

Festschrift für  
Rolf Birk  
zum siebzigsten  
Geburtstag

Herausgegeben von  
HORST KONZEN  
SEBASTIAN KREBBER  
THOMAS RAAB  
BARBARA VEIT  
BERND WAAS

---

**Mohr Siebeck**

Festschrift für Rolf Birk





*Roy Bice*

Festschrift  
für  
Rolf Birk

*zum siebzigsten Geburtstag*

Herausgegeben von  
Horst Konzen  
Sebastian Krebber  
Thomas Raab  
Barbara Veit  
Bernd Waas

Mohr Siebeck

Die Drucklegung wurde unter anderem von dem Arbeitgeberverband Chemie Rheinland-Pfalz, der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände sowie der Hans-Böckler-Stiftung gefördert.

ISBN 978-3-16-149564-9 / eISBN 978-3-16-163051-4 unveränderte eBook-Ausgabe 2024

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detailliert bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2008 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

## Vorwort

Rolf Birk vollendet am 14. April 2008 sein siebzigstes Lebensjahr. Kollegen, Schüler und Freunde ehren durch diese Festschrift einen herausragenden Vertreter der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft, dessen Wirkung in viele, vor allem europäische Arbeitsrechtsordnungen ausstrahlt.

Nach dem Abitur am angesehenen Eberhard-Ludwigs-Gymnasium im heimatlichen Stuttgart und dem rechtswissenschaftlichen Studium in Tübingen und Erlangen-Nürnberg bestand er 1962 das erste und nach seiner Referendarzeit im Jahr 1967 das zweite juristische Staatsexamen. Teilweise noch während der Referendarzeit und nach dem Assessorexamen war Rolf Birk wissenschaftlicher Assistent bei Reinhold Zippelius. 1966 wurde er mit einer internationalprivatrechtlichen Dissertation promoviert. 1971 habilitierte er sich mit einer arbeitsrechtlichen Schrift für die Fächer Arbeitsrecht, Privatrecht und Internationales Privatrecht. Beide Arbeiten wurden von Ludwig Schnorr von Carolsfeld betreut. Nach Lehrstuhlvertretungen in Berlin, Hamburg, Konstanz, Mainz und Tübingen wurde Rolf Birk in Erlangen zum Wissenschaftlichen Rat und Professor ernannt. Im Jahr 1976 nahm er einen Ruf auf den Lehrstuhl für Privatrecht, Rechtssoziologie und Rechtstheorie an die Juristische Fakultät der Universität Augsburg an. 1979 lehnte er eine Berufung an die Universität Konstanz ab. 1982 erhielt er Rufe an die Freie Universität Berlin und an die Universität Trier. Von 1983 bis zu seiner Emeritierung war er Inhaber des Trierer Lehrstuhls für Arbeitsrecht, Privatrecht und Internationales Privatrecht sowie zugleich Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Gemeinschaft. Er hat dieses Institut aufgebaut und geprägt, eine umfangreiche internationale Bibliothek geschaffen und es für in- und ausländische Arbeitsrechtler zu einem Zentrum vergleichender Forschungstätigkeit gemacht.

Rolf Birk hat mehr als 300 wissenschaftliche Arbeiten publiziert. Seine profunden Sprachkenntnisse haben ihm ermöglicht, nicht wenige davon in einer Fremdsprache zu verfassen. Seine Dissertation befasst sich mit einem Thema des Internationalen Privatrechts: „Schadensersatz und sonstige Restitutionsformen im internationalen Privatrecht“. Zusammen mit der Habilitationsschrift „Die arbeitsrechtliche Leitungsmacht“ sowie anderen frühen Veröffentlichungen wie beispielsweise denen zu multinationalen Unternehmen (Birk/Tietmeyer „Zur Problematik multinationaler Unternehmen“ 1976 und „Die multinationalen Korporationen im internationalen Arbeitsrecht“ aus dem Jahre 1978) zeigt die Dissertation einen wesentlichen Charakterzug des Wissenschaftlers Rolf Birk: das Besetzen eines neuen Themas, welches er dann stets unter Einbezug rechtsvergleichender Erwägungen kreativ und mit großer Eigenständigkeit bearbeitet. Viele seiner Arbeiten haben auf diese Weise einen bleibenden Wert erlangt.

Den Akzent der wissenschaftlichen Arbeit Birks bildet seit der Habilitation das Arbeitsrecht. Deutliche Schwerpunkte liegen in der Arbeitsrechtsvergleichung, dem Europäischen Arbeitsrecht, dem Arbeitskollisionsrecht sowie dem Arbeitsvölkerrecht. Ein gutes Viertel gilt aber dem deutschen Arbeitsrecht, dessen Entwicklung er wesentlich beeinflusst hat. Zu erwähnen sind neben der Habilitationsschrift zwei Rechtsgutachten über die Rechtmäßigkeit gewerkschaftlicher Unterstützungskampfmaßnahmen und den gewerkschaftlichen Warnstreik im öffentlichen Dienst, der gemeinschaftlich mit Horst Konzen, Manfred Löwisch, Thomas Raiser und Hugo Seiter entwickelte Entwurf eines „Gesetzes zur Regelung kollektiver Arbeitskonflikte“ sowie sein Gutachten für den 60. Deutschen Juristentag.

Andererseits hat Rolf Birk nicht nur zu Beginn seiner wissenschaftlichen Tätigkeit, sondern bis in die heutige Zeit zu den internationalen Bezügen des Privatrechts gearbeitet: Kollisionsrecht der Rechts- und Geschäftsfähigkeit sowie der Entmündigung und der Todeserklärung, Internationales Namens- und Erbrecht in der aktuell 4. Auflage des Münchener Kommentars sowie zuletzt in einem Beitrag zum internationalen Erbrecht in der Festschrift für M. Pazdan im Jahr 2005. Besonders erfolgreich war Rolf Birk, als 1998 durch das Kindschaftsreformgesetz in § 1685 Abs. 1 BGB ein Umgangsrecht von Großeltern geregelt wurde. Der Jubilar hatte die Existenz eines solchen Rechts bereits in einem Beitrag des Jahres 1967 dargelegt.

In der Arbeitsrechtsvergleichung und im Arbeitskollisionsrecht hat Rolf Birk nicht nur Maßstäbe gesetzt, sondern diese teilweise erst geschaffen. Vorbildhaft ist im Kollisionsrecht seine Methode, vor der Untersuchung der internationalprivatrechtlichen Fragestellung stets zuerst die Struktur und den Inhalt der anzuknüpfenden Normen rechtsvergleichend zu erörtern. Seine arbeitsrechtsvergleichenden Veröffentlichungen sind durch ihren Umfang und ihre ungewöhnliche Tiefe gekennzeichnet und schließen nicht selten auch die Analyse allgemein privatrechtlicher Bezüge ein. Das Europäische Arbeitsrecht hat er früh und als einer der ersten entdeckt, nicht selten auch geprägt; ein Beispiel bildet sein Aufsatz in der österreichischen ZAS 1999, 1 ff. mit der Entscheidung des EuGH in der Rs. C-190/98 (Graff/Filzmoser). Seine Darstellung im Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht erreicht in ihrer Tiefgründigkeit den Rang einer Monographie. Dieselbe Qualität zeichnet im selben Werk das Arbeitsvölkerrecht aus. Überaus bedeutsam sind auch seine Veröffentlichungen zur Europäischen Sozialcharta, in die nicht zuletzt seine praktischen Erfahrungen als Mitglied und Vorsitzender des European Committee of Social Rights eingeflossen sind.

Rolf Birk gibt die von ihm gegründete „Zeitschrift für internationales und ausländisches Arbeits- und Sozialrecht“ (ZIAS) sowie die Schriftenreihe „Studien zum ausländischen, vergleichenden und internationalen Arbeitsrecht“ heraus. Er ist zudem Mitherausgeber der seit mehr als hundert Jahren erscheinenden „Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft“ sowie der „International vergleichenden Schriften zur Personalökonomie und Arbeitspolitik“. Seine

Fachkompetenz belegen auch zahlreiche Gutachten, unter anderem für den Deutschen Akademischen Austauschdienst, die Alexander von Humboldt- und die Fritz Thyssen-Stiftung, die Akademie der Wissenschaften und den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung in Österreich sowie für zahlreiche deutsche Gerichte.

Rolf Birk war ein engagierter akademischer Lehrer; er hat eine große Zahl von Dissertationen betreut und drei seiner Schüler, die heute an deutschen Universitäten lehren, in Trier zur Habilitation geführt. Drei seiner ausländischen Doktoranden sind inzwischen als Professoren in Italien, Südkorea und Taiwan tätig. Der Jubilar hat seine Beschäftigung mit ausländischen Rechtsordnungen nicht nur vom Trierer Schreibtisch aus betrieben. Trier war, um eines seiner Bonmots aufzugreifen, bisweilen das Zentrum seiner Abwesenheit. Er war Gastprofessor in Ferrara, Padova, Straßburg, Nancy, Metz, Taipei, Miskolc, Budapest, Deprecen, Pecs, Szeged, Rom, Tokio, Warschau, Breslau, Pretoria, Johannesburg, Champaign, Porto, Antwerpen und Leiden. Darüber hinaus hat er an weiteren Universitäten in Argentinien, Belgien, Frankreich, Griechenland, Italien, Japan, Korea, den Niederlanden, Österreich, Polen, Taiwan, der Türkei, Ungarn, dem Vereinigten Königreich, den USA, Venezuela und Luxemburg Vorlesungen gehalten. Rolf Birk hat bei seinen Reisen viel von der Welt gesehen und auf Grund seiner Sprachkenntnisse zahlreiche Kontakte geknüpft, die ihn nicht nur bei Rechtsfragen aus seinen internationalen Erfahrungen schöpfen lassen.

Seine Tätigkeit als Mitglied des European Committee of Social Rights des Europarats zur Überwachung der Europäischen Sozialcharta zwischen 1994 bis 2006, teilweise als Präsident (1996–1998) und als Vizepräsident (1998–2000), haben ihn zu zahlreichen weiteren Auslandsreisen verpflichtet; das Gleiche gilt für seine Mitgliedschaften im Vorstand der Internationalen Gesellschaft für das Recht der Arbeit und der sozialen Sicherheit sowie im Vorstand der Gesellschaft für Rechtsvergleichung. Seine Verdienste insbesondere in den früheren Staaten des Ostblocks wurden durch die Verleihung der Ehrendoktorwürde der Universitäten Miskolc (1996) und Pecs (2001) gewürdigt.

Rolf Birk hat es in seinem Gelehrtenleben zu einem reichhaltigen wissenschaftlichen Ertrag gebracht. Er hat aber auch außerhalb der Reisen Zeit gefunden, seine privaten Interessen zu pflegen. Hervorhebung verdienen nicht nur die legendären Kenntnisse des Hobby-Kochs über Sterne-Restaurants und Spitzenweine im In- und Ausland. Seine Neigung hat stets auch der Malerei und der bildenden Kunst gegolten, seine besondere Liebe der klassischen Musik in all ihrer Vielfalt.

Herausgeber und Autoren, allesamt Rolf Birk auch persönlich und kollegial eng verbunden, beglückwünschen den Jubilar, wünschen ihm Gesundheit, Lebens- und Schaffensfreude und überreichen ihm diese Festschrift mit großer Dankbarkeit.

Horst Konzen / Sebastian Krebber / Thomas Raab / Bernd Waas / Barbara Veit



# Inhalt

Vorwort . . . . .	V
<i>Klaus Adomeit</i> Spanisches und deutsches Gleichbehandlungsrecht und gemeinsame Probleme der Umsetzung europäischer Direktiven . . . . .	1
<i>Herbert Buchner</i> Konzernbetriebsratsbildung trotz Auslandssitz der Obergesellschaft . . .	11
<i>Wolfgang Däubler</i> Auslandsarbeit unter deutschem Recht . . . . .	27
<i>Eberhard Eichenhofer</i> Soziale Sicherheit als Menschenrecht . . . . .	45
<i>Stein Evju</i> Imperative law, derogation and collective agreements . . . . .	61
<i>Matthew W. Finkin</i> The Privatization of Wrongful Dismissal Protection . . . . .	77
<i>Martin Franzen</i> Europarecht und betriebliche Mitbestimmung. Überlegungen zur Umsetzung der Rahmen-Richtlinie 2002/14/EG über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in Deutschland . . .	97
<i>Maximilian Fuchs</i> Arbeitsmigration im Spannungsfeld von nationalstaatlicher und europarechtlicher Regelung . . . . .	115
<i>Wolfgang Goos</i> Tarifautonomie in Europa – Chancen und Risiken . . . . .	135
<i>Konrad Grillberger</i> Arbeitskräfteüberlassung in Österreich und Deutschland . . . . .	151

<i>Peter Hanau und Michael Gotthardt</i> Evaluation rechtswissenschaftlicher Forschung am Beispiel der Arbeitsrechtswissenschaft in Schweden . . . . .	165
<i>Martin Henssler und Kerstin Tillmanns</i> Altersdiskriminierung in Tarifverträgen . . . . .	179
<i>Curt Wolfgang Hergenröder</i> Internationales Arbeitskämpfrecht . . . . .	197
<i>Gerrick v. Hoyningen-Huene</i> Der Arbeitgeber zwischen Unternehmerfreiheit, Flexibilität und Arbeitnehmerschutz . . . . .	217
<i>Matthias Jacobs</i> Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge bei Betriebsübergang . . . . .	243
<i>Abbo Junker</i> Der Kündigungsschutz leitender Angestellter in rechtsvergleichender Perspektive . . . . .	265
<i>Dagmar Kaiser</i> Unterhaltspflichten in der Sozialauswahl . . . . .	283
<i>Rainer Kanzleiter</i> Das gemeinschaftliche Testament nach österreichischem und deutschem Recht . . . . .	315
<i>Hyung-Bae Kim</i> Entstehung und Entwicklung des koreanischen Arbeitsrechts – unter Berücksichtigung politischer und wirtschaftlicher Aspekte . . . . .	331
<i>György Kiss</i> Die Wirkung der Grundrechte im ungarischen Arbeitsrecht: Versuche zur Wiederherstellung eines umgestürzten Gleichgewichts . . . . .	357
<i>Ursula Köbl</i> Der Prokurist als Pförtner? Zur Entwicklung des Berufsschutzes im neueren deutschen Arbeits- und Sozialrecht . . . . .	385
<i>Wolfhard Kohle</i> Der Beitrag der ESC zum europäischen und deutschen Arbeitsschutz . . . . .	417

*Horst Konzen*

Die Wirkung von Richtlinien in der neueren arbeitsrechtlichen Judikatur  
des EuGH . . . . . 439

*Michael Kort*

Grenzen der arbeitgeberseitigen Änderung von Arbeitsbedingungen  
bei Versetzungen . . . . . 459

*Sebastian Krebber*

Individualarbeitsrecht als Arbeitsmarktrecht und Anknüpfung  
des Arbeitsverhältnisstatuts . . . . . 477

*Peter Kreuzt*

Bestand und Beendigung von Gesamt- und Konzernbetriebsrat . . . . . 495

*Walter F. Lindacher*

Schadensersatzpauschalen: Kontrolle und Korrektur . . . . . 515

*Shih-Hao Liu*

The most important Labor Dispute Settlement Mechanisms in Taiwan –  
Conciliation and Intermediation . . . . . 521

*Manfred Löwisch*

Unvereinbarkeit von Nachträglichkeit und Rückwirkung des  
Widerspruchs nach § 613a Abs. 6 BGB mit der Richtlinie 01/23/EG . . . . 541

*Bernd v. Maydell*

Europäischer Menschenrechtsschutz und soziale Grundrechte . . . . . 547

*Hartmut Oetker*

Mitbestimmungssicherung bei Errichtung einer Europäischen  
Gesellschaft (SE) durch formwechselnde Umwandlung einer  
Aktiengesellschaft mit Sitz in Deutschland . . . . . 557

*Hansjörg Otto*

Tücken der Zustellung im internationalen Rechtshilfeverkehr.  
Rechtsstaatlicher Schutz vor Schikane und Rechtsmissbrauch . . . . . 575

*Jong-Hee Park*

Gegenwärtiger Stand und Entwicklungstendenzen des Gleichbehand-  
lungsgrundsatzes im koreanischen Arbeitsrecht – insbesondere das  
Diskriminierungsverbot für atypische Arbeitsverhältnisse . . . . . 597

<i>Salvatore Patti</i> Recht und Globalisierung der Wirtschaft . . . . .	617
<i>Ulrich Preis</i> Grünbuch und Flexicurity – Auf dem Weg zu einem modernen Arbeitsrecht? . . . . .	625
<i>Tamás Prugberger</i> Kündigungs- und Massenentlassungsregelungen in Ungarn und in den postkommunistischen Nachbarländern Ungarns . . . . .	643
<i>Thomas Raab</i> Änderungskündigung, Widerrufsvorbehalt, Freiwilligkeitsvorbehalt und der Grundsatz „pacta sunt servanda“ . . . . .	659
<i>Hermann Reichold</i> Neues zum grenzüberschreitenden Betriebsübergang . . . . .	687
<i>Peter Reiff</i> Der Beruf des Versicherungsberaters im neuen rechtlichen Umfeld . . . .	703
<i>Dieter Reuter</i> Der Schutz des Außenseiters im Tarifrecht – funktionswidrig oder institutionell notwendig? . . . . .	717
<i>Reinhard Richardi</i> Die Kirchliche Arbeitsgerichtsbarkeit der katholischen Kirche in Deutschland . . . . .	741
<i>Volker Rieble</i> Entgeltbestimmung nach § 315 BGB in tariflichen Entgeltbändern . . . .	755
<i>Dieter Sadowski und Kai Kühne</i> Der Europäische Betriebsrat – weder europäisch noch Betriebsrat? . . . .	771
<i>Franz Jürgen Säcker</i> Kunst als politisches Medium. Allgemeines Persönlichkeitsrecht, Menschenwürde und Kunstfreiheit im Zivilrecht . . . . .	789
<i>Monika Schlachter</i> Die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen gegen grenzüberschreitende Standortverlagerungen. . . . .	809

<i>Kurt Siebr</i> Der Wein und das IPR . . . . .	823
<i>Andrzej Marian Świątkowski</i> Freiheit des Abschlusses von Gesamtarbeitsverträgen im Lichte der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) . . . . .	839
<i>Gregor Thüsing</i> Sozialrechtliche Konsequenzen einer Arbeitnehmerüberlassung im internationalen Konzern . . . . .	859
<i>Barbara Veit</i> Mündigkeit und Minderjährigenschutz im Arbeitsrecht . . . . .	877
<i>Bernd Waas</i> Tarifdispositive Normen und der Schutz der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG . . . . .	899
<i>Raimund Waltermann</i> Bemerkungen zu den Rechtssachen Mangold und Palacios de la Villa. . .	915
<i>Rolf Wank</i> Methodische Bemerkungen zu einigen neueren EuGH-Urteilen zum Arbeitsrecht . . . . .	929
<i>Manfred Weiss</i> Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG: Informalität oder Verrechtlichung? . . . . .	957
<i>Andreas Weitbrecht</i> Völkerrecht und Kollisionsrecht in der deutschen Fusionskontrolle. Zur Untersagung von Auslandszusammenschlüssen durch das Bundeskartellamt . . . . .	977
<i>Stephan Weth und Bernd Weber</i> Das BAG auf neuen Pfaden – Bandbreitenregelungen in Arbeitsverträgen . . . . .	993
<i>Günther Wiese</i> Zur Dogmatik des Mobbing im Arbeitsverhältnis . . . . .	1009
Verzeichnis der Schriften von Rolf Birk . . . . .	1033
Autorenverzeichnis . . . . .	1059

# Spanisches und deutsches Gleichbehandlungsrecht und gemeinsame Probleme der Umsetzung europäischer Direktiven

*Klaus Adomeit*

I. Ausgangslage für die „Ley Organica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres“ (BOE 2007 S. 12611)

Das spanische Gesetz mit verfassungsausfüllender Bedeutung (zu den „Leyes Orgánicas“ Art. 81 CE<sup>1</sup>) konzentriert sich im Gegensatz zum AGG auf die Gleichbehandlung von „Frauen und Männern“ in Verwirklichung der Richtlinien 76/207/EWG (geändert durch 2002/73 EG, konsolidiert in 2006/54/EU) und 2004/113/EG. Während das deutsche Recht schon in § 1 AGG die nach den europäischen Vorgaben vor Diskriminierung geschützten Merkmale – es sind 8 an der Zahl, von der Sache her 6: Rasse/ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion/Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Identität – im Ansatz *gleich* behandelt (unter notwendiger Akzentuierung von Rasse/ethnische Herkunft, vgl. § 19 II AGG), hebt das spanische Recht in Übereinstimmung mit dem Amsterdamer Vertrag 1997 (Neufassung des EG-Vertrages mit Art. 2 II) den Geschlechtsunterschied als besonders bedeutend heraus, rechtspolitisch gesehen im Gehorsam gegenüber der „gender-mainstream“-Bewegung. Paradox formuliert wird so ein Gleichbehandlungsmerkmal – el sexo – *gleicher* als die anderen behandelt (nach den Motiven: „la dimension transversal de la igualdad“).

Wichtig für das Verständnis des Regelungssystems ist zu wissen, wo die übrigen Merkmale aus den Direktiven Nr. 43 und 78 aus 2000 im spanischen Recht untergekommen sind. In einem sehr lieblosen Verfahren hat das Haushaltsgesetz für 2004 (Ley de Presupuestos Generales del Estado v. 30. 12.2003, Ley 62/2003) in der Sektion III „Medidas en materia de igualdad de trato y no discriminación en el trabajo“ geregelt. Programmatisch wird unter Übernahme des Wortlauts der Direktiven die Gleichbehandlung zur Rechtspflicht, jede direkte oder indirekte Diskriminierung verboten „por razón del origen racial o étnico, la religión o convicciones, la discapacidad, la edad o la orientación sexual de una persona“ (Art. 34). Als wichtigste Änderung wurde im Arbeitsgesetzbuch („Estatuto de los Trabajadores“, 1980) in Art. 4 II über die vertraglichen Rechte der Arbeitnehmer Buchst. c) neu gefasst. Jeder Arbeitnehmer hat das Recht

---

<sup>1</sup> Constitución Española v. 27. 12. 1978; dazu *Adomeit/Frühbeck*, Einführung in das spanische Recht, 3. Aufl. (2007).

„... weder unmittelbar noch mittelbar diskriminiert zu werden, weder für die Beschäftigung noch als Beschäftigter (para el empleo, o una vez empleados ...) aus Gründen von ...“.

Der Katalog von Gründen ist angereichert durch „estado civil“ = Familienstand, soziale Lage, „ideas políticas“ und Gewerkschaftszugehörigkeit bzw. deren Fehlen, Sprache, bezogen auf die innerspanischen Rangstreitigkeiten etwa mit Katalunien.

Als Rechtsfolge bei diskriminierenden Vereinbarungen und Erklärungen wird umfassend die Nichtigkeit angeordnet, Art. 17 ET. Die eigentliche Sanktion findet sich im Gesetz „sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social“, als Ley 8/1988 v. 7.4. erlassen, jetzt um die genannten Diskriminierungsgründe erweitert, mit der Androhung von *Verwaltungsstrafen*. Der Arbeitnehmer kann eine Rechtsschutzklage vor dem „Juzgado de lo Social“ erheben, dem Unternehmer drohen bei festgestelltem Verstoß – auch bei sexueller Belästigung – Bußen zwischen 300 und 3.000 €, bei sehr schweren Rechtsverstößen (infracciones muy graves) zwischen 3.000 und 90.000 € („demanda de tutela“, Art. 181 Ley de Procedimiento Laboral). Die Entscheidungen über die Festsetzung von Sanktionen durch die Arbeitsbehörde (Inspección de Trabajo y Seguridad Social) können vor dem Verwaltungsgericht angefochten werden. (Das Wirken von Arbeitsinspektoren hat in Spanien eine bis 1906 zurückgehende Tradition.)

Im Gesetz 62/2003 (Art. 40) wurde auch die Beweislastumkehr in das Arbeitsgesetzbuch eingeführt:

„En aquellos procesos en que las alegaciones (das Vorbringen) de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación ... corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.“

(Ergibt im Prozess das Vorbringen des Klägers Indizien für eine Diskriminierung, fällt es dem Beklagten zu, für seine getroffene Entscheidung und deren Verhältnismäßigkeit rechtfertigende Tatsachen vorzubringen und zu beweisen.)

## II. Umfassende Geltung und Auswirkung des spanischen Gleichbehandlungsrechts

Das spanische Gesetz – LOIMH abgekürzt – versteht sich als allgemeines Gesetz: die Prinzipien der Gleichbehandlung und der gleichen Möglichkeiten von Frauen und Männern sollen in Entwicklung der Art. 9.2 und 14 der spanischen Verfassung<sup>2</sup> in sämtlichen Lebensbereichen und insbesondere auf politischem, bürgerlichem, wirtschaftlichem, sozialem und kulturellem Gebiet sowie im Ar-

<sup>2</sup> *Rodríguez-Piñero*, Igualdad y non discriminacion el el empleo (1998); *Torres-Dulce*, in: *Monotoro Puerte* (Hrsg.), *Temas constitucionales de actualidad* (1993), S. 117; vgl. auch *Bassols*, INF 2007, 81.

beitsleben verwirklicht werden. Die Gleichheit soll leitendes Prinzip der spanischen Rechtsordnung und als solche zum Maßstab bei der Auslegung und Anwendung sämtlicher Rechtsnormen werden. Die öffentliche Gewalt wird zu aktiven Maßnahmen gegen tatsächlich bestehende Ungleichheiten verpflichtet. Im Arbeitsrecht sollen die Prinzipien der Gleichbehandlung und der Chancengleichheit in Bezug auf den Zugang zur Arbeit, die berufliche Fortbildung, den Aufstieg, die sonstigen Arbeitsbedingungen (einschließlich der Bezahlung und Kündigung), die Mitgliedschaft in Gewerkschaften und Betriebsräten oder sonstigen berufsständischen Organisationen sowie die Mitgliedsbeiträge hierfür garantiert werden. In seinen Definitionen der Ungleichbehandlung folgt der spanische Entwurf im Wesentlichen den Richtlinien, wobei ein zusätzlicher Bezugspunkt verbotener Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts die Übernahme familiärer Pflichten darstellt (Art. 3 und 8).

Strenger als zwingend vorgegeben ist die unmittelbare *Rechtsfolge* einer Ungleichbehandlung: Sämtliche Handlungen oder Vertragsklauseln, die eine geschlechtliche Diskriminierung darstellen oder sie verursachen, sind *nichtig* (Art. 10). Die weiteren Rechtsfolgen entsprechen dagegen den Richtlinien: Erlitene Schäden sind tatsächlich, wirksam und angemessen auszugleichen; zudem soll ein effektives und abschreckendes System an Sanktionen diskriminierenden Handlungen vorbeugen, das aber im Gegensatz zum AGG (§§ 15, 21) nicht ausgearbeitet wird. Auch beim Rechtsschutz folgt der Entwurf den Vorgaben, wobei in Art. 13 – wohl als Redaktionsversehen! – die Indizienwirkung als Voraussetzung einer Beweislastumkehr fehlt. Die Gleichheit zwischen Männern und Frauen wird als individuelles und gemäß Art. 53.2 der Verfassung vor den ordentlichen Gerichten einklagbares Grundrecht ausgestattet. Klagebefugt sind in bürgerlichen, arbeitsrechtlichen und Verwaltungsprozessen Personen mit „legitimem Interesse“ (Art. 12).

Im Rahmen einer solchen Gleichstellungspolitik erhalten die Prinzipien der Gleichbehandlung und der Chancengleichheit *Querschnittscharakter* für das gesamte Handeln der öffentlichen Gewalt. Die Regierung wird verpflichtet, regelmäßig Strategiepläne zu erstellen und Ergebnisberichte zur Gleichheitsförderung vorzulegen (Art. 18). Gesetzesentwürfe mit allgemeinen Vorschriften und politische Vorhaben von besonderer wirtschaftlicher, kultureller und künstlerischer Bedeutung sollen eine Stellungnahme zu ihrer geschlechtsbezogenen Wirkung enthalten (Art. 19). Die Behörden können die Forderung der Gleichheit zu einem Kriterium der Subventionsvergabe machen (Art. 35). Frauen und Männer sollen insbesondere bei Ernennungen und Aufstellungen für öffentliche Ämter anteilsgleich vertreten sein; erstrebt wird eine gleichgewichtige Vertretung = *representación equilibrada*. Zu diesem Zweck ist das allgemeine Wahlgesetz geändert worden: Kandidatenlisten für die Wahlen der Kongress- und Gemeindeabgeordneten, des Europäischen Parlaments und der Gesetzgebungsorgane der Autonomen Gemeinschaften müssen eine anteilsgleiche Zusammensetzung von Frauen und Männern aufweisen, so dass auf der gesamten Liste beide Geschlech-

ter mit mindestens 40% vertreten sind. Man hört, dass männliche Kandidaten zum Erreichen dieses Quorums ihre Ehefrauen als Kandidatinnen nominiert haben.

Diese Vorgaben stoßen auf den Widerstand der Opposition, die verfassungsrechtliche Bedenken äußert: So sehen die Kritiker ihrerseits das Recht auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 14 CE) und den gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern (Art. 23.2 CE) verletzt. Die Parität bei den Wahllisten sei nicht als positive Diskriminierung zu rechtfertigen: Im Sinne der freien Wählbarkeit gebe es nämlich nur die Kategorie des freien Bürgers, die gleichsam unteilbar sei. Auch in die Vereinigungsfreiheit (Art. 22.1 CE) werde in unzulässiger Weise eingegriffen, weil den politischen Parteien ihre Organisationsfreiheit genommen und ihre politische Funktionsfähigkeit beeinträchtigt werde. Die Regelungsfreiheit bei der Listenbildung sei für die Erfüllung der verfassungsmäßigen Aufgaben einer Partei wesentlich. So sei etwa eine feministische Partei nunmehr gehindert, nur Frauen antreten zu lassen, auch wenn sie dies für die Verfolgung ihrer politischen Ziele für notwendig hält<sup>3</sup>. Gegen ein inhaltsähnliches Gleichheitsgesetz der Baskischen Autonomen Gemeinschaft<sup>4</sup> ist seit Juni 2005 eine von über fünfzig Kongressangehörigen der konservativen Volkspartei erhobene Verfassungsbeschwerde anhängig, die sich im Wesentlichen gegen das Paritätsgebot im öffentlichen Dienst, bei Auswahlgremien und auf Wahllisten richtet<sup>5</sup>.

Der dritte Titel verpflichtet die staatlichen *Medien* zur Verbreitung eines dem Gleichheitsprinzip entsprechenden Frauenbildes (Art. 36), „una imagen igualitaria, plural y no estereotipada“. Der öffentlichen Rundfunkgesellschaft RTVE (Radio Televisión Española) und der Nachrichtenagentur EFE wird vorgeschrieben, die Präsenz von Frauen in den verschiedenen Lebensbereichen adäquat darzustellen, keine sexistische Sprache zu benutzen, einen der Gleichheit verpflichteten Verhaltenskodex anzunehmen und an politischen Gleichheitskampagnen mitzuarbeiten. Außerdem haben sie die Besetzung von Führungspositionen mit Frauen zu fördern und mit Interessengruppen zusammenzuarbeiten (Art. 37 und 38). Den privaten Sendern wird lediglich die Unterlassung von Diskriminierung vorgeschrieben (Art. 39), hier bleibt also Raum für künstlerische Freiheit. Werbung mit diskriminierenden Inhalten ist künftig unzulässig (Art. 41).

Im vierten und im fünften Titel wird das *Arbeitsrecht* geregelt: Allgemein soll die Beschäftigungspolitik die Teilnahme von Frauen am Arbeitsmarkt fördern (Art. 42). Eine „positive Diskriminierung“ zur Förderung von Frauen war schon vorher in der Rechtsprechung zugelassen<sup>6</sup>. Arbeitnehmern beiderlei Geschlechts

<sup>3</sup> Astorla, „La paridad electoral es inconstitucional“, La Razón v. 20.12. 2006 und auf [www.pp.es](http://www.pp.es).

<sup>4</sup> Gesetz des Baskischen Parlaments 4/2005 v. 18.02. 2005 über die Gleichheit von Frauen und Männern.

<sup>5</sup> Boletín Oficial del Estado vom 05.07. 2005, S. 23775.

<sup>6</sup> Tribunal Constitucional, Urteil v. 16.07. 1987, ST C 127/1987.

wird ein individuelles Recht auf Vereinbarkeit des persönlichen, des familiären und des Arbeitslebens in der Weise zuerkannt, dass sie die ausgeglichene Übernahme familiärer Verantwortung fördern und jede Diskriminierung, die auf ihrer Ausübung beruht, vermeiden (Art. 44). Zum Zweck der „*conciliación de la vida personal, familiar y laboral*“ wird in gleicher Weise wie bisher Müttern nunmehr auch Vätern ein Vaterschaftsurlaub und eine Zulage gewährt. Unternehmen haben Maßnahmen zur Vermeidung von Diskriminierung und sexueller Belästigung zu ergreifen, insbesondere Gleichheitspläne zu erlassen, wenn der Kollektivvertrag dies vorsieht oder das Unternehmen mehr als 250 Beschäftigte hat (Art. 45). Diese Pläne müssen konkrete Gleichstellungsmaßnahmen enthalten (Art. 46). Unternehmen, die sich insoweit vorbildhaft verhalten, können mit einem vom Arbeits- und Sozialministerium herausgegebenen Kennzeichen ausgezeichnet werden, das sie auch zu Werbezwecken einsetzen dürfen (Art. 50 über den „*distintivo empresarial*“, eine beispielhafte Idee!).

Der Rechtsschutz des Arbeitnehmers gegen Diskriminierungen kann bei der geschilderten Regelung über Verstöße und Sanktionen in der Sozialordnung anknüpfen: jede unterschiedliche Behandlung eines Arbeitnehmers aus Gründen des Geschlechts, der Herkunft, des Personenstandes, der Rasse oder ethnischen Herkunft, der sozialen Verhältnisse, religiöser oder politischer Ansichten, der Weltanschauung, der Zugehörigkeit zu Gewerkschaften und ihren Verträgen, von Verwandtschaftsbeziehungen mit anderen Arbeitnehmern des Unternehmens, einer bestimmten Sprache innerhalb des spanischen Staates oder körperlicher oder psychischer Behinderungen sind schwere Rechtsverletzungen im verwaltungsrechtlichen Sinne und können zugleich durch den Arbeitnehmer mit der individuellen Rechtsschutzklage (*demanda de tutela*) verfolgt werden. Auch die Beweislast für den Zivil-, Verwaltungs- und den Arbeitsgerichtsprozess ist bereits umgekehrt (nicht für das Strafrecht).

Die Gleichheitspläne werden in dieses *verwaltungsrechtliche* System eingegliedert. Ihre Nichterfüllung stellt künftig eine schwere Rechtsverletzung dar. Sehr schwer ist die Rechtsverletzung, wenn der Arbeitgeber einen solchen Plan überhaupt nicht ausgearbeitet hat oder ihn unangewendet lässt (14. Zusatzvorschrift zur LOIMH). Neu ist, dass Rechtsverletzungen im Gleichheitsbereich zugleich den Verlust von Subventionen nach sich ziehen können (a.a.O.). Hier findet sich auch die im Gesetz vermisste Regelung zum Schadensersatz. Stellt das Urteil eine Rechtsverletzung fest, so muss das Gericht zudem zur Höhe der Entschädigung urteilen, die dem Arbeitnehmer für die erlittene Diskriminierung zusteht. Diese Entschädigung kann neben die Summe treten, die dem Arbeitnehmer für die Modifizierung oder Beendigung eines Vertrages zusteht (13. Zusatzvorschrift zu 4 mit Änderungen des Arbeitsgerichtsgesetzes).

Der *öffentliche Arbeitgeber* („*empleo público*“) hat bestehende Gleichheitshindernisse zu beseitigen, Berufs- und Familienleben schonend auszugleichen und die gleichberechtigte berufliche Entwicklung beim Zugang zur Beschäftigung und beim Aufstieg zu fördern. In regelmäßigen Abständen sollen die Be-

hörden die Effektivität des Gleichheitsgrundsatzes in ihrem Aufgabenbereich evaluieren (Art. 51). Das Gleichheitsprinzip muss bei der Besetzung von leitenden Stellen und Auswahlgremien sowie auch bei Verwaltungsorganen der Unternehmen gewahrt werden, an deren Kapital die öffentliche Hand beteiligt ist (Art. 52–54). Sämtliche auf das Personal der öffentlichen Verwaltung bezogenen Gleichheitsvorschriften sind grundsätzlich auch für die Dienstverhältnisse in den bewaffneten Streitkräften und den Sicherheitsbehörden des Staates anzuwenden (Art. 66 und 68).

