

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Nachruf

Nachruf Otto Ernst Krasney – Abschied von einer beeindruckenden
Persönlichkeit

Peter Udsching Seite **213**

Abhandlungen

»Gerechtigkeit durch Tarifvertrag« – ein Forschungsprogramm

Florian Rödl Seite **217**

Die neuen Nachweispflichten wegen des Kündigungsverfahrens und
der Klagefrist: Inhalt, Erfüllung und Rechtsfolgen

Mathias Maul-Sartori Seite **226**

Dokumentation

Sustainable Finance und Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung
(EbAV): ein Überblick auf europäischer Ebene

Thorsten Guthke Seite **243**

Fairness ist geboten



Hjort / Hjort

Aufhebungsvertrag und Abfindung

Strategien, Tipps und Musterverträge
7., überarbeitete und aktualisierte Auflage
2023. 360 Seiten, kartoniert

€ 26,-

ISBN 978-3-7663-7075-4

bund-shop.de/7075

Viele Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, aber auch Betriebsräte, müssen sich früher oder später mit Aufhebungsverträgen und den damit verbundenen Fragestellungen beschäftigen. Die Verhandlung, der Abschluss und die Gestaltung von Aufhebungsverträgen sind daher oft Gegenstand arbeitsgerichtlicher Urteile. Eine jüngere Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts schiebt etwa unlauteren Verhandlungstaktiken der Arbeitgeber einen Riegel vor. Es ist nun zwingend das Gebot fairen Verhandeln zu beachten.

Erfolgreiche Verhandlungsführung benötigt aber auch weiterhin eine zuverlässige und kompetente Einschätzung der eigenen rechtlichen und tatsächlichen Situation. Dieser Ratgeber erklärt alle rechtlichen und strategischen Grundlagen unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung. Das Buch bietet dabei einen leichten Einstieg in die arbeitsrechtlichen Themen und hilft, die Motive des Arbeitgebers richtig einzuschätzen.

Viele praxiserprobte Formulierungsvorschläge und Vertragsmuster erleichtern das erfolgreiche Verhandeln um die besten Konditionen.

Impressum

Soziales Recht

6/2022
ISSN 2193-5157
Dezember 2022, 12. Jahrgang

Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)
Prof. Dr. Rüdiger Krause
Institut für Arbeitsrecht der
Georg-August-Universität Göttingen

in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

Redaktion

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

Anschrift der Redaktion

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

Verlag

Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer

Rainer Jöde

Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)
Tel. 069/79 50 10-83

Anschrift des Verlages

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

Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)
Heike Sandrock
Tel. 069/79 50 10-602
anzeigen@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement
der Zeitschrift Arbeit und Recht.
Im Abonnementpreis der Zeitschrift
Arbeit und Recht enthalten.

Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck

Druckerei Marquardt GmbH,
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

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

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die
Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des
Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten
Beiträge und Abbildungen sind
urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der
vorherigen Zustimmung des Verlages.

Nachruf Otto Ernst Krasney – Abschied von einer beeindruckenden Persönlichkeit

Otto Ernst Krasney, bis zum Ende des Jahres 1997 Vizepräsident des Bundessozialgerichts, ist am 12. März 2022 im Alter von 89 Jahren in Kassel verstorben. Wie kaum ein anderer hat er die Sozialgerichtsbarkeit und zusammen mit Hans F. Zacher auch die Sozialrechtswissenschaft in den vergangenen Jahrzehnten geprägt. Unter den Richtern der Sozialgerichtsbarkeit besaß er eine unvergleichliche Autorität, die er sich vor allem dadurch erworben hatte, dass er auf zahllosen Tagungen vor Richtern aller Instanzen referierte und mit Ihnen diskutierte und dies stets mit einer unnachahmlichen Zurückhaltung; zu keiner Zeit bestimmend oder belehrend. Als ständiger Gast von Fortbildungsveranstaltungen der Länder, der deutschen Richterakademie und vor allem des Deutschen Sozialrechtsverbandes, in dessen Vorstand er über lange Jahre für die Planung und Organisation von wissenschaftlichen Tagungen verantwortlich war, war er Generationen von Richtern vertraut. Er scheute aber auch Ausflüge in Fortbildungsveranstaltungen der Privatversicherung nicht, wenn es darum ging, die dort oft unverzichtbaren Grundlagen des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung zu vermitteln, dem Rechtsgebiet, dem er sich am stärksten verbunden fühlte. Schließlich war er über die gesamten 26 Jahre währende Zugehörigkeit zum BSG Mitglied und Vorsitzender des für die Unfallversicherung zuständigen Senats.

I. Hochschullehrer und Repräsentant der Sozialgerichtsbarkeit

Schon zu Beginn seiner beruflichen Laufbahn war Krasney gleichzeitig Richter (am LSG Nordrhein-Westfalen) und Hochschullehrer (am Institut für Sozialrecht der Ruhr-Universität Bochum) mit jeweils einer halben Stelle. Seine Lehrtätigkeit hat er in der Folgezeit zunächst an der damaligen Gesamthochschule Kassel und später an der Universität Gießen fortgesetzt; an beiden Universitäten wurde er zum Honorarprofessor ernannt. Die Verbindungen zu

Hochschule und Studium hat er auch im richterlichen Ruhestand noch aufrechterhalten. So wirkte er 2007 an der Festschrift des Fachbereichs Rechtswissenschaft zum 400-jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen mit einem Beitrag¹ über die gesetzliche Unfallversicherung für Studenten und Studentinnen mit. Mit der Rechtsstellung des akademischen Mittelbaus hatte er sich schon in frühen Jahren beschäftigt. 1968 veröffentlichte er einen Beitrag zur Versicherungspflicht und -freiheit von immatrikulierten Verwaltern der Stellen wissenschaftlicher Assistenten und wissenschaftlichen Hilfskräften.²

In der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages repräsentierte er in der Zeit von 1980 bis 1992 unter Vertretern aller juristischen Disziplinen das Sozialrecht. Schon vor seiner Zugehörigkeit zur ständigen Deputation hatte er auf dem Juristentag 1978 zur Frage »Empfiehlt es sich, soziale Pflege- und Betreuungsverhältnisse gesetzlich zu regeln« referiert. Die Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit ließ ihn in der Folgezeit nicht mehr los. Als singulärer Vertreter des Sozialrechts mischte er sich beim alljährlich stattfindenden Karlsruher Forum unter die führenden Haftungsrechtler Deutschlands. Geschätzt war er zudem auch als Politikberater. Ein Höhepunkt war insoweit sein »Rechtsgutachten zu Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer Pflegeversicherung im Rahmen der Sozialversicherung« für den seinerzeit zuständigen Bundesminister Norbert Blüm, das der Einführung einer Versicherung gegen das Risiko der Pflegebedürftigkeit innerhalb des Systems der Sozialversicherung zum Durchbruch verhalf. Im Ruhestand holte ihn dieses Thema wieder ein, als er 2001 als Vertreter des BMG die Verfassungsmäßigkeit des PflegeVG vor dem BVerfG³

1 Krasney, FS des Fachbereichs Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen, 2007, 191.

2 Krasney, SozVers 1968, 338.

3 BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvR 1629/94 – NJW 2001, 1712.

verteidigen musste. In dem auf Beschluss der Bundesregierung im Jahr 1971 eingerichteten Koordinierungsausschuss zur Vereinheitlichung von VwGO, SGG und FGO vertrat O. E. Krasney die Sozialgerichtsbarkeit. Der Ausschuss legte im September 1976 einen entsprechenden Gesetzentwurf vor, der allerdings nie umgesetzt wurde. Das Engagement beflügelte zumindest seine spätere intensive publizistische Beschäftigung mit dem Prozessrecht.

II. Publizistisches Vermächtnis, das staunen lässt

Die Publikationen von O. E. Krasney zu sozialrechtlichen Themen sind geradezu zahllos. Im Vorwort der zu seinem 65. Geburtstag erschienenen Festschrift stellen die Herausgeber Gitter, Schulin und Zacher⁴ im Hinblick auf das publizistische Schaffen Krasneys fest: »Wer immer dieses Lebenswerk genauer betrachtet, muss in ein großes Staunen verfallen.« Im Folgenden können nur die Schwerpunkte seiner Publikationen erwähnt werden. Die jurisdatenbank weist allein 289 Zeitschriften- und Buchbeiträge aus; beginnend mit dem Jahr 1959. Sein publizistisches Engagement ließ auch nach dem Eintritt in den Ruhestand kaum nach; 73 Titel stammen aus dieser Periode.

1. Sozialgerichtliches Verfahren

Mit dem sozialgerichtlichen Verfahren hatte sich O. E. Krasney bereits in seiner 1961 erschienenen Dissertation zur »Anwendbarkeit zivilprozessualer Vorschriften im sozialgerichtlichen Verfahren«⁵ beschäftigt. Nachdem er Mitte der siebziger Jahre ein Angebot zur Herausgabe eines SGG-Handkommentars ausgeschlagen hatte, der später in anderer Autorenschaft große Erfolge verzeichnete, holte er das Versäumte in einem anderen Format nach: 1991 erschien die erste Auflage des Handbuchs des sozialgerichtlichen Verfahrens⁶. Die Fertigstellung der Manuskriptfassung der achten Auflage, an der er mitgearbeitet hat, hat er noch erlebt; das Erscheinen der Neuauflage im Jahr 2022⁷ zu erleben, blieb ihm leider versagt.

2. Gesetzliche Unfallversicherung

Neben dem sozialgerichtlichen Verfahren war die gesetzliche Unfallversicherung (GUV) ein Schwerpunkt der

publizistischen Aktivitäten. Zusammen mit anderen Richtern des Unfallversicherungssenats des BSG bearbeitete er einen Großkommentar zum SGB VII, der aus dem »Handbuch der Sozialversicherung«, einem legendären Loseblatt-Kompendium von Kurt Brackmann, dem ersten Vizepräsidenten des BSG, hervorgegangen ist. Für diese Fundgrube sozialrechtlicher Aktivitäten zu RVO-Zeiten hatte Krasney bereits in Vorberichterstatter-Zeiten Hilfsdienste als »Ghostwriter« geleistet, wie dies früher durchaus üblich war. Die juristischen Brennpunkte der GUV boten Krasney zahlreiche Gelegenheiten, die Dogmatik dieses Bereichs der Sozialversicherung vor allem in Beiträgen zu Festschriften außerhalb der sachverhaltsbedingten Zufälligkeit der Rechtsprechung aufzuarbeiten, wobei die Namen der jeweils Geehrten deutlich machen, wie breit gestreut seine fachlichen Kontakte waren. Themen waren etwa die abstrakte Schadensberechnung im Recht der GUV⁸, der Unfallversicherungsschutz bei betrieblichen Gemeinschaftsveranstaltungen⁹, die sogenannte unechte gesetzliche Unfallversicherung¹⁰, Verletzung und Tod durch Arbeitsunfall bei multikausaler Verursachung¹¹. Die multikausale Verursachung gab Krasney Gelegenheit, zur maßgebenden Kausalitätslehre des Sozialrechts, der Lehre von der wesentlichen Bedingung auf dem aktuellen Entwicklungsstand Stellung zu nehmen. Hierbei machte er deutlich, dass mehrere Versuche des Schrifttums und der Rechtsprechung zur Eindämmung der Kasuistik im Bereich der Lehre von der wesentlichen Bedingung nicht gelungen waren; etwa die Kriterien der selbstgeschaffenen Gefahr, der Gelegenheitsursache und der Lebenszeitverkürzung um ein Jahr. Das BSG strebe eine Rückführung auf die Abgrenzung nach dem Schutzbereich der Norm an. In einem nachfolgenden Aufsatz¹²

4 Gitter/Schulin/Zacher/FS Krasney, 1997, Vorwort.

5 Krasney, Anwendbarkeit zivilprozessualer Vorschriften im sozialgerichtlichen Verfahren, Köln 1961 (zugl. Köln, Univ., Diss. 1961).

6 Krasney/Udsching, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 1. Aufl., München 1991.

7 Krasney/Udsching/Groth/Messling, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, 8. Aufl., Berlin 2022.

8 Krasney, FS Lauterbach, 1981, Bd. 2, S. 273–285.

9 Krasney, FS Tomandl, 1998, S. 475–490.

10 Krasney, FS Zacher, 1998, S. 407–421.

11 Krasney, FS Deutsch, 1999, S. 189–201.

12 Krasney, NZS 2000, 373.

stellte er die Handlungstendenz als Kriterium für die Zurechnung in der GUV in den Mittelpunkt seiner Überlegungen. Die Handlungstendenz sei im Regelfall der zentrale Begriff für die Feststellung des inneren Zusammenhangs zwischen der zum Unfall führenden Verrichtung und der versicherten Tätigkeit. In nicht wenigen Fallgestaltungen müssten aber weitere Kriterien für die den inneren Zusammenhang begründende Wertentscheidung gegeben sein oder zum Teil sogar an die Stelle der Handlungstendenz treten. In einem weiteren Festschriftbeitrag¹³ erörterte *Krasney* die Frage, ob die Solidargemeinschaft der gesetzlich Unfallversicherten auch für Schäden und Verletzungen einzustehen habe, die durch individuelles Fehlverhalten ausgelöst werden. Daneben beschäftigte er sich mit »Haftungsbeschränkungen bei Verursachung von Arbeitsunfällen«¹⁴, dem Schutz der GUV bei Erhalt von stationären Behandlungen¹⁵ und noch im Jahr 2020 (im Alter von 87 Jahren) mit der oft gestellten Frage, ob die Kasuistik in der GUV notwendig sei. Er hielt sie für notwendig und begrenztbar.¹⁶

3. Gesundheitsrecht und Medizin

Die intensive Beschäftigung mit der GUV gab *Krasney* Veranlassung zu zahlreichen Ausflügen in das Gesundheitsrecht, etwa als Mitherausgeber eines Handbuchs zur neurologischen Begutachtung und Verfasser zahlreicher Beiträge zur medizinischen Begutachtung. Darüber hinaus widmete er sich aber auch medizinischen Fragen, die sich in anderen Bereichen des Sozialrechts stellten. So untersuchte er Ziele und Bewertungskriterien unkonventioneller Therapiemethoden aus medizinischer, sozialrechtlicher und ökonomischer Perspektive¹⁷ und stellte dabei die seinerzeit auch innerhalb des BSG heiß umstrittene Frage nach der sozialrechtlichen Bindungswirkung von Therapiezielen und Evaluationsmethoden. Er neigte bei der Prüfung neuer Behandlungsmethoden zu einer Beibehaltung der individuellen Prüfung, während die für die Krankenversicherung zuständigen Senate des BSG gerade dabei waren, sich der untergesetzlichen Normsetzung durch Organe der Selbstverwaltung zu unterwerfen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass er bereits in jungen Jahren zum Krankheitsbegriff in der GKV Stellung genommen und der seinerzeit vorherrschenden Auffassung widersprochen hatte.¹⁸ Kurze Zeit später analysierte er in einem umfangreichen Beitrag¹⁹ die

Frage, ob und inwieweit eine Ausweitung des Krankheitsbegriffs durch die Rechtsprechung zu einer schon zu dieser Zeit angenommenen Kostenexplosion beigetragen habe. Selbst im hohen Alter beschäftigte er sich noch mit einem so komplexen und neuartigen Thema wie der sozialrechtlichen Absicherung von Organspendern²⁰, die sich nach einer Änderung des Transplantationsrechts stellte.

Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang, dass *Krasney* sich publizistisch intensiv für die Belange von Menschen einsetzte, deren medizinische Probleme in früheren Jahren nicht gerade im Fokus des Interesses standen. Themen waren etwa die sozialrechtlichen Vorschriften bei der Betreuung Suchtkranker²¹ oder Drogenabhängigkeit (Sucht) als Krankheit im Sinne der gesetzlichen Rentenversicherung²².

4. Grenzbereich von Arbeits- und Sozialrecht

In den 1980er Jahren lag ein Schwerpunkt seiner Publikationen bei Themen im Grenzbereich von Arbeits- und Sozialrecht. So behandelte er in einem Festschriftbeitrag die sozialversicherungsrechtlichen Auswirkungen von Sozialplänen.²³ 1971 hielt er vor der Internationalen Vereinigung für Sozialen Fortschritt einen Vortrag zum Thema »Die Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Arbeitsrechts und der Sozialen Sicherheit – einschließlich der durch Kollektivverträge geschaffenen Institutionen«²⁴, der die Vereinigung in die Lage versetzen sollte, Lücken und Unzulänglichkeiten der nationalen Systeme zu erkennen. 1974 behandelte er vor der österreichischen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Sozialrecht den sozialrechtlichen Schutz der nicht berufstätigen Frau. Dem Beitrag merkt man an, dass sich bei diesem Thema in der langen Schaffenszeit von O. E. *Krasney* ein grundlegender Wandel

13 *Krasney*, FS Eichenhofer, 2015, 389–400.

14 *Krasney*, NZS 2004, 7 ff. und 68 ff.

15 *Krasney*, NZS 2011, 601.

16 *Krasney*, SGB 2020, 453.

17 *Krasney*, Therapieprinzipien auf dem Prüfstand, 1996, S. 38–43.

18 *Krasney*, SozVers 1969, 43.

19 *Krasney*, ZSR 1976, 411.

20 *Krasney*, KrV 2012, 185.

21 Bis 1992 in sieben Auflagen erschienen.

22 *Krasney*, DRV 1971, 325.

23 *Krasney*, FS Floretta, 1983, 709–722.

24 *Krasney*, SF 1973, 176.

vollzogen hat und das Leitbild von der nicht berufstätigen Hausfrau in einer nicht mehr erinnerbaren Vergangenheit zu liegen scheint.

5. Rentenversicherung

Gelegentlich erlag O. E. *Krasney* auch der Versuchung bei umstrittenen Brennpunkten der Rechtsprechung in anderen Rechtsgebieten als der GUV mitzudiskutieren und auch Partei zu ergreifen. Dies war bereits in den Anfangsjahren seiner Zugehörigkeit zum BSG beim Thema »konkrete Betrachtungsweise bei der Rente wegen Berufs- und Erwerbsunfähigkeit« der Fall. Auch dieses Thema liegt aus heutiger Sicht in tiefster Vergangenheit, war aber noch in den 1980er Jahren auch in der Richterschaft höchst umstritten. *Krasney* wandte sich insbesondere gegen die seinerzeit von Rentenversicherungsträgern vertretene Auffassung, ein wesentlicher sozialer Abstieg sei so lange nicht anzunehmen, als der Versicherte – sei es aus tarifvertraglichen Rechten, sei es aus sozialen Gründen (vergünstigungsweise) – den bisherigen Tariflohn erhalte. Nach Aufgabe der bisherigen qualifizierten Tätigkeit aus gesundheitlichen Gründen schließe die Weiterzahlung des bisherigen Tariflohnes allein Berufsunfähigkeit nicht aus.

6. Verbundenheit mit dem BSG

Seine Verbundenheit mit dem BSG währte bis ins hohe Alter. Als von einem früheren Richter des BSG in einer Fachzeitschrift wegen mehrerer Urteile des ersten Senats der Vorwurf der Rechtsbeugung erhoben wurde, sah er sich veranlasst, die Integrität des Gerichts zu verteidigen²⁵. Die zum Schutz des Vertrauens der Rechtssuchenden verfassungsrechtlich abgesicherte richterliche Unabhängigkeit erfordere eine Begrenzung der die Rechtsprechung begleitenden Kritik. Diese könne sich auf den Gang des Verfahrens oder die zugrunde gelegte Rechtsauffassung beziehen. Nicht legitim sei es jedoch, aus dem Ergebnis des Verfahrens oder der zugrunde liegenden Rechtsauffassung auf eine zielgerichtete rechtswidrige Urteilsfindung der Richterinnen und Richter zum Nachteil eines Beteiligten zu schließen. Nach einer minutiösen Analyse von neun Urteilen des 1. Senats des BSG kommt *Krasney* zu dem Ergebnis, in den kritisierten Urteilen fänden sich hierfür keine Anhaltspunkte. Eine Tendenz

der Bevorteilung der Krankenkassen in Abrechnungsstreitigkeiten gegenüber Krankenhäusern durch das BSG lasse sich hieraus nicht herleiten. Der Vorwurf der Rechtsbeugung sei daher nicht gerechtfertigt.

7. Gesamtgesellschaftliches Engagement

War schon die publizistische Schaffenskraft von O. E. *Krasney* eindrucksvoll, so löst erst recht das Ausmaß seines Einsatzes für gesamtgesellschaftliche Aufgaben Erstaunen aus. So engagierte er sich als Mitglied des Beirates der Aktion psychisch Kranker und im Rechtsausschuss der Bundesarbeitsgemeinschaft Hilfe für Behinderte intensiv für die am stärksten benachteiligte Gruppe der Gesellschaft. Nach dem ICE-Unglück von Eschede, bei dem Anfang Juni 1998 101 Tote und 108 größtenteils Schwerverletzte zu beklagen waren, wurde er von der Deutschen Bahn als Ombudsmann für die Betroffenen eingesetzt. In einer Lebensperiode, in der man üblicherweise an eine Steigerung von Freizeitaktivitäten wie vermehrte Reisen oder Kulturveranstaltungen denkt, übernahm O. E. *Krasney* wenige Monate nach seiner Pensionierung die Aufgabe, Soforthilfen einzuleiten, etwa für psychosoziale Betreuung, Reisekosten von Angehörigen und kurzfristige Unterstützungsmaßnahmen. Die finanzielle Ausstattung für diese Aufgabe in Höhe von mehr als 5 Mio. DM lässt erahnen, welcher Arbeitsaufwand hiermit verbunden war; etwa permanente Reisen kreuz und quer durch Deutschland, um Betroffene zu besuchen. Äußerst belastend war für ihn vor allem die Tatsache, dass seine besondere Fähigkeit, in Konfliktsituationen ausgleichend zu wirken, an Grenzen stieß, weil die Verbitterung der Betroffenen oft unüberwindbar schien.

Bei der Würdigung der aufgezeigten Aktivitäten darf nicht übersehen werden, dass O. E. *Krasney* vor allem ein kluger und abwägender Richter war. Seine den Menschen zugewandte lebenswürdige Art gepaart mit Toleranz, Aufgeschlossenheit und Eloquenz war eine ideale Voraussetzung für diese Aufgabe.

*Hon. Prof. Dr. Peter Udsching,
Vors. Richter am BSG iR., Universität Osnabrück*

25 Kritik an und Vertrauen in die Rechtsprechung, *Krasney*, SGb 2018, 261.

»Gerechtigkeit durch Tarifvertrag« – ein Forschungsprogramm

Prof. Dr. Florian Rödl, M.A., Freie Universität Berlin

Unter dem Titel »Gerechtigkeit durch Tarifvertrag« hat die Hans-Böckler-Stiftung an der Freien Universität Berlin ein interdisziplinäres Promotionskolleg mit rechtswissenschaftlichem Schwerpunkt eingerichtet. Die Kollegiatinnen und Kollegiaten haben zum Jahreswechsel 2020/2021 die Forschungsarbeit aufgenommen: Aufgrund der pandemiebedingten Umstände fand die Auftaktkonferenz des Kollegs erst im September 2021 statt. Der folgende Text ist die überarbeitete Langfassung des dort gehaltenen Vortrags zur Vorstellung des Forschungsprogramms des Kollegs.¹

I. Gerechtigkeit im bürgerlichen Vertragsrecht

Unsere Forschung im Kolleg zu den Grundlagen der Tarifautonomie startet nicht mit der grundgesetzlichen Gewährleistung der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 GG und auch nicht mit dem Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG. Unsere Forschung startet vielmehr im Privatrecht, noch genauer: im Zivilrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Das ist durchaus ungewöhnlich. Es ist auch überraschend für ein Kolleg, das seitens der Hans-Böckler-Stiftung gefördert wird, der Forschungsförderungstiftung des Deutschen Gewerkschaftsbundes. Denn viele werden aus den vergangenen Jahren, gar Jahrzehnten, den Eindruck gewonnen haben, dass das Programm einer Offenlegung von zivilrechtlichen Grundlagen des Kollektivarbeitsrechts selten Positives bringt für die Beschäftigten und die Gewerkschaften. Dieser Eindruck ist nach den bisherigen Erträgen ganz richtig: Am Ende steht häufig ein Plädoyer für die Schwächung wesentlicher Bausteine des geltenden Tarifvertragssystems.

Jedoch: Dieser Stand der Dinge tut dem Zivilrecht im Allgemeinen und dem BGB im Besonderen Unrecht. Und das liegt an einem liberalistischen Missverständnis. Worin liegt dieses Missverständnis? Es geht im Kern um die Vorstellung eines *anything goes*, die dem zivilrechtlichen

Vertragsrecht des BGB unterliegen soll. Dieses *anything goes* beruht auf einer Vorstellung von Vertragsfreiheit, der zufolge alles verbindlich wird, was die eine Partei der anderen zur Zustimmung aufnötigt. Diese Vorstellung von Vertragsfreiheit ist nicht nur im politischen Sinn augenfällig unsozial, namentlich wenn es um Verträge über Wohnraum oder Arbeitsleistungen geht. Diese Vorstellung ist – und das ist der erste Ausgangspunkt des Kollegs – gerade auch nicht die des Zivilrechts. Vielmehr ist richtig: Das Zivilrecht unterstellt, dass wir alle, wenn wir Schuldverträge über den Austausch von Leistungen schließen, unsere Leistungen zu fairen Bedingungen tauschen wollen. Diese Unterstellung prägt das gesamte Schuldvertragsrecht.² Sie leitet allem voran umfassend die Auslegung von Verträgen an. Nehmen wir nur, um an dieser Stelle knapp zu bleiben, die allgemeine Regel zur Auslegung expliziter Vertragsabreden in § 157 BGB oder die komplementäre Regel zur ergänzenden Vertragsauslegung in § 242 BGB: Jeweils ist der Inhalt des Vertrags so auszulegen, »wie Treu und Glauben [...] es erfordern«. Was Treu und Glauben bei einem Austausch einer Leistung gegen Geld verlangen, ist nach einer Seite hin klar bestimmt: Der im Vertrag vereinigte Wille der Parteien ist weder im Wege der Auslegung noch im Wege der Ergänzung so zu verstehen, dass im Ergebnis die eine Partei die andere über das Ohr gehauen hat.³

Diese Unterstellung gilt aber nicht nur mit Blick auf die Bedingungen des Austauschs, sie gilt auch mit Blick auf

1 Weitere Informationen zum Kolleg, zu den Einzelprojekten und auch zu Veranstaltungen unter: <http://www.gerechtigkeitdurchtarifvertrag.de> (29.6.2022).

2 Grundlegend anhand des Common Law: Benson, Justice in Transactions: A Theory of Contract Law, Cambridge/Ms. 2019, Kap. 4–6; für das deutsche Schuldvertragsrecht: Rödl, ERCL 2021, 157, 159.

