

das Ablösungsprinzip, sondern das Günstigkeitsprinzip, wobei der Große Senat für dessen Interpretation wenig überzeugend einen kollektiven Günstigkeitsvergleich vornimmt, wenn die Verpflichtung zur Erbringung einer Sozialleistung individualrechtlich auf einer vertraglichen Einheitsregelung oder einer Gesamtzusage beruht oder aufgrund betrieblicher Übung verbindlich ist. Mit seiner Lehre vom kollektiven Günstigkeitsvergleich verbietet der Große Senat, dass die Gesamtheit der Arbeitgeberleistungen eingeschränkt wird; er hält nur für zulässig, dass sie durch Betriebsvereinbarung umstrukturiert wird, auch wenn dadurch die Rechtsposition eines einzelnen Arbeitnehmers verschlechtert wird.

Diese Rechtsprechung berücksichtigt nicht, dass durch Betriebsvereinbarung nicht der Inhalt des *Arbeitsvertrags* geändert werden kann. Auch ihr Vorrang aufgrund zwingender Geltung, die ihrerseits durch das Günstigkeitsprinzip begrenzt wird, führt nur für die Dauer ihrer Wirkung zur Verdrängung der arbeitsvertraglichen Vereinbarung, macht diese aber nicht nichtig<sup>3</sup>. Das gilt auch für arbeitsvertraglich festgelegte Versorgungsanwartschaften.

Im vorliegenden Fall lag keine umstrukturierende Betriebsvereinbarung vor, die der 3. Senat unter Rückgriff auf einen kollektiven Günstigkeitsvergleich anerkennt<sup>4</sup>, sondern der Senat stützt den Eingriff in die Versorgungsanwartschaften auf einen *individualrechtlichen Widerruf*. Demnach kommt es entscheidend darauf an, ob der einzelvertraglichen Rechtsgrundlage eine derartige Befugnis entnommen werden kann. Hier

könnte für eine Versorgungsordnung nach dem 1. 1. 2002 eine Rolle spielen, dass im Gegensatz zu einer Betriebsvereinbarung die Bestimmungen über eine Inhaltskontrolle nach §§ 307–309 BGB einschlägig sein können; denn es handelt sich i. S. des § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB um einen *Arbeitsvertrag*, so dass bei der Anwendung auf ihn lediglich „die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen“ sind. Enthält daher eine Versorgungsordnung auf arbeitsvertraglicher Grundlage einen Änderungsvorbehalt, so ist er nach § 308 Nr. 4 BGB unwirksam, wenn nicht die Vereinbarung der Änderung oder Abweichung unter Berücksichtigung der Arbeitgeberinteressen für den Arbeitnehmer zumutbar ist. Im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten, die nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB angemessen zu berücksichtigen sind, gibt es für diesen Fall nicht. Versorgungsordnungen aus alter Zeit bedürfen deshalb auch für Verträge, die vor dem 1. 1. 2002 geschlossen wurden, vom 1. 1. 2003 an der Anpassung an die veränderte Gesetzeslage, wobei man es als ausreichend ansehen wird, wenn eine Versorgungsordnung unter den gleichen Voraussetzungen abgelöst werden kann wie eine Betriebsvereinbarung<sup>5</sup>.

3) BAG v. 21. 9. 1989 und BAG v. 28. 3. 2000, AP BetrVG 1972 § 77 Nr. 43 und 83.

4) BAG v. 23. 10. 2001, BAG v. 18. 3. 2003 und BAG v. 17. 6. 2003, AP BetrVG § 1 Ablösung Nr. 33, 41 und 44.

5) Vgl. *Richardt*, in: *Gedenkschrift Blomeyer* (2003), S. 299, 308 ff.