Titel VI regelt die Gleichheit im *zivilrechtlichen Massenverkehr*. Hier werden die europäischen Vorgaben im Wesentlichen maßstabgetreu umgesetzt: Wer der Öffentlichkeit zugängliche Güter oder Dienstleistungen außerhalb des privaten oder familiären Lebens anbietet, hat dies in diskriminierungsfreier Weise zu tun. Die Vertragsfreiheit in Bezug auf die Vertragspartner wird ausdrücklich nicht eingeschränkt, solange die Entscheidung nicht durch das Geschlecht determiniert ist (Art. 69 Abs. 2)<sup>7</sup>. Der – praktisch bedeutsamste – Aspekt der Versicherungen wird ebenfalls richtliniengetreu gehandhabt: In Bezug auf Prämien und Leistungen sind Frauen und Männer grundsätzlich gleich zu behandeln, es sei denn, eine geschlechtsspezifische unterschiedliche Behandlung ist durch eine verlässliche Berechnung des Versicherungsrisikos gerechtfertigt (nur nicht bei Schwangerschaft und Mutterschutz). Allgemein haben Diskriminierte ein Recht auf angemessene Entschädigung, bei Versicherungsverträgen auf Anpassung an die Konditionen des begünstigten Geschlechts.

Titel VII propagiert die „Gleichheit in der gesellschaftlichen Verantwortung der Unternehmen“. Unternehmer haben Gelegenheit zu freiwilligen gleichheitsfördernden Maßnahmen unterschiedlicher Art und dürfen solches Verdienst ebenfalls zu Werbezwecken einsetzen (Art. 73). Kapitalgesellschaften, die keine gekürzten Gewinn- und Verlustrechnungen aufstellen<sup>8</sup>, haben sich zu bemühen, so viele Frauen in ihre Verwaltungsorgane einzugliedern, dass eine ausgeglichene Besetzung (*presencia equilibrada*) innerhalb von acht Jahren ab Inkrafttreten des Gesetzes erreicht werden kann (Art. 75). Der unbestimmte Rechtsbegriff der ausgeglichenen Besetzung ist legaldefiniert: Beide Geschlechter dürfen zu nicht mehr als siebenzig und zu nicht weniger als vierzig Prozent vertreten sein (Erste Zusatzvorschrift). Da hier ein reines Bemühen („*procurar*“) geschuldet ist, wird die Vorschrift wohl keinen Anlass zu einer Verfassungsbeschwerde wegen Verstoßes gegen die Unternehmensfreiheit (Art. 38 CE) geben. Vom Verfas-

<sup>7</sup> „... no afecta a la libertad de contratación, incluida la libertad de la persona a elegir a la otra parte contratante, siempre y cuando dicha elección no venga determinada por su sexo“.

<sup>8</sup> Gekürzte Gewinn- und Verlustrechnungen können Kapitalgesellschaften aufstellen, die während zweier aufeinanderfolgender Geschäftsjahre an deren Ende mindestens zwei der folgenden Voraussetzungen erfüllen: a) die gesamten Aktivposten überschreiten nicht 9.495.991,25 €; b) der Nettoumsatz überschreitet 18.991.982,49 € nicht; c) die Durchschnittszahl der angestellten Arbeitnehmer während eines Geschäftsjahres überschreitet 250 nicht (Art. 190.1 Ley de Sociedades Anónimas; Art. 84 Ley Sociedades Limitadas).

sungsgericht wird diese Freiheit als objektivrechtliche Institutsgarantie angesehen, die einfachgesetzlich ausgestaltet werden kann<sup>9</sup>.

Der achte und letzte Titel setzt organisatorische Anweisungen: In den Ministerien werden Gleichheitsabteilungen geschaffen und es wird eine interministerielle Gleichheitskommission ins Leben gerufen, ohne die weitgehenden Befugnisse unserer „Antidiskriminierungsstelle des Bundes“<sup>10</sup>. Ein „Instituto de la Mujer“ hatte es schon seit 1999 gegeben, dessen Befugnisse jetzt ausgeweitet sind (27. Zusatzvorschrift), aber keine Eingriffsbefugnisse enthalten. Außerdem wird ein Rat zur Beteiligung der Frau als beratendes Kollegialorgan tätig werden, in dem die öffentliche Verwaltung und staatliche Frauenorganisationen vertreten sein sollen. Im Übrigen ergehen Änderungen zu über zwanzig Gesetzen, darunter das Wahlgesetz, die Zivilprozess- und die Verwaltungsgerichtsordnung, das Arbeitsgerichtsgesetz und das Gesetz über Rechtsbrüche und Sanktionen in der sozialen Ordnung – ein Hinweis auf die erreichte juristische Breitenwirkung des Gleichheitsprinzips.

Bei all diesen breit gestreuten Änderungen will aber das Gleichheitsgesetz mit seinen 78 Artikeln im Zentrum stehen, ja sogar „nace con la vocación de erigirse en la ley-código de la igualdad entre mujeres y hombres“, will also das Gleichheitsrecht kodifizieren.

### III. Ein „Rumbo“, ein Kurswechsel, ein Umkrempeln

Der umgangssprachliche Ausdruck „rumbo“ wurde vom Regierungschef *José Luis Rodríguez Zapatero* gebraucht, er sprach sogar vom „rumbo definitivo“, als erklärte Absicht, die spanische Gesellschaft „para bien, radicalmente y para siempre“ zu verändern<sup>11</sup>. Erwägung 38 der RL 2006/54/EG verkündet ähnlich einen notwendigen „Prozess der Bewusstseinsbildung“, ein „Umdenken“; die amtliche Begründung zum AGG erhofft sich eine „Signalwirkung“ (S.29). Der volkspädagogische Zweck des Antidiskriminierungsrechts war von Anfang an deutlich. Demokratietheoretisch ist eigentlich nicht vorgesehen, dass Abgeordnete und Volksvertreter dem abordnenden Volk präzeptoral gegenüberreten, nur ein *Tocqueville* hatte früh eine solche Versuchung erahnt<sup>12</sup>. Ob das Erziehungsprogramm sinnvoll erscheint und auch nur einigen Nutzen ohne allzu viel drohende Kollateralschäden verspricht, ist hier nicht zu erörtern. Es fällt nur auf, dass in unserer Literatur zum AGG dessen Befürworter wie *Dagmar Schiek* über „Ziele und Konzeptionen des Antidiskriminierungsrechts“<sup>13</sup> oder zum sel-

<sup>9</sup> Sentencia Tribunal Constitucional 227/1993 v. 09.07.1993.

<sup>10</sup> Vgl. *Adomeit/Mohr*, AGG (2007), Einl. Rn. 285.

<sup>11</sup> Vor den Cortes Generales am 15.03.2007, vgl. *Fraerman*, *Igualdad de género, pese a quien pese*, EL PAIS v. 15.02.2007; auch *Flórez*, in: *Mujeres y Europa* (2006), S. 64 ff.

<sup>12</sup> Genauer *Adomeit/Mohr* (Fn. 10), Einl. Rn. 33 ff.

<sup>13</sup> *Schiek/Schiek*, AGG (2007), Einl. Rn. 41 ff.

ben Thema *Thomas Blanke/Bettina Graue*<sup>14</sup>, sofern sie Begründungen vorlegen und damit eine „ratio legis“ entwickeln wollen, argumentativ auf Wolkenhöhen menschenrechtlicher Ideen schweben und jedes Herniedersteigen zu den sich aufdrängenden konkreten Fragen verweigern, etwa zur trostlosen Perspektive in der Entwicklung unserer Bevölkerungszahlen („Aus ganz Gleichen entsteht keine Familie!“ – so hatte schon *Aristoteles* vor allzu viel Emanzipation gewarnt).

Die juristisch-technische Umsetzung des egalitären Erziehungsprogramms beruht auf der wohl zutreffenden Einsicht, das *Privatrecht* müsse als ungeeignet beiseite gelassen werden. Von „reparaciones o indemnizaciones“ ist zwar die Rede (Art. 10), jedoch offensichtlich ohne Engagement unter Wiederholung der direktiven Vorgabe, mit eher programmatischem Charakter. Der eingehend geregelte Titel II des Gesetzes läuft in den Spuren des Öffentlichen Rechts. Zum Arbeitsrecht (Titel IV) besteht das wirklich eingreifende Mittel in den „planes de igualdad“ (Art. 45), gefolgt von dem offiziellen Gütesiegel des gleichheitsfreundlichen Betriebes (Art. 50). Erst der Öffentliche Dienst erlaubt die Einführung von Quotenregelungen, wie bei uns in den Gleichstellungsgesetzen. Beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (Titel VI) gibt es ein Recht auf Entschädigung (Art. 72), das aber *neben* die zivil- und handelsrechtliche Gesetzgebung gestellt wird, so dass Zweifel entstehen, ob es sich um eine echte Anspruchsgrundlage handelt. Beim letzten Titel VII über „responsabilidad social de las empresas“ würde man an *Pflichten* denken, die den Unternehmen auferlegt werden, aber diese erhalten *Rechte*, nämlich für gleichheitsfreundliche Bemühungen die Publizität der öffentlich-rechtlichen Medien zu nutzen (Art. 74).

Bei den eigentlichen und ausführlich geregelten Sanktionen für gleichheitswidriges Unternehmerverhalten geht es um Verwaltungsstrafen, die der betroffene Arbeitnehmer zwar mit seiner „demanda de tutela“ auslösen kann, jedoch ohne ein eigenes materielles Interesse, so dass skandalöser Missbrauch vom Typ des Draempfehl-Falles ausgeschlossen ist<sup>15</sup>.

Man kann sagen, dass die Vertragsfreiheit unter Privaten vom spanischen Recht eingekreist und auf verschiedenen Wegen beeinflusst wird, dass dagegen Eingriffe in deren Kernbereich vermieden werden. Die Unternehmerfreiheit nach Art. 16 der – jetzt wohl für Europa geretteten! – Grundrechte-Charta („the freedom to conduct a business“) bleibt eher geachtet<sup>16</sup>.

Es bleibt auch die Kultur des zivilrechtlich-dogmatischen Denkens besser erhalten, wie sie, aus ehrwürdiger Tradition entwickelt, die europäischen Rechtsordnungen prägt<sup>17</sup>. Das AGG mutet den Juristen Unzumutbares zu: Verletzungs-

<sup>14</sup> HK-AGG/*Blanke/Graue* (2007), Einl. Rn. 195 ff.

<sup>15</sup> Vgl. *Hergenröder*, JZ 1997, 1174; *Oetker*, ZIP 1997, 802; *Adomeit*, NJW 1997, 2295.

<sup>16</sup> Vgl. zu den früheren Problemen der Umsetzung europäischer Direktiven bei § 611a BGB *Birk*, NZA 1984, 145 ff.; *ders.*, FS Tomandl (1998), S. 33 ff.

<sup>17</sup> Vgl. *Koschaker*, Europa und das römische Recht (1958); zum selben Thema *Zimmermann*, AcP 202 (2002), 243.

tatbestände ohne klar abgegrenzte Tatbestandsmerkmale, hypothetische Begehungsformen als Verletzungshandlungen („erfahren würde“, § 3 I 1), der Nicht-Abschluss eines Vertrages gesehen als Verletzung einer Vertragspflicht (§ 7 III)<sup>18</sup>, somit schwankende Fundamente für Ansprüche auf Entschädigung und Schadensersatz (§ 15). Aus der traurigen Vorgeschichte des § 611a BGB war offenbar nichts gelernt worden. In einem Land, in dem, wie hier, schon die Jura-Studenten das Bürgerliche Recht „geordnet nach Anspruchsgrundlagen“<sup>19</sup> erlernen, fällt die Fremdartigkeit der dem Zivilrecht aufgepfropften neuen Sprößlinge besonders auf<sup>20</sup>. Das Risiko heftiger Abstoßungsreaktionen konnte nur ein Gesetzgeber eingehen, dem am Privatrecht immer weniger gelegen ist.

---

<sup>18</sup> Vgl. *Adomeit*, Der Nicht-Abschluss eines Schuldvertrages und seine Rechtswidrigkeit als Diskriminierung nach dem AGG, FS H. P. Westermann (2008).

<sup>19</sup> Das klassische Lernbuch von *Medicus*, viele Auflagen.

<sup>20</sup> Vgl. *Adomeit*, NJW 2006, 2169.



# Konzernbetriebsratsbildung trotz Auslandssitz der Obergesellschaft

*Herbert Buchner*

## I. Objektive Anknüpfung an Betriebsitz kontra Territorialitätsprinzip?

„Die beiden Bezugspunkte für die Maßgeblichkeit des BetrVG im deutschen Sachrecht sind der Betrieb sowie die Betriebszugehörigkeit. Verfehlt ist als Begründung aber der Hinweis der Rechtsprechung auf die Territorialität des Betriebsverfassungsgesetzes, weil dadurch die räumliche Anwendbarkeit mit dem Geltungsbereich eines Gesetzes in unzulässiger Weise gleichgesetzt wird“

mahnt Rolf Birk im Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht<sup>1</sup>. Ungeachtet dessen hat das BAG in seiner jüngsten Entscheidung<sup>2</sup> bei im Ausland sitzender Konzernobergesellschaft auf das Territorialitätsprinzip abgestellt und die Möglichkeit einer Konzernbetriebsratsbildung verneint:

„Durch die Regelung über den Konzernbetriebsrat wird eine Beteiligung der Arbeitnehmer im Konzern an den die Einzelunternehmen bindenden Leitungsentscheidungen der Konzernspitze im sozialen, personellen und wirtschaftlichen Bereich sichergestellt. Dies setzt aber wegen des für das BetrVG geltenden Territorialitätsprinzips die konkrete Ausübung einer unternehmerischen Leitungsmacht im Inland voraus. Fehlt es an einer inländischen Leitungsmacht, hat der Konzernbetriebsrat keinen Ansprechpartner auf Arbeitgeberseite und wäre funktionslos“<sup>3</sup>.

Gerade in dieser Konstellation wirkt sich der Unterschied der beiden Auffassungen aus. Birk bejaht die Möglichkeit einer Konzernbetriebsratsbildung auch bei Auslandssitz der Obergesellschaft, sofern nur mindestens zwei abhängige Unternehmen ihren Sitz im Inland haben; das BAG verneint sie unter Berufung auf das Territorialitätsprinzip. Dessen Fundierung und Wirkungsweise bleiben dabei allerdings im Dunkeln. Die Entscheidung kann nicht überzeugen und sie entbehrt auch erkennbar der inneren Schlüssigkeit. Das diffuse Territorialitätsprinzip ließe sich aber durchaus im Sinne Birks spezifizieren.

Das BetrVG enthält selbst dazu keine Aussage. § 54 Abs. 1 S. 2 bestimmt nur, dass für einen Konzern (§ 18 Abs. 1 des Aktiengesetzes) durch Beschlüsse der einzelnen Gesamtbetriebsräte ein Konzernbetriebsrat errichtet werden kann. Damit ist gesetzlich lediglich vorgegeben, dass die Errichtung eines Konzernbe-

---

<sup>1</sup> MünchArbR/*Birk*, 2. Aufl. (2000), § 22 Rn. 5.

<sup>2</sup> BAG DB 2007, 1589.

<sup>3</sup> BAG DB 2007, 1589, 1592 Rn. 63.

etriebsrats an die Struktur eines Unterordnungskonzernes gebunden ist. Es müssen – s. § 18 Abs. 1 S. 1 AktG – ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefasst sein. Von einem abhängigen Unternehmen wird nach § 18 Abs. 1 S. 3 AktG vermutet, dass es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet. Ist zwischen Unternehmen ein Beherrschungsvertrag (§ 291 AktG) abgeschlossen, sind sie als unter einheitlicher Leitung zusammengefasst anzusehen.

## II. Beschränkung der betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung bei Auslandssachverhalten

### 1. Keine territoriale Begrenzung der Konzernbildung

a) Die Konzernbildung ist territorial nicht beschränkt. Dies gilt gleichermaßen für den Vertragskonzern wie die faktische Konzernierung. Zweifellos können Beherrschungsverträge zwischen in- und ausländischen Gesellschaften geschlossen werden<sup>4</sup>. Noch klarer ist, dass Mehrheitsbesitz i.S.d. § 16 AktG, damit Abhängigkeit i.S.d. § 17 AktG und einheitliche Leitungsmacht i.S.d. § 18 Abs. 1 S. 3 AktG nicht nach Inlands- bzw. Auslandssitz der Gesellschaften unterscheiden.

b) Davon zu differenzieren ist die Frage, wie weit die Schutzvorschriften des deutschen Konzernrechts, insbesondere §§ 291 ff. AktG, Anwendung finden. Da das Konzernrecht dem Schutz des abhängigen Unternehmens dient, werden nur die in der Bundesrepublik gelegenen abhängigen Unternehmen in den Geltungsbereich der §§ 291 ff. AktG einbezogen. Die Belastungen aus diesen Normen werden aber sehr wohl auf im Ausland sitzende Obergesellschaften zugunsten der im Inland sitzenden abhängigen Unternehmen erstreckt<sup>5</sup>.

### 2. Territorial begrenzter Geltungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes

Ähnlich wie die konzernrechtlichen Schutzvorschriften der §§ 291 ff. AktG ist auch der Schutzbereich des BetrVG territorial begrenzt. Üblicherweise wird diese Begrenzung des Geltungsbereichs unter dem Stichwort „Territorialitätsprinzip“ erfasst<sup>6</sup>. Am Ergebnis ändert sich nichts, wenn auf der Grundlage eines internationalen Betriebsverfassungsrechtes bei grenzüberschreitenden Sachver-

<sup>4</sup> Allgemeine Meinung, zuletzt bestätigt durch BAG DB 2007, 1589 m. w. N.

<sup>5</sup> Hüffer, 7. Aufl. (2006), § 291 AktG Rn. 5, 8; MünchKommAktG/Altmeppen (2000), § 291 AktG Rn. 24; Koppensteiner, in: Kölner Kommentar zum AktG, 2. Aufl. (2004), Vor § 291 AktG Rn. 91.

<sup>6</sup> BAG AP Nr. 5 zu § 14 AÜG; Fitting, 23. Aufl. (2006), § 1 BetrVG Rn. 13.

halten der Betriebsrat als objektive Anknüpfung für die Anwendbarkeit des nationalen Betriebsverfassungsrechts ausgewiesen wird<sup>7</sup>. Beide Bewertungen führen nicht dazu, dass im Ausland sitzende Gesellschaften vom deutschen BetrVG nicht berührt würden. Folgende Konsequenzen sind weitgehend unstrittig:

- a) Das deutsche Betriebsverfassungsrecht ist auf alle in der Bundesrepublik gelegenen Betriebe anzuwenden, unabhängig davon, ob der Betriebsinhaber
- soweit es um natürliche Personen geht: Inländer oder Ausländer ist bzw. seinen Wohnsitz im In- oder Ausland liegt
  - soweit es um Gesellschaften als Betriebsinhaber geht: ob ihr Sitz im Inland oder Ausland liegt.

Umgekehrt werden im Ausland gelegene Betriebe auch deutscher Unternehmen vom deutschen Betriebsverfassungsrecht nicht erfasst.

Das heißt, dass in allen in der Bundesrepublik gelegenen Betrieben ein Betriebsrat nach deutschem BetrVG zu bilden ist, dem die sämtlichen im BetrVG vorgesehenen Kompetenzen zustehen<sup>8</sup>.

- b) Weitgehend anerkannt ist auch, dass ein Gesamtbetriebsrat zu bilden ist, wenn ein ausländisches Unternehmen in der Bundesrepublik zwei oder mehr Betriebe, in denen Betriebsräte bestehen, innehat. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 47 Abs. 1 BetrVG, wonach ein Gesamtbetriebsrat zu errichten ist, wenn in einem Unternehmen mehrere Betriebsräte bestehen.

Zwar wird geltend gemacht, dass sich der Ansprechpartner des Gesamtbetriebsrats solchenfalls im Ausland befindet, dementsprechend Schwierigkeiten aus der fehlenden Erreichbarkeit erwachsen könnten. Demgegenüber wurde bereits von *Birk*<sup>9</sup> darauf hingewiesen, dass diese Schwierigkeit auch schon bei einem einzigen Betrieb eines ausländischen Betriebsinhabers besteht und dort nicht zu Einwänden gegen die Betriebsratspflichtigkeit eines solchen Betriebes führt<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> MünchArbR/*Birk* (Fn. 1), § 22 Rn. 5ff.

<sup>8</sup> Völlig unstrittig: s. *Fitting* (Fn. 6), § 1 BetrVG Rn. 13; MünchArbR/*Birk* (Fn. 1), § 22 Rn. 6.

<sup>9</sup> MünchArbR/*Birk* (Fn. 1), § 22 Rn. 14.

<sup>10</sup> Die Errichtung eines Gesamtbetriebsrats für inländische Betriebe eines ausländischen Unternehmens entspricht deshalb der allgemeinen Meinung: s. *Fitting* (Fn. 6), § 47 BetrVG Rn. 23 mit weiteren Hinweisen auf das entsprechende Schrifttum.

### 3. Konsequenzen aus dem Territorialitätsprinzip für die Konzernbetriebsratsbildung

#### a) Uneinheitliche Beurteilung bei Auslandssitz der Konzernobergesellschaft

In der Frage der Anwendbarkeit des deutschen BetrVG auf Konzernkonstellationen, speziell in der Frage, ob im Falle der Konzernleitung durch eine ausländische Konzernobergesellschaft ein Konzernbetriebsrat errichtet werden kann, ist das Meinungsbild weniger einheitlich<sup>11</sup>.

aa) Zum Teil wird die Meinung vertreten, dass bei einer ausländischen Konzernobergesellschaft die Errichtung eines Konzernbetriebsrats schlechthin nicht in Betracht komme<sup>12</sup>. Von anderer Seite<sup>13</sup> wird die grundsätzliche Ablehnung dahingehend eingeschränkt, dass die Möglichkeit einer Konzernbetriebsratsbildung auch im Falle des Auslandssitzes des herrschenden Unternehmens unter Hinweis auf die normative Wertung der §§ 5 Abs. 3 MitbestG, 11 Abs. 3 Publizitätsgesetz unter der Voraussetzung zugebilligt wird, dass innerhalb Deutschlands eine Teilkonzernspitze besteht; ein Konzernbetriebsrat könne aber dann nicht errichtet werden, wenn das ausländische Unternehmen die einheitliche Leitung nicht durch Zwischenschaltung einer inländischen Teilkonzernspitze, sondern unmittelbar ausübt.

Eine ablehnende Haltung vertritt auch *Eisemann*<sup>14</sup> mit seiner Einschätzung, dass bei Ausübung der Leitungsmacht durch eine ausländische Konzernobergesellschaft vom Ausland aus auch für die im Inland liegenden Konzernunternehmen kein Konzernbetriebsrat gebildet werden könne; da auf die Muttergesellschaft das BetrVG keine Anwendung finde, hätte ein Konzernbetriebsrat keinen Gegenpol. Die Möglichkeit einer Konzernbetriebsratsbildung sei nur dann anzuerkennen, wenn die ausländische Konzernobergesellschaft die Leitungsmacht einem Tochterunternehmen im Inland zur selbständigen einheitlichen Leitung der diesem nachgeordneten Unternehmen belasse (zum Beispiel in Form einer Zentrale); verwiesen wird dazu auf die Grundsätze über den Konzern im Konzern.

bb) Die Zubilligung eines Konzernbetriebsrats für den Fall eines „Konzerns im Konzern“ bedeutet allerdings im Grunde keine Entscheidung zur Kernproblematik der Auswirkung des sogenannten Territorialitätsprinzips bei grenzüberschreitenden Unternehmensverbindungen. Bei einer im Inland gelegenen Kon-

<sup>11</sup> S. *Hanau*, in: Lutter (Hrsg.), Holdinghandbuch, 2. Aufl. (1995), G 145 ff.

<sup>12</sup> Insbesondere GK-BetrVG/*Kreutz*, 8. Aufl. (2005), § 54 BetrVG Rn. 43 (m. w. N.); im Grundsatz auch bei *Glock*, in: Hess/Schlochauer/Worzalla/Glock (HSWG), 6. Aufl. (2003), § 54 BetrVG Rn. 19: Ein Konzernbetriebsrat könne nur errichtet werden, wenn sich der Sitz des herrschenden Unternehmens im Inland befinde.

<sup>13</sup> *Richardi/Annuf*, 10. Aufl. (2007), § 54 BetrVG Rn. 35.

<sup>14</sup> *ErfK/Eisemann*, 7. Aufl. (2007), § 54 BetrVG Rn. 7.

zernspitze eines „Konzerns im Konzern“ wird allgemein angenommen, dass für letzteren ein Konzernbetriebsrat gebildet werden kann<sup>15</sup>.

Dies wird auch von *den* Vertretern im Schrifttum anerkannt, die grundsätzlich eine Konzernbetriebsratsbildung bei Sitz des herrschenden Unternehmens im Ausland ablehnen<sup>16</sup>. Während im Konzernrecht selbst die Anerkennung eines „Konzerns im Konzern“ kontrovers beurteilt wird, hat sich im Betriebsverfassungsrecht – unter Berufung auf dessen Schutzzweck – die Meinung weitgehend durchgesetzt, dass die Leitungsmacht in einem Konzern vertikal dergestalt aufgeteilt sein könne, dass die Konzernobergesellschaft zwar zentrale Leitungsaufgaben wahrnimmt, einem nachgeordneten Konzernunternehmen aber doch noch wesentliche Teilbereiche zu eigenverantwortlicher Wahrnehmung gegenüber den weiteren nachgeordneten Konzernunternehmen belassen kann<sup>17</sup>. Insbesondere hatte das BAG bereits in einer Entscheidung vom 21. 10. 1980<sup>18</sup> für einen solchen Fall die Konstruktion eines „Konzerns im Konzern“ anerkannt, wobei in dem damals zur Entscheidung stehenden Sachverhalt ein Auslandsbezug noch gar nicht gegeben war. Schlechthin ging das Gericht aber von der Möglichkeit aus, dass im dezentral-vertikal gegliederten (Unterordnungs-)Konzern auch mehrstufige Konzernbetriebsvertretungen offenstehen müssten.

Durch die gegenteilige Bewertung in einem Teil des konzernrechtlichen Schrifttums sah sich das BAG an einer betriebsverfassungsrechtlichen Bewertung nicht gehindert<sup>19</sup>. Betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung müsse dort angesiedelt werden, wo unternehmerische Leitungsmacht konkret ausgeübt wird, gegebenenfalls auch bei einer Tochtergesellschaft der Konzernspitze. Wichtig ist dabei der Hinweis des BAG, dass der Spitze des „Konzerns im Konzern“ ein eigener betriebsverfassungsrechtlich relevanter Entscheidungsspielraum zur Verfügung stehen muss. Die bloße Durchsetzung von Leitungsmaßnahmen der Konzernspitze durch die Tochtergesellschaft bei einem oder mehreren Enkelunternehmen könne noch nicht als Leitung der Enkelgesellschaft durch die Tochtergesellschaft i. S. d. Konzernbegriffs des § 54 Abs. 1 BetrVG angesehen werden, da Leitungsmacht im Sinne des BetrVG nur dort gegeben ist, wo sie originär ausgeübt wird. Eine solche Leitungsmacht einer Tochtergesellschaft (als Spitze des „Konzerns im Konzern“) bestehe dann, wenn

- im Falle eines Beherrschungsvertrages mitbestimmungspflichtige Bereiche nicht der Obergesellschaft zugeordnet sind oder
- im Falle einer Abhängigkeit infolge Mehrheitsbeteiligung keine Bindung eines Tochterunternehmens erfolgt, die eigene Entscheidungen in Fragen ausschließt, für die ein Konzernbetriebsrat zu beteiligen wäre.

---

<sup>15</sup> S. MünchArbR/*Joost* (Fn. 1), § 315 Rn. 33.

<sup>16</sup> S. GK-BetrVG/*Kreutz* (Fn. 12); *Glocke* in: HSWG (Fn. 12), § 54 BetrVG Rn. 19.

<sup>17</sup> *Fitting* (Fn. 6), § 54 BetrVG Rn. 32.

<sup>18</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972.

<sup>19</sup> Ausführlich begründet, s. BAG AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972.

Wenn auch der vom BAG damals entschiedene Sachverhalt noch keine Auslandsberührung aufwies, vielmehr eine lediglich inlandsbezogene Konzernkonstellation betraf, lassen sich die dort entwickelten Grundsätze auch auf eine Konzernkonstellation anwenden, bei der sich die Konzernspitze im Ausland befindet, die in Deutschland sitzenden Konzernunternehmen aber unter einer nachgeordneten, in der Bundesrepublik ansässigen Konzerngesellschaft zusammengefasst sind, der ihrerseits im Sinne eines „Konzerns im Konzern“ Leitungsfunktion gegenüber den nachgeordneten Konzernunternehmen überlassen ist.

Dies wird durch die jüngste Entscheidung des BAG vom 14. 02. 2007<sup>20</sup> bestätigt. Das BAG bekräftigt die Notwendigkeit, bei aufgeteilter Leitungsmacht, d. h. wenn die Konzernspitze einer nachgeordneten Gesellschaft konzernbezogen Leitungsbefugnisse in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten belässt, einen „Konzern im Konzern“ mit der Konsequenz anzuerkennen, dass (auch) bei dem Unternehmen, das als Spitze des „Konzerns im Konzern“ fungiert, ein Konzernbetriebsrat zu bilden ist. In dem zugrundeliegenden Fall saß die Konzernobergesellschaft im Ausland; die Anerkennung des „Konzerns im Konzern“ wurde für die in Deutschland ansässigen Gesellschaften bezogen auf die gleichfalls in Deutschland ansässige Zwischenholding geprüft und im Grundsatz bejaht<sup>21</sup>.

Mit dieser Klarstellung zur betriebsverfassungsrechtlichen Behandlung des „Konzerns im Konzern“ ist allerdings für die Reichweite bzw. Eingrenzung des Territorialitätsprinzips nichts gewonnen, denn eine Konzernbetriebsratsbildung bei der inländischen Konzernspitze ist nur Konsequenz der Konstruktion eines „Konzerns im Konzern“ und ist unabhängig vom Auslandssitz der übergeordneten Konzernspitze, auch wenn diese vielleicht den Anlass gibt, die in Deutschland ansässigen Unternehmen unter einer nachgeordneten Obergesellschaft mit eigenen Leitungsbefugnissen zusammenzufassen. Dies wird schon dadurch deutlich, dass bei einer reinen Inlandsbezogenheit zwei Konzernbetriebsräte zu bilden sind, nämlich ein Konzernbetriebsrat für den Konzern insgesamt, ein weiterer Konzernbetriebsrat für den „Konzern im Konzern“. Im Falle einer im Ausland sitzenden obersten Konzernspitze wird eine Konzernbetriebsratsbildung nur für den inländischen „Konzern im Konzern“ zugebilligt<sup>22</sup>.

cc) Zunehmend wird inzwischen aber die Bildung eines Konzernbetriebsrats durch die Gesamtbetriebsräte der im Inland sitzenden Konzernunternehmen

<sup>20</sup> S. BAG DB 2007, 1589, 1592 Rn. 63.

<sup>21</sup> Sie scheiterte im konkreten Fall nur an der fehlenden Leitungsmacht der Zwischenholding.

<sup>22</sup> S. *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern (1992), S. 401: Es müsse nicht der gesamte Konzernatbestand in Deutschland verwirklicht sein; die relevanten Fälle seien mit der Rechtsfigur des „Konzerns im Konzern“ zu erfassen; *Fitting* (Fn. 6), § 54 BetrVG Rn. 36.

auch dann zugelassen, wenn im Inland keine mit Leitungsmacht ausgestattete, als Konzernspitze eines „Konzerns im Konzern“ fungierende Konzernobergesellschaft vorhanden ist.

(1) Dies wird insbesondere von *Joost*<sup>23</sup> gefordert und als notwendige Rechtsfortbildung ausgewiesen. Dazu wird auf die gesetzgeberischen Wertungen im Rahmen der §§ 5 Abs. 3 MitbestG, 11 Abs. 3 Publizitätsgesetz Bezug genommen. Nach der erstgenannten Vorschrift wird die Aufsichtsratsmitbestimmung, die in der ausländischen Konzernobergesellschaft vom deutschen Gesetzgeber nicht durchgesetzt werden kann, bei der inländischen Konzerngesellschaft angesiedelt, die der (ausländischen) Konzernleitung am nächsten steht – dafür genügt, dass die (ausländische) Konzernleitung die inländischen Konzernunternehmen „über“ diese inländische Gesellschaft beherrscht; originäre Leitungsmacht, wie sie für einen „Konzern im Konzern“ vorausgesetzt wird, ist danach nicht erforderlich<sup>24</sup>.

Unter den gleichen Voraussetzungen verlangt § 11 Abs. 3 Publizitätsgesetz im Falle einer im Ausland ansässigen Konzernspitze eine Konzernrechnungslegung für den in Deutschland gelegenen Konzernbereich (Teilkonzern) von den „Unternehmen mit Sitz im Inland, die der Konzernleitung am nächsten stehen“.

(2) Einer Rechtsfortbildung im Wege analoger Anwendung der genannten Bestimmungen bedarf es aber für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats nicht. Maßgebend ist vielmehr, wie bereits *Windbichler*<sup>25</sup> herausgearbeitet hat, und wie nunmehr auch von *Joost*<sup>26</sup> und *Fitting/Engels/Schmidt/Trebinger/Linsenmayer*<sup>27</sup> zugrundegelegt wird, eine speziell betriebsverfassungsrechtliche Bewertung:

(a) Wie bereits unter 2 a) skizziert, knüpft die Bildung der betriebsverfassungsrechtlichen Organe an die Belegenheit des Betriebes an, nicht an den Sitz oder die Nationalität des Betriebsinhabers. Das BAG hat im Urteil vom 09. 11. 1977<sup>28</sup> klargestellt – was nicht zweifelhaft sein konnte –, dass das deutsche Betriebsverfassungsrecht für einen im Inland gelegenen Betrieb eines ausländischen Unternehmens gilt, jedenfalls dann, wenn nicht mit sämtlichen Betriebsangehörigen die Geltung ausländischen Rechts vereinbart worden ist<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> MünchArbR/*Joost* (Fn. 1), § 315 Rn. 34; ihm folgt *Fitting* (Fn. 6), § 58 BetrVG Rn. 34.

<sup>24</sup> S. § 5 Abs. 3 MitbestG; Ulmer/Habersack/Henssler/*Ulmer/Habersack* 2. Aufl. (2006), § 5 MitbestG Rn. 69.

<sup>25</sup> *Windbichler*, Arbeitsrecht im Konzern (1989), S. 323.

<sup>26</sup> MünchArbR/*Joost* (Fn. 1), § 315 Rn. 33.

<sup>27</sup> *Fitting* (Fn. 6) § 1 BetrVG Rn. 13.

<sup>28</sup> BAG AP Nr. 13 zu Internationales Privatrecht.

<sup>29</sup> Auch letzterenfalls dürfte übrigens von der Geltung des deutschen Betriebsverfassungsrechts auszugehen sein (s. MünchArbR/*Birk* [Fn. 1], § 22 Rn. 7), das BAG brauchte sich diesbezüglich aber nicht zu äußern.

(b) Wie für die im Inland gelegenen Betriebe eines ausländischen Unternehmens ein Betriebsrat nach deutschem Recht zu bilden ist, auch wenn der im Ausland sitzende Unternehmensträger in seiner Struktur vom deutschen Gesetzgeber nicht erfasst wird, ist für zwei in Deutschland gelegene Betriebe eines ausländischen Unternehmens ein Gesamtbetriebsrat zu bilden. Darüber besteht im Schrifttum weitgehend Einigkeit<sup>30</sup>. Anknüpfungspunkt sind die Betriebe, nicht das Unternehmen.

Hinsichtlich des Wirtschaftsausschusses hat das BAG in Beschlüssen vom 01. 10. 1974 und 31. 10. 1975<sup>31</sup> entschieden, dass es für die Bildung eines Wirtschaftsausschusses nach § 106 BetrVG nicht darauf ankomme, ob die Unternehmensleitung vom Inland oder vom Ausland aus erfolgt. Deshalb sei bei Vorliegen der sonstigen gesetzlichen Voraussetzungen für inländische Unternehmensteile (Betriebe) eines ausländischen Unternehmens ein Wirtschaftsausschuss zu bilden. Maßgebend für das BAG war, dass „die im Geltungsbereich des BetrVG liegenden Betriebe eines ausländischen Unternehmens weitest möglich den Vorschriften des BetrVG unterliegen und sich deshalb auch nicht der Bildung eines Wirtschaftsausschusses bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen des § 106 Abs. 1 BetrVG entziehen können“.

Die betriebsverfassungsrechtlichen Organe Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuss sind für die im Inland gelegenen Betriebe ausländischer Inhaber gemäß deutschen BetrVG zu bilden; auf Nationalität und Gesellschaftsstatut des Unternehmensträgers kommt es nicht an<sup>32</sup>.

(c) *Windbichler*<sup>33</sup> kommt damit zur weiteren Konsequenz, dass „für die im Inland gelegenen Teile eines Konzerns in entsprechender Weise ein Konzernbetriebsrat gebildet werden“ kann. Wichtig ist dabei der Hinweis, dass der Konzernbetriebsrat nicht „bei dem herrschenden Unternehmen“, sondern für den Konzern gebildet wird. Nach dem Gesetz ist er im Übrigen nicht nur für die Behandlung von Angelegenheiten, die sich auf alle Konzernunternehmen einschließlich der Konzernobergesellschaft beziehen, zuständig, sondern auch für Angelegenheiten, die nur „mehrere Konzernunternehmen“ betreffen<sup>34</sup>.

#### *b) Maßgebliche Aspekte für die Bewertung*

Auf der Grundlage der in der bisherigen Diskussion erkennbar gewordenen Gesichtspunkte erscheint folgende Bewertung angemessen:

<sup>30</sup> S. dazu bereits unter 2 b); ferner speziell *Windbichler* (Fn. 25), S. 323 Fn. 316.

