

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

Abhandlungen

Kopftuch – Die neue Runde

Peter Stein Seite **221**

Sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen

Daniel Hlava Seite **233**

Rezensionsaufsätze

Christian Hess,

**Dynamische AGB-Kontrolle – Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der
Wirksamkeit von AGB im Dauerschuldverhältnis**

Stephan Seiwert Seite **253**

Komplexes Thema, hohes Niveau, gut verständlich



Altmann / Schneppendahl

Kündigungsschutzgesetz

Basiskommentar zu KSchG,
§§ 622, 623 und 626 BGB, §§ 102, 103 BetrVG
6., aktualisierte, überarbeitete Auflage
2021. 437 Seiten, kartoniert
€ 39,90

ISBN 978-3-7663-6986-4

bund-shop.de/6986

Das Kündigungsschutzrecht ist auf den Einzelfall bezogen und zeichnet sich durch Differenzierung aus. Die Autorinnen arbeiten die tragenden Grundsätze heraus. Damit bieten sie gerade für Nicht-Juristen einen guten Einstieg in die Materie und machen die Rechtslage verständlich.

Aus dem Inhalt:

- > Kündigungsgründe nach dem Kündigungsschutzgesetz und bei außerordentlichen/fristlosen Kündigungen
- > Kündigungsschutzprozess
- > Mitwirkungsmöglichkeiten des Betriebsrats im Rahmen des Anhörungsverfahrens
- > Besonderer Kündigungsschutz für Betriebsräte und andere Gremienmitglieder

Einen Schwerpunkt bildet die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts unter Berücksichtigung europarechtlicher Entwicklungen in den Bereichen:

- > Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung bei Kündigungen
- > Kündigung kirchlicher Arbeitnehmer
- > Beweisverwertung und Videoüberwachung
- > Massenentlassungen

Soziales Recht

6/2021
ISSN 2193-5157
Dezember 2021, 11. 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.

Kopftuch – Die neue Runde

Peter Stein, Richter am Arbeitsgericht aD., Hamburg

I. Neutralität

Der Wunsch eines Arbeitgebers, durch das Verbot von Kopftüchern am Arbeitsplatz Kunden ein Bild der Neutralität zu vermitteln, wirft immer wieder Fragen auf.

Dass eine Arbeitnehmerin ein Kopftuch trägt, mag als Toleranz des Unternehmens gegenüber der religiösen Pluralität seiner Angestellten gewertet werden, ist allerdings kaum Ausdruck einer Identifizierung des Unternehmens mit diesem Glaubensbekenntnis. Trägt eine Arbeitnehmerin eine religiös konnotierte Kopfbedeckung, ist dies ein Zeichen ihres persönlichen Glaubens, das allein dieser Grundrechtsrechtsträgerin zuzuordnen ist.

Einer damit einhergehenden Identifizierung des Unternehmens steht bereits entgegen, dass nicht alle Beschäftigten in dieser Weise gekleidet sind.¹ Es gibt viele Beispiele für einen toleranten Umgang mit religiös konnotierten Kleidungsstücken: Angehörigen der norwegischen Streitkräfte ist gestattet, Kopftuch und Turban zu tragen,² ohne dass jemand auf die Idee käme, den norwegischen Staat mit den entsprechenden Religionen zu identifizieren. In Irland dürfen Polizistinnen im Dienst ein Kopftuch tragen. Die schottische Polizei führte 2016 das muslimische Kopftuch als Teil ihrer Polizeiuniform ein. British Airways erlaubt männlichen Angestellten, die der Sikh-Religion angehören, ihre Arbeit mit Turban zu verrichten.³ Ebenso dürfen Frauen muslimischen Glaubens bei British Airways den Hijab tragen. In London gehören Polizisten mit Turban zum Stadtbild. In Neuseeland können muslimische Polizistinnen einen Hijab tragen. Das Kopftuch ist Bestandteil der Uniform. Bringen andererseits Behörden oder Gerichte in ihren Räumen Kreuze an, sind dies dem Staat zuzurechnende Maßnahmen.⁴

II. Grünes Licht durch Achbita

2017 kam aus Luxemburg hingegen grünes Licht für Neutralitätsanordnungen, die es Arbeitnehmerinnen verbieten, am Arbeitsplatz ein Kopftuch zu tragen. Der EuGH sah in der Entscheidung *Achbita*⁵ ein Verbot politischer, philosophischer, weltanschaulicher und religiöser Bekundungen im Verhältnis zu Kunden durch die unternehmerische Freiheit des Arbeitgebers⁶ gerechtfertigt. Es handele sich lediglich um eine mittelbare Ungleichbehandlung.

Irritierender Weise fehlte jede Abwägung mit gegenläufigen Grundrechten. Die Religionsfreiheit von Arbeitnehmerinnen, die ein Kopftuch oder Kreuz tragen, hatte der EuGH nicht im Blick. Auch der Stellenwert nationalen Verfassungsrechts blieb unklar.

Die Entscheidung *Achbita* ist zu Recht kritisiert worden.⁷ Die Annahme, dass eine Arbeitnehmerin ihre religiös motivierte Kleidung an der Garderobe abgeben könne und daher auch müsse,⁸ dürfte den Gehalt der Religionsfreiheit verkürzen und eine handfeste Diskriminierung darstellen.⁹

1 BVerfG, 18.10.2016 – 1 BvR 354/11 – NZA 2016, 1522, Rn. 65.

2 Einzelheiten s. *Hack*, NZA-Beil. 3/2018, 67.

3 EGMR, 15.1.2013 – 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

4 *Mangold/Payandeh*, EuR 2017, 715.

5 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NZA 2017, 373 (Achbita).

6 Art. 16 der EU-Charta der Grundrechte.

7 *Berka*, EuZA 2017, 478; *Brors*, AuR 2018, 114; *German*, EuR 2018, 240; *Jacobs*, RdA 2018, 265; *Klein*, NVwZ 2017, 920; *Mangold/Payandeh*, EuR 2017, 704; *Preis/Morgenbrodt*, ZESAR 2017, 311; *Sagan*, EuZW 2017, 459; *Sandhu*, KJ 2017, 522; *Schrader/Schubert*, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), AGG-Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: HK-AGG), § 3 AGG Rn. 38; *Schubert*, NJW 2017, 2584; *A. Stein*, NZA 2017, 829; *P. Stein*, SR 2018, 116; *Sura*, DB 2018, 1602; zustimmend *Frenz*, Anm. zu EuGH, 14.3.2017 – C-157/15, C-188/15 – DVBl. 2017, 630 ff.; *Hartmeyer*, EuZA 2017, 553; *Hlava*, AuR 2017, 45; *Sprenger*, EuZA 2017, 357; *Wagner*, EuR 2018, 740; offen *Biltgen*, AuR 2018, 167.

8 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* 31.5.2016 – C-157/15 – ECLI:EU:C:2016:382.

9 *Sagan*, EuZW 2017, 460.

III. AGG und EU-Gleichbehandlungsrichtlinie

Das AGG zielt darauf, Benachteiligungen wegen der Religion oder der Weltanschauung zu verhindern. Nach § 8 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion oder Weltanschauung zulässig, wenn dies wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

Das AGG ist europarechtskonform auszulegen. Es dient der Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG. Konkret geht es um Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2, Art. 4 Abs. 1 und Art. 8 Abs. 1 der RL 2000/78/EG sowie Art. 10 und 16 der Charta der Grundrechte der EU (GRCh).

Nach Art. 267 des AEUV entscheidet der EuGH im Wege der Vorabentscheidung über die Auslegung des europäischen Primär- und Sekundärrechts. In einem solchen Verfahren erging jetzt in zwei deutschen Verfahren eine Entscheidung des EuGH, die wichtige Präzisierungen liefert. Das Urteil erging auf Vorabentscheidungsersuchen des Arbeitsgerichts Hamburg¹⁰ und des BAG¹¹. Das Ergebnis ist brisant: In Deutschland stehen Arbeitgeber, die muslimische Frauen mit Kopftuch fernhalten wollen, nach dem Urteil des EuGH vom 15. Juli 2021 in den Sachen *WABE* und *MH Müller*¹² nunmehr vor kaum überwindbaren Hindernissen.

IV. Wiederholte Vorlage

Wieso konnte erneut eine Entscheidung des EuGH ergehen, da die nationale Rechtsprechung doch an die vom EuGH vorgenommene Auslegung gebunden ist und der EuGH 2017 bereits in den Verfahren *Achbita*¹³ und *Bouagnaoui*¹⁴ mit Kopftuchfragen befasst war? Die nationalen Gerichte haben zu entscheiden, ob eine Vorabentscheidung hinreichende Klarheit geschaffen hat oder ob eine erneute Befassung des EuGH notwendig ist.¹⁵ Das Vorliegen einer unmittelbaren Ungleichbehandlung iSd. RL 2000/78/EG setzt voraus, dass die gegeneinander abzuwägenden Situationen vergleichbar sind.¹⁶

»Die Beurteilung von Tatbeständen, die auf eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung schließen lassen, obliegt [dabei] den einzelstaatlichen gerichtlichen Instanzen oder anderen zuständigen Stellen nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder Gepflogenheiten.«¹⁷

Somit ist es Sache des nationalen Gerichts,

»sämtliche mit der streitigen Praxis zusammenhängenden Umstände zu berücksichtigen, um festzustellen, ob es hinreichende Anhaltspunkte [...] [für] das Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung [gibt]«.¹⁸

Insbesondere die Beurteilung der Vergleichbarkeit fällt in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts. Zu unterscheiden ist daher zwischen zum einen der dem EuGH zustehenden Auslegungsbefugnis und zum anderen der Anwendung des Rechts auf den konkreten Sachverhalt, die in die Zuständigkeit des nationalen Gerichts fällt.

V. Hintergrund

Der EGMR hat bereits 2001 betont, dass die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit im Sinne von Art. 9 EMRK einen der »Grundpfeiler einer demokratischen Gesellschaft« iSd. EMRK darstellt.¹⁹ Er schließt folgerichtig einen Vorrang der Kirchenautonomie im Rahmen der Güterabwägung aus.²⁰ Der EGMR sieht das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt, wenn dem Ziel einer einheitlichen Kleiderordnung mehr Gewicht beigemessen wird als

10 ArbG Hamburg, 21.11.2018 – 8 Ca 123/18 – juris.

11 BAG, 30.1.2019 – 10 AZR 299 (A) – NZA 2019, 693.

12 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE* und *MH Müller*).

13 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NZA 2017, 373 (*Achbita*).

14 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NZA 2017, 375 (*Bouagnaoui*).

15 EuGH, 24.6.1969 – C-29/68 – juris (Milch-, Fett- und Eierkontor), Rn. 3.

16 EuGH, 10.5.2011 – C-147/09 – NZA 2011, 557 (*Römer*), Rn. 4.

17 RL 2000/78/EG, 15. Ewg.

18 EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – juris (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*), Rn. 80.

19 EGMR, 15.2.2001 – 42393/98 – CE:ECHR:2001:0215DEC004239398 (*Dahlab*); EGMR, 24.1.2006 – 65500/01 – CE:ECHR:2006:0124DEC006550001 (*Kurtulmuş*).

20 EGMR, 23.9.2010 – 425/03 – EuGRZ 2010, 571 (*Obst*); EGMR, 23.9.2010 – 1620/03 – EuGRZ 2010, 560 (*Schüth*); ein Anspruch auf Wiedereinstellung wurde verneint: LAG Düsseldorf, 5.6.2014 – 11 Sa 1484/13 – NZA-RR 2014, 642; EGMR, 12.6.2014 – 56030/07 – AuR 2014, 429 (*Fernández Martínez*) mAnm. *Lörcher*.

dem Wunsch einer Arbeitnehmerin, ihren Glauben durch das Tragen eines diskreten Kreuzes zu bekennen.²¹

Die EGMR-Entscheidung *Eweida* betraf das offene Tragen eines als »dezent« beschriebenen Kreuzes.²² Der Wunsch des Arbeitgebers, sein Unternehmensimage zu kommunizieren, war legitim, musste aber gegen den Wunsch von Frau *Eweida*, ihre religiöse Überzeugung zu bekennen, abgewogen werden. Da ihr Kreuz dezent war, konnte es ihr berufliches Erscheinungsbild nicht beeinträchtigen.

Bereits 2017 entschied der EuGH im Verfahren *Bougnaoui*, dass der Wille eines Arbeitgebers, den Wünschen eines Kunden zu entsprechen, die Leistungen dieses Arbeitgebers nicht mehr von einer Arbeitnehmerin ausführen zu lassen, die ein islamisches Kopftuch trägt, nicht als eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung iSv. Art. 4 Abs. 1 der RL 2000/78/EG angesehen werden kann.²³ Der Begriff »wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung« verweist auf eine Anforderung, die von der Art der betreffenden beruflichen Tätigkeit oder den Bedingungen ihrer Ausübung objektiv vorgegeben ist. Er kann sich nicht auf subjektive Erwägungen wie den Willen des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen zu entsprechen, erstrecken.²⁴

Dass Kundenwünsche keine Benachteiligung rechtfertigen, entspricht der deutschen Rechtsprechung. Sie ist interessengerecht, denn für die betroffene Arbeitnehmerin macht es keinen Unterschied, ob der Arbeitgeber einen eigenen Entschluss zur Benachteiligung fasst oder sich einen fremden zu eigen macht.²⁵

Ebenfalls bereits 2017²⁶ stellte der EuGH im Verfahren *Achbita* klar, dass die Neutralitätspolitik angemessen sein und kohärent und systematisch verfolgt werden muss.²⁷ Sie ist auf Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer mit Kundenkontakt zu beschränken.²⁸ Über das unbedingt Erforderliche darf sie nicht hinausgehen.²⁹

VI. Unternehmerfreiheit

Wenig überraschend räumt der EuGH im Urteil *WABE und MH Müller* dem Neutralitätsinteresse des Arbeitgebers keinen unbedingten Vorrang ein.³⁰ Die unternehmerische Freiheit gilt nicht schrankenlos. Die freie Berufsausübung kann keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen.³¹

Art. 16 GrCh kann durch Art. 52 GrCh eingeschränkt werden.³² Der Umstand, dass eine Maßnahme der Verwirklichung der unternehmerischen Freiheit dient, macht eine Abwägung mit entgegenstehenden Rechten Betroffener nicht entbehrlich.³³ Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass die in Art. 10 Abs. 1 GrCh verbürgte Religionsfreiheit und das in Art. 21 Abs. 1 GrCh verankerte Diskriminierungsverbot bei der Auslegung der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie eine besondere Stellung innehaben.

Die EMRK sieht in ihrem Art. 9 vor, dass jede Person das Recht auf Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit hat. Der Unionsgesetzgeber hat im ersten Erwägungsgrund der RL 2000/78/EG auf die gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Unionsrechts Bezug genommen. Dazu gehört das in Art. 10 Abs. 1 der Charta verankerte Recht auf Gewissens- und Religionsfreiheit. Art. 10 Abs. 1 der Charta entspricht dem in Art. 9 EMRK garantierten Recht. Nach Art. 52 Abs. 3 der Charta hat es die gleiche Bedeutung und die gleiche Tragweite wie dieses.³⁴

21 EGMR, 15.1.2013 – 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 – NJW 2014, 1935 (*Eweida*).

22 Ebd.

23 EuGH, 14.3.2017 – C-188/15 – NZA 2017, 375 (*Bougnaoui*).

24 EuGH, 14.3.2017 – C-188/15 – NZA 2017, 375 (*Bougnaoui*).

25 *Preis/Morgenbrodt*, ZESAR 2017, 309.

26 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NZA 2017, 373 (*Achbita*).

27 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NZA 2017, 373 (*Achbita*), Rn. 40.

28 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NZA 2017, 373 (*Achbita*), Rn. 42.

29 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NZA 2017, 373 (*Achbita*), Rn. 43.

30 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 56 ff.; A. Stein, NZA 2017, 828.

31 EuGH, 14.10.2014 – C-611/12 P – ECLI:EU:C:2014:2282 (*Giordano*); EuGH, 9.9.2008 – C-120/06 P, C-121/06 P – Slg. 2008, I-6549 (*FIAMM ua.*); EuGH, 14.2.2014 – V ZR 100/13 – C-293/12, C-594/12 – NVwZ 2014, 709 (*Digital Rights*).

32 *Blanke*, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, München 2016, Art. 16 Rn. 2 und 16; *Bernsdorff*, in: Meyer/Hölscheidt (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2019, Art. 16 Rn. 16.

33 *Schlachter*, EuZA 2018, 173, 184.

34 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NZA 2017, 373 (*Achbita*), Rn. 26 und 27.

VII. Angemessenheit, Verhältnismäßigkeit

Der bloße Wille des Arbeitgebers, ein Bild der Neutralität abzugeben, reicht nicht aus.³⁵ Der EuGH verlangt in dem Urteil *WABE und MH Müller* ein »wirkliches« Bedürfnis.³⁶

Die Anordnung muss im Hinblick auf ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und angemessen sein.³⁷ Dabei sind alle in Rede stehenden Rechte und Freiheiten zu berücksichtigen.³⁸ Nichtdiskriminierung, Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, und die unternehmerische Freiheit sind in Anbetracht des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit so miteinander in Einklang zu bringen, dass zwischen ihnen ein angemessenes Gleichgewicht besteht.

Der Arbeitgeber muss ferner belegen, dass eine konkrete Gefahr bestand (zB. die Gefahr konkreter Unruhe innerhalb des Unternehmens oder die konkrete Gefahr von Ertragseinbußen).³⁹

Der EuGH betont schließlich auch, dass »rechtmäßiges Ziel« sowie »Angemessenheit und Erforderlichkeit der zu seiner Erreichung eingesetzten Mittel« eng auszulegen sind.⁴⁰

VIII. Mittelbare oder unmittelbare Benachteiligung

Von der Einordnung als mittelbare oder unmittelbare Benachteiligung hängen die Anforderungen an die Rechtfertigung ab. Eine nur mittelbare Ungleichbehandlung kann über § 8 AGG hinaus durch jedes rechtmäßige Ziel gerechtfertigt sein. Bei einer unmittelbaren, direkt an das Merkmal anknüpfenden Differenzierung kommt eine Rechtfertigung durch jedweden sachlichen Grund hingegen nicht in Frage. Lediglich die in der RL 2000/78/EG konkret umschriebenen Ausnahmetatbestände sind zulässig.⁴¹

Aus dem Kriterium »wegen« in Art. 2 Abs. 2 der RL 2000/78/EG folge laut EuGH, dass eine Diskriminierung wegen der Religion nur dann festzustellen sei, wenn die fragliche weniger günstige Behandlung in Abhängigkeit von der Religion erfahren wird.⁴²

Eine interne Regel eines privaten Unternehmens, die das Tragen sichtbarer Zeichen politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen am Arbeitsplatz verbietet, stellt laut EuGH keine unmittelbare Diskriminierung dar, da sie unterschiedslos für jede Bekundung solcher Überzeugungen gilt und alle Arbeitnehmer gleichbehandelt. Da jede Person eine Religion oder eine Weltanschauung haben kann, begründe eine solche Regel keine Ungleichbehandlung, die auf einem Kriterium beruht, das untrennbar mit der Religion oder der Weltanschauung verbunden ist.⁴³

Anders uU. Bei einem partiellen Verbot: Eine Ungleichbehandlung, die auf einem Kriterium beruht, das mit dem geschützten Grund – zB. der Religion oder der Weltanschauung – untrennbar verbunden ist, ist als unmittelbar auf diesen Grund gestützt anzusehen. So wird laut EuGH in den Fällen, in denen das Kriterium des Tragens auffälliger, großflächiger mit einer oder mehreren bestimmten Religion(en) oder Weltanschauung(en) untrennbar verbunden ist, das Verbot zur Folge haben, dass einige Arbeitnehmer wegen ihrer Religion oder Weltanschauung weniger günstig behandelt werden als andere, so dass eine unmittelbare Diskriminierung vorliegt.⁴⁴

Für den Fall, dass eine solche mittelbare Diskriminierung gleichwohl nicht festgestellt werden sollte, liege eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn es zu einer

35 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 64.

36 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 65.

37 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 60.

38 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 82.

39 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 85.

40 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 61; so auch bereits EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – juris (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*), Rn. 112.

41 BAG, 19.12.2019 – 8 AZR 2/19 – AP AGG § 8 Nr. 3; EuGH, 7.2.2018 – C-142/17 und C-143/17 – NJW 2018, 1808 (*Maturi ua.*).

42 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 49; so auch EuGH, 26.1.2021 – C-16/19 – EU:C:2021:64 (*Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie*), Rn. 32.

43 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 52.

44 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE und MH Müller*), Rn. 73.

besonderen Benachteiligung der Personen führt, die einer bestimmten Religion oder Weltanschauung anhängen.⁴⁵

Diese Sichtweise leuchtet nicht recht ein. Dass derselbe Sachverhalt sowohl eine unmittelbare als auch eine mittelbare Diskriminierung sein könne,⁴⁶ überrascht.

Auch der Ansatz, bei einer Regelung, die ausdrücklich glaubensbekundende Kleidung untersagt, lediglich eine mittelbare Diskriminierung anzunehmen, erscheint problematisch. Betriebliche Regelungen, die ausdrücklich das Tragen glaubensbekundender Kleidung untersagen, stellen wohl eher eine (zumindest verdeckte) unmittelbare Benachteiligung dar.⁴⁷ Die Arbeitnehmerin wird ausdrücklich wegen des Bekennens ihres Glaubens durch das Tragen eines Kopftuchs – also in direkter Anknüpfung an ein verbotenes Merkmal (Religion) – schlechter behandelt. Ein Kopftuchverbot dürfte nicht dadurch zu einer lediglich mittelbaren Diskriminierung werden, dass auch die Kippa und der Turban verboten sind.⁴⁸ Der EuGH orientiert sich am Schutzzweck Gleichheit der Richtlinie, vernachlässigt aber das geschützte Merkmal Religionsfreiheit, obwohl der Gerichtshof selber ausführt, dass die RL 2000/78/EG jeder Person einen wirksamen Schutz vor Diskriminierungen unter anderem aus diesem Grund bietet.⁴⁹

IX. Unterschiedslose, allgemeine Anwendung

Wer Mitarbeitern verbietet, am Arbeitsplatz sichtbare Zeichen ihrer politischen, weltanschaulichen oder religiösen Überzeugungen zu tragen, muss diese Neutralitätsregel allgemein und unterschiedslos anwenden und konsequent und systematisch ihre Befolgung durchsetzen. Sie kann nur dann gerechtfertigt sein, wenn ausnahmslos jede sichtbare Ausdrucksform politischer, weltanschaulicher oder religiöser Überzeugungen verboten ist.⁵⁰

Ein auf das Tragen auffälliger großflächiger Zeichen beschränktes Verbot kann eine unmittelbare Diskriminierung wegen der Religion oder der Weltanschauung darstellen.⁵¹ Ob das Bekleidungsstück religiös verpflichtend ist oder aus freien Stücken getragen wird, macht, wie der EuGH darlegt, keinen Unterschied.⁵²

Da ausnahmslos alle sichtbaren politischen, weltanschaulichen oder religiösen Zeichen zu untersagen sind, muss auch ein weit verbreitetes dezentes Kreuz als

Schmuckstück verboten sein. Der Arbeitgeber darf zB. auch nicht sichtbar Plakate der Initiative Neue Soziale Marktwirtschaft aufhängen. Er darf jedwede Zeichen für Demokratie, für Frieden und Gleichberechtigung, für Black Lives Matter, Fridays for Future oder Zeichen gegen Rassismus, gegen Homophobie und gegen Antisemitismus nicht tolerieren. Diese Stringenz dürfte in der Praxis kaum vermittelbar sein und Anhänger eines Kopftuchverbots damit vor kaum überwindbare Hürden stellen.