**„Die Zukunft der Kollektivautonomie in Europa“ – Siebtes Göttinger Forum zum Arbeitsrecht – Symposium zur Feier des fünfzigjährigen Bestehens des Instituts für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen und zu Ehren von Franz Gamillscheg**

Am 19. 6. 2009 fand erneut das Göttinger Forum zum Arbeitsrecht statt. Waren zum sechsten Göttinger Forum zum Arbeitsrecht (RdA 2009, 60) bereits rund 75 Gäste aus Wirtschaft, Wissenschaft und Justiz der Einladung des Vereins zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts e. V. und des Instituts für Arbeitsrecht der Universität Göttingen gefolgt, waren es dieses Jahr mehr als 150 Gäste: Ausdruck nicht nur des steigenden Interesses an dieser Art des Austausches zwischen Wissenschaft und Praxis, sondern auch der besonderen Wertschätzung, die dem Göttinger Institut für Arbeitsrecht, dessen fünfzigjähriges Bestehen zugleich begangen wurde, insbesondere aber seinem Emeritus Professor Dr. Dres. h. c. *Franz Gamillscheg* entgegengebracht wird, der mit dem Forum zugleich zu seinem 85. Geburtstag geehrt werden sollte. Dieser mehrfachen Zielsetzung verpflichtet, wählten die Veranstalter mit der „Zukunft der Kollektivautonomie in Europa“ ein Thema, das nicht nur Praxis und Wissenschaft gerade in seinen grenzüberschreitenden Bezügen mehr beschäftigt denn je, sondern das auch im Werk *Gamillschegs* einen zentralen Platz einnimmt.

Begrüßt wurden die Teilnehmer von der Prodekanin der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen Professor Dr. *Eva Schumann*. *Schumann* wies dabei ebenso wie der Präsident der Universität Göttingen Professor Dr. *Kurt von Figura* in seinem folgenden Grußwort auf die lange Kontinuität in der Leitung des Instituts durch *Gamillscheg* hin und hob dessen Verdienste um die Internationalisierung des Fachs hervor. Der Vorsitzende des Fördervereins Professor Dr. *Hansjörg Otto* betonte in seiner anschließenden und zu den Referaten überleitenden Begrüßungsrede die in Deutschland einmalige internationale Ausrichtung der Institutsbibliothek, die nur durch die Unterstützung der Chemie-Sozialpartner und des Fördervereins habe erreicht werden können.

**Kurzbeiträge und Informationen**

Die Vortragsreihe startete Professor Dr. *Thomas von Danwitz*, Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, mit einem Referat über das spannungsreiche Verhältnis von „Grundfreiheiten und Kollektivautonomie“. Im Zentrum seiner Ausführungen standen die Entscheidungen des EuGH in den Rechts-sachen *Viking* (NZA 2008, 124), *Laval* (NZA 2008, 159) und *Rüffert* (NZA 2008, 537). In der Rechtssache *Viking* habe der EuGH entschieden, dass Arbeitskampfmaßnahmen prinzipiell vom Schutzbereich des Art. 43 EG erfasst würden. Besondere Bedeutung komme folglich der einzelfallbezogenen Verhältnismäßigkeitskontrolle zu. Dabei habe der EuGH dem nationalen Gericht die strikte Kontrolle der Streikziele aufgegeben, die einzig den Schutz der Arbeitnehmer bezwecken dürften, während die Frage des verhältnismäßigen Einsatzes der Arbeitskampfmittel dem nationalen Gericht vollumfänglich überantwortet worden sei, ohne dass diesem insofern nennenswerte Vorgaben gemacht würden. Diese Rechtsprechung sei in den Rechtssachen *Laval* und *Rüffert* bestätigt worden, die vielfach wegen Nichtbeachtung der Besonderheiten der jeweiligen Fallkonstellation, insbesondere in der Rechtssache *Laval*, überbewertet würden. Festzuhalten bleibe, dass der EuGH die eigentliche Abwägungsentscheidung dem jeweiligen nationalen Wertungskontext anvertraue, indem er erstens die besondere Rechtfertigungskraft grundrechtsgeschützter Belange wie dem Streikrecht zur Beschränkung von Grundfreiheiten betone, zweitens die strikte gemeinschaftsrechtliche Prüfung auf die tatsächliche Verfolgung der grundrechtlich geschützten Ziele des Arbeitnehmerschutzes konzentriere und drittens die eigentliche Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Arbeitskampfmitteleinsatzes den nationalen Gerichten überantworte. Die eigentliche Bedeutung der Rechtsprechung des EuGH liege daher darin, die mit den Rechtssachen *Schmidberger* (NJW 2003, 3185) und *Omega* (NVwZ 2004, 1471) eingeschlagene Richtung fortzusetzen, nach der Grundfreiheiten nach Maßgabe grundrechtlicher Vorgaben, wie sie sich aus dem jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungen ergeben, begrenzt werden können.