<sup>31</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 106 BetrVG 1972; AP Nr. 2 zu § 106 BetrVG 1972.

<sup>32</sup> *Windbichler* (Fn. 25), S. 323.

<sup>33</sup> *Windbichler* (Fn. 25), S. 323.

<sup>34</sup> Darauf weist schon *Hanau* (Fn. 11), G 145 hin.

aa) Anknüpfungspunkt des Betriebsverfassungsrechts ist der Betrieb. Liegt ein Betrieb in Deutschland, ist er betriebsratspflichtig. Dies gilt auch, wenn der Betriebsinhaber seinen Sitz im Ausland hat – unstrittig. Dies ändert nichts daran, dass er bezüglich der in Deutschland gelegenen Betriebe die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats beachten muss, dass er dazu auch gerichtlich gezwungen werden kann. Beschlussverfahren sind am Sitz des Betriebes einzuleiten. Einigungsstellenverfahren können gegen ihn betrieben werden. Bei Abschluss von Betriebsvereinbarungen kann eine ausländische Gesellschaft als Betriebsinhaber entweder durch ihre Organe oder durch einen für den Betrieb rechtsgeschäftlich bestellten Repräsentanten vertreten werden. Vertragspartner des Betriebsrats ist der Betriebsinhaber.

Besitzt ein im Ausland ansässiges Unternehmen in Deutschland mehrere Betriebe, können deren Betriebsräte einen Gesamtbetriebsrat bilden; im Ausland befindliche weitere Betriebe werden dabei, da dem deutschen Betriebsverfassungsrecht nicht unterfallend, nicht einbezogen. Dem Gesamtbetriebsrat stehen ebenso wie den Einzelbetriebsräten alle vorgenannten gesetzlichen Rechtspositionen zu. Wird die Einleitung eines Beschlussverfahrens erforderlich, richtet sich die örtliche Zuständigkeit nach Meinung des BAG danach, welchem „Funktionsträger“ (Betrieb) des ausländischen Unternehmens in Deutschland die zentrale Bedeutung für den deutschen Bereich zukommt<sup>35</sup>.

Der Gesamtbetriebsrat wird – wie gerade bei Auslandssitz des Unternehmens deutlich wird – nicht beim Unternehmen, sondern für die dem Betriebsverfassungsgesetz unterfallenden (inländischen) Betriebe durch deren Betriebsräte errichtet, und er nimmt die betriebsverfassungsrechtlichen Belange der Belegschaften und der Betriebsräte dieser Betriebe gegenüber dem Unternehmer ohne Einschränkung wahr. Abgeschlossene Gesamtbetriebsvereinbarungen gelten nur für den Bereich der in Deutschland gelegenen Betriebe.

bb) Es liegt nahe, entsprechende Überlegungen auch auf der Ebene des Konzerns bezüglich der Errichtung und Beteiligung des Konzernbetriebsrats durchschlagen zu lassen. Der Konzernbetriebsrat tritt funktionell nach näherer Maßgabe des § 58 Abs. 1 BetrVG an die Stelle der Gesamtbetriebsräte bzw. Betriebsräte.

(1) Sitzt die Konzernobergesellschaft in Deutschland, ergeben sich bei Sitz aller Konzernunternehmen im Inland keine Probleme. Deren im Ausland gelegene Betriebe bleiben wie schon bei der auf deutsche Unternehmen bezogenen Gesamtbetriebsratsbildung auch bei der Konzernbetriebsratsbildung außer Betracht. Sitzt eine der Konzerngesellschaften im Ausland, werden deren im Ausland gelegene Betriebe nicht berücksichtigt; bezüglich ihrer in Deutschland gelegenen Betriebe gilt jedoch das deutsche BetrVG, dementsprechend sind dafür

---

<sup>35</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 106 BetrVG 1972.

Betriebsräte und gegebenenfalls auch ein auf die deutschen Betriebe bezogener Gesamtbetriebsrat zu bilden, die ihrerseits Mitglieder in den Konzernbetriebsrat entsenden können.

(2) Sitzt die Konzernobergesellschaft im Ausland, muss die betriebsverfassungsrechtliche Konstellation entsprechend differenziert beurteilt werden.

(a) Es kann nicht allein darauf abgestellt werden, ob die Konzernobergesellschaft und auch einzelne Konzerngesellschaften ihren Sitz im Ausland haben, sondern auch, ob ihre Betriebe im Ausland gelegen sind. Eventuell bestehende Betriebsvertretungen der im Ausland gelegenen Betriebe werden, da sie dem Geltungsbereich des deutschen BetrVG nicht unterfallen, bereits bei der Bildung eines eventuell in Deutschland erforderlichen Gesamtbetriebsrats, entsprechend auch bei der Bildung eines Konzernbetriebsrats nicht berücksichtigt (nicht anders als die Auslandsbetriebe deutscher Konzernunternehmen). Andererseits sind die nach dem BetrVG zu bildenden Betriebsvertretungen – Betriebsräte wie gegebenenfalls Gesamtbetriebsräte – der in Deutschland gelegenen Betriebe ausländischer Konzernunternehmen in eine Konzernbetriebsratsbildung einzu beziehen. Es ist kein durchschlagender Grund erkennbar, weshalb den nach deutschem Betriebsverfassungsrecht gebildeten Gesamtbetriebsräten und Betriebsräten die Bildung eines Konzernbetriebsrats verwehrt werden müsste, soweit es um die Behandlung von Angelegenheiten geht, die mehrere Konzernunternehmen betreffen, die i. S. d. § 58 Abs. 1 BetrVG „nicht durch die einzelnen Gesamtbetriebsräte innerhalb ihres Unternehmens geregelt werden können“. Adressat der Mitwirkungsbegehren und Vertragspartner eventueller Konzernbetriebsvereinbarungen ist die im Ausland sitzende Konzernobergesellschaft, die als solche – unternehmensrechtlich – nicht unter deutsches Recht fällt, die sich bezüglich ihrer in Deutschland ansässigen, ihrer Leitungsmacht unterworfenen Konzernunternehmen und deren in Deutschland gelegenen Betrieben aber den durch das Betriebsverfassungsgesetz begründeten Pflichten stellen muss.

(b) Dabei wird die unterschiedliche Ausgangslage nicht verkannt, dass es bei den Einrichtungen Gesamtbetriebsrat und Wirtschaftsausschuss wie auch beim Betriebsrat, bezüglich derer bereits das BAG auch die im Ausland sitzenden Unternehmen nach deutschem Betriebsverfassungsrecht in Pflicht genommen hat, um die Inanspruchnahme eines Unternehmens als verpflichtetem Rechtsträger geht, während beim Konzernbetriebsrat über den Kompetenzbereich eines Unternehmensträgers hinausgegriffen werden muss. Darin liegt aber keine spezielle Problematik des grenzüberschreitenden Konzerns, vielmehr stellte sich schon im Zusammenhang mit der Einführung des Konzernbetriebsrats grundsätzlich die Frage, wie eine zu Lasten der Konzernunternehmen begründete Handlungskompetenz der Konzernobergesellschaft, speziell zum Abschluss von Konzernbetriebsvereinbarungen, gerechtfertigt werden konnte. Die Frage

wurde vom Gesetzgeber im Jahre 1972 zugunsten einer Handlungskompetenz sowohl des Konzernbetriebsrats wie der mit Wirkung für die Konzernunternehmen handelnden Konzernobergesellschaft entschieden. Die in Deutschland sitzenden Konzernunternehmen sind dieser Regelung bezogen auf ihre in Deutschland gelegenen Betriebe unterworfen, darüber hinaus aber auch die ausländischen Konzerngesellschaften bezüglich ihrer in Deutschland unterhaltenen Betriebe. Die ausländische Konzernobergesellschaft hat diese betriebsverfassungsrechtliche Bindung der inländischen Unternehmen zu respektieren, nicht anders als die betriebsverfassungsrechtliche Bindung ihrer ausländischen Konzernunternehmen bezüglich der inländischen Betriebe als Folge deren Einbeziehung in den Geltungsbereich des BetrVG.

(c) *Wie* die im Ausland sitzende Konzernobergesellschaft den sich daraus für sie ergebenden Anforderungen Rechnung trägt, obliegt ihrer Entscheidung. Sie ist – insoweit parallel zur Rechtslage bei einem einem ausländischen Unternehmen gegenüberstehenden Gesamtbetriebsrat – Adressat der Mitwirkungsbegehren des Konzernbetriebsrats wie Vertragspartner eventuell abzuschließender Konzernbetriebsvereinbarungen. Auch die auf inländische Betriebe der Konzernunternehmen bezogene – insoweit im Geltungsbereich notwendig beschränkte – Konzernbetriebsvereinbarung wird von der ausländischen Konzernobergesellschaft abgeschlossen, die dabei entweder durch ihre organschaftlichen Vertreter oder durch rechtsgeschäftlich bestellte vertretungsberechtigte Repräsentanten handeln kann. Dabei steht nichts entgegen, auch eines der inländischen Konzernunternehmen mit der Vertretung zu beauftragen genauso wie eine ausländische Konzerngesellschaft, da es nur um eine rechtsgeschäftliche Vertretungsbefugnis geht, damit betraut werden könnte. Dieses die Konzernobergesellschaft vertretende Unternehmen muss im Konzerngefüge deshalb auch keineswegs an der Spitze eines inländischen „Konzerns im Konzern“ stehen und auch nicht als „Teilkonzernspitze“ etabliert sein. Es handelt nicht in Ausübung eigener originärer konzernrechtlicher Leitungsmacht, sondern als Stellvertreter der ausländischen Konzernobergesellschaft, wobei sich die Handlungskompetenz entsprechend dem Geltungsbereich des BetrVG notwendigerweise auf die inländischen Betriebe der Konzernunternehmen beschränkt.

(d) Die Anerkennung einer – auf die in Deutschland gelegenen Betriebe beschränkten – Konzernbetriebsratsbildung liegt auch im Hinblick darauf nahe, dass der Konzernbetriebsrat mit der Möglichkeit des Abschlusses von Konzernbetriebsvereinbarungen nicht nur im Interesse konzern einheitlicher Gestaltung Regelungsaufgaben zu erledigen hat, wenn die Regelung auf der Ebene der einzelnen Unternehmen nicht möglich ist, sondern dass er auch Unterstützungsfunktionen zugunsten einzelner Gesamtbetriebsräte bzw. Betriebsräte wahrnimmt. Nach § 58 Abs. 2 kann ein Gesamtbetriebsrat den Konzernbetriebsrat beauftragen, eine Angelegenheit für ihn zu behandeln. Der Konzernbetriebsrat

steht solchenfalls der Leitung des Unternehmens, für das der Gesamtbetriebsrat errichtet ist, gegenüber, nicht der im Ausland sitzenden Konzernobergesellschaft.

*c) Ablehnende Stellungnahme des BAG*

Die vorstehend gewonnene Bewertung erscheint nun allerdings durch den Beschluss des BAG vom 14. 02. 2007<sup>36</sup> in Frage gestellt. Die dort von den antragstellenden Betriebsräten/Gesamtbetriebsräten begehrte Entsendung von Mitgliedern in einen bei einer deutschen Zwischenholding (bei Sitz der Konzernobergesellschaft in Großbritannien) bestehenden Konzernbetriebsrat wurde vom BAG zwar aufgrund der speziellen Konstellation im Ergebnis zu Recht abgelehnt, der Leitsatz des Beschlusses geht jedoch samt der seiner Erläuterung dienenden Entscheidungsgründe über die zur Rechtfertigung der Entscheidung erforderliche Begründung weit hinaus. In diesem überschießenden Teil läuft sie der Tendenz der jüngeren Rechtsentwicklung, die der vorstehend (unter Ziffer b) vertretenen Bewertung zugrunde liegt, klar zuwider.

aa) In dem vom BAG behandelten Sachverhalt saß die Konzernobergesellschaft in Großbritannien. Über andere im Ausland ansässige Gesellschaften hielt sie die Anteile an einer in Deutschland sitzenden Zwischenholding, die ihrerseits Alleingesellschafterin verschiedener in Deutschland ansässiger Gesellschaften war. Deren Gesamtbetriebsräte/Betriebsräte hatten Mitglieder in einen bei der Zwischenholding errichteten Konzernbetriebsrat entsandt. Dies wurde seitens der beteiligten Unternehmensleitungen erst in Frage gestellt, als die Konzernkonstellation dahingehend umgestaltet wurde, dass die Leitungsmacht über die in Deutschland sitzenden Gesellschaften, soweit sie zwei bestimmten Geschäftsfeldern zugeordnet waren, durch Abschluss entsprechender Beherrschungsverträge auf zwei in Großbritannien sitzende, der Steuerung dieser beiden Geschäftsfelder dienenden Gesellschaften übertragen wurde. Diese beiden Gesellschaften hatten parallel zu den mit den deutschen Gesellschaften abgeschlossenen Beherrschungsverträgen mit der deutschen Zwischenholding, die Anteilseignerin blieb, in einem Koordinations- und Ausgleichsvertrag vereinbart, dass die Geschäftsführungen ihrer deutschen Tochtergesellschaften ausschließlich der Weisungsbefugnis der beiden britischen Steuerungsgesellschaften unterliegen sollten.

bb) In dem vom BAG geführten Beschlussverfahren ging es um die Frage, ob die Gesamtbetriebsräte/Betriebsräte der den beiden britischen Steuerungsgesellschaften unterstellten deutschen Gesellschaften nach wie vor Mitglieder zu dem bei der Zwischenholding bestehenden Konzernbetriebsrat entsenden können. Dies hat das BAG zu Recht unter Hinweis darauf abgelehnt, dass der deut-

---

<sup>36</sup> BAG DB 2007, 1589.

schen Zwischenholding seit der Umstrukturierung des Konzerns keinerlei Leitungsmacht mehr zustand. Sie hatte zwar noch den Mehrheitsbesitz an den deutschen Konzerngesellschaften, im Hinblick auf deren mit den britischen Steuerungsgesellschaften abgeschlossenen Beherrschungsverträge und des mit der deutschen Zwischenholding abgeschlossenen Koordinierungs- und Ausgleichsvertrages sei jedoch – so das BAG – die aus der Mehrheitsbeteiligung abgeleitete gesetzliche Vermutung eines bestehenden Unterordnungskonzerns widerlegt. Es bestehe vielmehr aufgrund der Beherrschungsverträge nunmehr gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 AktG eine unwiderlegliche Vermutung der Zusammenfassung der deutschen Gesellschaften unter der Leitung der jeweiligen britischen Steuerungsgesellschaft, so dass neu ausgerichtete Konzernverhältnisse entstanden waren.

Zutreffend war demnach, dass die Gesamtbetriebsräte/ Betriebsräte der deutschen Konzernunternehmen nicht insgesamt Mitglieder zu einem bei der deutschen Zwischenholding bestehenden Konzernbetriebsrat entsenden konnten, da diese nicht mehr Konzernobergesellschaft der den britischen Steuerungsgesellschaften zugeordneten Gesellschaften war. Sie kam, da sie für diese keinerlei Entscheidungsspielraum mehr besaß, auch nicht als Spitze eines „Konzerns im Konzern“ in Betracht.

cc) In Betracht käme allerdings nach vorstehend (unter b) skizzierten Überlegungen eine an der neuen Konzernstruktur ausgerichtete Konzernbetriebsratsbildung, d. h. also bezogen auf die zwei britischen Steuerungsgesellschaften, die nach der Bewertung des BAG nunmehr die deutschen Konzernunternehmen, aufgeteilt auf die beiden Geschäftsfelder, jeweils unter einheitlicher Leitung im Sinne des Konzernrechts (§ 18 Abs. 1 S. 1, 2 AktG) zusammengefasst haben. Diese Aufteilung des Konzerns verfolgt das BAG nicht weiter, sondern weist nur pauschal, ohne die neue Konzernstruktur zu berücksichtigen, darauf hin, dass die Abhängigkeit der beteiligten Gesellschaften nicht dazu führe, dass weiterhin Mitglieder „in den Konzernbetriebsrat“ entsandt werden könnten, weil nach § 54 Abs. 1 S. 1 BetrVG ein Konzernbetriebsrat nur errichtet werden könne, wenn das herrschende Unternehmen seinen Sitz im Inland hat oder über eine im Inland ansässige Konzernspitze verfüge, was nicht gegeben sei. Der Senat habe – heißt es anschließend in dem Beschluss – „geprüft, ob über den Wortlaut des § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG hinaus ein Konzernbetriebsrat auch errichtet werden kann, wenn die Konzernobergesellschaft ihren Sitz im Ausland hat und im Inland keine weitere (Teil-) Konzernspitze angesiedelt ist. Die Voraussetzungen für eine derartige Rechtsfortbildung liegen jedoch nicht vor. § 54 Abs. 1 BetrVG enthält weder eine unbewusste Regelungslücke, die eine analoge Anwendung des § 5 Abs. 3 MitbG oder die Heranziehung des in dieser Vorschrift und in § 11 Abs. 3 Publizitätsgesetz enthaltenen Rechtsgedankens im Wege der Rechtsanalogie zulässt, noch sind die in diesen Vorschriften geregelten Sachverhalte nach Maßgabe des allgemeinen Gleichheitssatzes (Art. 3 Abs. 1 GG) vergleichbar“.

Das BAG verweist zur Ablehnung der Analogie auf den Wortsinn als Grenze der Auslegung und die Notwendigkeit einer besonderen Legitimation für eine den Wortsinn übersteigende Gesetzesanwendung durch Analogie. Es heißt dann:

„§ 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG knüpft seinem Wortlaut nach an den Konzernatbestand des § 18 Abs. 1 AktG an. Danach kommt die Errichtung eines Konzernbetriebsrats nur in Betracht, wenn nicht nur die unter einer einheitlichen Leitung zusammengefaßten Unternehmen, sondern auch eine Konzernobergesellschaft ihren Sitz im Inland hat. In anderen Fällen ist die Möglichkeit der Errichtung eines Konzernbetriebsrats durch die Auslegung von § 54 Abs. 1 Satz 1 BetrVG nicht zu erreichen“.

Weder der Wortlaut des § 54 Abs. 1 S. 1 BetrVG noch der des § 18 Abs. 1 AktG sieht vor, dass die Konzerngesellschaften ihren Sitz im Inland haben müssten. Es bedarf deshalb weder einer analogen Anwendung des § 5 Abs. 3 MitbestG noch des § 11 Abs. 3 Publizitätsgesetz. Die Ausgangslage bei der Aufsichtsratsmitbestimmung einerseits, der Konzernbetriebsratsbildung andererseits ist auch überhaupt nicht vergleichbar. Es ist selbstverständlich, dass der deutsche Gesetzgeber nicht die Unternehmensorgane einer im Ausland sitzenden, nach ausländischem Gesellschaftsrecht begründeten Gesellschaft bestimmen kann, auch wenn sie in Deutschland Tochtergesellschaften oder Betriebe hat. Sehr wohl aber kann der deutsche Gesetzgeber für die in Deutschland gelegenen Betriebe deren Betriebsverfassung regeln, und dabei nicht nur auf einzelne Betriebe bezogene Betriebsvertretungen in Form der Betriebsräte, sondern auch betriebs- und gegebenenfalls auch unternehmensübergreifende Vertretungen in Form des Gesamtbetriebsrats bzw. Konzernbetriebsrats. Zu Unrecht meint das BAG dabei, ein nach §§ 54 ff. BetrVG gebildeter Konzernbetriebsrat könnte seine Beteiligungsrechte gegenüber einer im Ausland ansässigen Konzernobergesellschaft, die dem territorialen Geltungsbereich des BetrVG nicht unterfällt, nicht durchsetzen, der vom Gesetzgeber mit der Errichtung des Konzernbetriebsrats beabsichtigte Ausgleich der durch die Konzernstellung vermittelten Leitungsmacht und der damit verbundenen Möglichkeit, auf die Belange der Arbeitnehmer in den konzernabhängigen Unternehmen Einfluss zu nehmen, könne deshalb nicht stattfinden.

Dass die betriebsverfassungsrechtlichen Einrichtungen – Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat wie Konzernbetriebsrat – eine im Ausland sitzende Unternehmensleitung betriebsverfassungsrechtlich in Anspruch nehmen können, wurde unter b) hinreichend belegt. Es muss verwundern, dass der für die Konzernbetriebsratsbildung maßgebliche Aspekt, dass nämlich Mitbestimmung auf der Ebene greifen soll, wo die Entscheidungskompetenz angesiedelt ist, bei Sitz der Konzernobergesellschaft im Ausland plötzlich nicht mehr greifen soll, das BAG vielmehr auf die Möglichkeit der Ausübung der Mitbestimmung auf Betriebs- und Unternehmensebene verweist<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> BAG DB 2007, 1589, 1592 Rn. 62.

Die Entscheidung kann zu dieser Frage weder im Ergebnis noch in der Begründung überzeugen.

#### 4. Konsequenzen für die Praxis

Die Entscheidung steht aber zunächst einmal im Raum. Für die Praxis stellen sich zwei Fragen.

##### a) Wirksamkeit der Akte gleichwohl errichteter Konzernbetriebsräte

Wenn von den inländischen Gesamtbetriebsrat/Betriebsräten gleichwohl ein Konzernbetriebsrat gebildet wird, könnten die Konzernunternehmen unter Berufung auf die BAG-Rechtsprechung dessen Fehlerhaftigkeit geltend machen. Werden mit diesem Konzernbetriebsrat jedoch Konzernbetriebsvereinbarungen geschlossen, stellt sich die Frage, wie sich eine eventuelle Unzulässigkeit der Bildung des Konzernbetriebsrats auf die Wirksamkeit mit diesem abgeschlossener Konzernbetriebsvereinbarungen auswirken würde

aa) Die Äußerungen im Schrifttum sprechen tendenziell dafür, auch im Falle einer unzulässigen Konzernbetriebsratsbildung von der Wirksamkeit der von diesem abgeschlossenen Konzernbetriebsvereinbarungen auszugehen. *Fitting/Engels/ Schmidt/Trebinger/Linsenmaier*<sup>38</sup> äußern sich zwar nicht zum Konzernbetriebsrat, aber zur umstrittenen Wirksamkeit der Errichtung eines Gesamtbetriebsrats. In diesem Fall sollen die von diesem in der Zeit bis zur arbeitsgerichtlichen Feststellung der unwirksamen Bildung abgeschlossenen Gesamtbetriebsvereinbarungen grundsätzlich wirksam sein. Für Konzernbetriebsvereinbarungen kann dann nicht anders entschieden werden. *Trittin*<sup>39</sup> spricht die Wirksamkeit von Konzernbetriebsvereinbarungen selbst nicht an, geht jedoch davon aus, dass der Konzernbetriebsrat sein Amt ausübt, bis das Arbeitsgericht die Ungültigkeit der Errichtung feststellt.

bb) Anderes soll nach *Trittin* allerdings gelten, wenn die Fehler so offensichtlich sind, dass die Bildung des Konzernbetriebsrats als nichtig anzusehen ist – eine wenig hilfreiche Abgrenzung. Ähnlich heißt es aber auch bei *Richardi/Annub*<sup>40</sup>, dass die rechtsfehlerhafte Errichtung des Konzernbetriebsrats nicht notwendigerweise bedeute, dass sie nichtig ist. Deshalb sei im Regelfall davon auszugehen, dass der Konzernbetriebsrat solange sein Amt ausüben kann, bis durch Arbeitsgericht rechtskräftig festgestellt wird, dass seine Errichtung ungültig ist. Eine Ausnahme gelte lediglich, wenn so wesentliche Mängel vorlägen, dass von einer ordnungsgemäßen Errichtung nicht einmal dem Anschein nach

<sup>38</sup> *Fitting* (Fn. 6), § 47 BetrVG Rn. 41.

<sup>39</sup> Däubler/Kittner/Klebe/Trittin, 10. Aufl. (2006), § 54 BetrVG Rn. 67, 68.

<sup>40</sup> *Richardi/Annub* (Fn. 13), § 54 BetrVG Rn. 59.

gesprochen werden kann – unter anderem wird dies angenommen, wenn ein Konzernbetriebsrat für Unternehmen gebildet wird, die keinen Unterordnungskonzern i. S. § 18 Abs. 1 AktG bilden. Es lässt sich nicht ausschließen, dass eine entsprechende Bewertung auch bezüglich eines Konzerns mit ausländischer Konzernspitze vertreten wird, wenn die vorstehend zugrunde gelegte Möglichkeit einer Konzernbetriebsratsbildung abgelehnt werden sollte.

*Kreutz*<sup>41</sup> nähert sich dem Problem von der anderen Seite, kommt aber zu einer ähnlichen Relativierung. Zunächst wird die Rechtsunwirksamkeit aller von einem unzulässig gebildeten Gesamtbetriebsrat getroffenen Maßnahmen angenommen, dann allerdings aus „Rechtssicherheitsgründen“ Unwirksamkeit der von einem solchen Gesamtbetriebsrat getroffenen Rechtsakte „rechtsfortbildend“ nur für die Zukunft angenommen. Es wird zwar § 19 BetrVG nicht angewandt, die Rechtsfortbildung aber nach diesem Modell konzipiert.

cc) Es spricht also viel dafür, dass Konzernbetriebsvereinbarungen als wirksam anerkannt werden, selbst wenn die Voraussetzungen für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats – hier: wegen Auslandssitz der Konzernobergesellschaft – nicht als gegeben anerkannt werden, solange die Unzulässigkeit der Konzernbetriebsratsbildung nicht arbeitsgerichtlich festgestellt ist. Eine rechtsprechungsmäßig absicherbare Position besteht insoweit allerdings nicht.

#### *b) Konzerngestaltende Maßnahmen*

Es stellt sich damit die Frage nach eventuell möglichen konzerngestaltenden Maßnahmen. Geht man gemäß der Entscheidung des BAG vom 14. 02. 2007 davon aus, dass ein Konzernbetriebsrat nur errichtet werden kann, wenn die Konzernobergesellschaft oder zumindest die Spitze eines „Konzerns im Konzern“ in Deutschland sitzt, müsste eine solche Konstellation geschaffen werden. Da der Auslandssitz der Konzernobergesellschaft normalerweise nicht zur Disposition steht, bleibt nur die Umstrukturierung des Konzerns dahingehend, die in Deutschland ansässigen Gesellschaften als „Konzern im Konzern“ mit einer Konzernspitze in Deutschland auszugestalten. In Anlehnung an die vom BAG behandelte Konstellation bietet sich an, einer in Deutschland ansässigen Konzerngesellschaft mittels entsprechend abzuschließender Beherrschungsverträge (samt Verlustausgleichszusage) die Leitungsmacht über die übrigen in Deutschland ansässigen Gesellschaften einzuräumen. Da das BAG für die Errichtung eines Konzernbetriebsrats auf der Ebene einer deutschen Zwischenholding nicht genügen lässt, dass die ausländische Konzernobergesellschaft die deutschen Gesellschaften „über“ die Zwischenholding leitet, sondern für die Zwischenholding selbst Leitungsmacht voraussetzt, müsste dieser seitens der Konzernobergesellschaft ausreichender Entscheidungsspielraum zur Ausübung gegenüber den übrigen deutschen Konzerngesellschaften belassen werden.

<sup>41</sup> GK-BetrVG/*Kreutz* (Rn. 12), § 47 BetrVG Rn. 120.

# Auslandsarbeit unter deutschem Recht

*Wolfgang Däubler*

## I. Einleitung

Wenn Meister Birk eine Festschrift erhält, erscheint es fast schon als „Muss“, einen Beitrag zum Kollisionsrecht zu schreiben. Dennoch möchte ich mich diesem vermuteten *Mainstream* nicht anschließen, sondern ein Thema behandeln, das immer ein wenig im Schatten stand: Was geschieht eigentlich, wenn in Anwendung des geltenden Kollisionsrechts deutsches materielles Arbeitsrecht Anwendung findet? Auf den ersten Blick scheint hier alles in Ordnung zu sein – die Betroffenen sind in einem sicheren Hafen gelandet, dem Gericht bleibt das Abenteuer mit ungewissem Ausgang erspart, das häufig mit der Anwendung ausländischen Rechts verbunden ist.

Nur: So einfach liegen die Dinge nicht. „Deutsches Recht“ bei Arbeit im Inland ist keineswegs mit „Deutschem Recht“ bei Arbeit im Ausland identisch. Im geschriebenen Recht wird dies nur ausnahmsweise deutlich, da explizite Vorschriften für Auslands Sachverhalte relativ selten sind. Dennoch gibt es einige ältere und neuere Beispiele.

§ 75b HGB sah die Möglichkeit eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots auch ohne Karenzentschädigung vor, wenn der Handlungsgehilfe im außereuropäischen Ausland tätig war. Im Jahre 1980 erklärte das BAG<sup>1</sup> diese (vorkonstitutionelle) Bestimmung für verfassungswidrig, weil sie die Berufsfreiheit der Betroffenen in unzumutbarer Weise einschränke. In der Folgezeit wurde die Vorschrift nicht mehr angewandt, ihr Text blieb kursiv geschriebener Inhalt der Gesetzessammlungen. Erst durch Art. 7 des Vierten Euro-Einführungsgesetzes v. 21. 12. 2000<sup>2</sup> wurde sie mit Wirkung vom 01. 01. 2002 auch formell aufgehoben. Geblieben ist demgegenüber die Norm des § 92c HGB, die die Schutzbestimmungen des Handelsvertreterrechts für dispositiv erklärt, soweit sich die Tätigkeit außerhalb der EU und des EWR vollzieht.

Im Arbeitsrecht existieren zwei neuere Vorschriften. § 5 Abs. 2 EFZG regelt die Anzeigepflicht bei Arbeitsunfähigkeit, wenn sich der Arbeitnehmer bei Ausbruch der Krankheit im Ausland befindet. § 2 Abs. 2 NachwG verlangt eine zusätzliche Dokumentation, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung länger als einen Monat außerhalb der Bundesrepublik Deutschland zu erbringen hat.

---

<sup>1</sup> BAG NJW 1981, 1174 = BB 1981, 553.

<sup>2</sup> BGBl. I S. 1983.

Dabei müssen die Dauer der im Ausland auszuübenden Tätigkeit, die Währung, in der die Vergütung bezahlt wird, eine Auslandszulage samt zusätzlicher Sachleistungen und die vereinbarten Rückkehrbedingungen festgehalten werden<sup>3</sup>.

Die Probleme werden sehr viel deutlicher, wenn man die einschlägige Rechtsprechung in Augenschein nimmt. So hatte etwa das BAG darüber zu entscheiden, ob der Arbeitgeber auch die „Rückzugskosten“ aus Hongkong bezahlen musste, als der dorthin entsandte Arbeitnehmer wegen der bevorstehenden Schließung der Niederlassung von sich aus kündigte<sup>4</sup>. Dramatischer war der Fall, dass ein Fahrer außerhalb der Grenzen der Bundesrepublik wegen eines Verkehrsunfalls in Haft genommen, dann aber gegen Kautions wieder freigelassen wurde: Da nicht mit einem rechtsstaatlichen Verfahren zu rechnen war, suchte der Betroffene das Weite und verlangte nun von seinem Arbeitgeber Ersatz der verfallenen Kautions.<sup>5</sup> Aufmerksamkeit verdient auch eine Entscheidung, die einen nach Saudi-Arabien entsandten Elektrofachmeister betraf, der als Schwerbehinderter anerkannt war: Seine Kündigung war ohne Zustimmung der (damaligen) Hauptfürsorgestelle möglich, da sich der Anwendungsbereich der einschlägigen Teile des Schwerbehindertengesetzes auf das Inland beschränkte<sup>6</sup>. Probleme dieser Dimension würden bei Arbeit im Inland nicht auftauchen.

Wie das deutsche Arbeitsrecht in einer fremden „Umwelt“ funktionieren kann, scheint noch nicht ausreichend geklärt. Die Pflichten des Arbeitgebers in einer solchen Situation würden bislang „keine prominente Rolle“ spielen, heißt es aus durchaus berufenem Munde<sup>7</sup>. Nach Klärung der kollisionsrechtlichen Fragen würde die Internationalität des zu würdigenden Lebenssachverhalts üblicherweise aus dem Blickfeld geraten, stellen andere Autoren fest<sup>8</sup>.

Auslandsarbeit unter deutschem Recht findet insbesondere bei vorübergehender Entsendung statt, wobei das Merkmal „vorübergehend“ recht großzügig gehandhabt wird<sup>9</sup>. Auch eine dauerhafte Auslandsarbeit kann unter deutschem Recht erfolgen, weil zu diesem die „engeren Verbindungen“ im Sinne des Art. 30 Abs. 2 EGBGB bestehen oder weil dieses nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB von den Parteien ausdrücklich gewählt wurde. Paradebeispiel für die erste Variante ist die nach Tunesien entsandte Reiseleiterin, deren Arbeit weiterhin von Deutschland aus gesteuert wurde<sup>10</sup>.

<sup>3</sup> Dazu *Birk*, NZA 1996, 281, 287; *Schaefer*, Das Nachweisgesetz (2000), Teil D Rn. 166 ff.

<sup>4</sup> BAG DB 1996, 533.

<sup>5</sup> BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung.

<sup>6</sup> BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

<sup>7</sup> *Schliemann*, BB 2001, 1302.

<sup>8</sup> v. *Bar/Mankowski*, Internationales Privatrecht, Bd. I (2003), § 4 Rn. 17.

<sup>9</sup> S. *Birk*, FS Molitor (1988), S. 19, 35 ff. Zu den einzelnen Gestaltungsformen der Entsendung s. *Hoppe*, Die Entsendung von Arbeitnehmern ins Ausland. Kollisionsrechtliche Probleme und internationale Zuständigkeit (1999), S. 30; weiter *Mauer*, Personaleinsatz im Ausland (2003), Rn. 361 ff. Knappe Zusammenfassung bei *Gotthardt*, MDR 2001, 961 und *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1247.

<sup>10</sup> BAG AP Nr. 27 zu Internationales Privatrecht Arbeitsrecht.

Angesichts des anderen Umfelds können sich drei Gruppen von Sachproblemen ergeben:

– Die Auslandsarbeit bringt eine Menge zusätzlicher Aufwendungen mit sich<sup>11</sup>. Dies betrifft nicht nur Reisekosten und Kaufkraftausgleich, sondern ggf. auch die Sorge um die mitreisende Familie. Auch hat ein „Rückruf“ ersichtlich einschneidendere Wirkungen als eine Versetzung von Hamburg nach Düsseldorf. Einige dieser Probleme wie z. B. die Kosten des Rücktransports stellen sich auch bei Seeleuten und haben im Seemannsgesetz eine ausdrückliche Regelung gefunden, die im Einzelfall hilfreich sein kann (dazu unten II).

– Die ausländische Umwelt führt ggf. dazu, dass bei der Erbringung der Arbeitsleistung zwingende Normen des Ortsrechts zu beachten sind. Wird in einem mohammedanischen Land freitags nicht gearbeitet, ist dies auch für einen Mitarbeiter von Bedeutung, der in seinem deutschen Arbeitsvertrag „Arbeit von Montag bis Freitag“ stehen hat. Andere „Interventionen“ der Rechtsordnung des Gastlandes betreffen den Arbeitsschutz sowie die Begrenzung von Dauer und Lage der Arbeitszeit (dazu unten III).

– Der wohl wichtigste Unterschied zu einem in Deutschland vollzogenen Arbeitsverhältnis folgt aus der „Selbstbeschränkung“ des deutschen Rechts: Nicht nur der bereits erwähnte Sonderkündigungsschutz von Schwerbehinderten, sondern auch zahlreiche andere Normen finden keine Anwendung, weil ihr Anwendungsbereich grundsätzlich auf das deutsche Territorium beschränkt wird. Dies bedarf der Überprüfung. Weiter hat das Arbeitsvertragsrecht durch die Übernahme der AGB-Kontrolle (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB) und durch den Erlass des AGG eine Weiterentwicklung erfahren, die möglicherweise auch im vorliegenden Zusammenhang von Bedeutung ist (unten IV).

## II. Modifizierte Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis mit Rücksicht auf das andere Umfeld

### 1. Grundsatz

Die Erfüllung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis bestimmt sich nach deutschem Recht<sup>12</sup>. Auch die Nebenpflichten werden erfasst, zu denen insbesondere auch Informations- und Aufklärungspflichten vor Antritt der Tätigkeit und Unterstützungspflichten während ihrer Durchführung gehören<sup>13</sup>. Dasselbe gilt für den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>14</sup> und die Diskriminierungsverbote nach dem AGG<sup>15</sup>. Bei der konkreten Anwendung sind die Beson-

<sup>11</sup> Instruktiver Überblick bei *Krekler*, FS Schlemmer (1990), S. 441.

<sup>12</sup> S. statt aller *Birk*, *RabelsZ* 46 (1982), 384, 396.

<sup>13</sup> Einzelheiten bei *Schliemann*, BB 2001, 1305.

<sup>14</sup> *MünchArbR/Birk*, 2. Aufl. (2000), § 20 Rn. 158.

<sup>15</sup> *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG (2007), Einl. Rn. 253.

derheiten der Auslandsarbeit zu berücksichtigen. Dies kann dazu führen, dass man einzelne Normen modifiziert oder neue Regeln entwickelt<sup>16</sup>. Maßstab hierfür muss die Herstellung eines äquivalenten Schutzstandards sein; die Auslandsarbeit als solche kann keinen geminderten Status rechtfertigen<sup>17</sup>.

