

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 Goe

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

Peter Hanau und Michael Gotthardt

Evaluation rechtswissenschaftlicher Forschung am Beispiel
der Arbeitsrechtswissenschaft in Schweden 165

Martin Henssler und Kerstin Tillmanns

Altersdiskriminierung in Tarifverträgen 179

Curt Wolfgang Hergenröder

Internationales Arbeitskämpfrecht 197

Gerrick v. Hoyningen-Huene

Der Arbeitgeber zwischen Unternehmerfreiheit, Flexibilität und
Arbeitnehmerschutz 217

Matthias Jacobs

Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge
bei Betriebsübergang 243

Abbo Junker

Der Kündigungsschutz leitender Angestellter in rechtsvergleichender
Perspektive 265

Dagmar Kaiser

Unterhaltspflichten in der Sozialauswahl 283

Rainer Kanzleiter

Das gemeinschaftliche Testament nach österreichischem und
deutschem Recht 315

Hyung-Bae Kim

Entstehung und Entwicklung des koreanischen Arbeitsrechts –
unter Berücksichtigung politischer und wirtschaftlicher Aspekte 331

György Kiss

Die Wirkung der Grundrechte im ungarischen Arbeitsrecht:
Versuche zur Wiederherstellung eines umgestürzten Gleichgewichts 357

Ursula Köbl

Der Prokurist als Pförtner? Zur Entwicklung des Berufsschutzes
im neueren deutschen Arbeits- und Sozialrecht 385

Wolfhard Kohle

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 Kreutz

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

Salvatore Patti

Recht und Globalisierung der Wirtschaft 617

Ulrich Preis

Grünbuch und Flexicurity –

Auf dem Weg zu einem modernen Arbeitsrecht? 625

Tamás Prugberger

Kündigungs- und Massenentlassungsregelungen in Ungarn und
in den postkommunistischen Nachbarländern Ungarns 643

Thomas Raab

Änderungskündigung, Widerrufsvorbehalt, Freiwilligkeitsvorbehalt
und der Grundsatz „pacta sunt servanda“ 659

Hermann Reichhold

Neues zum grenzüberschreitenden Betriebsübergang 687

Peter Reiff

Der Beruf des Versicherungsberaters im neuen rechtlichen Umfeld 703

Dieter Reuter

Der Schutz des Außenseiters im Tarifrecht –
funktionswidrig oder institutionell notwendig? 717

Reinhard Richardi

Die Kirchliche Arbeitsgerichtsbarkeit der katholischen Kirche
in Deutschland 741

Volker Rieble

Entgeltbestimmung nach § 315 BGB in tariflichen Entgeltbändern 755

Dieter Sadowski und Kai Kühne

Der Europäische Betriebsrat – weder europäisch noch Betriebsrat? 771

Franz Jürgen Sacker

Kunst als politisches Medium. Allgemeines Persönlichkeitsrecht,
Menschenwürde und Kunstfreiheit im Zivilrecht 789

Monika Schlachter

Die Verhältnismäßigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen
gegen grenzüberschreitende Standortverlagerungen. 809

Kurt Siebr

Der Wein und das IPR 823

Andrzej Marian Świątkowski

Freiheit des Abschlusses von Gesamtarbeitsverträgen im Lichte
der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) 839

Gregor Thüsing

Sozialrechtliche Konsequenzen einer Arbeitnehmerüberlassung
im internationalen Konzern 859

Barbara Veit

Mündigkeit und Minderjährigenschutz im Arbeitsrecht 877

Bernd Waas

Tarifdispositive Normen und der Schutz der Koalitionsfreiheit
in Art. 9 Abs. 3 GG 899

Raimund Waltermann

Bemerkungen zu den Rechtssachen Mangold und Palacios de la Villa. . . 915

Rolf Wank

Methodische Bemerkungen zu einigen neueren EuGH-Urteilen
zum Arbeitsrecht 929

Manfred Weiss

Transnationale Kollektivvertragsstrukturen in der EG:
Informalität oder Verrechtlichung? 957

Andreas Weitbrecht

Völkerrecht und Kollisionsrecht in der deutschen Fusionskontrolle.
Zur Untersagung von Auslandszusammenschlüssen durch das
Bundeskartellamt 977

Stephan Weth und Bernd Weber

Das BAG auf neuen Pfaden –
Bandbreitenregelungen in Arbeitsverträgen 993

Günther Wiese

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 CE¹) 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

¹ 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 Verfassung² in sämtlichen Lebensbereichen und insbesondere auf politischem, bürgerlichem, wirtschaftlichem, sozialem und kulturellem Gebiet sowie im Ar-

² *Rodríguez-Piñero*, Igualdad y non discriminacion el el empleo (1998); *Torres-Dulce*, in: *Monotoro Puerte* (Hrsg.), *Témas 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 hält³. Gegen ein inhaltsähnliches Gleichheitsgesetz der Baskischen Autonomen Gemeinschaft⁴ 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 richtet⁵.

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 zugelassen⁶. Arbeitnehmern beiderlei Geschlechts

³ Astorla, „La paridad electoral es inconstitucional“, La Razón v. 20.12. 2006 und auf www.pp.es.

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

⁵ Boletín Oficial del Estado vom 05.07. 2005, S. 23775.

⁶ 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)⁷. 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 aufstellen⁸, 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-

⁷ „... 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“.

⁸ 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 kann⁹.

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“¹⁰. 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 verändern¹¹. 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 gegenübertreten, nur ein *Tocqueville* hatte früh eine solche Versuchung erahnt¹². 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“¹³ oder zum sel-

⁹ Sentencia Tribunal Constitucional 227/1993 v. 09.07. 1993.

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

¹¹ 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.

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

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

ben Thema *Thomas Blanke/Bettina Graue*¹⁴, 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 Draempfaehl-Falles ausgeschlossen ist¹⁵.

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 geachtet¹⁶.

Es bleibt auch die Kultur des zivilrechtlich-dogmatischen Denkens besser erhalten, wie sie, aus ehrwürdiger Tradition entwickelt, die europäischen Rechtsordnungen prägt¹⁷. Das AGG mutet den Juristen Unzumutbares zu: Verletzungs-

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

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

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

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

tatbestände ohne klar abgegrenzte Tatbestandsmerkmale, hypothetische Begehungsförmn als Verletzungshandlungen („erfahren würde“, § 3 I 1), der Nicht-Abschluss eines Vertrages gesehen als Verletzung einer Vertragspflicht (§ 7 III)¹⁸, 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“¹⁹ erlernen, fällt die Fremdartigkeit der dem Zivilrecht aufgepfropften neuen Sprößlinge besonders auf²⁰. Das Risiko heftiger Abstoßungsreaktionen konnte nur ein Gesetzgeber eingehen, dem am Privatrecht immer weniger gelegen ist.

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

¹⁹ Das klassische Lernbuch von *Medicus*, viele Auflagen.

²⁰ Vgl. Adomeit, NJW 2006, 2169.