In der nachfolgenden, von *Otto* geleiteten Diskussion wurde mit Kritik an den Entscheidungen des EuGH nicht gespart. Pro-

fessor Dr. *Thomas Dieterich*, Präsident des Bundesarbeitsgerichts a. D., der an diesem Tage seinen 75. Geburtstag beging, sah insbesondere die Gefahr einer richterlichen Tarifzensur. In dogmatischer Hinsicht kritisierte *Dieterich* die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zur Bewältigung konfligierender Freiheitsausübung. In seiner Gegenrede widersprach von *Danwitz* der These *Dieterichs*, dass die vom EuGH verlangte Kontrolle der Streikziele einer Angemessenheitskontrolle gleichkomme. Gefordert sei nur die Kontrolle, „ob“ eine Arbeitskämpfmaßnahme das Ziel des Arbeitnehmerschutzes verfolge. Die Kritik an der Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes fuße auf nationalen Vorstellungen und sei daher für die Diskussion auf europäischer Ebene wenig fruchtbar. Professor Dr. Dres. h. c. *Horst Konzen*, Universität Mainz, und Professor Dr. Dres. h. c. *Rolf Birk*, Universität Trier, monierten die weitreichende Delegation der Abwägungsentscheidung auf die nationale Ebene. Vereinzelt nationale Traditionen dürften angesichts des Vorrangs europäischen Rechts keine Rolle spielen, andernfalls käme es zu disparaten Entwicklungen. Der EuGH müsse vielmehr auf eine übereinstimmende Rechtsprechung achten und dürfe nicht vor dieser Verantwortung fliehen. Demgegenüber verwies von *Danwitz* unter Bezug auf die Rechtssache *Omega* darauf, dass ein Abstellen auf den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Grundrechtsbestand gerade für Deutschland ein Absenken des Grundrechtsschutzes bedeute. Professor Dr. *Robert Rebhahn*, Universität Wien, kritisierte die fehlende Kohärenz der Entscheidungen in dogmatischer Hinsicht, insbesondere in Bezug auf den Umgang mit Rechtsquellen. Von *Danwitz* gestand dies zu einem Teil zu, wies aber darauf hin, dass es durch die Besonderheiten des Entscheidungsfindungsprozesses an einem multinationalen Gerichtshof beinahe unvermeidbar zu Friktionen komme. *Otto* warf schließlich nochmals die Frage der Tarifzensur auf. Indem das nationale Gericht prüfen müsse, „wieviel“ bezweckter Arbeitnehmerschutz den Eingriff in die Niederlassungsfreiheit rechtfertige, betreibe es Tarifzensur. Insofern verwies von *Danwitz* auf die vom EuGH hervorgehobene Bedeutung nationaler Wertungskontexte. Deutlich wurde in der Diskussion, dass die viel zitierte Wendung *Gamillschevs* vom Richter als dem eigentlichen Herrn des Arbeitsrechts auch und gerade unter dem Einfluss europäischen Rechts nichts von ihrer Gültigkeit eingebüßt hat.

Im Anschluss an das gemeinsame Mittagessen eröffnete Professor Dr. *Rüdiger Krause*, Direktor des Göttinger Instituts für Arbeitsrecht, den zweiten Teil der Veranstaltung mit allgemeinen Überlegungen zur Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts. *Krause* hob zunächst die besondere Bedeutung der Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht hervor, die es ermögliche, Regelungen ins Kalkül zu ziehen, die den „Lackmustert der Praxisstauglichkeit“ andernorts bereits bestanden haben. Als Parameter für den Vergleich von Regelungen im Bereich der Kollektivautonomie arbeitete *Krause* den Kreis der zum Vertragsabschluss befugten Personen, die rechtliche Wirkung der Verträge, ihren personellen Anwendungsbereich, die Instrumente ihrer Durchsetzung sowie die Auflösung von Tarifkollisionen heraus.