X. Weltanschauung

Arbeitgeber, die Neutralitätsanordnungen erlassen wollen, müssen wissen, was unter Weltanschauung zu verstehen ist. Nur so können sie, wie erforderlich, kohärent handeln. Das Terrain ist schwierig.

Weltanschauung ist das weltliche Pendant zur Religion.⁵³ Der Begriff dient als Sammelbezeichnung für alle religiösen, ideologischen und politischen Leitauffassungen.⁵⁴ Eine Weltanschauung beschränkt sich auf innerweltliche Bezüge, die das Weltgeschehen in großen

45 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (WABE und MH Müller), Rn. 74.

46 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (WABE und MH Müller), Rn. 73 und 73.

47 Berka, EuZA 2017, 478; Brors, AuR 2018, 114; German, EuR 2018, 240; Jacobs, RdA 2018, 265; Klein, NVwZ 2017, 920; Mangold/Payandeh, EuR 2017, 704; Preis/Morgenbrodt, ZESAR 2017, 311; Sagan, EuZW 2017, 459; Sandhu, KJ 2017, 522; HK-AGG-Schrader/Schubert (Fn. 27), § 3 AGG Rn. 38; Schubert, NJW 2017, 2584; A. Stein, NZA 2017, 829; P. Stein, SR 2018, 116; Sura, DB 2018, 1602; zustimmend Frenz, Anm. zu EuGH C-157/15 und C-188/15, DVBl. 2017, 632; Hartmeyer, EuZA 2017, 553; Hlava, AuR 2017, 45; Sprenger, EuZA 2017, 357; Wagner, EuR 2018, 740; offen Biltgen, AuR 2018, 167.

48 Sagan, EuZW 2017, 459.

49 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (WABE und MH Müller), Rn. 51; so auch EuGH, 26.1.2021 – C-16/19 – EU:C:2021:64 (Szpital Kliniczny im. dra J. Babińskiego Samodzielny Publiczny Zakład Opieki Zdrowotnej w Krakowie), Rn. 32

50 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (WABE und MH Müller), Rn. 77.

51 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (WABE und MH Müller), Rn. 73; im Fall *Eweida* hat der EuGH hingegen eine Unterscheidung zwischen großen und kleinen Zeichen gebilligt.

52 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (WABE und MH Müller), Rn. 73.

53 Kummer, Umsetzungsanforderungen der neuen arbeitsrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinie (RL 2000/78/EG), Frankfurt aM. 2003 (zugl. Bielefeld, Univ., Diss 2003), S. 72.

54 Windisch-Graetz, in: Rebhahn (Hrsg.), Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz, Wien ua. 2005 (im Folgenden: GIBG), § 17 Rn. 20.

Zusammenhängen werten, ohne dabei auf Transzendenz zu verweisen.

Subjektiv individuelle Vorstellungen genügen.⁵⁵ Innere Einstellungen und Überzeugungen genügen den Voraussetzungen einer Weltanschauung.⁵⁶ Sie müssen aber einen Bezug zu einer Weltanschauung haben. Es geht um -ismen.⁵⁷ Das ist von der bloßen Meinung abzugrenzen. Ein hinreichend geschlossenes Gedankengebäude ist unverzichtbar.⁵⁸

Philosophische und wissenschaftliche Modelle können Weltanschauungen in diesem Sinne sein.⁵⁹ Nach der EMRK ist der Atheismus geschützt.⁶⁰ Dasselbe gilt für Pazifismus⁶¹ und Veganismus⁶². Neueren Religionsgemeinschaften, wie beispielsweise Scientology, wurde ebenfalls das Recht auf Schutz zuerkannt.⁶³ Darwinismus, Psychoanalyse, Marxismus⁶⁴, Neoliberalismus oder Keynesianismus sind Weltanschauungen, wenn ihre Aussagen als unbezweifelte Gewissheit das Verhältnis des Einzelnen zu seiner Umwelt bestimmen.⁶⁵

Überzeugungen, die programmatisch nicht verankert sind, machen keine Weltanschauung aus.⁶⁶ Kultische Handlungen ohne Einbettung in einen übergeordneten Gesamtzusammenhang machen keine Weltanschauung aus.⁶⁷ Eine Meinung, die Weltanschauung sein will, muss das qualifizierende Merkmal aufweisen, dass sie ein System von Aussagen, Urteilen oder Wertungen darstellt, aus dem sich im Einzelfall konkrete Stellungnahmen ableiten lassen. Es muss also um Aussagen gehen, die den Charakter einer Überzeugung⁶⁸, das heißt einer systematisch begründeten und abgeleiteten sowie subjektiv verbindlichen Gewissheit haben.

Um eine Religion oder Weltanschauung handelt es sich nicht, wenn unter dem Deckmantel religiöser oder weltanschaulicher Ziele andere Zwecke verfolgt werden.⁶⁹ So stellen das Schüren von Ressentiments gegen Minderheiten, Gewalt gegen Frauen, Sexismus, Rassismus, Antisemitismus oder der kollektive Genuss von Alkohol für sich genommen keine Weltanschauung dar. Ohnehin endet der Schutz vor religiöser und weltanschaulicher Diskriminierung, sobald die Grenze zur Rechtswidrigkeit überschritten wird (vgl. Art. 2 Abs. 5 RL 2000/78/EG und Art. 9 Abs. 2 GG).⁷⁰ So wurde bereits als zulässiger Eingriff in die Weltanschauungsfreiheit unter dem Gesichtspunkt »Schutz der öffentlichen Sicherheit« iSv. Art. 18 Abs. 3 IPBPR eine strafrechtliche Verurteilung wegen des Versuchs, die faschistische Partei Italiens neu zu gründen,

akzeptiert.⁷¹ Das BVerwG hat es für zulässig erachtet, dass staatliche Stellen aus Gründen des Gesundheitsschutzes vor der Sekte *Transzendente Meditation* warnen.⁷²

Ebenso wenig machen lediglich persönliche Einstellungen, Sympathien oder Haltungen eine Weltanschauung aus.⁷³ Dasselbe gilt für die Tätigkeit als Betriebsrat⁷⁴ oder das Ministerium für Staatssicherheit.⁷⁵ Auch die satirische Persiflage christlicher Kirchen (»Kirche des fliegenden Spaghettimonsters Deutschland«) genügt nicht.⁷⁶

55 Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021, § 1 AGG Rn. 9.

56 Kummer, Umsetzungsanforderungen (Fn. 53), S. 73.

57 Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, München 2008, § 1 Rn. 37.

58 von Campenhausen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Bd. VI, Heidelberg 2005, § 136, Rn. 42.

59 Zum Begriff der Weltanschauung siehe von Campenhausen, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 58), § 136 Rn. 43; Kokott, in: Sachs (Hrsg.), GG-Kommentar, 9. Aufl., München 2021, Art. 4 Rn. 20 mwN.; Thüsing, Arbeitsrechtlicher Diskriminierungsschutz, 2. Aufl., München 2013, S. 37 ff.

60 EKMR, 3.12.1986 – Nr. 10491/83 – 10 EHRR 123 (Angelini vs. Schweden).

61 EKMR, 12.10.1978 – Nr. 7050/75 – DR 19, 5, 49 (Arrowsmith).

62 EKMR, 24.2.1993 – Nr. 21482/93 – 16 EHRR CD 44 (H vs. Vereinigtes Königreich).

63 EGMR, 5.4.2007 – Nr. 18147/02 – juris (Scientology-Kirche Moskau/Russland).

64 ArbG Berlin, 30.7.2009 – 33 Ca 5772/09 – NZA-RR 2010, 70; Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein (Fn. 57), § 1 AGG Rn. 37; HK-AGG-Däubler (Fn. 27), § 1 AGG Rn. 60 mwN.; zum Kommunismus als Weltanschauung BAG, 20.6.2013 – 8 AZR 428/12 – NZA 2014, 21.

65 Preuß, in: Bäuml/Azzola (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl., München 2001, Art. 4 Rn. 14; aA Thüsing, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 1, 8. Aufl., München 2018, § 1 AGG Rn. 70, der Antworten auf grundlegende Fragen des Woher und Wohin menschlicher Existenz verlangt.

66 GlBG-Windisch-Graetz (Fn. 54), § 17 Rn. 23.

67 Bauer/Göpfert/Krieger, AGG EntgTranspG, 5. Aufl., München 2018, § 1 Rn. 32.

68 Auch die anderen Sprachfassungen der Richtlinie legen den Begriff »Überzeugung« nahe, vgl. Däubler, NJW 2006, 2009.

69 So das BAG zu Scientology. Weitere Einzelheiten s. Bauer/Göpfert/Krieger, AGG EntgTranspG (Fn. 67), § 1 Rn. 33.

70 Vgl. BVerwG, 25.1.2006 – 6 A 6/05 – NVwZ 2006, 694; Kummer, Umsetzungsanforderungen (Fn. 53), S. 74.

71 UN-AMR, 10.4.1984 – 84 R 26/117 – EuGRZ 1984, 293.

72 BVerwG, 23.5.1989 – 7 C 2/87 – BVerwGE 82, 78. Es ging um die Befugnis der Bundesregierung, vor dieser Sekte zu warnen.

73 BAG, 20.6.2013 – 8 AZR 482/12 – NZA 2014, 21 ff.

74 ArbG Wuppertal, 1.3.2012 – 6 Ca 3382/11 – RDV 2013, 99.

75 ArbG Berlin, 30.7.2009 – 33 Ca 5772/09 – NZA-RR 2010, 70.

76 VG Potsdam, 13.11.2015 – 8 K 4253/13 – juris; LG Frankfurt/Oder, 13.4.2016 – 11 O 327/15 – juris; OLG Brandenburg, 2.8.2017 – 4 U 84/16 – juris.

XI. Ungleiche Betroffenheit

Die von Unternehmen verfolgte Neutralitätspolitik trifft nicht alle gleich. Faktisch sind vorrangig Musliminnen betroffen. Hinzu kommen Angehörige anderer Religionen, die sich dazu verpflichtet fühlen, sichtbare Attribute ihres Glaubens zu tragen (Sikhs mit Turban oder Juden mit Kippa).⁷⁷

Indem der EuGH im Urteil vom 15. Juli 2021 *WABE* und *MH Müller* allein die Gleichbehandlungsrichtlinie thematisiert, vernachlässigt er einerseits, dass Kopftuchverbote nur Frauen betreffen und daher auch geschlechterdiskriminierend sind. Ein Kopftuchverbot trifft andererseits überproportional Frauen mit Migrationshintergrund, sodass ebenfalls eine Diskriminierung aufgrund ethnischer Herkunft zu erwägen ist.⁷⁸ Die Kopftuchverbote sind daher auch an den Vorgaben der Gender-RL⁷⁹ zu messen.⁸⁰

XII. Positive Religionsfreiheit: Art. 4 GG

Wer nach dem *Egenberger-Konflikt*⁸¹ auf eine neue Konfrontation zwischen EuGH und BVerfG gesetzt hatte, sieht sich enttäuscht. Im *WABE*-Urteil betont der EuGH, dass die die RL 2000/78 lediglich einen allgemeinen Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf festlegt. Damit haben die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Vielfalt der von ihnen verfolgten Ansätze in Bezug auf den Platz, den sie in ihrem Inneren der Religion einräumen, einen Wertungsspielraum.⁸² Die *WABE*-Entscheidung bietet keinerlei Angriffsflächen für Ultra Vires- und Identitätskontrollfragen oder einen Willkürvorwurf.

Nationale Vorschriften, die die Religionsfreiheit schützen, dürfen bei der Prüfung der Frage, ob eine mittelbare Ungleichbehandlung wegen der Religion oder der Weltanschauung angemessen ist, sonach als günstigere Vorschriften im Sinne von Art. 8 Abs. 1 der RL 2000/78 EG berücksichtigt werden. Es ist den Mitgliedstaaten überlassen, den Einklang zwischen der Gedanken-, der Weltanschauungs- und der Religionsfreiheit und den rechtmäßigen Zielen, die zur Rechtfertigung einer Neutralitätsanordnung dienen, herzustellen. Folglich erlaubt es die RL 2000/78/EG,

dem jeweiligen Kontext der einzelnen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen und jedem Mitgliedstaat im Rahmen des notwendigen Ausgleichs der verschiedenen in Rede stehenden Rechte und Interessen einen Wertungsspielraum einzuräumen, um ein gerechtes Gleichgewicht zwischen diesen zu gewährleisten.⁸³ Maßgebend ist, dass mit der Richtlinienauslegung des EuGH lediglich unionsrechtliche Mindeststandards gesetzt werden.⁸⁴ Es steht den Mitgliedstaaten frei, günstigere Vorschriften einzuführen oder beizubehalten. Die Umsetzung dieser RL »darf nicht eine Absenkung des in den Mitgliedstaaten bereits bestehenden Schutzniveaus rechtfertigen« (28. Ewg.). Dies spiegelt sich in Art. 8 der RL 2000/78/EG wider. Der in Deutschland erreichte Diskriminierungsschutz braucht deshalb nicht gesenkt zu werden. Er bildet das unionsrechtlich vorgegebene Mindestmaß bereits ab, darf aber höher sein.

XIII. Kopftuchverbote in Deutschland

Da der nationale Grundrechtsschutz – insbesondere die Rechtsprechung des BVerfG – aktuell bleibt, gilt die freiheitliche Dimension von Art. 4 GG weiter.⁸⁵ Die bisherige Karlsruher Rechtsprechung hat nach dem Urteil des EuGH vom 15. Juli 2021 in den Sachen *WABE* und *MH Müller*⁸⁶ weiter Bestand.⁸⁷

77 *Berghahn*, Vorgänge 2017, 31.

78 *Mangold/Payandeh*, EuR 2017, 711.

79 RL 2006/54/EG.

80 Weder der ArbG Hamburg noch der BAG hatten die Gender-RL thematisiert.

81 EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – AP Nr. 42 zu Richtlinie 2000/78/EG (*Egenberger*); BAG, 25.10.2018 – 8 AZR 501/14 – BAGE 164, 117 (*Egenberger*); Verfassungsbeschwerde des Evangelischen Werks für Diakonie und Entwicklung eV. – 2 BvR 934/19.

82 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE* und *MH Müller*), Rn. 86 ff.

83 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE* und *MH Müller*), Rn. 86 ff.

84 *Neugebauer/Sura*, RdA 2018, 355; ausführlich *Sandhu*, ZESAR 2019, 175.

85 So schon bisher *Klein*, NVwZ 2017, 920; *Preis/Morgenbrodt*, ZESAR 2017, 309; *Sandhu*, KJ 2017, 517; aA. *Meyer*, EuZA 2020, 207, 220.

86 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE* und *MH Müller*).

87 Ebenso *Fuhlrott*, NZA-RR 2021, 448.

1. Privatrechtlicher Bereich

Der Arbeitgeber kann nicht von der Arbeitnehmerin die Einhaltung eines im Betrieb allgemein üblichen Bekleidungsstandards verlangen und sie zu einer Arbeitsleistung ohne Kopftuch auffordern. Sowohl bei der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers als auch bei der Ausgestaltung von vertraglichen Rücksichtnahmepflichten ist das durch Art. 4 Abs. 1 GG grund- und durch das Verbot der Benachteiligung wegen der Religion (§§ 1, 7 AGG) einfachrechtlich geschützte Anliegen einer Arbeitnehmerin, aus religiösen Gründen ein Kopftuch bei der Arbeit zu tragen, zu beachten.⁸⁸ Aber je nach Beruf der betroffenen Muslima sind unterschiedliche Grundrechtspositionen und Interessen nach Maßgabe praktischer Konkordanz abzuwägen.⁸⁹

Bodenangestellte von Fluggesellschaften dürfen während der Arbeitszeit sichtbar eine Kette mit Kreuz tragen.⁹⁰ Ebenso darf Zahnarthelferinnen das Tragen eines Kopftuchs nicht verboten werden.⁹¹ Das Tragen eines Kopftuchs durch eine Verkäuferin islamischen Glaubens trotz gegenteiliger Weisung des Arbeitgebers rechtfertigt auch in ländlichen Gebieten keine verhaltensbedingte Kündigung.

Begründet ein Arbeitgeber die Kündigung einer Verkäuferin mit eventuell negativen Reaktionen der Kundschaft, verlangt das BAG, dass zunächst im Rahmen des Zumutbaren versucht wird, Störungen zu vermeiden. Glaubensfreiheit und Unternehmerfreiheit müssen abgewogen berücksichtigt werden.⁹² Unternehmensinteressen sind ein rechtmäßiges Ziel nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i RL 2000/78/EG. Sie können eine Diskriminierung aber nur rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf dieses Ziel verhältnismäßig sind. Diskriminierende Kundenerwartungen können keine legitime berufliche Anforderung darstellen.⁹³ Kundenerwartungen können nur im Ausnahmefall, wie bei einem besonderen Vertrauensverhältnis bei den Aufgaben einer Frauenreferentin, berücksichtigt werden, da hier die Tätigkeit und nicht eine Rolle (Frau) den Bezugspunkt für die Differenzierung darstellt.⁹⁴ Das auf einen Kundenwunsch erfolgende Verbot islamischer Kopftücher würde zu einer Verstärkung von Vorurteilen führen und wäre daher mit der Zielsetzung des Antidiskriminierungsrechts, diskriminierende Strukturen und Vorurteile abzubauen, schwer vereinbar.⁹⁵

Hinzu kommt, dass nach Art. 52 Abs. 3 GrCh die Gewährleistungen der Charta mindestens die gleiche

Bedeutung und Tragweite haben, wie entsprechende Rechte in der EMRK. Der Grundrechtsschutz der Charta darf nicht hinter demjenigen der Konvention zurückbleiben. Nach Art. 9 Abs. 2 EMRK sind Einschränkungen der Bekenntnisfreiheit nur dann zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen und aus konkreten Gründen (öffentliche Sicherheit und Ordnung, Gesundheit, Moral oder Schutz der Rechte und Freiheiten anderer) notwendig sind. Im Fall *Eweida*⁹⁶ führte der EGMR wie bereits angesprochen aus, dass zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ein fairer Ausgleich erreicht werden muss. Ein diskretes Kreuz lenkt nicht vom beruflichen Erscheinungsbild ab. Das Tragen religiöser Kleidungsstücke wirkte sich im Entscheidungsfall nicht nachteilig auf die Marke oder das Image der Fluggesellschaft aus.

Richtigerweise ist daher auch bei einer allgemeinen Regel zum Tragen neutraler Kleidung im Einzelfall zu prüfen, ob die Einschränkung der Religionsfreiheit gerechtfertigt ist. Das vom Arbeitgeber verfolgte Unternehmensbild ist nach der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH nicht höher zu gewichten als das Recht der Religionsausübung. In einer offenen und pluralistischen demokratischen Gesellschaft sollte ein Kunde jedoch im Allgemeinen ein Kopftuch tolerieren können.⁹⁷

Zu einem anderen Ergebnis wird man kommen, wenn einer Verkäuferin das Tragen einer Burka (vollkommene Verhüllung) verboten wird, soweit für das Kundengespräch Augenkontakt und Mimik als eine berufliche Anforderung nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG erforderlich sind.

88 BAG, 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – AP Nr. 44 zu KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung.

89 Ruffert, JZ 2009, 389.

90 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

91 ArbG Berlin, 28.3.2012 – 55 Ca 2426/12 – NZA-RR 2012, 627.

92 BAG, 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – AP Nr. 44 zu KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung; BVerfG, 30.7.2003 – 1 BvR 792/03 – AP Nr. 134 zu GG Art. 12; Hoevens, NZA 2003, 701; Preis, RdA 2003, 2448; sa. BAG, 20.8.2009 – 2 AZR 472/01 – NZA 2010, 227.

93 HK-AGG-Brors (Fn. 27), AGG § 8 Rn. 10 ff.

94 HK-AGG-Brors (Fn. 27), AGG § 8 Rn. 10, 13, 16.

95 Grünberger, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019, § 3 Rn. 224.

96 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

97 Vgl. dahingehend EGMR, 15.1.2013 – 48420/10, 59842/10, 51671/10, 36516/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida); Brose/Greiner/Preis, NZA 2011, 369.

2. Öffentlich-rechtlicher Bereich

Im öffentlichen Dienst bleibt ein flächendeckendes Kopftuchverbot unzulässig. Geboten ist eine die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung des Staates. Einer – wie vom EuGH gefordert – »kohärenten und systematischen Umsetzung« eines derartigen Neutralitätsgebots steht entgegen, dass der Staat nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG »den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet« zu sichern hat.⁹⁸

Mittlerweile normieren das Bundesbeamtengesetz sowie landesgesetzliche Vorschriften ein Neutralitätsgebot. Nach § 61 Abs. 2 BBG in der Fassung des Gesetzes zur Regelung des Erscheinungsbilds von Beamtinnen und Beamten vom 28. Juni 2021⁹⁹ können durch Rechtsverordnung religiös oder weltanschaulich konnotierte Kleidungsstücke untersagt werden. Die Dienstherrn werden ermächtigt, »religiös oder weltanschaulich konnotierte Merkmale des Erscheinungsbildes« einzuschränken oder zu untersagen, »wenn sie objektiv geeignet sind, das Vertrauen in die neutrale Amtsführung der Beamtin oder des Beamten zu beeinträchtigen«. Im Klartext wird damit die Möglichkeit zu Kopftuchverboten im öffentlichen Dienst bundesweit und unabhängig von der dienstlichen Funktion eröffnet. Die Bestimmung ist problematisch, weil sie suggeriert, dass das Kopftuch von uniformierten Beamtinnen immer dazu geeignet ist, das Vertrauen in ihre neutrale Amtsführung zu beeinträchtigen. Durch die Formulierung »objektiv geeignet« geht es nicht darum, ob eine Beamtin mit Kopftuch im Einzelfall aufgrund ihres Verhaltens das Vertrauen beeinträchtigt, sondern um die Klarstellung, dass es für diese Wirkungen nicht auf die Absichten der Trägerin ankommt. Der Zweite Senat des BVerfG hat 2020 eine derartige Sicht gebilligt:¹⁰⁰ Der Staat dürfe Maßnahmen ergreifen, die die Neutralität der Justiz aus der Sichtweise eines objektiven Dritten unterstreichen. Das ist ziemlich weit hergeholt und eine Absetzbewegung von der überzeugenden Rechtsprechung des Ersten Senats. Warum soll ein schlichtes Kopftuch eine sozialkommunikative Neutralitätsgefährdung sein, obgleich auch das Gericht zutreffend davon ausgeht, dass Religiosität als solche kein Indiz für Voreingenommenheit ist?¹⁰¹ Wer ist der »objektive« Dritte, den der Senat bemüht? Setzt Objektivität nicht gerade voraus, sich um ein angemessenes Verständnis für die legiti-

men religiösen Bedürfnisse einer Amtsträgerin zu bemühen? Der objektive Dritte erscheint als Chiffre für Ressentiments und unhinterfragte Normalitätsvorstellungen. Überzeugender war das BVerfG, als es 2015 entschied, dass Lehrerinnen das Tragen eines muslimisch motivierten Kopftuches nicht allein wegen dessen abstrakter Eignung zur Begründung einer Gefahr für Schulfrieden und staatliche Neutralität verboten werden könne.¹⁰²

Bereits seit 1985 regelt § 17a des VersG ein Vermummungsverbot bei Demonstrationen. Am 15. Juni 2017 trat das Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtshüllungen und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften in Kraft.¹⁰³ Es verbietet Beamten bei einer Tätigkeit mit unmittelbarem Dienstbezug und Soldaten das Gesicht zu verhüllen (§ 61 BBG, § 34 BeamStG, § 17 SG). Es regelt ferner die Mitwirkung bei der Identitätsfeststellung oder beim Lichtbildabgleich (§ 1 PAuswG, § 47a AufenthG). Mitglieder der Wahlorgane nach § 10 BWahlG dürfen während der Ausübung ihres Amtes ihr Gesicht nicht verhüllen. Wirkt ein Wähler auf Verlangen des Wahlvorstands nicht bei seiner Identifizierung mit, kann ihm die Stimmabgabe verweigert werden (§ 56 BWO). Seit dem 1. August 2017 enthält das Bayrische Beamtengesetz entsprechende Vorschriften.¹⁰⁴ Darüber hinaus dürfen Mitglieder einer Hochschule in Hochschuleinrichtungen und bei Hochschulveranstaltungen ihr Gesicht nicht verhüllen. Ebenso gilt in Schulen, in Kindertageseinrichtungen und in der Tagespflege ein Verhüllungsverbot.

a) Lehrerinnen

Ein pauschales Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen¹⁰⁵ ist verfassungsrechtlich nicht haltbar. Mit dem Tragen eines Kopftuches durch einzelne Pädagoginnen ist keine Identifizierung des Staates mit einem bestimmten Glauben verbunden. Der Staat nimmt nur hin,

98 BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2020, 1049 ff.

99 Ohne Aussprache im Bundestag und von der Öffentlichkeit weitgehend unbemerkt beschlossen.

100 BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2020, 1049 ff.

101 BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2020, 1049, 1054, Rn. 99.

102 BVerfG, 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 – NJW 2015, 1359.

103 Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtshüllungen und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften, BGBl. 2017 I, S. 1570.