3 Die geläufige positive Bestimmung lautet: Auslegung iSe. gerechten Interessenausgleichs; vgl. Busche, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl., München 2021 (im Folgenden: MüKo-BGB), § 157 Rn. 7 u. MüKo-BGB-Schubert, § 242 Rn. 8; Singer, in: Staudinger (Begr.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 18. Aufl., Berlin 2020, § 133 BGB Rn. 54; Staudinger-Looschelders/Olzen, § 242 BGB Rn. 144.

den Preis. Das Zivilrecht ist gerade nicht der Auffassung, dass jeder Preis in Ordnung sei, wenn und weil ihn die Parteien nur freiwillig vereinbart haben, dass also jede Preisabrede wirksam sei, wenn die eine Partei der anderen nur die Zustimmung zu ihrem Preisvorschlag abringen konnte. Vielmehr unterstellt das Zivilrecht, dass die Parteien ihre Leistungen in der Regel zu kompetitiven Marktpreisen tauschen wollen. Denn unter Gleichen, die weder befreundet noch verwandt sind, schenkt man sich meistens nichts. Darum will man seine eigene Leistung regelmäßig nicht unter dem Marktpreis tauschen und eine fremde Leistung regelmäßig nicht über dem Marktpreis erwerben. In der Regel ist das freilich kein Problem, und das Vertragsrecht muss sich um den Austausch zum fairen Preis nicht weiter sorgen: Wer auf der Suche nach einem Vertragspartner auf jemanden trifft, der nicht zum Marktpreis tauschen will, der sucht sich eben einen anderen.

Zivilrechtliche Preisfreiheit und Marktpreise kommen also Hand in Hand, und sie sind begrifflich wie normativ miteinander verschränkt. Einerseits setzt Preisfreiheit die Bildung von Marktpreisen ins Werk, das heißt Marktpreise können sich nur im Kontext von zivilrechtlicher Preisfreiheit bilden. Andererseits bewirkt die Existenz von Marktpreisen, dass im einzelnen Schuldvertrag regelmäßig ungefähr der Marktpreis vereinbart wird. Das Zivilrecht setzt also voraus, dass für schuldvertraglich getauschte Leistungen Marktpreise existieren, und es unterstellt für den Regelfall, dass die Parteien diese auch vereinbaren wollen. Daraus erklärt sich namentlich die Wuchergrenze in § 138 Abs. 2 BGB: Wenn eine Preisabrede, die weit unter oder über dem Marktpreis liegt, nicht etwa einer dynamischen Marktentwicklung geschuldet ist, sondern auf die Ausbeutung einer Schwäche des Vertragspartners zurückgeht, dann ist das – gerade zivilrechtlich – nicht in Ordnung.

Nun ist allen wohl bekannt: Diese fundamentale Unterstellung des Zivilrechts einer Existenz von Marktpreisen für die getauschten Leistungen trifft nicht immer zu. Die Unterstellung trifft einerseits nicht zu, wenn Monopole bestehen oder wenn Kartellabsprachen getroffen sind. Darum gibt es ein Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, das mit strengen Mitteln darauf dringt, kompetitive Marktbedingungen herzustellen.⁴ Und zwar in erster Linie eben damit die fundamentale Unterstellung des Zivilrechts wieder stimmt, und die Preisfreiheit die ihr normativ zugedachte Rolle spielen kann.

Es gibt aber auch Leistungen, bei denen die Sache anders liegt. Es handelt sich um Leistungen, bei denen die Bildung von kompetitiven Marktpreisen aufgrund der Art der Leistung ausgeschlossen ist. In diesen Fällen kann man die Bildung von Marktpreisen nicht erzwingen, man muss ihr Fehlen kompensieren. Bei Leistungen von dieser Art kann man es darum nicht bei der Preisfreiheit belassen. Denn, es sei wiederholt, das Zivilrecht setzt Preisfreiheit ins Werk, insofern diese in der Bildung von Marktpreisen resultiert. Darum gilt in der Umkehrung: Fällt die Marktpreisbildung aufgrund der Art der Leistung aus, kann es nicht bei der Preisfreiheit bleiben.

Gemeint sind Leistungen von Geld, Boden und menschlicher Arbeit. Es sind die drei Gegenstände, die der große Wirtschaftssoziologe *Karl Polanyi* nicht umsonst als »fiktive Waren« bezeichnet hat.⁵ Sie heißen eben deswegen »fiktive Waren«, weil sich keine kompetitiven Marktpreise bilden können. Auf Geld und Boden kann ich jetzt nicht eingehen, im Rahmen unseres Kollegs geht es allein um die menschliche Arbeit.

Dass sich für Leistungen, deren Kern in menschlicher Arbeitsleistung besteht, keine kompetitiven Marktpreise bilden können, liegt an einer sogenannten Anomalie der entsprechenden Märkte: Eine sinkende Nachfrage führt nicht wie sonst zu einem sinkenden Angebot, um den Preis stabil zu halten, sondern zur Ausweitung des Angebots, so dass der Preis noch weiter sinkt und immer so fort.⁶ Diese Anomalie gilt wohlgerne für alle menschlichen Arbeitsleistungen, nicht nur für die in abhängiger Beschäftigung. Das ist der Hintergrund, warum auch für viele Leistungen im Rahmen freier Berufe Mindestvergütungen vorgesehen sind: für Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, für Ärzte und Zahnärzte, oder auch – bis zu einer erneut ausgesprochen unseligen Intervention des Europäischen Gerichtshofes⁷ – für Architekten und Ingenieure. Für all diese Berufe greifen Mindestvergütungen, die in zwingenden Rechtsnormen festgelegt sind.

Was für die Preise der genannten selbständigen Dienstleistungen gilt, gilt gleich für die Preise für Leistungen

4 Zur funktionalen Parallele von Kartellrecht und Tarifautonomie bereits *Säcker*, AuR 1994, S. 3 f.

5 *Polanyi*, *The Great Transformation*, Boston 1944.

6 Eingehendere ökonomische Explikation bei *Rödl*, in: *Hartmann/Bieder* (Hrsg.), *Individuelle Freiheit und kollektive Interessenwahrnehmung im deutschen und europäischen Arbeitsrecht*, Tübingen 2012, S. 81–101.

7 EuGH, 4.7.2019 – C-377/17 – NVwZ 2019, 1120 (HOAI).

abhängig Beschäftigter. Die Marktanomalie greift hier erst recht, die Preisbildung kann darum auch hier nicht der Preisfreiheit überlassen werden. Es müssen Mindestvergütungen festgelegt werden, und zwar wiederum durch zwingende Rechtsnormen.

So viel kann man also ableiten aus der Logik des Zivilrechts, aus der Einsicht, dass die vertragsrechtliche Preisfreiheit nicht etwa als Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit für sich steht (und als solche auch noch über Art. 2 Abs. 1 GG oder 12 Abs. 1 GG geschützt wäre, wie es leider immer wieder zu lesen ist⁸), sondern mit Marktpreisbildung Hand in Hand gehen muss. Wo die Marktpreisbildung ausfällt, verliert darum die Preisfreiheit ihre normative Grundlage. Ihre Begrenzung durch zwingende Rechtsnormen verlangt im Arbeitsverhältnis also nicht erst die Verfassung mit Sozialstaatsprinzip oder Garantie der Koalitionsfreiheit, sondern schon die Eigenlogik des Zivilrechts.

II. Tarifautonomie als Autonomie in der Rechtsnormsetzung

Von Tarifautonomie war bis hierher nicht die Rede, und zwar zu Recht. Tarifautonomie tritt tatsächlich erst auf den Plan, nachdem all das zuvor Gesagte schon feststeht. Vor dem eben entfalteten zivilrechtlichen Hintergrund bedeutet Tarifautonomie präzise, dass im Feld abhängiger Arbeit Urheber der Rechtsnormen nicht der staatliche Gesetzgeber, sondern Tarifvertragsparteien sein sollen. Es geht aber nur um die Urheberschaft. Im Übrigen leisten die Tarifverträge, was andernfalls das staatliche Gesetz leisten müsste. Tarifautonomie beinhaltet darum wesentlich eine Befugnis zur Setzung von Rechtsnormen⁹, also von Normen, die mit Bezug auf das Arbeitsverhältnis keine staatlichen Gesetze sind, aber ein funktionales Äquivalent zu staatlichen Gesetzen bilden.

Damit liefert Tarifautonomie eine Befugnis, die gerade kein Privater jemals haben kann. Grundsätzlich kann ein Privater bewirken, dass sich die Lage seiner Berechtigungen aus subjektiven Rechten ändert. Das bedeutet Privatautonomie allgemein.¹⁰ Das schließt ein, dass ein Privater auch Verträge über den Austausch der eigenen Leistungen schließen kann. Das bedeutet Privatautonomie für den vertragsrechtlichen Kontext. Ein Privater hingegen kann nicht festlegen (und zwei zusammen können das auch

nicht), welchen Inhalt ein etwaiger Austausch von Leistungen hat, wenn er denn von anderen schuldvertraglich vereinbart wird. Eine solche Festlegung vermag an sich nur der Staat, und zwar im Regelfall durch den Zivil- oder Privatrechtsgesetzgeber (vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1, 11, 12 GG) und subsidiär durch die Rechtsprechung der Zivilgerichtsbarkeit über §§ 157, 242, 305 ff., 138 Abs. 2 BGB.

Im Fall der abhängigen Beschäftigung haben die Befugnis, den Inhalt von Schuldverträgen zu bestimmen, ausnahmsweise die Tarifvertragsparteien inne. Die Befugnis unterliegt dabei durchaus rechtlichen Maßgaben aus Verfassung und Gesetz. Im Übrigen aber wird sie autonom wahrgenommen, das heißt in diesem Zusammenhang nicht nach inhaltlichen Vorgaben oder gar Weisung. Mit der rechtsgeschäftlichen Autonomie der Privaten hat diese Autonomie definitiv nichts zu tun. Vor diesem Hintergrund ist das inzwischen so weit verbreitete Verständnis von Tarifautonomie als »kollektiver Privatautonomie« erst einmal eines: ein Missverständnis dessen, was Privatautonomie im Zivilrecht eigentlich bedeutet.

Das ist der zweite Ausgangspunkt des Kollegs, der erfreulicherweise das Interesse der gegenwärtigen Kollegiatinnen und Kollegiaten geweckt hat. Was wir in den letzten Monaten im Rahmen von mehreren Seminaren vertieft haben, ist das Verständnis von den konkurrierenden Ansätzen, also der mandatarischen Theorie als in der Rechtswissenschaft vertretene Mindermeinung und der Anerkennungstheorie als herrschender Meinung. Weil wir freilich Wissenschaft betreiben, kann ich im Folgenden vor allem das präsentieren, was ich selbst daraus mitgenommen habe; es mache also niemand die Kollegiatinnen und Kollegiaten haftbar dafür, was jetzt kommt. Aber es sei am Rande notiert, dass solche Erkenntnisse, wenn sie denn welche sind, keine einsame Leistung sind, sondern in gemeinschaftlicher Denkarbeit heranreifen.

8 Etwa Scholz, in: Dürig/Herzog/Scholz (Hrsg.), GG-Kommentar, 95. Aufl., München 2021, Art. 12 Rn. 132 (mwN. in Fn. 4). Richtig ist demgegenüber die für öffentlich-rechtlich gerahmte Vergütungsregeln getroffene Festlegung des BVerfG, die Berufsfreiheit schließe die Freiheit ein, für die eigene berufliche Tätigkeit eine angemessene Vergütung zu fordern: BVerfG, 1.7.1980 – 1 BvR 349/75, 1 BvR 378/76 – BVerfGE 54, 251, 271. Diese Festlegung ist ohne Abstriche auf privatvertragliche Vergütungen zu übertragen. Folgerichtig muss die Möglichkeit, ausgerechnet eine unangemessene Vergütung zu vereinbaren, schon jenseits des Schutzbereichs der Berufsfreiheit liegen.

9 Vgl. auch Ulber, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (im Folgenden: Däubler TVG), Einl. Rn. 326: Tarifautonomie als »Rechtsmacht zur Gestaltung der Vertragsbeziehungen Dritter«.

10 Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840, S. 12 mAnm. (b); entsprechend Flume, Allgemeiner Teil, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, Heidelberg 1992, S. 5 f.

Bei der mandatarischen Theorie, obgleich ein anspruchsvolles Gegenüber¹¹, will ich mich in diesem Rahmen kurzfassen. Sie hat die dargelegte Belehrung über den Sinn zivilrechtlicher Privatautonomie eigentlich nicht nötig. Denn sie wendet sich konzeptionell eben gerade dagegen, dass Tarifverträge Rechtsnormen enthalten sollen. Grundidee der mandatarischen Theorie ist, dass der Tarifvertrag – entgegen § 1 Abs. 1 TVG – ausschließlich ein Schuldvertrag sei, in dem die Verbände Arbeitsverträge aushandeln, und zwar für ihre Mitglieder gebündelt und in diesem Sinne »kollektiv«. Das bedeutet, der Tarifvertrag soll tatsächlich nichts anderes sein als eine komplexe und wiederum rechtsgeschäftlich vermittelte Bündelung privatautonomer Vertragsschlüsse der Arbeitsvertragsparteien. Insofern präsentiert die mandatarische Theorie insgesamt ein Verständnis von Tarifautonomie als, präzise, »kollektiv ausgeübter Privatautonomie«.

Mit diesem Verständnis wird freilich, und das ist wohl auch anerkannt¹², der essentielle Charakter tariflicher Vereinbarungen als zwingende Rechtsnormen verfehlt. In Reaktion auf diesen Befund sind von klugen Geistern inzwischen anspruchsvolle Versuche unternommen worden, die Grundidee der »kollektiv ausgeübten Privatautonomie« fortzuentwickeln mit dem Ziel, die Kluft zwischen Theorie und Tarifvertragsgesetz zumindest etwas zu verkleinern.¹³ Dafür müssen allerdings bemerkenswerte zivilrechtliche Figuren kreiert werden, wie namentlich die »unwiderrufliche Verpflichtungsermächtigung«. Die jedoch kennt das geltende Zivilrecht nicht, und zwar gerade im Dienste der Idee von Privatautonomie. Aber in diese Tiefen des Zivilrechts will ich hier nicht weiter vordringen, sondern nur unsere Diagnose im Kolleg berichten: Je mehr es der mandatarischen Theorie gelingt, die Lücken zum geltenden Tarifrecht zu schließen, umso weniger überzeugend fallen ihre zivilrechtlichen Konstruktionen aus und umso weniger bleibt damit von der Privatautonomie übrig, in deren Namen das Ganze doch eigentlich betrieben wurde.

Wie steht es demgegenüber mit der herrschenden Anerkennungstheorie, die wohl auch der Rechtsprechung des BVerfG zugrunde liegt¹⁴? Die Anerkennungstheorie¹⁵ startet mit der Vorstellung, dass die Tarifvertragsparteien zwar nicht gebündelt die Arbeitsverträge ihrer Mitglieder ändern, aber gleichwohl mit Blick auf die Arbeitsbedingungen untereinander zunächst einmal nichts anderes als einen zivilrechtlichen Schuldvertrag schließen.

Der Rechtsnormcharakter soll dann erst in einem zweiten Schritt gewissermaßen von außen kraft des staatlichen Gesetzes hinzutreten. Soweit aber der Tarifvertrag erst einmal zivilrechtlicher Vertrag sei, resultiere er aus der Ausübung zivilrechtlicher Privatautonomie.

Auch die herrschende Meinung präsentiert den Tarifvertrag also als eine Ausübung von Privatautonomie. Es ist aber im Unterschied zur mandatarischen Theorie nicht die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien, sondern die der Tarifvertragsparteien. Nicht die Privatautonomie der Arbeitsvertragsparteien wird vermittelt durch die Verbände, darum »kollektiv«, ausgeübt, sondern die Tarifvertragsparteien üben als Kollektive ihre eigene Privatautonomie aus. Das ist der präzise Sinn, den das Verständnis von »kollektiver Privatautonomie« im Rahmen der Anerkennungstheorie hat.

Ein erster wichtiger Einwand soll hier nur kurz notiert werden: Angenommen, der Rechtsnormcharakter wäre richtig begriffen als dem Tarifvertrag äußerlich, so wäre der Tarifvertrag selbst doch keine Ausübung von Privatautonomie. Denn die setzte die Freiwilligkeit der maßgeblichen Erklärungen voraus. Für den Abschluss eines Tarifvertrags ist jedoch die Drohung mit Streik essenziell. Und der Streik wiederum ist zivilrechtlich nur möglich, indem die Gewerkschaft von der Haftung für die mit voller Absicht bewirkte Vermögensschädigung freigestellt ist. Das Recht gibt also der Gewerkschaft entgegen § 826 BGB ein Mittel an die Hand, das Private untereinander sonst nicht haben, und es erklärt weiter dessen erfolgreichen Einsatz zur Herbeiführung eines Vertragsabschlusses entgegen § 123 Abs. 1 BGB und daher anders als sonst unter Privaten für irrelevant. Es erscheint vor diesem Hintergrund verfehlt, einen in solchem Kontext geschlossenen Vertrag dennoch als Ausübung von Privatautonomie zu präsentieren, die für einen Vertragsschluss nicht nur in

11 *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, München 1968, S. 127 ff.; *Picker*, ZfA 1998, 573 ff.

12 Stellvertretend *Thüsing*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl., München 2019, § 1 Rn. 48, 56 f.

13 *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014, S. 142 ff.

14 Seit BVerfG, 27.2.1973 – 2 BvL 27/69 – BVerfGE 34, 307, 317 und zwar bemerkenswerterweise zur Normsetzung gerade nicht durch Tarifvertragsparteien in Gestalt frei gebildeter Koalitionen, sondern durch gesetzlich eingerichtete Heimarbeitsausschüsse (§ 4 HAG).

15 Maßgeblicher Bezug für das Folgende ist *Waltermann*, FS Söllner, 2000, S. 1251 ff. und *ders.*, ZfA 2000, 53 ff.; sowie *Kirchhof*, Private Rechtsetzung, Berlin 1987, 181 ff.

der Form eine Vereinigung zweier Willen durch Angebot und Annahme verlangt, sondern in der Substanz eine freie Willensbildung voraussetzt.

Ein zweiter Einwand sei ausführlicher behandelt: Das Verständnis der herrschenden Meinung setzt voraus, dass der Tarifvertrag als zivilrechtlicher Vertrag verständlich sein müsste, wenn man sich den Rechtsnormcharakter wegdenkt. Das müsste bedeuten, dass die Bestimmungen im Vertrag ohne und mit Rechtsnormcharakter denselben Inhalt haben. Aber was wäre das dann zivilrechtlich für ein Vertrag? Anders als die mandatarische Theorie geht die Anerkennungstheorie schließlich gerade nicht davon aus, dass die Tarifvertragsparteien eine Änderung der individuellen Arbeitsverträge bewirken. Aber was machen die Tarifvertragsparteien stattdessen?

Wenn wir nur den Text nehmen, den ein Tarifvertrag unter geltendem Recht regelmäßig enthält, würden sich aus den Bestimmungen zu den einzelnen Arbeitsbedingungen keine wechselseitigen schuldrechtlichen Verpflichtungen ergeben. Ohne Rechtsnormcharakter lieferte ein Tarifvertrag nichts anderes als einen Mustervertrag. Die kooperative Erarbeitung eines Mustervertrags hat in anderen Kontexten einen guten Sinn, als Resultat von Tarifautonomie wäre es aber sicher zu wenig. Man muss sich also zum Text hinzudenken, dass die Arbeitgeberseite die Verpflichtung eingeht dafür zu sorgen, dass die eigenen Mitglieder nicht zu anderen Bedingungen abschließen, und dass die Gewerkschaft im Gegenzug auf den Streik verzichtet. Das wäre der äußeren Form nach ein zivilrechtlicher Vertrag und zumindest dem Schein nach ein gegenseitiger Schuldvertrag, in dem also beide Seiten bestimmte Leistungen umeinander willen versprechen.¹⁶ Und diese Art von Verträgen würde wohl tatsächlich abgeschlossen, wenn ein Tarifvertrag keine Rechtsnormen enthielte.¹⁷

Unter dem geltenden Tarifrecht geht der Arbeitgeberverband aber gerade keine Verpflichtung zur Sicherstellung der vereinbarten Arbeitsbedingungen durch seine Mitgliedsunternehmen ein (sondern allenfalls eine Verpflichtung zur Einwirkung). An die Stelle dieser Verpflichtung tritt vielmehr der in § 1 Abs. 1 TVG statuierte Rechtsnormcharakter der Vereinbarung. Tarifliche Arbeitsbedingungen können beim tarifgebundenen Arbeitgeber seitens der ihrerseits tarifgebundenen Beschäftigten nunmehr ohne weitere vertragliche Umsetzung eingeklagt werden. Mit der Verpflichtung entfällt im

Gegenzug die Durchsetzung im Streikwege. Der Rechtsnormcharakter kommt also Hand in Hand mit der Friedenspflicht im Hinblick auf die Einhaltung der im Tarifvertrag aufgeführten Arbeitsbedingungen.

Damit wird die Pointe der über § 1 Abs. 1 TVG bewirkten gesetzlichen Statuierung des Rechtsnormcharakters deutlich: Der Rechtsnormcharakter tritt nicht von außen an einen Schuldvertrag der Tarifvertragsparteien heran, sondern er transformiert die Form des Vertrags mit Blick auf die tariflich vereinbarten Arbeitsbedingungen. Vor dem Hintergrund des Rechtsnormcharakters schließen Tarifvertragsparteien mit Bezug auf den Inhalt der Arbeitsbedingungen wesentlich keine Schuldverträge mehr. Es bleiben zwar womöglich schuldvertragliche Elemente stehen, aber wesentlich setzen Tarifvertragsparteien kraft ihres Vertragsschlusses geltende Normen.

III. Zur Rolle mitgliedschaftlicher Legitimation

Warum ist dieser Widerspruch zur Konzeption der Anerkennungstheorie auch praktisch wichtig? Das liegt daran, dass zumindest die Rechtsprechung auf der Grundlage der Anerkennungstheorie annimmt, die Tarifverträge seien wesentlich mitgliedschaftlich legitimiert.¹⁸

Diese Vorstellung zeitigt immer dann Folgen, wenn die Wirkung von Tarifnormen über Arbeitsverhältnisse mit Gewerkschaftsmitgliedern hinausgeht. Sie setzt die entsprechenden Regelungen unter erheblichen Rechtfertigungsdruck. Zu nennen ist die Reichweite von betriebsbezogenen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG, die Reichweite kraft Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 4 TVG und kraft Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG. Ebenfalls unter Druck stehen dadurch neue Instrumente zur Stärkung der Tarifbindung, wie vergaberechtliche Tariftreuevorgaben und tarifliche Spannenklauseln, oder Regelungen zur gesetzlichen Mindestvergütung unter

¹⁶ Tatsächlich hakt es schon beim Verständnis des tarifvertraglichen Versprechens als kraft Vertrags im Gegenseitigkeitsverhältnis (vgl. § 320 Abs. 1 BGB) geschuldeter Leistungen, die auf Seite der Gewerkschaft in einem Unterlassen (§ 241 Abs. 1 S. 2 BGB) bestehen soll. Aber das sei an dieser Stelle nicht weiter vertieft.

¹⁷ Vgl. die eingehende Analyse von *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Erster Teil (Berlin 1907)/ Zweiter Teil (Berlin 1908).

¹⁸ BVerfG, 24.5.1977 – 2 BvL 11/74 – BVerfGE 44, 322, 347; BAG, 7.7.2010 – 4 AZR 549/08 – BAGE 135, 80, Rn. 22; anders aber wohl gemerkt sowohl *Waltermann* (vgl. ZfA 2000, 53, 66 ff.); als auch *Kirchhof* (Fn. 15), S. 185.

konstitutiver Beteiligung von Tarifvertragsparteien oder ihrer Spitzenorganisationen (§ 11 AEntG, § 1 Abs. 2 S. 2 MiLoG).

Freilich kann man zugeben: Die Rechtsprechung hat diesem Druck bisher standgehalten. Aber anstelle sich den Gründen zuzuwenden, aus denen diese Standhaftigkeit resultiert, und ihre dogmatische Tragfähigkeit zu untersuchen, sei hier eine vorgreifliche Frage aufgeworfen: Woher kommt eigentlich jene restriktive Vorstellung einer mitgliederschaftlichen Legitimation, die eine Einbeziehung von Arbeitsverhältnissen mit Außenseitern normativ so problematisch erscheinen lässt?

Vielleicht besteht die Vorstellung, dass die Koalitionsmitglieder mit ihrem Beitritt zwar kein rechtsgeschäftliches Mandat (Vollmacht, Verpflichtungsermächtigung) erteilen, aber doch ein (tarif-)politisches.¹⁹ Ein politisches Mandat kann der Einzelne natürlich nur für sich selbst erteilen, das erscheint völlig richtig. Daraus soll aber offenbar gefolgert werden, dass das erteilte Mandat nur Normen tragen könne, die für das eigene Arbeitsverhältnis gelten. Es ist schwer erkennbar, was diese Folgerung stützen könnte.

Zieht man Parallelen zum Raum staatlicher Politik, in dem gleichfalls politische Mandate erteilt werden, leuchtet die Behauptung jedenfalls nicht ein²⁰: Die erste denkbare Parallele ist die zur Parteimitgliedschaft. Der Eintritt in eine Partei ist jedoch sicherlich nicht damit verbunden, dass jene über ihre Parlamentsfraktionen nur an der Setzung von Rechtsnormen mitwirken dürfte, die lediglich für die Mitglieder der Partei gelten. Die zweite denkbare Parallele besteht darin, Koalitionsmitgliedschaft als »Tarifvertragsangehörigkeit« zu verstehen (in Anlehnung an die Terminologie im österreichischen Arbeitsverfassungsgesetz) und mit der – obgleich nicht durch Beitritt begründeten – Staatsangehörigkeit gleichzusetzen. Das politische Mandat, das die Staatsbürger durch Wahl den Parlamentsabgeordneten erteilen, ist im modernen Territorialstaat aber sicherlich ebenfalls nicht auf Rechtsnormen begrenzt, die nur Staatsbürger verpflichten.

Aber vielleicht ist die Idee einer mitgliederschaftlichen Legitimation eigentlich dem zivilrechtlichen Vereinsrecht entnommen.²¹ Wenn das stimmt, würde die Idee das Grundprinzip aus § 32 Abs. 1 S. 1 BGB verdichten, demzufolge für die inneren Angelegenheiten des Vereins der Wille der Mitglieder maßgebend ist. Was auch immer ein Verein tut, es bedarf der mitgliederschaftlichen Legitimation.

Das bedeutet, für jedes Handeln ist eine Rückführbarkeit auf den Willen der Mitglieder verlangt, über die Zwischenstationen von Beschlüssen, Organen und Satzung.

