucht es nach Mitteln, Wegen und Umwegen, um dort, wo man es als billig empfindet, doch noch Verbindungen über die Gesellschaftsgrenzen hinweg herzustellen.

Lehre und Rechtsprechung haben zahlreiche Versuche unternommen, rechtliche und wirtschaftliche Abhängigkeiten über Unternehmensgrenzen hinweg in den Griff zu bekommen. Im Bereich der Wissenschaft sei nur an die

umfassende Habilitationsschrift von *Christine Windbichler*<sup>1</sup> oder die grundlegende Dissertation von *Martin Henssler*<sup>2</sup> erinnert. Eine Vielzahl von weiteren Arbeiten vor allem zu Einzelfragen folgte. Kaum anders sieht es im Gesellschaftsrecht aus. Daher mag sich der Leser auf den ersten Blick fragen, ob die Erstellung einer weiteren Schrift zu diesem Themenkreis gerechtfertigt ist. Sie ist es. *Temming* unternimmt nämlich den groß angelegten Versuch, das Gesamtsystem auf neue, dogmatisch in sich völlig konsistente Füße zu stellen.

Der Gang des Werkes ist dabei zunächst ein klassischer. In mehreren Kapiteln untersucht *Temming* die Stellung der herrschenden Gesellschaft und umgekehrt die Schutzbelange von Minderheitsgesellschaftern, vor allem aber von Unternehmensgläubigern im gegenwärtigen Konzernrecht. Kaum überraschend stellt er sowohl im Recht der Aktiengesellschaft und noch mehr in dem der GmbH massive Regelungslücken fest. In beiden Rechtsgebieten moniert er, ebenfalls wenig überraschend, erhebliche Schutzdefizite vor allem im Bereich der Außenhaftung, also zu Lasten der Gesellschaftsgläubiger. Schon in diesem gesellschaftsrechtlichen Bereich schlägt *Temming* Pflöcke ein. Drei seien hier herausgehoben: Zum einen wird die Haftung im Innenverhältnis zwischen Gesellschaftern und GmbH auf eine mitgliedschaftliche Sonderverbindung gestellt. Der GmbH-Gesellschafter haftet für die Verletzung dieser Pflicht nach § 280 BGB, wobei *Temming* diese Haftung auf grobe Fahrlässigkeit beschränken will. Und in der Tat lassen sich damit die wesentlichen Fragen der Konzernhaftung, insbesondere die der vorsätzlich herbeigeführten Insolvenz des Unternehmens, frappierend leicht erfassen. Zum zweiten plädiert *Temming* für eine – vorsichtige – Rückkehr zur zwischenzeitlich aufgegebenen Rechtsfigur des qualifiziert-faktischen Konzerns. Zum Dritten – und das ist für das Arbeitsrecht entscheidend – begreift er die Belegschaftsangehörigen als Innengläubiger. Das ist von herausragender Bedeutung, da der Arbeitnehmer damit endlich aus der Ecke der gewöhnlichen Gläubigerstellung herausgeholt wird.

Hätte man es damit angesichts des erzielten Erkenntniszugewinns schon sein Bewenden lassen können (der Leser befindet sich an dieser Stelle immerhin schon auf Seite 1001 [!] der Arbeit), geht *Temming* nun noch einen weiteren,

1 *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern, München 1989.

2 *Henssler*, Der Arbeitsvertrag im Konzern, Berlin 1983 (zugl. Konstanz, Univ., Diss. 1983).

ganz entscheidenden Schritt und fragt generell nach der Existenz eines Schuldverhältnisses zwischen einem Vertragspartner und einer Person, die am fraglichen Rechtsverhältnis zwar nicht formell beteiligt ist, den anderen Teil des Vertrags aber so sehr beherrscht, dass sie einen ganz entscheidenden Einfluss auf das Schicksal des Vertrags nimmt.