## 2. Vergütungsprobleme

In der Praxis ist es allgemein üblich, einem für kürzere oder längere Zeit ins Ausland entsandten Arbeitnehmer einen Kaufkraftausgleich zu gewähren<sup>18</sup>. Auch ohne ausdrückliche Vereinbarung müsste man dies annehmen, da andernfalls eine Verschiebung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung eintreten würde, die ihrerseits einer ausdrücklichen Vereinbarung bedürfte.

Nach § 107 Abs. 1 GewO ist das Arbeitsentgelt in Euro zu berechnen und auszuzahlen. Diese Vorschrift hat zwingenden Charakter<sup>19</sup>. Gleichzeitig sieht jedoch § 2 Abs. 2 Nr. 2 NachwG vor, dass bei Auslandsarbeit die Währung zu dokumentieren ist, in der das Arbeitsentgelt ausgezahlt wird. Dies setzt stillschweigend voraus, dass die Euro-Regel im Einzelfall durchbrochen werden kann. Ihrem Sinn nach will sie dem Arbeitnehmer einen frei verfügbaren Geldbetrag sichern, damit er seine Lebensbedürfnisse ohne Zusatzaufwand oder Umtauschverluste befriedigen kann. Dieser Zweck wird verfehlt, wenn sich der Euro nicht in die lokale Währung transferieren lässt oder wenn dies mehr als nur symbolische Kosten verursacht. In diesem Fall wäre der Arbeitnehmer ähnlichen Beschränkungen unterworfen wie bei Sachleistungen, die sich nicht oder nicht ohne Abschlag zu Geld machen lassen. Für Letztere ist deshalb in § 107 Abs. 2 S. 1 GewO eine Regelung getroffen, wonach sie nur zulässig sind, wenn eine entsprechende Abmachung dem Interesse des Arbeitnehmers oder der Eigenart des Arbeitsverhältnisses entspricht. Diese Regelung lässt sich auf das Währungsproblem übertragen; auch hier muss es deshalb möglich sein, zumindest einen Teil der Vergütung in fremder Währung zu bezahlen. Darin liegt eine Modifikation von § 107 Abs. 1 GewO für Auslandssachverhalte, die sich im Übrigen auch auf Art. 32 Abs. 2 EGBGB stützen lässt<sup>20</sup>. In der Regel wird eine Auf-

<sup>16</sup> S. statt aller *Franzen*, IPRax 2000, 510; *Junker*, Internationales Arbeitsrecht im Konzern (1992), S. 383.

<sup>17</sup> Dies verlangt sparsamen Umgang mit der Sonderanknüpfung. Würde man etwa die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, das Betriebsrisiko, die betriebliche Interessenvertretung sowie Zulässigkeit und Folgen eines Arbeitskampfes und weitere Fragen automatisch dem Ortsrecht unterstellen, würde das Arbeitsverhältnis nicht nur „zerstückelt“ und in zahlreiche nicht notwendig harmonisierende Elemente aufgeteilt. Vielmehr wären auch die Unterschiede zum Inlandsarbeitsverhältnis so groß, dass sich selbst durch Anpassung der deutschen Sachnormen keine annähernde Gleichwertigkeit der Beschäftigungsbedingungen mehr herstellen ließe.

<sup>18</sup> Vgl. etwa *Krekler* (Fn. 11), S. 451; *Mauer* (Fn. 9), Rn. 211.

<sup>19</sup> Henssler/Willemsen/Kalb (HWK)/*Lembke*, Arbeitsrecht Kommentar, 2. Aufl. (2006), § 107 GewO Rn. 16.

<sup>20</sup> So *Schlachter*, NZA 2000, 57, 62.

teilung den Wünschen des Arbeitnehmers am besten entsprechen<sup>21</sup>. Wechselkursschwankungen lassen sich in der Weise auffangen, dass man einen Gesamtbetrag in Euro vereinbart und den Fremdwährungsanteil dann zum „Tageskurs“ umrechnet. Bei Festbeträgen hätte man das Problem, unter Umständen sehr häufig wegen Änderungen der Lebenshaltungskosten oder der Paritäten über eine Anpassung verhandeln zu müssen.

In der Regel wird eine „Auslandszulage“ gewährt. Sie will das erhöhte Maß an Belastungen und Flexibilität abgelten, das üblicherweise von einem Auslandsmitarbeiter verlangt wird<sup>22</sup>.

### 3. Aufwendungsersatz

Wird ein Arbeitnehmer zu einer ausländischen Niederlassung oder Tochtergesellschaft entsandt, so gehen die Reisekosten zu Lasten des Arbeitgebers.<sup>23</sup> Hat der Arbeitnehmer sein Ticket aus eigener Tasche bezahlt, kann er nach § 670 BGB vom Arbeitgeber Ersatz verlangen<sup>24</sup>. Auch die Umzugskosten hat nach der Rechtsprechung des BAG<sup>25</sup> der Arbeitgeber zu tragen, da die Änderung des Arbeitsorts im dienstlichen Interesse erfolgt; im konkreten Fall war es um die Versetzung eines Bundeswehrtechnikers von Paris nach Wilhelmshaven gegangen.

Die Frage des Umzugs kann vertraglich geregelt werden. Je nach räumlicher Entfernung und Kosten wird es sinnvoller sein, nur eine beschränkte Anzahl von Gegenständen mitzunehmen und sich ggf. Möbel vor Ort zu kaufen.

Geht es um einen Auslandsaufenthalt von mehr als einem Jahr, ist ein Umzug auch der Familie angemessen. Die dadurch verursachten Aufwendungen sind gleichfalls nach § 670 BGB zu erstatten. Für den Schulbesuch der Kinder entstehen in vielen Ländern zusätzliche Kosten, da deutsche oder internationale Schulen typischerweise nicht unerhebliche „Gebühren“ verlangen.

### 4. Urlaub und Familienheimfahrten

Der Urlaubsanspruch gehört zum Arbeitsstatut<sup>26</sup>; in den hier interessierenden Fällen ist somit deutsches Recht anwendbar. Der gesetzliche Mindesturlaub von vier Wochen dürfte in aller Regel um mindestens zwei Wochen überschritten werden. Nach den bei uns üblichen Grundsätzen bestimmt sich auch die Mög-

---

<sup>21</sup> *Schaefer* (Fn. 3), Teil D Rn. 168; *Gotthardt*, MDR 2001, 961, 964.

<sup>22</sup> Einzelheiten bei *Mauer* (Fn. 9), Rn. 217.

<sup>23</sup> Ebenso § 26 SeemG für die Fahrt vom Ort des Vertragsabschlusses zum Schiff als Einsatzort. Auch wird nach § 33 SeemG während dieser Zeit die Grundheuer bezahlt.

<sup>24</sup> *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 164, 171.

<sup>25</sup> BAG AP Nr. 4 zu § 44 BAT.

<sup>26</sup> *Birk*, RabelsZ 46 (1982), 384, 397; *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 133, 160; *Gotthardt*, MDR 2001, 961, 964; *MünchKommBGB/Martiny*, 4. Aufl. (2006), Art. 30 EGBGB Rn. 96; *Winkler von Mohrenfels*, EAS, B 3000 Rn. 138.

lichkeit zum Freizeitausgleich sowie die evtl. Pflicht zur Bezahlung von Überstundenzuschlägen.

Soweit ein „Nachzug“ der Familie nicht geplant ist oder noch nicht stattgefunden hat, müssen Familienheimfahrten möglich sein<sup>27</sup>. Dies folgt aus einer im Lichte des Art. 6 Abs. 1 GG interpretierten Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis.

### 5. Risiken und ihre Absicherung

Wer im Ausland arbeitet sieht sich spezifischen Risiken ausgesetzt. Erinnerung sei an den oben<sup>28</sup> erwähnten Fall der bewusst preisgegebenen Kautions. Weniger existenziell (wenngleich für den Betroffenen schmerzlich) war die Situation, dass aus einem in Ungarn auf dem Firmenparkplatz abgestellten Pkw persönliche Gebrauchsgegenstände gestohlen wurden. Nach Auffassung des LAG Baden-Württemberg<sup>29</sup> war das Liegen-Lassen unter den gegebenen Umständen grob fahrlässig, so dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber keinen Ersatz verlangen konnte. Jeder vernünftige Mensch wisse, dass in Osteuropa die Diebstahlsgefahr besonders ausgeprägt sei, und dies insbesondere dann, wenn sich die Gegenstände in einem Pkw der gehobenen Klasse (hier: Mercedes) befinden würden. Dabei erfolgt eine „Anpassung“ des deutschen Rechts zu Lasten des Arbeitnehmers – ein an sich durchaus richtiges Vorgehen, wenngleich man in gefährlicher Nähe zu Vorurteilen gerät, wenn man Globaleinschätzungen wie das häufige Auftreten von Dieben nicht statistisch untermauert, sondern als „evident“ von jedem Begründungszwang freistellt.

Das Risiko, krank zu werden, kann unter extremen klimatischen und hygienischen Bedingungen erheblich höher als in der Heimat sein. Vor einer Entsendung muss daher die gesundheitliche Eignung der fraglichen Person geklärt werden. Unterbleibt dies, liegt darin eine Verletzung des § 618 BGB, die ggf. zum Schadensersatz verpflichtet.

Erkrankt ein Arbeitnehmer im Ausland, steht ihm Entgeltfortzahlung nach Maßgabe der §§ 3 und 4 EFZG zu. Dies ist unproblematisch, soweit ein Fall der Ausstrahlung nach § 4 SGB IV vorliegt, da dann auch die deutsche Krankenversicherung anwendbar bleibt. Ist diese Verbindung gekappt, kommt es allein darauf an, ob man den Entgeltfortzahlungsanspruch privatrechtlich oder sozialversicherungsrechtlich qualifiziert. Der deutsche Gesetzgeber hat sich m. E. für das Erstere entschieden<sup>30</sup>, was allerdings ggf. zur Folge hat, dass ausländisches Sozialversicherungsrecht gleichfalls einen (Teil-) Lohnausgleich vorsieht. Eine solche Normenhäufung ist jedoch nichts Ungewöhnliches und schafft auch keine

---

<sup>27</sup> *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 165.

<sup>28</sup> S. Fn. 5.

<sup>29</sup> LAG Baden-Württemberg v. 08.12.2000 – 5 Sa 36/00 (juris).

<sup>30</sup> Anders *Winkler von Mohrenfels*, EAS, B 3000 Rn. 140 m. w. N. über den Diskussionsstand.

unüberwindbaren Probleme: Ihrem Sinn nach reduziert sich in einem solchen Fall die Entgeltfortzahlung auf die Differenz zwischen der Leistung der ausländischen Sozialversicherung und dem fortzuzahlenden Entgelt. Eine Kumulation beider Leistungen muss selbstredend ausscheiden. Wollte man stattdessen auch die §§ 3, 4 EFZG sozialversicherungsrechtlich anknüpfen, hätte man das Problem, dass eine typischerweise hinter dem deutschen Recht zurückbleibende Regelung Platz greifen würde, die Arbeit im Ausland also trotz identischer deutscher Rechtsordnung schlechter als die Arbeit im Inland behandelt würde.

Die Haftung der Arbeitsvertragsparteien bestimmt sich nach dem Vertragsstatut, d. h. in der hier interessierenden Konstellation nach deutschem Recht<sup>31</sup>. Daran ändert sich auch nichts, wenn zugleich die Voraussetzungen einer unerlaubten Handlung erfüllt sind: Nach Art. 41 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB schafft der Arbeitsvertrag die nähere Verbindung zu Deutschland, die einem Rückgriff auf das Tatortrecht entgegensteht<sup>32</sup>. Besonderheiten ergeben sich bei Unfällen. Soweit ein Fall der Ausstrahlung nach § 4 SGB IV vorliegt, ist zwar die entsandte Arbeitskraft noch versichert und partizipiert auch an den Haftungsprivilegien der §§ 104, 105 SGB VII<sup>33</sup>, doch wirkt dies nicht im Verhältnis zu ausländischen Arbeitskollegen, denen gegenüber sie im Zweifel nach allgemeinen Regeln haftet. Wird der Bereich der Ausstrahlung verlassen, so ist auch der Mitarbeiter nicht mehr geschützt und muss seine Schäden selbst tragen, soweit er nicht vom Arbeitgeber nach § 670 BGB Ersatz verlangen kann<sup>34</sup>. Dieser kann sich seinerseits nicht mehr auf § 104 SGB VII berufen<sup>35</sup>.

In der Literatur wird mit Recht der Standpunkt vertreten, der Arbeitgeber müsse derartige Risiken durch Abschluss einer zusätzlichen Unfall- und Berufshaftpflichtversicherung auffangen<sup>36</sup>. Auch eine zusätzliche Krankenversicherung ist geboten, sofern im Gastland eine gute medizinische Versorgung nur in Privatkliniken verfügbar ist, die auf der Grundlage einer (deutschen oder ausländischen) Sozialversicherung nicht zugänglich sind. Das BAG<sup>37</sup> hat sich mit der relativ allgemeinen Festlegung begnügt, der Arbeitgeber sei zum Abschluss einer zusätzlichen Unfallversicherung nur verpflichtet, wenn im Ausland „ein unzureichender gesetzlicher Schutz“ bestehe oder der Arbeitnehmer besonders gefährlichen Umständen ausgesetzt sei. Dies lässt es durchaus zu, den hier skizzierten Notwendigkeiten Rechnung zu tragen. Im Seearbeitsrecht wird der Reeder selbst in die Pflicht genommen; er muss nach § 42 SeemG für „ausreichende und zweckmäßige“ Krankenfürsorge einstehen.

---

<sup>31</sup> *Winkler von Mohrenfels*, EAS, B 3000 Rn. 143 m. w. N.

<sup>32</sup> Einzelheiten bei *MünchArbR/Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 144; *Däubler*, RIW 2000, 255, 256.

<sup>33</sup> So auch *Winkler von Mohrenfels*, EAS, B 3000 Rn. 144.

<sup>34</sup> Mangels Verschuldens des Arbeitgebers dürfte § 618 BGB in vielen Fällen ausscheiden.

<sup>35</sup> *MünchArbR/Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 150; *Gitter*, NJW 1965, 1108.

<sup>36</sup> *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 168; *Schliemann*, BB 2001, 1305.

<sup>37</sup> BAG v. 04. 05. 1983 – 5 AZR 108/81 (nicht veröffentlicht).

Keine „Absicherung“ ist möglich, wenn im Gastland Kriegs- oder Bürgerkriegsgefahr besteht oder wenn es effektiv zu kriegerischen Auseinandersetzungen kommt. Ob ein weiterer Verbleib zumutbar ist, bestimmt sich mangels besserer Anhaltspunkte danach, ob das Auswärtige Amt die deutschen Staatsangehörigen zum Verlassen des Landes aufgefordert hat; ist dies der Fall, wird die Arbeit unzumutbar im Sinne des § 275 Abs. 3 BGB<sup>38</sup>. Dasselbe kann bei Seuchengefahr der Fall sein<sup>39</sup>.

Problematisch ist lediglich, ob in solchen Fällen nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht. Dies wird man grundsätzlich bejahen müssen, da die Ermöglichung der Arbeit zur Risikosphäre des Arbeitgebers gehört<sup>40</sup>. Auch der vorzeitige Heimflug ist in solchen Fällen durch die Arbeit verursacht und geht deshalb zu seinen Lasten<sup>41</sup>. Im Einzelfall kann es allerdings dazu kommen, dass für den zurückgekehrten Arbeitnehmer keine Verwendungsmöglichkeit mehr besteht und deshalb – unter Berücksichtigung der Grundsätze über die soziale Auswahl – eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen wird. Dies werden aber typischerweise sehr seltene Fälle sein.

## 6. Rückruf

Hat sich der Arbeitnehmer durch sein Verhalten in der ausländischen Umgebung „unmöglich“ gemacht und wird er deshalb von Geschäftspartnern „geschnitten“, so kann er zurückgerufen werden. Eine entsprechende Abmachung im Arbeitsvertrag oder einem Zusatzabkommen stößt auf keine Bedenken<sup>42</sup>. Hat man einen solchen Fall nicht bedacht, kommt eine personen- oder verhaltensbedingte Änderungskündigung in Betracht, sofern eine Weiterbeschäftigung im Stammhaus möglich ist. Ein Rückruf qua Direktionsrecht scheidet demgegenüber nach allgemeiner Auffassung aus.

Behält sich der Arbeitgeber vor, den Arbeitnehmer „bei Bedarf“ zurückzubeordern, so ist eine solche Klausel nur möglich, wenn sie nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB „ausgehandelt“ wurde<sup>43</sup>. In allen anderen Fällen ist eine Überprüfung am Maßstab des § 308 Nr. 4<sup>44</sup> sowie des § 307 Abs. 1 BGB erforderlich. § 308 Nr. 4 betrifft die Gegenleistung des Arbeitgebers, deren einseitige Herabsetzung nur

<sup>38</sup> *Diller/Winzer*, DB 2001, 2094, 2095. § 67 Nr. 6 SeemG gibt dem einzelnen Besatzungsmitglied ein Recht zur fristlosen Kündigung, wenn das Schiff ein Gebiet befahren soll, in dem es besonderen Gefahren durch bewaffnete Auseinandersetzungen ausgesetzt ist.

<sup>39</sup> Vgl. § 67 Nr. 5 SeemG: Anlaufen eines verseuchten Hafens als Grund zur fristlosen Kündigung durch den Seemann.

<sup>40</sup> A. A. *Diller/Winzer*, DB 2001, 2094, 2095.

<sup>41</sup> A. A. *Diller/Winzer*, DB 2001, 2094, 2096.

<sup>42</sup> *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1254.

<sup>43</sup> Zu diesem Begriff s. *Däubler/Dorndorf*, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, 2. Aufl. (2007), § 305 BGB Rn. 22 ff. m. w. N.

<sup>44</sup> Richtig *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 170.

unter Benennung der Gründe im Vertrag und in einer Höhe von bis zu 25% der Gesamtvergütung möglich ist<sup>45</sup>. Der Wegfall der Auslandszulage wird diese quantitative Grenze ggf. nicht erreichen, doch wäre eine Pauschalformel wie „nach Bedarf“ nicht ausreichend. Darüber hinaus geht es aber um eine tiefgreifende Umgestaltung des Arbeitsverhältnisses; der Beschäftigte wird aus seinen ggf. in Jahren aufgebauten sozialen Zusammenhängen herausgerissen und muss sich nicht nur meist auf eine veränderte Arbeit, sondern auch auf ein grundlegend anderes soziales Umfeld einstellen. Schon aus Gründen der Transparenz wird er deshalb verlangen können, dass die Gründe präzise umschrieben sind; dazu kann beispielsweise die Aufgabe des fraglichen Auslandsmarktes und ein Fehlverhalten oder eine schwere Erkrankung des Beschäftigten zählen, die ein weiteres Arbeiten im Ausland sinnlos machen.

### 7. Kündigungsschutz

Wer im Ausland unter deutschem Arbeitsrecht arbeitet, kann sich nicht nur auf die Kündigungsfristen des § 622 BGB, sondern auch auf das KSchG berufen. Dies ist in Rechtsprechung<sup>46</sup> und Lehre<sup>47</sup> prinzipiell anerkannt. Allerdings gilt dies nur „grundsätzlich“; die zahlreichen möglichen Ausnahmen sowie das häufige Versagen des Sonderkündigungsschutzes hängen mit der „Selbstbeschränkung“ des deutschen Arbeitsrechts zusammen und sind deshalb an späterer Stelle zu behandeln<sup>48</sup>.

Die Rechtsprechung hatte sich u. a. mit dem Fall zu befassen, dass ein libyscher Projektleiter die Kündigung eines in Libyen tätigen deutschen Bauingenieurs verlangte. Nach BAG<sup>49</sup> finden hier die Grundsätze über die Druckkündigung Anwendung, die im konkreten Fall nicht beachtet waren. Führt eine rechtswidrige Kündigung zu Steuernachteilen, so können diese nach bisheriger Rechtsprechung grundsätzlich nicht als Schaden geltend gemacht werden<sup>50</sup>.

Zum deutschen Kündigungsschutz gehört auch die Drei-Wochen-Frist des § 4 KSchG. Soweit im konkreten Fall ein ausländisches Gericht zuständig ist, kann die Frist auch durch Klage bei ihm gewahrt werden<sup>51</sup>.

Wurde ein Arbeitnehmer ausschließlich für einen Auslandseinsatz eingestellt, soll es nach einer (nicht veröffentlichten) Entscheidung des BAG<sup>52</sup> möglich sein, den Arbeitnehmer zur Erstattung der Reisekosten zu verpflichten, wenn er beispielsweise vor Ablauf eines Jahres durch Eigenkündigung wieder ausscheidet

<sup>45</sup> BAG NZA 2007, 87.

<sup>46</sup> BAG IPRax 2000, 540.

<sup>47</sup> MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 200; *Franzen*, IPRax 2000, 509; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1248; *Wulff*, AiB 2006, 140 ff.

<sup>48</sup> S. unten IV.

<sup>49</sup> BAG DB 1986, 2498.

<sup>50</sup> LAG Frankfurt/Main DB 1986, 52; unentschieden BAG DB 1991, 445.

<sup>51</sup> MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 203.

<sup>52</sup> BAG v. 26. 03. 1985 – 3 AZR 200/82 (nicht veröffentlicht).

oder Anlass für eine verhaltensbedingte Kündigung gegeben hat. Ob dies heute einer Kontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 BGB standhalten würde, erscheint höchst zweifelhaft. Was die Umzugskosten betrifft, so ist bei rein innerstaatlichen Sachverhalten ein Rückzahlungs vorbehalt der Art möglich, dass die Kosten zurückgezahlt werden müssen, wenn der Arbeitnehmer vor Ablauf von drei Jahren wieder ausscheidet und hierfür selbst die Ursache gesetzt hat<sup>53</sup>. Anders als bei der Rückzahlung von Fortbildungskosten wird bisher keine Staffelung in der Weise verlangt, dass der Betrag sich mit dem Zeitablauf immer mehr verringert. In der Literatur wird deshalb zu Recht gefordert, dass jedenfalls dann, wenn sich die Kosten auf mehr als ein Monatsgehalt belaufen, eine entsprechende Regelung möglich sein muss<sup>54</sup>. Die Kosten für die Rückfahrt bzw. den Rückflug des Arbeitnehmers hat der Arbeitgeber zu übernehmen; insoweit kann auf den Rechtsgedanken des § 72 SeemG zurückgegriffen werden.

## 8. Gerichtsstandsvereinbarungen

§ 38 Abs. 2 ZPO lässt eine Gerichtsstandsvereinbarung zu, wenn eine der Parteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland hat, was auch für den Arbeitsvertrag gilt<sup>55</sup>. Dies kann bei dauerhafter Entsendung der Arbeitnehmer sein, doch ist auch an den Fall zu denken, dass Arbeitgeber eine ausländische Gesellschaft ist. Vorrangig gegenüber § 38 Abs. 2 ZPO ist jedoch die EG-VO 44/2001<sup>56</sup>, die immer dann eingreift, wenn der Arbeitgeber seinen Sitz oder zumindest eine Niederlassung im Territorium der EU hat<sup>57</sup>. Art. 21 der VO lässt eine Gerichtsstandsvereinbarung nur dann zu, wenn sie dem Arbeitnehmer eine zusätzliche Option eröffnet oder wenn die Streitigkeit bereits entstanden ist. Soweit die VO nicht eingreift und Gerichtsstandsvereinbarungen formularmäßig oder in einem Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB getroffen werden, sind sie einer Angemessenheitskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB zu unterziehen. In diesem Rahmen ist zu berücksichtigen, dass der EuGH für den Bereich des traditionellen Verbraucherrechts formularmäßige Gerichtsstandsvereinbarungen generell als Verstoß gegen die EG-Klauselrichtlinie angesehen hat<sup>58</sup>. Angesichts der Unterstellung von Arbeitsverträgen unter die AGB-Kontrolle durch den deutschen Gesetzgeber werden die gleichen Maßstäbe auch hier anzuwenden sein, zumal Besonderheiten des Arbeitsrechts nicht ersichtlich sind. Allerdings liegt es nahe, entsprechend Art. 21 der VO Gerichtsstandsvereinbarungen zugunsten des Arbeitnehmers zuzulassen.

<sup>53</sup> BAG AP Nr. 50 zu Art. 12 GG.

<sup>54</sup> ErfK/Preis, 7. Aufl. (2007), § 611 BGB Rn. 550.

<sup>55</sup> Germelmann/Matthes/Prütting/Müller-Glöge/Matthes, ArbGG, 5. Aufl. (2004), § 2 ArbGG Rn. 174.

<sup>56</sup> ABIEG 2001 Nr. L 12/1, abgedruckt auch als Nr. 103 im Schönfelder-Ergänzungsband.

<sup>57</sup> Einzelheiten bei Däubler, NZA 2003, 1297 ff.

<sup>58</sup> EuGH Rs. C-240/98, DB 2000, 2056.

### III. Interventionen des ausländischen Rechts

In einigen Fällen lässt sich ein dem deutschen Recht unterliegendes Arbeitsverhältnis auch bei identischem Inhalt nicht in gleicher Weise wie im Inland durchführen.

Einig ist man sich darüber, dass die Feiertage am Arbeitsort zu berücksichtigen sind<sup>59</sup>. Dabei spielt es keine Rolle, ob mehr oder weniger Feiertage als im Inland anfallen<sup>60</sup>. Daneben können die deutschen Feiertage dann allerdings nicht gefeiert werden<sup>61</sup>. Ist die Frage in den Arbeitsverträgen angesprochen, müssen diese in ergänzender Auslegung an die Verhältnisse im Ausland angepasst werden. Ist von einer Arbeit „Montag bis Freitag“ die Rede, entspricht aber im Gastland der Freitag unserem Sonntag, ist je nach Ortsüblichkeit stattdessen am Samstag oder Sonntag zu arbeiten.

Der Eingriff in das deutsche Arbeitsstatut geht nicht weiter als vom Feiertagsrecht des Gastlandes her erforderlich: Die Fortzahlung des Entgelts richtet sich nach deutschem Recht<sup>62</sup>. Genauso ist zu entscheiden, wenn wegen eines hoheitlichen Eingriffs, z. B. einer vorübergehenden oder dauernden Betriebsschließung nicht mehr gearbeitet werden kann. Auch die Rechtsfolgen des Betriebsrisikos nach Ortsrecht zu bestimmen, würde bedeuten, ohne zwingende Notwendigkeit einen wesentlichen Bestandteil des deutschen Arbeitsrechts preiszugeben.

Zu berücksichtigen ist weiter das Arbeitsschutzrecht des Gastlandes. Auch insoweit bestehen keine Meinungsunterschiede<sup>63</sup>. Lässt dieses Verbesserungen zu, gebietet es § 618 BGB, den Arbeitnehmer nach den ggf. besseren deutschen Standards zu behandeln<sup>64</sup>.

Zu beachten sind schließlich die zwingenden Vorschriften des Gastlandes über Lage und Dauer der Arbeitszeit<sup>65</sup>. Praktische Bedeutung gewann dies für einen GTZ-Mitarbeiter in Saudi-Arabien, der die ortsübliche Arbeitszeit von 54 Wochenstunden ableisten musste; der einschlägige Tarifvertrag hatte den Arbeitgeber zu einer entsprechenden Anpassung des 40-Stunden-Arbeitsvertrags ermächtigt<sup>66</sup>. Da Tarifverträge durch § 310 Abs. 4 S. 1 aus der AGB-Kontrolle ausgenommen sind, bestehen gegen eine derartige Bestimmung trotz ihrer Wei-

---

<sup>59</sup> *Birk*, RabelsZ 46 (1982), 384, 397; *Deinert*, RdA 1996, 339, 342; *Gotthardt*, MDR 2001, 961, 964; *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 161; *Schlachter*, NZA 2000, 57, 63; *Wulff*, AiB 2006, 140, 142.

<sup>60</sup> *Schlachter*, NZA 2000, 57, 63.

<sup>61</sup> *Däubler*, AuR 1990, 1, 6. *Gamillscheg* (Internationales Arbeitsrecht [1959], S. 284) will für wichtige Feiertage eine Ausnahme machen, was insbesondere dann in Betracht kommt, wenn im Ausland weniger Feiertage als im Inland begangen werden.

<sup>62</sup> *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 161; *Gotthardt*, MDR 2001, 961, 964.

<sup>63</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit; ErfK/*Schlachter* (Fn. 54), Art. 34 EGBGB Rn. 21; *Däubler*, AuR 1990, 1, 6.

<sup>64</sup> Angedeutet auch bei *Birk*, RabelsZ 46 (1982), 384, 412.

<sup>65</sup> *Franzen*, AR-Blattei SD 920 Rn. 159; für Beachtung der Höchstarbeitszeit nach ausländischem Recht auch *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1253.

<sup>66</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit.

te keine durchschlagenden Einwände; der Arbeitgeber muss sich bei der Ausübung seiner Befugnisse lediglich eine Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB gefallen lassen<sup>67</sup>. Als arbeitsvertragliche Klausel würde eine derartige Bestimmung dagegen auf Bedenken stoßen, die insbesondere in fehlender Transparenz liegen könnten<sup>68</sup>.

#### IV. Selbstbeschränkung des deutschen Arbeitsrechts

Die eigentlichen Hindernisse gegen einen äquivalenten Schutz der Auslandsarbeit liegen nicht in der Intervention des fremden Rechts, die – wie gezeigt – nur Probleme mittlerer Reichweite aufwirft. Die Schwierigkeit liegt vielmehr darin, dass wesentliche Teile des deutschen materiellen Rechts so interpretiert werden, als könnten sie nicht auf Auslandssachverhalte erstreckt werden. Dies gilt für den allgemeinen und den besonderen Kündigungsschutz sowie für die Betriebsverfassung.

##### 1. Allgemeiner Kündigungsschutz

Nach der Rechtsprechung des BAG<sup>69</sup> greift der Schutz des KSchG nur dann ein, wenn die fragliche Person einem inländischen Betrieb zuzuordnen ist, der den Grenzwert des § 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG (heute: mehr als 10 Arbeitnehmer) im Inland erreicht. Im Ausland gelegene Betriebsteile werden nicht berücksichtigt, und zwar selbst dann nicht, wenn im konkreten Fall ein ausländisches und ein inländisches Unternehmen einen Gemeinschaftsbetrieb unterhalten.

Die Begründung für diese These ist recht einsilbig; der Gesetzgeber könne nur Normen für das Inland erlassen und deshalb gelte das KSchG allein für hier gelegene Betriebe<sup>70</sup>. Dies ist ersichtlich zu kurz gedacht.

Zum einen schließt es der auf das Inland beschränkte Geltungsbereich in keiner Weise aus, dass auch Auslandssachverhalte als Tatbestandsmerkmale erfasst werden. Im Zusammenhang mit dem Sonderkündigungsschutz Schwerbehinderter hat das Gericht selbst betont, dem Gesetzgeber stehe es frei, behördliche Zuständigkeiten auch für im Ausland vollzogene Arbeitsverhältnisse zu schaffen<sup>71</sup>. Der „Geltungsbereich“ ist – die quasi banale Feststellung sei erlaubt – nicht mit dem „Anwendungsbereich“ identisch. Zum zweiten wird kein Sachargument dafür genannt, weshalb ein Betrieb gewissermaßen an der Staatsgrenze

---

<sup>67</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 4 TVG Arbeitszeit.

<sup>68</sup> S. BAG NZA 2006, 423, wonach der Arbeitgeber lediglich ermächtigt werden kann, die Dauer der Wochenarbeitszeit aus vertraglich festgelegten Gründen um bis zu 25% zu verlängern.

<sup>69</sup> BAG NZA 1998, 141; NZA 2004, 1380.

<sup>70</sup> So BAG NZA 1998, 141.

<sup>71</sup> BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

abgeschnitten wird – wie als ob alles, was dahinter liegt, eine suspektere Realität zweiter Klasse wäre. Etwaige Schwierigkeiten bei der sozialen Auswahl wären nicht unüberwindbar, zumal auch ein in zwei Staaten angesiedelter Betrieb eine Leitung hat, die über die Mitarbeiterdaten verfügt. Zum dritten wurde auch nicht ansatzweise der Versuch unternommen, auf den Sinn der Kleinbetriebsklausel abzustellen. Dieser liegt darin, kleine Einheiten, die als wirtschaftlich weniger belastbar eingestuft werden, von den „Erschwernissen“ des Kündigungsschutzes freizustellen – eine Erwägung, die dazu führt, dass sich die „Kleinbetriebsklausel“ eine teleologische Reduktion gefallen lassen muss, wenn hinter einem kleinen Betrieb ein mittleres oder großes Unternehmen steht<sup>72</sup>. Die wirtschaftliche Belastbarkeit ist aber ersichtlich nicht deshalb geringer, weil sich ein Teil des Arbeitsprozesses im Ausland vollzieht<sup>73</sup>.

In seiner Entscheidung vom 21. Januar 1999 hat das BAG<sup>74</sup> möglicherweise einen Kurswechsel vollzogen. Ein nach Lateinamerika entsandter Chemieingenieur unterlag dem deutschen Arbeitsrecht, war aber keinem deutschen Betrieb mehr zuzuordnen. Gleichwohl seien „die Grundgedanken des § 1 KSchG entsprechend anzuwenden“, weil das deutsche Arbeitsrecht wirksam vereinbart worden war. § 1 KSchG wurde deshalb analog angewandt. Außerdem könne von dem Gekündigten nicht verlangt werden, eine konkrete Weiterbeschäftigungsmöglichkeit in einem anderen lateinamerikanischen Land zu benennen, da die hierfür notwendigen Informationen für ihn nicht zugänglich seien. Damit ist mit Recht den Spezifika der Auslandsarbeit Rechnung getragen worden; insoweit hat das Gericht eine „Sachnorm“ beweisrechtlichen Inhalts entwickelt.<sup>75</sup> Die frühere Rechtsprechung wurde allerdings nicht aufgegeben, sondern mit dem Argument „gerettet“, dort sei es nur um die Anwendung des KSchG im Inland gegangen, während hier das bewusst gewählte deutsche Recht im Vordergrund stehe. Der Leser fragt sich ein wenig verwundert, weshalb eine Rechtswahl „mehr“ deutsches Recht zur Anwendung bringt als die Verwirklichung eines Tatbestands, bei dem sich die Anwendung des deutschen Rechts unmittelbar aus dem Gesetz ergibt<sup>76</sup>. Für eine arbeitsvertragliche Geltungserstreckung speziell des Kündigungsschutzes innerhalb des anwendbaren deutschen Rechts bestanden keine Anhaltspunkte.

Ein abweichendes Ergebnis könnte dann erwägenswert sein, wenn man den Kündigungsschutz nicht einfach zum Arbeitsstatut rechnet, sondern ihn geson-

<sup>72</sup> BVerfG NZA 1998, 470.

<sup>73</sup> Kritisch zur BAG-Rechtsprechung auch *Franzen*, IPRax 2000, 509; *Junker*, RIW 2001, 94, 104; *Kittner/Däubler/Zwanziger/Deinert*, KSchR, 7. Aufl. (2007), § 23 KSchG Rn. 22; *Kraft*, SAE 1999, 272, 273; *Löwisch/Spinner*, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. (2004), Vorbem. zu § 1 KSchG Rn. 33; *Mauer*, FS Leinemann (2006), S. 733; *KR/Weigand*, 8. Aufl. (2007), § 23 KSchG Rn. 19c. Die Rechtsprechung übernehmen dagegen *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, 14. Aufl. (2007), § 23 KSchG Rn. 6. Restriktiv auch *M. Schmid*, NZA 1998, 169.

<sup>74</sup> BAG AP Nr. 9 zu § 1 KSchG 1969 Konzern = NZA 1999, 539.

<sup>75</sup> Zustimmung *Lingemann/v. Steinau-Steinrück*, DB 1999, 2161, 2165.

<sup>76</sup> MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 86.

dert anknüpft<sup>77</sup>. Handelt es sich um zwingende Normen im Sinne des Art. 34 EGBGB, scheint eine Anwendung auf Auslandssachverhalte nicht in Betracht zu kommen<sup>78</sup>. Eine Regel „im Inland immer, im Ausland nie“ lässt sich jedoch in den Fällen des Art. 34 EGBGB keineswegs aufstellen. Einsichtig ist sie nämlich nur dann, wenn es ausschließlich um innerstaatliche Sozial- und Arbeitsmarktpolitik geht. Die Einschaltung der Bundesagentur für Arbeit nach den §§ 17 ff. KSchG ist ersichtlich vom Gesetzgeber nicht gewollt, wenn sich die Entlassungen vorwiegend im Ausland ereignen. Die Situation ist jedoch eine ganz andere, wenn die zwingende Norm auch Individualinteressen schützt, das Allgemeininteresse also (auch) deshalb auf den Plan tritt, weil es z. B. um den Schutz der Gesundheit einer schwangeren Frau oder um die existenzielle Absicherung von Beschäftigten geht. Das BAG hat in seiner Flugbegleiterinnen-Entscheidung<sup>79</sup> den Standpunkt vertreten, „zwingende Normen“ im Sinne des Art. 34 EGBGB würden nur dann angewandt, wenn ein ausreichender Inlandsbezug bestehe. Dieser wurde im konkreten Fall darin gesehen, dass die Klägerin deutsche Staatsangehörige war, der deutschen Sozialversicherung unterlag und ihren Wohnsitz in Deutschland hatte. Bei einem stärkeren Inlandsbezug wäre das deutsche Recht von vorneherein in vollem Umfang anzuwenden gewesen. Hätte man wirklich in einem solchen Fall die Entgeltfortzahlung bei Krankheit und den Zuschuss zum Mutterschaftsgeld verweigert, die das Gericht als Eingriffsnormen qualifizierte?<sup>80</sup> Die Tatsache, dass hinter einer Norm besonders gewichtige Interessen stehen, kann schlechterdings nicht von vorneherein und völlig undifferenziert eine Beschränkung auf Inlandssachverhalte rechtfertigen.