Genau das gilt auch für die Tarifvertragsparteien, weil es sich um frei gebildete Vereinigungen handeln soll, namentlich auch für die Gewerkschaften, ungeachtet eines etwaigen Fehlens der Rechtsfähigkeit als Verein. Alles, was eine Gewerkschaft tut, bedarf der mitgliederschaftlichen Legitimation, es verlangt eine Rückführbarkeit auf den Willen der Mitglieder. Das ist richtig und es geht bis hin zu denjenigen Handlungen, die normale Vereine nicht wirksam vollziehen können, eben die Rechtsnormsetzung durch die Unterzeichnung eines Tarifvertrags. Das ist freilich gerade die Pointe der Grundentscheidung für die Tarifautonomie: Die Setzung arbeitsrechtlicher Normen ist frei gebildeten Koalitionen überantwortet, die ihren Willen ohne inhaltliche Vorgaben und nach den selbstgesetzten Regeln bilden.

Weil mit der Unterschrift unter den Tarifvertrag der Inhalt des Tarifvertrags von jeder der Tarifvertragsparteien gewollt ist, ist es ganz zutreffend zu sagen, der Inhalt eines Tarifvertrags ist von der jeweiligen Mitgliedschaft legitimiert. Was hingegen gerade nicht mitgliederschaftlich legitimiert ist, ist der Rechtsnormcharakter. Dieser folgt aus dem Gesetz. Denn, es sei wiederholt, die Setzung von Rechtsnormen ist grundsätzlich nichts, was Private kraft ihrer Autonomie vermögen. Das gilt, wie oben erläutert, für Schuldvertragsparteien. Es gilt ebenso für einen Verband. Zwar mag man auch eine Satzungsbestimmung als »Norm« bezeichnen (obgleich es sich gerade nicht um eine Rechtsnorm handelt²²). Aber eines sollte nicht bestritten werden: Die Satzungsautonomie der Mitgliedschaft reicht nicht über die inneren Angelegenheiten des Vereins hinaus. Auch die zivilrechtliche Satzungsautonomie und die ihr eingeschriebene Idee mitgliederschaftlicher Legitimation tragen keine Rechtsnormsetzung für Schuldverträge Dritter.

Die herrschende Meinung spricht also durchaus mit Recht von einer mitgliederschaftlichen Legitimation des Tarifvertrags, aber der Bezug dieser Legitimation muss

19 Hierfür maßgeblich *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 47 ff., als »demokratische Legitimation«.

20 Gleichsinnig schon *Däubler*, KJ 2014, 372, 379 unter Verweis auf die Reichweite kommunaler Satzungen.

21 Ähnliche Überlegung bei *Waltermann*, FS Söllner, S. 1267.

22 *Staudinger-Schwenicke* (Fn. 3), § 25 BGB Rn. 34.

präzise gefasst sein: Mitgliedschaftlich legitimiert ist der Inhalt der tariflichen Vereinbarungen. Von keiner mitgliedschaftlichen Legitimation getragen ist hingegen der Charakter der Vereinbarungen als Rechtsnormen und der Reichweite ihrer Geltung. Das staatliche Gesetz steht darum nicht nur hinter den angeblichen Sonderfällen von betriebsbezogenen Normen nach § 3 Abs. 2 TVG und für allgemeinverbindlich erklärten Normen nach § 5 Abs. 4 TVG. Es steht auch hinter der Reichweite der Inhaltsnormen nach §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG.

IV. Zur Funktion der beschränkten Geltung

Nach diesem Befund muss sich freilich die Frage anschließen, aus welchem Grund der Gesetzgeber die Geltung der Tarifnormen überhaupt nach ihrer persönlichen Reichweite differenziert hat. Dabei ist durchaus unverkennbar, dass der beschränkteste Geltungstyp, die Geltung für Arbeitsverhältnisse mit beiderseits tarifgebundenen Vertragsparteien, den paradigmatischen Fall bilden soll. Das gilt im Verhältnis zur Allgemeinverbindlichkeit einerseits, weil jene einen zusätzlichen öffentlichen Akt verlangt, der in einem gesonderten Verfahren ergeht. Das gilt im Verhältnis zu den betriebsbezogenen Normen andererseits, weil jene nicht den Wert der Arbeitsleistung betreffen. Die Bestimmung des Wertes der Arbeitsleistung ist aber nach der zivilrechtlichen Logik, wie oben erläutert, der Kern des Tarifvertrags.

Gerade aus der zivilrechtlichen Logik heraus muss es auf den ersten Blick überraschen, dass die Geltung im paradigmatischen Fall die beiderseitige Tarifbindung voraussetzt. Denn aus der zivilrechtlichen Logik ergibt sich gerade keine Grundlage für eine solche Beschränkung der Tarifgeltung. Der Bestimmung des Wertes der Arbeitsleistung bedarf es mit Wirkung für jedes Arbeitsverhältnis.²³ Nach der Zurückweisung der kollektiv ausgeübten Privatautonomie gibt es im Zivilrecht selbst keinen Anhaltspunkt für eine solche Privilegierung von Arbeitsverhältnissen zwischen Verbandsmitgliedern. Vielmehr scheint die zivilrechtliche Logik, entsprechend staatlicher Rechtsnormen über Mindestvergütungen von Arbeits- und Dienstleistungen, für eine generelle Allgemeinverbindlichkeit zu sprechen.

Der Grund für die beschränkte Geltung liegt darin, dass die Urheber der Tarifnormen, und damit Träger der Tarifautonomie, frei gebildete Koalitionen sein sollen. Auf Arbeitnehmerseite ist dabei eine Koalition verlangt, die eine hinreichende organisatorische und finanzielle Stärke aufweist. Aus dieser Stärke resultiert die soziale Mächtigkeit, die die Arbeitnehmerkoalition von Rechts wegen erst als Gewerkschaft zur Tarifvertragspartei macht. Ihre Rolle in der Tarifierung von Arbeitsverhältnissen kann die Koalition also nur wahrnehmen auf der Basis einer starken Mitgliedschaft. Insofern aber die Mitgliedschaft mit einem gewissen Preis (Beiträge) und weiteren Verpflichtungen belastet ist, der Ertrag aber, die tarifliche Normsetzung, immer schon für alle anfele, bestünde wenig materieller Anreiz zum Beitritt. Die Beschränkung der Tarifnormgeltung resultiert aus dem Erfordernis, die Funktionsfähigkeit einer Tarifautonomie zu gewährleisten, die von frei gebildeten Koalitionen getragen werden soll.

So ist es auch den gewerkschaftlichen Organisationsstrategen wohl vertraut: Gewerkschaften gewinnen ihre Mitglieder häufig durch den Abstand zwischen tarifierten und nicht-tarifierten Arbeitsverhältnissen. Eine generelle Allgemeinverbindlichkeit wäre darum ebenso schwierig für die Organisationspolitik wie ein allzu weites Vordringen des Gesetzgebers in die Materien der Tarifautonomie jenseits von Höchstarbeitszeitgrenzen, Kündigungsschutz und allgemeinem Mindestlohn.

Allerdings ist zuzugeben: Dieser Gedanke trägt eigentlich nur das Erfordernis der Tarifbindung auf Arbeitgeberseite. Denn organisationspolitisch effektiv wird die beschränkte Reichweite in der Praxis nur gegenüber Beschäftigten von Außenseiter-Arbeitgebern. Hier kann die Gewerkschaft wirkungsvoll ihre tarifpolitische Aktivität gegen Beitrittserklärungen von mehr als der Hälfte der Belegschaft anbieten. Und in einigen Branchen, namentlich Metall oder Bau, hat diese Strategie auch weiterhin Ertrag. Das Erfordernis der Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite hingegen wird so noch nicht verständlich. Denn der tarifgebundene Arbeitgeber behandelt alle gleich, schließlich will er den Organisationsgrad im eigenen Haus nicht mutwillig erhöhen.

²³ Diese leistet die Tarifnorm unabhängig von ihrer Geltung, insofern sie das Wertmaß unter § 138 Abs. 2 BGB liefert; dazu ausführlich Däubler TVG-Rödl (Fn. 9), § 5 Anhang I Rn. 1–31.

Bevor hieraus jedoch geschlossen wird, der Arbeitgeber unterminiere mit der Gleichbehandlung den vom Gesetz eigentlich vorgesehenen Beitrittsanreiz, sollte man gewärtigen, dass jedenfalls im historischen Ursprung ein Abstand zwischen tarifierten und nicht-tarifierten Arbeitsverhältnissen beim gleichen Arbeitgeber nicht angelegt war. Die tarifvertragliche Verpflichtung der Arbeitgeberseite war stets darauf aus, alle Beschäftigten unabhängig von ihrer Organisation nach den tariflichen Regeln zu vergüten.²⁴ Dies erzwang mutmaßlich der Umstand, dass der Kündigungsschutz seinerzeit noch völlig unterentwickelt war. Einer auf die Mitglieder beschränkten Verpflichtung hätte sich der Arbeitgeber nämlich durch Austausch kündigungen entziehen können. Erst mit der Etablierung eines allgemeinen Kündigungsschutzes²⁵, der jenseits von Vertragsverletzungen nur betriebsbedingte Kündigungen zulässt, änderte sich die Situation, und ein Abstand von tarifierten und nicht tarifierten Arbeitsbedingungen beim tarifgebundenen Arbeitgeber wurde überhaupt erst möglich.

Doch auch vor diesem neuen Hintergrund ergeben sich Bedenken gegen eine systematische Rolle eines solchen Abstands. Denn seine Ausbeutung zugunsten der Mitgliedergewinnung würde die vollständige und dauernde Transparenz der Mitgliedschaft für den Arbeitgeber verlangen. Das ist eine Situation, die der gewerkschaftlichen Handlungslogik eigentlich widerspricht. Daher hat, so die hier vertretene These, die beschränkte Tarifgeltung mit Blick auf die geforderte Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite in erster Linie ausnahmsweise eine rhetorische Rolle: Das Gesetz nimmt damit Stellung gegen das Trittbrettfahren der unorganisierten Beschäftigten. Das Gesetz statuiert einen Abstand, der nur eine rhetorische Rolle haben kann, weil ihr die praktische Wirkung im Normalfall versagt ist. Und die Gewerkschaften wiederholen diesen rhetorischen Zug des Gesetzes, wenn sie in ihren Tarifinformationen bisweilen betonen, nur die Mitglieder hätten einen Anspruch »aus dem Tarifvertrag«.

Und doch bleibt eine praktische Bedeutung. Es gibt nämlich Konstellationen, in denen aus Sicht der Gewerkschaft – und die ist maßgeblich, denn es geht im übergeordneten Interesse einer funktionsfähigen Tarifautonomie um ihre Organisation – auch beim tarifgebundenen Arbeitgeber ein Abstand doch wichtig und vor allem praktikabel wäre. Das kann die Situation einer Restrukturierung sein, in der allein die Mitglieder zusätzliche

Abfindungen erhalten sollen, oder besondere Organisationsprobleme, in der ein zusätzliches Urlaubsgeld helfen würde. Hier geht es nicht an, der effektiven Absicherung solcher Abstände mit Verweis auf eine beschränkte Reichweite mitgliederschaftlicher Legitimation eine »Grenze der Tarifmacht« entgegenzuhalten.²⁶ Denn mit der Beschränkung der Normgeltung auf beiderseitige Tarifbindung setzt das Gesetz selbst die Möglichkeit eines weitaus größeren Abstands voraus.

V. Verfassungsrechtliche Autorisierung

Nach alledem kann man abschließend natürlich fragen, ob der staatliche Gesetzgeber es eigentlich durfte, den Rechtsnormcharakter von tariflichen Vereinbarungen zu statuieren, obgleich ihr Inhalt von freien Koalitionen, also privaten Vereinigungen bestimmt wird.

Die Antwort ist schlicht: Das nun ergibt sich tatsächlich aus der Verfassung, aus Art. 9 Abs. 3 GG. Denn den Autoren des Grundgesetzes stand mit dem Tarifvertragsgesetz die Tarifautonomie als Institution vor Augen, und sie haben die dafür essenzielle Koalitionsfreiheit gegenüber staatlichen Eingriffen, aber auch unmittelbar gegenüber vertraglichen oder tatsächlichen Beeinträchtigungen durch Private besonders abgeschirmt. Dieser vertikale und horizontale Schutz ist sicher der primäre Sinn von Art. 9 Abs. 3 GG. Aber dieser Schutz hat nur Sinn angesichts der Funktion von freien Koalitionen für die Institution der Tarifautonomie.

Darum ist es richtig zu sagen: Art. 9 Abs. 3 GG setzt die Institution der Tarifautonomie voraus und garantiert sie.²⁷ Diese Garantie ist zwar unausgesprochen, aber logisch zwingend. Die Legitimation der gesetzlichen Konstitution von tariflichen Vereinbarungen als Rechtsnormen durch das Tarifvertragsgesetz verdankt sich daher unmittelbar der Verfassung. Die Verfassung garantiert die Tarifautonomie, wie sie in Gestalt des Tarifvertragsgesetzes vorgefunden wurde, das heißt unter Einschluss einer Befugnis

24 Vgl. *Sinzheimer* (Fn. 17) Teil 2, S. 15. Das erhellt auch, warum seinerzeit eine individualvertragliche Bezugnahme die Tarifbindung begründete (vgl. § 1 Abs. 2 TVVO).

25 Zur Deutung des Kündigungsschutzes in der Logik des Zivilrechts: *Rödl*, in: *Kuhli/Schmidt* (Hrsg.), *Vielfalt im Recht*, Berlin 2022, S. 52, 56 ff.

26 So aber BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG.

27 BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96.

zu autonomer Normsetzung. Am Ende also ist der Rechtsnormcharakter durch die Verfassung autorisiert. Mehr Legitimation gibt es auch für die Geltung von staatlichen Rechtsnormen nicht. Und mehr Legitimation ist im modernen Verfassungsstaat grundsätzlich nicht zu haben.

Ich komme an dieser Stelle zurück auf einen Großmeister des Kollektivarbeitsrechts, *Franz Gamillscheg*²⁸: Das angebliche Legitimationsproblem, mit dem die mandatarische Theorie die rechtswissenschaftliche Diskussion in restriktiver Stoßrichtung vor sich hertreibt, und das mit den restriktiven Implikationen eines Erfordernisses mitgliederschaftlicher Legitimation auch schon gewisse Spuren in der Rechtsprechung hinterlassen hat, gibt es nicht, weil es immer schon geklärt ist. Tarifliche Regelungen haben die Wirkung einer Rechtsnorm, weil das Gesetz, autorisiert durch die Verfassung, es so will. Tarifliche Regelungen

haben den Inhalt, den die Tarifvertragsparteien ihnen im Einklang mit ihren Regeln mitgliederschaftlich legitimiert geben, weil das die Pointe einer von freien Koalitionen getragenen Tarifautonomie ist.

Von all dem bisher Gesagten ist vieles zu vertiefen. Einige Stränge sind noch weiter zu verfolgen. Weitere Implikationen sind auszuarbeiten, nicht zuletzt im Feld des Arbeitskämpfrechts. Schließlich soll es auch darum gehen, rechtspolitische Empfehlungen zu entwerfen. All das zusammen bezeichnet den Gegenstand unserer kommenden Arbeit im Kolleg, in den einzelnen Dissertationsvorhaben und in dem ein oder anderen Gemeinschaftsprojekt.

28 *Gamillscheg*, Arbeitsrecht, Bd. 2/1, Kollektives Arbeitsrecht, München 1997, S. 558 ff.

Die neuen Nachweispflichten wegen des Kündigungsverfahrens und der Klagefrist: Inhalt, Erfüllung und Rechtsfolgen

Dr. Mathias Maul-Sartori, Vorsitzender Richter, LAG Berlin-Brandenburg

I. Erweiterte Nachweispflichten zum Kündigungsverfahren

Der Gesetzgeber hat die Nachweispflichten nach dem Nachweisgesetz erweitert. Der danach bei Einstellung zu erteilende Nachweis hat die Möglichkeit einer zukünftigen Kündigung anzusprechen. Die »Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses« gehören seit Inkrafttreten des NachwG zum 28. Juli 1995 zum Katalog der informationspflichtigen Gegenstände, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer in der schriftlichen Unterrichtung über die wesentlichen Arbeitsumstände mitzuteilen hat. Die zu Grunde liegende Vorschrift hat der Gesetzgeber überarbeitet. Nach der jetzt in § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG angesiedelten Neuregelung ist der Arbeitgeber verpflichtet, über »das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, mindestens das Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses, sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage« zu informieren.

Die Überarbeitung ist Teil des Umsetzungsgesetzes¹ zur Arbeitsbedingungenrichtlinie (Arbbd-RL)². Bereits das NachwG ist zur Umsetzung einer Richtlinie ergangen. 1991 hat der europäische Gesetzgeber mit der Nachweisrichtlinie (Nachw-RL)³ die gemeinschaftsweite Verpflichtung für Arbeitgeber eingeführt, den Arbeitnehmer über die wesentlichen Punkte des Arbeitsvertrags oder des Arbeitsverhältnisses schriftlich in Kenntnis zu setzen. Die Kommission hat die Nachw-RL einer Überprüfung unterzogen und im Ergebnis den Prozess zum Erlass der Arbbd-RL angestoßen,⁴ die die Nachw-RL ersetzt hat⁵.

Teil der Änderungen durch die Arbbd-RL ist eine Erweiterung und Aktualisierung der Liste der vom Arbeitgeber mindestens zu erteilenden Informationen. Die Anpassungen sind erfolgt, um den Entwicklungen auf

dem Arbeitsmarkt und insbesondere der Zunahme der atypischen Arbeitsformen Rechnung zu tragen.⁶ Sie betreffen auch die Kündigung. Die diesbezüglichen Erweiterungen im NachwG gehen unmittelbar auf eine Änderung der unionsrechtlichen Vorgaben zurück. Art. 4 Abs. 2 lit. j Arbbd-RL verlangt die Unterrichtung über »das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, einschließlich der formellen Anforderungen und der Länge der Kündigungsfristen«. EG 18 Arbbd-RL ergänzt: »Es sollte möglich sein, dass die Angaben zu dem bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltenden Verfahren die Frist für die Einreichung einer Klage gegen die Kündigung enthalten.«

Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen ist ein Detail der Änderungen im Unionsrecht und in den bundesdeutschen Umsetzungsvorschriften. Wenn jetzt das vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer bei der Kündigung einzuhaltende Verfahren informationspflichtig wird, was ist damit gemeint?

Kündigungsverfahren ist als Begriff geläufig. Es war aber bisher nicht erforderlich, eine genaue Abgrenzung zu

1 Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union im Bereich des Zivilrechts und zur Übertragung von Aufgaben an die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau, BGBl. 2022 I, S. 1174.

2 Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl. 2022, L 186/105.

3 Richtlinie 91/533/EWG des Rates vom 14.10.1991 über die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung des Arbeitnehmers über die für seinen Arbeitsvertrag oder sein Arbeitsverhältnis geltenden Bedingungen, ABl. 1991, L 288/32.

4 Europäische Kommission, Doc COM(2017) 797 final/2.

5 Art. 24 und EG 51 der Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl. 2019, L 186/105.

6 Europäische Kommission, Doc COM(2017) 797 final/2, S. 6, 14.

leisten, die als Grundlage für die Gesetzesanwendung dienen könnte. Deutlich geworden sind die Unsicherheiten kurz nach der Verabschiedung der ArbBd-RL, als eine Debatte darum begann, ob die Klagefrist aus § 4 KSchG zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren zählen kann oder der Begriff dies ausschließt.⁷ Im zweiten Teil der Ausführungen sollen daher eine Abgrenzung des Kündigungsverfahrens versucht und die unter diesem Titel informationspflichtigen Umstände aufgezeigt werden.

Die neuen Informationspflichten wegen des Kündigungsverfahrens werfen weitere Fragen auf, die an generell zum NachwG diskutierte Problemlagen anknüpfen. Dies betrifft Zeitpunkt und Weise der Informationserteilung. Die Nachweisgesetzgebung erlaubt eine Information durch Hinweis auf Bestimmungen außerhalb des Individualarbeitsvertrags. Ein entsprechender Hinweis auf Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften bietet sich für das Kündigungsverfahren an. Die einschlägigen Regelungen finden sich überwiegend in diesen Quellen. Allerdings gilt es insoweit die – ebenfalls teilweise neu formulierten – Anforderungen an die ersetzende Hinweisinformation zu beachten, wie sie im dritten Teil zusammen mit weiteren Anforderungen an die Frist und den Inhalt der Informationserteilung dargestellt werden sollen.

Seit Beginn der Nachweisgesetzgebung wird die Sanktionierung der Nachweispflichten diskutiert. Die eher technische Debatte, welche Rechtsfolgen die gesetzlich normierten Arbeitgeberpflichten auslösen, wird begleitet von Überlegungen zu einer deren Zwecke wahrenen Durchsetzung und Effektivierung der korrespondierenden Informationsansprüche.⁸ Das Umsetzungsgesetz bringt neue Vorschriften zu den Sanktionen. Die Versäumung des Nachweises oder die nicht vollständige oder nicht richtige Aushändigung der schriftlichen Information werden durch § 4 NachwG unter Bußgeldandrohung gestellt. Die Nachweispflicht zum Kündigungsverfahren ist begleitet von einer punktuellen Anordnung zu den Rechtsfolgen des Ausbleibens des Hinweises auf die Klagefrist. Die in § 7 KSchG an die Versäumung der Klagefrist geknüpfte Fiktion der Wirksamkeit der Kündigung soll auch in diesem Fall gelten. Dies und die im Falle der Verletzung der Informationspflichten wegen des Kündigungsverfahrens eintretenden Rechtsfolgen sollen im vierten Teil untersucht werden. Der fünfte Teil versucht dann ein Fazit.

II. Abgrenzung des informationspflichtigen Kündigungsverfahrens

1. Kündigungsverfahren – Welche Informationen gehören dazu?

§ 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG nennt als obligatorischen Informationsgegenstand das Kündigungsverfahren und konkretisiert den Mindestinhalt der in diesem Zusammenhang erforderlichen Unterrichtung. Welche Informationen zu Schriftformerfordernis, Kündigungsfristen und Klagefrist erforderlich sind, ist in der Begründung des Entwurfs zum Umsetzungsgesetz erläutert. Danach verpflichtet die Vorschrift den Arbeitgeber dazu, über die für beide Parteien des Arbeitsverhältnisses jeweils geltenden Kündigungsfristen zu informieren. Welche dies sind, richtet sich nach der einschlägigen Rechtsquelle: Arbeitsvertrag, Tarifvertrag oder Gesetz. Außerdem muss die Unterrichtung das Schriftformerfordernis für die Kündigung nach § 623 BGB umfassen und die Information über die Klagefrist nach § 4 KSchG.⁹ Danach muss eine Kündigungsschutzklage binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung erhoben sein.

Ist aber mit diesem Mindestinhalt die Informationspflicht ausgeschöpft? Oder muss der Arbeitgeber wegen des Kündigungsverfahrens über weitere Umstände informieren? Die zu dieser Frage bisher veröffentlichten Stellungnahmen gehen auseinander. Teilweise wird es für ausreichend erachtet, wenn der Arbeitgeber sich auf die aufgelisteten Gegenstände: Kündigungsfrist, Schriftform und Klagefrist beschränkt,¹⁰ teilweise werden Anhörungs- und Genehmigungserfordernisse zum Beispiel gegenüber dem Betriebsrat oder dem Integrationsamt aber auch materielle Wirksamkeitsanforderungen wie etwa das

7 Dafür: *Maul-Sartori*, NZA 2019, 1161, 1165 f.; *Preis*, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl., München 2022 (im Folgenden: ErfK), NachwG § 1 Rn. 5b; *Preis/Morgenbrodt*, ZESAR 2020, 351, 356 f.; *Rolfs/Schmid*, NZA 2022, 945, 947; für Ausschluss: *Kolbe*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 2022 (im Folgenden: EuArbRK), RL (EU) 2019/1152 Art. 4 Rn. 36; *May*, BB 2022, 2232, 2233; *Picker*, ZEuP 2020, 305, 322 f.; *Picker/Rathmann*, RdA 2022, 61, 69 f.; *Riesenhuber*, FS Hopt, 2020, S. 1009, 1019.

8 *Buschmann*, AuR 2022, 343, 344 ff.; *Däubler*, NZA 1992, 577, 578.

9 BT-Drs. 20/1636, S. 27.

10 *Gaul/Pitzer/Pionteck*, DB 2022, 1833, 1838; *Preis/Schulze*, NJW 2022, 2297, Rn. 10; *Serth*, MDR 2022, 921, 923.

Sachgrunderfordernis aus § 1 KSchG als erfasst angesehen¹¹. Mit Blick auf die Vielzahl von Vorschriften zu Kündigungsanforderungen wird eine erhebliche Unsicherheit konstatiert und vor einer Verfehlung des Transparenziels des Nachweises gewarnt.¹² Befürchtet wird eine nicht mehr zu überschauende Informationsflut.¹³

2. Abgrenzung nach dem Begriff Kündigungsverfahren

a) Unionsrechtliches Begriffsverständnis

Maßgebend für die Bestimmung des informationspflichtigen Kündigungsverfahrens muss ein unionsrechtliches Begriffsverständnis sein. Als Konkretisierung einer unionsweit geltenden Mindestanforderung an den Informationsinhalt verlangt der Begriff eine unionseinheitliche Abgrenzung.

Die Abgrenzung ist allerdings nicht unproblematisch. Soweit ersichtlich, findet der Begriff Kündigungsverfahren in Vorschriften des Unionsrechts außerhalb der ArbBd-RL keine Verwendung. Die Richtlinie ihrerseits enthält keine Definition und gibt nur spärliche Hinweise: Der ausdrückliche Einschluss von formellen Anforderungen und der Länge der Kündigungsfristen in Art. 4 Abs. 2 lit. j ArbBd-RL ist dahin zu verstehen, dass diese Elemente zum Kündigungsverfahren im unionsrechtlichen Sinne zählen.

Aus den Richtlinienmaterialien lässt sich entnehmen, dass im Rahmen der Evaluation der Nachw-RL angeregt worden ist, den Informationsinhalt um »dismissal rules«, also Regeln oder Vorschriften zur Kündigung zu erweitern¹⁴. Die Evaluationsergebnisse hat die Kommission bei den von ihr vorgeschlagenen Aktualisierungen zu den informationspflichtigen Gegenständen berücksichtigt.¹⁵ Insoweit erscheint der schließlich gewählte Begriff Kündigungsverfahren als eine deutliche Einschränkung gegenüber Kündigungsvorschriften insgesamt.