Die insoweit angestellten, außerordentlich umfassenden Überlegungen des Autors können hier ebenfalls nur in ganz groben Umrissen und nur ganz skizzenhaft vorgestellt werden. Ausgangspunkt ist die tradierte Rechtsfigur der culpa in contrahendo, ihre Kodifikation durch § 311 Abs. 2 BGB und die vorsichtige Anordnung einer Drittbezogenheit von Schuldverhältnissen durch § 311 Abs. 3 BGB in Gestalt der Sachwalterhaftung. Davon ausgehend wagt *Temming* den großen Sprung und formuliert einen partiellen Vertragseintritt des vertragsbeherrschenden Dritten. Er formuliert ihn – in Anlehnung an die c.i.c. – als culpa in dominado adversus tertium (c.i.d.). Daraus leitet er eine außervertragliche Sonderverbindung zwischen dem Dritten und der anderen Vertragspartei her (eine Terminologie, die mit dem eigenen Konzept vielleicht nicht ganz konsistent ist, da es sich im Endergebnis ja gerade nicht mehr um ein außervertragliches Rechtsverhältnis handelt). Dabei wird der Dritte jedenfalls im Grundsatz weder zur Vertragspartei, noch setzt er sich eigentlichen Erfüllungspflichten aus. Vielmehr folgen aus der c.i.d. zunächst nur Schutz- und Rücksichtnahmepflichten, wie sie auch von der c.i.c. bekannt sind. Diese werden im Ergebnis allerdings insoweit erweitert, als Schadensersatzansprüche auch das Erfüllungsinteresse des Gläubigers umfassen können. Ein weiterer einschneidender Unterschied zur c.i.c. kann sich ergeben, als *Temming* Fallgestaltungen zeigt, in denen die Haftung verobjektiviert, also verschuldensunabhängig ist. Daran wird sich in der Diskussion ohne Frage auch einige Kritik entzünden, denn gewaltig ist der Unterschied, der danach noch zu einer echten Vertragspartnerstellung des Dritten verbleibt, nicht mehr. Je nach Konstellation gerät der Dritte zumindest in die Nähe eines Bürgen, der im Fall des Falles in die Vertragspartnerstellung einrückt. Offenbar konnte auch *Temming* selbst letzte Zweifel daran nicht völlig beiseiteschieben und überlegt eine Subsidiarität der c.i.d.-Haftung gegenüber primären vertraglichen Erfüllungsansprüchen.

Was folgt daraus nun aber für das Arbeitsrecht? Auch das kann hier eher nur grob nachgezeichnet werden. In erster Linie gelangt *Temming* zu einem partiellen konzernweiten Kündigungsschutz, der sich in all den Fällen realisiert, in

denen der Arbeitsvertrag durch die Konzernmutter drittbeherrscht wird. Das wird, dann allerdings fast etwas zaghaft, über § 249 BGB und einen sich daraus ergebenden Kontrahierungszwang zu Lasten der Konzernmutter hergeleitet. *Temming* sieht dadurch auch keinen Konflikt mit § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1b KSchG begründet, da die Kündigung nicht im eigentlichen Sinn unwirksam ist, sondern vielmehr das Drittunternehmen des Verbunds, in dem ein Arbeitsplatz frei ist, zur Vertragsübernahme (iwS.) verpflichtet wird.

Aus arbeitsrechtlicher Sicht bleiben allerdings noch Fragen offen. So bleibt die Position des Arbeitnehmers schwach, wenn der Arbeitsplatz nicht bei der Mutter, sondern lediglich bei einer anderen abhängigen Konzerngesellschaft frei ist. Die Rechte des Arbeitnehmers beschränken sich dann auch nach *Temming* auf kaum mehr als auf eine Einwirkungspflicht der Konzernmutter auf die Tochter, freilich sanktioniert durch Schadensersatzansprüche für den Fall, dass diese nicht das ihrerseits Erforderliche unternimmt. Auch bleibt das Schicksal des Arbeitsvertrags mit dem ursprünglichen Vertragsarbeitgeber ungewiss, insbesondere im Fall, dass die Konzernobergesellschaft oder andere abhängige Unternehmen ihren Übernahmepflichten nicht nachkommen. Daran knüpfen zahlreiche Folgeprobleme auch prozessualer Natur an.