## 2. Sonderkündigungsschutz

Verrichtet ein Schwerbehinderter seine Arbeit im Ausland, muss das Integrationsamt seiner Kündigung nur dann zustimmen, wenn sein Tätigkeitsbereich als „Ausstrahlung“ eines inländischen Betriebes angesehen werden kann<sup>81</sup>. Das Gericht beruft sich darauf, die einschlägige Vorschrift (heute: § 85 SGB IX) gehöre zum öffentlichen Recht, das sich nur auf Arbeit beziehe, die innerhalb des räumlichen Geltungsbereiches des Gesetzes geleistet werde. Allerdings wäre – und dies ist als beträchtliche Konzession an die Kritiker des überkommenen Territo-

<sup>77</sup> So insbesondere *Krebbler*, Internationales Privatrecht des Kündigungsschutzes bei Arbeitsverhältnissen (1997), S. 304 ff.

<sup>78</sup> Vgl. *Junker* (Fn. 16), S. 291, der die Nichtanwendung einer Norm auf Auslandssachverhalte zu Recht als wichtiges Indiz für die Qualifizierung als Eingriffsnorm im Sinne des Art. 34 EGBGB ansieht.

<sup>79</sup> BAG AP Nr. 10 zu Art. 30 EGBGB.

<sup>80</sup> Vgl. auch den Fall, dass bei Auslandsarbeit kein Mutterschaftsgeld bezahlt wird, weil der Anwendungsbereich der deutschen Sozialversicherung verlassen ist; hier wird meist der Zuschuss auf 100% aufgestockt. Dazu auch LSG Berlin IPRspr 1984, 98.

<sup>81</sup> BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG mit Anm. *Gamillscheg*, der ausdrücklich betont, die Ausstrahlungsfälle seien unstrittig (Bl. 4 Rückseite). Ebenso *Mauer* (Fn. 9), Rn. 495.

realitätsprinzips zu werten – dem Gesetzgeber eine abweichende Regelung möglich, doch sei eine solche im Schwerbehindertengesetz nicht erfolgt<sup>82</sup>.

Das Gericht hatte keine Veranlassung, sich Gedanken darüber zu machen, ob es denn für den entfallenden Schutz irgendeine Kompensation geben könnte. Denkbar wäre, dass das Recht des Arbeitsorts zwingende Vorschriften kennt, die es zugunsten eines Schwerbehinderten auch bei (aus seiner Sicht) ausländischem Arbeitsstatut anwendet. Die Ausstrahlungswirkung unseres Rechts und unserer kollisionsrechtlichen Figuren mag groß sein – dass auch in Saudi-Arabien (wo der Fall spielte), in Brasilien oder in Indien dem deutschen Vorbild gefolgt wird, ist eine höchst ungewisse Hoffnung. Kennt das ausländische Recht keine einschlägigen Normen, weil es beispielsweise der Lehre folgt, sie würden von Einstellungen abhalten, oder weil es dem Problem keine Bedeutung beigemessen hat, so steht der Betroffene ohne Schutz da. Wer Freude an ungewöhnlichen Konstruktionen hat, könnte auf den Gedanken verfallen, die staatliche Kontrolle der Kündigung von Schwerbehinderten zu unserem *ordre public* zu rechnen<sup>83</sup> und sähe sich dann in der aparten Situation, nicht ein fremdes, sondern das eigene Recht wegen inakzeptabler Resultate korrigieren zu müssen. Doch eine solche Spekulation ist nicht erforderlich. Ein Ausweg liegt darin, das Gesetz in Bezug auf die Zuständigkeitsregeln zu ergänzen: Der Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG und des Art. 5 der EG-Richtlinie 2000/78/EG<sup>84</sup> verlangt, dass jedenfalls solche Kündigungen einbezogen werden müssen, die auf eine Arbeitgeberhandlung im Inland zurückgehen. Zuständig wäre die Behörde am Sitz des Arbeitgebers bzw. der Konzernspitze. Eine Hilfslösung könnte in einer verstärkten Berücksichtigung der Schwerbehinderung im Rahmen der Interessenabwägung liegen, die bei der verhaltens- und bei der personenbedingten Kündigung stattzufinden hat. Bei der betriebsbedingten Kündigung wäre der Schwerbehinderung besonders starke Bedeutung im Rahmen der sozialen Auswahl beizumessen.

Die Problematik stellt sich im Rahmen des Mutterschutzes in gleicher Weise<sup>85</sup>. Auch hier wäre eine Schutzlosigkeit nicht hinnehmbar, auch hier sind vergleichbare Auffangmöglichkeiten zu diskutieren. In beiden Fällen sind überdies die Diskriminierungsverbote nach dem AGG und den EG-Richtlinien zu beachten. Sie würden eine „Auffanglinie“ darstellen, wenn der Sonderkündigungsschutz entgegen dem hier Vertretenen nicht eingreifen könnte<sup>86</sup>. Obwohl sie zu den zwingenden Normen nach § 7 AEntG gehören, besteht keinerlei Anlass, ihren Anwendungsbereich auf das Inland zu beschränken.

---

<sup>82</sup> BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG (Bl. 4).

<sup>83</sup> In diese Richtung *Gerauer* (Hrsg.), *Auslandseinsatz von Arbeitnehmern* (2000), Teil A Rn. 9.

<sup>84</sup> ABIEG 2000 Nr. L 303/16.

<sup>85</sup> MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 20 Rn. 175; *Mauer* (Fn. 9), Rn. 497.

<sup>86</sup> Zur Anwendung des AGG bei Auslandsarbeit s. oben Fn. 15.

### 3. Einschaltung eines Betriebsrats

Das BetrVG findet nur auf Betriebe Anwendung, die sich im Inland befinden. Dies folgt nicht aus einem quasi naturrechtlich geltenden Territorialitätsprinzip, sondern schlicht daraus, dass zur Rechtsordnung der „Umwelt“ des Betriebs die engsten Beziehungen bestehen<sup>87</sup>. Miterfasst sind solche Auslandstätigkeiten, die zum Betrieb gehören, was nicht nur die (vorübergehende) Entsendung erfasst. Auch sog. Auslandsarbeitsverhältnisse sind entgegen dem BAG<sup>88</sup> einzubeziehen, da die Betriebszugehörigkeit nicht davon abhängen kann, in welchem Teil der einheitlichen Organisation „Betrieb“ der fragliche Arbeitnehmer seine Arbeit begonnen hat.

Selbstständige Betriebe im Ausland fallen nicht unter das BetrVG. Eine Aufanglösung, die eine definitive Schlechterstellung vermeidet, kann jedoch in den meisten Fällen mit Hilfe von Tarifverträgen geschaffen werden. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG<sup>89</sup>, der die Literatur fast ausnahmslos zustimmt<sup>90</sup>, können sich Tarifverträge auch auf Auslandsarbeit erstrecken, die unter deutschem Recht geleistet wird<sup>91</sup>. Konsequenter Weise wird es deshalb auch als möglich angesehen, durch Tarifvertrag eine Interessenvertretung zu bilden, sofern die (meisten) Beschäftigten in der fraglichen Einheit nach deutschem Recht arbeiten und das ausländische Recht eine entsprechende Regelung nicht verbietet<sup>92</sup>. Soweit das BetrVG nicht eingreift, kommt § 3 Abs. 2 TVG auch in Bezug auf organisatorische Normen voll zur Geltung. Das BAG hat deshalb beispielsweise die tarifliche Errichtung einer Interessenvertretung in einem reinen Ausbildungsbetrieb gebilligt<sup>93</sup>. Eine solche Interessenvertretung wäre am Gesamt- bzw. Konzernbetriebsrat beteiligt, wenn sie dieselben Rechte wie ein von Gesetzes wegen verfasster Betriebsrat hat<sup>94</sup>. Möglich ist auch die Bildung einer Interessen-

<sup>87</sup> Eingehend *Däubler*, Betriebsverfassung in globalisierter Wirtschaft (1999), S. 25 ff. Ähnlich MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 22 Rn. 5 f.; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1250 und insbesondere *Junker* (Fn. 16), S. 374 ff.

<sup>88</sup> BAG AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG.

<sup>89</sup> BAG NZA 1991, 386; DB 1992, 98; AP Nr. 245 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; AP Nr. 180 zu § 626 BGB = ZTR 2005, 260.

<sup>90</sup> *Birk*, NJW 1978, 1837; MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 21 Rn. 50; *Däubler*, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl. (2006), Rn. 461; *ErfK/Schlachter* (Fn. 54), Art. 34 EGBGB Rn. 27; *Gamillscheg* (Fn. 61), S. 361; *Hergenröder*, AR-Blattei SD 1550.15 Rn. 83, 85; *HWK/Strick* (Fn. 19), Art. 27, 30, 34 EGBGB Rn. 48; MünchKommBGB/*Martiny* (Fn. 26), Art. 30 EGBGB Rn. 84; *Reiter*, NZA 2004, 1246, 1251; *Wiedemann/Thüsing*, 7. Aufl. (2007), § 1 TVG Rn. 95; anders nur *Löwisch/Rieble*, 2. Aufl. (2004), Grundlagen Rn. 90 ff.

<sup>91</sup> Umstritten ist nur, ob dies auch für Arbeit unter ausländischem Statut gilt. Dazu neuestens verneinend BAG RdA 2004, 175 mit berechtigter Kritik von *Schlachter*.

<sup>92</sup> Grundlegend *Junker* (Fn. 16), S. 377 ff. Weiter *Birk*, FS Beitzke (1979), S. 831, 857; *Däubler*, AuR 1990, 1, 9; *Gamillscheg*, Anm. zu BAG v. 30. 04. 1987, AP Nr. 15 zu § 12 SchwbG (Bl. 8); *Wiedemann/Thüsing* (Fn. 90), § 1 TVG Rn. 95; einschränkend *Walz*, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag (1981), S. 152.

<sup>93</sup> BAG NZA 2005, 371.

<sup>94</sup> So § 3 Abs. 5 BetrVG für die Fälle, in denen im Anwendungsbereich des BetrVG eine tarifliche an die Stelle einer gesetzlichen Interessenvertretung tritt.

vertretung durch einheitlich gestaltete Arbeitsverträge<sup>95</sup> – eine Konstellation, über die schon das RAG zu entscheiden hatte<sup>96</sup>. Allerdings kann eine solche privatautonom errichtete Vertretung keine Delegierten in den Gesamt- oder Konzernbetriebsrat entsenden.

Durch diese Möglichkeiten ist die prinzipielle Äquivalenz mit der Inlandsarbeit gewahrt. In der Betriebsverfassung wie im Tarifrecht öffnet das Gesetz nur die Türen; ob wirklich hindurchgegangen wird, hängt von den faktischen Umständen und der Distanz insbesondere des Arbeitgebers zum kollektiven Arbeitsrecht ab<sup>97</sup>.

Soweit das BetrVG Anwendung findet, hat man immer noch mit der Schwierigkeit zu kämpfen, dass nach einer älteren Entscheidung des BAG<sup>98</sup> der Betriebsrat auch keine Teilbetriebsversammlung im Ausland einberufen und durchführen darf. Die Literatur kritisiert dies fast einhellig<sup>99</sup>, weil es Handlungen des Betriebsrats wie Hoheitsakte behandelt, obwohl das Betriebsverfassungsrecht seit dem Zweiten Weltkrieg nicht mehr dem öffentlichen Recht zugeordnet wird. Es wäre wünschenswert, wenn die Rechtsprechung bald Gelegenheit bekäme, das im Zeitalter der Globalisierung wie ein Überbleibsel einer vergangenen Epoche erscheinende Judikat aus der Welt zu schaffen. Sie könnte sich hierbei nicht zuletzt auch auf klare Aussagen des Jubilars stützen<sup>100</sup>.

---

<sup>95</sup> So auch das BAG NZA 2002, 397 für ein Redaktionsstatut, das die Beteiligung von Tendenzträgern in mitbestimmungsfreien Angelegenheiten ermöglichte.

<sup>96</sup> RAG JW 1932, 606 mit Anm. *Kahn-Freund*.

<sup>97</sup> Zum hier nicht näher untersuchten Arbeitskampf s. *Däubler* (Fn. 90), Rn. 694 ff.

<sup>98</sup> BAG AP Nr. 3 zu § 42 BetrVG 1972 (Bl. 2).

<sup>99</sup> S. statt aller *Junker* (Fn. 15), S. 387 f.; *Mauer* (Fn. 9), Rn. 446.

<sup>100</sup> MünchArbR/*Birk* (Fn. 14), § 22 Rn. 19.



# Soziale Sicherheit als Menschenrecht

*Eberhard Eichenhofer*

## I. Fragestellung

### *1. Soziale Rechte – Menschenrechte?*

Deutschland schuf als erster Staat die Sozialversicherung. Diese begründet, gewährt und sichert über Jahrzehnte Rechtsansprüche auf Sozialleistungen und hat deswegen den Einzelnen zu überdauern, ist – anders formuliert – auf Nachhaltigkeit angelegt und anzulegen. Das Grundgesetz (GG) gewährleistet die soziale Sicherheit hingegen nicht als Menschenrecht. Diese Entscheidung wurde bewusst aufgrund der enttäuschenden Erfahrungen mit sozialen Grundrechten in der Weimarer Reichsverfassung<sup>1</sup> getroffen. Weil die darin reichlich enthaltenen sozialen Grundrechte von der Rechtsprechung als den Gesetzgeber nicht bindende Programmsätze<sup>2</sup> und damit als leer laufende Verfassungsgebote gedeutet wurden, sollte das GG keine sozialen Grundrechte erhalten<sup>3</sup>. Denn dessen Grundrechte sollten alle Staatsgewalten strikt binden. Zwar kennen einige Landesverfassungen das Recht auf soziale Sicherheit<sup>4</sup>. Da diese indes wesentlich durch Bundesrecht gestaltet wird, läuft deren landesverfassungsrechtliche Garantie leer. Gewiss genießt inzwischen auch die Rechtsstellung der Sozialversicherten verfassungsrechtlichen Schutz. Dieser ist jedoch nicht in einem Menschenrecht auf soziale Sicherheit eigens umrissen, sondern nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) von der Garantie des Eigentums umfasst<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Zur Entstehung dieser Grundrechte vgl. *Pauly*, Grundrechtslaboratorium Weimar (2004); *Brohm*, JZ 1994, 213; *Eichenhofer*, in: *ders.* (Hrsg.), 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben? (1999), S. 207.

<sup>2</sup> RGZ 113, 33, 37; 116, 268, 273.

<sup>3</sup> Vgl. dazu eindrucksvoll *Carlo Schmid*, Erinnerungen (1979), S. 373 f. „Auch gegen die von vielen gewünschte Einführung so genannter sozialer Grundrechte, an denen die Weimarer Verfassung so reich gewesen ist, habe ich mich energisch gewandt, waren sie doch nichts anderes als Programme und Tautologien oder Kennzeichnungen der Zustände, die bei vernünftigem Umgang mit den klassischen Grundrechten aus den praktischen Auseinandersetzungen hervorgehen sollten. Soziale Grundrechte können nur abstrakt und in Wunschform von uns heutigen an jene, die auf uns folgen werden, oder als Inhalt eines Sollens, formuliert werden. Der konkrete Inhalt müsste von Fall zu Fall von dem Gesetzgeber festgestellt werden.“

<sup>4</sup> Bayern (Art. 71), Berlin (Art. 22), Brandenburg (Art. 45), Sachsen (Art. 7).

<sup>5</sup> BVerfGE 53, 257; 100, 59; 100, 104; 100, 138; ähnlich im Rahmen der EMRK, grundlegend: ECHR Application Nr. 40892/98 (*Kona Poirrez ./. France*); Application Nr. 17371/90 (*Gaygusuz ./. Austria*); *Kjønstad*, in: van Langendonck (Hrsg.), *The right to social security*

## 2. Schutz der Menschenrechte und Grundrechte

Die Garantie der Menschenrechte ist freilich nicht im GG und den Landesverfassungen monopolisiert, so dass nicht nur als Menschenrecht anzusehen wäre, was auch als Grundrecht eigens verfassungsrechtlich ausgeformt ist. Spätestens seit 1948 sind die Menschenrechte Hervorbringungen des internationalen Rechts und die in den einzelnen Staaten gewährleisteten Menschenrechte haben mit jenen im Einklang zu stehen. Darin gelangt der grundlegende Wandel im juristischen Verständnis der Menschenrechte zum Ausdruck, der sich mit deren Proklamation durch die Vereinten Nationen im Jahr 1945 vollzog. Waren die Menschenrechte herkömmlich als „droits de l’homme et du citoyen“ zunächst als Garantien des einzelnen Nationalstaates dessen Männern (homme) und Staatsbürgern (citoyen) vorbehalten, sind sie seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges als ein den Menschen unmittelbar ohne Ansehen ihres Geschlechts oder ihrer Nationalität zukommende Rechtsstellung zu begreifen, die letztlich durch die internationale Rechtsordnung ausgeformt und den einzelnen Staaten zu Verwirklichung und Schutz vor- und aufgegeben sind. Auf dieser Sicht beruht auch das GG. Denn dieses bekennt sich zur „Unveräußerlichkeit“ (Art. 1 II GG), d. h. nationalstaatlichen Unverfügbarkeit der Menschenrechte, sowie zum Vorrang der allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts (Art. 25 GG) – welche genau dieses Menschenrechtsverständnis enthalten – sowie schließlich zur Einfügung Deutschlands in die europäischen Staaten- und Rechtsordnung (Art. 23 GG) als zentraler Auftrag. Im Übrigen sind die sozialen Menschenrechte in der geistesgeschichtlichen Tradition tief verankert und ebenso gesichert begründet wie gefestigt. Wie ließe sich der Zusammenhang zwischen der Menschenwürde und den sozialen Menschenrechten klarer und eindrücklicher formulieren als in dem berühmten Gedicht von *Friedrich Schiller*: „Würde des Menschen/Nichts mehr davon, ich bitt’ euch/Zu essen gebt ihm, zu wohnen/Habt ihr die Blöße bedeckt/Gibt sich die Würde von selbst.“

## 3. Soziale Sicherheit – international garantiertes Menschenrecht

Das internationale und Europarecht kennen indes zahlreiche und eingehend umschriebene Garantien sozialer Sicherheit als Menschenrecht. *Rolf Birk*<sup>6</sup> verstand es vorbildlich, das Völker-, Europa- und Kollisionsrecht der Arbeit und des sozialen Schutzes zu entfalten und begrifflich zu durchdringen<sup>7</sup>. Es soll im Folgenden der völker- und europarechtliche Schutz der sozialen Sicherheit als eines Menschenrechts zunächst aufgezeigt werden (II.). Daran soll sich eine Er-

---

(2006); vgl. *Boecken*, Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüchen und -anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland (1987); *Papier*, in: Sozialrechtshandbuch, 3. Aufl. (2003), Tz. 3–41 ff.

<sup>6</sup> MünchArbR/*Birk*, 2. Aufl. (2000), §§ 17–23.

<sup>7</sup> Vgl. auch grundlegend: *Nußberger*, Sozialstandards im Völkerrecht (2005).

örterung der Frage anschließen, ob die in Deutschland gegen die sozialen Grundrechte im Allgemeinen und ein Menschenrecht auf soziale Sicherheit im Besonderen vorgebrachten Bedenken angesichts der bestehenden international- und europarechtlichen Rechtslage letztlich noch überzeugen können (III.). Schließlich soll der Frage nachgegangen werden, was aus der international- und europarechtlichen Geltung eines Menschenrechts auf soziale Sicherheit für die deutsche Rechts- und Verfassungsordnung folgt (IV., V.).

## II. International- und europarechtliche Gewährleistungen eines Menschenrechts auf soziale Sicherheit

### 1. Überblick

Im internationalen und europäischen Recht ist die soziale Sicherheit als Menschenrecht anerkannt, umrissen und in seinen Einzeldimensionen in zahlreichen Regelungszusammenhängen, Teilrechtsordnungen und Rechtssetzungsakten enthalten<sup>8</sup>. Es findet sich in Art. 22 der allgemeinen Erklärung der Menschenrechte der Vereinten Nation (VN) (1948) und in Art. 9 des VN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (1966). Der Europarat anerkennt es in Art. 12 der Europäischen Sozialcharta (ESC). Ein Menschenrecht auf soziale Sicherheit; schließlich formuliert Art. 34 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU) auch ein Recht auf soziale Sicherheit. Eine besondere Ausprägung fand dieses Recht in dem Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) Nr. 102 über die Mindestbedingungen sozialer Sicherheit von 1952. Dieses formuliert die Anforderungen an die Mitgliedstaaten der IAO ihre Sozialrechtsordnung im Einklang mit diesen Geboten auszugestalten. Diese Norm umschreibt diese Rechte eingehend.

Das Recht auf soziale Sicherheit wird häufig gemeinsam mit den Rechten auf Gesundheit, Arbeit, Sozialhilfe, Wohnung oder Bildung<sup>9</sup> als Menschenrechte der „zweiten Generation“ bezeichnet. Mit dieser Umschreibung soll verdeutlicht werden, dass die sozialen Rechte entstehungsgeschichtlich zwischen den bürgerlichen und politischen Rechten als den Menschenrechten der ersten Generation einerseits und den ökologischen wie auf Entwicklung gerichteten Menschenrechten der dritten Generation andererseits einzuordnen sind. Die grundlegenden bürgerlichen und politischen Rechte wurden im Ausgang des 18. Jahrhunderts, die elementaren sozialen und ökologischen Rechte hingegen erst

---

<sup>8</sup> Vgl. eingehend *van Langendonck*, FS Zacher (1998), S. 477 ff.; *ders.*, in: Liber Memorialis Béatrice van Buggenhaut (2003), S. 613; *Nußberger* (Fn. 7); knapp, jedoch informativ Dreier/*Gröschner*, 2. Aufl. (1998), Art. 20 GG Sozialstaat Rn. 11 f.

<sup>9</sup> *Pieters*, Sociale Rechten (1981), S. 125 ff.

später, nämlich im Verlaufe des 20. Jahrhunderts als Menschenrechte formuliert<sup>10</sup>.

## 2. *Übereinkommen Nr. 102 der IAO über die Mindestbedingungen sozialer Sicherheit*

Das 1952 verabschiedete IAO-Übereinkommen Nr. 102 über die Mindestbedingungen sozialer Sicherheit bestimmt soziale Sicherheit als ein System sozialen Schutzes, welches individuelle Rechts- und Leistungsansprüche bei Verwirklichung sozialer Risiken begründet. Das Übereinkommen unterscheidet neun soziale Risiken – nämlich Behandlungsbedürftigkeit und Einkommensverlust bei Krankheit und Mutterschaft, Arbeitslosigkeit, Alter, Arbeitsunfall und Berufskrankheiten, Familien-Unterhaltslasten, Invalidität und die Stellung als Hinterbliebener. Das Recht auf soziale Sicherheit ist danach nur gewährleistet, wenn für zumindest drei der genannten neun sozialen Risiken Schutz gewährt wird. Der Schutz geschieht durch Schaffung eines entsprechenden Systems, das wenigstens 50% der Arbeitnehmer oder 20% der Einwohner eines Staates umfassen, und dessen Geldleistungen bei Krankheit, Arbeitslosigkeit, Alter, Arbeitsunfall und Mutterschaft, Invalidität und im Hinterbliebenenfall wiederkehrende Zuwendungen in Höhe von wenigstens 40–50% des risikobedingt entfallenden Einkommens des Gesicherten betragen muss. Die danach begründeten Rechtsansprüche auf Gewährleistung dürften des Weiteren nur unter speziell umrissenen Ausnahmetatbeständen zum Ruhen gebracht werden, nämlich bei Betrug, Herbeiführung des Leistungsfalls durch Verbrechen, Vergehen oder sonstiges vorsätzliches Handeln, Unterlassen zumutbarer Mitwirkung, freiwilligem oder unmittelbar streikbedingtem Arbeitsverlust oder bei Witwenrenten, falls die Witwe in eheähnlicher Gemeinschaft lebt (von den Witwern ist dagegen keine Rede).

## 3. *Art. 12 ESC*

Das in Art. 12 ESC enthaltene Recht auf soziale Sicherheit<sup>11</sup> wird durch die Garantien der sozialen und medizinischen Hilfe (Art. 13 ESC) und auf soziale Dienste (Art. 14 ESC) als Menschenrechte ergänzt. Nach Art. 12 ESC haben die Vertragsstaaten – also die Mitgliedstaaten des Europarats – ein System sozialer Sicherheit zu errichten und aufrecht zu erhalten. In dieser Verpflichtung nimmt die ESC auf das IAO-Übereinkommen Nr. 102 den Mindestbedingungen sozialer Sicherheit und den ebenfalls vom Europarat verabschiedeten europäischen

<sup>10</sup> Voigt, *Geschichtliche Grundrechte* (1948).

<sup>11</sup> Wiebringhaus, FS Berenstein (1989), S. 355; *Concill le Europe*, Social Protection in the European Social Charter (1999); Nußberger (Fn. 7), S. 261 ff.

Codex für soziale Sicherheit (European Code of Social Security, 1990) Bezug<sup>12</sup>. Letzterer ist ersterem konzeptionell nachempfunden, sieht jedoch als Minimum den Schutz für sechs statt drei soziale Risiken vor. Des Weiteren werden höhere Anforderungen an die personelle und sachliche Reichweite des Schutzes getroffen. Auch im Rahmen des Art. 12 ESC wird soziale Sicherheit mithin als Schutz vor den anerkannten sozialen Risiken verstanden.

Als eine weitere Verpflichtung im Rahmen der Gewährleistung des Rechts auf soziale Sicherheit sieht Art. 12 ESC vor, dass sich die Mitgliedstaaten darum zu bemühen hätten, ihr System sozialer Sicherheit fortschreitend auf ein höheres Niveau anzuheben. Damit soll der dynamische Charakter des Rechts auf soziale Sicherheit unterstrichen werden. Als die Bestimmung 1961 inmitten der Wiederaufbauphase nach dem Zweiten Weltkrieg geschaffen wurde, galt sozialer Fortschritt als notwendige Folge und Begleiterscheinung wirtschaftlichen Fortschritts. In jener Zeit ungebrochenen Wachstums wurde auch der soziale Fortschritt als die fortgesetzte Ausweitung der personellen und sachlichen Bedingungen sozialer Sicherheit verstanden. Schließlich gibt Art. 12 ESC den Vertragsstaaten als weitere Verpflichtung auf, das Recht auf soziale Sicherung international zu sichern. Dafür sei die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen aller Vertragsstaaten in der sozialen Sicherung zu gewährleisten, des Weiteren die uneingeschränkte Ausfuhr von sozialrechtlichen Geldleistungen zu sichern sowie sozialrechtliche Anwartschaften im Zuge des Erwerbsvorgangs zu erhalten. Diese Verpflichtung gebietet mithin Regeln zu schaffen, die einen Rechtsverlust durch Zugehörigkeit zu mehreren Sozialleistungssystemen mehrerer Vertragsstaaten verhindert und stattdessen wohlerworbene Ansprüche auf sozialen Schutz sichert und erhält.

In der Auslegung dieser Bestimmungen durch das European Committee of Social Rights – dem *Rolf Birk* seit mehr als einem Jahrzehnt angehört – hat das System mehrere soziale Risiken zu erfassen, Minderleistungen zu gewähren, einen beträchtlichen Teil der Bevölkerung zu erfassen, öffentlich verwaltet und kollektiv finanziert zu werden<sup>13</sup>. Zu Recht deutet *Rolf Birk* die in Art. 12 Abs. 3 ESC getroffene Bestimmung als „Regressions- oder Rückschrittsverbot“<sup>14</sup> – nicht frei von „Sozialromantik“ – „apolitisch“, denn „sie will den politischen Handlungsspielraum einengen“<sup>15</sup>. Art. 12 Abs. 4 ESC birgt jedenfalls das noch nicht voll entfaltete Potential, unter den Mitgliedstaaten des Europarats ein Koordinationswerk unter den Sozialleistungssystemen zu schaffen, welches dem der EG nahe kommt<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> Vgl. dazu *Prétot*, *Le droit social européen* (1990), S. 19.

<sup>13</sup> *Birk*, FS Baron von Maydell (2002), S. 27, 33.

<sup>14</sup> *Birk* (Fn. 13), S. 35.

<sup>15</sup> *Birk* (Fn. 13), S. 35.

<sup>16</sup> *Birk* (Fn. 13), S. 36f.

#### 4. EU-Grundrechtecharta und EU-Verfassung

Es heißt ferner in der 2000 feierlich proklamierten, jedoch noch unverbindlichen „Charta der Grundrechte der EU“: „Die Union anerkennt und achtet das Recht auf Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und zu den sozialen Rechten, die in solchen Fällen wie Mutterschutz, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie ein Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten, nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts und der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten“<sup>17</sup>. Diese Gewährleistung soll gleichlautend in Art. II-94 EU-Verfassung (Grundlagenvertrag) als verbindliches soziales Grundrecht aufgenommen werden, ganz ebenso wie die in der EU mit rechtmäßigem Aufenthalt wohnenden Personen ein Recht auf Leistungen der sozialen Sicherheit und sozialer Vergünstigungen haben<sup>18</sup> sowie ein Recht auf soziale Unterstützung und Unterstützung für die Wohnung, welche die EU-Verfassung im Kampf gegen soziale Ausgrenzung und Armut ebenfalls als soziale Menschenrechte eigenständig anerkennt.<sup>19</sup>

### III. Prinzipielle Bedenken gegen die Anerkennung des Rechts auf soziale Sicherheit

#### 1. Offene Fragen an ein Menschenrecht auf soziale Sicherheit

Trotz der Vielfalt und Vielgestaltigkeit der rechtlichen Bestimmungen bestehen grundsätzliche Zweifel, ob soziale Sicherheit ein tauglicher Gegenstand einer menschenrechtlichen Garantie sein kann. Ist dessen Inhalt und Struktur hinlänglich klar und durchsichtig? Enthalten solche Aussagen also mehr denn die Bekundung eines politischen Willens? Das Recht auf soziale Sicherheit ist dem Gesetzgeber zur näheren inhaltlichen Ausformung überantwortet. Dieser wird in seinem Handeln also nicht begrenzt und zur Untätigkeit bestimmt, sondern gerade umgekehrt zum legislatorischen und administrativen Handeln verpflichtet und angehalten. Kann aber ein Recht als Menschenrecht angesehen werden, das mit seiner gesetzgeberischen Ausgestaltung steht und fällt – zumal es an ökonomische Bedingungen gebunden ist, welche die Verfassung nicht selbst zu schaffen imstande ist?

Die in diesen Zweifelsfragen anklingende Skepsis gegenüber sozialen Rechten, welche die bisherige deutsche Diskussion um soziale Grundrechte durch-

<sup>17</sup> Art. 34 I Charta der Grundrechte der EU; vgl. dazu *Riedel*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU (2003), Art. 34 Rn. 2ff.

<sup>18</sup> Vgl. derzeit Art. 34 II Charta der Grundrechte der EU, künftig Art. II-94 (2) EU-Verf.

<sup>19</sup> Art. II-94 (3) EU-Verf. = Art. 34 III Charta der Grundrechte der EU.

zieht<sup>20</sup>, ist beileibe nicht auf das Verfassungsrecht beschränkt. Skeptiker finden sich auch außerhalb des Kreises der Juristen, auch bei denen, welche sich gegen soziale Missstände beherzter als andere erklärten und für deren Überwindung deutlicher als andere eintraten. So spricht Berthold Brecht in einem seiner weniger feinsinnigen Gedichte – dem „Einheitsfrontlied“ – mit Blick auf die Rechtsetzungstätigkeit von Völkerbund und Internationaler Arbeitsorganisation reichlich abfällig: „Es macht uns kein Geschwätz nicht satt/Das schafft kein Essen her!“

## 2. Sind soziale Menschenrechte gegenüber bürgerlichen und politischen Rechten verschieden?

In der deutschen akademischen Debatte findet sich vor allem das Argument, soziale Grundrechte seien von den bürgerlichen und politischen Rechten prinzipiell unterschieden. Während diese auf den Schutz der menschlichen Freiheit von jeglicher Staatsintervention ausgerichtet seien, seien jene auf die ökonomische Teilhabe gerichtet. In der Begriffswelt der Statuslehre von *Georg Jellinek*<sup>21</sup> markierten diese den „status negativus“, wogegen jene den „status positivus“ umschrieben. Nur jener taue zum Grundrecht, dieser sei dagegen dem „einfachen Recht“ zu schaffen vorbehalten.

Diese Gegenüberstellung wird aber zunächst einmal schon den bürgerlichen und politischen Rechten nicht gerecht, wären sie in dieser Deutung doch als Raum vorgeblich natürlicher Freiheit von Grund auf missverstanden. Gewiss dienen sie der Entfaltung des Einzelnen als Individuum jenseits staatlicher Einwirkung und darin liegt ihr guter Sinn. Diese Sicht wird indes dem eigentlichen gesellschaftlichen Gehalt, der gerade auch die bürgerlichen Freiheiten auszeichnet – von den politischen ganz zu schweigen! –, nicht im Ansatz gerecht. Auch die bürgerlichen und politischen Rechte entfalten ihre Bedeutung nur in einem gesellschaftlichen Zusammenhang. Die politische und Rechtsgeschichte belehrt darüber, dass die Glaubensfreiheit erst unter den Bedingungen der Glaubensverschiedenheit Bedeutung erlangen konnte, nämlich als die Lösung eines Konflikts über Religionsausübung in einer Gesellschaft, in der religiöse Unterschiede aufkamen und militant ausgefochten wurden<sup>22</sup>. Die Meinungsfreiheit ist belanglos, falls die Meinungsäußerung von niemandem vernommen wird. Der Sinn von Meinungsfreiheit erschließt sich also nur im Kontext gesellschaftlicher Kommunikation. Die Eheschließungsfreiheit bedeutet nichts für jemanden, der keinen Partner hat oder findet oder sucht. Die bürgerlichen Freiheiten sind also nicht um des Schutzes des Einzelnen als eines natürlichen Wesens gewährleistet.

<sup>20</sup> Brunner, Die Problematik der sozialen Grundrechte (1971); Lücke, AöR 104 (1982), 15; Müller, Soziale Grundrechte, 2. Aufl. (1981); Murswick, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 5, 2. Aufl. (2000), § 112.

<sup>21</sup> Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. (1976), S. 419 ff.

<sup>22</sup> Klassisch: Locke, Ein Brief über Toleranz (Nachdruck 1996).

Sie dienen vielmehr der Freiheitssicherung im gesellschaftlichen Zusammenwirken<sup>23</sup>. Alle Menschenrechte setzen solches also geradewegs voraus, um die Teilhabe aller am gesellschaftlichen Leben zu sichern. Der Status negativus wird also gewährleistet, um den Status positivus eines jeden zu begründen.

Den Menschenrechten gereicht weiter die staatliche Gewalt zur impliziten Vorbedingung. Politische Rechte sind ohne diese Annahme gar nicht zu denken, geben sie doch Anrechte auf Teilhabe an der Hervorbringung und Ausübung der Staatsgewalt. Diese Überlegung gilt aber auch für die bürgerlichen Freiheitsrechte, die ohne den Staat nicht ausgeübt, ja nicht einmal gedacht werden können und gerade deshalb ein Recht auf ein bestimmtes Staatshandeln begründen. Die Eheschließungsfreiheit verlangt nicht nach einem Eherecht, das ohne staatliche Formalitäten (Standesbeamte, Urkundenerrichtung und Registrierung der Eheschließung) auskommt, sondern gebietet, dass bei Ausgestaltung dieser Formalitäten die Eheschließungsfreiheit entfaltet und nicht behindert oder erschwert wird. Die Vereinigungsfreiheit verlangt nicht, dass Vereinigungen ohne öffentliche Registrierungen gegründet werden können, wohl aber, dass die Registrierung der Vereinigung nicht von deren Zusammensetzung oder deren Zweck abhängig gemacht wird.

Angesichts dessen ist der Unterschied zwischen den bürgerlichen und politischen Rechten einerseits, den sozialen Menschenrechten andererseits nicht von prinzipieller, sondern von lediglich gradueller Natur.

Ganz offenkundig begründen soziale Rechte Teilhabeansprüche. Ferner beruhen Sozialrechte auf staatlicher Macht, namentlich der Befugnis des Staates zur Rechtsetzung und damit verbunden zur Begründung rechtlicher Institutionen – einerlei, ob diese der gesellschaftlichen oder staatlichen Sphäre angehören. Sozialrecht ist notwendig auf staatliches Handeln angewiesen, ja angelegt, weil die Begründung individueller sozialer Rechte nur durch Auferlegung von Verpflichtungen gegenüber anderen möglich ist. Aber wiewohl soziale Rechte Leistungsansprüche begründen, wohnt ihnen auch ein abwehrrechtliches Moment inne. Nur dieses erklärt, dass sie auch als Eigentum begriffen werden können<sup>24</sup>. Diese Verpflichtungen sind allgemein und bindend auszugestalten, weil nur so soziale Rechte individuell wirken können. Das Recht auf soziale Sicherheit zeigt dies klar: Die Ansprüche des Einzelnen sind gegen Sozialverwaltungen gerichtet, die ihrerseits andere mit Beiträgen belasten können. Jedes individuelle soziale Recht hat deshalb eine kollektive, eben soziale Komponente. Die Forderungen der Freiheit und Gleichheit konkurrieren und kollidieren und müssen als gleiche Freiheit aller zum Ausgleich durch gesetzgeberische Entscheidung

---

<sup>23</sup> *Ossenbühl*, in: Merten/Papier (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, Bd.1 (2004); *Bryde*, *Programmatik und Normativität der Grundrechte*, §17 Rn. 54 ff.