Der Umsetzungsgesetzgeber hat sich in § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG eng an die unionsrechtlichen Vorgaben gehalten. Entsprechende Anpassungen der seearbeitsrechtlichen Nachweispflichten für das Heuverhältnis und für die Berufsausbildung an Bord hat er parallel formuliert.¹⁶ Die Begründung des Entwurfs gibt nicht zu erkennen, ob und welche Punkte zusätzlich zum Mindestinhalt als Kündigungsverfahren informationspflichtig sein könnten.¹⁷ Im

Hinblick auf die verbleibende Rechtsunsicherheit ist die Vorgehensweise zu bedauern. Andererseits wird so die Gefahr vermieden, dass die Umsetzungsvorschrift sich als unvereinbar mit einer unionsrechtlichen Begriffsabgrenzung erweist.

b) Beschränkung auf das wesentliche Kündigungsverfahren?

In Stellungnahmen zur Richtlinie und ihrer Umsetzung wird vertreten oder erwogen, in Anlehnung an die Generalklausel in Art. 4 Abs. 1 ArbBd-RL die Informationspflicht auf die wesentlichen Aspekte des Kündigungsverfahrens zu begrenzen¹⁸. Aufgrund des dort verankerten Richtlinienzwecks, über die wesentlichen Aspekte des Arbeitsverhältnisses zu informieren, sei die Pflicht zur Information nicht pauschal zu verstehen, sondern für jeden Informationsgegenstand nach Abwägung der jeweiligen Interessen einzeln zu bestimmen.¹⁹

Der Ansatz lenkt die Debatte auf den Schutzzweck. Die Unterrichtungspflicht soll die hinreichende Information der Arbeitnehmerseite sicherstellen. Gegenstand der Unterrichtung sollen Umstände sein, die die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer kennen müssen, damit sie selbst eine wirksame Kündigung des Arbeitsverhältnisses erklären können bzw. damit sie die an den Arbeitgeber gerichteten Verfahrenserfordernissen kennen und deren Beachtung überprüfen können.

Der Schutzzweck impliziert aber keine Abwägung wechselseitiger Interessen, welche Umstände als Teil des Kündigungsverfahrens informationspflichtig sind. Eine entsprechende Betrachtung würde das Verhältnis zwischen Generalklausel und dem Katalog der Mindestangaben missverstehen.

11 EuArbRK-Kolbe (Fn. 7), RL (EU) 2019/1152 Art. 4 Rn. 37; vgl. Beckmann, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht* (im Folgenden: NK-ArbR), 2. Aufl., Baden-Baden 2022, NachwG § 2 Rn. 42.

12 Rolfs/Schmid, NZA 2022, 945, 947.

13 Picker/Rathmann, RdA 2022, 61, 68.

14 Europäische Kommission, SWD(2017) 205 final, S. 24.

15 Europäische Kommission, Doc COM(2017) 797 final/2, S. 13 f.

16 § 28 Abs. 2 Nr. 11, § 82 Abs. 3 Nr. 11 SeeArbG.

17 BT-Drs. 20/1636, S. 27.

18 Rolfs/Schmid, NZA 2022, 945, 947.

19 Picker/Rathmann, RdA 2022, 61, 68 f.

Im Gesetzgebungsverfahren zur Nachw-RL hatte der Wirtschafts- und Sozialausschuss die Generalklausel ausdrücklich als Ersatz für den Katalog der Mindestangaben vorgeschlagen, um angepasste Lösungen zu erlauben und unnötigen Aufwand zu vermeiden.²⁰ Als Art. 2 Nachw-RL verabschiedet hat der europäische Gesetzgeber aber eine Kombination von Katalog und Generalklausel. Die Generalklausel soll die Anpassung der Informationspflicht an Besonderheiten des mitgliedstaatlichen Arbeitsrechts oder des in Rede stehenden Arbeitsverhältnisses sicherstellen. Der Katalog dagegen dient der unionsweiten Vereinheitlichung der mindestens geschuldeten Information.²¹ Als Mindestanforderung sind dort verlangt Angaben zu den aufgelisteten Gegenständen, ohne dass zusätzlich die Wesentlichkeit im Sinne der Generalklausel zu prüfen sein würde.

Die Arbbd-RL führt die Kombination von Generalklausel und Katalog von Mindestangaben weiter. Was in dem Katalog des Art. 4 Abs. 2 Arbbd-RL aufgeführt ist, also auch das Kündigungsverfahren, ist informationspflichtig, ohne dass es einer weiteren Prüfung der Wesentlichkeit im Sinne der Generalklausel aus Art. 4 Abs. 1 Arbbd-RL bedarf. Für die Katalogtatbestände bestimmt sich die Reichweite der Informationspflicht daher in erster Linie nach dem dort genannten Gegenstand. Der jeweilige Begriff muss ausgelegt werden, damit der erforderliche Inhalt der Unterrichtung bestimmt werden kann. Die Generalklausel kann insoweit nur als Auslegungshilfe in Zweifelsfällen herangezogen werden.

Nicht gefolgt werden kann einem Verständnis, dass das informationspflichtige Kündigungsverfahren auf die für jede Kündigung relevanten Bestimmungen beschränken will, und etwa aus der eingeschränkten Verbreitung von Betriebsräten die Entbehrlichkeit der Information über § 102 BetrVG und die dort normierte Verpflichtung, vor Kündigungsausspruch den Betriebsrat anzuhören, herleitet²². Zwar ist die Nachweispflicht auf das konkrete Arbeitsverhältnis bezogen. Dies wird deutlich in den einer Reihe von Mindestangaben beigefügten Einschränkungen wie »bei« oder »gegebenenfalls«.²³ Dadurch wird die Verpflichtung zur Information beispielsweise über eine Befristung, Probezeit oder vom Arbeitgeber bereitgestellte Fortbildungen auf die Arbeitsverhältnisse beschränkt, die entsprechende Besonderheiten aufweisen. Grundsätzlich aber bleibt die Frage nach der Reichweite der Informationspflichten zu den aufgelisteten Gegenständen eine generell zu beantwortende Frage.

c) Abgrenzung durch Außenwirkung und Zweck

Angesichts dieser Ausgangslage möchte der Verfasser eine Arbeitshypothese vorschlagen, die eine inhaltliche Abgrenzung erlauben soll, welche Umstände zum Kündigungsverfahren zählen. Die Anregung dazu stammt aus einer für das französische Recht gegebenen Definition von »procédure«. Danach ist unter Verfahren zu verstehen, die Zusammenfassung von Handlungen, die auszuführen sind, um zu einer Entscheidung zu kommen.²⁴ Dies scheint den allgemeinen Wortsinn juristischer Verwendung auch für das deutsche Recht angemessen zu beschreiben. Es geht um eine Abfolge von Handlungen, die erforderlich sind, damit ein bestimmter Zweck erreicht werden kann.

Allerdings bedarf der Begriff der auszuführenden Handlungen noch einer Präzisierung, weil nicht jede zweckverfolgende Tätigkeit als Verfahrensbestandteil angesprochen werden kann. Hier erscheint eine Anleihe beim bundesdeutschen Verwaltungsverfahren recht hilfreich. Dort bestimmt § 9 VwVfG: »Das Verwaltungsverfahren [...] ist die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes [...] gerichtet ist. Das Merkmal Außenwirkung soll die Abgrenzung erlauben, welche Handlungen als Verfahrensbestandteile vorgegeben sind, also ausgeführt werden müssen, um die gewünschte rechtliche Wirkung herbeizuführen.

Bei Übertragung auf das Kündigungsverfahren ist zu beachten, dass eine Kündigung nicht stets im Zeitpunkt ihres Zugangs das Arbeitsverhältnis beendet, sondern ihre Wirkung von weiteren Voraussetzungen abhängig sein kann, etwa dem Ablauf der Kündigungsfrist. Das bei der Kündigung einzuhaltende Verfahren iSv. § 4 Abs. 2 lit. j Arbbd-RL bzw. § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG ist demnach die Abfolge von seitens der Arbeitsverhältnispartei auszuführenden Handlungen mit Außenwirkung, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Ausspruch der Kündigung oder die Herbeiführung der Beendigungswirkung gerichtet sind.

20 ABl. 1991, C 159/32, unter 2.2.

21 Europäische Kommission, Doc COM(1990) 563 final, S. 4 Rn. 13; Maul-Sartori, Europäische arbeitsverhältnisbezogene Informationsrechte, Baden-Baden 2008 (zugl. Halle-Wittenberg/Nantes, Univ., Diss. 2007), S. 137.

22 Preis/Schulze, NJW 2022, 2297, Rn. 10.

23 Vgl. Art. 4 Abs. 2 lit. e, g und h Arbbd-RL.

24 *Procédure*, in: Cornu, vocabulaire juridique, 4ième éd., Paris 1994, p. 635.

Der von der Richtlinienvorschrift genannte Mindestinhalt der Information zum Kündigungsverfahren weist die entwickelten Merkmale auf. Zur Wahrung der Schriftform muss die kündigende Partei die Kündigungserklärung entsprechend vorbereiten und übermitteln. Dies ist eine auf den Ausspruch der Kündigung gerichtete und verpflichtend vorgegebene Tätigkeit mit Wirkung nach außen, nämlich auf die andere Vertragspartei als Erklärungsempfänger. Kündigungsfristen betreffen die Mindestfrist zwischen Ausspruch und Wirksamwerden der Kündigungserklärung und damit die Herbeiführung der Beendigung im Nachgang zum Ausspruch.

Beide Merkmale erlauben Abgrenzungen, so dass – wie weiter bei den Einzelfragen zu zeigen sein wird – eine intransparente Informationsflut nicht zu befürchten steht. Ausgeschlossen bleiben rein interne Tätigkeiten des Arbeitgebers, wie zum Beispiel Besprechungen, ob eine Kündigung erforderlich ist.²⁵ Gilt bei dem Arbeitgeber eine interne Geschäftsordnung oder besteht eine interne Zuständigkeitsregel, welche Stelle oder welcher Mitarbeitende für die Vorbereitung der Kündigung zuständig ist, so gehört dies mangels Außenwirkung ebenfalls nicht zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren. Zwar mag die Zuständigkeitsregel als intern verpflichtend gemeint sein, sie entfaltet aber keine Außenwirkung dahin, dass die von der Kündigung betroffene Person deren Beachtung verlangen kann.

Eine durch die Kündigung begründete und verpflichtend vorgegebene Handlung ist trotz Außenwirkung kein Bestandteil des Kündigungsverfahrens, wenn sie nicht den genannten Zwecken dient. So steht beispielsweise die Verpflichtung des Arbeitgebers aus § 312 SGB III, gegenüber der Arbeitnehmerin, dem Arbeitnehmer oder der Bundesagentur alle Tatsachen mit Bedeutung für den Arbeitslosengeldanspruch zu bescheinigen, im Zusammenhang mit der Kündigung. Sie ist aber nicht auf die Vorbereitung oder den Ausspruch der Kündigung bzw. die Herbeiführung der Beendigungswirkung gerichtet. Sie gehört daher nicht zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren.

3. Einzelfragen

a) Begründungspflichten

Erfordernisse, eine Kündigung zu begründen, gehören zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren, wenn ihre Beachtung Voraussetzung für den Eintritt der

Beendigungswirkung ist. Dann sind sie Teil der von der Arbeitsverhältnispartei auszuführenden Handlungen, die auf die Herbeiführung der Beendigungswirkung gerichtet sind.

Die Merkmale der gegebenen Definition werden erfüllt von der Begründungspflicht bei Kündigung eines Ausbildungsverhältnisses nach Ablauf der Probezeit aus § 22 Abs. 3 BBiG. Die kündigende Vertragspartei muss die Begründung erstellen, damit die Beendigungswirkung eintritt. Die Beachtung der Verpflichtung ist Wirksamkeitsvoraussetzung der außerordentlichen Kündigung.²⁶ Sie gehört daher zu den informationspflichtigen Formalitäten des Kündigungsverfahrens (vgl. II 3 d).

Anders ist dies für die Verpflichtung des Kündigenden aus § 622 Abs. 2 Satz 3 BGB, auf Verlangen der gekündigten Partei den Grund für eine außerordentliche Kündigung schriftlich mitzuteilen. Die Beachtung der Verpflichtung ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung.²⁷ Sie gehört daher nicht zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren.

b) Anhörung des Betriebsrats

Nach § 102 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Er hat ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Sinn und Zweck der Anhörung bestehen darin, den Betriebsrat in die Lage zu versetzen, sachgerecht, das heißt gegebenenfalls zugunsten des Arbeitnehmers auf den Arbeitgeber einzuwirken. Der Betriebsrat soll die Stichhaltigkeit und Gewichtigkeit der Kündigungsgründe überprüfen und sich über diese eine eigene Meinung bilden können.²⁸ Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam, § 102 Abs. 1 S. 3 BetrVG.

Das Anhörungsverfahren gegenüber dem Betriebsrat gehört nach den entwickelten Maßstäben zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren. Der Arbeitgeber führt es durch, um die Kündigung vorzubereiten. Die Anhörung ist Wirksamkeitsvoraussetzung und hat Außenwirkung. Hierfür reicht die verselbständigte Stellung des Betriebsrats als Vertretungsorgan der Belegschaft aus.

25 Vgl. zu § 9 VwVfG: Huck, in: Huck/Müller (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 3. Aufl., München 2020, § 9 Rn. 6; Sennekamp, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 2. Aufl., Baden-Baden 2019, § 9 Rn. 24.

26 BAG, 25.11.1976 – 2 AZR 751/75 – AP Nr. 4 zu BBiG § 15; ErfK-Schlachter (Fn. 7), BBiG § 11 Rn. 7.

27 BAG, 25.10.2012 – 2 AZR 845/11 – AP Nr. 19 zu § 125 BGB, Rn. 33.

28 BAG, 16.7.2015 – 2 AZR 15/15 – AP Nr. 169 zu § 102 BetrVG.

Für das individuelle Arbeitsverhältnis besteht eine Informationspflicht, wenn für den Beschäftigungsbetrieb ein Betriebsrat gebildet ist. Ist dies bei der Einstellung der Fall, so ist die schriftliche Information über das Anhörungserfordernis spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses zu übermitteln²⁹. Wird nach Begründung des Arbeitsverhältnisses erstmals ein Betriebsrat durch Betriebsratswahlen gebildet, so tritt eine Änderung der wesentlichen Umstände ein, die nach § 3 S. 1 NachwG spätestens am Tag des Wirksamwerdens schriftlich mitzuteilen ist. Dies ist bei der erstmaligen Wahl des Betriebsrats der Tag der Bekanntgabe des Wahlergebnisses, § 21 S. 2 BetrVG.

c) Genehmigungserfordernisse

Für besonders geschützte Beschäftigtengruppen verlangt der Gesetzgeber, dass der Arbeitgeber vor Ausspruch einer Kündigung eine behördliche Genehmigung einholt. Von der Beachtung dieser Erfordernisse hängt die Wirksamkeit der Kündigung ab. Entsprechende gesetzliche Vorschriften bestehen zum Beispiel für schwerbehinderte und ihnen gleichgestellte Menschen³⁰, Schwangere und Beschäftigte in Elternzeit³¹.

Solche Genehmigungserfordernisse sind als Bestandteil des Kündigungsverfahrens informationspflichtig. Der Arbeitgeber beantragt die Genehmigung zur Vorbereitung des Kündigungsausspruches. Die Außenwirkung besteht gegenüber der Behörde und gegenüber der betroffenen Person. Diese wird Beteiligte des sich an den Antrag anschließenden Verwaltungsverfahrens und ist von einer zustimmenden Entscheidung in ihren persönlichen Rechten betroffen.³²

Ob der individuelle Nachweis die Genehmigungserfordernisse ansprechen muss, richtet sich danach, ob die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer in deren Schutzbereich fällt. Stellt beispielsweise der Arbeitgeber einen schwerbehinderten Menschen ein, so hat er ihn als Teil der Nachweispflichten auf das nach sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses eingreifende Genehmigungserfordernis hinzuweisen (vgl. III 1). Tritt die Schwerbehinderung während des bestehenden Arbeitsverhältnisses ein, so löst dies die Verpflichtung zur Änderungsmitteilung nach § 3 S. 1 NachwG aus.

d) Klagefrist nach § 4 KSchG

Zu Art. 4 Abs. 2 lit. j Arbbd-RL ist umstritten, ob die dort normierte Unterrichtungspflicht wegen des Kündigungsverfahrens eine Information zur Klagefrist für Kündigungsschutzklagen aus § 4 KSchG umfasst.³³ Die Gegner einer solchen Annahme argumentieren, der Begriff des Kündigungsverfahrens umfasse nicht die der Kündigung nachgelagerte Klagefrist. Deshalb könne EG 18 Arbbd-RL, wie er eine Klagefrist als Teil der Information zum Kündigungsverfahren anspricht, als vom verfügenden Teil der Richtlinie abweichend nicht entscheidend für die Annahme einer entsprechenden Informationspflicht sprechen.

Der Umsetzungsgesetzgeber hat eine Informationspflicht wegen der Klagefrist statuiert. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG ist die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage in den Nachweis aufzunehmen. Für die Rechtsanwendung ist damit geklärt, dass die Unterrichtung die Information über die Klagefrist nach § 4 KSchG zu enthalten hat³⁴.

Ob der Umsetzungsgesetzgeber die Klagefrist als nach Unionsrecht informationspflichtig angesehen hat, lässt sich der verabschiedeten Formulierung nicht eindeutig entnehmen. Die Zeichensetzung spricht dafür, dass er die Klagefrist nicht als Bestandteil des Kündigungsverfahrens angesehen hat. Durch das vor die Wendung: »sowie die Frist« gesetzte Komma wird die Klagefrist abgegrenzt. Nur die Schriftform und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sind Teil des in dem Einschub aufgeführten Mindestinhalts der Information über das Kündigungsverfahren. Die Klagefrist hat der Gesetzgeber somit als eigenständigen Gegenstand der Informationspflicht statuiert, der in der Aufzählung neben dem Kündigungsverfahren steht.

29 Vgl. § 2 Abs. 1 S. 4 NachwG.

30 § 168, § 174, § 151 Abs. 3 SGB IX.

31 § 17 MuSchG, § 18 BEEG.

32 Vgl. bspw. für das Genehmigungserfordernis vor der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu schwerbehinderten oder ihnen gleichgestellten Menschen: § 170 Abs. 2, § 171 Abs. 2 S. 1 SGB IX.

33 Vgl. Fn. 7.

34 Vgl. BT-Drs. 20/1636, S. 27.

Wendet man aber die oben entwickelte Begriffsabgrenzung an, wird deutlich, dass die Klagefrist nach § 4 KSchG zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren gehört. Nach außen wirkende und der Arbeitsverhältnispartei vorgegebene Handlung ist die Erhebung der Kündigungsschutzklage innerhalb der Frist. Zwar beginnt die Klagefrist nach Zugang der schriftlichen Kündigung abzulaufen. Dennoch nimmt die fristgemäße Klageerhebung Einfluss auf den Eintritt der Beendigungswirkung. Nach der Vorschrift in § 7 KSchG gilt eine Kündigung als von Anfang wirksam, wenn ihre Rechtsunwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht wird. Indem die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Klagefrist wegen einer vom Arbeitgeber unwirksam erklärten Kündigung verstreichen lässt, führt sie oder er die Wirksamkeit dieser Kündigung herbei. Damit ist der Zweck der Klageerhebung auf die Verhinderung der mit dem Ausspruch der Kündigung beabsichtigten Beendigungswirkung gerichtet. Wie die ebenfalls dem Kündigungsausspruch nachgelagerten Kündigungsfristen ist sie damit Teil des informationspflichtigen Kündigungsverfahrens.

Dadurch wird nicht das arbeitsgerichtliche Kündigungsverfahren zum Gegenstand der Informationspflicht. Zwar bilden Klageeinreichung und deren anschließende Zustellung durch das Gericht als Klageerhebung die Einleitung des gerichtlichen Verfahrens. Wegen der materiellen Wirkung gemäß § 7 KSchG ist aber die Klageerhebung zugleich noch Teil des auf die Herbeiführung der Beendigungswirkung gerichteten Kündigungsverfahrens zwischen den Arbeitsverhältnisparteien. Die Einbeziehung der Klagefrist stellt daher dessen grundsätzliche Abgrenzung vom gerichtlichen Kündigungsverfahren, wie es in § 61a ArbGG angesprochen ist, nicht in Frage.

Aus der Einordnung der Klagefrist als Teil des nach Unionsrecht informationspflichtigen Kündigungsverfahrens folgt, dass eine Umsetzungslücke droht. Für die Vertragsniederschrift über den Berufsausbildungsvertrag³⁵ hat der Gesetzgeber die Klagefrist nicht in den aufzunehmenden Mindestinhalt ergänzt. Nach der einschlägigen und nunmehr in § 11 Abs. 1 Nr. 10 BBiG angeordneten Vorschrift sind unverändert informationspflichtig die Voraussetzungen, unter denen der Berufsausbildungsvertrag gekündigt werden kann. Hiervon erfasst ist das

besondere Schriftformerfordernis für Kündigungen des Berufsausbildungsverhältnisses einschließlich der Begründungspflicht für Kündigungen nach Ablauf der Probezeit aus § 22 Abs. 3 BBiG.³⁶ Eine unionsrechtskonforme Auslegung würde dafür streiten, zusätzlich einen Hinweis auf die Klagefrist nach § 4 KSchG, wie sie bei Fehlen eines Schlichtungsausschusses nach § 111 Abs. 2 ArbGG von der oder dem Auszubildenden zu beachten ist,³⁷ zu den nach § 11 Abs. 1 BBiG informationspflichtigen Umständen zu zählen.³⁸

e) Nachträgliche Klagezulassung?

Folgefrage zur Informationspflicht über die Klagefrist ist, ob weitere Einzelheiten zum gerichtlichen Kündigungsverfahren, insbesondere die nachträgliche Klagezulassung, informationspflichtig werden.³⁹ Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG ist auf Antrag die verspätet eingereichte Klage zuzulassen, wenn ein Arbeitnehmer nach erfolgter Kündigung trotz Anwendung aller ihm nach Lage der Umstände zuzumutenden Sorgfalt verhindert war, die Klage innerhalb von drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung zu erheben.

Das Verfahren über die nachträgliche Klagezulassung gehört nicht zum Kündigungsverfahren, wie es nach § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG informationspflichtig ist. Dies folgt wiederum aus der Anwendung der gegebenen Definition. Gemäß § 7 KSchG tritt bei ausbleibender Klageeinreichung mit Ablauf der Klagefrist die Wirksamkeit der unwirksam erklärten Kündigung und damit – ggf. nach

35 Ob der Arbeitnehmerbegriff der Richtlinie (dazu EuArbRK-Kolbe [Fn. 7], RL (EU) 2019/1152 Art. 1 Rn. 4; Henssler/Pant, RdA 2019, 321; Maul-Sartori, NZA 2019, 1161, 1163; Picker/Rathmann, RdA 2022, 61, 66 f.) die Herausnahme von Auszubildenden zulassen würde, soll hier nicht diskutiert werden. Der Gesetzgeber sieht die Anpassungen des Gegenstandskataloges im BBiG als bereichsspezifische Richtlinienumsetzung an, BT-Drs. 20/1636, S. 26.

36 ErfK-Schlachter (Fn. 7), BBiG § 11 Rn. 4; Taubert, in: Taubert (Hrsg.), Berufsbildungsgesetz, 3. Aufl., München 2021, § 11 Rn. 47.

37 BAG, 5.7.1990 – 2 AZR 53/90 – AP Nr. 23 zu § 4 KSchG 1969; BAG, 26.1.1999 – 2 AZR 134/98 – AP Nr. 63 zu § 4 KSchG 1969; BAG, 23.7.2015 – 6 AZR 490/14 – AP Nr. 82 zu § 4 KSchG 1969.

38 Die Vertragsmuster von BBiB und DIHK weisen bereits auf die Schlichtungsausschüsse hin, vgl. BAnz AT 26.5.2020 S1; <https://www.dihk.de/de/themen-und-positionen/fachkraefte/aus-und-weiterbildung/ausbildung/mustervertraege-15280> (6.10.2022).

39 Rolfs, ZfA 2021, 283, 301 f.

Ablauf der Kündigungsfrist – die Beendigungswirkung ein. Das Kündigungsverfahren als Abfolge von auf dieses Ziel gerichteten Handlungen ist damit abgeschlossen. Wenn das Arbeitsgericht durch nachträgliche Zulassung der Klage die Wirkung der Fristversäumung wieder beseitigt, so bleiben diesbezüglicher Antrag der Prozesspartei und die Entscheidung des Gerichts Teil des gerichtlichen Verfahrens. Dies ist unabhängig von der Einordnung der nachträglichen Zulassung als prozessualer Vorgang oder als materiell-rechtlicher Verfahrensteil⁴⁰. Maßgebend für die Zuordnung zum gerichtlichen Kündigungsverfahren ist, dass die materiell-rechtliche Wirkung der nachträglichen Zulassung von der gerichtlichen Entscheidung über den Antrag begründet wird.

Dementsprechend bleibt, wie bereits zur Informationspflicht wegen der Klagefrist ausgeführt, das gerichtliche Kündigungsschutzverfahren nach der Klageerhebung von der Informationspflicht ausgenommen. Insoweit besteht im Hinblick auf das gerichtliche Verfahren und behördliche Verfahren über die Genehmigung der Kündigung eine vergleichbare Struktur. Informationspflichtig ist jeweils das Einleitungserfordernis. Über den weiteren Verfahrensablauf dagegen muss der Arbeitgeber nicht informieren.

f) Prüfung der materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen?

Die Prüfung der Wirksamkeitsvoraussetzungen der Kündigung gehört ebenfalls nicht zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren. Zwar handelt es sich um eine den Ausspruch der Kündigung vorbereitende Tätigkeit. Die Tätigkeit ist aber weder vorgegeben noch entfaltet sie Außenwirkung. Genügt die Kündigung objektiv den gesetzlichen Wirksamkeitserfordernissen, so stehen diese der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch die Kündigung nicht entgegen. Die Prüftätigkeit selbst ist keine Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kündigung. Bereiten Mitarbeiter des Arbeitgebers eine Kündigung vor und vergewissern sie sich beispielsweise, dass die Kündigung nicht sozial ungerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 1 KSchG ist, so gehört das nicht zum informationspflichtigen Kündigungsverfahren. § 1 Abs. 1 KSchG ist zwar eine Vorschrift des Kündigungsrechts, aber keine Vorschrift zum Kündigungsverfahrensrecht. Der Ausschluss der vorbereitenden Wirksamkeitsprüfung illustriert die einschränkende Wirkung der im Gesetzgebungsverfahren auf Unionsebene erfolgten Wahl des Begriffs Kündigungsverfahren anstelle von Kündigungsvorschriften (vgl. II 2 a).