104 Gesetz über Verbote der Gesichtshüllungen in Bayern vom 12.7.2017, GVBl. 2017, S. 362.

105 ZB. § 2 Berliner Neutralitätsgesetz (Gesetz zu Artikel 29 der Verfassung von Berlin vom 27.1.2005 – VerfArt29G, GVBl. 2005, 92).

er ordnet nicht an. Die Freiheit, religiös konnotierte Kleidungsstücke zu tragen, darf zwar eingeschränkt werden, aber nur bei einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität. Der Schutz des Grundrechts auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) gewährleistet auch Lehrkräften in der öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule die Freiheit, einem aus religiösen Gründen als verpflichtend verstandenen Bedeckungsgebot zu genügen, wie dies etwa durch das Tragen eines islamischen Kopftuchs der Fall sein kann. Ein gesetzliches Verbot religiöser Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild schon wegen der bloß abstrakten Eignung zur Begründung einer Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität in einer öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule ist unverhältnismäßig, wenn dieses Verhalten nachvollziehbar auf ein als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen ist. Ein angemessener Ausgleich der verfassungsrechtlich verankerten Positionen – der Glaubensfreiheit der Lehrkräfte, der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schülerinnen und Schüler sowie der Eltern, des Elterngrundrechts und des staatlichen Erziehungsauftrags – erfordert eine einschränkende Auslegung der Verbotsnorm, nach der zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter vorliegen muss.¹⁰⁶ Die Auffassung des ArbG Berlin¹⁰⁷, es reiche aus, dass das Kopftuchverbot nicht für Lehrerinnen an berufsbildenden Schulen gelte, ist abzulehnen.

Das Kopftuch einer Lehrerin gefährdet die staatliche Neutralität nicht. Unterrichtete die Lehrerin mit ihrem Kopftuch ohne Probleme bereits längere Zeit, treten jetzt aber Probleme für den Schulfrieden auf, sind diese kaum der Lehrerin anzulasten, sondern den Störern. Zunächst einmal wird eine Verhaltensänderung deshalb dann von den Störern, nicht aber von der Lehrerin zu verlangen sein.¹⁰⁸

Bei einer muslimischen Lehrerin sind auch die Religionsfreiheit der Kinder und deren Eltern zu berücksichtigen. Ein Pauschalurteil verbietet sich. Eine Muslima ist nicht allein deshalb für den Schuldienst ungeeignet, weil sie aus religiöser Überzeugung ein Kopftuch trägt.¹⁰⁹ Die gegenteilige Entscheidung des BVerwG¹¹⁰ hat das BVerfG aufgehoben.¹¹¹ Der EGMR erkannte 2001 in einem generellen Verbot für Lehrerinnen, ein Kopftuch zu tragen, keinen Verstoß gegen Art. 9 EMRK.¹¹² Hingegen wertet er die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags, weil die im öffentlichen Dienst beschäftigte Arbeitneh-

merin ein muslimisches Kopftuch trägt, als Verletzung der Religionsfreiheit.¹¹³

b) Erzieherinnen

Eine gesetzliche Regelung, nach der Fachkräfte in öffentlich-rechtlichen Kindertagesstätten keine religiösen Bekundungen abgeben dürfen, die geeignet sind, die Neutralität des Landes in Frage zu stellen, wurde früher vom BAG gebilligt.¹¹⁴ Soweit pädagogisches Personal aus offenkundig religiös motivierten Gründen eine Kopfbedeckung trägt, wurde wegen eines Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot eine Abmahnung als gerechtfertigt angesehen.¹¹⁵ Im Lichte seines Beschlusses vom 27. Januar 2015 bezüglich der Lehrkräfte an öffentlichen Schulen hat das BVerfG diese Entscheidungen folgerichtig aufgehoben.¹¹⁶ Durch das EuGH-Urteil in Sachen *WABE* und *MH Müller*¹¹⁷ ist klar gestellt, dass eine Neutralitätsanordnung in einer KITA, die religiöse Vielfalt explizit begrüßt, nicht haltbar ist.

106 BVerfG, 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 – NJW 2015, 1359.

107 ArbG Berlin, 14.4.2016 – 58 Ca 13376/15 – juris; aufgehoben mit überzeugender Begründung durch LAG Berlin-Brandenburg, 9.2.2017 – 14 Sa 1038/16 – NZA-RR 2017, 378; ebenso LAG Berlin-Brandenburg, 24.5.2018 – 58 Sa 7193/17 – juris; LAG Berlin-Brandenburg, 27.11.2018 – 7 Sa 963/18 – NZA-RR 2019, 280; BAG, 27.8.2020 – 8 AZR 62/19 – NZA 2021, 189 (dazu zutreffend *Hecker*, NZA 2021, 480); Das Kopftuchverbot für Lehrerinnen nach dem Berliner Neutralitätsgesetz; zwei Kammern des ArbG Berlin wiesen erneut Klagen Kopftuch tragender Lehrerinnen ab: ArbG Berlin, 9.5.2018 – 60 Ca 8090/17 – juris und ArbG Berlin, 24.5.2018 – 58 Ca 7193/17 – juris.

108 Häberle, *Der Staat* 2018, 57 f.

109 Böckenförde, NJW 2001, 723; *Morlok/Krüper*, NJW 2003, 1020; *Wiese*, Grundrechte-Report 2015, 62; sa. ArbG Berlin, 28.3.2012 – 55 Ca 2426/12 – NZA-RR 2012, 627.

110 BVerwG, 4.7.2002 – 2 C 21/01NN – NJW 2002, 3344.

111 BVerfG, 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282.

112 EGMR, 15.2.2001 – 42393/98 – NJW 2001, 2871.

113 EGMR, 26.11.2015 – 64846/11 – NZA-RR 2017, 62 ff. (Ebrahimian).

114 BAG, 12.8.2010 – 2 AZR 593/09 – NZA-RR 2011, 162; BAG, 20.8.2009 – 2 AZR 499/08 – NZA 2010, 227; BAG, 10.12.2009 – 2 AZR 55/09 – NZA-RR 2010, 383.

115 BAG, 20.8.2009 – 2 AZR 499/08 – NZA 2010, 227 (Baskenmütze); LAG Stuttgart, 19.6.2009 – 7 Sa 84/08 – LAGE Art. 4 GG Nr. 2 (Kopftuch).

116 BVerfG, 18.10.2016 – 1 BvR 354/11 – NZA 354, 11.

117 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE* und *MH Müller*).

c) Referendarinnen

Ohne gesetzliche Grundlage darf einer Rechtsreferendarin nicht untersagt werden, während einer Gerichtsverhandlung ein Kopftuch zu tragen.¹¹⁸ Eine gesetzliche Regelung,¹¹⁹ wonach Gerichte nicht mit religiösen oder weltanschaulichen Symbolen ausgestattet werden dürfen und die Mitglieder des Spruchkörpers sowie das staatliche Justizpersonal derartige Symbole im Amt nicht tragen dürfen, wäre zulässig.¹²⁰ Der Hessische VGH hat ein entsprechendes Kopftuchverbot bestätigt.¹²¹ Den dagegen gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung lehnte das BVerfG ab, da die Prozesspartei einer vom Staat geschaffene Lage ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen sich dieser manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist.¹²² Auch im Hauptsacheverfahren erklärte das BVerfG ein Kopftuchverbot für Rechtsreferendarinnen für verfassungsgemäß. Der Gesetzgeber sei verfassungsrechtlich frei, Kopftücher für Referendare zu erlauben oder verbieten.¹²³

3. Kirchlicher Bereich

Ein kirchlicher Arbeitgeber kann das Tragen eines islamischen Kopftuchs nicht generell untersagen.¹²⁴ Eine Krankenschwester macht mit dem Tragen dieses Kopftuchs von ihrem Grundrecht Gebrauch.¹²⁵ Sie ist nicht Tendenzträgerin. Wenn sie ihre Tätigkeit in einem Krankenhaus der Caritas nur mit Kopftuch ausüben will, ist sie weiterhin in der Lage, ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.¹²⁶ Die Versorgung der Patienten wird dadurch weder behindert noch erschwert. Eine Kündigung scheidet aus. Ein kirchlicher Arbeitgeber kann zwar von den Arbeitnehmern, die Funktionsträger sind, die Einhaltung der wesentlichen kirchlichen Grundsätze verlangen.¹²⁷ Das Tragen eines Kopftuches durch eine muslimische Pflegekraft fällt nicht darunter, es gefährdet nicht den Tendenzbereich eines kirchlichen Trägers.

Die gegenteilige Überlegung,¹²⁸ Außenstehende könnten den Eindruck gewinnen, die Kirche halte Glaubenswahrheiten für beliebig austauschbar, wenn ein kirchlicher Krankenhausträger Glaubensbekundungen durch das Tragen eines Kopftuches toleriert, wirkt nicht lebensnah. Dass, wie das BAG anführt, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht unter diesen Umständen nicht gewahrt werden könne, überzeugt nicht. Die Beschwörung einer

ernsthaften Gefährdung des Verkündigungsauftrags der Kirche und deren Glaubwürdigkeit ist durchaus nicht alternativlos – denkbar wäre ein toleranter Umgang mit Minderheiten. Schreitet ein kirchlicher Träger nicht ein, wenn eine Pflegekraft mit Kopftuch arbeitet, führt dies nach allem, was bekannt ist, nicht dazu, dass Arbeitnehmerinnen anderer Religionen automatisch ihrerseits religiöse Symbole tragen wollen. Wie sonst auch: Selbstbewusster Umgang mit abweichendem Verhalten und Barmherzigkeit gegenüber Menschen in Gewissensnot können überzeugender sein als starres Pochen auf Regeln.

Anderes gilt, wenn eine Kopftuch-tragende Krankenschwester Patienten zum Islam zu bekehren sucht oder sie in deren (christlicher) Religionsausübung behindert.

Es ist unzulässig, Nonnen in Ordenstracht unterrichten zu lassen, einer muslimischen Lehrerin hingegen das Tragen eines Kopftuchs zu verbieten.¹²⁹

XIV. Negative Religionsfreiheit

Die teilweise vertretene Auffassung,¹³⁰ die negative Glaubensfreiheit der Arbeitskollegen sei betroffen, wenn eine Arbeitnehmerin ein Kopftuch trägt, beruht auf einem Missverständnis. Die bloße Verwendung religiöser Symbole ist kein Fall der negativen Glaubensfreiheit. Wer damit konfrontiert ist, wird in nicht zu einem eigenen reli-

118 BVerwG, 12.11.2020 – 2 C 5/19 – NVwZ 2021, 411 ff.; VerwG Augsburg, 23.6.2016 – Au 2K 15.457 – juris. Den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (Sitzungsdienst mit Kopftuch) wies das BVerfG ab, BVerfG 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2017, 2333.

119 Derartige Regelungen gelten bereits in Bayern, Berlin und Baden-Württemberg. Niedersachsen will folgen.

120 Feldmann, BJ 2017, 56; aA. Nordmann, BJ 2016, 191; Berghahn, KJ 2018, 172.

121 HessVGH, 23.5.2017 – 1 B 1056/17 – AuR 2017, 317.

122 BVerfG, 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2017, 2333.

123 BVerfG, 14.1.2020 – 2 BvR 1333/17 – NZA 2020, 1049.

124 BAG, 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – NZA 2003, 483; BVerfG, 30.7.2003 – 1 BvR 792/03 – NZA 2003, 959; aA. LAG Hamm, 8.11.2018 – 18 Sa 639/18 – NZA-RR 2019, 139.

125 BVerfG, 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 – BVerfGE 93, 15.

126 ArbG Köln, 6.3.2008 – 19 Ca 7222/07 – PflR 2008, 438; aA. BAG, 24.9.2014 – 5 AZR 611/12 – NZA 2014, 1407.

127 BAG, 16.9.2004 – 2 AZR 447/03 – NZA 2005, 1263.

128 BAG, 24.9.2014 – 5 AZR 611/12 – NZA 2014, 1407.

129 VG Stuttgart, 7.7.2006 – 18 K 3562/05 – NVwZ 2006, 1444.

130 BVerwG, 8.8.1988 – 2 B 92/87 – NVwZ 1988, 937; Hoevens, AuR 2016, 468.

giösen oder weltanschaulichen Bekenntnis veranlasst.¹³¹ Der Ruf des Muezzins verletzt nicht die negative Religionsfreiheit von Anwohnern, die sich gestört fühlen.¹³² Die negative Religionsfreiheit schützt vor staatlicher Missionierung, nicht aber vor der Glaubensbekundung Privater.

XV. Fazit

Wenn auch die Abgrenzung der mittelbaren von der unmittelbaren Benachteiligung klärungsbedürftig bleibt, hat die Entscheidung des EuGH vom 15. Juli 2021 in den Sachen *WABE* und *MH Müller*¹³³ doch wichtige Fragen geklärt:

- Neben den Kriterien der RL 2000/78/EG ist Art. 4 GG anwendbar. Zwischen Unternehmerfreiheit und Arbeitnehmer- sowie Elterngrundrechten ist ein verhältnismäßiger Ausgleich herzustellen.
- Ganz oder gar nicht: Ein Unternehmen, das Kunden gegenüber neutral auftreten will, muss sämtliche politischen, philosophischen, weltanschaulichen und religiösen Bekundungen verbieten.

- Eine Differenzierung zwischen großen und kleinen sowie zwischen auffälligen und unauffälligen Bekundungen ist unzulässig.
- Weiterhin gilt, dass Gesetze, die die Religionsfreiheit begrenzen, konkret auf diesen Eingriff bezogen sein müssen. Erforderlich ist ein angemessener Ausgleich der gegenläufigen Verfassungsgüter. Allgemeine gesetzliche (zB. beamtenrechtliche) Regelungen genügen nicht.¹³⁴ Diese, die Religionsfreiheit begrenzenden Gesetze, müssen auf konkrete Gefahren abstellen; abstrakte Gefährdungen genügen nicht.

Damit ist ein flächendeckendes Kopftuchverbot am Arbeitsplatz nur unter engen, praktisch kaum realisierbaren Voraussetzungen zulässig.

131 BVerfG, 17.7.1973 – 1 BvR 308/69 – BVerfGE 35, 375; Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 212. Akt. München 2021, Art. 4 Rn. 122.

132 OVG Nordrhein-Westfalen, 23.9.2020 – 8 A 1161/18 – juris.

133 EuGH, 15.7.2021 – C-804/18, C-341/19 – NZG 2021, 1076 (*WABE* und *MH Müller*).

134 BVerfG, 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282.

Sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen

Prof. Dr. Daniel Hlava, Hugo Sinzheimer Institut der Hans-Böckler-Stiftung
und Frankfurt University of Applied Sciences, Frankfurt aM.*

I. Einführung

Das Arbeits- und das Sozialrecht sind im Allgemeinen zwei rechtspolitisch eng verzahnte Gebiete, die sich wechselseitig beeinflussen, aber allzu häufig nicht hinreichend aufeinander abgestimmt sind.¹ Entscheidungen im Arbeitsrecht wirken sich auf das Sozialrecht aus und das bereits bei der Frage, wie das Rechtsverhältnis zwischen Dienstleistungserbringer und -empfänger ausgestaltet ist, was mithin die Frage, ob ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegt, wesentlich beeinflusst. Daneben gibt es zahlreiche weitere Beispiele – auch umgekehrt, was die Beeinflussung des Arbeitsrechts durch sozialrechtliche Gestaltungen betrifft.

Insofern liegt es nahe, dass auch Tarifverträge, die originär dem kollektiven Arbeitsrecht zuzuordnen sind, für das Sozialrecht eine Rolle spielen. Weniger offensichtlich ist hingegen, dass einige sozialrechtliche Normen explizit auf tarifvertragliche Gestaltungen Bezug nehmen. Welche Regelungen dies sind und wie sie sich im Sozialrecht auswirken, wird nachfolgend untersucht und ein Versuch ihrer Systematisierung unternommen. Auf dieser Grundlage werden weitergehende Vorschläge zur Intensivierung der Beziehung von Sozialrecht und Tarifverträgen zur Diskussion gestellt. Die Vorschläge verfolgen hierbei zugleich das Ziel mit sozialrechtlicher Regulierung Anreize gegen die stetig abnehmende Tarifbindung zu setzen. Zunächst soll jedoch einführend die Rolle der Sozialpartner ganz allgemein im Sozialrecht und die Rolle von Tarifverträgen im speziellen veranschaulicht sowie der rechtliche Rahmen für staatliche Fördermaßnahmen abgesteckt werden.

1. Einblick in die sozialrechtliche Rolle von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden

Die Sozialpartner nehmen als Interessenvertreter der Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber nicht nur im Arbeits-, sondern auch im Sozialrecht eine besondere Rolle

ein. Neben ihren intensiven rechtspolitischen und rechtsberatenden Tätigkeiten in diesem Feld betrifft dies auch ihre gesetzlich vermittelten Aufgaben. Zu nennen ist hier insbesondere die Mitwirkung der Sozialpartner in der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger, indem sie sich mit Wählerlisten an den Sozialwahlen beteiligen und ehrenamtliche Selbstverwalter für die Gremien der Träger stellen.² Weiter ist ihre Beteiligung in unterschiedlichen sozialrechtlichen Zusammenhängen vorgesehen, unter anderem bei der Festlegung der Pflegepersonaluntergrenzen in pflegesensitiven Bereichen (§ 137i Abs. 1 S. 13 SGB V), bei der Zusammensetzung des Beirats der Bundesagentur für Arbeit (§ 182 Abs. 3 S. 1 Nrn. 3 und 4 SGB III) oder des Beratenden Ausschusses für behinderte Menschen beim Integrationsamt (§ 186 Abs. 4 Nrn. 1 und 2 SGB IX). In der Pflegekommission entscheiden Vertreter*innen der Sozialpartner (§ 12 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 AEntG) mit über die Empfehlungen über Mindestlöhne für Pflegekräfte. Die Liste ließe sich noch lange fortsetzen.

Die sozialrechtliche Relevanz der Sozialpartner – insbesondere der Gewerkschaften – betrifft aber nicht nur die Organisationen als solche, sondern auch ihr Kerngeschäft, und zwar die Aushandlung von Tarifverträgen zur Verbesserung von Arbeitsbedingungen.

2. Relevanz von Tarifverträgen für das Sozialrecht

Bislang kaum beleuchtet wurde dabei das Verhältnis von Tarifverträgen und sozialrechtlicher Regulierung. Dies

* Der Beitrag greift Vorüberlegungen auf, die bereits in *Hlava*, Stärkung der Tarifbindung durch Sozialrecht, in: Deinert/Klebe/Pieper/Schmidt/Wankel (Hrsg.), Arbeit, Recht, Politik und Geschichte – FS Kittner, Frankfurt aM. 2021, 161 ff. veröffentlicht wurden, und führt diese weiter.

1 Eingehend hierzu *Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts, HSI-Schriftenreihe Bd. 30, Frankfurt am Main 2020; allgemein zum Verhältnis siehe *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht, Baden-Baden 2007.

2 Zur Rolle der Selbstverwalter als Sozialpartner siehe *Köpke/Welti*, Soziale Selbstverwaltung und Rehabilitation – Untersuchung von Optimierungsmöglichkeiten in der Sozialversicherung, Kassel/Düsseldorf 2017, S. 130 ff., https://www.boeckler.de/pdf_fof/99530.pdf (22.9.2021).

verwundert insofern, als dass die Sozialversicherung zu einem großen Teil an das arbeits- und gegebenenfalls tarifvertraglich ausgestaltete Arbeitsverhältnis anknüpft und damit »die tarifautonome Gestaltung der Arbeitsbedingungen herausragende Bedeutung für das [Sozialversicherungs-]System insgesamt [hat]«³.

Tarifverträge führen größtenteils zu einer besseren Entgeltentwicklung als dies bei nichttarifgebundenem Arbeitsentgelt der Fall ist. Das BVerfG betont, dass bei der in Art. 9 Abs. 3 GG verbürgten Tarifautonomie von der Annahme ausgegangen wird, »dass gerechte Arbeitsbedingungen und Löhne grundsätzlich nicht vom Staat vorgegeben werden können, sondern der Aushandlung durch die Tarifvertragsparteien obliegen. Dieses System geht von einer Richtigkeitsvermutung frei ausgehandelter Tarifverträge aus, sofern im Grundsatz die Parität der Tarifvertragsparteien gewährleistet ist«⁴. Dass Tarifverträge eher zu gerechten Arbeitsbedingungen beitragen, lässt sich auch empirisch belegen. So verdienen Vollzeitbeschäftigte in nicht-tarifgebundenen Betrieben durchschnittlich ca. 11 % weniger als vergleichbare Beschäftigte in Betrieben mit Tarifbindung.⁵ Da allein im Gesundheitswesen 5,7 Millionen Menschen – und damit jeder achte Erwerbstätige – beschäftigt sind,⁶ betrifft dies einen nicht unerheblichen Teil der Bevölkerung. Hinzu kommen einige weitere Branchen, in denen Sozialleistungen erbracht werden, so zum Beispiel in der Arbeitsförderung und in der Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen. Tariflöhne in diesen Branchen stützen damit die Finanzierbarkeit der Sozialversicherung. Außerdem helfen Sie dabei, Mitnahmeeffekte von ergänzenden Grundsicherungsleistungen im Niedriglohnssektor zu begrenzen. Hier kommt es durchaus vor, dass beim angebotenen Entgelt bereits aufstockende Sozialleistungen mit einkalkuliert werden.⁷

Schließlich werden tarifvertraglich zum Teil Defizite bei der Ausgestaltung der Sozialversicherung kompensiert. Gemeint sind Lücken in der Absicherung sozialer Risiken, die die Sozialversicherung in ihrer derzeitigen Konzeption nicht zu schließen vermag. Zu denken ist hier zum einen an die betriebliche Altersversorgung, die oftmals tarifvertraglich oder im Rahmen einer Betriebsvereinbarung geregelt ist. Zum anderen existieren inzwischen erste Tarifverträge, die mit einer Pflegezusatzversicherung die Leistungen der sozialen Pflegeversicherung, die nur eine »Teilkaskoversicherung«⁸ ist, ergänzt.⁹

Um die Tarifbindung in Deutschland ist es jedoch nicht gut bestellt. Die stetig abnehmende Tarifbindung zeichnet ein beunruhigendes Bild. Waren im Jahr 2000 noch 44 % der Betriebe und 68 % der Beschäftigten tarifgebunden, waren es 2018 nur noch 27 % der Betriebe bzw. 54 % der Beschäftigten, die in tarifgebundenen Betrieben arbeiteten.¹⁰ Ein Problem ist hierbei auch die zunehmend genutzte Möglichkeit von Arbeitgebern, Mitglied in einem Arbeitgeberverband zu werden, ohne sich an die von diesem Verband abgeschlossenen Tarifverträge zu binden (sog. OT-Mitgliedschaft).¹¹

Eine Stärkung der Tarifbindung auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite wird bislang – der Natur der Sache nach – größtenteils auf dem Gebiet des Arbeitsrechts diskutiert. Vor dem Hintergrund der engen rechtspolitischen Verbindung von Arbeits- und Sozialrecht lässt sich die Frage aufwerfen, inwieweit auch das Sozialrecht den Abschluss von Tarifverträgen fördert oder zukünftig unterstützen könnte. Eine Vorfrage ist hierbei, welche Rolle dem Staat bei der Stärkung der Tarifbindung zukommt.