<sup>24</sup> So auch der EuGH HR, Int. AuslR 1997, 1 ff.; 30.09. 2003 (Poirrez).

gebracht werden<sup>25</sup>. Dabei kommt den Sozialleistungsberechtigten kein Vorrang gegenüber den zur Finanzierung der Sozialleistungen Verpflichteten zu.

Soziale Rechte sind zwar an den Staat gerichtet; aber ihr eigentlicher Adressat sind die anderen Menschen. Dies kann nicht nur am Recht auf Arbeit gezeigt werden, das zwar den Staat verpflichtet, dessen Erfolg aber letztlich davon abhängt, dass sich für den Arbeitsuchenden ein beschäftigungswilliger Arbeitgeber findet. Auch das Recht auf soziale Sicherheit hängt von der Solidarität der „Solidargemeinschaft“ ab, einer Körperschaft, welche die Gruppe gleichartig von einem sozialen Risiko Gefährdeter eigens zusammenführt, welche unabhängig von der Solidarität der staatlichen Gemeinschaft nach eigenen Regeln ihre Lasten auferlegt, trägt und teilt. Soziale Rechte sind deshalb nicht unbedingte, sondern stets nur durch Gesetzgebungsakte bedingte Rechte. Das Recht auf Arbeit hängt von einem Arbeitsvermittlungswesen und der Arbeitsgesetzgebung ab, das Recht auf soziale Sicherheit fordert die Organisationskraft des Staates, die sie tragenden Solidargemeinschaften zusammenzuführen und -zuhalten. In diesem Sinne sind soziale Rechte stets auf Institutionenbildung angelegt, in deren Folge notwendig Bürokratie entsteht. Institutionen bringen Rechte hervor, indem sie deren Mitglieder verpflichten. In der Erhaltung der Institutionen liegt Rechtssicherheit<sup>26</sup>. Aber darin liegt – wie gezeigt – keine Besonderheit sozialer Rechte, sondern dieses Moment findet sich ganz ebenso bei den bürgerlichen und politischen Rechten.

### 3. *Ökonomische Substanz sozialer Rechte und Auswirkungen auf deren Rechtsqualität*

Soziale Rechte sind auf das ökonomische System bezogen, in welchem sie den Berechtigten jeweils Teilhabechancen gewähren. Sie beruhen zwar auf dem Prinzip der decommodification (*Gøsta Esping-Anderson*)<sup>27</sup>, gewähren also Geld- und Dienstleistungen ohne Gegenleistung einseitig aufgrund rechtlicher Ansprüche. Dies bedeutet freilich nicht, dass die für den Berechtigten ohne Gegenleistung begründeten Leistungsansprüche gänzlich ohne ökonomischen Transfer bereitgestellt würden. Im Gegenteil, gerade weil sie den Berechtigten nichts kosten, müssen sie von der Solidargemeinschaft erbracht und damit auch finanziell getragen werden. Des einen Recht ist deshalb stets des anderen Last. Können aber Gegenstand eines Menschenrechts Leistungen sein, die andere notwendig mit deren Beschaffungskosten belasten?

*Ernst Forsthoff*<sup>28</sup> gab darauf einst die ebenso kategorische wie barsche Antwort: „Eine Verfassung kann nicht Sozialgesetz sein“, weil jede sozialrechtliche Gewährung mit einem Transfer verknüpft und damit an die jeweilige, ökonomische

<sup>25</sup> *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992 (1998), S. 104f.

<sup>26</sup> *Westerhäll*, *European Journal of Social Security* 6 (2004), S. 335.

<sup>27</sup> *Esping-Anderson*, *The Three Worlds of Welfare Capitalism* (1990).

<sup>28</sup> *Forsthoff*, in: ders. (Hrsg.), *Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit* (1968), S. 165, 180.

misch determinierte Fähigkeit von Staat und Gesellschaft zum Transfer gebunden sei.

Freilich fordert auch der Schutz elementar bürgerlicher Rechte staatliche Aufwendungen. Das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit ist an eine funktionierende Gefahrenabwehr gebunden. Der Staat muss dafür eine Polizei und auch ein öffentliches Gesundheitswesen aufrechterhalten. Das Recht auf Versammlungsfreiheit fordert polizeilichen Schutz. Vereinigungs- und Eheschließungsfreiheit verlangen nach Unterhaltung von Behörden und Gerichten, deren Unterhalt um der Freiheit der Berechtigten willen allgemein finanziert werden muss und nicht ausschließlich von den Nutznießern dieser Freiheit getragen werden kann, mithin als öffentliche Aufgabe öffentlich zu tragen ist. Der Gebrauch politischer Rechte kostet ebenfalls Geld, bis hin zur staatlichen Parteienfinanzierung.

Bürgerliche und politische Freiheiten sind daher bei näherer Betrachtung durchaus mit öffentlichen Lasten verbunden, ohne dass daraus Bedenken hinsichtlich ihrer Anerkennungsfähigkeit als Menschenrecht erwachsen. Bei dem Recht auf soziale Sicherheit kommt hinzu, dass dieses von vorneherein und insoweit für alle Berechtigten wie Verpflichteten auf die solidarische Tragung von Risiken angelegt ist. Ganz regelmäßig zeigt sich die Sozialversicherung dem Gesicherten nämlich zunächst von ihrer einnehmenden Seite als Beiträge einfordernde und erhebende Institution. Weil der Modus solidarischer Lastentragung, also in der sozialen Sicherheit von vorneherein angelegt ist, kann daraus kein Argument für deren fehlende Menschenrechtsqualität gewonnen werden.

Wer schließlich mit *Amartya Sen*<sup>29</sup>, *Martha C. Nussbaum*<sup>30</sup> und *Avishai Margalit*<sup>31</sup> die Funktion des Gemeinwesens in der Sicherung der Teilhabe jedes Einzelnen am gesellschaftlichen Leben (functioning) und der Ermöglichung der Entfaltung der Fähigkeiten jedes Einzelnen (capabilities) zum gemeinen Besten mit dem Ziel einer „anständigen Gesellschaft“ sieht, in welchem jedem durch das Recht ein Leben in Würde zu gewährleisten ist, das seinerseits durch die Menschenrechte formuliert ist, dann müssen auch die sozialen Rechte zu solchen Garantien einschließlich des Rechts auf soziale Sicherheit gehören. Ja mehr: Dann kommt gerade dieser Garantie die wichtige Aufgabe zu, die Bedingungen der Möglichkeit zur Entfaltung der anderen zivilen und politischen Menschenrechte erst eigentlich zu schaffen und den Gebrauch der anderen Rechte somit erst eigentlich zu ermöglichen<sup>32</sup>. Deswegen ist das Menschenrecht auf soziale Sicherheit freilich den anderen Rechten nicht vorzustellen oder gar vorzuziehen. Nicht minder wichtig erscheint aber umgekehrt, das Recht auf soziale Sicherheit gegenüber anderen Menschenrechten nicht zurückzusetzen und in seiner Bedeutung gering zu schätzen.

<sup>29</sup> *Sen*, *Development as Freedom* (1999); *ibid.*, *inequality re-examined* (1992).

<sup>30</sup> *Nussbaum*, *Woman and human development, the capabilities approach* (2000).

<sup>31</sup> *Margalit*, *The Decent Society* (1991), dt., *Die anständige Gesellschaft* (1997).

<sup>32</sup> *Gosepath*, *Soziale Menschenrechte – die vergessenen Rechte?* (2001), S. 15 ff., 32 ff.

Diese Sicht findet ihre Basis in einer „funktionalen Theorie des Sozialstaats“<sup>33</sup>. Sie formuliert die in dem bereits zitierten *Schiller*-Gedicht glänzend umschriebene Einsicht, dass die Freiheit des Menschen an rechtliche, juristische und soziale Rahmenbedingungen geknüpft ist, die ihrerseits die Bedingungen für die Möglichkeiten menschlicher Freiheit schaffen. Gewiss lässt sich – um eine alte Streitfrage zwischen Ost und West in der Zeit des Kalten Krieges nochmals aufzugreifen – der Menschenrechtsschutz nicht auf soziale Garantien verkürzen; genau so verkürzend wäre es aber, in der Diskussion um Menschenrechte von deren sozialstaatlichen und sozialrechtlichen Bedingungen abstrahieren zu wollen. Soziale Grundrechte stellen den Versuch dar, die Menschenrechte in die gesellschaftliche Sphäre zu überführen, eine wie immer begründete Drittwirkung der Menschenrechte herbeizuführen. Grund- und Menschenrechte werden damit zu Grundbedingungen menschlicher Existenz, die nicht nur die Freiheit vom, sondern auch im Staat wie in der Gesellschaft – also den Menschen untereinander – zu sichern haben.

#### IV. Was folgt aus den international- und europarechtlichen Gewährleistungen für das deutsche Recht?

##### 1. International- und europarechtliche Wirkungen

Im Verhältnis zu den die genannten Rechtsakte erlassenden internationalen und europäischen Institutionen entfalten die Garantien sozialer Rechte – namentlich das Recht auf soziale Sicherheit – durchweg eine verpflichtende Kraft und Wirkung in dem völkerrechtlichen Rahmen, der Deutschland mit der jeweiligen internationalen Organisation verbindet, der es damit aber zugleich auch bindet. Diese selbst, andere Staaten oder innerhalb der IAO auch Arbeitgeberverbände oder Gewerkschaften einzelner Staaten können spezielle Kontrollgremien dieser Organisationen anrufen, welche die Vereinbarkeit nationaler Regelungen mit den internationalen Gewährleistungen zu überprüfen haben. Sollte Deutschland das zweite Zusatzprotokoll<sup>34</sup> zum internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zeichnen – was im Interesse einer Stärkung des sozialen Menschenrechtsschutzes mir dringend geboten erscheint –, so stünde sogar jedem Einzelnen das Recht auf Individualbeschwerde gegen einen die international begründeten sozialrechtlichen Garantien nicht beachtenden oder verletzenden Staat zu. Sollten die dafür bestehenden Kontrollgremien eine Verletzung der internationalrechtlichen Gewährleistung feststellen, so wäre jeder

---

<sup>33</sup> Höffe, Politische Gerechtigkeit (1987), S. 409ff.; in dieser Tradition stehend Dreier/*Gröschner* (Fn. 8), Art. 20 GG Sozialstaat, Rn. 15ff., 25ff., 36ff.

<sup>34</sup> Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen, Menschenrechtskommission, Entwurf eines Zusatzprotokolls zum Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, E/CN.4/1997/105 vom 18. 12. 1996.

dem jeweiligen internationalen Regelwerk unterworfenen Staat verpflichtet, die konkret beanstandeten Rechtsverstöße aufzuheben. Auf das erörterte Beispiel eines Rechts auf soziale Sicherheit bezogen, hieße dies, dessen Verletzungen durch einzelstaatliche Rechtsänderungen zu unterbinden. Auf diese Weise wird international verbürgt, dass die Gewährleistungen internationalen Rechts auch innerstaatlich beachtet und verwirklicht werden. Diese Funktion internationalen Rechts ist namentlich für das Recht auf soziale Sicherheit wichtig, steht und fällt dieses doch durch die innerstaatliche Gesetzgebung. Denn wie gezeigt, ist das Recht auf soziale Sicherheit an den Auf- und Ausbau von Systemen sozialer Sicherheit gebunden – Systeme, die mittels nationaler Gesetzgebung geschaffen werden.

## 2. Innerstaatliche Wirkung

Schwieriger gestaltet sich die innerstaatliche Wirkung der internationalen Garantien. Regelmäßig pflegen IAO-Übereinkommen oder Rechtsakte wie die Europäische Sozialcharta durch Bundesgesetz in Deutschland angenommen und damit in das deutsche Recht überführt zu werden. Innerstaatlich gelten diese Rechtsakte durchweg im Rang eines Bundesgesetzes. Sie stehen mithin im Rang unter der Verfassung als „einfaches Recht“ – wiewohl dieses fast regelmäßig weit komplexer als jene ist, was sich aus deren höherem Abstraktionsgrad erklärt. Dieses Rangverhältnis gilt auch für die in internationalen Rechtsakten enthaltenen Menschenrechte. Daraus folgert das BVerfG<sup>35</sup> und die ihm insoweit weit hin folgende Literatur<sup>36</sup>, dass die internationalrechtlichen Verpflichtungen unter dem GG nur bänden, falls diese selbst mit dem GG im Einklang stünden. Weil dieses sich grundsätzlich zum Vorrang von Völker- und Europarecht bekennt (Art. 25 GG) und deswegen eine völkerrechtsfreundliche Auslegung internationaler Rechtsakte von Verfassungs wegen geboten ist, sei die Übertragung internationaler Normen in innerstaatliche Gesetzgebungsakte im Regelfall auch zu bejahen.

Diese Lösung macht den internationalrechtlichen Geltungsanspruch eines in diesen Rechtsakten formulierten Menschenrechts freilich von dessen Vereinbarkeit mit dem GG abhängig, dessen authentischer Interpretation durch das BVerfG insoweit stets das letzte Wort zukommt. Für das Menschenrecht auf soziale Sicherheit hätte dies zur Folge, dass es innerstaatlich als Menschenrecht nur insoweit anzuerkennen wäre, wie es mit den entsprechenden innerstaatlichen Gewährleistungen der Grundrechte, für das Recht auf soziale Sicherheit namentlich der Eigentumsgarantie und eingeschränkt dem Sozialstaatsprinzip im Einklang stünde.

---

<sup>35</sup> BVerfGE 111, 307 (Görgülü-Beschluss).

<sup>36</sup> Vgl. dazu auch *Papier*, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 09. 12. 2004; *Bergmann*, EuGRZ 2004, 620 ff. m. w. N.; *Grupp/Stelkens*, DVBl. 2005, 133.

Die konzeptionale Basis dieses Ansatzes liegt in einem dualistischen Verständnis der Beziehungen zwischen Völker- und innerstaatlichem Recht. Dieses Verständnis kollidiert indes mit dem völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz, welcher schon um der Sicherung seiner Wirkungen willen auf einem monistischen Verständnis jenes Verhältnisses aufbaut, weil nur unter dieser Prämisse dieses auf seine Vereinbarkeit mit jenem überprüft werden kann.

Für das supranationale Recht der EU ist der monistische Grundansatz ganz und gar leitend, weil nur in ihm der Geltungsvorrang des EU-Rechts vor dem Recht der Mitgliedstaaten gedacht, aufrechterhalten und gerechtfertigt werden kann. Aus dem Blickwinkel des EU-Rechts ist dieses für die Mitgliedstaaten also nicht als „einfaches Recht“ zu betrachten; es geht vielmehr jeglichem mitgliedstaatlichen Recht vor – selbst dessen Verfassung. Deswegen kann dem EU-Rechtsvorrang nur mit dem Argument entgegengetreten werden, die EU handle ultra vires. Diese Feststellung zu treffen, kommt indes – und darin liegt der Denkfehler in der Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>37</sup> – dem EuGH und nicht irgendeiner Verfassungsgerichtsbarkeit irgendeines der gegenwärtig 27, bald über 30 Mitgliedstaaten zu.

Im Kontext des Europarechts ist deswegen ein in der EU-Verfassung verankertes soziales Menschenrecht auf Zugang zu den Einrichtungen sozialer Sicherheit unabhängig davon gültig, ob es auf der Ebene des Verfassungsrechts der einzelnen Mitgliedstaaten ebenfalls als solches anerkannt worden ist. Weil die EU-Verfassung der Europäischen Sozialcharta in den Kontext des EU-Menschenrechtsschutzes einbezieht und diese ihrerseits auf die Gewährleistungen des IAO-Übereinkommens Bezug nimmt, haben die im internationalen und europäischen Recht formulierten Gewährleistungen eines Rechts auf soziale Sicherheit auch für die deutsche Verfassungstheorie und -praxis eine unmittelbare Bedeutung und einen nicht mehr zu leugnenden Rang. Einerlei ob die deutsche Verfassung und deren Interpreten dieses Recht kennen oder anerkennen oder vielmehr im Gegenteil als einen legislatorischen Missgriff oder konzeptionellen Irrweg ansehen, fordert eine völker- und europarechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes und damit der Überwindung des Dualismus von internationalem und innerstaatlichem Recht die Anerkennung eines Menschenrechts auf soziale Sicherheit auch im Rahmen der deutschen Verfassung.

### 3. *Hat das Recht auf soziale Sicherheit substantiellen Gehalt?*

Spätestens mit Einräumung eines Rechts auf soziale Sicherheit im Rahmen der Grundrechtecharta der EU und der EU-Verfassung – die beide die gemeineuropäische Substanz an menschenrechtlichen Gewährleistungen umreißen – ist das Menschenrecht auf soziale Sicherheit auch für die EU-Mitgliedstaaten als Menschenrecht anerkannt und deshalb auch von den Mitgliedstaaten anzuerkennen.

---

<sup>37</sup> BVerfGE 93, 155; kritisch dazu *Tomuschat*, EuGRZ 1993, 489 ff.

Deshalb ist abschließend zu fragen: Was folgt daraus für die deutsche Rechtsordnung?

Gewiss wird dieses Menschenrecht nicht dafür in Anspruch genommen werden können, die Forderungen nach Einführung neuer Zweige sozialer Sicherheit oder auch nur eine weitere Anhebung sozialer Leistungen zu begründen. Denn gemessen an den international- und europarechtlichen Gewährleistungen verfügt Deutschland über ein ausgebautes System sozialer Sicherheit, das einen ähnlich guten Schutz wie auch in anderen Mitgliedstaaten der EU findet. Das deutsche Sozialrecht bietet einen umfassenden, die Anforderungen der IAO übertreffenden Schutz bei den neuen international anerkannten sozialen Risiken. Das Menschenrecht auf soziale Sicherheit wird ferner nicht zur Abwehr der für die nähere wie weitere Zukunft zu erwartenden Kürzungen sozialer Leistungen in Anspruch genommen werden können, vorausgesetzt, diese sollen langfristig die Institutionen sozialer Sicherheit auch in der ferneren Zukunft aufrechtzuerhalten helfen. Solche Akte der Beschränkung sozialer Rechte lassen sich jeweils mit dem Argument rechtfertigen, dass die Voraussetzungen sozialer Sicherheit nur um den Preis der Belastung anderer und den dafür erforderlichen Aufwendungen möglich sind, weshalb der zur Ausgestaltung sozialer Sicherheit befugte und berufene Gesetzgeber stets und unausweichlich einen Ausgleich zwischen den Vorteilen der Berechtigten auf der einen Seite und den Lasten der Pflichtigen auf der anderen Seite zu treffen hat.

Das Recht auf soziale Sicherheit hat dennoch gerade für das deutsche Sozialrecht Gewicht, namentlich im Hinblick auf dessen gruppenspezifische Differenzierung, in Sonderheit, seiner nach wie vor ungebrochenen Ausrichtung auf die Arbeitnehmerschaft. Nach dem Grundverständnis der deutschen Sozialpolitik drohen die anerkannten sozialen Risiken primär den Arbeitnehmern. Andere Gruppen der Gesellschaft seien dagegen – da sie nicht abhängig beschäftigt und deshalb nicht schutzbedürftig seien – nicht ähnlich wie Arbeitnehmer auf soziale Vorsorge angewiesen. Das deutsche Sozialrecht ist also durch eine Konzentration auf die Arbeitnehmerschaft geprägt, die als die wesentliche (ähnlich wie die anderen kontinentaleuropäischen, korporatistischen Wohlfahrtsstaaten), vordringlich schutzbedürftige Gruppe der Gesellschaft erscheint.

Dieser Vorstellung widerspricht das auf EU-Ebene formulierte Menschenrecht auf soziale Sicherheit. In dessen Mittelpunkt steht nicht zufällig das Recht auf allgemeinen Zugang zu den anerkannten Geld- und Sachleistungen sozialer Sicherheit. Zwar ist im deutschen Sozialrecht auch den nicht kraft Gesetzes Versicherten die Möglichkeit des freiwilligen Beitritts zur Sozialversicherung eröffnet. Dies ist aber an einen mitunter hohen, für manche viel zu hohen Preis geknüpft. Denn Versicherungsberechtigte müssen – da Nicht-Arbeitnehmer – den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerbeitrag tragen. Kleine Selbstständige sind von der sozialen Pflege- und Krankenversicherung ausgeschlossen, so sie nicht Landwirte oder Handwerker sind. Das Risiko der Arbeitslosigkeit gilt nur für Arbeitnehmer als versicherbar, obgleich auch Selbstständige am Markt scheitern

können. Ein Menschenrecht auf soziale Sicherheit befördert also – mit anderen Worten – die Einsicht, dass der durch soziale Sicherheit angestrebte Schutz vor sozialen Risiken nicht auf eine Gruppe der Gesellschaft zu beschränken ist, sondern gerade als ein elementares Recht menschlicher Existenz allen in einem Lande wohnenden oder beschäftigten Menschen zuteil zu werden hat – übrigens einerlei, ob sie „Bürger“ dieses Staates, also dessen Staatsangehörige sind oder nicht. Die Anerkennung eines Menschenrechts auf soziale Sicherheit drängt also auf dessen Verallgemeinerung, auch und gerade auf Selbstständige, Arbeitslose und Nichterwerbstätige. Dabei muss freilich die Frage unerörtert bleiben, ob solche Verallgemeinerung sozialen Schutzes mit einer Vereinheitlichung seiner Organisationsform einher zu gehen hat oder nach Vielfalt der Organisationen verlangt, die allerdings ihrerseits Durchlässigkeit zu gewährleisten haben. Zahlreiche Versorgungslücken, die bisher als Gleichheitsproblem diskutiert werden, erlangen unter einem Menschenrecht auf soziale Sicherheit einen klaren verfassungsrechtlichen Bezug. Ein Menschenrecht auf soziale Sicherheit bedeutete ferner eine Garantie der diese Rechte hervorbringenden und gewährleistenden Einrichtungen. Eine solche Garantie bedeutete, dass die auf sozialen Ausgleich beruhenden Solidargemeinschaften zwar nicht notwendig in ihrer derzeitigen Zusammensetzung, wohl aber in den sie konstituierenden Grundstrukturen der Versicherungspflicht, Selbstverwaltung und Sicherung der Teilhabe zeitlich überdauern, also den weit verbreiteten Versuchen und Versuchungen zur Privatisierung und Entstaatlichung nachhaltig entzogen wären. Gerade dieses Ziel kann dann Rechtsverkürzungen für Berechtigte legitimieren, wenn und soweit damit und nur so die Bedingungen für eine langfristige Sicherung der Institution geschaffen werden.

## V. Fazit

Das Recht auf soziale Sicherheit ist nicht nur ein international- und europarechtlich anerkanntes Menschenrecht, was deshalb auch in der deutschen Rechtsordnung anerkannt ist, mag sich auch das GG sozialen Rechten gegenüber als höchst zurückhaltend erweisen. Weil das GG aber Deutschland zu völker- und europarechtsfreundlichem Verhalten anhält, sollte daraus auch im deutschen Verfassungsdenken der nötige Schluss gezogen und die soziale Sicherheit auch als Menschenrecht anerkannt werden. Die Folgen dessen wären durchaus tragbar. Die oftmals beklagte Zementierung des sozialpolitischen status quo wird durch die – trotz allen Wehklagens doch – zahlreichen Nutznießer des gegenwärtigen Sozialstaates weit wirksamer gewährleistet werden als durch ein wie immer geartetes und ausgestaltetes Menschenrecht. Denn das Menschenrecht auf soziale Sicherheit ist ein Menschenrecht unter anderen. Auch das einzelne Recht auf soziale Sicherheit steht deshalb stets unter dem Vorbehalt, mit anderen Menschenrechten wie den Menschenrechten anderer in Einklang zu

stehen. Diese Tatsache gibt der Politik ein weites Betätigungsfeld, weil sie vor der schwierigen und elementaren Aufgabe steht, die unterschiedlichen Menschenrechte der unterschiedlichen Berechtigten zum Ausgleich und so wechselseitig in Einklang miteinander zu bringen. Die Verfassung kann diese Aufgabe nur begrenzt leisten. Soziale Menschenrechte sind in einer unter dem Schutz der Menschenrechte stehenden Rechtsordnung gleichwohl unverzichtbare Rechte. Denn schon und gerade *Friedrich Schiller* wusste, dass sich die Menschenwürde „von selbst“ nur ergibt, wenn auch die sozialen Menschenrechte verwirklicht sind.

# Imperative law, derogation and collective agreements

*Stein Evju*

## I. Introduction

1. Mandatory legal rules are part and parcel of labour law. It is however just as fundamental that not all rules are equally imperative. The distinction between two-way and one-way imperative rules – *zweiseitig* or *einseitig zwingendes Gesetzesrecht* – in substance is familiar to most jurisdictions. In some cases social, political, or third party interests dictate that statutory regulation cannot be derogated from by agreement between parties in the labour market, whether at the individual or at the collective level. But to a large extent the object of legislation in the field of labour law is to provide a basic social protection for workers, for which regulation in the form of *minimum standards* that allow of agreements stipulating standards more favourable to the worker take precedence.

It is also commonplace that not all law is imperative. Statutory rules at times allow of agreements stipulating provisions that are *less* favourable to the worker than the standard set by legislation, i.e., derogation *in pejus* is permitted<sup>1</sup>. Derogation may be permitted by individual agreement (employment contract), within bounds or on certain conditions, as the case may be. The legislation in question may then be denoted non-imperative or discretionary (*dispositives Gesetzesrecht*). Or, derogation *in pejus* may be restricted to forms of collective agreement, at a superior or a local level – the legislation is then derogable by collective agreement (CA derogable, *tarifdispositives Gesetzesrecht*)<sup>2</sup>. When either form is employed the latter usually is the more extensive in terms of topics and permissible deviation.

2. Both forms of derogation *in pejus* are well established features of Norwegian labour law. There is nothing exceptional about this. These are features that Norwegian law shares with the labour law regimes of other Nordic countries<sup>3</sup>, as well as, e.g., with Germany.

---

<sup>1</sup> Leaving aside the at times difficult question of what is or is not less favourable and the issues of the premises on which to base comparison.

<sup>2</sup> The latter term – *tarifdispositiv* – I have previously adopted for Norwegian law as well, cf. *Evju*, *Juridisk tidskrift* 1992–93, 51. It is more apt than the oft-employed terms semi-imperative or semi-discretionary, albeit a good, simple English language term is difficult to concoct, as amply illustrated by the text above.

<sup>3</sup> For a recent contribution on Sweden see *Fahlbeck*, *Juridisk tidskrift* 2006–07, 42.

It is not the intention here to expound further on the generalities or matters of course. Nor is the intention to indulge in a comparative study, however interesting and, no less, challenging a task that might be. The more modest object of this contribution is to present main features of Norwegian labour law as regards derogation *in pejus*. This may serve to facilitate and enrich comparative analyses at some later juncture. But the focus here is on the specificities of Norwegian labour law. A number of facets are easily recognizable, as already indicated. But the actual regulation concerning derogation by forms of collective agreement offer some particular features and present some particular problems that at the outset may seem specific to the domestic context. Nonetheless, they may have some affinity to issues arising also in other jurisdictions or, in any event, illustrate issues of potential topicality.

Proceeding, I will look firstly, and relatively briefly, at derogation by individual agreement (III). Then secondly, the main focus is on derogation by forms of collective agreement, with particular attention to specific problems pertaining to “local” (workplace/enterprise) level agreements (IV, V). In conclusion, and jointly, I discuss some aspects of the effects of collective agreements and, in particular, the “extension clauses” that appear in a number of the provisions on derogation by collective agreement (VI). First of all, however, it is pertinent to sketch some common points of departure.

## II. Points of departure

1. It is basic to core labour protection legislation that at the outset it is imperative. It is binding on employers as well as on employees and deviation is only permitted of in more or less strictly limited terms. In Norwegian law, this has been the case since the dawn of the very first worker protection legislation, the 1892 Factories Act<sup>4</sup>. Sec. 33 of that Act stated that unless otherwise explicitly stipulated in the provision concerned workers could not “lawfully agree on deviation from the provisions of the Act”. That formulation, gradually in modernized language, has been a persistent element in all subsequent legislation in the field, irrespective of the expansion over the years of the scope of labour protection legislation in terms of topics as well as with regard to categories of employees being covered.

One essential point is hidden in the text of the classic formulation. In spite of its unreserved wording it has never been in doubt that the statutes’ bans on agreements are *not* a bar to agreements providing solutions more favourable to the worker(s) than the Act’s requirements, i.e., derogation *in melius*. The statutory provisions were only to be construed as barring derogation *in pejus*. This fundamental interpretation has been confirmed in recent years with the “in-

---

<sup>4</sup> Act of 27 June, 1892 (no. 1).

derogability clauses” of the 1988 Holidays with Pay Act<sup>5</sup>, sec. 3, and the 2005 Act on Working Environment, etc.<sup>6</sup>, sec. 1–9. Both are worded in the form that the Act cannot be derogated from by agreement *in disfavour* of the worker unless explicitly allowed for in provisions of the Act itself.

Still maintaining is the requirement that provision for derogation *in pejus* must be *explicit* in the wording of the relevant rules of Act in question. This applies to both individual and collective agreements. Statutory provisions rarely, if ever, leave doubt as to whether derogation at the outset is permissible or not. The “inderogability clauses” on the other hand do not prescribe whether agreements on derogation need to be explicit, in writing, etc. Whereas written form is requisite to a collective agreement proper it is not necessary *per se* to other forms of agreements. The applicable requirements in this regard are contingent on the individual provisions permitting of derogation.

2. Also as a point of departure, it might be asked why is derogation *in pejus* from legal rules laid down in legislation permitted of? The crux is of course what is the rationale for laying down statutory norms of a certain minimum standard, at the outset for the protection of workers, and still allow of derogation from such standards by individual or collective agreement.

There simply is no simple answer to this question, however. Labour legislation is a many-faceted phenomenon. It covers many aspects of working life, both at the level of the employment contract, at the local or enterprise level, and as regards the actions and interactions of social partners (trade unions, employers, and employers’ associations). Further, labour legislation takes many different forms, from minutely detailed regulation to general or framework rules. Industrial relations factors may also play a role, such as the role and strength of social partners, the effective coverage of different forms of regulation (legislation, collective agreements), etc. Moreover, historical developments may be of consequence. Historical developments differ, across countries, obviously, but also within a jurisdiction. Rationales for allowing derogation can easily do the same. This will be illustrated to some extent in the following. The general observation to be made here is that reasons and rationales differ with different provisions. There is not necessarily consistency in legal policy considerations or substantive assessments, neither over time nor horizontally between provisions at a given point in time. Different provisions may provide different answers to what is its rationale, just as some may be based on several different, and possibly conflicting, rationales.

---

<sup>5</sup> Act no. 21/1988.

<sup>6</sup> Act no. 62/2005 (as amended 2005, 2006, 2007) on Working Environment, Working Time, Dismissal Protection etc., in force per 1 January 2006 (hereinafter WEA 2005).

### III. Derogation by individual agreement

1. The possibility of derogation *in pejus* by individual agreement – i.e. the employment contract proper or some subsequent rider – has been a feature of labour legislation since its very inception. The wording of sec. 33 of the 1892 Factories Act (see II.1 *supra*) is more than an indication. The Act dealt essentially with safety and health in industrial workplaces and special protection for women and children but included also some rudimentary contract law provisions on wage payments and notice period in case of dismissal. The 14 days notice period applied unless otherwise agreed in writing (sec. 31). No minimum period was prescribed; hence, notice periods of one or two days were legally possible and were found in practice. The provision on payment of wages was aimed primarily at precluding use of the “truck system” and thus prescribed payment in cash (sec. 30)<sup>7</sup>. It however allowed individual agreements on due dates departing from the standard rule and, notably, also permitted agreements (“express consent”) on deductions from wages, no holds barred as to amounts or proportions.

2. All three rules have proven to be enduring features of Norwegian worker protection legislation. The rule on notice periods was maintained in the later, superseding, Factories Acts (1909, 1915) and was adopted also into the 1936 Worker Protection Act<sup>8</sup>, the first encompassing social protection act covering essentially all categories of onshore workers and including rules on holidays with pay and substantive dismissal protection. The agreement rule was however made applicable only to the minimum notice period and not to extended notice periods due to workers with a certain age and time of service. This distinction persisted through the subsequent 1956 Act<sup>9</sup> and also into the 1977 Working Environment Act<sup>10</sup>. It remained until 1995 when, by an amendment to the act, the option of prior individual agreement was repealed. That derogation rule hence does also not appear in the WEA 2005 (sec. 15-3).

On the other hand, the provisions on wage payments and in particular the rule on agreements on deductions have been kept on. The latter figures unaltered in the current WEA 2005, sec. 14-15 (second subparagraph, *litra c*).

3. The growing scope of worker protection legislation, personal and substantive, has led also to a certain proliferation of derogation clauses. This is seen first in the 1936 Act. Sec. 23 laid down rules on minimum annual holidays (at that time 9 days), how and when to put holiday time, and the calculation and disburse-

<sup>7</sup> Albeit the truck system was not seen as much of a problem in practice, cf. Ot.prp. [Bill] no. 8 (1890), 38.

<sup>8</sup> Act of 19 June, 1936.

<sup>9</sup> Act of 7 December, 1956, on Worker Protection, superseding the 1936 Act.

<sup>10</sup> Act no. 4/1977 on Worker Protection and Working Environment, superseding the 1956 Act and now superseded by the 2005 Act (see Fn. 6).

ment of holiday pay. The provision explicitly allowed of derogation on all counts except for the minimum duration of holiday time. With later legislation, the 1947 Holidays with Pay Act and the current 1988 Act<sup>11</sup>, the scope for derogation by individual agreement has been gradually restricted; it now pertains mainly, and with some limitations, to the rules on how and when to place holiday time (sec. 6 and 7, 1988 Act).

A later development is seen in the field of working time rules. These were considerably elaborated with the 1936 Act, which among other things introduced rules on averaging – by permission of the relevant public authority (sec. 17 no. 4), and further expanded and developed with the 1956 Act. As part of a number of amendments in 1958 it was opened up a limited room for individual agreements on averaging of working time. Some adjustments were made in 1962 and 1974 and with the 1977 Act, from which the rule has been carried over into the WEA 2005<sup>12</sup>. A more particular provision was introduced into the 1977 Act by an amendment in 1995, permitting individual agreements for work on Sundays and public holidays. It is however restricted in a way that clearly demonstrates its purpose; it is contingent on corresponding free time being given on days that are holidays according to the religion of the worker concerned (now sec. 10-10, fifth subparagraph, WEA 2005). A considerably more far-reaching provision was adopted in 2003, when a number of restrictions on the number of hours of overtime work were repealed and it was opened up for derogation from the annual maximum of 200 hours, up to 400 hours, by individual agreement in writing. That provision was initially maintained in the WEA 2005 as adopted in June 2005, but under a new Government (social democratic) it was repealed in a round of amendments in December of that year and hence does not figure in the WEA 2005 as it stands<sup>13</sup>.

4. It may seem a paradox that rules adopted to provide protection for workers nonetheless are coupled with exception clauses permitting derogation by individual agreement, as this may easily serve to undermine real protection. Looking back at the 1892 Factories Act it is a near inference that its provisions were in fact deferring to liberal ideas of freedom of contract. Enacting protective legislation, in particular pertaining to adult male workers, was quite a controversial issue. Leaving the field open to individual agreements as regards wage payments, except for the truck ban, would essentially leave things as they were. The same is true for the notice period provision. The intention was not primarily to im-

---

<sup>11</sup> Act no. 21/1988.

<sup>12</sup> Sec. 10-5, first subparagraph (as amended 2007). Maximum 9 hours per day and 48 hours per week may be agreed on for a reference period of 52 weeks (and 40 hours per week on average). Agreement in writing is required.

<sup>13</sup> The new act on the other hand includes a provision permitting adjustment of weekly rest periods by individual agreement, sec. 10-8, fourth subparagraph, and some other minor clauses.

pose a standard but, rather, to simplify a somewhat uncertain situation in law and, by the requirement of agreement in writing, to ensure clear proof of the notice period applicable in the individual case<sup>14</sup>.

It is more paradoxical that both sets of rules have continued to feature in later legislation. It was only when it seemed to really sink in on the legislator what for as long as anyone can remember has been occurring in practice, that notice periods of down to a day or two were agreed on, that this particular agreement clause was repealed in 1995 (cf. III.2 *supra*). Generally, however, if not astounding then at least the absence of discussion of the rules and their justification in legislation as it has evolved is striking. Not least is that true for the deduction from wages provision, which can hardly be reconciled with basic individual needs or with standards of international law – a point well familiar to the *Jubilat*<sup>15</sup>.

The derogation clause in the 1936 holidays with pay provision is explicable in a different context. The statutory rules were modelled on some of the more dominant among a large number of collective agreements containing holiday provisions. Allowing of variations by agreement was clearly aimed at accommodating the many different rules and arrangements existing in practice and must be viewed in conjunction with the parallel possibility of derogation by collective agreement. The latter is to some extent true also for working time derogation clauses. But for both sets of rules the rationales have changed with time and the development of legislation and now have a stronger element of adaptability considerations – flexibility, in modern lingo.