Zu Beginn der länderspezifischen Referate erörterte Professor Dr. *Martine Le Friant*, Universität Avignon, das französische Modell. Im Gegensatz zu Deutschland kenne das überkommene französische Recht keinen dem Zugriff des Gesetzgebers entzogenen Raum einer Kollektivautonomie der Sozialpartner. Im Gegenteil verlange Artikel 34 der französischen Verfassung, dass das Gesetz die Grundsätze des Arbeitsrechts, des Gewerkschaftsrechts und der Sozialversicherung bestimme. Allerdings gestehe Artikel 8 der Präambel der Verfassung den Sozialpartnern indirekt eine normgebende Funktion zu, indem bestimmt wird, dass sich jeder Arbeitnehmer, unter Vermittlung durch Delegierte, an der kollektiven Bestimmung der Arbeitsbedingungen beteiligt. Diese überkommene Rechtslage empfangen durch das europäische Recht in jüngerer Zeit zunehmend Impulse, die zu einem stärkeren Gewicht der Sozialpartner führen würden. So regelt der Code du travail seit dem 31. 1. 2007 in seinem ersten Artikel und damit an prominenter Stelle einen am Vorbild der Art. 138 und 139 EG entwickelten sozialen Dialog, der bereits in der Praxis durchgeführt werde. Womöglich befinde sich Frankreich daher auf dem Weg zur Schaffung einer echten Kollektivautonomie, was in der französischen Diskussion aber durchaus kritisch begleitet werde, insbesondere mit Blick auf den damit einhergehenden Bedeutungsverlust des Staates.

Als zweite Referentin erläuterte Dr. *Anne C. L. Davies*, Universität Oxford, das britische Modell. Traditionell sei das englische Recht von dem Prinzip des *collective laissez-faire* geprägt, also dem freien Spiel der Kräfte. Die Rolle des Rechts habe traditionell nur negativ darin bestanden, Hindernisse für Kollektivverhandlungen, insbesondere in Gestalt der zivilrechtlichen Haftung, beiseite zu schaffen. Mit Beginn der *Thatcher*-Ära seien dann Gesetze erlassen worden, die das Recht zu Arbeitskämpfmaßnahmen mehr und mehr beschnitten hätten. Auch nach dem erneuten Wechsel zur Labour-Regierung im Jahre 1997 blieb es weitgehend bei diesen Regelungen. Allerdings habe die Labour-Regierung wieder das Verfahren der *statutory recognition*, also der staatlichen Anerkennung einer Gewerkschaft für eine Verhandlungseinheit, eingeführt, obgleich nur für die Verhandlungsgegenstände Entgelt, Arbeitszeit und Urlaub. Rechtspolitisch sei das staatliche Anerkennungsverfahren zweischneidig, weil es einerseits die freiwillige Anerkennung der Gewerkschaft (*voluntary recognition*) fördere, andererseits aber mit dem Konzept der Kollektivautonomie kollidiere. Empirische Untersuchungen über Auswirkungen der Neuregelung auf die Vitalität der Koalitionen fehlten bislang.

Professor Dr. *Stein Evju*, Universität Oslo, rundete die Darstellung der verschiedenen Konzeptionen der Kollektivautonomie mit einem Referat über das nordische Modell der Staaten Dänemark, Norwegen und Schweden ab. Dabei hob *Evju* sogleich hervor, dass zwischen diesen Staaten auch erhebliche Unterschiede etwa in der Rolle des Gesetzgebers bestünden und er daher zwangsläufig nur einen kursorischen Überblick geben könne. Gemeinsam seien den skandinavischen Staaten fest etablierte Arbeitsbeziehungen, starke Koalitionen mit großer Mitgliedschaft, umfassende tarifvertragliche Regelungen und ein entwickeltes System zur einkommenspolitischen Zusammenarbeit. In starkem Kontrast zu diesem Befund stehe die Tatsache, dass der Begriff der Kollektivautonomie als solcher unbekannt sei. Sodann gab *Evju* einen schlaglichtartigen Bericht über Einzelfragen des Tarifvertrags- und Arbeitskämpfrechts der nordischen Staaten, wobei er deren Unterschiede und Gemeinsamkeiten hervorhob. Aus deutscher Sicht von besonderem Interesse war der Hinweis, dass in Dänemark und Norwegen prinzipiell bereits der Zusammenschluss zweier Arbeitnehmer eine tariffähige Gewerkschaft begründen könne. Ferner kenne das norwegische Recht im Gegensatz zum deutschen kein Günstigkeitsprinzip, so dass tarifliche Regelungen bei Fehlen einer Öffnungsklausel günstigeren arbeitsvertraglichen Regelungen vorgehen würden.