3. Stärkung der Tarifbindung – die Rolle des Staates

a) Verfassungsrechtlicher Rahmen

Aus der Pflicht zur Gewährleistung der in Art. 9 Abs. 3 GG verorteten Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie hat der Staat die Aufgabe, »die Rechtsinstitute und Normenkomplexe zu setzen, die dem Handeln der Koalitionen und

3 Deinert, in: *Deinert/Maksimek/Sutterer-Kipping* (Fn. 1), Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts, S. 545.

4 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – NZA 2017, 915, 925, Rn. 203.

5 *Lübker/Schulten*, Tarifbindung in den Bundesländern, Elemente qualitativer Tarifpolitik Nr. 87, 2. Aufl., Düsseldorf 2020, S. 4.

6 BMAS, Gesundheitswirtschaft als Jobmotor, <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/gesundheitswesen/gesundheitswirtschaft/gesundheitswirtschaft-als-jobmotor.html> (22.9.2021).

7 *Waltermann* spricht hier von einem »Kombilohnmodell«, vgl. *ders.*, NZA 2013, 1041, 1045 f.; siehe auch *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 389.

8 Vgl. nur *Luik*, in: Krauskopf (Hrsg.), *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, Bd. 2, 111. EL., Mai 2021, SGB XI § 8 Rn. 3.

9 So die CareFlex Chemie, vgl. dazu <https://igbce.de/igbce/themen/careflex-chemie> (22.9.2021).

10 *Lübker/Schulten*, Tarifbindung in den Bundesländern, Elemente qualitativer Tarifpolitik Nr. 87 (Fn. 5), S. 6.

11 *Lübker/Schulten*, Tarifbindung in den Bundesländern, Elemente qualitativer Tarifpolitik Nr. 87 (Fn. 5), S. 5; dies soll bereits 50 % der Verbandsmitglieder betreffen, vgl. *Henssler*, RdA 2021, 1, 4 mwN.

insbesondere der Tarifautonomie Geltung verschaffen¹². Diese Schutzpflicht kommt zum Tragen, wenn die Tarifvertragsfreiheit von einem der Sozialpartner gefährdet ist.¹³ Das Grundrecht gewährleistet damit »die tatsächlich realisierbare Chance« der Sozialpartner zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen.¹⁴ Besteht diese Chance nicht, »weil der gesetzliche Rahmen die Realisierung strukturell nicht zulässt, kann aus Art. 9 Abs. 3 GG Abhilfe verlangt werden«¹⁵. Der Gesetzgeber hat nach dem BVerfG insofern zwar die Möglichkeit, die Durchsetzung der von den Sozialpartnern verfolgten Ziele zu fördern, verpflichtet ist er aber nur dazu, die Funktionsbedingungen zu sichern, und nicht die Fähigkeiten zur Mitgliederwerbung bzw. -mobilisierung.¹⁶

Hieraus lässt sich schließen, dass es dem Gesetzgeber im Rahmen seines Handlungsspielraums unbenommen bleibt, Anreize zur Stärkung der Tarifbindung zu setzen – welchen Grenzen er hierbei unterliegt, wird kontrovers diskutiert.¹⁷ Die Diskussion entzündet sich insbesondere an der ins Feld geführten negativen Koalitionsfreiheit – dem Recht, einer Koalition fernzubleiben.¹⁸ Wo ein solches Fernbleiberecht möglicherweise zu verorten ist, sei es in Art. 9 Abs. 3 GG oder in Art. 2 Abs. 1 GG, kann hier dahingestellt bleiben.¹⁹ Das BVerfG nimmt jedenfalls an, dass »allein die Tatsache, daß Organisierte anders behandelt werden als Nichtorganisierte, (...) noch keine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit [bedeutet]. Voraussetzung für eine Beeinträchtigung der negativen Koalitionsfreiheit wäre es vielmehr, daß ein Zwang oder Druck auf die Nichtorganisierten ausgeübt wird, einer Organisation beizutreten.«²⁰ Die wesentliche Frage lautet somit, ab wann aufgrund gesetzlicher Maßnahmen ein mittelbarer »faktischer Zwang« oder ein unzumutbarer Druck zum Gewerkschaftsbeitritt besteht.²¹ Faktische Anreize zum Beitritt zu einer Koalition, die zwar einen gewissen aber keinen erheblichen Druck dazu ausüben, sind zulässig.²² Aus der Rechtsprechung des BVerfG lassen sich keine näheren Kriterien für die Abgrenzung zwischen leichtem und erheblichem Beitrittsdruck ableiten, jedoch hatte das BVerfG selbst bislang in keinem Fall eine solche Erheblichkeit festgestellt.²³

Die Grenzen der Zulässigkeit werden bislang vor allem im Kontext des Arbeitsrechts diskutiert, beispielsweise in Bezug auf die Möglichkeit Differenzierungs- und Spannenklauseln in Tarifverträgen zu vereinbaren²⁴ oder Vorteile aus gesetzlichen Tariföffnungsklauseln nur tatsächlich tarifge-

bundenen Arbeitgebern zugutekommen zu lassen²⁵. Ob die verfassungsrechtlichen Grenzen überschritten werden, lässt sich nicht pauschal festmachen, sondern muss anhand der jeweiligen Regelung beurteilt werden – nichts anderes gilt für die sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen.

b) Unionsrechtliche Bezüge

Abseits der nationalen rechtlichen Rahmenbedingungen wird eine Stärkung der Tarifbindung auch von Seiten der EU forciert. Nach einem Vorschlag²⁶ der EU-Kommission vom 28. Oktober 2020 für eine Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der EU soll nicht nur ein unionsweiter Rahmen für gesetzliche Mindestlöhne geschaffen werden; der Vorschlag enthält in Artikel 4 auch Forderungen zur Stärkung von Entgelt-Tarifverhandlungen. Neben einer Förderung der Verhandlungen (Art. 4 Nr. 1 des Richtlinienentwurfs) sollen Mitgliedstaaten, in denen weniger als 70 % der Arbeitnehmer*innen einem Tarifvertrag unterliegen, einen zusätzlichen Rahmen vorsehen müssen, »der die Voraussetzungen für Tarifverhandlungen schafft, entweder durch Erlass eines Gesetzes nach Anhörung der Sozialpartner oder durch eine Vereinbarung mit diesen« (Art. 4 Nr. 2 des Richtlinienentwurfs). In diesem Zuge ist auch ein »Aktionsplan zur Förderung von Tarifverhandlungen« zu erstellen (Art. 4 Nr. 2 des Richtli-

12 BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 – NZA 2017, 915, 918, Rn. 145.

13 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln – Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit, HSI-Schriftenreihe Bd. 35, Frankfurt am Main 2020, S. 50.

14 BVerfG, 10.1.2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 253, 254, Rn. 18.

15 Ebd.

16 BVerfG, 10.1.2020 – 1 BvR 4/17 – NZA 2020, 253, 254, Rn. 17; siehe auch *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 315 f.

17 Vgl. nur *Rudkowski*, NZA 2021, 315, 316 ff.

18 Zum Streitstand vgl. *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465, 466 f.

19 Vgl. zur Thematik *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit (Fn. 13), S. 39 ff.

20 BVerfG, 20.7.1971 – 1 BvR 13/69 – NJW 1971, 2301.

21 *Preis/Ulber*, NJW 2007, 465, 467.

22 BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 – NJW 1981, 215.

23 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit (Fn. 13), S. 52.

24 Vgl. *Waltermann*, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie, HSI-Schriftenreihe Bd. 15, Frankfurt am Main 2016, S. 45 ff.

25 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln, Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit (Fn. 13).

26 COM(2020) 682 final.

nienentwurfs). Die Kommission appelliert damit an die nationalen Regierungen, die Rolle von Tarifverträgen zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen stärker in den Blick zu nehmen und hierfür bessere Rahmenbedingungen zu schaffen.²⁷

Welchen Rahmen indes das Unionsrecht selbst vorgibt, ist ebenfalls umstritten. In älteren Entscheidungen hatte der EuGH die Zulässigkeit von Arbeitsk Kampfmaßnahmen an den wirtschaftlichen Grundfreiheiten (Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV, und Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV) gemessen,²⁸ was vielfach auf Kritik²⁹ gestoßen ist. Gleichwohl ist das Recht auf Kollektivverhandlungen (und auf Streikmaßnahmen) ein in Art. 28 EU-Grundrechtecharta verbürgtes Grundrecht. Was die rechtliche Behandlung von Tarifverträgen und ihr Verhältnis zu den Grundfreiheiten anbelangt, kam es in der Vergangenheit ebenfalls zu einigen einschränkenden Gerichtsentscheidungen,³⁰ aber teilweise auch zur Bestätigung beziehungsweise Stärkung³¹ von Kollektivverträgen. Sofern der Anwendungsbereich des Unionsrechts eröffnet ist, wird sich daher vor dem Hintergrund der bisherigen EuGH-Rechtsprechung im Zweifel die Frage stellen, ob eine staatliche Maßnahme zur Förderung von Tarifverträgen die Grundfreiheiten rechtmäßig beschränkt, mithin aus unionsrechtlicher Sicht verhältnismäßig ist.

II. Bestandsaufnahme tarifvertraglicher Bezugnahmen im Sozialgesetzbuch – Eine Übersicht

Tarifvertragliche Regelungen sind in den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuchs kein Fremdkörper, sondern durchaus verbreitet, wie die nachfolgende Erhebung zeigt. Mit Ausnahme der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII) wird in allen Sozialleistungsbereichen auf Tarifverträge Bezug genommen – insgesamt in derzeit³² 65 Einzelregelungen.

Im Einzelnen werden in folgenden Vorschriften Tarifverträge erwähnt:

Grundsicherung für Arbeitsuchende (SGB II) – 4 Regelungen:

- § 6c Abs. 3 S. 3 – Personalübergang bei Zulassung weiterer kommunaler Träger und bei Beendigung der Trägerschaft
- § 6c Abs. 5 S. 1 – Personalübergang bei Zulassung weiterer kommunaler Träger und bei Beendigung der Trägerschaft

- § 16i Abs. 2 S. 2 – Teilhabe am Arbeitsmarkt
- § 44g Abs. 1 S. 1 – Zuweisung von Tätigkeiten bei der gemeinsamen Einrichtung

Arbeitsförderungsrecht (SGB III) – 21 Regelungen:

- § 67 Abs. 3 – Einkommensanrechnung
- § 82 Abs. 4 S. 1 – Förderung beschäftigter Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer
- § 91 S. 1 Nr. 1 – Zu berücksichtigendes Arbeitsentgelt und Auszahlung des Zuschusses [Eingliederungszuschüsse]
- § 106 Abs. 2 S. 3 – Nettoentgelt Differenz [Kurzarbeitergeld]
- § 109 Abs. 2 S. 2 – Verordnungsermächtigung [Kurzarbeitergeld]
- § 109 Abs. 3 – Verordnungsermächtigung [Kurzarbeitergeld]
- § 133 Abs. 4 S. 1 – Saison-Kurzarbeitergeld und ergänzende Leistungen im Gerüstbauerhandwerk
- § 140 Abs. 2 – Zumutbare Beschäftigungen
- § 151 Abs. 5 S. 3 – Bemessungsentgelt [Arbeitslosengeld]
- § 160 Abs. 1 S. 2 – Ruhen bei Arbeitskämpfen [Arbeitslosengeld]
- § 160 Abs. 3 – Ruhen bei Arbeitskämpfen [Arbeitslosengeld]
- § 354 S. 2 – Grundsatz [Winterbeschäftigungs-Umlage]
- § 356 Abs. 2 S. 1 – Umlageabführung [Winterbeschäftigungs-Umlage]
- § 379 Abs. 1 S. 1 – Vorschlagsberechtigte Stellen [Selbstverwaltung der Bundesagentur für Arbeit]
- § 387 Abs. 6 S. 2 – Personal der Bundesagentur
- § 389 Abs. 1 S. 1 – Anstellungsverhältnisse oberster Führungskräfte [der Bundesagentur für Arbeit]
- § 390 Abs. 1 S. 1 – Außer tarifliche Arbeitsbedingungen und Vergütungen
- § 390 Abs. 5 S. 1 – Außer tarifliche Arbeitsbedingungen und Vergütungen
- § 437 Abs. 3 – Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt [Übergangsregelungen]

27 Schulten, #Zukunftsozialeuropa, Das Europäische Wirtschafts- und Sozialmodell stärken, WSI Report Nr. 67, Mai 2021, S. 20, 23.

28 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – NZA 2008, 124 (Viking); EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – NZA 2008, 159 (Laval).

29 Statt vieler, vgl. Ulber/Wiegandt, Die Bindung von Arbeitnehmervereinigungen an die europäischen Grundfreiheiten, HSI-Schriftenreihe Bd. 24, Frankfurt am Main 2017.

30 Siehe nur EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – NZA 2008, 537; EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – NZA 2008, 159 (Rüffert), in dem der Gerichtshof die Landes-Tariffreueregelungen als unionsrechtswidrig angesehen hatte; weitere Urteile – kritisch beleuchtet mit ihren negativen Auswirkungen – bei Seikel/Absenger, Die Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung auf das Tarifvertragssystem in Deutschland, Industrielle Beziehungen 2015, S. 51 ff.

31 Zum Beispiel hinsichtlich der Billigung des AEntG und der darin enthaltenen Verpflichtungen bei der Arbeitnehmerentsendung: EuGH, 18.7.2007 – C-490/04 – NZA 2007, 917 (Kommission/Deutschland); oder die Ausnahme von Tarifverträgen für Arbeitnehmer*innen und »Scheinselbstständige« vom EU-Kartellverbot: EuGH, 21.9.1999 – C-67/96 – Slg. 1999, I-5751 (Albany) sowie EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV).

32 Stand: August 2021; die nähere Auswertung erfolgte auf Basis der Schlagwortsuche »Tarif« und »kollektiv«.

- § 437 Abs. 4 – Drittes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt [Übergangsregelungen]
- § 421d Abs. 2 – Vorübergehende Sonderregelungen zum Arbeitslosengeld

Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV) – 4 Regelungen:

- § 7d Abs. 3 S. 2 Nr. 1 – Führung und Verwaltung von Wertguthaben
- § 7e Abs. 1 S. 2 – Insolvenzschutz [Wertguthaben]
- § 28p Abs. 8 S. 10 – Prüfung bei den Arbeitgebern
- § 28p Abs. 11 S. 1 – Prüfung bei den Arbeitgebern

Krankenversicherungsrecht (SGB V) – 8 Regelungen:

- § 44 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 – Krankengeld
- § 111 Abs. 5 S. 3 – Versorgungsverträge mit Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, Verordnungsermächtigung
- § 111c Abs. 3 S. 3 – Versorgungsverträge mit Rehabilitationseinrichtungen, Verordnungsermächtigung
- § 132a Abs. 1 S. 4 Nr. 5 – Versorgung mit häuslicher Krankenpflege
- § 132a Abs. 4 S. 7 – Versorgung mit häuslicher Krankenpflege
- § 132l Abs. 2 Nr. 7 – Versorgung mit außerklinischer Intensivpflege, Verordnungsermächtigung
- § 132l Abs. 5 S. 2 – Versorgung mit außerklinischer Intensivpflege, Verordnungsermächtigung
- § 412 Abs. 3 S. 5 – Errichtung der Medizinischen Dienste und des Medizinischen Dienstes Bund

Rentenversicherungsrecht (SGB VI) – 3 Regelungen:

- § 137e Abs. 1 S. 2 – Beirat [Seemannskasse]
- § 150 Abs. 3 S. 10 – Dateisysteme bei der Datenstelle
- Anlage 9 Nr. 2 Unter-Nr. 2 – Hauerarbeiten

Unfallversicherungsrecht (SGB VII) – 10 Regelungen:

- § 10 Abs. 2 – Erweiterung in der See- und Binnenschifffahrt [Versicherungsfall]
- § 82 Abs. 1 S. 2 – Regelberechnung [Jahresarbeitsverdienst]
- § 92 Abs. 1 S. 2 – Jahresarbeitsverdienst für Seeleute
- § 92 Abs. 5 S. 2 – Jahresarbeitsverdienst für Seeleute
- § 116 Abs. 3 S. 6 HS 2 – Unfallversicherungsträger im Landesbereich
- § 118 Abs. 3 S. 2 HS 2 – Vereinigung von Berufsgenossenschaften
- § 129 Abs. 1 Nr. 3 – Zuständigkeit der Unfallversicherungsträger im kommunalen Bereich [für in Eigenarbeit nicht gewerbsmäßig ausgeführte Bauarbeiten]
- § 144 S. 1 – Dienststörung
- § 172c Abs. 1 S. 3 – Altersrückstellungen
- § 218e Abs. 2 – Übergangsregelungen aus Anlass des Übergangs der Beitragsüberwachung auf die Träger der Deutschen Rentenversicherung

Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderung (SGB IX) – 8 Regelungen:

- § 38 Abs. 2 – Verträge mit Leistungserbringern
- § 50 Abs. 4 S. 1 – Leistungen an Arbeitgeber [Eingliederungszuschüsse]
- § 61 Abs. 1 – Budget für Arbeit
- § 61a Abs. 2 S. 2 – Budget für Ausbildung
- § 124 Abs. 1 S. 6 – Geeignete Leistungserbringer [der Eingliederungshilfe]
- § 178 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 – Aufgaben der Schwerbehindertenvertretung
- § 196 Abs. 2 – Finanzielle Leistungen [Integrationsfachdienste]
- § 208 Abs. 1 S. 2 – Zusatzurlaub [für schwerbehinderte Menschen]

Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X) – 1 Regelung:

- § 69 Abs. 2 – Übermittlung für die Erfüllung sozialer Aufgaben

Pflegeversicherungsrecht (SGB XI) – 5 Regelungen:

- § 61 Abs. 3 S. 1 – Beitragszuschüsse für freiwillige Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung und Privatversicherte
- § 82a Abs. 1 – Ausbildungsvergütung
- § 84 Abs. 2 S. 5 – Bemessungsgrundsätze [Vergütung stationärer Pflege]
- § 84 Abs. 7a S. 1 – Bemessungsgrundsätze [Vergütung stationärer Pflege]
- § 89 Abs. 1 S. 4 – Grundsätze für die Vergütungsregelung [ambulanter Pflege]

Sozialhilfe (SGB XII) – 1 Regelung:

- § 75 Abs. 2 S. 13 – Allgemeine Grundsätze [Vertragsrecht]

Zukünftig in Kraft (ab 1. Januar 2024)³³: Regelungen des Sozialen Entschädigungsrechts (SGB XIV) – 1 Regelung:

- § 90 Abs. 2 – Feststellung [Berufsschadensausgleich]

III. Bezugnahme auf Tarifverträge im Sozialgesetzbuch – Eine Systematisierung

Welche Bedeutung Tarifverträgen in den jeweiligen Regelungszusammenhängen zukommt, ist – ebenso wie die

³³ Gesetz zur Regelung des Sozialen Entschädigungsrechts vom 12.12.2019, BGBl. 2019 I, S. 2652.

Materie des Sozialrechts als solche – höchst unterschiedlich und reicht von einem bloßen Hinweis auf die Beachtung tarifvertraglicher Regelungen bis hin zur Privilegierung von Tarifbindung bei Sozialleistungen. Es lassen sich jedoch verschiedene Muster erkennen.

1. Tarifbindung der Sozialleistungsträger in ihrer Rolle als Arbeitgeber

Zunächst lassen sich einige Regelungen identifizieren, in denen der Gesetzgeber die Sozialleistungsträger verpflichtet, die für ihre Beschäftigten geltenden Tarifverträge anzuwenden. Dies betrifft beispielsweise den gesetzlichen Personalübergang von Arbeitnehmer*innen der Bundesagentur für Arbeit (BA) auf neu zugelassene Optionskommunen als Träger der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach § 6c Abs. 3 SGB II oder der Zuweisung von Tätigkeiten (§ 6c Abs. 5 und § 44g SGB II). Die Regelungen erschöpfen sich jedoch größtenteils in dem Hinweis darauf, dass die jeweiligen bestehenden tarifvertraglichen Regelungen Gültigkeit haben.³⁴ In den übrigen Fällen geht es im Wesentlichen um die Fortgeltung von Arbeitsbedingungen für das Personal, das von einem anderen Träger übernommen wurde, da sich der gesetzliche Aufgabenzuschnitt des Sozialleistungsträgers geändert hat.³⁵ Insoweit könnte man hier von Spezialregelungen zum Betriebsübergang nach § 613a BGB sprechen.

Daneben existieren aber auch Regelungen, die ausdrücklich einen Tarifvorrang statuieren. So hat die Vertreterversammlung der Unfallversicherungsträger nach § 144 S. 1 SGB VII angemessene Arbeitsbedingungen für die Angestellten zu regeln, »soweit nicht die Angestellten nach Tarifvertrag oder außertariflich angestellt werden«.

Genau genommen handelt es sich bei den vorgenannten Beispielen aber nicht um sozialrechtliche Regulierung, sondern arbeitsrechtliche Gestaltungen im sozialrechtlichen Gewand.³⁶ Adressat dieser originär arbeitsrechtlichen Verpflichtung ist der Sozialleistungsträger in seiner Eigenschaft als Arbeitgeber.

2. Sozialrechtliche Auswirkungen für Versicherte und ihre Arbeitgeber

a) Tariföffnungsklauseln im Sozialrecht

In verschiedenen Bereichen gestattet es der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien, von gesetzlichen Arbeitsbedin-

gungen durch Branchen- oder Firmentarifverträge abzuweichen. Er schafft somit einen Anreiz zum Abschluss von Tarifverträgen, um die Möglichkeit von Sonderregelungen nutzen zu können. Problematisch ist an den gesetzlichen Öffnungsklauseln oftmals, dass auch nicht-tarifgebundene Arbeitgeber von diesen profitieren können, indem sie die Inhalte eines Tarifvertrags lediglich über eine Bezugnahme im Arbeitsvertrag anwenden. Dieser Umstand ist jedoch nicht zwingend. *Kingreen* stellte in einem Gutachten für das Hugo Sinzheimer Institut fest, dass der Gesetzgeber durchaus auch Tariföffnungsklauseln regeln kann, die exklusiv nur für tarifgebundene Arbeitgeber gelten; dies wäre verfassungsrechtlich zulässig.³⁷

Weniger bekannt ist, dass Tariföffnungsklauseln auch im Sozialrecht existieren. Ein Beispiel ist § 7d Abs. 3 SGB IV, der die Anagemöglichkeiten von Wertguthaben regelt. Wertguthaben sind eine Art Arbeitszeitkonto, auf dem Zeit oder Entgelt für eine längere Freistellungsphase angespart werden kann (beispielsweise für Pflege oder Kinderbetreuung oder auch für ein Sabbatical).³⁸ Gleitzeitkonten sind damit nicht gemeint.³⁹ Im Allgemeinen darf bis zu 20 % des Wertguthabens in Aktien und Aktienfonds angelegt werden (§ 7d Abs. 3 S. 1 SGB IV). Abweichend von dieser Grenze kann aber nach § 7d Abs. 3 S. 2 Nr. 1 SGB IV mittels Tarifvertrag oder auf Grund eines Tarifvertrags in einer Betriebsvereinbarung ein höherer Anlageanteil festgelegt werden.