III. Erfüllung der Informationspflicht

1. Angaben zu den informationspflichtigen Punkten

Die Erfüllung der Informationspflicht wegen des Kündigungsverfahrens kann durch kurze Angaben zu den informationspflichtigen Punkten erfolgen. Hierzu gehören Hinweise darauf, dass die Kündigung in Schriftform erklärt werden muss und dass die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer binnen drei Wochen nach Zugang der schriftlichen Kündigung Klage beim Arbeitsgericht erheben muss, wenn sie oder er die Rechtsunwirksamkeit einer vom Arbeitgeber erklärten Kündigung geltend machen will. Außerdem sind die für die Arbeitnehmer- bzw. Arbeitgeberseite jeweils geltenden Kündigungsfristen anzugeben. Sind nach der Bestandsdauer des Arbeitsverhältnisses oder infolge der Vereinbarung einer Probezeit gestaffelte Fristen einschlägig, so sind die Staffelung bzw. die Modalitäten der Berechnung⁴¹ wiederzugeben.

Ist im Betrieb ein Betriebsrat gebildet, so muss nach hier vertretener Auffassung darauf hingewiesen werden, dass der Betriebsrat vor jeder Kündigung anzuhören ist. Ist die beabsichtigte Kündigung an die Genehmigung einer Behörde gebunden, so ist hierauf ebenfalls hinzuweisen. Zum Beispiel ist ein schwerbehinderter Mensch, der bei der Einstellung die Schwerbehinderung mitgeteilt hat, darauf hinzuweisen, dass die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber nach mehr als sechsmonatigem Bestand des Arbeitsverhältnisses der Zustimmung des Integrationsamtes bedarf.⁴²

2. Hinweis auf Tarifvertrag oder Gesetz

§ 2 Abs. 4 S. 1 und 2 NachwG und Art. 4 Abs. 3 ArbZG erlauben es, die Informationen zu dort aufgezählten Punkten aus dem Katalog der informationspflichtigen

40 Hesse, in: Ascheid/Preis/Schmidt (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Aufl., München 2021 (im Folgenden: APS), KSchG § 5 Rn. 4.

41 BT-Drs. 20/1636, S. 27.

42 Ein solcher Hinweis wird nicht erforderlich, wenn der schwerbehinderte Mensch auf einem Arbeitsplatz nach § 156 Abs. 2–5 SGB IX beschäftigt wird, vgl. § 173 Abs. 1 Nr. 2 SGB IX. Die Ausnahme für ältere Mitarbeitende mit Anspruch auf Sozialplan- oder Ausgleichsleistungen (§ 173 Abs. 1 Nr. 3 SGB IX) bedarf keiner Berücksichtigung im Nachweis, weil sie von im Zeitpunkt der Informationserteilung noch ausstehenden Entwicklungen abhängt und eine gesonderte vorherige Information vor der Kündigung verlangt ist, vgl. § 173 Abs. 1 S. 2 SGB IX.

Gegenstände durch einen Hinweis auf Tarifverträge oder Gesetz zu ersetzen. Dies wird als qualifizierter Hinweis bezeichnet.⁴³ Die Informationspflichten wegen des Kündigungsverfahrens gehören zu den durch qualifizierten Hinweis ersetzungsfähigen Punkten. In § 2 Abs. 4 NachwG sind insoweit sowohl der Hinweis auf Tarifvorschriften als auch der Hinweis auf die jeweilige gesetzliche Regelung zugelassen.

Der ersetzende Hinweis dient dazu, dem Arbeitgeber die Handhabung der Nachweispflichten zu erleichtern.⁴⁴ Er bietet sich für die zum Kündigungsverfahren geschuldeten Informationen an, weil der Informationsinhalt überwiegend normativ bestimmt ist. Ein entsprechender Hinweis muss aber bestimmten Anforderungen genügen. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Vorgängerregelung in § 2 Abs. 3 NachwG sind bei einem qualifizierten Hinweis auf Tarifrecht die Angabe der wesentlichen Vertragsbedingung, die genaue Bezeichnung der einschlägigen Kollektivvereinbarung und ggf. die Klarstellung ihrer dynamischen Anwendbarkeit erforderlich.⁴⁵ Für die zur Ersetzung durch Hinweis auf das Gesetz zugelassenen Punkte ist auf die jeweilige gesetzliche Regelung zu verweisen, § 2 Abs. 4 S. 2 NachwG.

Der Umsetzungsgesetzgeber hat die Vorschrift zur Ersetzungsmöglichkeit neu gefasst. Anstelle des Hinweises auf die einschlägigen Tarifverträge formuliert § 2 Abs. 4 S. 1 NachwG »Hinweis auf die auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifverträge.« Damit wird die bei der Ersetzung erforderliche Information dem Wortlaut nach an den nach § 2 Abs. 1 Nr. 15 NachwG geschuldeten Hinweis auf die anwendbaren Tarifverträge angenähert, allerdings ohne die dort verwandte Ergänzung »in allgemeiner Form«.

Mit Blick auf die umgesetzten unionsrechtlichen Vorschriften wird davon auszugehen sein, dass für die ersetzende Hinweisinformation weiterhin die Bezeichnung des für die Materie einschlägigen Tarifvertrags zu erfolgen hat. Art. 4 Abs. 3 ArbBd-RL verlangt, dass der Hinweis auf die Tarifverträge erfolgt, die für die entsprechenden Bereiche gelten. Der Blick in die englische und in die französische Textfassung zeigt, dass mit Bereichen die zur Ersetzung durch Verweis vorgesehenen informationspflichtigen Punkte gemeint sind. Es muss also das einschlägige Tarifrecht benannt werden, nicht wie bei Art. 4 Abs. 2 lit. n ArbBd-RL, § 2 Abs. 1 Nr. 15 NachwG alle Tarifverträge, die auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Regelungen

enthalten. Nach der Richtlinien-systematik ist die Angabe der Tarifverträge mit Regelungen zum Arbeitsverhältnis von der Ersetzung inhaltlicher Angaben als Information zu wesentlichen Aspekten zu unterscheiden.⁴⁶ Die Ersetzung stellt höhere Anforderungen als die Angabe.⁴⁷ Wäre mit der Angabe alles gesagt, so hätte der (Unions-) Gesetzgeber schlicht kollektivvertraglich oder gesetzlich geregelte Punkte aus der Verpflichtung zur schriftlichen Information ausnehmen können.

Dementsprechend muss der ersetzende Hinweis weiterhin auf den Tarifvertrag erfolgen, der die für den Informationsgegenstand einschlägigen Vorschriften enthält. Weiterhin erforderlich bleibt auch, dass der Punkt genannt wird, für den die Information durch Hinweis erfolgt. Soll also wegen der Kündigungsfristen auf die einschlägige tarifvertragliche Regelung verwiesen werden, so sind in den schriftlichen Arbeitsvertrag oder den schriftlichen Nachweis entsprechende Formulierungen aufzunehmen. Die konkrete Tarifvorschrift dagegen muss nicht herausgesucht werden. Einen solchen Hinweis verlangt § 2 Abs. 4 S. 3 NachwG allein in bestimmten Konstellationen bei der Arbeitnehmerentsendung.⁴⁸ Das Kündigungsverfahren ist hiervon nicht betroffen.

Wegen der Schriftform und der Klagefrist sowie bei Anwendbarkeit der gesetzlichen Regelung wegen der Kündigungsfristen sind die konkreten gesetzlichen Bestimmungen – also § 623 BGB, § 4 KSchG und § 622 BGB – zu nennen.

3. Zeitpunkt der Informationserteilung

Die ArbBd-RL und ihr folgend das Umsetzungsgesetz haben die Fälligkeit der Information vorverlegt. Die Frist zur Nachweiserteilung wird verkürzt und gestuft.⁴⁹ Gemäß § 2 Abs. 1 S. 4 NachwG ist der Großteil der Informationen

43 BAG, 30.10.2019 – 6 AZR 465/18 – AP Nr. 98 zu § 611 BGB Kirchendienst; *ErfK-Preis* (Fn. 7), NachwG § 2 Rn. 30; NK-ArbR-*Beckmann* (Fn. 11), NachwG § 2 Rn. 60.

44 BT-Drs. 13/668, S. 11.

45 BAG, 30.10.2019 – 6 AZR 465/18 – AP Nr. 98 zu § 611 BGB Kirchendienst; *Maul-Sartori*, RdA 2021, 171, 174 f.

46 Zur Nachw-RL bzw. NachwG: *Linde/Lindemann*, NZA 2003, 649, 653; *Maul-Sartori*, RdA 2021, 171, 175 f.

47 EuArbRK-*Kolbe* (Fn. 7), RL (EU) 2019/1152 Art. 4 Rn. 58.

48 BT-Drs. 20/1636, S. 27.

49 Zur ArbBd-RL: EuArbRK-*Kolbe* (Fn. 7), RL (EU) 2019/1152 Art. 5 Rn. 1; *Maul-Sartori*, NZA 2019, 1161, 1164; zum NachwG: *Preis/Schulz*, NJW 2022, 2797, Rn. 15.

nicht mehr binnen eines Monats nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses zu erteilen, sondern teils spätestens am siebten Kalendertag danach, teils sogar spätestens am ersten Tag der Arbeitsleistung. Eine Änderung der wesentlichen Vertragsbedingungen ist dem Arbeitnehmer spätestens an dem Tag mitzuteilen, an dem sie wirksam wird, § 3 S. 1 NachwG.⁵⁰

Die Informationspflicht wegen des Kündigungsverfahrens gehört zu den Informationspflichten, die weiterhin nicht vor Ablauf des Monats nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses fällig werden. Sie bleibt aber Teil der durch die Begründung des Arbeitsverhältnisses ausgelösten Unterrichtungspflichten. Der Arbeitgeber kann sie im schriftlich niedergelegten Arbeitsvertrag berücksichtigen oder in einem gesonderten Schreiben im Zusammenhang mit der Einstellung.

Der Hinweis auf die Klagefrist wird so regelmäßig zu Beginn des Arbeitsverhältnisses zusammen mit den übrigen Informationen über das Arbeitsverhältnis erfolgen. In diesem Punkt unterscheidet sich die Informationspflicht wegen der Klagefrist von einer Rechtsbehelfsbelehrung, wie sie zeitgleich mit der den Empfänger belastenden Entscheidung erteilt wird. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist nicht Inhalt der Regelung im NachwG.⁵¹ Die Nachholung des Hinweises auf die Klagefrist in einem nach Ablauf der Monatsfrist übermittelten Kündigungsschreiben würde die gesetzlich angeordnete Frist nicht einhalten.

Das Umsetzungsgesetz enthält eine Übergangsvorschrift für Arbeitsverträge, die bereits vor dem 1. August 2022 bestanden haben. Nach § 5 S. 1 NachwG müssen die betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine Nachweiserteilung erst verlangen, damit der Arbeitgeber binnen Monatsfrist die Informationen zum Kündigungsverfahren gemäß den neuen Anforderungen erteilen muss.

IV. Verletzung Informationspflicht zum Kündigungsverfahren: Rechtsfolgen

1. Rechtsfolgen der Nachweispflicht: Informationsanspruch, Sekundärfolgen, Bußgeld

Die zum NachwG anerkannten Rechtsfolgen bleiben von der Richtlinienumsetzung weitgehend unberührt. Wie bisher korrespondiert der Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers ein Unterrichtsanspruch der Arbeitnehmerseite.

Die Nachweispflicht aus § 2, § 3 NachwG ist eine selbständig einklagbare Nebenpflicht des Arbeitgebers.⁵² Zuständige Gerichtsbarkeit sind die Gerichte für Arbeitsachen, da es sich um eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber um Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis handelt.⁵³

Zur Nachweispflicht sind eine Reihe von Sekundärfolgen anerkannt. Hierzu gehört ein vertragsrechtlicher Schadensersatzanspruch. Die Verletzung der Nachweispflicht macht den Arbeitgeber grundsätzlich schadensersatzpflichtig. Befindet sich ein Arbeitgeber mit der Aushängung der Niederschrift nach § 2 NachwG oder der Änderungsmitteilung nach § 3 NachwG in Verzug, hat er gemäß § 280 Abs. 1 S. 1 BGB den durch den eingetretenen Verzug adäquat verursachten Schaden zu ersetzen.⁵⁴ Einer Mahnung bedarf es zur Herbeiführung der Verzugsfolgen nicht, da mit den gesetzlich bestimmten Fristen für die Nachweiserteilung bzw. die Änderungsmitteilung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist, § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB.⁵⁵

Praktische Bedeutung erlangt die Schadensersatzpflicht für die nicht nachgewiesene Ausschlussfrist. Begründet diese den Verfall eines Anspruchs, so kann dem Arbeitnehmer Schadensersatz wegen der verfallenen Forderung zustehen. Die schuldhafte Versäumung des Nachweises kann den Arbeitgeber verpflichten, den Arbeitnehmer so zu stellen, als sei der Anspruch nicht untergegangen.⁵⁶ Im Ergebnis läuft die Ausschlussfrist leer.⁵⁷

Zusätzlich begründet die Nichterfüllung der Nachweispflicht in Anwendung von § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht.⁵⁸ Außerdem kann der erteilte Nachweis

50 Gemäß § 3 S. 1 NachwG aF. war die Änderung spätestens einen Monat nach der Änderung mitzuteilen.

51 AA. Möller, ArbRAktuell 2022, 299, 300.

52 Kliemt, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar (im Folgenden: HWK), 10. Aufl., Köln 2022, NachwG Vorbem. Rn. 30; NK-ArbR-Beckmann (Fn. 11), NachwG Vorbem. Rn. 16.

53 ErfK-Preis (Fn. 7), NachwG § 2 Rn. 37.

54 BAG, 21.2.2012 – 9 AZR 486/10 – AP Nr. 94 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 34; BAG, 30.10.2019 – 6 AZR 465/18 – AP Nr. 98 zu § 611 BGB Kirchengeld, Rn. 47.

55 Vgl. BAG, 17.4.2002 – 5 AZR 89/01 – AP Nr. 6 zu § 2 NachwG.

56 Vgl. BAG, 17.4.2002 – 5 AZR 89/01 – AP Nr. 6 zu § 2 NachwG; BAG, 21.2.2012 – 9 AZR 486/10 – AP Nr. 94 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 34.

57 Maul-Sartori, RdA 2021, 171, 172.

58 ErfK-Preis (Fn. 7), NachwG § 2 Rn. 40; HWK-Kliemt (Fn. 54), Vorbem. vor § 1 NachwG Rn. 37; NK-ArbR-Beckmann (Fn. 11 44), NachwG Vorbem. Rn. 22.

Beweiswirkungen entfalten.⁵⁹ Als Beweisvereitelung durch den Arbeitgeber kann die versäumte Nachweiserteilung zu Beweiserleichterungen für die Arbeitnehmerseite führen.⁶⁰

Mit dem Umsetzungsgesetz tritt neu hinzu eine Sanktionierung durch Bußgeld. Nach § 4 NachwG kann die Verletzung dort näher spezifizierter Nachweispflichten mit einem Bußgeld bis zu 2.000 € belegt werden. Mit der Bußgeldpflicht will der Umsetzungsgesetzgeber der unionsrechtlichen Verpflichtung zu wirksamen, angemessenen und verhältnismäßigen Sanktionen bei Verstößen gegen die Nachweispflicht nachkommen.⁶¹ Ein Bußgeld setzt die vorsätzliche Verwirklichung des Tatbestands voraus, § 10 OWiG. Zuständig für die Verfolgung sind die zuständigen Behörden der Länder.⁶²

2. Praktische Bedeutung für Informationspflicht zum Kündigungsverfahren

Die Breite der möglichen Sanktionen sollte allerdings nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in der Praxis wohl nur selten zu deren Eingreifen kommt. Für die Informationspflichten zum Kündigungsverfahren besteht die Gefahr, dass sich dies fortsetzt.

Dem Erfüllungsanspruch, dem Zurückbehaltungsrecht und den Beweiswirkungen wird insoweit voraussichtlich nur sehr geringe praktische Bedeutung zukommen. Der Anspruch auf Nachweiserteilung umfasst die vom Arbeitgeber geschuldeten Informationen zum Kündigungsverfahren in der oben dargestellten Reichweite. Erfüllt der Arbeitgeber die Informationspflichten wegen des Kündigungsverfahrens nur teilweise oder unrichtig, könnte eine Klage auf Nachholung einer entsprechenden Information begründet sein. Der klagbare Erfüllungsanspruch umfasst einen Anspruch auf Ergänzung bzw. Berichtigung des Nachweises.⁶³

Allerdings ist nicht erkennbar, weshalb eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer ein hinreichendes Interesse an einer Klage und einem Gerichtsverfahren wegen Erteilung von Informationen zum Kündigungsverfahren oder Nachholung des Hinweises auf die Klagefrist haben könnte. Die Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts könnte unverhältnismäßig und deshalb treuwidrig sein und würde die Gefahr von (wirksamen) Arbeitgebersanktionen hervorrufen.

Auch die Beweiswirkungen werden wohl für die Praxis keine große Rolle spielen. Soweit die informationspflichtigen Umstände durch Rechtsnormen bestimmt sind, stellen sich keine Beweisprobleme. Die Klagefrist, das Schriftformerfordernis oder die Kündigungsfristen sind durch Gesetz bzw. die Kündigungsfristen häufig durch Tarifvertrag festgelegt. Beweiswirkungen kommen nur ausnahmsweise in Betracht, etwa wenn streitig ist, ob eine von § 622 BGB abweichende Regelung zu den Kündigungsfristen von den Arbeitsvertragsparteien vereinbart ist.

Welche Wirkungen die mit § 4 NachwG neu eingeführte Ordnungswidrigkeit entfalten wird, wird maßgebend davon abhängen, welche Aktivitäten die mit der Verfolgung betrauten Behörden entfalten werden. Eine hinreichende Bestimmtheit als aus § 3 OWiG folgende Anforderung an die Verfolgbarkeit⁶⁴, wird man im Hinblick auf die konkret aufgezählten Bestandteile der Information zum Kündigungsverfahren und die Auslegungsfähigkeit des Begriffs Kündigungsverfahren annehmen können.

Noch nicht beurteilt werden kann die Bedeutung von vertraglichen Schadensersatzansprüchen, wie sie unter IV.1 vorgestellt worden sind. Diese wird davon abhängen, in welchen Konstellationen ein Schaden mit Erfolg als ersatzungspflichtig geltend gemacht werden kann. Nach den bisherigen Erfahrungen mit dem NachwG liegt das Hauptproblem im Zusammenhang mit dem vertraglichen Schadensersatzanspruch bei der Darlegung und dem Nachweis des ersatzungspflichtigen Schadens.⁶⁵

Betrachtet man zunächst die von Arbeitnehmerseite ausgesprochene Kündigung, so kommt ein ersatzungsfähiger Schaden in Betracht, wenn die Eigenkündigung wegen Missachtung der Kündigungsfristen oder des

59 ErfK-Preis (Fn. 7), NachwG § 2 Rn. 42, 44; NK-ArbR-Beckmann (Fn. 11), NachwG Vorbem. Rn. 47 f.; EuGH, 4.12.1997 – C-253/96, C-258/96 – Slg. 1997, I-6907 (Kampelmann).

60 Vgl. LAG Düsseldorf, 20.10.2015 – 8 Sa 1091/13 – juris; LAG Rheinland-Pfalz, 10.5.2007 – 11 Sa 25/07 – juris; LAG Niedersachsen, 21.2.2003 – 10 Sa 1683/02 – NZA-RR 2003, 520; LAG Köln, 31.7.1998 – 11 Sa 1484/97 – NZA 1999, 545; ErfK-Preis (Fn. 7), NachwG § 2 Rn. 48; HWK-Kliemt (Fn. 54), Vorbem. vor § 1 NachwG Rn. 44 f.

61 BT-Drs. 20/1636, S. 28

62 Vgl. §§ 36 f. OWiG; BT-Drs. 20/2245, S. 1 ff.

63 LAG Berlin-Brandenburg, 5.11.2015 – 5 Sa 969/15 – NZA-RR 2016, 242.

64 BGH, 15.3.1996 – 3 StR 506/95 – NJW 1996, 1482; Rogall, in: Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum OWiG, 5. Aufl., München 2018, § 3 Rn. 31 ff.

65 ErfK-Preis (Fn. 7), § 2 NachwG Rn. 38 f.; Maul-Sartori, Informationsrechte (Fn. 21), S. 259 ff.

Schriftformerfordernisses nicht die angezielte Beendigungswirkung entfalten konnte und deshalb eine für die Arbeitnehmerseite nachteilige Rechtsfolge eingetreten ist. Das kann bei Vertragsstrafenversprechen der Fall sein oder auch bei tarifvertraglichen Rückzahlungsklauseln, die an den Vertragsbruch anknüpfen. Wenn die Arbeitnehmerseite etwa unter Berufung auf die Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens darlegen kann, dass sie bei pflichtgemäßer Information seitens des Arbeitgebers die Kündigung schriftlich und unter Einhaltung der Kündigungsfristen erklärt hätte, so kann ein Schadensersatzanspruch gegeben sein, der im Ergebnis der Rückzahlungspflicht oder der Vertragsstrafe entgegensteht.

Mit Blick auf die Arbeitgeberkündigung kommt ein Schadensersatzanspruch in Betracht, wenn der Arbeitgeber den pflichtgemäßen Hinweis auf die Klagefrist versäumt hat oder auf Verfahrenserfordernisse, die der Arbeitgeber zu beachten hat, also wiederum Schriftform und Kündigungsfristen aber auch die Betriebsratsanhörung oder die Einholung behördlicher Genehmigungen, und der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer hieraus ein Schaden entstanden ist. Die hier interessierenden Fragen sollen im Zusammenhang mit den Rechtsfolgen der unterbliebenen Information wegen der Klagefrist diskutiert werden.

3. Ausbleiben des Hinweises auf die Klagefrist

a) Keine Unanwendbarkeit der Wirksamkeitsfiktion

Eine ausdrückliche Regelung bezüglich Rechtsfolgen hat der Umsetzungsgesetzgeber wegen des Hinweises auf die Klagefrist vorgesehen. In § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG heißt es, dass § 7 KSchG auch bei einem nicht ordnungsgemäßen Nachweis der Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage anzuwenden ist. Auch im Fall einer nicht ordnungsgemäßen Unterrichtung über die Klagefrist soll die Kündigung als von Anfang an rechtswirksam gelten, wenn ihre Unwirksamkeit nicht rechtzeitig geltend gemacht wird.⁶⁶

Damit ist klargestellt, dass die Versäumung der ordnungsgemäßen Unterrichtung wegen der Klagefrist nicht das Ausbleiben der in § 7 KSchG angeordneten Rechtsfolge zur Folge hat. Allerdings würde eine entsprechende Annahme wohl auch ohne ausdrückliche Anordnung nicht zu begründen sein.⁶⁷ Bei § 4 KSchG handelt es sich um eine Ausschlussfrist, die zwingend ist und von den

Parteien des Arbeitsverhältnisses weder verkürzt noch verlängert werden kann. Ihre Beachtung ist von Amts wegen zu prüfen. Eines Berufens des Arbeitgebers bedarf es nicht.⁶⁸ Vor diesem Hintergrund erscheint es zweifelhaft, ob ein Verhalten des Arbeitgebers zur Unanwendbarkeit der Klagefrist führen kann.

Zwar wird vertreten, dass unter besonderen Umständen das Berufen des Arbeitgebers auf die abgelaufene Klagefrist und die damit verbundene Rechtsfolge aus § 7 KSchG rechtsmissbräuchlich bzw. treuwidrig nach § 242 BGB sein könne.⁶⁹ Das BAG hat in einer Entscheidung das Revisionsvorbringen zur Rechtsmissbräuchlichkeit und Treuwidrigkeit des Berufens auf die Klagefrist geprüft und die Voraussetzungen eines unzulässigen selbstwidersprüchlichen Verhaltens bzw. anderweitige Umstände für die Treuwidrigkeit der Rechtsausübung verneint.⁷⁰

Es ist aber nicht ersichtlich, dass die Versäumung der Information wegen der Klagefrist die Treuwidrigkeit des Eintritts der Wirksamkeitsfiktion zur Folge haben könnte. An den insoweit in Betracht kommenden institutionellen Rechtsmissbrauch sind strenge Anforderungen zu stellen. Eine Einschränkung der durch das Rechtsinstitut oder die Rechtsnorm vorgegebenen Rechtsfolgen ist nur dann geboten, wenn sie anderenfalls zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, untragbaren Ergebnis führen würden.⁷¹

Dementsprechend lehnt das BAG für das Berufen auf die nicht nachgewiesene Ausschlussfrist die Annahme eines institutionellen Rechtsmissbrauchs ab. Das Verhalten des informationssäumigen Arbeitgebers sei zwar rechtswidrig. Es könne aber nicht ohne Prüfung der Umstände des Einzelfalls als schlechthin unerträglich und unbillig bewertet werden.⁷² Seien allerdings zusätzlich die Voraussetzungen eines individuellen Rechtsmissbrauchs

66 BT-Drs. 20/1636, S. 27.

67 Vgl. Rolfs/Schmid, NZA 2022, 945, 949.

68 APS-Hesse (Fn. 41), KSchG § 4 Rn. 90; Klose, in: Bubach ua. (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 13. Aufl., Köln 2022 (im Folgenden: KR), § 4 KSchG Rn. 194; Linck, in: Krause/Bayreuther/Linck (Hrsg.), Kündigungsschutzgesetz, 16. Aufl., München 2019 (im Folgenden: KBL-KSchG), § 4 Rn. 105.

69 Vossen, in: Stahlhacke/Preis/Vossen, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 11. Aufl., München 2015, Rn. 1944.