Die anschließende Kaffeepause bot den Teilnehmern die willkommene Gelegenheit zum privaten Austausch sowie zur Einstimmung auf den dritten und letzten Abschnitt der Veranstaltung. Diesen eröffnete *Rebhahn* mit einem Beitrag über die „Kollektivautonomie in rechtsvergleichender Sicht“. Darin identifizierte er fünf Typen der Arbeitsbeziehungen in Europa: den nordischen Korporatismus, die kontinentale Sozialpartnerschaft, die mediterrane Konfliktorientierung, die vor allem in Großbritannien vorzufindende pluralistische Marktorientierung sowie für die ehemals kommunistischen Länder Osteuropas den Typ der (Post-) Transition. Anhand verschiedener Parameter und unter Einbezug empirischer Befunde arbeitete *Rebhahn* die Charakteristika der einzelnen Typen heraus und wies auf jüngste Entwicklungstendenzen in verschiedenen Ländern hin.

Die abschließende Diskussion wurde wie schon in den vergangenen Jahren von *Hans Paul Frey*, Hauptgeschäftsführer des Bundesarbeitgeberverbandes Chemie und stellvertretender Vorsitzender des Fördervereins, geleitet. Mit Blick auf die deutsche Regelung in § 310 Abs. 4 Satz 3 BGB befragte *Krause* die Referenten auf die Zulässigkeit einer Inhaltskontrolle von Tarifverträgen in den von ihnen dargestellten Rechtsordnungen. *Evju* wies darauf hin, dass die nordischen Vertragsgesetze, die eine weitreichende Kontrolle von Verträgen gestatten würden, zwar prinzipiell auch auf Tarifverträge anwendbar seien, dies von der Rechtsprechung aber abgelehnt werde. Für das österreichische Recht verwies *Rebhahn* darauf, dass sogar Arbeitsverträge keiner AGB-Kontrolle unterliegen würden. Auf die Frage *Rebhahns* nach der Behandlung von Tarifpluralitäten erläuterte *Davies* die englische Rechtslage. Danach sei eine Tarifpluralität nur noch bei freiwilliger Anerkennung mehrerer Gewerkschaften durch den Arbeitgeber möglich. Hingegen sei der Antrag der Gewerkschaft auf staatliche Anerkennung von vornherein unzulässig, wenn für die vorgesehene Verhandlungseinheit bereits eine Anerkennungsvereinbarung für eine

oder mehrere Gewerkschaften besteht. Diese Sperre gelte sogar dann, wenn die freiwillig anerkannte Gewerkschaft im Gegensatz zu der die zwangsweise Anerkennung beantragenden Gewerkschaft keine Unterstützung unter den Arbeitnehmern genieße.

Die insbesondere an die Referenten aus dem Ausland gerichteten Fragen und Anmerkungen signalisierten das große Interesse der versammelten Arbeitsrechtler an einem Blick über den Teller- rand des deutschen Rechts. Dazu passte es, dass am Schluss der Veranstaltung der Jubilar und Nestor der deutschen Arbeitsrechts- vergleichung *Gamillscheg* das Wort ergriff. In einem persönlichen

Rückblick ließ *Gamillscheg* die Geschichte des Göttinger Instituts für Arbeitsrecht und des Vereins zur Förderung der Arbeitsrechts- vergleichung und des internationalen Arbeitsrechts Revue passieren und schloss mit dem Wunsch, dass diese Tradition fortgesetzt werde. Die Ovationen im Stehen, mit denen *Gamillscheg* bedacht wurde, sind für die Veranstalter zugleich Bestätigung wie Ver- pflichtung die Tradition des Göttinger Forums zum Arbeitsrecht mit seiner internationalen Ausrichtung fortzusetzen.