Das angesprochene Wertguthaben ist gegen eine Insolvenz des Arbeitgebers geschützt. Nach § 7e Abs. 1 S. 1 SGB IV ist das Guthaben vollständig abzusichern, wenn kein Anspruch auf Insolvenzgeld besteht und das Wertguthaben, inkl. des Gesamtsozialversicherungsbeitrags, oberhalb des Betrags der monatlichen Bezugsgröße liegt.

34 So zum Beispiel auch bei beurlaubten Beamt*innen mit einem befristeten Arbeitsvertrag: § 387 Abs. 6 SGB III.

35 Vgl. beispielsweise § 28p Abs. 11 SGB IV zur Übernahme des Personals der Krankenkassen, die früher für die Betriebsprüfungen zuständig waren, durch die nun zuständigen Rentenversicherungsträger; vgl. ferner § 412 Abs. 3 S. 5 SGB V und § 218e Abs. 2 SGB VII.

36 Zur Einordnung dieser Kategorie siehe *Deinert*, Privatrechtsgestaltung durch Sozialrecht (Fn. 1), S. 56.

37 *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln – Einfach-rechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit (Fn. 13).

38 BMAS (Hrsg.), Wertguthaben – Arbeitsleben aktiv gestalten, Januar 2020, S. 7, 9 unter <https://www.bundesregierung.de/breg-de/suche/broschuere-wertguthaben-1837324> (22.9.2021).

39 *Rolfs*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021, SGB IV § 7b Rn. 3.

Tarifvertraglich kann hier ein anderer Grenzbetrag für die Insolvenzversicherung vereinbart werden (§ 7e Abs. 1 S. 2 SGB IV). Dies kann im Ergebnis einerseits zu einer Abschwächung der Sicherungspflicht führen (zum Beispiel erst für Beträge ab der dreifachen monatlichen Bezugsgröße), andererseits die Insolvenzversicherung bereits bei Kleinstbeträgen festlegen.⁴⁰

b) Förderung tarifgebundener Arbeitgeber

Neben den bereits genannten Anreizen wird Tarifbindung punktuell auch direkt durch den Zugang zu (höheren) Sozialleistungen belohnt, auf die ohne Tarifvertrag kein Anspruch bestehen würde. Da Sozialleistungen nach dem Vorbehalt des Gesetzes (§ 31 SGB I) nur auf Basis einer gesetzlichen Regelung erbracht werden dürfen, sind solche Vorteile eng mit den Tariföffnungsklauseln verwandt.

(1) Förderung von Weiterbildung und Qualifizierung

Ein solcher rechtlicher Vorteil besteht im Kontext der Förderung von Weiterbildung und Qualifizierung nach § 82 SGB III. Diese Norm sieht – gestaffelt nach der Gesamtanzahl der Beschäftigten – die volle oder teilweise Übernahme der Lehrgangskosten und einen Zuschuss zum Arbeitsentgelt während der Weiterbildung vor. Diese Förderung durch die BA erhöht sich – unabhängig von der Betriebsgröße – um 5 % der Lehrgangskosten und 5 % des Lohnkostenzuschusses, sofern in dem Betrieb eine Betriebsvereinbarung oder ein Tarifvertrag über berufliche Weiterbildung existiert (§ 82 Abs. 4 SGB III). Der Gesetzgeber wollte damit erreichen, dass »die Verantwortung der Sozialpartner für die Weiterbildung der Beschäftigten bei der Bewältigung struktureller betrieblicher Anpassungsprozesse gestärkt und Anreize gesetzt [werden], die Weiterbildungsförderung von Beschäftigten in Tarifverträgen bzw. Betriebsvereinbarungen zu verankern.«⁴¹ Die Gewerkschaftsmitgliedschaft der Arbeitnehmer*innen wird hierbei nicht gefordert.⁴² Da die finanzielle Förderung den Arbeitgebern zugutekommt, ist der Anreiz daher primär auf die Stärkung ihrer Tarifbindung gerichtet.

(2) Zuschüsse zum Arbeitsentgelt

Arbeitgeber können über die Jobcenter Zuschüsse zum Arbeitsentgelt erhalten, wenn sie Langzeitarbeitslose einstellen (§ 16i SGB II). Der Lohnkostenzuschuss beträgt einen bestimmten Prozentsatz des gesetzlichen Mindestlohns in Abhängigkeit zur Dauer des Arbeitsverhältnisses.

Sofern der Arbeitgeber aufgrund eines Tarifvertrags ein höheres Arbeitsentgelt zahlen muss, wird dieses anstelle des Mindestlohns zugrunde gelegt (§ 16i Abs. 2 S. 2 SGB II). Tarifgebundene Arbeitgeber profitieren somit von einer höheren Förderung, wenngleich noch nicht geklärt ist, ob auch »tariforientierte Arbeitgeber«⁴³ von den höheren Zuschüssen profitieren können.⁴⁴

Auch die Arbeitslosenversicherung kennt Lohnkostenzuschüsse. Der Eingliederungszuschuss nach den §§ 88 ff. SGB III bezieht sich auf das vom Arbeitgeber gezahlte Arbeitsentgelt. Nach § 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III wird dieses aber nur bis zur Höhe des tariflich geschuldeten Arbeitsentgelts berücksichtigt oder – falls ein solches nicht vorhanden ist – des ortsüblichen Entgelts (und zusätzlich bis maximal zur Beitragsbemessungsgrenze in der Arbeitslosenversicherung). Im Gegensatz zum Lohnkostenzuschuss nach § 16i SGB II ist damit für den Eingliederungszuschuss nicht der Tariflohn maßgeblich, sondern das tatsächlich gezahlte Entgelt, wobei der Tarifvertrag eine Grenze nach oben einzieht, bis zu der das Entgelt berücksichtigt werden kann.⁴⁵ Ähnliches wurde vom Grundgedanken her bereits früher im Arbeitsförderungsgesetz (AFG) geregelt. § 94 Abs. 1 S. 2 AFG aF bestimmte, dass bei Zuschüssen zu Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen dasjenige Arbeitsentgelt berücksichtigungsfähig ist, das – neben weiteren Bedingungen – 80 % des tariflichen Arbeitsentgelts nicht übersteigt.⁴⁶

Eine § 91 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III entsprechende Regelung findet sich auch in § 50 Abs. 4 S. 1 SGB IX in Bezug auf Eingliederungszuschüsse als Leistung zur Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben. Ein Tariflohn bildet nach § 61a Abs. 2 S. 2 SGB IX auch die Grenze für das Budget für Ausbildung. Diese Bezugnahmen auf Tarifverträge schaffen damit keine Bevorzugung von Tarifverträ-

40 Ziegler, in: Körner, Leitherer, Mutschler, Rolfs (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 114. EL., Mai 2021 (im Folgenden: Kass-Komm), SGB IV § 7e Rn. 14.

41 BT-Drs. 19/17740, S. 23.

42 Jüttner, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz (Hrsg.), SGB III, 7. Aufl., Baden-Baden 2021, § 82 Rn. 30.

43 Hierauf ebenfalls bezugnehmend: BT-Drs. 19/5588, S. 19.

44 Vgl. Deinert, in: Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts, (Fn. 1), S. 551.

45 Schmeil, in: Gagel, SGB II/SGB III, 83. EL., Juni 2021 (im Folgenden: Gagel), § 91 Rn. 5.

46 Diese Regelung für Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen wurde anschließend auch in § 265 Abs. 1 S. 1 SGB III in der Fassung bis 31.12.2003 übernommen, vgl. BT-Drs. 13/4941, S. 71 (zu § 263).

gen, sondern dienen als Bezugsgröße, um den Umfang einer Sozialleistung angemessen zu begrenzen.

Anders sieht es beim Lohnkostenzuschuss im Rahmen eines Budgets für Arbeit⁴⁷ (§ 61 SGB IX) aus. Der Lohnkostenzuschuss wird hier nur dann gewährt, wenn das angebotene Arbeitsverhältnis tarifvertraglich oder ortsüblich entlohnt wird (§ 61 Abs. 1 SGB IX). Dem liegt die Intention zugrunde sicherzustellen, »dass der Mensch mit Behinderungen seinen Lebensunterhalt oder zumindest einen Großteil davon durch Einkommen bestreiten kann«⁴⁸.

Zugeschnitten auf die Branche der Gerüstbauer findet sich eine Sonderregelung in § 133 Abs. 4 SGB III. Hiernach erhalten Arbeitnehmer*innen Zuschuss-Wintergeld (§ 102 Abs. 2 SGB III) unter der Bedingung, dass die erbrachte Vorausleistung (zur Vermeidung witterungsbedingter Arbeitsausfälle) »durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag geregelt ist«.

c) Sonderregelungen zur Einkommensberechnung und Leistungshöhe

Die Höhe einer Entgeltersatzleistung richtet sich in der Sozialversicherung regelmäßig nach dem vor Eintritt des Versicherungsfalls erzielten oder des während des Leistungsbezugs hinzuverdienten Entgelts, wobei je nach Leistung unterschiedliche Bezugszeiträume und weitere Modalitäten zu beachten sind. Das Ergebnis der Einkommensberechnung wirkt sich damit unmittelbar auf die Höhe einer Sozialleistung aus. Bei der Frage, welches Entgelt zugrunde zu legen ist, gelten im Recht der Unfallversicherung und der Arbeitsförderung in verschiedenen Zusammenhängen Sonderregelungen, die sich auf Tarifverträge beziehen.

(1) Im Recht der Unfallversicherung (SGB VII)

Eine unmittelbare Begünstigung von Tarifverträgen findet sich in einer Sonderregelung zur Berechnung des Jahresarbeitsverdienstes in der gesetzlichen Unfallversicherung (§§ 81 ff. SGB VII). Der Jahresarbeitsverdienst ist ein relevanter Bezugsfaktor für die Berechnung von Leistungen nach dem SGB VII, wie Verletztengeld und Verletztenrente. Er setzt sich aus dem Arbeitsentgelt und dem Arbeitseinkommen innerhalb der letzten zwölf Monate vor dem Versicherungsfall (Arbeitsunfall oder Berufskrankheit) zusammen. Gemäß § 82 Abs. 1 S. 2 SGB VII zählt zum Arbeitsentgelt aber »auch das Arbeitsentgelt, auf das ein nach den zwölf Kalendermonaten abgeschlossener Tarifvertrag dem Versicherten rückwirkend einen Anspruch einräumt«.

Rückwirkende Entgelterhöhungen durch einen Tarifvertrag werden damit bevorzugt. Andere rückwirkende Erhöhungen werden dagegen nicht mehr leistungssteigernd berücksichtigt.⁴⁹

Für die Bestimmung des Jahresarbeitsverdienstes von Seeleuten sind die auf Tarifverträge bezogenen Spezialregelungen in § 92 Abs. 1 S. 2 und Abs. 5 S. 2 SGB VII zu beachten.

Eine weitere Sonderregelung betraf bis Ende 2020 die Neufestsetzung des Jahresarbeitsverdienstes, wenn der Versicherungsfall vor oder während einer Schul- beziehungsweise Berufsausbildung eingetreten ist. In diesen Fällen wurde der Jahresarbeitsverdienst von einem fiktiv angenommenen Abschluss der Ausbildung an neu berechnet. Als neuer Jahresarbeitsverdienst wurde dann nach § 90 Abs. 1 S. 2 SGB VII aF. das tarifliche Entgelt zugrunde gelegt, das vergleichbare Arbeitnehmer*innen mit der betreffenden Ausbildung erhalten. Nur, wenn kein Tarifvertrag existiert, wurde stattdessen das am Beschäftigungsort übliche Entgelt herangezogen. War der/die Versicherte bei Eintritt des Versicherungsfalls noch keine 30 Jahre alt, regelte § 90 Abs. 2 SGB VII aF. ähnliches: Der Jahresarbeitsverdienst wurde anhand des Tariflohns neu berechnet, der für vergleichbare Arbeitnehmer*innen galt, sofern dies für den/die Versicherte/n günstiger war. Diese bisherigen Bestimmungen des § 90 SGB VII sind durch Artikel 7 des Siebten Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze zum 1. Januar 2021 außer Kraft getreten und wurden durch eine neue Regelung ohne Tarifbezug ersetzt.⁵⁰ Hintergrund ist, dass die Ermittlung des Ausbildungs- und Berufsverlaufs in der Praxis zu erheblichen Problemen geführt hatte, insbesondere wenn die Berufswahl zum Zeitpunkt des Versicherungsfalls noch in weiter Ferne lag.⁵¹ Probleme bereiteten hierbei vor allem die »Ermittlung des maßgeblichen fiktiven Jahresarbeitsverdienstes aus einer Vielzahl unterschiedlich strukturierter Tarifverträge«⁵². Die nunmehr vollzogene Abkehr vom ausdrücklichen Tarifbezug erfolgte insofern aus Praktikabili-

47 Zu diesem *Nebe*, in: Feldes, Kohte, Stevens-Bartol (Hrsg.), SGB IX, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2018, § 61.

48 BT-Drs. 18/9522, S. 256.

49 *Becker*, in: Becker/Franke/Molkentin (Hrsg.), SGB VII, 5. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: LPK-SGB VII), § 82 Rn. 9; LPK-SGB VII-Schmitt, § 82 Rn. 11.

50 Gesetz vom 12.6.2020, BGBl. 2020 I, S. 1248, 1267.

51 BT-Drs. 19/17586, S. 106.

52 Ebd.

tätsgründen aufgrund der besonderen Ausgestaltung des früheren § 90 SGB VII.

(2) Im Recht der Arbeitsförderung (SGB III)

Auch bei der Einkommensanrechnung auf den Bedarf an Berufsausbildungsbeihilfe gibt es eine Sonderregelung mit Tarifbezug – hier jedoch zugunsten der Versichertengemeinschaft und nicht der/des betroffenen Auszubildenden. Wird die Berufsausbildung im familiären Betrieb durchgeführt, ist nach **§ 67 Abs. 5 SGB III** »für die Feststellung des Einkommens der oder des Auszubildenden mindestens die tarifliche Bruttoausbildungsvergütung als vereinbart zugrunde zu legen« beziehungsweise beim Fehlen einer solchen die ortsübliche Vergütung.

Bei der Berechnung des für das Arbeitslosengeld relevanten Bemessungsentgelts wird bei einer fiktiven Bemessung (§ 152 SGB III) und gleichzeitiger Herabbemessung (§ 151 Abs. 5 SGB III) – zur Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Zuordnung einer Referenz-Arbeitszeit – die tarifliche Arbeitszeit für Beschäftigte im öffentlichen Dienst zugrunde gelegt (**§ 151 Abs. 5 S. 3 SGB III**).⁵³

Als Reaktion auf die Auswirkungen der COVID-19-Pandemie auf den Arbeitsmarkt hatte der Gesetzgeber in verschiedenen Bereichen des Sozialrechts befristete Sonderregelungen zum Schutz der Beschäftigten erlassen. Eine dieser Vorschriften ist **§ 421d Abs. 2 SGB III**, der durch das Beschäftigungssicherungsgesetz⁵⁴ zum 10. Dezember 2020 in Kraft trat. Die Norm statuiert eine vorübergehende abweichende Bemessung des Arbeitslosengelds, indem vom Regelfall der §§ 150 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 und § 151 Abs. 3 SGB III zugunsten der/des Arbeitslosen abgewichen wird.⁵⁵ § 421d Abs. 2 SGB III betrifft Arbeitslose, deren regelmäßige Wochenarbeitszeit im Zeitraum vom 1. März 2020 bis 31. Dezember 2022 aufgrund einer »kollektiv-rechtlichen Beschäftigungssicherungsvereinbarung« vorübergehend reduziert wurde. Für die Berechnung der Höhe ihres Anspruchs auf Arbeitslosengeld ist dasjenige Arbeitsentgelt zugrunde zu legen, dass der/die Arbeitslose ohne diese Beschäftigungssicherungsvereinbarung und ohne Mehrarbeit erzielt hätte. Um Nachteile aufgrund der pandemiebedingten Wirtschaftskrise zu vermeiden, sollte damit vom Äquivalenzgrundsatz abgewichen werden, sodass das (nun aufgrund der Arbeitszeitreduzierung geringere) beitragspflichtige Entgelt und das (auf dem vorherigen Arbeitsentgelt beruhende) bemessungsrelevante Entgelt einander nicht mehr entsprechen.⁵⁶ Hiervon betroffene Arbeitslose

werden damit so gestellt, als hätten sie ganz normal weitergearbeitet. Von diesem Vorteil profitieren jedoch nur Arbeitslose, deren Arbeitszeitreduzierung im maßgeblichen Zeitraum aufgrund einer Kollektivvereinbarung zur Beschäftigungssicherung erfolgt ist. Gemeint sind damit sowohl Tarifverträge als auch Betriebs- und Dienstvereinbarungen, nicht jedoch individualrechtliche Absprachen.⁵⁷ Die Sonderregelung in § 421d Abs. 2 SGB III ist nicht gänzlich neu. Bereits im Rahmen der Wirtschaftskrise ab dem Jahr 2008 hatte der Gesetzgeber eine vergleichbare vorübergehende Ausnahme in § 421t Abs. 7 SGB III aF.⁵⁸ geregelt.⁵⁹ Dort fehlte allerdings noch der Zusatz, dass es sich um eine kollektivrechtliche Vereinbarung handeln muss, sodass individualrechtliche Absprachen zur Beschäftigungssicherung nicht ausgeschlossen waren.

Beim Kurzarbeitergeld berechnet sich die Höhe der Leistung nach einem bestimmten Prozentsatz der Nettoentgelt-differenz im Anspruchszeitraum (§ 105 SGB III). Gemeint ist damit – vereinfacht gesagt – die Differenz zwischen dem Soll-Entgelt, das ein*e Arbeitnehmer*in ohne die Kurzarbeit erzielt hätte, und dem aufgrund der Kurzarbeit reduzierten (tatsächlichen) Ist-Entgelt (§ 106 Abs. 1 SGB III). § 106 Abs. 2 S. 3 Hs. 1 SGB III legt abweichend fest, dass bei der Berechnung der Nettoentgelt-differenz vorübergehende Änderungen der vertraglichen Arbeitszeit unberücksichtigt bleiben, wenn die Arbeitszeitreduzierung aufgrund einer kollektivrechtlichen Beschäftigungssicherungsvereinbarung erfolgt. Die Regelung hat zur Folge, dass nicht das aufgrund der vorherigen Arbeitszeitreduzierung verminderte Entgelt für die Berechnung des Kurzarbeitergelds herangezogen wird, sondern ein (höheres) fiktives Soll-Entgelt, das die/der Arbeitnehmer*in ohne die vorübergehende Reduzierung der Arbeitszeit erhalten hätte.⁶⁰ Dieser Vorteil wird jedoch nur gewährt, wenn die Änderung der Arbeitszeit auf einer Beschäftigungssicherungsvereinbarung der Tarif- oder Betriebspartner beruht. Der Gesetzgeber wollte damit einen Anreiz setzen, »den Arbeitsausfall zunächst im Betrieb auf-

53 Vgl. Gagel-Rolfs (Fn. 45), § 151 Rn. 48.

54 Gesetz vom 3.12.2020, BGBl. 2020 I, S. 2691.

55 Gagel-Rolfs (Fn. 45), § 421d Rn. 7.

56 Vgl. BT-Ausschuss-Drs. 19/24481, S. 19.

57 Gagel-Rolfs (Fn. 45), § 421d Rn. 8.

58 Gesetz zur Sicherung von Beschäftigung und Stabilität in Deutschland vom 2.3.2009, BGBl. 2009 I, S. 416, 431.

59 Vgl. dazu BT-Ausschuss-Drs. 16/11801.

60 Gagel-Bieback (Fn. 45), § 106 Rn. 36.

zufangen, ohne dass Kurzarbeit eingeführt werden muss⁶¹. Die Regelung knüpfte damit an die frühere (befristete) Vorschrift in § 421t Abs. 2 Nr. 3 SGB III in der Fassung bis 31. März 2012 an und verstetigt diese.⁶² Inwieweit auch Sanierungstarifverträge unter diese Ausnahme fallen können, ist umstritten.⁶³

d) Unzumutbarkeit einer tarifwidrigen Beschäftigung

Wer arbeitslos ist, hat grundsätzlich die Pflicht, jede zumutbare Beschäftigung aufzunehmen (§ 2 Abs. 5 Nr. 2 SGB III), anderenfalls droht eine Sperrzeit beim Arbeitslosengeld und auch beim Kurzarbeitergeld (§ 140 und § 98 Abs. 4 S. 3 SGB III). Ein Arbeitsloser kann jedoch nicht dazu verpflichtet werden, eine Beschäftigung aufzunehmen, bei der »gegen gesetzliche, tarifliche oder in Betriebsvereinbarungen festgelegte Bestimmungen über Arbeitsbedingungen oder gegen Bestimmungen des Arbeitsschutzes [verstoßen wird]« (§ 140 Abs. 2 SGB III). Eine solche Beschäftigung ist stets unzumutbar. Voraussetzung ist jedoch die beiderseitige Tarifbindung – des Arbeitgebers und der/des Arbeitnehmer*in – oder eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG.⁶⁴

Fehlt eine solche, können arbeitslose Menschen an Arbeitgeber vermittelt werden, selbst wenn diese keinen Tariflohn zahlen.⁶⁵ Eine Lohnuntergrenze stellt dann regelmäßig nur noch die Sittenwidrigkeit des gezahlten Entgelts (Lohnwucher als Verstoß gegen § 138 BGB) oder ein Verstoß gegen die Mindestlohnvorschriften dar.⁶⁶ Unzulässiger Lohnwucher liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein »auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung [besteht]«, das anzunehmen ist, »wenn die Arbeitsvergütung nicht einmal zwei Drittel eines in der betreffenden Branche und Wirtschaftsregion üblicherweise gezahlten Tariflohns erreicht«.⁶⁷ Die BA geht in ihren Fachlichen Weisungen insoweit davon aus, dass ein sittenwidriges Entgelt vorliegt, wenn dieses »um 30 Prozent und mehr unter dem tariflichen oder ortsüblichen Arbeitsentgelt liegt«.⁶⁸

e) Einfluss von Tarifverträgen auf den Versicherungsschutz und die Trägerzuständigkeit

Eine Spezialregelung im Recht der Unfallversicherung ermöglicht die Erweiterung des gesetzlichen Versicherungsschutzes für Seeleute auf der Grundlage einer tarifvertraglichen Regelung in der Schifffahrt. Konkret geht es um § 10 Abs. 2 SGB VII, der insofern zwar ein Alleinstellungsmerkmal im Sozialrecht hat, in der Praxis jedoch keine besondere

Bedeutung spielt. Nach der allgemeinen Regel in § 8 Abs. 1 SGB VII liegt ein Arbeitsunfall nur dann vor, wenn ein Unfall einer/eines Versicherten infolge einer versicherten (beschäftigungsbezogenen) Tätigkeit passiert. Nach der Rechtsprechung können jedoch auch im Allgemeinen unversicherte private Tätigkeiten von Seemännern/Seefrauen an Bord eines Schiffes dennoch dem Schutz der Unfallversicherung unterliegen, wenn die besonderen Umstände an Bord und schiffstypische Gefahren den Unfall wesentlich mitverursacht haben.⁶⁹ Hintergrund ist der sogenannte Betriebsbann, wonach sich Seeleute zwangsweise für längere Zeit an Bord aufhalten müssen und das Schiff damit neben der Arbeitsstätte auch der Raum für die Freizeitgestaltung ist.⁷⁰ § 10 Abs. 2 SGB VII enthält nun die gesetzliche Fiktion, dass in Seefahrtsunternehmen auch die »freie Rückbeförderung« als versicherte Tätigkeit gilt, sofern sie »nach dem Seearbeitsgesetz oder tariflichen Vorschriften« erfolgt. Sieht ein Tarifvertrag zum Beispiel bei Erkrankung von Seeleuten deren Rückbeförderung nach Deutschland auf Kosten des Arbeitgebers vor, dann stehen private Tätigkeiten auf dem Rückweg unter dem Schutz der Unfallversicherung. Da es sich bei dem Rückweg von der auswärtigen Tätigkeit aber regelmäßig um einen ohnehin versicherten Betriebsweg handeln dürfte, ist die Erweiterung des Versicherungsschutzes nach § 10 Abs. 2 SGB VII in der Regel rechtlich bedeutungslos.⁷¹

Ferner kann sich auch die sachliche Zuständigkeit eines Unfallversicherungsträgers an Tarifnormen festmachen. § 129 Abs. 1 Nr. 3 SGB VII legt fest, dass die Unfallversicherungsträger im kommunalen Bereich bei Unfällen infolge privat durchgeführter Bauarbeiten zuständig sind,

61 BT-Drs. 17/6277, S. 102.

62 Ebd.

63 Ablehnend hinsichtlich zusätzlicher unbezahlter Stunden: *Kühl*, in: Brand (Hrsg.), SGB III, 9. Aufl., München 2021, § 106 Rn. 5; dies bejahend, sofern dadurch die verbliebene Beschäftigung stabilisiert werden soll: *Gagel-Bieback* (Fn. 45), § 106 Rn. 35.