70 Vgl. BAG, 19.2.2009 – 2 AZR 286/07 – AP Nr. 38 zu § 9 MuSchG 1968.

71 BAG, 21.9.2017 – 2 AZR 865/16 – AP Nr. 14 zu § 14 KSchG 1969, Rn. 45.

72 BAG, 17.4.2002 – 5 AZR 89/01 – AP Nr. 6 zu § 2 NachwG.

erfüllt, sei es dem Arbeitgeber verwehrt, sich auf die Abschlussfrist zu berufen.⁷³

Dies ist auf die Informationspflicht wegen der Klagefrist zu übertragen. Deren Versäumung begründet keinen institutionellen Rechtsmissbrauch. Vielmehr kann die Versäumung der Klagefrist in anderen Umständen als der Hinweisversäumung begründet sein, so dass der Eintritt der Rechtswirkungen nicht stets schlechthin unerträglich sein würde. Den Umständen des Einzelfalls kann im Rahmen der nachträglichen Klagezulassung Rechnung getragen werden.

b) Auswirkungen auf die nachträgliche Klagezulassung

Ob die Versäumung des Hinweises auf die Klagefrist Auswirkungen auf die nachträgliche Klagezulassung nach § 5 KSchG haben kann, wird unterschiedlich beurteilt. So wird vertreten, dass ein Verstoß gegen die neue Informationspflicht allein nicht ausreichen sollte, eine nachträgliche Klagezulassung zu bewirken.⁷⁴ Die Geltungsanordnung wegen der Wirksamkeitsfiktion müsse man im Hinblick auf § 5 KSchG dahin verstehen, dass der Gesetzgeber einen solchen Verstoß allein nicht als Grund für eine nachträgliche Klagezulassung ausreichen lassen wolle.⁷⁵ Eine Vermutung fehlenden Verschuldens zu Gunsten des Arbeitnehmers sei nicht angezeigt.⁷⁶ Nach anderer Auffassung müsse bei Verletzung der nunmehr statuierten Pflicht zur Unterrichtung über die einzuhaltende Klagefrist konsequenterweise ein Grund für die nachträgliche Zulassung angenommen werden.⁷⁷

Die ausdrückliche Geltungsanordnung zu § 7 KSchG schließt eine Berücksichtigung der arbeitgeberseitigen Versäumung des Hinweises auf die Klagefrist im Rahmen der nachträglichen Klagezulassung nicht aus. Die Fragen nach der Anwendung der beiden Vorschriften sind zu trennen.⁷⁸ Wenn § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG die Geltung von § 7 KSchG anordnet, dann umfasst das den in § 7 KSchG ausdrücklich aufgenommenen Vorbehalt wegen § 5 KSchG. Wird eine verspätet erhobene Klage nachträglich gemäß § 5 zugelassen, werden die nach Ablauf der Drei-Wochen-Frist zunächst eingetretenen Rechtsfolgen des § 7 KSchG wieder beseitigt.⁷⁹ Dessen Fiktionswirkung greift nicht ein, wenn die Klage nachträglich zugelassen wird.⁸⁰

Nach hier vertretener Auffassung kann der ausgebliebene Hinweis auf die Klagefrist bei der Anwendung von § 5 KSchG zu berücksichtigen sein. Für den Einzelfall und

vorbehaltlich etwaiger sonstiger Besonderheiten ist von einem Fehlen des Verschuldens an der Versäumung der Klagefrist auszugehen, wenn die Arbeitnehmerseite sich darauf berufen kann, dass die Fristversäumung in der Unkenntnis der Klagefrist begründet ist und der Arbeitgeber den nach § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG gebotenen Hinweis auf die Klagefrist versäumt hat.

Derzeit wird bei der Anwendung von § 5 KSchG die Unkenntnis von der gesetzlichen Klagefrist als verschuldet angesehen. Das BAG argumentiert, es gehöre zu den für jeden Arbeitnehmer geltenden Sorgfaltspflichten, sich zumindest nach Erhalt einer Kündigung unverzüglich darum zu kümmern, ob und wie er dagegen vorgehen könne.⁸¹

Seit Inkrafttreten des Umsetzungsgesetzes zur ArbZul-RL kann dies nicht mehr angenommen werden. Wenn der Gesetzgeber einen Hinweis auf die Klagefrist für erforderlich hält, kann nicht mehr davon ausgegangen werden, die für jede Arbeitnehmerin und jeden Arbeitnehmer geltenden Sorgfaltsanforderungen umfassten die eigenverantwortliche Kenntnisnahme von der Klagefrist. Vielmehr bringt die Hinweispflicht gerade zum Ausdruck, dass eine Kenntnis auf Arbeitnehmerseite nicht vorausgesetzt werden soll. Ansonsten bestünde kein Bedürfnis für die Information und die diesbezügliche Verpflichtung.

Eine entsprechende Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs bringt die integrationsfördernde Zwecksetzung des Unionsarbeitsrechts zur Geltung. Von in den deutschen Arbeitsmarkt zuwandernden Unionsbürgern kann realistischer Weise nicht erwartet werden, dass sie die spezielle und in ihrer Wirkung drastische Klagefrist aus § 4 KSchG kennen würden. Ein Leerlaufen des beabsichtigten Arbeitgeberschutzes steht nicht zu befürchten. Der Arbeitgeber kann die Schutzwirkung der Klagefrist für sich ungeschmälert erhalten, indem er den Hinweis darauf erteilt.

73 BAG, 30.10.2019 – 6 AZR 465/18 – AP Nr. 98 zu § 611 BGB Kirchendienst, Rn. 40; vgl. BAG, 22.1.2019 – 9 AZR 149/17 – AP Nr. 109 zu § 7 BUrlG Abgeltung, Rn. 51.

74 May, BB 2022, 2232, 2233.

75 BeckOK ArbR-Kerwer (Fn. 35), KSchG § 5 Rn. 24a.

76 Rolfs/Schmid, NZA 2022, 945, 949 f.

77 Schmitt, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2022, KSchG § 5 Rn. 22; Schubert, AuR 2022, 115, 118.

78 Rolfs/Schmid, NZA 2022, 945, 949.

79 APS-Hesse (Fn. 41), KSchG § 7 Rn. 4; KR-Klose (Fn. 70), § 7 KSchG Rn. 14.

80 KBL-KSchG-Linck (Fn. 70), § 7 Rn. 2.

81 BAG, 25.4.2018 – 2 AZR 493/17 – AP Nr. 20 zu § 5 KSchG 1969, Rn. 24.

c) Weitere Voraussetzungen der nachträglichen Klagezulassung im Einzelfall

Die hier gefolgerte Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs ist nicht gleichzusetzen mit einer Vermutung, den Arbeitnehmer treffe kein Verschulden an der Fristversäumung. Vielmehr bleibt die Annahme fehlenden Verschuldens infolge des versäumten Hinweises auf die Klagefrist an eine Reihe von Voraussetzungen gebunden. Insbesondere muss gerade die durch die Verletzung der Informationspflicht begründete Unkenntnis von der Klagefrist kausal für deren Versäumung gewesen sein. Hatte die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer rechtzeitig aus anderer Quelle Kenntnis von der Klagefrist, fehlt es an dieser Kausalität und das Fehlen eines Verschuldens an der Fristversäumung ist nicht dargetan. Prozessual wird allerdings der Arbeitgeber im Rahmen konkreten Bestreitens die Kenntnis bzw. Kenntnisnahme der Arbeitnehmerseite dartun müssen, damit deren behauptete Unkenntnis wirksam bestritten ist.

Hat der Arbeitgeber einen Hinweis auf die Klagefrist erteilt, der aber nicht zur Kenntnis genommen worden ist, so bleibt die Unkenntnis in einer Sorgfaltspflichtverletzung auf Arbeitnehmerseite begründet. Dies kann auch dann gelten, wenn der Arbeitgeber nach Eintritt des Verzugs mit der Erfüllung der Nachweispflichten die Kündigung zusammen mit einer »Rechtsbehelfsbelehrung« – also einem Hinweis auf die Klagefrist – ausspricht. Auch die verspätete Erfüllung der Hinweispflicht kann einer unverschuldeten Unkenntnis der Klagefrist entgegenstehen.

Weiterhin wird der unterlassene Hinweis nicht die nachträgliche Klagezulassung begründen können, wenn die Versäumung der Klagefrist auf einem Verschulden des rechtzeitig kontaktierten Prozessbevollmächtigten beruht. Die Hinweispflicht will der Unkenntnis auf Arbeitnehmerseite begegnen, nicht Prozessbevollmächtigte von der Verpflichtung zur sorgfältigen Ermittlung der Rechtslage befreien.⁸² Verschuldet die oder der Prozessbevollmächtigte die rechtzeitige Klageerhebung, so ist dieses Verschulden über § 85 Abs. 2 ZPO der Prozesspartei zuzurechnen⁸³ und steht der nachträglichen Klagezulassung regelmäßig entgegen.

Schließlich bleiben die spezifischen Verfahrensanforderungen zu beachten. Die nachträgliche Klageerhebung setzt einen fristgebundenen Antrag voraus, § 5 Abs. 1 S. 1 KSchG. Mit dem Antrag ist die Klageerhebung zu verbinden oder es ist in dem Antrag auf die bereits erhobene

Kündigungsschutzklage Bezug zu nehmen, § 5 Abs. 2 S. 1 KSchG. Die Antragstellung muss zwar nicht ausdrücklich erfolgen, es muss aber erkennbar werden, dass die Zulassung einer verspäteten Klage erstrebt wird. Allein die Tatsache einer verspäteten Klageerhebung und somit das bloße Vorliegen einer Klageschrift reicht nicht aus, um einen Zulassungsantrag annehmen zu können.⁸⁴ Der Antrag auf nachträgliche Klagezulassung muss innerhalb von zwei Wochen nach Behebung des Hindernisses gestellt sein und spätestens innerhalb von sechs Monaten, vom Ende der versäumten Frist an gerechnet, § 5 Abs. 3 KSchG. Er muss die Angabe der die nachträgliche Zulassung begründenden Tatsachen und der Mittel für deren Glaubhaftmachung enthalten, § 5 Abs. 2 S. 2 KSchG. Dementsprechend würde unter Mitteilung von Glaubhaftmachungsmitteln zu dem unterbliebenen Hinweis auf die Klagefrist vorzutragen sein

4. Keine Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses als Schadensersatz

a) Versäumter Hinweis auf die Klagefrist

Wie dargestellt, begründet der Verzug mit der Erfüllung der Nachweispflicht dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers. Dies gilt auch für die Nichterfüllung der Hinweispflicht wegen der Klagefrist.⁸⁵ Dementsprechend birgt hier der nicht ordnungsgemäße Hinweis für den Arbeitgeber die besondere Gefahr, dass Schadensersatzklagen zu befürchten sind.⁸⁶

Wird infolge des unterlassenen Hinweises darauf die Klagefrist versäumt und deshalb eine unwirksam erklärte Kündigung in Anwendung von § 7 KSchG wirksam, so könnte der ersetzungspflichtige Schaden in der Beendigung des Arbeitsverhältnisses gesehen werden. Die Erfahrungen mit dem versäumten Hinweis auf die Ausschlussfrist bieten sich insoweit als Blaupause an. Arbeitnehmerin oder Arbeitnehmer könnten unter Berufung auf die Vermutung aufklärungsgemäßen Verhaltens geltend machen, sie hätten bei ordnungsgemäßer Unterrichtung rechtzeitig

82 Vgl. zum versäumten Hinweis auf die Ausschlussfrist: BAG, 5.11.2003 – 5 AZR 676/02 – AP Nr. 7 zu § 2 NachwG.

83 BAG, 30.7.2020 – 2 AZR 43/20 – AP Nr. 22 zu § 5 KSchG 1969, Rn. 37.

84 BAG, 19.2.2009 – 2 AZR 286/07 – AP Nr. 38 zu § 9 MuSchG 1968, Rn. 36.

85 Schubert, AuR 2022, 115, 118.

86 Preis/Schulz, NJW 2022, 2297, Rn 13.

Kündigungsschutzklage erhoben.⁸⁷ Der Arbeitgeber müsste die Unkenntnis der Frist widerlegen. Misslingt dies, würden im Prozess bei der Frage des Schadens die Wirksamkeit der Kündigung und der Erfolg der nicht erhobenen Kündigungsschutzklage zu prüfen sein.⁸⁸

Letztlich dürfte aber § 7 KSchG und die diesbezügliche ausdrückliche Geltungsanordnung in § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG einen entsprechenden Schadensersatzanspruch ausschließen. Rechtsfolge des § 7 KSchG ist, dass die rechtswidrige Kündigung von Anfang an als rechtswirksam gilt. Rechtswirksamkeit der Kündigung bedeutet Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Die Wirkung des § 7 KSchG ist vergleichbar mit der eines rechtskräftigen, die Klage des Arbeitnehmers abweisenden Urteils. »In Wirkung« bei § 7 KSchG erwächst, dass eine bestimmte Kündigung zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu einem bestimmten Termin geführt hat.⁸⁹

Mit Ablauf der Klagefrist steht die Wirksamkeit der Kündigung auch insoweit fest, als sie als Vorfrage für andere Ansprüche zu prüfen ist, etwa den Wiedereinstellungsanspruch aus einer Zusage, die an eine wirksame Beendigung anknüpft,⁹⁰ das Vertragsstrafenversprechen, insoweit es die Beendigung des Arbeitsverhältnisses voraussetzt⁹¹ oder Vergütungsansprüche für Zeiten nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses.⁹² Zwar hat § 7 KSchG nicht zur Folge, dass das Bestehen der Kündigungsgründe zwischen den Parteien rechtskräftig festgestellt sein würde.⁹³ Letzteres ist von Bedeutung, wenn Ansprüche des Arbeitgebers von einer schuldhaften Vertragsverletzung oder der schuldhaften Veranlassung der Vertragsbeendigung abhängen. Der Arbeitnehmer kann sich dann auch noch nach Verstreichen der Dreiwochenfrist damit verteidigen, er habe den Vertrag nicht schuldhaft verletzt oder die fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber nicht schuldhaft veranlasst.⁹⁴ Hiervon bleibt aber die Beendigungswirkung der Kündigung unberührt.

Entsprechendes würde für die Schadensersatzklage gelten, mit der der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses oder davon abhängige Vergütung⁹⁵ als Schadensersatz wegen der Verletzung der Hinweispflicht auf die Klagefrist geltend gemacht würde. Unabhängig davon, ob die etwa für die Wirksamkeit der Kündigung erforderlichen Gründe tatsächlich gegeben waren oder die Verletzung der Informationspflicht kausal für die Versäumung der Klagefrist geworden ist, würde infolge der Anwendung des § 7 KSchG die Beendigung des Arbeitsverhältnisses und

das Ausbleiben davon abhängiger weiterer Vergütungsansprüche feststehen. Eine Einschränkung der Wirkung von § 7 KSchG dahin, dass er zwar die Geltendmachung des Bestandes ausschließe, nicht aber eine Wiederherstellung, erscheint wenig überzeugend. Eine Naturalrestitution im Sinne von § 249 BGB durch Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses erscheint ebenfalls durch § 7 KSchG ausgeschlossen.

b) Versäumter Hinweis auf andere Verfahrenserfordernisse

Andere Konstellationen einer Inanspruchnahme auf Schadensersatz können darin bestehen, dass die Arbeitnehmerseite geltend macht, infolge der ausgebliebenen Unterrichtung über die vom Arbeitgeber zu beachtenden Verfahrenserfordernisse die Unwirksamkeit der Kündigung verkannt zu haben und deshalb deren Unwirksamkeit nicht geltend gemacht zu haben.⁹⁶ Die Versäumung der Klagefrist würde dann (zusätzlich) darin begründet sein, dass infolge des unterbliebenen Hinweises und damit vom Arbeitgeber verschuldet die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer die Erfolgsaussichten einer Kündigungsschutzklage falsch beurteilt hat.

Dennoch aber würden die Rechtsfolgen des § 7 KSchG eingreifen. Der Hinweis, dass die Vorschrift im Falle des unterbliebenen Hinweises auf die Klagefrist anzuwenden ist, ist nicht dahin zu verstehen, dass sie bei unterbliebenem Hinweis auf andere Verfahrenserfordernisse nicht gelten solle. Wie dargestellt, begründet die Verletzung von Informationspflichten nicht die Unanwendbarkeit der Klagefrist infolge institutionellen Rechtsmissbrauchs. Der Anwendbarkeitsbefehl zu § 7 KSchG in § 2 Abs. 1 Nr. 14 KSchG erfolgt klarstellend.

87 Vgl. zum versäumten Hinweis auf die Ausschlussfrist: BAG, 17.4.2002 – 5 AZR 89/01 – AP Nr. 6 zu § 2 NachwG; BAG, 30.10.2019 – 6 AZR 465/18 – AP Nr. 98 zu § 611 BGB Kirchendienst, Rn. 47.

88 *Rolfs/Schmid*, NZA 2022, 945, 950.

89 *APS-Hesse* (Fn. 41), KSchG § 7 Rn. 6.

90 BAG, 19.10.2011 – 7 AZR 743/10 – juris, Rn. 65.

91 Vgl. BAG, 23.5.1984 – 4 AZR 129/82 – BAGE 46, 50 ff. – juris, Rn. 35.

92 *Gallner*, in: *Gallner/Mestwerdt/Nägele* (Hrsg.), *Kündigungsschutzrecht* (HK-KSchR), 7. Aufl., Baden-Baden 2021, KSchG § 7 Rn. 10; *KBL-KSchG-Linck* (Fn. 70), § 7 Rn. 7.

93 *APS-Hesse* (Fn. 41), KSchG § 7 Rn. 7; *KBL-KSchG/Linck* (Fn. 70), § 7 Rn. 7.

94 *HK-KSchR-Gallner* (Fn. 95), KSchG § 7 Rn. 11; *Vossen*, in: *Stahlhacke/Preis/Vossen* (Fn. 71), Rn. 1947.

95 Vgl. *Rolfs/Schmid*, NZA 2022, 945, 950.

96 Vgl. *Gaul/Pitzer/Pionteck*, DB 2022, 1833, 1838 f.

Ein Verstoß gegen die Bestimmung in Art. 19 ArbBd-RL wird in der Anwendung von § 7 KSchG nicht zu sehen sein. Danach haben die Mitgliedstaaten Regeln für Sanktionen festzulegen, die im Falle der Übertretung von Umsetzungsvorschriften zur ArbBd-RL anwendbar sind. Diese müssen wirksam, angemessen und abschreckend sein. Hintergrund der Bestimmung ist die ständige Rechtsprechung des EuGH, wonach vorbehaltlich abweichender Bestimmungen im Einzelfall den Mitgliedstaaten die Wahl der Sanktion für eine Verletzung des Unionsrechts verbleibt, sie allerdings darauf achten müssen, dass Verstöße dagegen nach ähnlichen sachlichen und verfahrensrechtlichen Regeln geahndet werden wie nach Art und Schwere gleiche Verstöße gegen nationales Recht, wobei die Sanktion jedenfalls wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein muss.⁹⁷

§ 7 KSchG ist eine Vorschrift generellen Charakters, die bei Versäumung der Klagefrist angewandt wird, unabhängig davon, worin die Versäumung der Klagefrist ihren Ursprung hat. Mit der Berücksichtigung durch die dargestellte Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs ist sichergestellt, dass die unionsrechtlichen Hinweispflichten in die Prüfung einer unverschuldeten Fristversäumung einbezogen werden. Damit ist der Integration der aus der ArbBd-RL herrührenden Rechte in das bundesdeutsche Rechtsfolgenregime Rechnung getragen. Eine ausreichend wirksame Sanktionierung wird man im Hinblick auf die dargestellten Rechtsfolgen und insbesondere die neu statuierte Ordnungswidrigkeit annehmen können. Ausreichend ist insoweit eine Mindesteffektivität, ohne dass für jeden Teilaspekt der Unterrichtungsansprüche stets die effektivste Durchsetzung verlangt werden könnte.

V. Fazit

Der neue § 2 Abs. 1 Nr. 14 KSchG bringt Änderungen für das Arbeitsleben. Die Informationspflichten, die der Arbeitgeber gegenüber jedem und jeder Beschäftigten zu erfüllen hat, umfassen danach einen Hinweis auf die für die Kündigung erforderliche Schriftform, die Kündigungsfristen und die Frist, binnen derer eine Kündigungsschutzklage zu erheben ist. Als Kündigungsverfahren sind außerdem informationspflichtig alle verpflichtend zu beachtenden und nach außen wirkenden Handlungen der Arbeitsverhältnispartei, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die

Vorbereitung und den Ausspruch der Kündigung oder die Herbeiführung der Beendigungswirkung gerichtet sind. Hierzu gehören Genehmigungserfordernisse und die Verpflichtung des Arbeitgebers, vor Ausspruch der Kündigung den Betriebsrat anzuhören.

Die Informationspflicht wegen der Klagefrist gehört zu dem vom Unionsrecht verlangten Mindestinhalt der Information. Im Hinblick auf die an die Versäumung der Klagefrist geknüpfte Wirksamkeitsfiktion nach § 7 KSchG ist sie zu dem bei der Kündigung einzuhaltenden Verfahren im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. j ArbBd-RL zu zählen. Eine Umsetzungslücke im bundesdeutschen Recht droht insoweit bei den Vorgaben zur schriftlichen Niederlegung des Berufsausbildungsvertrags, die der Umsetzungssetzgeber nicht um eine Hinweispflicht auf die Klagefrist erweitert hat.

Die erweiterten Informationen muss der Arbeitgeber in das von ihm gewählte Informationsinstrument aufnehmen, also den schriftlichen Arbeitsvertrag (vgl. § 2 Abs. 5 NachwG) oder ein Informationsschreiben. Auf der Grundlage von § 2 Abs. 4 NachwG darf er dabei die Unterrichtung wegen des Kündigungsverfahrens durch Hinweis auf Tarifvertrag oder Gesetz erteilen. Hierzu ist erforderlich die Angabe der wesentlichen Vertragsbedingung, wegen der der Hinweis erfolgt, und außerdem die Bezeichnung der einschlägigen gesetzlichen Regelung bzw. des einschlägigen Tarifvertrags ggf. unter Klarstellung der dynamischen Anwendbarkeit.

Die Verletzung der Unterrichtungspflichten zum Kündigungsverfahren begründet die für die Nachweispflicht allgemein anerkannten Rechtsfolgen. Praktisch von Bedeutung können die Rechtsfolgen der Verletzung der Hinweispflicht auf die Klagefrist nach § 4 KSchG sein, wenn wegen der verspätet erhobenen Kündigungsschutzklage die nachträgliche Klagezulassung beantragt wird. Deren Tatbestandsvoraussetzungen sind erfüllt und die nachträgliche Klagezulassung ist bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen zu gewähren, wenn deren Versäumung in der Unkenntnis von der Klagefrist begründet ist. Seit Inkrafttreten des § 2 Abs. 1 Nr. 14 NachwG kann es nicht mehr als Verletzung der erforderlichen Sorgfalt angesehen werden, wenn die Arbeitnehmerin oder der Arbeitnehmer nach unterbliebenem Hinweis die Klagefrist nicht kennt.

⁹⁷ EuGH, 26.11.2006 – C-315/05 – Slg. 2006, I-11181 (Lidl Italia), Rn. 58 mwN.

Dagegen führt die Verletzung der Hinweispflicht auf die Klagefrist oder auf vom Arbeitgeber zu beachtende Verfahrenserfordernisse nicht dazu, dass ein Schadensersatzanspruch gerichtet auf den Fortbestand oder die Wiederherstellung des Arbeitsverhältnisses bzw. von dem weiteren Bestand des Arbeitsverhältnisses abhängige Vergütung entsteht. Dem steht § 7 KSchG entgegen, wonach mit Ablauf der Klagefrist die Beendigungswirkung der unwirksamen schriftlichen Kündigung fingiert wird.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die neuen Informationspflichten wegen des Kündigungsverfahrens für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine verbesserte Kenntnis bringen werden, unter Beachtung welcher Förmlichkeiten, Fristen und sonstiger Verfahrensschritte das eingegangene Arbeitsverhältnis beendet werden kann. Mit der Hinweispflicht auf die Klagefrist ist dafür Vorkehrung getroffen, dass sie vor der mit drei Wochen ab Kündigungszugang kurzen und in ihren Folgen drastischen Klagefrist aus § 4 KSchG gewarnt werden. Für die

Arbeitgeberseite bedeutet dies die Notwendigkeit, den Ablauf bezüglich Vertragsschlusses oder sonstiger Einstellungsformalitäten anzupassen und die Erfüllung der Informationspflichten auch insoweit sicher zu stellen. Praktische Erleichterungen kann hier die zulässige Unterrichtung durch Hinweis auf die jeweils einschlägige gesetzliche Vorschrift oder den einschlägigen Tarifvertrag bringen.

Was die Durchsetzung der neuen Informationspflichten angeht, so bringt die Neuregelung nur punktuelle Änderungen. Die neuen Bußgeldvorschriften können zu einer verbesserten Durchsetzung der Nachweispflicht insgesamt beitragen. Speziell die Hinweispflicht auf die Klagefrist kann eine angepasste Sanktionierung in Gestalt einer Anpassung des Sorgfaltsmaßstabs bei § 5 KSchG und damit einer im Ergebnis erleichterten nachträglichen Klagezulassung finden. Eine weitergehende Effektivierung der Durchsetzung durch Schadensersatzansprüche, die im Ergebnis zu einer Wiederherstellung des gekündigten Arbeitsverhältnisses führen, zeichnet sich dagegen nicht ab.

Sustainable Finance und Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (EbAV): ein Überblick auf europäischer Ebene

Dr. iur. utr. Thorsten Guthke, Leiter Europabüro SOKA-BAU, Brüssel

Die nachhaltige Finanzierung hat in nur wenigen Jahren eine außerordentliche politische und ökonomische Dynamik entwickelt, die der europäische Gesetzgeber mit einer anspruchsvollen und innovativen Rechtssetzung begleitet. Diese betrifft insbesondere Finanzdienstleistungsunternehmen und somit auch die Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung in der gesamten EU.

I. Hintergrund und Entstehung

Als Ursprung für das Aufgreifen des Nachhaltigkeitsthemas durch die Politik mit dem Ziel, dem Wirtschaftsleben konkrete Regeln zu setzen, gilt die Verabschiedung der »2030 Agenda for Sustainable Development« der UN im Jahr 2015¹. Mit ihren Zielen für nachhaltige Entwicklung sowie dem Pariser Klimaabkommen wurden richtungsweisende internationale Vereinbarungen getroffen. Das Pariser Abkommen enthält insbesondere die Verpflichtung, die Finanzströme mit einem Weg zu einer kohlenstoffarmen und klimaresistenten Entwicklung in Einklang zu bringen.

Was bedeutet nachhaltige Finanzierung nun konkret für die Wirtschaft? Der Begriff bezieht sich zunächst auf die Berücksichtigung von Umwelt-, Sozial- und Governance-Erwägungen (ESG-Faktoren) im Finanzsektor, mit dem Ziel langfristiger Investitionen in nachhaltige Wirtschaftstätigkeiten und Projekte.

Auf EU-Ebene wurde die nachhaltige Finanzierung erstmalig in der Halbzeitbilanz der Kommission zur Kapitalmarktunion vom 8. Juni 2017² konkretisiert, um dann sehr schnell an Fahrt aufzunehmen. Die drei wesentlichen, inzwischen in Kraft getretenen, europäischen Rechtsakte gehen auf das Gesetzespaket der Kommission vom März 2018 zurück – begleitet durch den »Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums«³.

Im politischen Kontext der EU wird nachhaltige Finanzierung als Unterstützung des Wirtschaftswachstums bei gleichzeitiger Verringerung der Umweltbelastung und Berücksichtigung von sozialen und Governance-Aspekten verstanden.