*Temming* löst all diese Folgefragen akkurat, diese indes durchaus mit dem hergebrachten konzernrechtlichen bzw. prozessualen Instrumentarium. Daher sind seine Ergebnisse an dieser Stelle weder von der Rechtsprechung des BAG, noch von den Ansätzen in den eingangs erwähnten Schriften von *Henssler* und *Windbichler* unendlich weit entfernt. Daher ist nicht völlig auszuschließen, dass der eine oder andere Rechtspraktiker auf Arbeitnehmerseite, der sich konzernweiten Umstrukturierungen vereinzelt auch hilflos ausgesetzt sieht, die ihm so zur Verfügung gestellten Einwirkungsmöglichkeiten als zu schwach empfindet und dann doch nochmals ein Interesse an einer umfassenden, konzerndimensionalen Neuausrichtung des Kündigungsschutzrechts seitens des Gesetzgebers bekunden wird.

Sicher noch weitaus mehr Gewinn verspricht der Ansatz von *Temming*, was vermögensrelevante Konzernsachverhalte betrifft. Vor allem für die nicht enden wollende Diskussion um den Berechnungsdurchgriff in der betrieblichen Altersversorgung und bei der Sozialplandotierung ließe er sich mehr als fruchtbar machen. Überraschenderweise spricht *Temming* diese Fragen aber allenfalls eher am Rande an. Das ist bedauerlich, weil für den Leser natürlich mehr als interessant ist, ob er insoweit für eine verschul-

densabhängige oder objektive Haftung der Konzernmutter votiert hätte.

So bleibt das Fazit für eine Besprechung in dieser Zeitschrift am Ende auch ein zweischneidiges. Denn ohne jeden Zweifel legt *Temming* ein beeindruckendes, ja herausragendes Buch vor, das nebenbei bemerkt, einmal mehr das unbedingte Erfordernis einer zweiten Qualifikationsschrift unterstreicht, denn wann sonst würden noch derart grundlegende Arbeiten verfasst, wenn nicht als Habilitation. *Temming* dekliniert die Stellung des vertragsbeherrschenden Dritten durch das bürgerliche Recht, das Gesellschaftsrecht und das Arbeitsrecht. Dabei wagt er nicht etwa nur einen kurzen Blick in das BGB und das Gesellschaftsrecht, sondern setzt sich in umfassender Weise damit auseinander. Fast spielerisch gelingt ihm ein mehr oder weniger vollständiger Gang durch das Konzernrecht der AG und der GmbH. Immer wieder wird der Blick auch auf andere Rechtsbiere, wie etwas das Kartell- und Europarecht gerichtet. Zudem wird, wie es sich für eine moderne Schrift gehört, auch die ökonomische Analyse des Rechts miteinbezogen (die freilich, wie sonst auch, beliebig bleibt und nichts wirklich Belastbares zum Erkenntnisfortschritt beitragen kann). Und ebenso gründlich wird die Stellung der vertragsbeherrschenden Dritten für das bürgerliche Recht abgearbeitet. Vor allem aber gelingt es *Temming* eben, die ins Unübersichtliche ausgewachsene Rechtslage zu systematisieren und ihr am Ende einen eigenen, völlig neuen

Ansatz entgegenzustellen. Ob derart, quasi wie mit dem berühmten Federstrich, alle Probleme gelöst werden können, ist zwar noch nicht gesagt.

Damit ist die Arbeit aber eben keine genuin arbeitsrechtliche. Das Arbeitsrecht nimmt von den knapp 1.200 Seiten des Buches nur in etwa 100 Seiten ein, Titel und Untertitel weisen auf dieses gar nicht hin. So steht zu erwarten, dass die Arbeit in einem ersten Schritt vor allem die gesellschafts- und bürgerlichrechtliche Diskussion befruchten und um einen unkonventionellen, aber dogmatisch fundierten Ansatz bereichern wird. Dessen ungeachtet hat das Werk aber durchaus auch das Potential in sich, auf das Arbeitsrecht einzuwirken. Insbesondere könnte es aus meiner Sicht die Erfassung vermögensrelevanter Rechtsfragen im Konzern endlich auf eine dogmatisch tragfähige und praktisch verlässliche Basis stellen. Auch ist eine Lektüre der zwar kurzen, aber scharfsinnigen Ausführungen zum konzerndimensionalen Kündigungsschutz in jedem Fall lohnend. Arbeitsrechtler und insbesondere die höchstrichterliche Rechtsprechung sollten das Werk daher in jedem Fall zur Kenntnis nehmen, auch wenn die Arbeitsgerichte von den Thesen von *Temming* am Ende wohl erst dann vollständig profitieren könnten, wenn sich zuvor die ordentliche Gerichtsbarkeit mit ihnen auseinandergesetzt hat.