Wiss. Mitarbeiter *Sebastian Stütze*, Göttingen

## Schrifttum

**Höpfner**, Clemens, *Die systemkonforme Auslegung, Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht*, Grundlagen der Rechtswissenschaft Bd. 11, Tübingen, 2008, Mohr Siebeck, XVII, 439 S., geb. 89,- Euro, 978-3-16-149669-1

Gerade im Arbeitsrecht spielen die richtlinienkonforme Auslegung und die verfassungskonforme Auslegung eine große Rolle. So hat beispielsweise das BAG im Falle Junk (BAG, AP TVG § 1 Tarifverträge Nr. 186) ein deutsches Gesetz zunächst für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten, es aber wenige Jahre später mit richtlinienkonformer Auslegung aufrechterhalten (BAG, AP KSchG 1969 § 17 Nr. 21). Das BVerfG (BVerfGE 97, 169) hat § 23 KSchG nicht für verfassungswidrig angesehen, wenn man die Vorschrift dahin versteht, dass neben der Kontrolle von Kündigungen nach dem Kündigungsschutzgesetz eine – abgeschwächte – Inhaltskontrolle nach § 138 BGB oder nach § 242 BGB stattfindet. *Höpfner* analysiert beide Institute (und daneben die rahmen- beschlusskonforme und die völkerrechtskonforme Auslegung) unter dem Dach der systemkonformen Auslegung. In seinem allgemeinen Teil legt *Höpfner* dar, dass wir es bei unterschiedlicher Ausgestaltung im Einzelnen mit einem einheitlichen Phänomen zu tun haben. Richtig betont er, dass sich bei vielen Autoren unter der gleichen Bezeichnung zwei ganz verschiedene Dinge verbergen (S. 142, 155 ff.); am Beispiel des Verhältnisses von Verfassungs- recht zum einfachen Recht: die verfassungsorientierte Auslegung einerseits und die verfassungskonforme Auslegung i. e. S. anderer- seits (zur Terminologie S. 179, 182). Bei ersterer geht es darum, im Rahmen der klassischen Auslegungskriterien bei der systema- tischen Auslegung im Sinne einer Einheit der Rechtsordnung das höherrangige Recht einzubeziehen. Davon strikt zu trennen ist die von *Höpfner* so genannte „systemkonforme Auslegung“. (Zur Vermeidung von Missverständnissen und um die verschiedensten Formen einzubeziehen würde es sich empfehlen, den Oberbegriff „rangkonforme Auslegung“ zu nennen und zwischen „rangorien- tierter Auslegung“ und „rangkonformer Auslegung i. e. S.“ zu unterscheiden.) Die systemkonforme Auslegung heißt nach *Höpf- ner* nur (fälschlich) Auslegung, ist in Wahrheit aber Normkontrolle (S. 159). Die systemkonforme Auslegung hat zur Voraussetzung, dass die rangniedrigere Norm mehrere Auslegungsmöglichkeiten bietet. Sie ist nach *Höpfner* kein Unterfall der systematischen Aus- legung, sondern „modifizierte Normenkassation“.

Im Verhältnis des EG-Rechts zum deutschen Recht unterscheidet *Höpfner* zwischen der gemeinschaftsrechtskonformen Aus- legung (S. 216 ff., 230 ff.) und der richtlinienkonformen Aus- legung (S. 249 ff.). Grundrechtsdogmatische Anknüpfung für die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung ist das mildere Mittel gegenüber dem Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts. *Höpfner* sieht die Rechtsgrundlage in Art. 10 EG und in Art. 23 EG nur im Hinblick auf die bloße Möglichkeit zur entsprechen- den Auslegung; demgegenüber beruhe die *Pflicht* dazu auf dem „favor legis-Gedanken“ (S. 244). Bei der richtlinienkonformen Auslegung (S. 249 ff.) verpflichtet der EuGH die nationalen Ge- richte zu einer Vermutung der Gemeinschaftstreue des Gesetz- gebers (S. 257; so jetzt auch das BAG im oben genannten Bei- spiel). *Höpfner* widerspricht dem mit Recht (S. 259). Rechts- grundlage der richtlinienkonformen Auslegung ist nach der neuer- en Rechtsprechung und nach *Höpfner* (S. 264 ff.) die Um- setzungsverpflichtung aus Art. 249 Abs. 3 EG. Mit Recht stellt