#### IV. Derogation at collective level

1. Statutory rules on derogation by collective agreement are second generation. The first rule of this kind appeared in the 1936 Act. The derogation clause in its sec. 23 on holidays with pay applied to agreements between “employers and workers or their organizations”, thus including collective agreements at local as well as superior levels. A similar provision, restricted to collective agreements and matters pertaining to pay, was included in the 1947 Act (sec. 10). Somewhat broader and more detailed provisions, albeit largely in the same vein, are part of the current 1988 Holidays with Pay Act.

The predominant number of collective derogation clauses appears in working time regulation. They made a modest debut in 1958, by amendments to the 1956 Worker Protection Act, concerning night work and averaging of working time. These provisions were very significantly expanded on by new amendments in 1968, concerning, i.a., work on Sundays and holidays, overtime limits, and dero-

<sup>14</sup> Cf. Arbeiderkommissionens Indstilling I [White paper] (1888), p. 68.

<sup>15</sup> The implied reference is to Art. 4 para. 5 of the European Social Charter and case law of the ECSR, of which Prof. *Birk* was a member for 12 years through 2006.

gation from the basic rules on ordinary working hours. The rules thus enacted were carried across to the 1977 Act and subsequently to the WEA 2005, all with minor adjustments. Leaving the minutiae of developments aside, to subdue sheer boredom, the derogation clauses of the WEA 2005 cover quite a wide range of issues. We return to this in IV.2 *infra*.

The development of collective derogation clauses in working time regulation spread to some other legislation<sup>16</sup>, however, this has not occurred extensively and has been of limited importance. On the other hand, derogation clauses have been introduced on new topics. When restrictions on the right to hire for a fixed term or a specific task were reworked in 1995 sec. 58 A of the 1977 Act was equipped with a clause permitting exceptions from the restrictions by collective agreement for work in arts, research, or sports (now sec. 14-9 WEA 2005). On a different note was the inclusion of clauses to permit extended use of labour only contracting with the novel regulation of hiring-in/hiring-out of workers that was introduced in 2000 (now sec. 14-12 – 14-14 WEA 2005)<sup>17</sup>. And in the WEA 2005, chapter 8 implementing EU Directive 2002/14/EC in sec. 8-2 permits derogation by collective agreement from the otherwise standard rules on the scope and content of information and consultation<sup>18</sup>. The particulars mentioned here we however leave aside. For the ensuing discussion we focus on the WEA working time rules.

2. The WEA 2005 derogation provisions largely replicate those of the preceding 1977 Act, with some streamlining and some modifications so as to conform to the requirements of the Working Time Directive 2003/88/EC. They span calculation of readiness duty as working time as well as averaging of working time (sec. 10-4 and 10-5), preconditions for night work and work on Sundays and holidays (sec. 10-11 and 10-10), the number of overtime hours and daily and weekly rest periods (sec. 10-6 and 10-8), and an almost all-encompassing exception clause (sec. 10-12, fourth subparagraph).

Structurally, the working time rules can be seen to hold a three-tiered system for exceptions from the statutory minimum standards. Some, few and minor, derogations can be settled by individual agreement. Further derogations may be agreed on, within set bounds, by a form of local “collective” agreement at workplace level<sup>19</sup>. Finally, on some counts more extensive deviation, equally within

---

<sup>16</sup> E.g., Act of 26 April, 1947, on 1 and 17 May as Public Holidays (with rules on pay), as amended 1962, and Act of 18 June, 1965, on Working Time in Bakeries, by amendment in 1968.

<sup>17</sup> On these rules see *Evju*, Liber Amicorum Biagi (2003), p. 113.

<sup>18</sup> The aim is primarily to accommodate arrangements already established by collective agreements. Either way, implicitly – by virtue of the Act’s preparatory work, a “EU/EEA bar” shall apply to the permissible scope for derogation. Cf. *Evju*, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bd. 1 (2005), p. 175, 178.

<sup>19</sup> See V, *infra*, on the terminology and legal classification of such agreements.

pre-set bounds, may be permitted by exemption granted by the Labour Inspection (e.g., sec. 10-5(3) on averaging, sec. 10-6(6) on overtime).

The fourth and final element, cutting across all of the three tiers, is the power of derogation couched in the exception clause now set out in WEA 2005 sec. 10-12, fourth subparagraph. It descends from a provision originally inserted into the 1956 Act, in 1968, and subsequently expanded on and consolidated with the 1977 Act. This particular clause permits derogation, by collective agreement proper, from essentially *all* limits on working time and the restrictions on its placing in the day or week. In deference to the EU Working Time Directive a stipulation to secure compensatory rest periods is now included, and also a requirement of the worker's consent in case of working time exceeding 48 hours per week over a one year reference period. The provision is thereby assumed, in the preparatory work to the Act, to be in compliance with the Directive by virtue of its "opt out" clause in Article 22<sup>20</sup>. That is readily arguable, however not a point to be argued here. Derogation in pursuance of sec. 10-12, or its predecessors, is perhaps not very widespread but is nonetheless a feature of some importance in practice (e.g., to agreements for medical doctors in hospitals, ambulance personnel, school teachers, and large construction sites).

Further, recourse to derogation under sec. 10-12, fourth subparagraph, is restricted to collective agreements concluded by trade unions of a certain standing. The precondition is that the trade unions have "right of nomination" – a technical term that implies a certain size and representativity<sup>21</sup>. Effectively, it entails that the conclusion of collective agreements in pursuance of sec. 10-12 is restricted to national level trade unions or confederations. Agreements may then be concluded with either employers' associations or single employers.

3. The rationales underlying collective level derogation clauses naturally have evolved over time, changing tenor to some extent, and are compound. The key considerations may however be synthesized by an overarching grasp.

The basic starting point is that working time and worker protection rules aim at social protection for the individuals. As the individual worker is the weaker party in the employment relationship there is always grounds for reserve with regard to permitting individually agreed derogation from statutory standards. With time, standards have however developed to a point where there is reason to allow a certain degree of choice, between welfare and income. With trade unions and their development the power relationship has changed. Unions must be presumed to carefully consider members' interests and thus there are no serious reservations to permitting collectively agreed derogations. Further, access to regulation through agreement provides a flexibility that is beneficial to individ-

<sup>20</sup> Cf. Ot.prp. no. 49 (2004–2005), 181–182.

<sup>21</sup> Simplified, a minimum 10 000 (20 000) members. The concept "right of nomination" derives from institutional provisions of Act of 5 May, 1927, on Labour Disputes, sec. 11 (and Act of 18 July, 1958, on State Civil Service Labour Disputes, sec. 25).

ual undertakings as well as to the economy at large. Moreover, permitting adaptations by agreement relieves the Labour Inspection authorities of certain tasks whereby resources are released and can be put to more effective use on other issues.

These are all considerations that were brought to the fore from the start<sup>22</sup> and with little variation in language and phraseology have remained on centre stage. What has changed is primarily the emphasis, gradually being given more strongly to allowing regulation by agreement. This is not so much in consequence of a principled approach to collective self-regulation versus state legislation. Rather, the predominant line of thought has been a more pragmatic one, on how to best cater to needs for simple and effective measures to facilitate adaptation and flexibility in a many-faceted practical working life. In a longitudinal perspective the shift from wholly Labour Inspection controlled exceptions to predominantly agreement based derogation is also a distinctive feature of this development.

## V. Agreements at local level – collective agreements?

1. Whereas derogation agreements pursuant to sec. 10-12, fourth subparagraph, WEA 2005 clearly must be in the form of a collective agreement and hence also has all legal effects of a collective agreement the question of legal nature is more of a problem when it comes to such agreements as are described in sec. 10-4 – 10-11 of the Act, briefly referred to above as *local* agreements (IV.2).

The starting point is of course the wording of the provisions concerned. Except for syntax, the wording is the same in one and all of them. They stipulate that “in an enterprise that is bound by collective agreement the employer and the «*tillitsvalgte*» of employees may agree in writing” as specified in the individual provision. The phrasing is traditional; it derives originally from the 1958 amendment to the 1956 Act (sec. 23 no. 1) and found its final form through the 1968 amendments and the 1977 enactments.

2. The wording gives rise to several problems. One concerns the notion of “enterprise” – the concept in Norwegian is «*virksomhet*». This is a concept that is employed horizontally in the Act, and it is generally beyond doubt that its extension is relative to where it appears. In the present context, suffice it to say that «*virksomhet*» will encompass a workplace or part of business, etc., and not merely refer to a company or legal person as such.

A second problem is the construction in this particular context of the concept of «*tillitsvalgte*». This is a term that defies simplistic translation. In common usage in the field of collective labour law, firmly embedded from far back in collec-

---

<sup>22</sup> Cf. the initial White Paper leading up to the 1958 reforms, *Innstilling fra Arbeidstidskomiteen av 1954* (1957), p. 123–125.

tive agreements regulation, the term denotes representatives elected by and from among members of the relevant trade union at the workplace for which a collective agreement is binding, in accordance with provisions of the collective agreement in question. In the context of legislation, however, the legislator has seen fit to employ the term also in different ways, starting with the first working time derogation clauses in 1958 and expanding in more recent years to a large number of various rules, e.g. on mass redundancies, information and consultation, etc. The result again is a concept with relative extension, and a plethora of problems<sup>23</sup>. In the context of derogation clauses we return to it shortly.

3. In the preparatory work to the WEA 2005 the Ministry, pointing to the requirement that the enterprise must be bound by collective agreement for agreements to be concluded with «tillitsvalgte», stated in further reference that<sup>24</sup>

- certain requirements should apply with regard to those empowered to conclude agreements, a certain organizational background would contribute to secure equality in bargaining, and that the apparatus of «tillitsvalgte» as a rule is more satisfactorily developed where the parties on either side are organized (unionized, affiliated); and
- as such requirements should be maintained also in the new Act it is proposed that derogations may be stipulated by *collective agreement* between employees' «tillitsvalgte» and the employer where the enterprise is bound by collective agreement.

This begs the impression, however, that the legislator regrettably has fallen into a trap of double confusion. Firstly, one is what requirements should obtain as regards empowerment to conclude an agreement; another is what legal character an agreement to be concluded should have. Secondly, the statements seemingly are premised on a certain view of how the then existing provisions, of the 1977 Act, were to be construed. This relates in particular to the first point and the first indent above.

a) It is requisite here to refer first to the concept of “collective agreement” in Norwegian law. That concept is legally defined as an agreement between a trade union and an employer or an employers' association on terms and conditions of employment or other matters<sup>25</sup>. The basic phrasing is easily recognizable from the viewpoint of a number of jurisdictions. The points of essence are the underlying differences. First and foremost, no requirements of representativity, *Tarif-*

<sup>23</sup> Cf. *Evju* (Fn. 18), p. 175, 212.

<sup>24</sup> Cf. the Bill to parliament, Ot.prp. no. 49 (2004–2005), 183–184. In Norwegian law the preparatory work to an Act is usually accorded notable importance when construing and applying the Act's provisions. It follows from the ensuing text that I am disinclined to strictly abide by such an approach in the instant case.

<sup>25</sup> Cf. Act of 5 May, 1927 (see Fn. 21), sec. 1 no. 8; the definition of “trade union” is given in sec. 1 no. 3.

*fähigkeit*, or the like apply to trade unions. In law, a trade union is any combination of workers acting in concert. Nor formal organization is needed. Two workers acting in concert is as much a trade union in law as is a confederation of national trade unions. Secondly, a collective agreement need not be elaborate or comprehensive. A one-liner – e.g. stipulating that workers in the enterprise shall have a certain day off – is equally well a collective agreement as a national branch agreement or a confederation level “basic” agreement.

These broad concepts were taken as a basis already at the inception of this form of derogation clauses. The preparatory work to the 1958 reform referred explicitly to the general legal definition of “trade union” and the possibility of *ad hoc* collective agreements in explaining the reach of the provision then adopted<sup>26</sup>. Subsequent reforms have not really altered this point of departure, which in essence corresponds to the wording of the statutory provisions as they have been adopted through the years and now appear in the WEA 2005. At most, what can be said of the preparatory work to the relevant enactments since 1958 is that they are neither elaborate nor marked by precision<sup>27</sup>. It may well be argued that historically, the framing of the statutory provisions was influenced to some extent by provisions on union elected «tillitsvalgte» and their capacity to bind those they represent in major national level “basic” or “general” collective agreements. The case in point however is that the statutory provisions were never worded or otherwise framed to have a correspondingly restricted scope of application<sup>28</sup>.

Similarly, in the context of the derogation clauses the concept of «tillitsvalgte» cannot be construed to only encompass union elected representatives in the conventional collective labour law sense. Under the statutory provisions «tillitsvalgte» here includes representatives chosen by employees, provided only that they have also joined together and concluded an agreement with the employer, which can be classified as a collective agreement in legal terms<sup>29</sup>.

b) The second point at issue is the legal character of derogation agreements entered into. The relevance is obvious, as again a glance at the general legal rules concerning collective agreements help to illustrate. A collective agreement must be in writing and should contain provisions on its duration and the notice period applicable. In the absence of stipulations on these points the agreement is valid

---

<sup>26</sup> Cf. in particular Ot.prp. no. 17 (1958), 75.

<sup>27</sup> The statement on “the apparatus of «tillitsvalgte»” be satisfactorily developed cited in the first indent above replicates a statement in the preparatory work to the 1977 Act where, conversely and thus characteristically, no inferences to strict requirements were drawn.

<sup>28</sup> It may be noted that in Norwegian law there is no form of “dual channel” workplace representation like, e.g., with the *Betriebsrat* in German law.

<sup>29</sup> This follows, technically, from the requirement that the enterprise must be bound – implicitly *ex ante* – by collective agreement. It is only sec. 10-6, ninth subparagraph (on overtime), that opens up a possibility for agreements between the employer and employees’ representatives where the enterprise is not bound by collective agreement.

for three years and a three month notice period applies. Failure to give notice in due time results in the automatic prolongation of the agreement for one year<sup>30</sup>.

Up until the WEA 2005 the term “collective agreement” was never used to denote locally concluded derogation agreements, neither in the wording of the various statutory provisions nor in the preparatory work to the many enactments over the years. It would also seem alien to classify such agreements as collective agreements in the legal sense. Granted, by content derogation agreements as a rule will fall within the reach of the legal definition. Status in law as a collective agreement however also involves a subjective element of “intent”. On some counts it is difficult to align the technical requirements of the individual derogation clauses in the statute with the general rules of duration, etc., of collective agreements. More generally it is hard to envisage that application of the standard collective agreement rules be in true accordance with the considerations and objectives underlying the derogation provisions. Should, for example, an agreement on extended use of overtime for a period of 12 weeks (sec. 10-6, fifth subparagraph, WEA 2005) be valid for three years if not otherwise expressly stated? And should disputes on the interpretation, validity, etc., of derogation agreements fall under the domain of the collective labour law dispute resolution machinery, the National Mediator and the Labour Court? Such questions have never been discussed in the legislation’s preparatory work, nor has the legislation been equipped with specific provisions to resolve the problems. This holds true also for the WEA 2005.

Even if the point has not been definitively clarified the prevailing view would seem to have been that agreements in pursuance of the statutory derogation clauses cannot be classified as collective agreements in the strict sense<sup>31</sup>. The issue has however been complicated with the WEA 2005. The blunt statement cited in the second indent above, to the effect that collective agreement should be the required form of vehicle for derogation, has been followed up in part – but merely in part – in the Act’s provisions. Sec. 10-12, fifth subparagraph, stipulates that if a *collective agreement* («*tariffavtale*» in domestic terminology) is concluded in pursuance of sec. 10-5, 10-6, 10-8, 10-10, or 10-11 and is binding on a majority of workers, it can be applied also for others performing work concerned.

It is imperative to note that this provision in sec. 10-12 solely deals with pre-conditions for “extension” (cf. in VI *infra*). It does not express a requirement for validity of derogation agreements under the provisions enumerated or a legally binding classification of such agreements as regards their duration, termination, etc. The statutory provisions themselves give no indication that the form of collective agreement is required or result; they employ only the generic term “agreement” («*avtale*»). Hence, there is no cogent argument to conclude that deroga-

<sup>30</sup> Cf. Act of 5 May, 1927 (see Fn. 21), sec. 3 nos. 1 and 2.

<sup>31</sup> Cf. Evju, *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bd. 2 (2005), p. 112, 120.

tion agreements *per se* are or must be collective agreements in the technical legal sense. On the contrary, it is ill advised to draw such an inference. Derogation agreements at local level should rather be considered a form of agreement *sui generis* that will have the binding effects of a collective agreement but otherwise are not subject to the ordinary rules on collective agreements pursuant to the legislation pertaining to them.

## VI. “Extension clauses” – effects of (collective) agreements

1. The provision in sec. 10-12, fifth subparagraph, WEA – which applies also to the collective agreement clause in sec. 10-12, fourth subparagraph – otherwise reiterates a rule of long tradition and more widespread use. Sec. 10-12, fifth subparagraph, states more precisely that if an agreement as prescribed is concluded and it is binding on a “majority of the workers ... the employer may let its provisions on working time have application for all workers performing work of the kind covered by the agreement”.

The term “extension clause” has occasionally been used to denote provisions of this kind. That is however a deceptive appellation. The “extension” effect is a rather limited one, far removed from what is usually associated with terminologically similar terms in other jurisdictions, like the French *exténsion*, or *Allgemeinverbindlichkeit* in German labour law. A glimpse at some key features of collective labour law and industrial relations again is called for.

2. The loose and wide reaching definitions of “trade union” and “collective agreement” that prevail in Norwegian labour law have been pointed to already (V.3.(a) *supra*). Add to this that a collective agreement is legally binding, in all its aspects, on all relevant individual members of the contracting parties (subordinate organizations, employers, workers) – but only on members, not on “outsiders” of any kind, whether working in an enterprise that is bound by the agreement or not. Collective agreements thus do not have *erga omnes* effect and no machinery exists to declare agreements to be generally binding<sup>32</sup>. An employer who is bound by a collective agreement is as a rule presumed to be under an obligation to employ the agreements terms and conditions also in employment relations with non-union workers performing work of the kind covered. This is however an obligation on the employer by virtue of the collective agreement; it does not obligate outside workers or have any direct legal effect on them.

---

<sup>32</sup> An Act of 1993 may, by virtue of its appellation – Act on Imposing Extension of Collective Agreements, etc. – give the appearance of being an exception from what is said in the text above. In spite of its appellation the Act is however technically of a different nature and also of limited importance in practice. Cf. briefly *Evju*, ZAAR Schriftenreihe Band 6 (2006), 34 with Fn. 23.

Further, the trade union movement is not unitary. A number of national trade unions exist, inside or outside of four major confederations. There is considerable overlapping and to some extent membership competition between unions. In many enterprises two, three or four trade unions will be represented among employees of one and the same category – which might add up to ten or more for the whole hierarchy. Then, it is of the essence to emphasize that no doctrine of “collective agreement unity”, or *Tarifeinheit*, applies. Collective agreements are predominantly concluded at national (branch or industry) level and are “general” in the sense that all elements of terms and conditions, etc., are covered in one and the same agreement. Thus there is no subdivision of agreements according to topics, such as wages, working time, holidays, framework rules, etc. A trade union is free to press for a collective agreement, and to take recourse to industrial action, as the case may be, regardless of whether an agreement already exists between the employer side and another trade union party. This is a feature of considerable practical importance in Norwegian industrial relations. In consequence, an employer may well be, and often is, bound by several collective agreements for the same category of employees. To a large extent the agreements in such cases are more or less identical – one is a “carbon copy” of the other, more dominating agreement. Nonetheless, each agreement is a separate and independent legal instrument with binding effects only on the relevant trade union members, not on members of other unions and other “outsiders”.

3. A rule on extended application of collective agreement provisions was first introduced in legislation with the 1947 Holidays with Pay Act<sup>33</sup>, coupled with its derogation clause on holiday pay arrangements, in sec. 10. The rationale was explicitly to provide employers with the possibility to apply just one scheme for all workers of the same category, whether unionized or not<sup>34</sup>.

The further development of clauses of this kind is primarily to be found in the field of working time regulation. Two different variations were adopted with the amendments in 1958 to the 1956 Worker Protection Act. Subsequently, clauses on extended application of agreements were routinely included into new provisions providing for collectively agreed derogations, in 1968 as well as with the 1977 Act and amendments to the latter in 1984 and 1995. Sec. 10-12, fifth subparagraph, WEA 2005 in effect consolidates all existing provisions in the 1977 Act as far as the topics at issue are concerned. The adoption of such clauses in the 1956 Act spurred the inclusion of similar provisions also into some other legislation<sup>35</sup> and on some new issues, such as sec. 55 on wage payments in the 1977 Act and in the 1988 Holidays with Pay Act, in which sec. 3, second subparagraph,

---

<sup>33</sup> Act of 14 November, 1947 (no. 3), superseded by the 1988 Act, see at Fn. 5.

<sup>34</sup> Cf. Ot.prp. no. 104 (1947), 40.

<sup>35</sup> E.g., the Acts of 26 April, 1947, and 18 June, 1965 (see Fn. 16).

lays down a general clause applicable to all cases of derogation by collective agreement which is binding on a majority of workers concerned.

The rationale behind the provisions, especially concerning working time, at the outset was expressed in terms reminiscent of those of the preparatory work to the 1947 Holidays with Pay Act. The main idea appears to be to render possible for employers to operate a uniform scheme, once an arrangement has been made through agreement for a majority. Some provisions were worded in a way that might suggest that the employer was accorded a right to impose agreed terms on those not bound by the agreement<sup>36</sup>. Prevalingly, however, the wording used was diffuse. The key words translated here (VI.1 *supra*) as “let ... have application” are ambivalent in the Norwegian, «gjøre gjeldende». This expression can be taken to mean “make legally binding” or impose, or to have permission to apply (provided there is a legal basis for doing so in relation to the individual). Initially, this dualism was not discussed in legislative preparatory work, nor was it raised as an issue in case law. Hence, the possible problem of more than one collective agreement being binding for the same category of workers and impacts on trade union freedom and independence were also not subjected to discussion and taken account of. The situation remained diffuse until a 1984 amendment to the 1977 Act. Then the problem was tackled head on. In the preparatory work it was made abundantly clear that «gjøre gjeldende» would only entail *permission* to have work performed within the bounds set by the derogation agreement; whether “outsider” workers are obligated to follow suit would depend on collective agreements or employment contracts pertaining to them<sup>37</sup>. Even if the amendment was restricted to two among a number of provisions this construction of the clauses concerned is now well rooted as a general one and is explicitly a premise on which sec. 10-12, fifth subparagraph, WEA 2005 rests, and the same is true for sec. 3 of the 1988 Holidays with Pay Act.<sup>38</sup>

4. Looking in conclusion at the provision in sec. 10-12, fifth subparagraph, WEA 2005 there are two points to be noted. Firstly, and as noted already (V.3(b) *supra*) the provision refers to agreements by «tariffavtale» (collective agreement). In view of the fact that this differs from the wording («avtale») in the provisions permitting agreements it might perhaps be argued that the “extension clause” should apply only in the case of agreements by «tariffavtale» and not to all agreements pursuant to the enumerated provisions. That would however be a rather strained and artificial inference. It would amount to a considerable restriction of the scope of possible “extension”<sup>39</sup>, for which there is no basis in the preparatory work to the Act. In the context of this provision the concept should rather be

<sup>36</sup> E.g., sec. 10 of the 1947 Holidays with Pay Act, sec. 55 no. 1 of the 1977 Working Environment Act.

<sup>37</sup> Cf. Ot.prp. no. 76 (1982–83), 3–4.

<sup>38</sup> Cf. Ot.prp. no. 49 (2004–2005), 322 and Ot.prp. no. 54 (1986–87), 133–134.

<sup>39</sup> Provided, of course, the categorization suggested in V.3 (b) *supra* holds up.

construed extensively, to conform to the notion of agreement («avtale») in the substantive provisions referred to.

Secondly, no provision is made in sec. 10-12 or other sections of the Act for requiring approval by the Labour Inspection (or Ministry) as a precondition to permitting “extension”. Nor is there any provision empowering a public authority to permit “extension” in cases where only a minority is bound by a derogation agreement. Pertaining to collective agreements concluded by trade unions with “right of nomination” both forms of provisions were initially important elements in the derogation and “extension” clauses, in part as a safeguard, in part to enhance applicability of the rules<sup>40</sup>. The absence of such provisions in the current Act is characteristic of the shifts in rationales underlying derogation provisions and their companion clauses, with a stronger focus on delegation, flexibility and local level adaptation to general framework rules.

---

<sup>40</sup> See, e.g., sec. 19 no. 4 of the 1956 Act (added by amendment 1958), and sec. 45 A and 50 A of the 1977 Act, added by amendment 1984.

# The Privatization of Wrongful Dismissal Protection

Matthew W. Finkin\*

In 2001, in *Circuit City Stores, Inc. v. Adams*<sup>1</sup>, the United States Supreme Court, dispelling any lingering doubt, sanctioned the ability of employers unilaterally to substitute private arbitration for the courts to hear future employment disputes with their employees, disputes that, because of the at-will employment rule in the United States, invariably involve the application of labor protective law. This substitution would be impossible, almost unthinkable, in any number of other economically advanced democracies – France, Germany, and the United Kingdom, for example. Because these states have adopted various means of dealing with equally various labor protections, this phenomenon is best treated where it is most pronounced – in regard to wrongful dismissal. What follows examines how that is and essays an explanation for America’s exceptionalism.

## I. United States

In the American colonies, in New England and in Dutch language courts in New York, disputes between workmen and employers about wages, commonly turning on the quality or value of the work done, was given to arbitration by two or three “good men”<sup>2</sup> – whose cost for food and drink was born by the litigant<sup>3</sup>. By the late eighteenth century employment disputes had become the stuff on which civil courts fed.

In the period running roughly from the rise of industrialization in the late nineteenth century until the New Deal of the 1930s the courts proceeded upon a commitment to *laissez-faire* characterized in private law by the widespread adoption of the at-will employment rule and in public law by the constitutional doctrine of economic due process that blunted the states’ legislative power to address labor conditions. At the federal level, the United States Supreme Court’s

---

\* Albert J. Harno and Edward W. Cleary Chair in Law, the University of Illinois.

<sup>1</sup> 532 U.S. 105 (2001).

<sup>2</sup> RICHARD B. MORRIS, *GOVERNMENT AND LABOR IN EARLY AMERICA* 210 (1946). This was so as well in New France at the time. Paul Craven, *Canada, 1670–1935: Symbolic and Instrumental Enforcement in Loyalist North America*, in *MASTERS, SERVANTS, AND MAGISTRATES IN BRITAIN AND THE EMPIRE, 1562–1955*, 175, 187 (Douglas Hay & Paul Craven eds., 2004).

<sup>3</sup> SIMON MIDDLETON, *FROM PRIVILEGES TO RIGHTS: WORK AND POLITICS IN COLONIAL NEW YORK CITY* 60–61, 171 (2006).

narrow construction of the commerce clause limited the power of Congress to legislate in labor matters for other than those employees actually engaged in the physical transport of a passenger or a good across a state line. In consequence, there was rather little labor protective law at either the state or federal level.

During that period, in 1925 to be precise, Congress enacted the Federal Arbitration Act (FAA) at the behest of the Secretary of Commerce, Herbert Hoover, and the New York bar, to expedite the disposition of commercial disputes. It provides that

“A written provision in any maritime transaction or a contract evidencing a transaction involving commerce to settle by arbitration a controversy thereafter arising out of such contract or transaction . . . shall be valid, irrevocable, and enforceable, save upon such grounds as exist at law or in equity for the revocation of any contract.”<sup>4</sup>

The applicability of an agreement to arbitrate future disputes to a claimed violation of law arising out of the transaction was tested in *Wilko v. Swan*, decided in 1953<sup>5</sup>. A customer’s margin agreement with a broker for the purchase of corporate shares contained an arbitration clause that incorporated reference to federal securities law protective of purchasers. The purchaser sued the broker for breach of the law and the broker sought to compel arbitration under the agreement. The Securities Act voided any “stipulation” waiving compliance with any “provision” of the Act; but, the broker argued that as the contract expressly incorporated the Securities Act all the arbitration provision did was to substitute one forum for another and so waived no provision of law. A unanimous Supreme Court disagreed: the provision waived the buyer’s right to sue in court; and the buyer’s choice of forum is an advantage secured by the Securities Act<sup>6</sup>. The Court was influenced by other deficiencies it perceived in the arbitral process that rendered it unsuitable for the resolution of legal disputes: the arbitrators may not be legally learned; neither a complete record need be made nor a reasoned opinion given; the power judicially to review is much reduced both legally and practically<sup>7</sup>.

In 1989, *Wilko* was overruled<sup>8</sup>. In a series of cases the United States Supreme Court worked a complete reversal of the judicial posture regarding the submission of statutory claims to private arbitration – for securities transactions, banking, consumer credit and protection, and much more<sup>9</sup>. When, in 1991, in the *Gilmer* case<sup>10</sup>, the rules of a stock exchange mandating arbitration of all employment disputes of employees of the exchange’s member employers were allowed

<sup>4</sup> 9 U.S.C. § 2 (2000).

<sup>5</sup> 346 U.S. 427 (1953).

<sup>6</sup> *Id.* at 435.

<sup>7</sup> *Id.* at 436.

<sup>8</sup> *Rodriguez de Quijas v. Shearson/American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989).

<sup>9</sup> The terrain is surveyed in a collection of papers, *Mandatory Arbitration*, 67 L. & CONTEMP. PROBS. 1–336 (Thomas Metzloff ed., 2004).

<sup>10</sup> *Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*, 500 U.S. 20 (1991).

to preclude judicial jurisdiction for an age discrimination claim, the Court's volte-face was complete: "By agreeing to arbitrate a statutory claim, a party does not forgo the substantive rights afforded by the statute; it only submits to their resolution in an arbitral, rather than a judicial forum."<sup>11</sup>

However, for those employers eager to avail themselves of this option the Arbitration Act had a potentially vexing exemption. In contrast to the exchange rules involved in the *Gilmer* case, the Act expressly did *not* "apply to contracts of employment of seamen, railroad employees, or any other class of workers engaged in foreign or interstate commerce"<sup>12</sup>. This exemption, read in the context of the time, was intended to exclude employment contracts per se<sup>13</sup>. But, in *Circuit City*, by a five-to-four decision, the majority chose to ignore the legal and social context explaining the exemption to give the text its "plain language" meaning. The Court thus extended the Act to those employees over whom Congress lacked jurisdiction in 1925, limiting the exclusion only to employees over whom Congress had jurisdiction, those who actually transport a person or a good across a state boundary<sup>14</sup>.

What *Circuit City* means in practical effect is evidenced in a recent decision of the management of Circuit City itself. In March, 2007, the company terminated 3,400 sales people because they were "paid well above the market based salary range" for the job, replacing them with lower paid new hires<sup>15</sup>. This they could do under the at-will employment rule, unless the decision fell afoul of some protective law. The most likely to be implicated is the Age Discrimination in Employment Act (ADEA), the law involved in the *Gilmer* decision: if higher wage levels correlate significantly with seniority, the effect of Circuit City's policy might fall disproportionately on older workers. This could trigger scrutiny under the disparate impact, or, in European terminology, the theory of indirect employment discrimination.

The United States Supreme Court has held that that theory is applicable to age cases, but that it must be finely tuned: the policy's *specific* requirement must be identified as having a *specific* and statistically persuasive disparate impact<sup>16</sup>. A judicial test would thus involve a substantial investment of resources in pre-trial discovery and in expert statistical analyses which nevertheless might be financially possible were a group action brought on behalf of all the older employees displaced by the policy, a procedure provided for by the ADEA. But, recall that Circuit City's sales force, including all the dismissed 3,400, are covered by Circuit City's arbitration policy. They may not sue. They are relegated to Circuit

<sup>11</sup> *Id.* at 26.

<sup>12</sup> 9 U.S.C. § 1 (2000).

<sup>13</sup> Matthew Finkin. "Workers Contracts" Under the United States Arbitration Act: An Essay in Historical Clarification, 17 BERK. J. EMP. & LAB. L. 282 (1996).

<sup>14</sup> E.g., *BWI Companies v. Beck*, 910 S.W.2d 620 (Tex. App. 1995).

<sup>15</sup> 60 DLR (March 29, 2007) at A-14.

<sup>16</sup> *Smith v. City of Jackson*, 544 U.S. 228, 241 (2005).

City's arbitration system in which neither extensive pre-trial discovery nor group actions may be available and where substantial arbitral time, to be paid by the parties, might be necessary to manage a case in which the law is most unsettled.

If the individual Circuit City employee were to allege that the likely arbitration fee was prohibitive, such that justice would be denied, the Court has told us that, absent proof that that is actually so, the argument has to be made to the arbitrator<sup>17</sup>. If the employee were to attempt to bring a group action in arbitration, a form of action the company would surely insist is not available in *this* forum, the Court has told us that that question has to be decided by the arbitrator<sup>18</sup>. If the employee were to assert that the whole contract containing the arbitration policy is void, the Court has told us that that question has to be decided by the arbitrator<sup>19</sup>. In other words, the Court's construction of the Arbitration Act bids fair simply to wash the judiciary's hands of employment cases.

In view of these more recent developments, the question Joseph Grodin put a decade ago persists: why the people of the United States, "we as a society" as he put it,

"should be willing, in the name of contract, to entrust the implementation of public policy ... to a procedure unilaterally promulgated by the party whose conduct is sought to be regulated. It seems odder still that we would allow the regulatee to designate the decision maker, or the method by which that person is chosen ... then, allow that person's decision to be kept from public view, and in the end accord it a degree of finality we are not willing to accord the decisions of our designated public tribunals."<sup>20</sup>

We will return to Grodin's question at the close.

## II. Privatization in Comparative Perspective

When one turns for comparative treatment to three other large, economically advanced democracies – France, Germany, and the United Kingdom –, he finds

---

<sup>17</sup> *Green Tree Financial Corp.-Alabama v. Randolph*, 531 U.S. 79 (2000). This and the next two Supreme Court decisions arise out of consumer disputes; but the conventional wisdom is that the Court would see no distinction for employment disputes.

<sup>18</sup> *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*, 539 U.S. 444 (2003).

<sup>19</sup> *Buckeye Check Cashing v. Cardegna*, \_\_ U.S. \_\_, 126 S. Ct. 1204 (2006). However, a challenge to the enforceability of the arbitration clause as distinct from the entire contract may be heard judicially. Oddly, under the FAA this is a matter of state law and here the courts are at 6s and 7s. *Compare* *Adler v. Fred Lind Manor*, 103 P.3d 773 (Wash. 2004) (Supreme Court of Washington held that if an employee did not have a "reasonable opportunity to consider" the arbitration provision of an employee policy manual it would be unconscionable to enforce it) *with* *In Re Dillard Dept. Stores, Inc.*, 198 S.W. 3d 778 (Tex. 2006) (Texas Supreme Court held that an employee was bound by an arbitration policy if he received notice of it and remained in employment thereafter).

<sup>20</sup> Joseph Grodin, *Arbitration of Employment Discrimination Claims: Doctrine and Policy in the Wake of Gilmer*, 14 *HOFSTRA LAB. L.J.* 1, 50 (1996).

a complete commonality amongst them in three regards: First, though the relevant policy makers are aware of U.S. developments, there has been no shift toward privatization. Second, extant legal barriers to doing so are insuperable. And third, reliance on public tribunals is such a fixture of their legal cultures, is so much a “reservoir of habit”<sup>21</sup>, that there is almost no discussion in the legal literature of why that is<sup>22</sup>.

### 1. France

The French Civil Code confers broad power on persons to agree to arbitrate those rights over which they have free disposition<sup>23</sup>; but, matters that concern public policy (*les matières qui intéressent l'ordre public*)<sup>24</sup> may not be submitted to arbitration, nor such matters that are otherwise disposed of by law<sup>25</sup>. Commercial agreements making provision for the arbitration of future disputes arising under them are thus perfectly lawful; but, for matters within the jurisdiction of the labor courts, the *conseils des prud'hommes*, the jurisdiction accorded is a matter of public policy, of public ordering, for which an arbitral body cannot be substituted by private agreement<sup>26</sup>; nor, to the extent labor legislation may be enforced by an individual in the civil courts, would an agreement to arbitrate them be enforceable. Wrongful discharge, being a breach of the contract of employment, including those discharges arguably rendered wrongful because contrary to the law and so violative of public policy, cannot be the subject of an agreement to arbitrate<sup>27</sup>.

There are only two exceptions: First, the parties may agree to arbitrate after the expiration of the contract of employment, *i.e.*, to arbitrate an existing dis-

<sup>21</sup> 2 FERNAND BRAUDEL, CIVILIZATION AND CAPITALISM 15TH–18TH CENTURY: THE WHEELS OF COMMERCE 535 (Sian Reynolds trans., 1992).

<sup>22</sup> When Jean Sternlight looked to European Union regulation and to a handful of non-E.U. countries (albeit from secondary sources in English) she encountered the same phenomenon. Jean Sternlight, *Is the U.S. Out on a Limb? Comparing the U.S. Approach to Mandatory Consumer and Employment Arbitration to That of the Rest of the World*, 56 U. MIAMI L. REV. 831 (2002). I am indebted to Sebastian Krebber and Achim Seifert (Germany), Jacques Rojot and Alain Supiot (France), and Bob Hepple (U.K.) for pointing me to as much in the literature as is available. Several other prominent scholars in all three jurisdictions contacted by the author confirmed that the state of the law is as described. When asked for references to “the policy behind it,” they were unable to point to anything in the literature. Indeed, one, in the United Kingdom, replied, “The very way you pose the question seems alien.”