64 *Gagel-Baldschun* (Fn. 45), § 140 Rn. 85.

65 Zu Reformvorschlägen siehe Abschnitt IV.7.

66 *Gagel-Baldschun* (Fn. 45), § 140 Rn. 86 ff.

67 LSG Hamburg, 16.7.2009 – L 5 AS 20/07 – ECLI:DE:LSGHH:2009:0716.L5AS20.07.0A mit Bezug auf BAG, 22.4.2009 – 5 AZR 436/08 – NZA 2009, 837.

68 BA, Fachliche Weisungen Arbeitslosengeld § 140 SGB III, Zumutbare Beschäftigungen, Stand: 20.7.2017, Ziff. 140.2.

69 *KassKomm-Ricke* (Fn. 40), SGB VII § 10 Rn. 4 f.

70 *KassKomm-Ricke* (Fn. 40), SGB VII § 10 Rn. 4; BSG, 5.8.1976 – 2 RU 231/74 – BSGE 42, 129.

71 *KassKomm-Ricke* (Fn. 40), SGB VII § 10 Rn. 15 f.

»wenn für die einzelne geplante Bauarbeit nicht mehr als die im Bauhauptgewerbe geltende tarifliche Wochenarbeitszeit tatsächlich verwendet wird«.

3. Sonderregelungen im Baugewerbe

Das Baugewerbe ist seiner Natur nach durch verschiedene Besonderheiten geprägt. Neben der starken Fluktuation der Beschäftigten zählt hierzu, dass es sich um stark saison- und witterungsabhängige Tätigkeiten in meist kleineren Betrieben handelt.⁷² Um den Besonderheiten der Bauwirtschaft zu begegnen, haben die Sozialpartner Sozialkassentarifverträge ausgehandelt, in denen verschiedene Leistungen wie eine Renten-Zusatzversorgung und das Urlaubsentgelt geregelt sind.⁷³ Zur Durchführung dieser Leistungen, wurden auf tarifvertraglicher Grundlage Organisationen in Form von gemeinsamen Einrichtungen geschaffen,⁷⁴ die unter dem Dach der Urlaubs- und Lohnausgleichskasse der Bauwirtschaft (SOKA-BAU) stehen. Für die Baubranche gelten auch sozialrechtliche Besonderheiten.

a) Einbeziehung bestehender Tarifverträge im Baugewerbe

Legt das BMAS die Wirtschaftszweige in der Baubetriebe-Verordnung (BaubetrV) fest, für die Saison-Kurzarbeitertgelt gezahlt werden kann, soll in der Regel »der fachliche Geltungsbereich tarifvertraglicher Regelungen berücksichtigt und die Tarifvertragsparteien vorher angehört werden« (§ 109 Abs. 2 SGB III). Die in der BaubetrV zugelassenen Betriebe sollen daher möglichst mit denjenigen in den Bautarifverträgen identisch sein.⁷⁵ Die Rechtsprechung zieht die Bautarifverträge insofern auch zur Auslegung der BaubetrV heran.⁷⁶

Die Winterbeschäftigungs-Verordnung (WinterbeschV), in der ergänzende Leistungen für Arbeitnehmer*innen in der Baubranche und einzelnen anderen Wirtschaftszweigen geregelt sind, ist ebenfalls »auf Grundlage von Vereinbarungen der Tarifvertragsparteien« zu erlassen (§ 109 Abs. 3 SGB III). Zu den tarifvertraglichen Bezügen bei der Aufbringung und Abführung der Winterbeschäftigungs-Umlage vgl. §§ 354, 356 SGB III.

b) Datenübermittlungen an gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien

Schließlich finden sich vereinzelt Rechtsgrundlagen für die Datenübermittlung von Sozialleistungsträgern an gemein-

same Einrichtungen der Tarifvertragsparteien. Hierbei handelt es sich in erster Linie um die SOKA-BAU. Die Befugnis – aber auch der Auftrag – zur Übermittlung von im Gesetz bestimmten Daten dient dem Zweck, dass die SOKA-BAU ihre tarifvertragliche Aufgabe der Beitragseinziehung und Leistungsgewährung erfüllen kann. Dafür hat ihr die Datenstelle der Rentenversicherungsträger nach § 150 Abs. 3 S. 10 SGB VI im Falle einer Arbeitnehmerentsendung verschiedene Informationen zu übermitteln (unter anderem zu A1-Bescheinigungen und den Identifikationsmerkmalen des ausländischen und inländischen Arbeitgebers). Die gemeinsamen Einrichtungen haben nach § 69 Abs. 2 Nr. 2 SGB X den Sozialdatenschutz zu wahren.

4. Förderung von Tariflohn bei Leistungserbringern

Sozialleistungen werden vergleichsweise selten direkt in Eigeneinrichtungen der Sozialleistungsträger, wie Unfallkliniken oder Rehabilitationseinrichtungen der DRV, erbracht. Weitaus häufiger werden sie von Leistungserbringern angeboten, die unter der Trägerschaft der freien Wohlfahrtspflege, privater Unternehmen oder der Länder und Kommunen stehen.⁷⁷ Angesichts der Anbietervielfalt verwundert es nicht, dass auch die Vergütungsstrukturen und die Tarifbindung teils sehr unterschiedlich sind.⁷⁸

Die Erbringung von Sozialleistungen ist durch komplexe Vertragsstrukturen zwischen Sozialleistungsträgern und Leistungserbringern⁷⁹ gekennzeichnet. Der dezidierte rechtliche Rahmen für diese Verträge ist als Recht der Dienste und Einrichtungen in den einzelnen Büchern des Sozialgesetzbuchs geregelt. Von Bedeutung sind hierbei die Vergütungsvereinbarungen. Im Allgemeinen sind Vergütungssätze zu vereinbaren, die dem Wirtschaftlichkeits-

72 Vgl. *Bachner/Walser*, in: *Deinert/Heuschmid/Zwanziger* (Hrsg.), *Arbeitsrecht, Handbuch für die Praxis*, 10. Aufl., Frankfurt am Main 2019 (im Folgenden: *HdB-ArbR*), § 123 Rn. 72.

73 *Deinert/Heuschmid/Zwanziger*, *HdB-ArbR-Bachner/Walser* (Fn. 72), § 123 Rn. 72.

74 Näher *Deinert/Heuschmid/Zwanziger*, *HdB-ArbR-Deinert* (Fn. 72), § 11 Rn. 114 ff.

75 *Gagel-Bieback* (Fn. 45), § 109 Rn. 27.

76 *BSG*, 9.12.1997 – 10 RAf 2/96 – NZS 1998, 442; *Gagel-Bieback* (Fn. 45), § 109 Rn. 28.

77 *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, *AuR* 2017, 59, 60.

78 Vgl. *ebd.*

79 Die Besonderheiten der Leistungserbringung in der vertragsärztlichen Versorgung mit den dort vorhandenen Kassenärztlichen Vereinigungen werden hier nicht gesondert dargestellt.

grundsatz⁸⁰ genügen und die Stabilität der Beitragssätze⁸¹ in der Sozialversicherung gewährleisten. Hier bestünde die Gefahr, dass eine Bindung an Tarifverträge für Leistungserbringer nachteilig sein könnte, wenn ihre Konkurrenz die Leistungen günstiger anbieten kann, indem sie ihren Beschäftigten (angestellten Ärzt*innen, Pflegekräfte, Physiotherapeut*innen, etc.) untertarifliche Löhne bezahlt.

a) Annahme der Angemessenheit von Tariflöhnen

(1) Beispiel Pflegeversicherung

Dieser Gefahr des Lohndumpings wird entgegengewirkt, indem der Gesetzgeber in einigen Bereichen ausdrücklich bestimmt hat, dass die Zahlung von Tariflohn nicht unwirtschaftlich sein kann. Für Pflegeheime und ambulante Pflegedienste findet sich diese Maßgabe seit dem Jahr 2015 in §§ 84 Abs. 2 S. 5 und 89 Abs. 1 S. 4 SGB XI; doch auch zuvor war durch die Rechtsprechung anerkannt, dass »die Einhaltung einer Tarifbindung und ein deswegen höherer Personalkostenaufwand stets den Grundsätzen wirtschaftlicher Betriebsführung [genügen]«⁸². Dies war jedoch keineswegs schon immer der Fall. Im Jahr 2000 stellte das BSG noch fest, dass für die Ermittlung einer wirtschaftlichen Vergütung in stationären Pflegeeinrichtungen ein externer (Preis-)Vergleich mit anderen Einrichtungen »die Methode der Wahl« sei.⁸³ Soweit ein Einrichtungsträger in den Vergütungsverhandlungen »besondere nicht für alle Einrichtungsträger geltende Tarifbindungen und übertarifliche Aufwendungen« geltend macht, konnte dies nach der früheren Ansicht des BSG nicht berücksichtigt werden, da »alle Einrichtungen nach den geltenden Bestimmungen des Arbeitsrechts wirtschaften; wer einen vergleichsweise zu hohen Personalaufwand hat, muß[-te] diesen reduzieren, wenn er nicht das Ausscheiden aus dem Wettbewerb in Kauf nehmen will«.⁸⁴

Mit der gesetzlichen Klarstellung in den §§ 84 Abs. 2 S. 5 und 89 Abs. 1 S. 4 SGB XI sollte aber nicht nur Lohndumping unterbunden, sondern auch ein Anreiz geschaffen werden, die Beschäftigten nach Tarifvertrag zu entlohnen.⁸⁵ Bislang tarifungebundene Arbeitgeber in der Pflegebranche seien vor dem Hintergrund des Fachkräftemangels nämlich letztlich dazu gezwungen, ebenfalls Gehälter in entsprechender Höhe zu zahlen, um qualifiziertes Personal zu gewinnen.⁸⁶ Ein Zwang zur Tarifbindung geht damit aber freilich nicht einher. Ferner legen § 84 Abs. 2 S. 6 und § 89 Abs. 1 S. 5 SGB XI fest, dass bei einer Bezahlung über dem Tariflohn eine sachliche Begründung erforderlich ist.

Werden Pflegesätze auf Basis von Tariflöhnen oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen vereinbart, dann ist der Träger der Einrichtung nach § 82 Abs. 7a SGB XI ausdrücklich dazu verpflichtet, »die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit einzuhalten« und dies bei Bedarf auch nachzuweisen. Hintergrund ist folgende Intention des Gesetzgebers: »Durch die Verpflichtung zur Einhaltung der zu Grunde gelegten Tarifbindung soll gleichzeitig die Möglichkeit eröffnet werden, im Falle der Nichteinhaltung durch die Einrichtung eine Kürzung der Pflegevergütung für die Dauer der Pflichtverletzung unabhängig vom Vorliegen und des Nachweises eines konkreten Qualitätsdefizits nach § 115 Absatz 3 herbeizuführen.«⁸⁷ Ein Verstoß gegen die vereinbarte Zahlung von Tariflohn sollte damit leichter sanktioniert werden können.

(2) Angemessenheit von Tariflöhnen in weiteren Sozialleistungsbereichen

Den §§ 84 Abs. 2 S. 5 und 89 Abs. 1 S. 4 SGB XI vergleichbare Regelungen zur Angemessenheit von Tariflöhnen finden sich für die Vergütung der häuslichen Krankenpflege in § 132a Abs. 4 S. 7 SGB V, für die außerklinische Intensivpflege in § 132l Abs. 5 S. 2 SGB V, für Verträge mit Rehabilitationsdiensten und -einrichtungen in § 38 Abs. 2 SGB IX und speziell für Versorgungsverträge der Krankenkassen mit stationären Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen in § 111 Abs. 5 S. 3 SGB V beziehungsweise für ambulante Leistungen der medizinischen Rehabilitation in § 111c Abs. 3 S. 3 SGB V, für Leistungserbringer der Eingliederungshilfe in § 124 Abs. 1 S. 6 SGB IX, für Integrationsfachdienste in § 196 Abs. 2 SGB IX sowie für Leistungserbringer der Sozialhilfe in § 75 Abs. 2 S. 13 SGB XII.

80 Vgl. hierzu nur § 3 SGB II, § 7 SGB III, § 69 SGB IV, § 12 SGB V, § 13 SGB VI, § 78b SGB VIII, § 123 SGB IX, § 29 SGB XI, § 75 SGB XII.

81 Vgl. hierzu nur §§ 71 f. SGB V, § 70 SGB XI.

82 BSG, 29.1.2009 – B 3 P 7/08 R – NZS 2010, 35, 36, Rn. 36; Hintergrund war eine 2008 erfolgte Änderung des § 72 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB XI, wonach die Zahlung einer »ortsüblichen Arbeitsvergütung« zur Voraussetzung für die Zulassung zur Pflege wurde, vgl. *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 61.

83 BSG, 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R – BSGE 87, 199; siehe auch *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 61.

84 BSG, 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R – BSGE 87, 199.

85 BT-Drs. 18/2909, S. 44.

86 KassKomm-Weber (Fn. 40), SGB XI § 84 Rn. 15.

87 BT-Drs. 18/2909, S. 44.

Durch das »Gesetz Digitale Rentenübersicht«⁸⁸ werden mit Wirkung ab 1. Juli 2023 im neuen § 15 Abs. 8 S. 2 SGB VI Vorgaben für die Vereinbarung der Vergütungssätze zwischen dem Träger der Rentenversicherung und einer Einrichtung zur medizinischen Rehabilitation geregelt. Hierdurch können künftig über das nach dem ebenfalls neuen § 15 Abs. 9 S. 1 Nr. 2 SGB VI ermittelte Vergütungssystem, das für alle Rehabilitationseinrichtungen gilt, hinaus weitere Faktoren bei der Vergütung berücksichtigt werden. Dies betrifft beispielsweise den »regionalen Faktor« (§ 15 Abs. 8 S. 2 Nr. 2 SGB VI-neu), der auch regional unterschiedliche Tarifstrukturen berücksichtigen soll.⁸⁹ In § 15 Abs. 8 S. 2 Nr. 3 SGB VI-neu werden explizit auch »tariflich vereinbarte Vergütungen« (beziehungsweise solche nach kirchenrechtlichen Regelungen) genannt. Tarifliches Arbeitsentgelt ist danach von den Rentenversicherungsträgern »als wirtschaftlich anzuerkennen und damit zu refinanzieren«⁹⁰. Dies entspricht der allgemeinen Regelung in § 38 Abs. 2 SGB IX.⁹¹

b) Tarifbindung als Bedingung für die Zulassung zur Versorgung

Durch das jüngst beschlossene Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz⁹² ging der Gesetzgeber noch einen Schritt weiter. Ab dem 1. September 2022 dürfen Pflegekassen gemäß § 72 Abs. 3a SGB XI Versorgungsverträge nur noch mit Pflegeeinrichtungen abschließen, die selbst tarifgebunden sind und ihr Pflege- und Betreuungspersonal nach Tarif bezahlen. Bereits bestehende Versorgungsverträge müssen ebenfalls bis zu diesem Zeitpunkt an diese Regelung angepasst werden (§ 72 Abs. 3b S. 2 SGB XI). Mit Pflegeeinrichtungen sind nicht nur Pflegeheime, sondern auch ambulante Pflegedienste gemeint (Begriffsdefinition in § 71 SGB XI). Da ein bestehender Versorgungsvertrag eine *conditio sine qua non* dafür ist, dass eine Pflegeeinrichtung ambulante und stationäre Pflege auf Kosten der Pflegekassen erbringen kann (§ 72 Abs. 1 SGB XI) *dürften* ab September 2022 nur noch solche Einrichtungen zugelassen sein, die ihren Beschäftigten »eine Entlohnung aufgrund eigener tariflicher (einschließlich unternehmens- oder haustarifvertraglicher) oder kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen zahlen«⁹³.

Dieser Grundsatz wird jedoch durch § 72 Abs. 3b SGB XI wieder aufgeweicht, indem für die Zulassung zur Versorgung auch eine Vergütung nach (irgendeinem) Tarifvertrag oder einer kirchlichen Arbeitsrechtsregelung aus-

reichen soll, deren Geltungsbereich eröffnet ist.⁹⁴ Nach dem Willen des Gesetzgebers soll eine Bezugnahme sowohl auf Flächen-, Unternehmens- als auch Haustarifverträge möglich sein.⁹⁵ Der DGB sieht hier die Gefahr, dass sich Pflegeeinrichtungen im jeweiligen Bundesland an einem Haustarifvertrag mit einem niedrigen Tarifniveau orientieren könnten, und schlägt stattdessen vor, dass der in Bezug genommene Tarifvertrag entweder das regional übliche Entgeltniveau nicht unterschreiten darf oder es sich um einen relevanten Flächentarifvertrag handeln muss.⁹⁶

Trotz der berechtigten Kritik an der Aufweichung der geforderten Tarifbindung, bieten § 72 Abs. 3a und 3b SGB XI einen begrüßenswerten Ansatz, um Tarifbindung nicht nur indirekt durch die Anerkennung von Tariflöhnen als angemessenes Entgelt im Rahmen von Vergütungsverhandlungen zu fördern, sondern die Zahlung von Tariflöhnen unmittelbar schon bei der Zulassung zur Leistungserbringung zu fordern. Diese Forderung wird in den Absätzen 3c bis 3e des § 72 SGB XI zudem mit Berichtspflichten und Kontrollmöglichkeiten flankiert. Eine Evaluation soll bis Ende 2025 durchgeführt werden.

Die Ausnahme des § 72 Abs. 3b SGB XI vom kurz zuvor aufgestellten Grundsatz der Tarifbindung könnte auch verfassungsrechtlich geboten sein. Das BVerfG ermöglicht dem Gesetzgeber, Anreize zum Beitritt zu einer Gewerkschaft oder einem Arbeitgeberverband zu setzen, solange hierdurch kein erheblicher Beitrittsdruck entsteht.⁹⁷ Hätte ein Unternehmer nur dann die Möglichkeit, Zugang zur Versorgung von Sozialversicherten zu erhalten und seine Dienstleistungen gegenüber den Sozialleistungsträgern abzurechnen, wenn er selbst tarifgebunden ist, dann wäre diese Grenze hier wohl überschritten. Ein Leistungserbrin-

88 Gesetz vom 11.2.2021, BGBl. 2021 I, S. 154.

89 BT-Drs. 19/23550, S. 99.

90 Ebd.

91 Hierauf hindeutend: BT-Drs. 19/23550, S. 99.

92 Gesetz vom 11.7.2021, BGBl. 2021 I, S. 2754.

93 BT-Drs. 19/30560, S. 65.

94 Zur Kritik: DGB, Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zu Änderungsanträgen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG), vom 4.6.2021, S. 10f.

95 BT-Drs. 19/30560, S. 66.

96 DGB, Stellungnahme vom 4.6.2021, S. 10f.

97 BVerfG, 20.7.1971 – 1 BvR 13/69 – NJW 1971, 2301; BVerfG, 15.7.1980 – 1 BvR 24/74 – NJW 1981, 215.

ger stünde unter einem erheblichen Druck einen Tarifvertrag abzuschließen oder sich über die Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband Tarifnormen zu unterwerfen (vgl. § 3 Abs. 1 TVG), um sich in diesem Bereich wirtschaftlich betätigen zu können. Verfassungsrechtlich unproblematisch ist hingegen, wenn ein Unternehmer – wie in § 72 Abs. 3b SGB XI geschehen – lediglich dazu verpflichtet wird, seinen Beschäftigten ein Entgelt in Höhe des einschlägigen Tariflohns zu zahlen (Reformvorschläge unter Abschnitt IV.6). Dies kann zwar einen gewissen Anreiz zur eigenen Tarifbindung setzen, um auf das Ergebnis der Tarifvertragsverhandlungen Einfluss nehmen zu können, jedoch wäre damit kein unzulässiger (erheblicher) Beitrittsdruck verbunden.

5. Arbeitskampf und Sozialrecht

Auch was die Durchsetzung von Tarifforderungen im Rahmen eines Arbeitskampfes betrifft, hat das Sozialrecht Auswirkungen – hier jedoch zulasten der Arbeitnehmerschaft. Dem liegt folgende Problematik zugrunde. Für die Dauer eines rechtmäßigen Streiks ruhen die arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten und der Arbeitgeber muss für die Zeit der Arbeitsniederlegung kein Entgelt zahlen.⁹⁸ Arbeitskämpfe haben – insbesondere in eng miteinander verflochtenen Geschäftsbeziehungen wie in der Automobilindustrie – aber auch Fernwirkungen auf Betriebe, die nicht unmittelbar bestreikt werden. In einer Wertschöpfungskette, vor allem bei lagerloser Beschaffungsplanung (wie just-in-time oder just-in-sequence) sind Zulieferer und Auftraggeber/Endproduzenten gegenseitig voneinander abhängig und der eine kann ohne den anderen seine Produkte entweder nicht fertigen oder nicht absetzen.⁹⁹ Welche Auswirkungen diese Fernwirkungen auf das Kräftegleichgewicht der Arbeitskämpfparteien haben, ist arbeitsrechtlich für die Frage relevant, ob auch der Arbeitgeber des mittelbar betroffenen Betriebs seine Arbeitnehmer*innen ohne Entgeltzahlung von der Arbeit freistellen darf (sogenannte »kalte Aussperrung«).¹⁰⁰

Der BA obliegt nach § 160 Abs. 1 SGB III während eines Arbeitskampfes eine (passive) Neutralitätspflicht.¹⁰¹ Es soll vermieden werden, dass durch die Zahlung oder Verweigerung von Leistungen nach dem SGB III »ausgleichende Korrekturen im Bereich der Kampfparität«¹⁰² vorgenommen werden. Der Anspruch auf Arbeitslosengeld ruht daher nach § 160 Abs. 2 SGB III für die Dauer eines Streiks, wenn ein*e

Arbeitnehmer*in aufgrund einer Beteiligung an dem Arbeitskampf arbeitslos geworden ist. Gleiches gilt nach § 100 Abs. 1 SGB III für die Zahlung von Kurzarbeitergeld. § 160 Abs. 3 SGB III bestimmt darüber hinaus, dass auch nur mittelbar betroffene Arbeitnehmer*innen, die nicht an dem Arbeitskampf beteiligt sind, keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld haben, sofern ihr Betrieb in den räumlichen und fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags fällt (Nr. 1) oder – im Falle der kalten Aussperrung¹⁰³ – »nicht dem räumlichen, aber dem fachlichen Geltungsbereich des umkämpften Tarifvertrags zuzuordnen ist und im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags, dem der Betrieb zuzuordnen ist, a) eine Forderung erhoben worden ist, die einer Hauptforderung des Arbeitskampfes nach Art und Umfang gleich ist, ohne mit ihr übereinstimmen zu müssen, und b) das Arbeitskampfergebnis aller Voraussicht nach in dem räumlichen Geltungsbereich des nicht umkämpften Tarifvertrags im Wesentlichen übernommen wird.« (Nr. 2).