Prof. Dr. Frank Bayreuther,  
Universität Passau

### Zusammenfassungen

#### Eichenhofer: Juristen und Sozialstaat in der Weimarer Republik

SR SR 1/2017, S. 2–19

Der Beitrag zeichnet den letztlich missglückten Versuch der Errichtung eines demokratischen Sozialstaats in der Weimarer Republik nach, der erst nach dem Zweiten Weltkrieg Wirklichkeit geworden ist. Er gibt dabei Einblick in die Überlegungen der maßgeblichen sozialpolitischen Vordenker dieser Zeit. Anhand der Kritiker der Weimarer Republik zeigt er aber auch, woran diese letztlich gescheitert ist.

#### Koch: Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Teil 2

SR SR 1/2017, S. 19–31

Im zweiten Teil der Untersuchung erörtert der Autor die Geltung von Entlohnungsgrundsätzen nach Wegfall der zwingenden Wirkung eines Tarifvertrags sowie die Auswirkungen von Tarifpluralität. Er beleuchtet ferner das Mitbestimmungsrecht bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern, den Inhalt von Entlohnungsgrundsätzen sowie die Zuständigkeit der Arbeitnehmervertretungen.

#### Klein/Leist: Das Verbot des Einsatzes von Leiharbeitnehmern als Streikbrecher im Kontext verfassungs-, unions- und völkerrechtlicher Vorgaben

SR SR 1/2017, S. 31–40

Die Autoren analysieren den im April 2017 neu in Kraft tretenden § 11 Abs. 5 AÜG, der den Einsatz von Leiharbeitnehmern in bestreikten Betrieben verbietet, hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit dem Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht. Sie kommen zu dem Schluss, dass die Bestimmung nicht nur zulässig sondern sogar geboten ist.

### Abstracts

#### Eichenhofer: Lawyers and Welfare State in the Weimar Republic

SR SR 1/2017, pp. 2–19

The article traces the ultimately failed attempt of forming a democratic welfare state in the Weimar Republic, which eventually came into reality after World War II. It delivers insight into the considerations of the main sociopolitical thought leaders of that time. By portraying the critics of the Weimar Republic, it also shows why it eventually failed.

#### Koch: Co-decision of the Works Council according to § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG – Part 2

SR SR 1/2017, pp. 19–31

In the second part of his article the author analyses the application of general principles of remuneration after the mandatory effect of a collective agreement has ended as well as the consequences of a situation with different collective agreements. He discusses the right of co-determination at an employer who is not bound by a collective agreement, the content of general principles of remuneration and the competence of workers' representatives.

#### Klein/Leist: Prohibition of Employing Temporary Agency Workers as Strike-Breakers in the Context of Constitutional, EU and Public International Law

SR SR 1/2017, pp. 31–40

The authors analyze the new § 11 para. 5 AÜG coming into force in April 2017, which will prohibit the employment of temporary agency workers in a company on strike from a constitutional, European Union and public international law perspective. They come to the conclusion that the rule is not only consistent with those requirements but even necessary.

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

#### Abhandlungen

- *Susanne Peters-Lange*: **Psychische Gefährdungen am Arbeitsplatz: Herausforderungen aus sozialversicherungswissenschaftlicher Perspektive**

#### Rezensionsaufsatz

- Peter Masuch/Wolfgang Spellbrink/Ulrich Becker/Stephan Leibfried (Hrsg.), **Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung** (Stephan Rixen)