Die nachhaltige Finanzierung spielt eine Schlüsselrolle bei der Konzeption des Europäischen Green Deals⁴ der Von der Leyen-Kommission. Dem Finanz- und Wirtschaftssektor wird eine fundamentale Rolle für den Übergang zu den Klimazielen der EU für 2030 und 2050 zugewiesen.

II. Regulatorische Anforderungen und ihre Auswirkungen

Mit dem Gesetzespaket vom März 2018 brachte die Kommission drei Rechtsakte auf den Weg, die mittlerweile anwendbar sind und nachfolgend dargestellt werden.

1. Taxonomie-Verordnung (EU) 2020/852

Die Verordnung⁵ ist das Herzstück der EU-Nachhaltigkeitspolitik; sie schafft ein einheitliches **Klassifikationssystem** (Taxonomie) für ökologisch nachhaltige **Wirtschaftstätigkeiten**. Sie soll Finanzmarktteilnehmern fundierte Investitionsentscheidungen ermöglichen und damit **Transparenz** schaffen, in welchem Maße Geschäftsaktivitäten ökologisch nachhaltig sind. Damit will sie

1 Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development <https://sdgs.un.org/2030agenda> (16.9.2022).

2 COM(2017) 292 final, Halbzeitbilanz des Aktionsplans zur Kapitalmarktunion, S. 16 f.

3 COM(2018) 97 final, Aktionsplan: Finanzierung nachhaltigen Wachstums v. 8.3.2021.

4 COM(2021) 550 final, Europäischer Grüner Deal; Mitteilung der Kommission »Fit for 55« v. 14.7.2021.

5 VO(EU) 2020/852 v. 18.6.2020, ABl. 2020, Nr. L 198/13 v. 22.6.2020.

Sicherheit für Investoren erreichen, *Greenwashing* verhindern, Unternehmen helfen, klimafreundlicher zu werden und dazu beitragen, Investitionen dorthin zu verlagern, wo sie am dringendsten benötigt werden.⁶

Die **Anwendbarkeit** der Taxonomie-VO für EbAV ergibt sich aus ihrem Art. 1 Abs. 2 lit. b (*Finanzmarktteilnehmer, die Finanzprodukte bereitstellen*). *Finanzmarktteilnehmer* ist gemäß Art. 2 Nr. 1 lit. c der Offenlegungs-VO 2019/2088 – auf den Art. 2 Nr. 2 der Taxonomie-VO für die Definitionen verweist – ua. eine *Einrichtung der betrieblichen Altersversorgung* (EbAV). Zu den *Finanzprodukten* zählt gemäß der Verweisung in Art. 2 Nr. 3 der Taxonomie-VO auf den Art. 2 Nr. 12 der Offenlegungs-VO 2019/2088 auch ein Altersvorsorgeprodukt⁷, wie es EbAV bereitstellen⁸. Durch die explizite Verweisung von der Taxonomie- über die Offenlegungs-VO auf die RL, die speziell die EbAV regelt, sind diese in den Anwendungsbereich der Taxonomie-VO einbezogen.

Die Taxonomie-VO definiert **sechs Umweltziele**:

1. Klimaschutz;
2. Anpassung an den Klimawandel;
3. nachhaltige Nutzung und Schutz von Wasser- und Meeresressourcen;
4. Übergang zur Kreislaufwirtschaft;
5. Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung;
6. Schutz und Wiederherstellung der Biodiversität und der Ökosysteme.

Für die Taxonomie-Konformität einer wirtschaftlichen Aktivität sind **drei Bedingungen** zu erfüllen:

1. ein wesentlicher Beitrag zu mindestens einem der sechs Umweltziele,
2. keine Beeinträchtigung eines anderen Umweltzieles und
3. Einhaltung der international vereinbarten Mindeststandards von Arbeits- und Menschenrechten.

Eine wirtschaftlich nachhaltige Tätigkeit muss dazu **technische Prüfkriterien** einhalten, die von der EU-Kommission in delegierten Rechtsakten festgelegt werden.

Zwar entscheiden die EbAV selbst, inwieweit sie in ihrer Kapitalanlage ESG-Kriterien berücksichtigen möchten. Sie können nach Auffassung der BaFin aber nicht selbst über die *Einordnung* ihrer Produkte entscheiden. Die Taxonomie schafft eine gemeinschaftliche **Definition** von Nachhaltigkeit für Investoren und Unternehmen.

Die VO ist am 12. Juli 2020 **in Kraft getreten** und gilt für die ersten zwei Umweltziele seit dem 1. Januar 2022, für die übrigen vier Umweltziele ab dem 1. Januar 2023.

Delegierte Rechtsakte (»Level II«): Seit 1. Januar 2022 ist ein erster Rechtsakt (VO 2021/2139) anwendbar zur Determinierung der technischen Prüfkriterien für die ersten zwei oben genannten Umweltziele, 2022 soll ein weiterer für die übrigen vier Umweltziele folgen. Die delegierte VO gemäß Art. 8 zur Spezifizierung von Inhalt, Darstellung und Methodik wurde am 6. Juli 2021 erlassen; sie ist seit 1. Januar 2022 in Kraft. Ihre einzelnen Bestimmungen werden gestaffelt 2022 und 2023 anwendbar. Am 2. Februar 2022 hat die Kommission einen zusätzlichen Rechtsakt erlassen zur Aufnahme von Atomenergie und Gas in den Katalog der nachhaltigen Wirtschaftsaktivitäten. Er wird ab 1. Januar 2023 anzuwenden sein.

Für EbAV entfaltet die Taxonomie Auswirkungen auf die Vermögensverwaltung und die Anlagestrategie, und ist damit mittelbar relevant für das Sicherungsvermögen und künftige Risikoexpositionen. Konkret gilt Folgendes: es ist zunächst zu entscheiden, ob man der Taxonomie folgen, dh. sie zur Grundlage von Investitionsentscheidungen machen will oder nicht (Bifurkation). Die Verordnung fordert dann in Art. 5 und 6 Transparenz in vorvertraglichen Informationen und regelmäßigen Berichten, indem sie die Vorgaben der Offenlegungs-VO 2019/2088 konkretisiert, und unterscheidet in diesem Rahmen wie folgt:

Bei ökologisch nachhaltigen Investitionen müssen eine Erklärung über das zu fördernde Umweltziel sowie eine Beschreibung geliefert werden, in welchem Umfang die dem Finanzprodukt zugrundeliegenden Investitionen als ökologisch nachhaltig einzustufen sind. Bei Finanzprodukten, mit denen **ökologische Merkmale beworben** werden, muss klargestellt werden, inwieweit die EU-Kriterien für ökologisch nachhaltige Wirtschaftsaktivitäten berücksichtigt werden oder nicht. Werden die Kriterien nicht berücksichtigt, muss dies erklärt werden (Warnhinweis, Art. 6 Abs. IV).

Gemäß Art. 8 muss die EbAV in ihre nichtfinanzielle Erklärung Angaben darüber aufnehmen, inwieweit die Tätigkeiten des Unternehmens mit Wirtschaftstätigkeiten verbunden sind, die als ökologisch nachhaltig einzuord-

⁶ Europäische Kommission: EU-Taxonomie für nachhaltige Wirtschaftsaktivitäten, https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/tools-and-standards/eu-taxonomy-sustainable-activities_en (16.9.2022).

⁷ Für die Definition des Altersvorsorgeprodukts bezieht sich die Offenlegungs-VO in ihrem Art. 2 Nr. 8 auf Art. 2 Abs. 2 der PRIIPS-VO 1286/2014. BAV-Produkte fallen in den dort in Buchstaben e) und g) beschriebenen Anwendungsbereich. Kurios ist der Bezug auf die PRIIPS-VO insofern, als sie selbst für diese Produkte gar nicht gilt (s. dort Art. 2 Abs. 2).

⁸ Art. 2 Nr. 12 iv) iVm. Nr. 14 der VO 2019/2088 nennt ferner ein Altersversorgungssystem gemäß Art. 6 Nr. 2 der EbAV-RL Nr. 2016/2341.

nen sind. Die Einzelheiten regelt ein Delegierter Rechtsakt, Verordnung 2021/2178. In Artikel 10 dieser Delegierten Verordnung sind ferner Fristen und Termine zu den Berichtsanforderungen bestimmt.

Ökonomische Effekte wirken sich indirekt aus, weil die Finanzierung nicht nachhaltiger Anlagen mit der Zeit teurer wird. EbAV sind somit gut beraten, das Anlageportfolio an den Nachhaltigkeitskriterien auszurichten und einen signifikanten Teil des Vermögens in taxonomie-konforme Objekte zu investieren. Dies wirkt sich längerfristig nicht nur ökonomisch günstig aus, sondern hat zudem positive Effekte mit Blick auf die Reputation und das Rating des Unternehmens, weil im Rahmen der Transparenzregeln über die Anlagestrategie berichtet wird.

2. Offenlegungs-Verordnung (EU) 2019/2088

Diese Verordnung⁹ richtet sich gemäß ihrem Art. 2 Nr. 1 lit. c an die EU-Finanzmarktteilnehmer und ausdrücklich an alle EbAV. Sie verpflichtet auf **Unternehmensebene** zur **Offenlegung** von Informationen über die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsrisiken. Zunächst müssen die Finanzmarktteilnehmer (inklusive EbAV)¹⁰ Informationen zu ihren Strategien zur Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken bei ihren Investitionsentscheidungsprozessen veröffentlichen. Außerdem müssen sie gem. Art. 4 für die Nachhaltigkeit **nachteilige Auswirkungen** in Investitionsprozessen (*Principal Adverse Impacts of Investment, PAI*) veröffentlichen – insbesondere eine Erklärung über Strategien zur Wahrung der Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit diesen Auswirkungen. Als Maßstab hierfür gelten die ESG-Ziele. Sofern sie nachteilige Auswirkungen nicht berücksichtigen, müssen sie das begründen (»comply or explain«, Art. 4 Abs. 1 lit. b). Es muss nach Art. 5 auch angegeben werden, inwiefern die **Vergütungspolitik** mit der Einbeziehung von Nachhaltigkeitsrisiken im Einklang steht. Besonderer Nachdruck wird gelegt auf Transparenz in vorvertraglichen Informationen (Art. 6, 8 und 9). Es ist zu unterscheiden zwischen konventionellen Produkten (Art. 7), Produkten, die ökologische oder soziale Zwecke bewerben (*light green*, Art. 8) und Produkten mit einem ökologischen oder sozialen Investitionsziel (nachhaltige Investitionen, *dark green* Art. 9). Die Anforderungen gelten gem. Art. 7 auf **Produktebene** für alle Finanzprodukte und umfassen Informationen über die Ausrichtung der Investitionen an ökologisch nachhaltigen Faktoren sowie

zur Performance in Bezug auf ESG-Ziele. Die VO stellt in Art. 10 und 11 weitere Anforderungen für beide Produktgruppen (*light green* und *dark green*) auf Internetseiten und in regelmäßigen Berichten auf. Zusätzlich muss beachtet werden, dass Marketingmitteilungen keine widersprüchlichen Inhalte enthalten (Art. 13). Art. 15 verweist für die Offenlegungen auf die EbAV-RL 2016/2341. EbAV können demnach bei diesen Offenlegungen selbst bestimmen, ob sie auf Papier oder elektronischem Wege informieren. Bei mehr als 500 Mitarbeitern gelten zusätzliche Pflichten, was jedoch die deutschen EbAV nicht betrifft. Die Verordnung legt zudem **Definitionen** fest, auf die sich andere Rechtsakte, allen voran die Taxonomie-Verordnung, beziehen. Die Offenlegungs-Verordnung ist am 29. Dezember 2019 in Kraft getreten. Sie gilt, dh. sie ist **anwendbar**, seit dem **10. März 2021**. Ihre Bestimmungen treten neben die in den verschiedenen Sektoren bereits vorhandenen (z.B. AIFMD, OGAW, Solvency II).

Die **technischen Regulierungsstandards** (RTS), die in Form delegierter Rechtsakte (Level II) detaillierte Anforderungen zu Methodik und Darstellung regeln, sind mit etwas Verzögerung im Juli 2022 erlassen worden (Verordnung 2022/1288)¹¹ und werden ab 1. Januar 2023 anwendbar sein. Daher kann die Verordnung bis dahin nur prinzipienorientiert angewendet werden.

3. Klima-Benchmarks, Verordnung (EU) 2019/2089

Mit Wirkung vom 10. Dezember 2019 wurden in die bestehende Benchmarks-Verordnung 2016/1011 zwei neue Benchmarks eingefügt:¹² die »EU Climate Transition Benchmark (EU CTB)« und die »EU Paris-Aligned Benchmark (EU PAB)«. Mit ihnen soll insbesondere die Transparenz des Impacts des Investments im Hinblick auf klimatische Gesichtspunkte verstärkt werden. Außerdem sollen sie helfen, die Gefahr des Greenwashings einzudämmen.

Der Administrator nachhaltiger Benchmarks muss eine Erklärung abgeben, inwieweit die wichtigsten Elemente der Methodik die ESG-Faktoren, die die ESG-Ziele

9 VO(EU) 2019/2088 v. 27.11.2019, ABl. 2019, L 317/1 v. 9.12.2019.

10 EU-Kommission: Sustainability-related disclosure in the financial services sector, https://finance.ec.europa.eu/sustainable-finance/disclosures/sustainability-related-disclosure-financial-services-sector_en (16.9.2022).

11 Delegierte Verordnung 2022/1288 v. 6.4.2022, ABl. 2022, L 196/1 v. 25.7.2022.

12 VO(EU) 2019/2089 v. 27.11.2019, ABl. 2019, L 317/17 v. 9.12.2019.

verfolgen, für jeden Referenzwert bzw. jede Referenzwert-Gruppe berücksichtigen. Für EbAV ergibt sich daraus kein Bedarf zum Handeln, sondern eine Orientierung für ihre Anlageentscheidungen.

4. Verhältnis europäische – deutsche Rechtsebene

Es handelt sich bei allen drei dargestellten Rechtsakten um Verordnungen, die von europäischem Parlament und Rat gemeinsam verabschiedet worden sind (Level 1). Sie gelten unmittelbar in allen 27 Mitgliedstaaten, ohne dass sie noch in das jeweilige nationale Recht umgesetzt werden müssten.

Innerstaatliche deutsche Maßgaben oder Ergänzungen mit rechtlich bindender Wirkung sind bisher nicht in Kraft, die BaFin hat aber ein Merkblatt zum Umgang mit Nachhaltigkeitsrisiken herausgegeben¹³.

III. Ausblick – Vorhaben in Beratung

1. Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung auf Unternehmensebene – CSRD

Die EU-Kommission hat am 21. April 2021 einen Vorschlag vorgelegt für eine Richtlinie zur Nachhaltigkeitsberichterstattung (*Corporate Sustainability Reporting Directive – CSRD*)¹⁴. Sie zielt darauf ab, die bestehenden Regeln der *Non-Financial Reporting Directive* (NFRD) zu erweitern und die Nachhaltigkeitsberichterstattung mit der Finanzberichterstattung zusammenzuführen. Die CSRD erweitert den Kreis der Unternehmen, die der Verpflichtung zur Nachhaltigkeitsberichterstattung unterliegen, erheblich, so dass auch Unternehmen mit 250 Mitarbeitern und 20 Mio. € Bilanzsumme erfasst werden. Richtschnur sind die EU-Standards für die Nachhaltigkeitsberichterstattung; die Unternehmen müssen außerdem die berichteten Informationen digital kennzeichnen, damit sie maschinenlesbar sind. Es handelt sich nicht um einen selbständigen Rechtsakt, sondern um eine Änderungsrichtlinie, welche die Bilanzrichtlinie, die Abschlussprüferrichtlinie und -verordnung sowie die Transparenzrichtlinie ändert. Damit werden die für EbAV bisher freiwilligen Angaben nach der NFRD nunmehr voraussichtlich für einigebAV verpflichtend.

Die Kommission schlägt eine Umsetzung der CSRD in nationales Recht bis zum 1. Dezember 2022 vor, so dass

die Änderungen erstmals für Geschäftsjahre anzuwenden wären, die am oder nach dem 1. Januar 2023 beginnen.

Das Europäische Parlament und der Rat verhandeln derzeit auf Basis des Vorschlags der Kommission über den anzunehmenden Gesetzestext. Eine Einigung im Trilog wurde am 21. Juni 2022 erzielt. Parallel entwickelt EFRAG (*European Financial Reporting Advisory Group*) EU-weit anzuwendende Reporting-Standards.

Außerdem hat die Kommission am 24. Februar 2022 den Unionsgesetzgebern eine Richtlinie vorgeschlagen für eine *Corporate Sustainability Due Diligence*, die auch unter der Bezeichnung »Lieferketteninitiative« bekannt ist. Dieser Rechtsakt befindet sich zurzeit ebenfalls in Verhandlungen, wird aber nach dem von der Kommission vorgeschlagenen Anwendungsbereich zunächst nicht für deutsche EbAV gelten.

2. Green Bond Standard

Zu den Investment-Instrumenten (s.o. Benchmark-VO) gehört außerdem der EU Green Bond Standard. Es handelt sich dabei um einen freiwilligen Standard, der dazu beitragen soll, die ökologischen Ambitionen des Marktes für grüne Anleihen zu steigern.

Die am 6. Juli 2021 vorgeschlagene Verordnung soll einen »Goldstandard« dafür setzen, wie Unternehmen und Behörden grüne Anleihen nutzen können, um auf den Kapitalmärkten Mittel zur Finanzierung ehrgeiziger Großinvestitionen zu beschaffen und gleichzeitig strenge Nachhaltigkeitsanforderungen zu erfüllen und die Anleger zu schützen.

Die tschechische Ratspräsidentschaft hat sich vorgenommen, die Verhandlungen über diese Verordnung zum Abschluss zu bringen.

Im Juli 2021 hat die Kommission zudem eine Strategie zur Finanzierung des Übergangs zu einer nachhaltigen Wirtschaft angenommen.¹⁵

Die Klimapolitik, die ua. im »Fit for 55«-Paket zum Ausdruck kommt, ist eine der obersten Prioritäten der europäischen Institutionen, die weiter mit Hochdruck daran arbeiten, die europäische Wirtschaft klimafreundlicher und kohlenstoffärmer werden zu lassen.

¹³ Merkblatt der BaFin v. 20.12.2019, abrufbar unter https://www.bafin.de/SharedDocs/Downloads/DE/Merkblatt/dl_mb_Nachhaltigkeitsrisiken.html (16.10.2022).

¹⁴ COM(2021) 189 final, Vorschlag der Kommission (nicht im Amtsblatt der EU veröffentlicht).

¹⁵ EU-Kommission, Strategy for Financing the Transition to a Sustainable Economy, 6.7.2021, vgl. dazu https://finance.ec.europa.eu/publications/strategy-financing-transition-sustainable-economy_en (16.10.2022).

Posting of workers before national courts

Sammelband, hrsg. von Zane Rasnača und Magdalena Bernaciak, 2020, ETUI aisbl, Brüssel, 332 S. (ISBN 978 2 87452 546 9), 40,00 €*

I. Zielstellung des Buches

Entsante Arbeitnehmer:innen überschreiten vorübergehend die Grenzen ihrer nationalstaatlich organisierten Systeme der Arbeitsbeziehungen – ein Umstand, der im EU-Binnenmarkt gewünscht und durch die Grundfreiheiten der Arbeitskräfte und Dienstleistungserbringer:innen geschützt ist. Steigende Zahlen für ua. bei Entsendungen erstellte A1-Bescheinigungen zeigen, dass diese tatsächlich eine immer größere Bedeutungen spielen.

Damit sind wir bei den sozioökonomischen Folgen. Im besten Fall haben Entsendungen das Potential, dass Arbeitskräfte effektiv eingesetzt und Wohlfahrtsgewinne sowohl in den Herkunfts- wie in den Zielländern erzielt werden, aber auch die internationale Dimension der Arbeiterbewegung zu stärken. Tatsächlich aber hat das Thema enorme arbeitsmarktpolitische Sprengkraft, weil Unternehmen Entsendungen nutzen, um unterschiedliche Sozialstandards in den Ländern zu ihrem Vorteil auszunutzen und so Arbeits- und Sozialsysteme gegeneinander ausspielen. Nicht ganz präzise wird dies in der politischen Debatte als »Sozialdumping« titulierte, der Sache nach geht es um einen EU-weiten Wettbewerb um die niedrigsten Lohn- und Sozialstandards.¹ Dieser ist nicht immer »fair« – ob auf den Baustellen, in der Pflege oder der Landwirtschaft: Man darf davon ausgehen, dass die Zahl der Akteure, die sich nicht an die geltenden Bestimmung halten, vergleichsweise groß ist, wobei die bekannten Skandale hier vermutlich nur die Spitze des Eisbergs bilden. Es handelt sich also um ein politisch facettenreiches, juristisch komplexes und zudem rechtspolitisch interessantes Thema, was eine nähere Beschäftigung geradezu herausfordert.

Im Fokus des vorliegenden Bandes steht die Durchsetzung des Entsenderechts, genauer: des Entsenderechts in der gerichtlichen Praxis. Er hat das Ziel, mit nicht weniger als elf Länderberichten von Länder-Expert:innen einen

Überblick über die verschiedenen Formen der Umsetzung des EU-Entsenderechts zu geben. Welches sind die Stärken des jeweiligen Systems und wo liegen – zweifellos bestehende – Defizite? Woraus kann man lernen und welche Ansätze sollten in andere Rechtsordnungen eher nicht übernommen werden?

Die Herausgeberinnen des Bandes sind *Zane Rasnača* and *Magdalena Bernaciak*, Forscherinnen am European Trade Union Institute in Brüssel. Ihnen ist es gelungen, Autor:innen für Länderberichte aus Bulgarien, Dänemark, Finnland, Frankreich, Deutschland, Irland, Lettland, Niederlande, Polen, Portugal und Slowenien zu gewinnen. Und – um es kurz zu machen: Die skizzierte Zielstellung ist erreicht worden. Die Studie gibt über die enthaltenen Länderberichte einen profunden Einblick in den Stand der Umsetzung des EU-Entsenderechts, bietet nebenbei Einblicke in interessante Details der Praxis des Arbeitsrechts in den verschiedenen Staaten und bringt einige neue Ergebnisse auf den Punkt, die Raum zum Weiterdenken und gelegentlichen Widerspruch lassen.

II. Der methodische Ansatz

Interessant wird das Buch schon durch seinen Forschungsansatz: Nicht das *law in books* soll untersucht werden, das Recht also, wie es in den Gesetzestexten steht. Gegenstand der Untersuchung ist die Anwendung des Entsenderechts in den Mitgliedstaaten durch die Gerichte. Das Recht in der gerichtlichen Praxis zu untersuchen ist ein bestechender Ansatz, der das Buch aus dem Kreis vergleichbarer rechtsvergleichender Studien heraushebt und Erkenntnisse dafür verspricht, wie das Entsenderecht bei den Adressat:innen ankommt.

Gerade die Durchsetzungsdimension ist eine der großen Fragen des Entsenderechts: Welche Voraussetzungen müssen gegeben sein, damit die geltenden Regelungen alle entsandten Arbeitnehmer:innen erreichen? Die Analyse der gerichtlichen Praxis verspricht neues Wissen darüber, welchen Beitrag Gerichtsverfahren zur Durchsetzung

* Preis für gedruckte Version; kostenfreier Download unter <https://www.etui.org/publications/books/posting-of-workers-before-national-courts> (20.9.2022).

1 Zur Zielrichtung des EU-Entsenderechts vgl. *Klein*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), *Europäisches Arbeits- und Sozialrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 10 Rn. 5.

leisten können, was die Voraussetzungen dafür sind und wo die Grenzen dieser Durchsetzungsebene sind.

Methodisch ist ein systematischer Vergleich von Gerichtsentscheidungen aus einer so großen Zahl von Ländern ausgesprochen voraussetzungsvoll. Dies führt für eine Studie, deren Umfang notwendig begrenzt ist, zu mehreren Restriktionen: Erstens geht es im Buch wie erwähnt nicht um die Durchsetzung des Entsenderechts allgemein, sondern speziell um die Durchsetzungsinstanz Gericht. Nicht näher beleuchtet wird also, wie die Rechte der entsandten Arbeitnehmer:innen etwa durch informelle Verhandlungen, durch die staatliche Arbeitsaufsicht oder durch kollektive Rechtsetzung durchgesetzt (oder nicht durchgesetzt) werden. Liegt das Erkenntnisinteresse der Leser:innen auf der Durchsetzung der Richtlinie allgemein, bleibt das Gesamtbild daher notwendig unvollständig.

Zweitens ist der Untersuchungsgegenstand in den verschiedenen Ländern nicht ganz deckungsgleich: Die Autor:innen der Länderberichte recherchieren in der jeweils verfügbaren Rechtsprechungsdatenbank Gerichtsentscheidungen mithilfe von Suchbegriffen, die mit der Entsendung zu tun haben. Die Zahl der Fundstücke hängt somit auch davon ab, welche Entscheidungen durch die Gerichte veröffentlicht werden und Eingang in die Datenbank finden. Dies hat eine weitere Folge: In keinem Land werden sämtliche Gerichtsentscheidungen in eine Datenbank eingestellt (auch nicht – wie die Herausgeberinnen meinen – in Deutschland), insbesondere nicht der unteren Instanzen. Untersuchungsgegenstand ist somit nicht »die Rechtsprechung« zum Entsenderecht, sondern es sind im Wesentlichen Entscheidungen von Berufungs- und Revisionsgerichten, die die Spruchkörper – oder wer auch immer jeweils die Entscheidung über die Veröffentlichung trifft – für veröffentlichungswürdig halten. Dies tut dem grundsätzlichen Wert der Untersuchung keinen Abbruch, relativiert die Befunde aber etwas.

Von aktuellem Interesse wäre natürlich die Einordnung der Revision der Entsenderichtlinie, die 2018 in Kraft getreten ist und die einige Verbesserungen für entsandte Beschäftigte gebracht hat. Insbesondere wurde die Reichweite des Gleichstellungsgrundsatzes erweitert. Gerichtliche Entscheidungen zur Umsetzung der Entsenderichtlinie konnten zum Redaktionsschluss jedoch noch nicht vorliegen, sodass die Effekte der Reform nicht in die Untersuchung eingeflossen sind. Doch auch die Frage, in

welchem Verhältnis der aufgrund der Revision bestehenden Umsetzungsbedarf² zu den identifizierten Durchsetzungsdefiziten steht, wird nur am Rande behandelt.

III. Die Einleitung

Die Herausgeberinnen bereiten in einer inhaltlich fundierten Einführung die Grundlagen für die Lektüre der Länderberichte. Erläutert wird zunächst der rechtliche Rahmen. In den Blick genommen werden soll die Umsetzung von drei Richtlinien: Die Entsenderichtlinie 96/71/EG, die Durchsetzungsrichtlinie 2014/67/EU sowie die Verordnung (EG) 883/2004 über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit. Um es vorwegzunehmen: Letztere wird nicht durch alle Länderberichte gleichermaßen intensiv ausgewertet – hier und in der abschließenden Auswertung liegt der Fokus auf den arbeitsrechtlichen Themen.