Diese Ausnahme vom Arbeitslosen-/Kurzarbeitergeld für kalt Ausgesperrte erfolgte 1986 zunächst in § 116 Abs. 3 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) a.F. und hatte seitdem weitreichende Konsequenzen für die Arbeitskampfstrategien der Gewerkschaften, da die Betroffenen auch keine finanzielle Unterstützung aus den Streikkassen erhalten konnten.¹⁰⁴ Nach Kittner avancierte die »Frage, ob die Bundesanstalt für Arbeit an die betroffenen Arbeitnehmer Leistungen erbrachte oder nicht, (...) damit zu einem kampfstrategischen Problem von bislang ungeahntem Ausmaß«¹⁰⁵. Auf eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde der IG Metall kam das BVerfG 1995 zu dem Ergebnis, dass § 116 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 AFG a.F. (jetzt in § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB III) »zwar die Koalitionsfreiheit der Gewerkschaften [beeinträchtigt]. Sie wahrt

98 Siehe nur BAG, 22.3.1994 – 1 AZR 622/93 – NJW 1995, 477.

99 Vgl. dazu auch Kocher/Kädler/Voskamp/Krüger, Noch verfassungsgemäß? Fernwirkungen bei Arbeitskämpfen in der Automobilindustrie und die Verfassungsmäßigkeit des § 160 Abs. 3 SGB III, HSI-Schriftenreihe Bd. 19, Frankfurt am Main 2017, S. 48.

100 Näher Kocher ua., Noch verfassungsgemäß? (Fn. 99), S. 16 ff.

101 Düe, in: Brand (Fn. 69), § 160 Rn. 4.

102 BSG, 4.10.1994 – 7 KlAr 1/93 – NZA 1995, 320, 342.

103 Kocher ua., Noch verfassungsgemäß? (Fn. 99), S. 20.

104 Kocher ua., Noch verfassungsgemäß? (Fn. 99), S. 24; vgl. zum geschichtlichen Hintergrund und den Folgen des »Streikparagrafen« zusammenfassend Kittner, 50 Urteile – Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2020, S. 314 ff.

105 Kittner, Arbeitskampf, München 2005, S. 705.

aber die Grenzen, die der Ausgestaltungsbefugnis des Gesetzgebers dabei von Verfassungen wegen gezogen sind.«¹⁰⁶ Es betonte weiter, dass sich »eine verfassungswidrige Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie (noch) nicht feststellen [lasse]«¹⁰⁷ und auch die damit verbundenen »Risiken [einer Störung der Parität] stellen die Verfassungsmäßigkeit der angegriffenen Regelung allerdings ebenfalls (noch) nicht in Frage«^{108, 109} Diese Rechtsprechung ist – insbesondere vor dem Hintergrund der inzwischen veränderten tatsächlichen Grundlagen (stetig zunehmende wirtschaftliche Verflechtungen, etc.) – auf deutliche Kritik gestoßen.¹¹⁰

IV. Gedanken zur Förderung von Tarifbindung durch Sozialrecht de lege ferenda

Die obigen exemplarischen Darstellungen haben gezeigt, dass die Bezugnahme auf Tarifverträge keineswegs ein Fremdkörper im Sozialrecht darstellt. Gleichwohl ist das Verhältnis stets nur punktuell geregelt und lässt eine umfassende Systematik vermissen. Neben einer wünschenswerten rechtssystematisch besseren Abstimmung der Regelungsbereiche sollte sozialrechtliche Regulierung aber auch als Chance begriffen werden, Anreize für eine Stärkung der Tarifbindung zu setzen. Ansätze zu einer dahingehenden Weiterentwicklung können die nachfolgenden Vorschläge bieten.

1. Tariföffnungsklauseln für Tarifgebundene

Bislang weitgehend ungelöst bleibt die Problematik, dass durch arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln auch nicht in einer Gewerkschaft oder einem Arbeitgeberverband organisierte, tarifungebundene »Außenseiter« zu einem großen Teil von den (sozial)rechtlichen Vorteilen profitieren können, die an tarifvertragliche Regelungen anknüpfen. Spürbare Anreize zur Stärkung der Tarifbindung lassen sich damit nach den Erfahrungen im Arbeitsrecht nicht im großen Stil erreichen, sondern »nur« eine Ausweitung der Tarifwirkungen.¹¹¹ Der Gesetzgeber hätte jedoch innerhalb des verfassungsrechtlich zulässigen Rahmens auch die Möglichkeit, exklusiv den tarifgebundenen

Versicherten und Arbeitgebern rechtliche Vorteile zu gewähren.¹¹²

Insoweit sollte bei den (wenigen) im Sozialrecht bestehenden sowie möglichen zukünftigen Tariföffnungsklauseln geprüft werden, ob diese an die Voraussetzung einer bestehenden Tarifbindung geknüpft werden können. Bei den Öffnungsklauseln im Kontext von Wertguthaben und deren Insolvenzsicherung (§ 7d Abs. 3 S.2 Nr. 1, § 7e Abs. 1 S.2 SGB IV, vgl. Abschnitt III.2.a) könnte eine Tarifbindung aufgrund der überschaubaren Auswirkungen zulässig geregelt werden.

In einem Eckpunktepapier¹¹³ haben das BMAS und das BMF ihre Ideen für eine starke Sozialpartnerschaft zusammengefasst. Hierin bringen die beiden Ministerien zum Ausdruck, dass künftig nur noch tarifgebundene Arbeitgeber die Möglichkeit haben sollen, von tarifdispositivem Gesetzesrecht abzuweichen.¹¹⁴ Eine arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag wäre dann nicht mehr ausreichend.

2. Beitragsentlastung für Organisierte

a) Modell 1: (Partielle) Beitragsfreiheit von tarifgebundenem Arbeitsentgelt

In einem Gutachten für das Hugo Sinzheimer Institut ging *Franzen* 2018 zuvörderst der Frage nach, inwieweit eine Stärkung der Tarifautonomie mittels einer (partiellen) Steuerfreiheit tarifgebundenen Arbeitsentgelts erreicht werden kann.¹¹⁵ Daneben befasste er sich auch mit einer möglichen Beitragsfreiheit von tarifgebundenem Entgelt.

106 BVerfG, 4.7.1995 – 1BvF2/86 – NZA 1995, 754, 755.

107 BVerfG, 4.7.1995 – 1BvF2/86 – NZA 1995, 754, 757.

108 BVerfG, 4.7.1995 – 1BvF2/86 – NZA 1995, 754, 758.

109 Im Einzelnen zur Argumentation des BVerfG, vgl. *Kocher ua.*, Noch verfassungsgemäß? (Fn. 99), S. 24 ff.

110 Hierzu im Einzelnen und mwN. *Kocher ua.*, Noch verfassungsgemäß? (Fn. 99).

111 Vgl. dazu *Schlachter*, SR 2020, 205, 207, 210.

112 Vgl. grundlegend *Kingreen*, Exklusive Tariföffnungsklauseln – Einfachrechtliche Ausgestaltung und verfassungsrechtliche Zulässigkeit (Fn. 13).

113 BMAS/BMF, Eckpunkte zur Weiterentwicklung des Mindestlohns und Stärkung der Tarifbindung, 5.3.2021, unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/faierer-mindestlohn.html> (22.9.2021).

114 BMAS/BMF, Eckpunkte zur Weiterentwicklung des Mindestlohns und Stärkung der Tarifbindung, 5.3.2021, unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/faierer-mindestlohn.html> (22.9.2021), S. 6 f.

115 *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, HSI-Schriftenreihe Band 27, Frankfurt am Main 2018, S. 35 ff.

Eine solche wäre je nach Umfang der Beitragsermäßigung verfassungsrechtlich zulässig und verstoße in diesen Grenzen nicht gegen das Versicherungs- und Solidarprinzip.¹¹⁶ Letztlich spricht sich *Franzen* aber zu Recht gegen dieses Modell aus, da das Solidarprinzip damit zu sehr strapaziert würde und die Stärkung der Tarifbindung »eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe [sei], welche dem Versichertenkollektiv nicht übertragen werden sollte«.¹¹⁷

b) Modell 2: Reduzierter Beitragssatz für Organisierte

Deinert erinnert im Anschluss an diese Überlegungen daran, dass die Tarifautonomie eine Stütze des Sozialversicherungssystems bildet.¹¹⁸ Er zieht einen Vergleich zur Pflegeversicherung, in die bereits heute Eltern einen geringeren Beitrag einzahlen müssen, da sie durch die Kindererziehung in den Worten des BVerfG »einen generativen Beitrag zur Funktionsfähigkeit eines umlagefinanzierten Sozialversicherungssystems leisten«¹¹⁹. Ebenso leisten auch Organisierte einen Beitrag zur Funktionsfähigkeit des Tarifsystems, das die Finanzierung der Sozialversicherung stützt.¹²⁰ Als Alternative zur Anknüpfung an das tarifgebundene Entgelt könnte insoweit eine Entlastung ebenso durch einen reduzierten Beitragssatz erreicht werden. *Deinert* schlägt in diesem Sinne eine Beitragsentlastung von bis zu 1,5 Prozentpunkten für die Beschäftigten und einem Prozentpunkt für Arbeitgeber vor.¹²¹ Auf Seite der Arbeitnehmer*innen würde dies einerseits den Gewerkschaftsbeitrag mehr als ausgleichen und andererseits keinen zu hohen »Beitrittsdruck« erzeugen, der verfassungsrechtlich problematisch wäre.¹²² Nach dem Vorschlag *Deinerts* wäre die Beitragsprivilegierung im Verhältnis zum jeweiligen Beitragssatz auf die Zweige der Sozialversicherung aufzuteilen – mit Ausnahme der arbeitgeberseitig finanzierten Unfallversicherung. Um den Verwaltungsaufwand zu reduzieren, könnte die Entlastung – wie es bereits *Franzen* erwogen hatte¹²³ – in Rentenanwartschaften fließen.¹²⁴

Das Modell einer moderaten Beitragsreduzierung für Organisierte ist gegenüber einer partiellen Beitragsfreiheit tarifgebundenen Arbeitsentgelts zu bevorzugen und dürfte im Anschluss an die bereits existente Regelung in der Pflegeversicherung auf vergleichsweise geringere Widerstände stoßen.

3. Begünstigung von Tarifverträgen zur Risiko- prävention

Tarifverträge enthalten einen bunten Strauß an Regelungen des Arbeits- und Wirtschaftslebens – weit über die Lohngestaltung hinaus. So vereinbaren die Tarifvertrags- und Betriebsparteien regelmäßig auch Maßnahmen zur Prävention von Risiken, die zugleich durch die Sozialversicherung abgesichert sind. Auch dies kommt der Versichertengemeinschaft zugute und könnte eine sozialrechtliche Honorierung rechtfertigen. Es wäre daher zu erwägen, die über einen Tarifvertrag oder eine Betriebsvereinbarung verbindlich vereinbarte Prävention sozialer Risiken zu verbinden mit Beitragsermäßigungen oder anderen Vorteilen für die Unternehmen. So könnte beispielsweise die Geltung eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung mit Regelungen zum Arbeitsschutz dazu führen, dass für den Arbeitgeber geringere Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung anfallen oder er eine Prämie erhält. Kollektive Regelungen zum betrieblichen Gesundheitsmanagement, die auf die Vermeidung des Eintritts einer Erwerbsminderung abzielen, könnten zu einer moderaten Reduzierung des Beitragssatzes zur gesetzlichen Rentenversicherung führen, wobei die Differenz durch staatliche Zuschüsse auszugleichen wäre, damit die Arbeitnehmer*innen keine Nachteile durch geringere Rentenanwartschaften erleiden. Daneben ließen sich weitere Beispiele finden.

116 *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt (Fn. 115), S. 64 ff.

117 *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt (Fn. 115), S. 69.

118 *Deinert*, in: *Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts (Fn. 1), S. 566.

119 BVerfG, 3.4.2001 – 1 BvR 1629/94 – 2001, 1712 (Leitsatz).

120 Vgl. *Deinert*, in: *Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts (Fn. 1), S. 566.

121 *Deinert*, in: *Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts (Fn. 1), S. 567.

122 Ebd.

123 *Franzen*, Stärkung der Tarifautonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt (Fn. 115), S. 67.

124 *Deinert*, in: *Deinert/Maksimik/Sutterer-Kipping*, Die Rechtspolitik des Arbeits- und Sozialrechts (Fn. 1), S. 568.

4. Leistungsverbesserung mit Tarifvertrag

Des Weiteren wäre zu überlegen, in welchen Bereichen Tarifbindung Vorteile im Leistungsrecht schaffen könnte. Am leichtesten ließe sich dies bei neuen Leistungen etablieren.

Die IG Metall hatte 2019 den Vorschlag zur Einführung eines Transformationskurzarbeitergeldes in die politische Debatte eingebracht.¹²⁵ Durch diese neue Form des Kurzarbeitergeldes soll Kurzarbeit und Qualifizierung bei gleichzeitigem Fortbestand des Arbeitsverhältnisses, also ohne Wechsel in eine Transfergesellschaft, ermöglicht werden. Ziel ist es, den Beschäftigten auf diese Weise eine rechtzeitige Anpassung an die Herausforderungen der sich ändernden Arbeitswelt zu ermöglichen.

Die Höhe des Transformationskurzarbeitergeldes könnte daran gekoppelt werden, ob die Modalitäten der Qualifizierung in einem gemeinsamen Aushandlungsprozess von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite vereinbart wurden, sprich in Form eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung verbindlich festgehalten sind. Angelehnt an den bereits existenten Lohnzuschuss zur Förderung von Weiterbildung [§ 82 Abs. 4 SGB III, vgl. Abschnitt III.2.b)(2)] könnte das Transformationskurzarbeitergeld bei einem einschlägigen Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung beispielsweise um 5 % höher liegen als ohne Tarifbindung.

5. Verfestigung des Grundsatzes: Tariflohn erfüllt das Wirtschaftlichkeitsgebot

Es bedarf einer Klarstellung in allen Sozialleistungszweigen beziehungsweise für die Sozialversicherung übergreifend im SGB IV, dass die Zahlung von Tariflohn durch einen Leistungserbringer nicht unwirtschaftlich sein kann. Auf diese Weise erleiden Leistungserbringer beim Zugang zum Versorgungssystem keine Wettbewerbsnachteile gegenüber nicht-tarifgebundenen Unternehmen. Entsprechende Klarstellungen finden sich bereits verteilt in verschiedenen Einzelregelungen (vgl. Abschnitt III.4.a), aber noch nicht in allen Bereichen. So fehlt es beispielsweise in der Kinder- und Jugendhilfe an einer vergleichbaren Regelung. Diese könnte minimalinvasiv in § 78c SGB VIII aufgenommen werden, in dem die erforderlichen Inhalte einer Leistungs- und Entgeltvereinbarungen für eine Vielzahl an Kinder- und Jugendhilfeleistungen aufgeführt sind.

6. Tariflohn als Voraussetzung für die Leistungserbringung

Zudem sollte geprüft werden, ob eine Tarifbindung beziehungsweise die Zahlung von Tariflohn auch außerhalb der Pflege (vgl. Abschnitt III.4.b) als Zulassungskriterium für die Versorgung von Sozialleistungsempfängern geeignet wäre. Dies hätte das große Potential, Tarifverträge in allen Bereichen der Erbringung von Sozialleistungen zu fördern. Es ist nicht erkennbar, weshalb der diesbezügliche Ansatz in § 72 Abs. 3a SGB XI auf Pflegeeinrichtungen beschränkt bleiben sollte. Jedenfalls, soweit als Alternative zum Eintreten in eine Gewerkschaft oder Arbeitgeberorganisation die Möglichkeit besteht, sich an dem ortsüblichen oder tariflichen Entgelt zu orientieren, wird dadurch auch kein unzulässiger Beitrittsdruck ausgeübt.

In ihrem Eckpunktepapier¹²⁶ haben das BMAS und das BMF betont, »dass künftig in allen Einrichtungen des Gesundheitswesens Voraussetzung für den Abschluss von Versorgungsverträgen ist, dass der Arbeitgeber seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach einem einschlägigen Tarifvertrag entlohnt«¹²⁷. Dieser Vorstoß ist zu begrüßen. Ob und welche rechtlichen Handlungsschritte sich hieraus ergeben, wird sich in der nächsten Legislaturperiode zeigen.

Es ließe sich hier zudem noch einen Schritt weiter gehen. Leistungserbringer könnten nicht nur auf die Zahlung von Tariflohn verpflichtet werden, sondern darüber hinaus – weiter gefasst – auf die Gewährung von Arbeitsbedingungen aus einem Tarifvertrag. Damit würden Arbeitnehmer*innen neben der Vergütung von weiteren tariflichen Arbeitsbedingungen (beispielsweise Regelungen zur Arbeitszeit und weitergehende Urlaubsansprüche) profitieren. Außerdem könnte enger definiert werden, welche einschlägigen Tarifverträge ein Arbeitgeber in Bezug nehmen darf (zum Beispiel nur Flächentarifverträge).¹²⁸

¹²⁵ IG Metall, Faktenblatt – Das Transformationskurzarbeitergeld, Ein Vorschlag der IG Metall zur Beschäftigungssicherung und Stärkung von Qualifizierung im Betrieb, Frankfurt am Main 2019.

¹²⁶ BMAS/BMF, Eckpunkte zur Weiterentwicklung des Mindestlohns und Stärkung der Tarifbindung, 5.3.2021, unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/fairer-mindestlohn.html> (22.9.2021).

¹²⁷ BMAS/BMF, Eckpunkte zur Weiterentwicklung des Mindestlohns und Stärkung der Tarifbindung, 5.3.2021, unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/fairer-mindestlohn.html> (22.9.2021), S. 5.

¹²⁸ Für den Hinweis auf die mögliche Ausweitung auf »Arbeitsbedingungen« und die Begrenzung der einschlägigen Tarifverträge dankt der Verfasser *Ernesto Klengel*; ein Regelungsbeispiel für die Einschränkung auf Flächentarifverträge findet sich beim DGB, Stellungnahme zu Änderungsanträgen der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung (GVWG), vom 4.6.2021, S. 11.

7. Unzumutbarkeit untertariflicher Beschäftigung

a) Zumutbarkeitsgrenze in der Arbeitslosenversicherung

Nach § 140 Abs. 3 SGB III ist einem Arbeitslosen spätestens ab dem siebten Monat der Arbeitslosigkeit jede Beschäftigung (finanziell) zumutbar, solange die Nettovergütung nicht geringer ist als das Arbeitslosengeld. Hier sollte eine Erweiterung des § 140 SGB III dahingehend erfolgen, dass eine Beschäftigung, die unterhalb des branchenüblichen Tariflohns vergütet wird, für einen Arbeitssuchenden während des Bezugs von Arbeitslosengeld I stets als unzumutbar angesehen wird und nicht nur – wie in § 140 Abs. 2 SGB III geregelt (vgl. Abschnitt III.2.d) – bei einem Verstoß gegen einen beiderseitig bindenden Tarifvertrag. Sofern kein einschlägiger Tarifvertrag vorhanden ist, ist auf die ortsübliche Vergütung abzustellen. Entsprechend sollten auch keine Vermittlungsangebote zu untertariflicher Bezahlung erfolgen dürfen.¹²⁹

Für diesen Vorschlag findet sich auch ein rechtshistorisches Vorbild.¹³⁰ § 90 Abs. 2 Nr. 1 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) vom 16. Juli 1927 erkannte es als einen berechtigten Grund zur Ablehnung einer Arbeit an, wenn »für die Arbeit nicht der tarifliche oder, soweit ein solcher nicht besteht, der im Beruf ortsübliche Lohn gezahlt wird«.

Denkbar wäre ferner, eine Unterschreitung des Tarifniveaus bis zu einer bestimmten Schwelle zu erlauben, bis zu der noch von einer Zumutbarkeit ausgegangen werden könnte. *Deinert* und *Walser* schlagen hier eine Grenze von 10–20 % vor, um auf diese Weise die Anreizwirkung für eine Gewerkschaftsmitgliedschaft zu erhalten.¹³¹ Dies erscheint sachgerecht, wobei eine Unterschreitung des üblichen Tariflohns um 20 % etwas hoch erscheint. Hier käme daher eine Stufenregelung in Betracht. So wäre eine stufenweise Anhebung einer zumutbaren 5–10 %-Unterschreitung des Tariflohns ab dem 7. Monat der Arbeitslosigkeit zu einer 10–20 %-Unterschreitung ab dem 10. Monat der Arbeitslosigkeit vorstellbar. Innerhalb der ersten sechs Monate der Arbeitslosigkeit sollte dagegen noch keine untertarifliche oder ortsunübliche Vergütung zumutbar sein.

b) Zumutbarkeitsgrenze im Grundsicherungsrecht

Des Weiteren sind auch die Unzumutbarkeitskriterien im Grundsicherungsrecht (§ 10 Abs. 1 SGB II) zu erweitern. Hier gilt nach § 10 Abs. 2 Nr. 4 SGB II der Grundsatz, dass die/der Arbeitssuchende auch zu ungünstigeren Arbeits-

bedingungen beschäftigt werden darf, als an ihrer/seiner früheren Arbeitsstelle. Lediglich die Arbeitsaufnahme zu einem gesetzes- oder sittenwidrig niedrigen Lohn wäre unzumutbar.¹³² Aus gesamtgesellschaftlichen Erwägungen und zur Vermeidung von Lohndumping sollten im Regelfall auch hier nur Stellen vermittelt werden dürfen, die aufgabenbezogen ein angemessenes (tarifliches oder ortsübliches) Entgelt bieten. Eine geringere Vergütung sollte nur im Ausnahmefall zulässig sein, wenn eine Vermittlung in Arbeit anderenfalls voraussichtlich nicht erreichbar ist.