*Höpfner* fest, dass ein „konkret geäußelter Regelungswille der Normsetzer (...) nicht durch den Hinweis auf einen abstrakten Umsetzungswillen umgangen werden“ kann (S. 274; zu diesem Thema auch S. 168, 175, 194, 253, 257 ff.; am Beispiel des Falles Heining: S. 277 ff.). *Höpfner* hätte deutlicher machen können, dass das höherrangige Recht auch Grundlage für eine rangkon- forme Rechtsfortbildung sein kann – vorausgesetzt die Rechtsfort- bildung hält sich im Rahmen des nationalen Rechts. Über die Anforderungen des Gewaltenteilungsprinzips können sich die Ge- richte auch nicht mit Hilfe des ranghöheren Rechts hinwegsetzen.

*Höpfner* schärft das Bewusstsein dafür, zwischen rangorientierter (verfassungsorientierter, richtlinienorientierter usw.) Auslegung ei- nerseits und rangkonformer Auslegung i. e. S. andererseits zu un- terscheiden und entwickelt für beide die Anwendungsvorausset- zungen. Es ist zu wünschen, dass diese – in der Literatur schon früher entwickelte Differenzierung (vgl. verfassungskonforme Auslegung als Inhaltsbestimmung und als Inhaltskontrolle) – in das allgemeine Bewusstsein übergeht.

Die rundum gelungene Schrift enthält darüber hinaus weiter- führende Aussagen zum juristischen System im Allgemeinen; sie wendet sich mit Recht gegen die Berufung auf die „Rechtsidee“ (S. 93 ff.), gegen die Wortlautgrenze (S. 145, 166 f.), den „eindeu- tigen Wortlaut“ (S. 145 f.) sowie allgemein gegen die „objektive“ Auslegung (S. 143 ff., 164 f.: „Der „Wille“ des Gesetzes ist roman- tische Mystifikation“). Dass ungeachtet der rechtstheoretischen Thematik der Stil zupackend und gefällig ist, erhöht das Lesever- gnügen.

Prof. Dr. *Rolf Wank*, Bochum

**Dornbusch**, Gregor, **Fischermeier**, Ernst und **Löwisch**, Man- fred (Hrsg.), *Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Köln, 2009, Luchterhand, XXXVI, 2140 S., geb. 99,- Euro, 978-3-472-07463-2

Nach dem Erscheinen der 1. Auflage des neuen Fachanwalts- kommentars im Februar 2008 ist bereits eineinhalb Jahre später – bei minimalen Veränderungen im Bearbeiterkreis – die 2. Auflage vorgelegt worden. Wer regelmäßig mit der 1. Auflage gearbeitet hat, ist über diesen Erfolg nicht verwundert: Ein kompetentes, durch zahlreiche und gewichtige Veröffentlichungen ausgewiese- nes Autorenteam aus Wissenschaft, Anwaltschaft und Justiz hat mit dem Fachanwaltskommentar ein Werk vorgelegt, das den Anfor- derungen von Wissenschaft und Praxis gleichermaßen gerecht wird. Geglückt ist nicht nur die Auswahl kommentierter Normen (so werden z. B. aus dem BGB auch die für das Arbeitsrecht wichtigen §§ 1356, 1619 erläutert), sondern auch die Auswahl der Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur, die sich von den Zitattfriedhöfen anderer, in die Jahre gekommener Werke wohl- tuend abhebt.

Inhaltlich ist der Fachanwaltskommentar nicht nur informativ, sondern auch erfreulich meinungsstark. So setzt sich z. B. *Kreber* in seiner Kommentierung des TVG – einem Glanzstück des Kom- mentars – eingehend mit der Kartellwirkung des Flächentarifver- trags auseinander (vor § 1 Rn. 18 ff.), während *Rieble* in seinen Anmerkungen zu §§ 74 ff. BetrVG u. a. kritisch zur so genannten „ablösenden Betriebsvereinbarung“ (§ 77 Rn. 30 ff.), zu den Un-