Entsendungen treten in zwei Fallkonstellation auf: Entweder schickt ein Unternehmen Arbeitnehmer:innen ins Ausland, damit diese dort Dienstleistungen erbringen – oder aber die Arbeitnehmer:innen werden als Leiharbeiter:innen in die Betriebsorganisation eines Auftraggebers eingegliedert. Die steigenden Zahlen der A1-Bescheinigungen im Zeitraum von 2008 bis 2017 weisen auf eine wachsende Bedeutung von Entsendungen hin. Die Zahl ist zwar aus mehreren Gründen nicht deckungsgleich mit der der Entsendungen. Es spricht aber Vieles dafür, dass die Tendenz übertragbar ist.

Die Länderberichte folgen demselben Forschungsprogramm und nehmen zu denselben Themen Stellung. Grundlage der Analyse ist stets ein Überblick über die Rechtsvorschriften, mit denen die Entsenderichtlinie in das innerstaatliche Recht umgesetzt wird. Ein weiterer Bestandteil, der bisweilen sehr aufschlussreiche Hintergrundinformationen für das rechtliche Setting bietet, betrifft den öffentlichen Diskurs im Land über die Entsendung und ihrer Verknüpfung mit der juristischen Durchsetzung. Außerdem wertet jeder Bericht die Rechtsprechung zu Entsendefällen aus. Es entsteht ein vielfältiges Bild, das im Folgenden kursorisch nachgezeichnet wird.

2 Zu den noch immer bestehenden Umsetzungsdefiziten im deutschen Recht etwa *Hamann*, RdA 2021, 267; umfassend auch DGB-Stellungnahme v. 12.3.2020 zum Kabinettsentwurf, <https://www.dgb.de/downloadcenter/++co++2967b158-6541-11ea-b09a-52540088cada> (16.9.2022).

IV. Der Kern der Untersuchung: Die Länderberichte

Den Auftakt macht *Yaroslava Genova* mit Bulgarien. Hier werde kaum öffentlich über Entsendungen diskutiert. In der politischen Diskussion um die Revision der Entsenderichtlinie haben sich die politischen Akteure einhellig gegen die Gleichbehandlung mit den Beschäftigten im Aufnahmestaat gestellt, weil dies die Kostenvorteile der bulgarischen Wirtschaft beeinträchtigt. Die Autorin vermutet, dass Arbeitgeber auch bewusst gegen die Bestimmungen der Richtlinie verstoßen. Was die gerichtliche Durchsetzung betrifft, ist die Zahl der gerichtlichen Verfahren gering. Bei den Verfahren, die es gibt, sei etwa die für die Bestimmung der Mindestvergütung die Ermittlung des Mindestlohns im Gastland eine häufig umstrittene Frage, die bei den Beteiligten des Gerichtsverfahrens für Unsicherheiten Sorge.

Natalie Videbaek Munkholm beschreibt für Dänemark, dass es sich um einen Zielstaat für Entsendungen handelt mit einem starken Diskurs und der damit verbundenen politischen Agenda, »Sozialdumping« zu unterbinden. Besonderheiten bestehen aufgrund der Struktur der dänischen Arbeitsbeziehungen: Die meisten Arbeitsbedingungen werden durch Kollektivverträge geregelt. Dementsprechend nimmt in der öffentlichen Wahrnehmung die Beschränkung von Arbeitskampfmaßnahmen, auf deren Zulässigkeit die Regulierung der Arbeitsbeziehungen in Dänemark demnach in besonderer Weise basiert, durch das Unionsrecht, insbesondere im Zuge der Entscheidung des EuGH in der Rs. Laval³, einen breiten Raum ein. Wenn über die unionsrechtskonforme Regulierung von Entsendungen diskutiert wird, wird daran angeknüpft. Zumeist geht es um die Frage, wie das dänische Regelungssystem aufrechterhalten und das Sozialsystem geschützt werden kann. Dementsprechend gestaltet sich das politische Programm. Eingeführt wurde etwa ein Register für entsendende Unternehmen. Die Möglichkeiten, Maßnahmen zur Durchsetzung zu ergreifen, wurden kontinuierlich ausgebaut, etwa durch die Stärkung der Kompetenzen der Behörden zur Kontrolle der Durchführung der Entsendung sowie der Verwaltungskooperation. Die Zahl der Fälle, die vor Gericht landeten, wird als gering beschrieben. Die Autorin weist aber auf wichtige Themenbereiche hin, in denen teilweise bedeutende Urteile ergangen sind.

Für Finnland, obwohl ebenfalls zu den skandinavischen Ländern zählend, zeichnet *Juha Tuovinen* ein Bild, das von dem in Dänemark deutlich abweicht. Hier ist die Zahl der eingehenden Beschäftigten traditionell sehr gering. Gerade auf dem Bau seien die Zahlen aber im Zuge der EU-Mitgliedschaft gestiegen. Die Analyse der Rechtsprechung hat nur vier Fälle aufgezeigt, in denen das Entsenderecht eine Rolle gespielt hat. Es handelte sich aber um Verfahren, die in der Öffentlichkeit Aufsehen erregt haben und von herausragender Bedeutung waren. Die AKT-Entscheidung vom 17. März 2015⁴ war lange die einzige Entscheidung, der der EuGH überhaupt zur EU-Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit getroffen hat. Die Entscheidung, in der die Arbeitsbedingungen entsandter Arbeitskräfte im Zentrum standen, wurde durch Gewerkschaften strategisch geführt. Die Autorin begründet die geringe Fallzahl einerseits damit, dass Entscheidungen unterer Instanzen möglicherweise nicht veröffentlicht werden, dass die gerichtliche Rechtsdurchsetzung als langsam und teuer angesehen wird und mit der prekären Situation und dem nur vorübergehenden Aufenthalt im Land. Es stelle sich zudem die Frage, ob Gerichtsverfahren für Gewerkschaften der richtige Weg seien, die Durchsetzung voranzutreiben.

In Frankreich, so schildert es *Barbara Palli*, ist die öffentliche Meinung gegenüber Entsendungen besonders feindlich. Der Begriff Entsendung wird geradezu als Synonym für Sozialdumping benutzt. Die Autorin stellt die politischen Maßnahmen als protektionistisch dar. So würden formale Voraussetzungen für Entsendungen verlangt, deren Einhaltung durch Entsendeunternehmen strikt kontrolliert wird, während die französischen Einsatzunternehmen weniger scharfe Sanktionen zu befürchten haben. Bemerkenswert ist auch die Situation in der Rechtsprechung. Wie in anderen Ländern auch sind verschiedene Gerichtszweige mit Entsendungen befasst, die Zahl der Fälle jedoch beschränkt. Der verwaltungsrechtliche Zweig der Rechtsprechung ist äußerst zurückhaltend, Vorlagen vor den EuGH zu stellen. So wurde die Bestimmung in öffentlichen Vergabeverfahren, dass auf Baustellen zu Überwachungszwecken französisch gesprochen werden

3 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – NZA 2008, 159.

4 EuGH, 17.3.2015 – C-533/13 – Auto- ja Kuljetusalan Työntekijäliitto AK ry – EuZW 2015, 385.

muss, durch alle Instanzen bestätigt und eine Vorlage an den EuGH bis in die höchste Instanz nicht in Erwägung gezogen.

Den Länderbericht aus Deutschland bringt *Heiner Fechner* ein. Hier halten sich eingehende und ausgehende Entsendungen überraschenderweise fast die Waage – jedenfalls den Zahlen der A1-Bescheinigungen nach. Die Analyse zeigt, dass sich die vergleichsweise große Zahl an gerichtlichen Verfahren im Wesentlichen auf eine landesspezifische Besonderheit zurückführen lässt: Die Sozialkassen Bau (SOKA-BAU), eine Einrichtung der Sozialpartner, deren Aufgabe es ua. ist, ein Urlaubskassenverfahren für Urlaubsansprüche nach dem Ansparrprinzip durchzuführen, da Beschäftigte der Branche häufig nur kurze Zeit bei einem Arbeitgeber arbeiten. Dafür wird von den Arbeitgebern für jedes Arbeitsverhältnis in der Branche ein Beitrag erhoben, was eine Erfassung bedingt und zu entsprechenden Rechtsstreits führen kann. Die individuelle Rechtsverfolgung im Arbeitsrecht ist marginal, während im Bereich der Sozialversicherung auch Fälle eine quantitativ wichtige Rolle spielen, in denen Deutsche ins Ausland entsandt werden. *Fechner* betont die Bedeutung einer Organisation wie der SOKA-BAU für die Rechtsdurchsetzung, aber auch des allgemeinen Mindestlohns. Für kollektivarbeitsrechtliche Fragestellungen, etwa Mitbestimmung bei Matrix-Strukturen im internationalen Konzern, seien noch keine befriedigenden Lösungen gefunden worden.

Die Situation in Irland wird von *Michael Doherty* vorgestellt. Hier spielt Arbeitsmigration eine wichtigere Rolle als vorübergehende Entsendungen, der Anwendungsbereich der Richtlinie ist also eher gering. Auch in Irland wurde die Entsenderichtlinie in nationales Recht umgesetzt, wobei die Regelungen, wie in einigen anderen Ländern auch, nicht auf EU-Ausländer:innen beschränkt bleiben, sondern Drittstaatenangehörige einbeziehen. Die Richtlinie wurde außerdem insofern übererfüllt als der Gleichbehandlungsgrundsatz das gesamte Arbeitsrecht erfasst, also nicht nur die in der Entsenderichtlinie erfassten Kernarbeitsnormen. Öffentliche Aufträge enthalten zT. die Verpflichtung des Auftragnehmers, nach Tarifvertrag zu zahlen. Dies ist insofern bemerkenswert, als diese Regelung unionsrechtlich fraglich erscheint, aber bislang noch nicht angegriffen worden ist. Die geringe Zahl an Gerichtsentscheidungen könnte, so der Autor, auf die in Irland subsidiäre Stellung von Gerichtsverfahren, die starke Stellung der Gewerkschaften

und einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag im Baubereich sowie die weniger große Bedeutung von Entsendungen zurückzuführen sein.

Einen weiteren interessanten Fall stellt *Lettland* dar, wie die Ko-Herausgeberin, *Zane Rasnača*, berichtet. Das Land ist insofern ein Sonderfall, als es eine große Zahl an Gerichtsverfahren zu Entsendefällen gibt, und zwar auch individualrechtliche Fälle, während das Thema in der öffentlichen Debatte weniger präsent ist. Zunächst dominierten verwaltungsrechtliche Verfahren, in denen sich Arbeitgeber gegen behördlich verhängte Sanktionen wehrten, während im Laufe der Zeit dann immer mehr entsandte Arbeitnehmer:innen ihre Ansprüche klageweise vor den Zivilgerichten geltend machten. Möglicherweise spielt hier eine gesetzliche Besonderheit eine Rolle: Entsandte Beschäftigte können nach innerstaatlichem Recht für die Zeit ihrer Entsendungen einen Zuschlag pro Tag der Entsendung beanspruchen, der relativ großzügig bemessen ist. Der Anspruch auf Zahlung des im Gastland geltenden Mindestlohns werde hingegen nicht einmal von den Gerichten angewandt. Zu den weiteren Verfahren und gerichtlich verhandelten Rechtsfragen, von denen *Rasnača* berichtet, zählen auch grundsätzlich Fragen etwa zur Begrifflichkeit der Entsendung, ihre Abgrenzung zur Dienstreise, ihre Anwendung im Transportbereich oder Vergütung für Zeiten, in denen den entsandten Beschäftigten keine Arbeit zugewiesen worden war. Ein weiteres erwähnenswertes Phänomen: Ein Teil der Fälle betrifft die Entsendung von EU-Drittstaatler:innen: Ukrainer:innen haben unter vergleichsweise leichten Voraussetzungen einen Aufenthaltstitel in Litauen erhalten und werden nach Lettland entsandt.

Zef Even skizziert die Situation in den Niederlanden. Im öffentlichen Diskurs werden dort in scharfer Form Sorgen wegen Niedriglöhnen und komplizierten Konstruktionen vorgetragen, die auf der politischen Ebene zu Verschärfungen des Entsenderechts geführt haben. Generell spielen die Gewerkschaften bei der Rechtsdurchsetzung eine starke Rolle. Hierzu tragen auch Regelungen bei, wie die, dass eine Gewerkschaft das Ministerium veranlassen kann, wegen Verstößen Untersuchungen in einem Unternehmen vorzunehmen. *Even* arbeitet heraus, dass die Zahl der Gerichtsverfahren auch in den Niederlanden eher gering ist, die geführten Verfahren aber häufig grundsätzlicher Natur sind und ein breites Spektrum von der Anwendbarkeit des Überlassungsrechts

(Abgrenzung vorübergehende Entsendung/dauerhafte Tätigkeit sowie von Dienstleistungserbringung und Leiharbeit) über die Bestimmung der mindestlohnrelevanten Entgeltbestandteile bis hin zur Feststellung von betrügerisch erlangten A1-Bescheinigungen erfasst.

Mit Polen ist der Staat Teil der Übersicht, aus dem die größte Zahl an entsandten Arbeitskräften stammt. *Marta Otto* zeichnet ein Bild eines minimalistischen Gesetzgebers und eines geringen Interesses in der Arbeitsrechtswissenschaft an Entsendethemen. Jedoch haben die polnischen Gewerkschaften die Stärkung der sozialen Dimension im Entsenderecht durch die Revision der Richtlinie befürwortet, die von Regierung und Unternehmern abgelehnt worden ist. Eine wichtige Rolle spielt das Nationale Arbeitsinspektorat (PIP), das die Ansprechstelle für die ausländischen Behörden darstellt und ua. auf deren Anfrage hin tätig wird. Ein Problem stelle es dar, dass das PIP Sanktionen nur nach einem gerichtlichen Verfahren verhängen kann. *Otto* schlägt zudem vor, dass die Entsendebedingungen zuvor im Arbeitsvertrag festgehalten werden, um die Kenntnis der Rechte zu erhöhen. Vor polnischen Gerichten geht es bei Entsendefragen vorrangig um sozialversicherungsrechtliche Themen, insbesondere die Erteilung von A1-Bescheinigungen, die relativ großzügig ausgestellt werden. Nennenswert sind zudem die Situation der polnischen Hausangestellten, die Abgrenzung von Dienstreise und Entsendung sowie Vergütungsfragen.

Mit Portugal ist ein weiteres Herkunftsland für entsandte Arbeitskräfte Teil der Übersicht, auch wenn sich sowohl der Umfang mit Blick auf die absoluten Zahlen und relativ zur Einwohner:innenzahl geringer ist als in Polen. Das Land hat, wie *Duarte Abrunhosa e Sousa* schildert, eine lange Geschichte der ausgehenden Arbeitsmigration. Portugal hat die Entsenderichtlinie zT. übererfüllend umgesetzt. Der Autor hat 16 Entscheidungen von Gerichten ausfindig gemacht, auch in Portugal sind die Fallzahlen also begrenzt. Hier ging es einerseits um die Bindungswirkung von E101-Bescheinigungen und um arbeitsrechtliche Fragestellungen, wobei nur in einem Fall die Zahlung einer Vergütungs Differenz im Zentrum gestanden hat. Gerichtliche Verfahren haben, so der Autor, in Portugal den Ruf lang und mühselig zu sein, was für die Arbeitsgerichte nicht zutreffen muss, aber einige Arbeitnehmer:innen doch abhalten könnte, eine Klage zu führen.

Das Thema geringer Fallzahlen ist auch in Slowenien präsent. *Barbara Kresal* erklärt dieses Phänomen, das

angesichts hoher Zahlen an Entsendungen, der entwickelten Arbeitsrechts-Rechtsprechung, der vergleichsweise hohen Abdeckung mit Branchentarifverträgen und dem geltenden Mindestlohn durchaus überraschend ist, mit der schwachen Position der betreffenden Beschäftigten. Die Gewerkschaften, die in Slowenien gut organisiert sind und sich in der Beratung von entsandten Beschäftigten engagieren, scheinen Gerichtsverfahren nicht für eine sinnvolle Form der Rechtsdurchsetzung zu halten. Anders als in anderen Herkunftsländern gebe es eine umfangreiche und elaborierte Fachdebatte in der Wissenschaft über Themen des Entsenderechts und der europäischen Grundfreiheiten. Diese Beschäftigung ist aber offenbar bei den Gerichten noch nicht recht angekommen. *Kresal* hat in den Datenbanken 17 Entscheidungen zum Entsenderecht ausfindig gemacht, wobei arbeitsrechtliche Fragen ebenso vertreten sind wie solche aus den Bereichen der sozialen Sicherheit sowie der Besteuerung. Die schwierigste Frage sei derzeit die nach dem Verhältnis von Dienstreise und Entsendung.

V. Die Auswertung

In der außerordentlich lesenswerten Zusammenfassung skizzieren die Herausgeberinnen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen den Ländern und diskutieren die Befunde. Hier sollen nur ausgewählte Aspekte angesprochen werden.

Nachvollziehbar sind die Ausführungen der Herausgeberinnen dazu, dass die Richtungen der Entsendungen zwischen den Ländern diverser sind, als es die Unterscheidung zwischen Entsende- und Empfängerländern nahelegt. Man mag einwenden, dass diese Unterteilung eher die Interessenlage in Hinblick auf qualifizierte und nicht qualifizierte Tätigkeiten widerspiegeln dürfte. Bemerkenswert wenig divers ist die Branche, in die entsandt wird. Fast überall kann der Bau als wichtigster Bereich der Entsendung ausgemacht werden, vielfach macht der Anteil etwa 50 % aller Entsendungen aus. Kurz gesagt: Bauarbeiter:innen aus wenigen Entsendeländern sind diejenigen, die Infrastruktur und Gebäude in ganz Europa errichten.

Die Autorinnen heben zu Recht hervor, dass die Diskussion über Entsendungen in westeuropäischen Staaten mit einem sehr negativen, teilweise fremdenfeindlichen Unterton geführt wird, wobei die Debatten stark länder-

spezifische Ausprägungen haben. Die Autorinnen verweisen auch darauf, dass ein solcher Diskurs zu einem Hindernis für die Rechtsdurchsetzung entsandter Arbeitnehmer:innen und darüber hinaus zu einer Lähmung des europäischen Projektes führen kann. Dies ist plausibel. Festzustellen ist aber auch, dass die Öffnung der Arbeitsmärkte zu einer Schwächung gerade derjenigen Institutionen beigetragen hat, die in der Lage sind, Solidarität zu organisieren, um fremdenfeindlichen Bestrebungen entgegenzuwirken. Wenn nun auf Unionsebene zögerlich geprüft wird, wie Durchsetzungsmechanismen für grenzüberschreitende Arbeitsstandards gestärkt werden können, scheinen kollektive Akteure der Arbeitswelt noch immer erstaunlich wenig Beachtung zu finden.

In den Öffentlichkeiten der Länder, aus denen die entsandten Arbeitskräfte mehrheitlich stammen, spielen Entsendethemen hingegen eher eine untergeordnete Rolle. Auf die innenpolitische Tagesordnung wird das Thema gestellt, wenn über Skandale wegen schlechter Arbeitsbedingungen berichtet wird.

Die Schlüsse, die die Herausgeberinnen aus dem Vergleich des Fallrechts ziehen, sind schlüssig und innovativ. Sie heben zunächst die Bedeutung von gerichtlichen Durchsetzungsmechanismen abseits der individuellen Rechtsdurchsetzung hervor. In Ländern wie Dänemark, Irland, Slowenien oder den Niederlanden hätten die Sozialpartner eine wichtige Rolle, Verstöße aufzuspüren. In Polen und Frankreich übernehmen diese Rolle nationale Arbeitsinspektionen. In Deutschland spreche die SOKA-BAU als wichtiger Akteur der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung für die These, dass außerhalb des Baubereichs nach weiteren Instrumenten der Rechtsdurchsetzung gesucht werden müsse, gerade weil ein fragmentiertes (und wohl ineffektives) System der Überwachung existiere.

Den Zugang zu Gericht betreffend werden die beiden Wege diskutiert, Klagen an die Gerichte des Herkunftslandes oder des Landes der Arbeitserbringung richten zu können. In Slowenien und insbesondere in Lettland werde deutlich, dass die individuelle Rechtsverfolgung im Heimatland stattfindet, wenn denn die Rahmenbedingungen stimmen. Eine Schwierigkeit wird darin gesehen, dass Richter:innen ausländisches Recht zur Anwendung bringen müssen.

In Dänemark und Deutschland zeige sich, dass auch in den Gastländern Verfahren erfolgreich geführt werden können, dies aber nur mit starker kollektiver oder öffentlicher Anbindung bzw. Aufhängung. Als Gründe wurden

in der Untersuchung von mehreren Autor:innen genannt, dass es der vorübergehende Charakter der Entsendung erschwere, am Einsatzort zu klagen, der Zugang zum Gerichtssystem mit Hürden verbunden sei und sich vor die entsandten Arbeitnehmer:innen in der Regel ohnehin in einer vulnerablen Situation befinden.

Welche Rechtsfragen werden vor Gericht verhandelt? Auch zu dieser Frage werden die Länderberichte fundiert ausgewertet. Einerseits zeigt sich, dass die grundlegenden Bestimmungen der Richtlinie durch Gesetz oder Kollektivverträge in nationales Recht umgesetzt sind – große Lücken gibt es nicht. Dass in der Rechtsanwendung aber grundsätzliche Fragen des Entsenderechts nicht abschließend geklärt sind, verweist auf erhebliche Unsicherheiten und fehlende Praxis vor den Gerichten, die auch mit der ungewohnten grenzüberschreitenden Dimension des Entsenderechts zusammenhängen könnten, sowie der Berücksichtigung ausländischen Rechts. Schon der Anwendungsbereich der Vorschriften zur Entsendung wird nicht einheitlich gehandhabt. Auch ob die recht alltägliche Erscheinung der Auslands-Dienstreise eine Entsendung darstellt, wird in mehreren Mitgliedstaaten aufgeworfen. Ebenso in Zweifel gezogen wird die Anwendung der Richtlinienbestimmungen für den wichtigen Verkehrssektor. An diesen Beispielen zeigt sich der Nutzen der gerichtlichen Rechtsdurchsetzung für die Rechtsvereinheitlichung. Wenn verbindliche Entscheidungen nur sporadisch getroffen werden, bleiben die Umsetzungsgesetze der Entsenderichtlinie abstrakt.

Die Herausgeberinnen und Autor:innen haben ein verdienstvolles Buch vorgelegt, das neue Perspektiven auf das Thema Entsendung eröffnet und neue Erkenntnisse der Rechtspraxis offenbart. Es wirft ein Schlaglicht auf die Wirkungsweise von Richtlinien in den unterschiedlichen Rechtstraditionen. Vor allem aber zeigt es auf, dass die gerichtliche Rechtsdurchsetzung nur dann ein Pfeiler der praktischen Umsetzung des Entsenderechts sein kann, wenn durch kollektive, institutionelle oder verfahrenstechnische Maßnahmen den Schwierigkeiten der Erhebung individueller Klagen entgegengewirkt wird. Der Rechtsvergleich trägt dazu bei, hierfür rechtspolitische Anregungen zu erhalten.

*Dr. Ernesto Klengel,
Hugo-Sinzheimer-Institut für Arbeits-
und Sozialrecht, Frankfurt aM.*



Däubler / Kittner / Cerny

Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung

2., überarbeitete und erweiterte Auflage

2022. 768 Seiten, gebunden

€ 58,-

ISBN 978-3-7663-7273-4

bund-shop.de/7273

Entstehung, Entwicklung und Zukunft der Betriebsverfassung

Das »Betriebsrätegesetz« von 1920 war der Auftakt für eine geregelte Mitbestimmung in Deutschland, die sich mit dem Betriebsverfassungsgesetz ab 1952 zum Erfolgsmodell entwickelte. Doch die Megatrends in der Arbeitswelt – Digitalisierung, Dekarbonisierung, Demografischer Wandel – verlangen nach neuen Lösungen. Die neue 2. Auflage stellt die Bausteine für eine bessere Zukunft der Betriebsverfassung dar. Und kommentiert dazu auch den aktuellen DGB-Entwurf für ein »Neues Betriebsverfassungsgesetz«.

»Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung« lautet deshalb der erweiterte Titel der 2. Auflage. Neu darin auch ein eigenes Kapitel zur Entwicklung der Betriebsräte in Österreich.

Vorteile auf einen Blick:

- > Meilenstein der Mitbestimmung in Deutschland – Rechtsgeschichte spannend erzählt
- > Eckpunkte eines neuen, modernen BetrVG
- > Internationaler Bezug zur Betriebsverfassung in Österreich
- > Kongeniales Autoren-Team

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7273 2. Daten eingeben 3. Absenden oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Exempl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7273-4	Däubler / Kittner / Cerny Geschichte und Zukunft der Betriebsverfassung	58,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de
www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

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



Klar. Kompakt. Kompetent.

25 Kommentare in einem Band

Klar, prägnant und gut verständlich erläutert der nun in der 7. Auflage vorliegende Kompaktcommentar die wichtigen Regelungen des Individualarbeitsrechts – vom Arbeitnehmerentendegesetz bis zum Teilzeit- und Befristungsgesetz. Die Kommentierungen haben stets die Arbeitnehmerposition im Blick und orientieren sich an der Rechtsprechung.

Hinweise und Beispiele für die Interessenvertreter sind optisch hervorgehoben. Diese machen das Werk besonders für Betriebs- und Personalräte und deren Berater zu einem zuverlässigen Hilfsmittel für die tägliche Arbeit.

Wedde (Hrsg.)

Arbeitsrecht

Kompaktcommentar zum Individualarbeitsrecht
mit kollektivrechtlichen Bezügen

7., neu bearbeitete, aktualisierte Auflage

2022. 1.920 Seiten, gebunden

€ 89,-

ISBN 978-3-7663-6960-4

bund-shop.de/6960

Die wichtigsten Neuerungen in der 7. Auflage:

- Erste Rechtsprechung zum neuen Datenschutzrecht
- Brückenteilzeit – Gesetz zur Weiterentwicklung des Teilzeitrechts
- EuGH-Urteil zur Arbeitszeiterfassung und die Folgen für das Arbeitszeitrecht
- Folgen der SGB IX-Reform

Vorteile auf einen Blick:

- Kommentierung zu den wichtigen Regelungen des Individualarbeitsrechts komplett in einem Band
- Mit Praxistipps für Betriebs- und Personalräte und Hinweisen zu den Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechten

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/6960 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6960-4	Wedde (Hrsg.) Arbeitsrecht	89,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

Immer topaktuell informiert sein

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