<sup>23</sup> C. Civ. Art. 2059.

<sup>24</sup> *Id.* Art. 2060.

<sup>25</sup> *Id.* Art. 2061.

<sup>26</sup> C. Trav. Art. 511–1.

<sup>27</sup> J. PÉLISSIER, A. SUPIOT & A. JAMMAUD, DROIT DU TRAVAIL § 1055 (23 ed. 2006). For the same reason, even a collective agreement cannot, by giving jurisdiction to a joint body of the parties for the interpretation or application of its terms, deprive the *conseil de prud'hommes* of jurisdiction over matters given to it. ALAIN SUPIOT, LES JURISDICTIONS DU TRAVAIL 290–296 (1987); Cass. soc., judgment of 11 Oct. 1994 [*Langlande v. CPAM*].

pute arising out of a terminated employment relationship<sup>28</sup>. Second, special provision is made for the arbitration of the disputes of journalists, actors, and models by a bi-partite body<sup>29</sup>; but even it lacks jurisdiction to decide wrongful dismissal<sup>30</sup>. However, a contract of employment may make provision for an mandatory effort at conciliation<sup>31</sup>.

a) *The conseil de prud'hommes*

This institution, created in Lyon in 1806 to resolve disputes between silk workers and their employers – the time presided over by employers and foremen (or master workers) –, is the wellspring from which the European idea of a labor court flowed. To say that the subsequent evolution of this institution in France has been convoluted would be a considerable understatement<sup>32</sup>. The system was subject to a major revision by the law *Boulin* of 18 January 1979, completed by the law of 6 May 1982<sup>33</sup>. These bodies are created separately for a specific geographic area and for specific occupations. The vast majority of employees have recourse to a *conseil de prud'hommes*; in the rare instance where that jurisdiction is not available, the case would be heard in the civil court.

The most notable feature of the system is that these are bi-partite bodies of management and labor, composed of an equal number of lay judges elected in occupational elections every five years. An effort at conciliation is a condition precedent to hearing; but the decisions of these bodies are appealable on facts and law – essentially, may be reheard – before a civil court, usually the court of appeal presided over by a professional judge and having no lay participation.

In 2004, a total of over 156,000 complaints were filed with the *conseils des prud'hommes* concerning the rights of individual employees, the vast majority – almost 122,000 – claiming wrongful termination<sup>34</sup>. Of the total, just over 16,000 claims, about 10%, were successfully conciliated; 84,000 were found meritorious in whole or in part, and 61,000 were found without merit. The average duration of cases is about twelve months. The rate of appeal from the decisions – or their failure to reach a decision, given the bipartite nature of the body

<sup>28</sup> PÉLISSIER, SUPIOT & JAMMAUD, *id.* It is, the authors say, the only opening for arbitration in the subject matter given the *conseils des prud'hommes*. This is discussed more fully by Marie-Ange Moreau-Bourlès, *Note*, 1986 REVUE DE L'ARBITRAGE 49 (1986); and in CODE CIVILE Art. 2044, n.4 at 1673 (Giles Gobeaux et al. eds., 1999).

<sup>29</sup> C. Trav. Arts. 761–1, 761–5.

<sup>30</sup> Cass. soc., judgment of 8 July 1992 [*Sabuguet v. Presse alliance*].

<sup>31</sup> Cass. mixte, judgment of 14 Feb. 2003 [*Poiré v. Tripier*] discussed by Marianne Keller, *Observations*, DROIT SOCIAL 891 (Sept.-Oct. 2003) and by Pascal Ancel & Marianne Cottin, *Note*, “L’efficacité procédure des clauses de conciliation ou de médiation,” LE DALLOZ 1386 (May 29, 2003).

<sup>32</sup> See generally ALAIN SUPIOT, LES JURISDICTIONS DU TRAVAIL ch. 1 (1987).

<sup>33</sup> PÉLISSIER, SUPIOT & JAMMAUD, *supra* note 27, at § 1143.

<sup>34</sup> See Annuaire statistique de la justice at pp. 37, 65 (2006 ed.) for this and the succeeding figures.

– of the *conseils des prud'hommes* to the law courts has consistently hovered at about 60% in recent years. In other words, about 40% of all complaints are either settled or successfully resolved at the first stage. Those, that are not heard in the civil courts<sup>35</sup>.

### b) The policy bases for preclusion

The preclusion of arbitration is explained on three policy and on one other, philosophical ground in addition to such prudential considerations as ease of access to the system, low or no cost to the worker, and the ostensible swiftness of the process<sup>36</sup>. The first, as Marie-Ange Moreau-Bourlès points out, is to protect the weaker party, the employee, from the exercise of pressure in the making of the agreement to arbitrate<sup>37</sup>. The assumption is that an agreement to take matters reposed by the state in judicial hands out of them is unlikely to have been freely agreed to<sup>38</sup>.

Second, it is an ideal of justice that the judge “be honest, independent and competent; and that the law should guaranty this triple demand”<sup>39</sup>. These conditions are wanting or, less strongly, the public cannot be assured with confidence that they would be present in a system of private arbitration.

Third, it is an especially *democratic* ideal of justice that matters of public policy (*l'ordre public*) be given to a public body<sup>40</sup>. This is to assure not only that these issues are placed in hands worthy of the repose of that confidence, but that these issues are resolved in a transparent context accountable for the performance of the public function.

The fourth ground, closely related but conceptually larger, is the idea of the sovereignty of the State. Perhaps harkening back to a Revolutionary notion of the “general will,” the State, acting through its courts, is the embodiment of public policy: it cannot be displaced in that function by private actors.

## 2. Germany

Section 1025(1) of the Civil Procedure Act (ZPO) accords broad power to the parties to submit a current legal dispute to arbitration. However, section 1026 requires that for an agreement to arbitrate a *future* legal dispute to be enforceable

<sup>35</sup> As a result, the system might be seen as one of mandatory advisory arbitration by a public body of experienced laymen.

<sup>36</sup> Moreau-Bourlès, *supra* note 28, at 51.

<sup>37</sup> *Id.*

<sup>38</sup> This is not necessarily because the employee is in a position of economic dependence; it is also because the employee is in a position of legal subordination where he or she is rendered subservient to the orders of another. Alain Supiot, *supra* note 27, at 247.

<sup>39</sup> Alain Supiot, *Prud'hommes: la consécration de la réforme Boulin*, DROIT SOCIAL 595, 599 (Sept.-Oct. 1982).

<sup>40</sup> Moreau-Bourlès, *supra* note 28, at 51.

both the relationship and the nature of the dispute must be specifically defined<sup>41</sup>. Moreover, section 1025(2) renders an agreement to arbitrate ineffective if one of the parties has exerted economic or social superiority to compel the other part to accept it or to accept provisions that secure predominance over the other party.

By the mid-1980s, the possibilities of alternative dispute resolution – the substitution of arbitration for litigation (*Schlichten statt Richten*, as Hanns Prütting put it<sup>42</sup>) – were being much discussed. When Prütting reviewed the extent to which arbitration was already utilized or available under German law he found that Germany was quite experienced with the use of arbitration in a variety of settings – for commercial disputes, for disputes in various professional callings – but of labor law he could be brief: “Seldom is arbitration possible.”<sup>43</sup> Even with its protective provisions, the ZPO is inapplicable to legal disputes governed by the Labor Courts Act (ArbGG)<sup>44</sup>.

Binding employment arbitration is allowed in two, but only two situations, governed by the Works Constitution Act (BetrVG) and the Labor Courts Act (ArbGG) respectively. In the former, the resolution of impasses between an employer and a works council, a form of collective dispute, must be submitted to an arbitration committee (*Einigungsstelle*) where the dispute concerns a subject that must be co-determined, *i.e.*, that requires the agreement of both parties, for example, the content of rules governing the modalities of working hours or the introduction and use of technical devices designed to monitor employee performance and behavior, such as the institution of surveillance cameras. The arbitration committee is composed of an equal number of employee and employer representatives, customarily two on each side, and a neutral chair selected jointly or, if they cannot agree, appointed by the labor court<sup>45</sup>. (In that event, the neutral appointment is often a labor court judge.) In U.S. parlance, the law here provides for a form of interest arbitration in lieu of a strike, which a works council cannot call, for the content of certain work rules. These bodies do not decide questions of law; in fact, the labor court has jurisdiction to decide that a decision of an arbitration committee is in conflict with the law.

In the latter, the Labor Courts Act allows for the use of binding arbitration in only two cases<sup>46</sup>, in both only where a collective agreement makes provision for

---

<sup>41</sup> ADOLPH BAUMBACH, WOLFGANG LAUTERBACH, JAN ALBERS, PETER HARTMANN, BECK'SCHE KURZ-KOMMENTARE, ZIVILPROZESSORDNUNG § 1026 at p.1940 (49th ed. 1991) (arguing that an agreement to submit to arbitration “all dispute arising out of the business relationship” would not be permissible, but one to arbitrate specific kinds of disputes, for example, over the payment of commissions, would be).

<sup>42</sup> *Hanns Prütting, Schlichten statt Richten*, 40 JURISTEN ZEITUNG [JZ] 261 (1985).

<sup>43</sup> *Id.* at 265.

<sup>44</sup> BECK'SCHE KURZ-KOMMENTARE, ZPO, *supra* note 41, § 1025(5)(B) at p. 1938.

<sup>45</sup> Section 76 BetrVG.

<sup>46</sup> This does not address the role of voluntary conciliation. Indeed, § 111(2) ArbGG provides for mandatory conciliation of certain disputes arising out of contracts of apprenticeship.

it: (1) by submission of the parties to the agreement to decide questions arising under it; and, (2) by submission of the parties to a collective agreement on the grounds that an employment relationship is governed by it where the employment is of stage actors, film workers, variety artists, and captains and crew covered by the seamen's act<sup>47</sup>. This provision, akin to the special treatment under French law governing journalists, actors, and models, grows out of the historic situation of these groups; it has limited practical significance<sup>48</sup>.

Disputes on the application of individual labor protective law such as fair dismissal, maternal protection, and so on, may not be submitted to arbitration even if the individual contract were to provide for it<sup>49</sup>. The bases for this policy resonate against the role of the labor courts.

#### a) The labor court system

The French occupation during the Napoleonic Wars introduced the *conseils des prud' hommes* to the Rheinland. As the French withdrew, the legal institution they instituted remained<sup>50</sup>: initially in textile manufacture, broadening in the 1840s, given legal expression in the Prussian Industrial Order of 1849, and then expanded in the Industrial Code of the North German Confederation of 1869. The creation of the Commercial Court in 1890 expanded jurisdiction for disputes between employers in industry and commerce and their employees. After much refinement in the ensuing years, especially in consequence of the First World War and the upheaval in the period 1918–1926, the major development lay in the Labor Courts Act of 1926. It made provision for a three tiered structure of labor courts with equal employer and labor (*i.e.*, union) representation and the designation of a professional judge – “*rechtsgelehrte Richter*” (in literal translation, a “legally learned judge”<sup>51</sup>) – as chair. This basic form was renewed in the reconstruction of the labor court system following the Second World War in 1953.

Today, matters with the jurisdiction of the labor courts are heard in the first instance at the state (or *Land*) level. Access to the court is open, no lawyer need be involved and the individual employee is often unrepresented. The professional judge is required swiftly to attempt to conciliate the case, failing which a

<sup>47</sup> Section 101 ArbGG. On some of the interpretative problems arising from the former provision, see Karl Fitting, *Zum Schiedsvertrag in Arbeitsstreitigkeiten*, 10 BETRIEBS-BERATER [BB] 32 (1955). See generally CLAUS-HINRICH GERMELMANN, HANS-CHRISTOPH MATTHES, RUDI MÜLLER-GLÖGE, HANNS PRÜTTING, ARBEITSGERICHTSGESETZ: KOMMENTAR § 101 (4th ed. 2002).

<sup>48</sup> OTTO KEMPEN, AXEL STEIN, ULRIKE WENDELING-SCHRÖDER, ULRICH ZACHERT, TARIFVERTRAGSGESETZ: KOMMENTAR FÜR DIE PRAXIS 257–58 (4th ed. 2005).

<sup>49</sup> WOLFGANG GRUNSKY, ARBEITSGERICHTSGESETZ: KOMMENTAR § 101, p. 650 (7th ed. 1995).

<sup>50</sup> The rather rich history is recounted by Leonhard Wenzel, *75 Jahre deutsche Arbeitsgerichtsbarkeit*, 20 JZ 1965, [Pt. 1] 697, [Pt. 2] 749 (1965).

<sup>51</sup> *Id.* at 751, quoting § 6 Arb GG 1926.

hearing is held before the judge and two lay judges representing employers and employees respectively. The lay judges have all the powers of and are considered equal with the professional judge. Appeal may be taken to an appellate labor court at the state level of like composition. Ultimate resort may be had to the federal labor court which sits in senates and is similarly composed save that a senate panel has three professional judges and two lay judges. It decides only legal questions, however.

How the system works can be glimpsed from the statistics for the year 2004<sup>52</sup> In that year, the labor court received almost 600,000 complaints, a little more than half over job discontinuance or discharge. Of these, 23% were resolved within a month; 43% were resolved within three months; and, within a year, 97% were resolved. Günter Grotmann-Höfling noted that in 2005 a political call had been mounted, in the name of reducing the cost and delays of civil legal proceedings, for systemic change that included the introduction of arbitration either as a permanent extra-legal instrument of dispute resolution or as a first step to relieve the burdens on the labor courts' caseload<sup>53</sup>. The effort failed to result in legislative action.

*b) The policy bases for preclusion*

The reasons for preclusion are three, foreshadowed in the discussion of French law.

*Asymmetry of power.* Wolfgang Grunsky summarizes the thrust of the ArbGG thusly: "The broad conclusion is clear: arbitration is not an adequate substitute for the courts in the disposition of labor law disputes. The first priority for the courts in such cases is the protection of the weaker party, the employee."<sup>54</sup> This reiterates his observation in the commentary's preface: "In the interests of the weaker party, the employee, an agreement to arbitration is only very narrowly permitted."<sup>55</sup> This posture is reflected as well in § 1025(2) ZPO, save that here a fatal imbalance in the power relationship is conclusively presumed. *I.e.*, the law is dubious that an agreement to substitute an arbitrator for the courts could be the product of an arms-length bargain between an employer and an

---

<sup>52</sup> Günter Grotmann-Höfling, *Die Arbeitsgerichtsbarkeit 2004 im Licht der Statistik*, 53 ARBEIT UND RECHT [AuR] 398 (2005). Statistics for 2005 are given on the homepage of the Ministry of Labor and Social Affairs, <http://www.bmas.bund.de/Englisch/Navigation/root.html>.

<sup>53</sup> *Id.* at 398.

<sup>54</sup> Grunsky, *supra* note 49, at 650. As the translation is rather free the original is set out:

"Der weitgehende Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit in arbeitsrechtlichen Streitigkeiten zeigt deutlich, dass der Gesetzgeber die Schiedsgerichtsbarkeit als nicht vollwertigen Ersatz für die staatliche Gerichtsbarkeit ansieht, wobei es in erster Linie um den Schutz des schwächeren Arbeitnehmers geht."

<sup>55</sup> *Id.* at 647.

individual employee with anything like parity of bargaining power<sup>56</sup>. Whence the law's accession to arbitration provisions when the product of collective bargaining for the application or interpretation of those bargained-for terms but, even then, not for questions of law<sup>57</sup>. Why not even then, where there is presumption of parity of power, is taken up next.

*Institutional competence.* The courts are seen as more competent, as better situated to deal with legal issues than are arbitral panels howsoever the latter are composed. This seems to be understood in two senses – institutional and personal. The second sense will be treated momentarily. On the first, arbitration is viewed as inherently a process of interest representation in which the joint role of the parties, customarily of employer associations and unions, assures the protection afforded by the collective agreement<sup>58</sup>. But of individual protections afforded by law, the very private nature of arbitration runs counter to legal norms: being a private matter the process is not open to the public, its decisions are not made public<sup>59</sup>, nor is such a body thought to enjoy the complete independence of a court<sup>60</sup>.

*Arbitral competence.* An arbitral body is considered less broadly educated in law than is a court<sup>61</sup>. Wolfgang Voit has pursued this element in rhetoric redolent of German Idealism: for a judge the connection between law and right (*Gesetz und Recht*) is self-evident, the legal order is influenced by the very consciousness of law (*Rechtsbewusstsein*). In the decision of a judge one finds the concurrence of law (*Gesetz*) and Right (*Recht*), that is, the judge and the judicial process give full expression to the value judgment made by the legislature; and the publication of the judgment influences accordingly not only the consciousness of the parties but of the larger community as well<sup>62</sup>. An arbitral body, being private, is less legally centered or embued; its decision does not have the intrinsic and wider legal emanations of the decision of a public body. Consequently, on both normative and practical grounds the courts are seen not only as more reliable in-

---

<sup>56</sup> This view is of long standing. Thilo Ramm, *Labor Courts and Grievance Settlement in West Germany*, in LABOR COURTS AND GRIEVANCE SETTLEMENT IN WESTERN EUROPE 83, 133 (Benjamin Aaron ed., 1971).

<sup>57</sup> *Id.* So critical is the value attached to the judicial role in applying law that Hueck and Nipperdey argued that the interpretation to be given a collective agreement is not a matter of balancing interests but a legal dispute for which arbitration is not applicable. ALFRED HUECK & HANS CARL NIPPERDEY, 2 LEHRBUCH DES ARBEITSRECHT 727 (1967). This position was sharply criticized by Klaus Schreiber, *Der Arbeitsvertrag in Arbeitsstreitigkeiten*, 14 ZEITSCHRIFT FÜR ARBEITSRECHT [ZfA] 31, 39 (1983).

<sup>58</sup> Wilhelm Dütz, *Die Beilegung von Arbeitsstreitigkeiten in der Bundesrepublik Deutschland*, 31 DAS RECHT DER ARBEIT [RdA] 291, 294 (1978).

<sup>59</sup> Wolfgang Voit, *Privatisierung der Gerichtsbarkeit*, 52 JZ 120, 121 (1997).

<sup>60</sup> Dütz, *supra* note 58, at 294.

<sup>61</sup> Voit, *supra* note 59, at 121.

<sup>62</sup> *Id.*

struments of the law but as qualitatively better for the protection of individual labor rights<sup>63</sup>.

### 3. *United Kingdom*

Section 203(1) (b) of the Employment Rights Act of 1996 provides:

“Any provision in an agreement (whether a contract of employment or not) is void in so far as it purports ... to preclude a person from bringing any proceedings under the Act before an employment tribunal.”

Proceedings brought under the Act include claims of wrongful dismissal, whistleblowing, wage payment, discrimination on grounds of race, sex, or disability, equal pay, and other labor protective provisions. The parties may agree to submit future disputes of a contractual nature or other non-statutory claims arising out of an employment relationship to arbitration in lieu of the courts, but agreements requiring employees to arbitrate these statutory claims with their employers in lieu of having them heard in the public forum are of no legal effect<sup>64</sup>. Preclusion resonates in particular against the role of the employment tribunal.

#### a) *The employment tribunal system*

Contemporaneous with the Industrial Revolution, and the rise of industrial unrest, Britain experimented with a variety of systems for the conciliation and voluntary arbitration of collective labor disputes – the Cotton Arbitration Act of 1800, the Arbitration Act of 1824, the Conciliation Act of 1896 – but then, as now, an “aversion to individual arbitration remained”<sup>65</sup>. As the earliest of the Western democracies to undergo industrialization it was the first to encounter the social consequences and the first to start to fashion protective systems to deal legislatively with industrialization’s most obvious asperities. Even so, it took on other aspects of worker protection only more recently. Fair dismissal law, requiring the justification of dismissals from employment and assigning the task of adjudicating contested cases to employment tribunals (initially created for other purposes in 1964) was introduced by the Industrial Relations Act of 1971. Other statutory rights were later assigned to the system and new rights – notably for discrimination on grounds of sex and race – were created and given to it. However, common law claims are still heard in the courts.

<sup>63</sup> Grunsky, *supra* note 49, at 650. (“Die Staatliche Rechtsprechung ist für den Arbeitnehmer ein qualitativ besser Rechtsschutz. ...”). This is discussed in greater detail in a comparison of the French bipartite system with the German in KLAUS MORITZ, *DAS FRANZÖSISCHE ARBEITSGERICHT* 44–46 (1987).

<sup>64</sup> P.L. Davies, *Arbitration and the Role of the Courts in the United Kingdom*, 3 *COMP. LAB. L.J.* 31, 32 (1979).

<sup>65</sup> Antoine Jacobs, *Collective Self-Regulation*, in *THE MAKING OF LABOUR LAW IN EUROPE: A COMPARATIVE STUDY OF NINE COUNTRIES* 192, 229 (Bob Hepple ed., 1986).

The employment tribunal, modeled loosely on the German labor court, is in the first instance presided over by a professionally trained lawyer appointed by the Lord Chancellor and two wingmen, lay members appointed from panels of employer and employee representatives respectively<sup>66</sup>. Appeal on points of law may be taken to the Employment Appeal Tribunal (EAT) which is similarly constituted. Appeal thereafter can be taken to the Court of Appeal. As Deakin and Morris point out, this means that, as in France, the most authoritative pronouncement of the law comes from a non-specialist forum<sup>67</sup>.

After a claim is filed notice of it is given to the employer and to the Advisory Conciliation and Arbitration Service (ACAS), which owes its origin to the Conciliation Act of 1896 and which is required to attempt to conciliate the claim. A high proportion of claims are settled at the conciliation stage: in 2005, 50% of wrongful dismissal claims were settled as were over 40% of race and sex discrimination claims, 59% of equal pay claims, and 67% of minimum wage claims<sup>68</sup>.

*b) The policy bases for preclusion*

From the late 1970s to the present, the employment tribunal system has been the subject of extended criticism and a drumbeat of argument in favor of arbitration as a substitute, sometimes by reference to the U.S. experience with labor arbitration under collective bargaining agreements<sup>69</sup>. The critics have emphasized not only practical considerations –

“Arbitration is cheaper, speedier, more informal and more accessible, it avoids the legalism and publicity associated with the tribunals, and offers the possibility of a more flexible range of remedies, including greater likelihood of the reinstatement of reengagement.”<sup>70</sup>

but also the difference in institutional focus between the two:

“[W]hile the industrial tribunal is concerned to discover who is legally right and focuses on the reasonableness of employer action in the circumstances of the individual dismissal, in voluntary arbitration the problem is seen as one of industrial relations, not law, and the search is for a workable and acceptable solution which takes account of the wider context.”<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> The system is described in detail by SIMON DEAKIN & GILLIAN MORRIS, *LABOR LAW* Ch. 2 (4th ed. 2005).

<sup>67</sup> *Id.* at 74.

<sup>68</sup> ACAS Facts and Figures *available at* <http://www.acas.org.uk>.

<sup>69</sup> The leading literature is noted by Jon Clark, *Adversarial and Investigative Approaches to the Arbitral Resolution of Dismissal Disputes: A Comparison of South Africa and the U.K.*, 28 *INDUS. L.J.* 319, 320 n.2 (1999).

<sup>70</sup> R. LEWIS & J. CLARK, *EMPLOYMENT RIGHTS, INDUSTRIAL TRIBUNALS AND ARBITRATION: THE CASE FOR ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION* 33 (1993).

<sup>71</sup> LINDA DICKENS ET AL., *DISMISSED: A STUDY OF UNFAIR DISMISSAL AND THE INDUSTRIAL TRIBUNAL SYSTEM* 281 (1985).

The system has been defended on both accounts. Supporters of the public tribunal have argued to the need to devote more public resources to the system, especially for the provision of legal representation better to enable the individual employee to vindicate her rights<sup>72</sup>. To a needful shift in focus away from rights and toward the achievement of “acceptable solutions” more likely to be the result of arbitral disposition, defenders of the public system have argued powerfully for a rights-based jurisprudence which can only be well-effected by a public body. As Hugh Collins put it,

“[W]ithout the institution of an independent legal tribunal we must doubt whether the values of autonomy and dignity embedded in the legislation can be realized. A degree of legalism in the practice of Industrial Tribunals is the necessary price to be paid for the achievement of this fundamental goal of the legislation. . . .”<sup>73</sup>

A partial step in the direction of allowing the parties to substitute arbitration for employment tribunals in dismissal cases was introduced by the Employment Rights (Dispute Resolution) Act of 1998; but even here the system adopted was under ACAS control, it did not opt for privatization, and, critically, it governs post-dispute, not pre-dispute agreements to arbitrate. After a claim is filed the employee and the employer may agree to substitute arbitration for a decision by the tribunal; but the scope of such a submission concerns the dismissal only, it may not deal with any other matter of law. The arbitrator is chosen by ACAS from a panel it has qualified; the process – inquisitorial, brief, and final – is set out by ACAS<sup>74</sup>.

In 2005–06, 191,885 claims were filed with the employment tribunal system and so referred to ACAS for initial conciliation: in that period there were six requests for arbitration<sup>75</sup>. In the event, even this experiment is inapplicable to all other statutory claims. The very narrowness of what is allowed underlines the law’s hostility to the substitution of a private forum for a public one<sup>76</sup>.

---

<sup>72</sup> E.g., Bob Hepple & Gillian Morris, *The Employment Act of 2002 and the Crisis of Individual Employment Rights*, 31 *INDUS. L.J.* 245 (2002).

<sup>73</sup> HUGH COLLINS, *JUSTICE IN DISMISSAL: THE LAW OF TERMINATION OF EMPLOYMENT* 268 (1992). The point is made forcefully by Bob Hepple, *Enforcement: The Law and Politics of Cooperation and Compliance*, in *SOCIAL AND LABOUR RIGHTS IN A GLOBAL CONTEXT* 238, 252 (Bob Hepple ed., 2002).

<sup>74</sup> The system is fully described on ACAS’ Web site, <http://www.acas.org.uk>.

<sup>75</sup> The statistics are available on ACAS’ Web site, *id.* There is little incentive for the parties to opt for arbitration: the employer may face a decision-maker more favorable to the employee; and both lose any right of appeal. I am indebted to Bob Hepple for pointing this out.

<sup>76</sup> A tacit concern may be that privatization of the forum will conduce toward a contracting out of labor protection altogether, a judicial result against which British law has resonated since the late 19th century. *Griffiths v. The Earl of Dudley*, 9 Q.B. 357 (1882). I am indebted to Paul Davies for this suggestion.

### III. Explaining the Difference

The three European countries surveyed forbid employers to mandate that the dismissal of an employee be heard in an arbitration system established unilaterally by the employer. And they do so for essentially the same reasons: they hold that legal rights are best vindicated by a public body – one whose competence in the law is assured, whose impartiality is above question, whose process is transparent, whose decisions are accessible and have broader legal and communal impact, and which is subject to comprehensive public accountability.

Until relatively recently the United States Supreme Court took the same position and for the same reasons. But today, the law charted by that body is the exact opposite.

The difference demands explanation. It cannot be found in fundamentally different understandings of what private arbitration entails. There are surely differences in the details of the arbitration systems that operate in Europe vis-à-vis the United States; but the three jurisdictions surveyed have had long experience with the private disposition of private rights, indeed, their laws are altogether hospitable toward that. They well understand the difference therefore between a private and a public forum; they are simply unwilling to allow public rights to be privately dispensed<sup>77</sup>.

Three explanations have been theorized: legal origin, political power, and public choice. Let us look at each.

#### 1. Legal Origin

Juan Botero and his colleagues have argued to the theory that “countries in different legal traditions utilize different institutional technologies for social control of business. Common law countries tend to rely more on markets and contracts, and civil law ... countries on regulation. ...”<sup>78</sup> That theory, whatever its merits<sup>79</sup>, has no purchase here. By Botero and his colleagues’ account, France and Germany derive from the civil law and the United States from the common law. But so, too, does the mother country, the United Kingdom. Nor can this

---

<sup>77</sup> To be sure, they all place the adjudication of labor rights in the hands of bodies that, in the first instance, have lay participation – that would seem to be quasi-arbitral. But appearance is deceiving. The German and British labor courts and labor tribunals respectively are judicial bodies whose processes and decisions are transparent and appealable; they generate accessible bodies of law. The *conseil de prud’ hommes* seems more arbitral, but, if so, it is, in effect, an advisory arbitration because its decisions – and indecisions – are subject to plenary judicial review which is exercised more than half the time.

<sup>78</sup> Juan Botero et al., *The Regulation of Labor*, 119 Q.J. ECON. 1339 (2004).

<sup>79</sup> See David Pozen, *The Regulation of Labor and the Relevance of Legal Origin*, 28 COMP. LAB. L. & POL’Y J. 43 (2006). See also Daniel Klerman & Paul Mahoney, *Legal Origin?*, USC Legal Studies Paper No. 07-3, <http://ssrn.com/abstract=968706>.

theory explain why the United States was hostile to the privatization of public law until the 1980s.

## 2. *Political Power*

Jean Sternlight posits corporate “political clout” in the United States to explain the difference<sup>80</sup>. Organized labor has more political clout in France, Germany, and, perhaps, even in the United Kingdom than in the United States; but, the actor here is the U.S. Supreme Court, not the legislature. The political clout theory has to show corporate influence on that body. Because the Court is not elected the role of corporate power would be derivative of the President who appoints the judge; but here the evidence of corporate influence is weak. In deciding to overrule *Wilko*, by vote of five-to-four, Justice White, appointed by a President of the consumer and labor-friendly Democratic Party, voted with the majority, whilst Justices Stevens and Blackmun, both appointees of a President of the corporate-friendly Republican Party, dissented. So, too, the *Circuit City* Court, more firmly in Republican hands, decided the case by a vote of five-to-four with two appointees of Republican Presidents dissenting.

## 3. *Public Choice*

Economic theory attends to the motivations of the public actors in the process, in this instance, the judges. They may seek to aggrandize their income, power, or prestige, in which case they would want to increase or, at least, retain the exclusivity of their jurisdiction;<sup>81</sup> or, seeing neither additional economic benefit, as they are not paid fees from the cases they attract, nor increased prestige in it for them, they may decide to slough these cases off to other fora<sup>82</sup>. The theory explains why arbitration decisions, as the product of a market-driven system, are often unaccompanied by fully reasoned opinions and are considered non-precidential<sup>83</sup>. But the theory is indeterminate: it can explain the public actor’s taking either route. More is needed.

---

<sup>80</sup> Sternlight, *supra* note 22, at 855–56.

<sup>81</sup> Jack Hirschleifer, *Comment* [on Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*], 19 J. LAW & ECON. 241, 242 (1976).

<sup>82</sup> William Landes & Richard Posner, *Adjudication on a Private Good*, 8 J. LEGAL STUDIES 235 (1979). The National Labor Relations Board has adopted a policy of referring to cases of discharge allegedly wrongful as violative of the Labor Act to arbitration under collective bargaining agreements. *Hammontree v. NLRB*, 925 F.2d 1486 (D.C. Cir. 1991) (*en banc*). The Board then defers to the arbitrator’s decision under rather weak standards of review. *Olin Corp.*, 268 NLRB 573 (1984). This is a small scale illustration of public choice theory at work.

<sup>83</sup> Landes & Posner, *id.* See also Richard Posner, *What do Judges Maximize?*, in RICHARD POSNER, *OVERCOMING LAW* 109 (1995).

## IV. American Exceptionalism, or, Shirking

A vintage textbook in basic economics, explaining the idea of market imperfection and relating it to “collective consumption goods,” observed:

“Police protection, even justice, might be provided by private market mechanisms. Watchmen, Pinkerton detectives, and bodyguards all provide policelike protection. Privately hired arbitrators, “hired guns,” and vigilantes of the Old West represent private ways of obtaining “justice.” Yet the members of society may believe that a public police force is preferable to a private one and that public justice is preferable to justice for hire.”<sup>84</sup>

Or they may not.

To return to Joseph Grodin’s question, do “we” in the United States, “as a society” believe that justice for hire is preferable to public justice<sup>85</sup>? There is no evidence that we do: the extensive survey undertaken by Richard Freeman and Joel Rogers indicates that, when well informed about the nature of arbitration, a majority of workers did favor it over resort to the courts where, among other requirements, the procedures were agreed to by management and employees jointly and employees receive expert advice and assistance in the process; but, three-fourths of employees thought the mandatory relinquishment of the right “to go to court and agreeing to use a management-appointed arbitrator for disputes over legal rights as a precondition for getting a job” ought to be unlawful<sup>86</sup>. The academic reaction to *Gilmer/Circuit City*, the reaction that is of those public intellectuals whose expertise should tend to shape public opinion, has been extensive and predominately negative, echoing the European reasoning supporting insistence on public justice<sup>87</sup>. Why then has privatization come about?

An answer given without reference to public choice theory but consonant with it is the desire of the courts, especially the federal courts, to be relieved of

<sup>84</sup> RICHARD LIPSEY & PETER STEINER, *ECONOMICS* 427 (6th ed. 1981).

<sup>85</sup> Grodin, *supra* note 20.

<sup>86</sup> RICHARD FREEMAN & JOEL ROGERS, *WHAT WORKERS WANT* 163 (rev. ed. 2006).

<sup>87</sup> The extensive literature has been reviewed by Richard Bales, *Normative Consideration of Employment Arbitration at Gilmer’s Quiñceañera*, 81 *TULANE L. REV.* 331 (2006). The most prominent proponent of privatization is Samuel Estreicher who represented Circuit City before the United States Supreme Court. Samuel Estreicher, *Saturdays for Rickshaws: The Stakes in the Debate Over Predispute Employment Arbitration Agreements*, 16 *OHIO ST. J. DISP. RESOL.* 559 (2001). The most trenchant critic is Clyde Summers, *Mandatory Arbitration: Privatizing Public Rights Compelling the Unwilling to Arbitrate*, 6 *U. PA. J. LAB. & EMP. L.* 684 (2004). Some effort at empirical research has been undertaken, to find out whether the results of these systems differ from what the courts produce. *E.g.*, Theodore Eisenberg & Elizabeth Hill, *Arbitration and Litigation of Employment Claims: An Empirical Comparison*, *DISPUTE RESOLUTION JOURNAL* 44 (Nov. 2003/Jan. 2004). Apart from the unavailability of data, because these systems are private, the comparability of the data has been criticized on methodological grounds. Kenneth Dau-Schmidt & Timothy Haley, *Governance of the Workplace: The Contemporary Regime of Individual Contract*, 28 *COMP. LAB. L. & POL’Y J.* 313, 332–34 (2007).

the burden of these cases<sup>88</sup>, or, as Ian Macneil put it less antiseptically, “docket-clearing pure and simple”<sup>89</sup>.

If the American people have not come to the belief that justice for hire is preferable to public justice, the United States Supreme Court has; and the power of statutory interpretation given the Supreme Court allows it to hide its docket-clearing agenda behind the fig leaf of legal formalism for propriety’s sake:

“The story of arbitration in the Supreme Court illustrates the cover-up function of formalism. One cannot immerse oneself in the arbitration cases without coming to the conclusion that a major force driving the Court is docket-clearing pure and simple. That is, the Court is motivated to reduce the cases having to be tried by the judicial system, particularly the federal judicial system. If this means overriding the consent principle of the USAA [the Arbitration Act], sobeit; if it means abdication of judicial responsibility for enforcing regulatory legislation, sobeit; if it means converting a statute from one governing procedure in federal courts to a substantive regulatory one overriding state law, sobeit. Yet nowhere does the Court admit to such a policy.”<sup>90</sup>

In the European countries surveyed here the legislatures have long engaged with the question of workplace justice: In France, “proposals for reform have not been wanting,” but these confront a great societal attachment to the current system (*grand l’attachement au status quo*)<sup>91</sup>. In Germany, legislative proposals for arbitration have been advanced vigorously, with a side-long glance at the United States, but none has proven legislatively persuasive. And in the United Kingdom, arbitration on the U.S. model (with an eye more on labor arbitration under collective agreements than on employer unilateralism) has been strenuously debated for decades; but only a tepid step in that direction has been legislated and it has been a failure. In the United States, there has been nothing resembling the active legislative engagement evidenced in Europe. Civil rights organizations have built effective coalitions to secure legislative reversal of Supreme Court decisions believed to be unfavorable to their groups; but the revolution wrought by the Supreme Court has been taken to deal not with civil rights, but with the employment rights of non-unionized employees whom, by definition, no one represents. Moreover, unions, which have been unable for decades to secure favorable reform of the Labor Act, are unlikely to strive for the better protection of the non-unionized. The American environment of near total legislative indifference gives the U.S. Supreme Court a free hand to shirk; and it has done just that.

Public choice theory also explains the about face from *Wilko* and the *Circuit City* majority’s extraordinary counter-contextual reading of the employment

---

<sup>88</sup> Harry T. Edwards, *Where Are We Heading with Mandatory Arbitration of Statutory Claims in Employment?*, 16 GA. ST. U.L. REV. 293, 306 (1999). The author is a former professor of labor law (at Harvard) and a judge of the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit.

<sup>89</sup> IAN MACNEIL, *AMERICAN ARBITRATION LAW* 172 (1992).

<sup>90</sup> *Id.*

<sup>91</sup> PÉLISSIER, SUPIOT & JAMMAUD, *supra* note 27, at 1314–15.