Anknüpfend an den obigen Vorschlag für die Zumutbarkeitsgrenze in § 140 SGB III könnte eine begrenzte Unterschreitung des tarif- oder ortsüblichen Entgelts zulässig sein. Dafür sollte aus systematischen Erwägungen die in der Arbeitslosenversicherung maximal zulässige Unterschreitung (zum Beispiel 20 %) ab dem Beginn des anschließenden Bezugs von Arbeitslosengeld II gelten. Wurde unmittelbar vor dem Bezug von Grundsicherungsleistungen kein Arbeitslosengeld I bezogen, käme wiederum eine Staffelung entsprechend dem vorgeschlagenen Modus im neuen § 140 SGB III in Betracht. Sofern hierbei in den ersten Monaten des Bezugs von Arbeitslosengeld II eine Ungleichbehandlung zwischen der Gruppe arbeitsloser Personen, die zuvor Arbeitslosengeld I bezogen haben, und denjenigen ohne vorangegangenen Leistungsbezug gesehen wird, so wäre diese jedenfalls gerechtfertigt. Die Zumutbarkeit, eine untertariflich entlohnte Beschäftigung aufzunehmen, steigt mit der Dauer der Arbeitslosigkeit und des Bezugs von Sozialleistungen an. Der Übergang von Arbeitslosengeld I zu II sollte dem Rechnung tragen.

8. Lohnkostenzuschüsse nur bei angemessenem Arbeitsentgelt

a) Modell 1: Tariflohn ist das angemessene Arbeitsentgelt

Anknüpfend an die Unzumutbarkeit untertariflicher Beschäftigung sollten auch Eingliederungszuschüsse nach dem SGB III und SGB IX [vgl. Abschnitt III.2.b)(2)] im Regelfall nur denjenigen Arbeitgebern gezahlt werden, die ein nach der Tätigkeit und Erfahrung der/des Arbeitneh-

129 In diesem Sinne: DGB, Positionen zur Stärkung der Tarifbindung, April 2019, S. 5.

130 Hierauf hinweisend *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 389.

131 *Deinert/Walser*, AuR 2015, 386, 389.

132 BA, Fachliche Weisungen § 10 SGB II, Stand: 31.3.2017, Ziff. 10.2 und 10.4.

mer*in angemessenes Arbeitsentgelt zahlen. Anderenfalls würden Niedriglöhne weiter staatlich subventioniert.

Als Referenzpunkt für die Angemessenheit des Entgelts könnte der Tariflohn herangezogen werden. Wird dieser um 10 % unterschritten, könnte das Arbeitsentgelt noch als angemessen und damit zuschussfähig gelten. Die Beurteilung der Angemessenheit sollte hier auf die (noch anzupassende) Zumutbarkeitsgrenze im Arbeitsförderungsrecht abgestimmt werden. Eine Unterschreitung wäre freilich nur möglich, wenn keine Tarifbindung besteht.

Die begrenzte Zulassung untertariflicher Entlohnung ist eng zu verstehen. Sie dient dem Zweck, Arbeitslosen mit besonderen Vermittlungshemmnissen einen Zugang zum Arbeitsmarkt zu ermöglichen, auch wenn sich kein tariflich vergüteter Arbeitsplatz finden lässt.

b) Modell 2: Entweder prozentualer Anteil vom Tariflohn oder vom gesetzlichen Mindestlohn

Ein alternatives Modell zu diesem Ansatz könnte an die Konstruktion des Eingliederungszuschusses nach § 16i SGB II anknüpfen, der einen Tarifvorrang regelt [vgl. Abschnitt III.2.b(2)]. Ein Lohnkostenzuschuss würde sich danach anhand eines bestimmten Prozentsatzes des tarifgebundenen Entgelts berechnen. Sofern keine Tarifbindung besteht, würde hier nicht das tatsächliche Entgelt, sondern der gesetzliche Mindestlohn als Bezugswert erhalten. Dieser zweite Ansatz hätte den Vorteil, dass nicht nur Lohndumping durch eine untertarifliche Bezahlung vermieden wird, sondern konkret die Tarifbindung gefördert würde, da der Zuschuss anderenfalls – am Mindestlohn orientiert – geringer ausfällt.

9. Nutzung rechtsvergleichender Erkenntnisse

Neben den bereits vorgeschlagenen Ansätzen können weitere Reformideen diskutiert werden. Anregungen hierfür kann der Blick über den nationalen Tellerrand hinaus geben. So existiert beispielsweise in Schweden mit dem dortigen »Genter System« eine von den Gewerkschaften verwaltete freiwillige Arbeitslosenversicherung, die positive Effekte auf den Organisationsgrad hat.¹³³ Die systematischen Unterschiede zur deutschen Sozialversicherung sind jedoch zu groß, als dass eine Übertragbarkeit des Genter Systems als Ersatz für die gesetzliche Arbeitslosenversicherung in Betracht käme.¹³⁴ Noch dazu würde dies verfassungsrechtliche Fragen aufwerfen.¹³⁵

Gleichwohl können Rechtsvergleiche neue Denkanstöße bieten.¹³⁶ Da der Organisationsgrad der aktiv Beschäf-

tigten in den meisten Mitgliedstaaten der EU rückläufig ist,¹³⁷ sind auch in anderen Staaten weiterführende Diskussionen zu erwarten, wie der Entwicklung entgegenge wirkt werden kann. Hier lassen sich möglicherweise einzelne Elemente auch auf das deutsche System übertragen.

V. Weiterer Einfluss des Sozialrechts auf Arbeitsbedingungen

In der vorliegenden Untersuchung wurden nur Regelungen einbezogen, die in den Büchern des Sozialgesetzbuchs explizit auf Tarifverträge Bezug nehmen. Daneben enthalten das Sozialrecht und angrenzendes Recht weitergehende Regelungen, die auf die Gestaltung von Arbeitsbedingungen Einfluss nehmen. So werden bei den Vorgaben zur Qualitätssicherung von Sozialleistungen Rahmenbedingungen gesetzt, die sich auf die Arbeitsbedingungen bei den Leistungserbringern auswirken (beispielsweise durch die Festlegung von Richtwerten für den Personalschlüssel in Pflegeheimen, § 75 Abs. 3 SGB V).¹³⁸

Feste Entgelte für erbrachte Sozialleistungen, wie das Fallpauschalensystem zur Finanzierung von Krankenhausleistungen (vgl. § 17b Krankenhausfinanzierungsgesetz [KHG]), sollen Anreize zur Kostenreduzierung setzen. Damit wird aber zugleich Druck auf die Arbeitsentgelte und Arbeitszeiten ausgeübt.¹³⁹

Durch die Ausschreibung von Sozialleistungen (insbesondere von Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung, § 45 Abs. 3 SGB III) entsteht ebenfalls Druck auf die Preisgestaltung der Anbieter und damit mittelbar auf die Arbeitsbedingungen der dort Beschäftigten.¹⁴⁰ Das Vergaberecht bietet aber auch die Möglichkeit, zu sozialem Fortschritt beizutragen. In ihrem Eckpunktepapier kündigen BMAS und

133 Näher *Schlachter*, SR 2020, 205, 211 ff.; *Leonardi*, Gewerkschaften und Wohlfahrtsstaat: Das Genter-System, WSI Mitteilungen 2/2006, S. 79 ff.

134 *Waltermann*, NZA 2014, 874, 878; *Schlachter*, SR 2020, 205, 214 f.

135 Die Übernahme des Genter Systems daher ablehnend *Fornasier*, SR 2017, 239, 249.

136 *Waltermann*, NZA 2014, 874, 878 f.; vgl. beispielsweise die rechtsvergleichenden Darstellungen internationaler Modelle (vor allem aus arbeitsrechtlicher Sicht) und Bewertungen bei *Fornasier*, SR 2017, 239, 240 ff.

137 *Hassel/Schroeder*, Gewerkschaften 2030, WSI Report Nr. 44, 2018, S. 7 (Tabelle 1).

138 Näher *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 62 f.

139 *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 61.

140 *Welti/Wiebelitz-Spangenberg*, AuR 2017, 59, 62.

BMF die Einführung eines Bundestarifreugesetzes an, wonach öffentliche Aufträge nur noch an Auftragnehmer vergeben werden sollen, die die in einer Rechtsverordnung festgelegten tariflichen Entgeltbedingungen einhalten.¹⁴¹

VI. Fazit

Tarifverträge haben für den Regelungsbereich des Sozialrechts eine besondere Bedeutung, da sie im Allgemeinen zu besseren Arbeitsbedingungen beitragen und Tariflöhne die Finanzierbarkeit der Sozialversicherung stützen. Doch auch das Sozialrecht selbst nimmt weit häufiger auf Tarifverträge Bezug, als dies auf den ersten Blick erscheinen mag. Einige dieser Regelungen haben zwar nur eine begrenzte Praxisrelevanz, einige andere bieten jedoch klare Vorteile, wenn das zugrundeliegende Beschäftigungsverhältnis tarifvertraglich geregelt ist. Hierbei kann es sich um staatliche Zuschüsse zum Arbeitsentgelt oder zu Qualifizierungsmaßnahmen handeln, die ohne Tarifvertrag niedriger ausfallen würden oder gar nicht gezahlt werden. Tarifverträge zur Beschäftigungssicherung wirken sich anspruchserhöhend auf das Arbeitslosen- und Kurzarbeitergeld aus. Eine tarifwidrige Beschäftigung darf einem Arbeitslosen nicht von der BA angeboten werden. Die Zahlung von Tariflohn ist kein Argument gegen die wirtschaftliche Erbringung von Sozialleistungen, weshalb einem Leistungserbringer hieraus auch kein Nachteil in den Vergütungsverhandlungen mit den Leistungsträgern entstehen darf. In der Pflege ist überdies ab September 2022 die Bezahlung von Pflegekräften nach Tariflohn eine Voraussetzung für die Zulassung zur Versorgung.

Nur ein kleinerer Teil dieser und weiterer Regelungen verlangt explizit eine Tarifbindung, damit die sozialrechtlichen Vorteile in Anspruch genommen werden können. Für den weitaus größeren Teil reicht eine (arbeitsvertragliche) Bezugnahme auf Tarifverträge aus. Die Beschäftigten profitieren hierdurch von den Tariflöhnen und gegebenenfalls weiteren Inhalten, es birgt aber auch die Gefahr, dass sich Arbeitgeber an (Haus-)Tarifverträgen mit einem vergleichsweise niedrigen Lohnniveau orientieren.

In der Literatur wird zudem die Problematik gesehen, dass die Erstreckung von Tarifinhalten auf nicht organisierte Arbeitnehmer*innen einen weiteren Rückgang des Organisationsgrads befördern kann.¹⁴²

Um die sozialrechtliche Privilegierung von Tarifverträgen angesichts ihrer besonderen Rolle für das soziale Sicherungssystem auszuweiten und in diesem Zuge auch die Tarifbindung zu fördern, kommen unterschiedliche Ansätze in Betracht. Der Gesetzgeber hat dabei einen weiten Handlungsspielraum. Nach der Rechtsprechung des BVerfG dürfen die Maßnahmen nur nicht so weit gehen, dass Arbeitnehmer*innen und Arbeitgeber faktisch dazu gezwungen wären, einer Organisation beizutreten. Eine Tarifbindung ausnahmslos und zwingend für die Zulassung eines Leistungserbringers zu fordern, ginge hier wohl zu weit. Kleinere Vorteile zum Beispiel im Leistungsrecht, wie der Lohnkostenzuschuss zur Förderung von Weiterbildung (§ 82 Abs. 4 SGB III), sind dagegen durchaus zulässig.

Gegen ein stärkeres Engagement des Gesetzgebers zur Stärkung der Tarifbindung wird eingewandt, dass mehr und mehr Vorgaben »das Tarifsystem als ungewolltes Zwangssystem« diskreditieren und damit die Attraktivität einer Tarifbindung für Arbeitgeber zusätzlich mindern beziehungsweise die Distanzierung hierzu vergrößern würden.¹⁴³ Unbestritten ist es wünschenswert, wenn die Sozialpartner selbst dazu in der Lage sind, flächendeckend eine stetige Verbesserung der Arbeitsbedingungen zu erreichen. Angesichts der erodierenden Tarifbindung – auf beiden Seiten – bedarf es jedoch staatlicher Unterstützung, um ihr Grundrecht zur Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen aus Art. 9 Abs. 3 GG effektiv auszuüben. Das Sozialrecht kann hier einen nicht zu unterschätzenden Beitrag leisten.

141 BMAS/BMF, Eckpunkte zur Weiterentwicklung des Mindestlohns und Stärkung der Tarifbindung, 5.3.2021, unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsrecht/fairen-mindestlohn.html> (22.9.2021).

142 Vgl. Waltermann, SR 2021, 177, 179 mwN.; Waltermann selbst sieht in der Bezugnahme einen »Killer der Tarifbindung und Belohnung des Trittbrettfahrers«, vgl. ders., SR 2021, 177, 187.

143 Hensler, RdA 2021, 1, 5.

Dynamische AGB-Kontrolle – Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit von AGB im Dauerschuldverhältnis

Dissertation von Christian Hess, 2021, Nomos, Baden-Baden, 316 S. (ISBN 9783-8487-8132-4), 82 €, erschienen als Band 191 der Studien zum Handels-, Arbeits- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Barbara Dauner-Lieb, Mathias Habersack, Christoph Kumpan, Adam Sagan, Harm Peter Westermann

Zu welchem Zeitpunkt müssen AGB nicht unangemessen benachteiligend, insbesondere nicht intransparent sein? Mit dieser Frage befasst sich *Christian Hess* in seiner 2021 erschienenen Bayreuther Dissertation »Dynamische AGB-Kontrolle – Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der Wirksamkeit von AGB im Dauerschuldverhältnis«.

Nach der in Rechtsprechung und Literatur fast allgemein vertretenen Auffassung bezieht sich die AGB-Kontrolle der §§ 307 ff. BGB allein auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Auch das BAG meinte in diesem Sinn jüngst, dass Klauseln nicht nachträglich intransparent (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) werden könnten.¹ Es genügt danach also, dass der Formularvertrag (§ 305 BGB) im Zeitpunkt des unter Umständen sehr lange zurückliegenden Vertragsabschlusses nicht unangemessen benachteiligend, insbesondere nicht intransparent war. Es schadet danach umgekehrt nicht, wenn die gleiche gestellte Vertragsbedingung zu einem späteren Zeitpunkt – etwa bei Entstehung von späteren Ansprüchen – als unangemessen benachteiligend, insbesondere als intransparent, zu beurteilen wäre. Konkret bewertet das BAG die weit verbreiteten arbeitsvertraglichen Ausschlussfristen, nach denen ein Anspruch innerhalb von drei Monaten nach »Fälligkeit« geltend zu machen ist, als intransparent, so sie den Anspruch auf den gesetzlichen Mindestlohn nach § 1 Abs. 1 MiLoG nicht ausdrücklich ausnehmen.² Denn dieser Anspruch ist gemäß § 3 S. 1 MiLoG unverfallbar, eine insoweit unbeschränkte Ausschlussfrist stellt die Rechtslage eben insoweit irreführend dar. Diese Irreführung bleibt nach dem BAG aber folgenlos, wenn der Vertragsschluss vor dem Erlass des MiLoG stattgefunden hat, weil der maßgebliche Bewertungszeitpunkt der Zeitpunkt des Vertragsschlusses sei. In diesem konnte die Rechtslage in Bezug auf den noch nicht bestehenden Mindestlohnanspruch denk-

notwendig (noch) nicht irreführend dargestellt werden. Vorangeschickt sei, dass ich hierzu in diesem Kontext die Auffassung vertreten habe, dass vor allem die Zwecke von § 307 Abs. 1 S. 2 BGB es bei Dauerschuldverhältnissen gebieten, von »dynamischen Transparenzanforderungen« im Gegensatz zur »statischen« Betrachtungsweise des BAG und der vorherrschenden Auffassung auszugehen.³

Hess legt nun die erste eingehende Untersuchung der Frage nach dem Beurteilungszeitpunkt von AGB im Dauerschuldverhältnis vor, die zwar im Arbeitsverhältnis ihren aktuellsten Anschauungsfall findet, ganz grundsätzliche Bedeutung aber für alle Dauerschuldverhältnisse hat.

Er beginnt seine Untersuchung nach einer Einführung (S. 21–32) in dem Bemühen um methodische Explizitität mit der Zusammenfassung des Meinungsstandes zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der AGB-Kontrolle (S. 33–48). Dass *Hess* die Anfertigung seiner Dissertation an dieser Stelle nicht verzagt abgebrochen hat, verdient schon für sich genommen Anerkennung. Kompakt strukturiert zeigt er eine nahezu nicht durchbrochene Phalanx der Höchstgerichte⁴ und namhafter Autoren⁵ auf, die als maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt einer Vertragsbedingung zumeist einzig – statisch – den des Vertragsschlusses annehmen. Soweit dies – was allerdings erstaunlich selten der Fall ist – überhaupt begründet wird, so zeigt *Hess* auf, zirkeln die Argumente um den Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 der Klauselrichtlinie 93/13/EWG⁶ und den Rekurs auf Rechtssicherheit

1 BAG, 30.1.2019 – 5 AZR 43/18 – NZA 2019, 768, Rn. 30; BAG, 17.4.2019 – 5 AZR 331/18 – NZA 2019, 1050, Rn. 23.

2 BAG, 18.9.2018 – 9 AZR 162/18 – NZA 2018, 1619, Rn. 46 ff.

3 *Seiwert*, NZA 2019, 17, 18 ff.

4 ZB. BGH, 10.7.1990 – XI ZR 275/89 – BGHZ 112, 115, 118; BGH, 3.11.1999 – VIII ZR 269/98 – BGHZ 143, 103, 117; BGH, 13.11.2013 – I ZR 77/12 – NJW 2014, 2180, Rn. 13; BGH, 25.11.2015 – VIII ZR 360/14 – BGHZ 208, 52, Rn. 13; BGH, 24.10.2017 – XI ZR 362/15 – BGHZ 216, 274, Rn. 37; BAG, 18.3.2008 – 9 AZR 186/07 – BAGE 126, 187, Rn. 29; BAG, 23.9.2010 – 8 AZR 897/08 – NZA 2011, 89, Rn. 22 und die in Fn. 1 genannten.

5 ZB. *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2051 f.; *Deinert*, in: Däubler/Deinert/Walser (Hrsg.), AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Kommentar, 5. Aufl., München 2021, § 307 Rn. 66; *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB Recht, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2016 (im Folgenden: UBH), § 307 Rn. 117; *Klumpp*, in: Clemenz/Kreft/Krause (Hrsg.), AGB-Arbeitsrecht, Kommentar, 2. Aufl., Köln 2019, § 307 BGB Rn. 44; *Medicus*, NJW 1995, 2577, 2579 f.; *Roloff*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020, § 307 Rn. 2; *Stoffels*, AGB-Recht, 3. Aufl., München 2015, Rn. 472; *Ulmer*, EuZW 1993, 337, 345: »bare Selbstverständlichkeit«; *Wendland*, in: Staudinger, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2019, Berlin 2019, § 307 Rn. 100; jetzt auch *Krause*, FS Preis, 2021, S. 685, 694.

6 »Die Mißbräuchlichkeit einer Vertragsklausel wird [...] unter Berücksichtigung der Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, aller den Vertragsabschluß begleitenden Umstände sowie aller anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt, zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt«.

und Schutz des Vertrauens von Klauselverwendenden in den Fortbestand einer einmal wirksamen Klausel.

Soweit mit der Klauselrichtlinie argumentiert wird, ist es – abgesehen von deren Anwendungsbereich nur für Verbraucherverträge (S. 63–65) – dem deutschen Gesetzgeber aber unbenommen, ein höheres Schutzniveau zu schaffen, Art. 8 RL 93/13/EWG (S. 86). Soweit – wie auch immer hergeleitete und konkretisierte – Rechtssicherheits- und Vertrauensschutzwägungen herangezogen werden, macht es, wie *Hess* herausstellt, einen erheblichen Unterschied, ob ein punktueller oder ein Dauerschuldverhältnis zu bewerten ist (S. 49 ff.). So gelingt es *Hess*, die Argumente der Befürworter einer rein »statischen« AGB-Kontrolle zu relativieren, indem er darlegt, dass sich jedenfalls die allermeisten bisherigen Äußerungen nicht auf Dauerschuldverhältnisse beziehen.

Hess nähert sich seiner Forschungsfrage nach dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt der AGB-Kontrolle bei Dauerschuldverhältnissen (S. 27) sodann unter Anwendung der üblichen Auslegungsmethoden (S. 86–115), was zu dieser Frage bemerkenswerterweise bislang kaum unternommen wurde. Die Formulierung von § 307 Abs. 1 BGB im Präsens ist in der Tat nicht aussagekräftig, wenn auch offen für eine dynamische Betrachtung (S. 88–90). Wenig nachvollziehbar, weil wohl das »Stellen« geregelt ist, meint *Hess*, eine »Verwendung« durch den »Verwender« in § 307 Abs. 1 S. 1 BGB liege bei jeder Entstehung von Einzelansprüchen im Dauerschuldverhältnis vor, nicht nur bei Vertragsschluss (S. 91–94), und zieht hieraus ein Indiz für die dynamische Kontrolle. Systematisch wird der Vergleich zu Art. 229 § 5 S. 2 EGBGB (Anordnung der Anwendung der §§ 307 ff. BGB auf vor dem 1. Januar 2002 entstandene Dauerschuldverhältnisse) und §§ 134, 138 BGB vorgenommen (S. 96–99). Bei Letzteren wird anders als bei der AGB-Kontrolle nicht vertreten, die Einhaltung von Gesetzesrecht und der sittlichen Ordnung müsste nur bei Vertragsschluss gegeben sein. Am Ende kommt es aber maßgeblich auf teleologische Aspekte an (S. 106–115). *Hess* bleibt nicht bei den bisher vereinzelt im Zusammenhang mit der Klauseltransparenz genannten⁷ Argumenten stehen, nämlich dass es einerseits Klauselgegnern im Hinblick auf das Ziel des Transparenzgebots, die Durchsetzung von Rechten nicht durch die Gestaltung von Klauseln zu behindern, nichts nutzt, wenn sie lediglich im Zeitpunkt des gegebenenfalls lange zurückliegenden Vertragsschlusses die Rechtslage nicht irreführend erkennen konnten.

Rechtsgewissheit im Dauerschuldverhältnis nur bei Vertragsschluss nützt wenig bei der Durchsetzung gegenwärtig bestehender Ansprüche (S. 109). Andererseits haben Klauselverwendende die Vertragsgestaltung in ihre Hände genommen und müssen daher auch die damit verbundenen Risiken tragen. *Hess* weist zusätzlich auf die Risikowerdung des § 306 BGB hin und fügt der Argumentation noch den Gedanken hinzu, dass das Gesetz in § 305 Abs. 2, 3 BGB gerade davon ausgeht, dass der Vertrag im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht gelesen wird, sondern erst im Streitfall, wobei im Dauerschuldverhältnis im Laufe der Zeit neu entstehende Sachverhalte jedes Mal neu von AGB betroffen sind (S. 110–115). Entscheidend ist der Zeitpunkt der Rechtsänderung (S. 115). Die vorgelegte Argumentation sollte geeignet sein, hinsichtlich des Gleichlaufs von punktuell und Dauerschuldverhältnis die herrschende Meinung nachhaltig zu erschüttern.

Hess verneint die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Auslegung im Übrigen (S. 141–149) – wegen der Nähe zur geltungserhaltenden Reduktion – zu Recht. Im Gegensatz dazu bemüht das BAG in jüngerer Zeit zur Rettung von Ausschlussfristen vermehrt die »Besonderheiten des Arbeitsrechts« in § 310 Abs. 4 S. 2 BGB.⁸ Klauselverwendende können ihre intransparent und daher unangemessen benachteiligend gewordenen Klauseln nach *Hess* durch eine klarstellende Erklärung retten (S. 171–178).⁹ Das führt, wie ich meine zu Recht, zu einer fortwährenden Obliegenheit, Klauselwerke transparent zu halten. Kaum Behandlung (aber S. 248–257) findet bei den Ausführungen von *Hess* allerdings die außerordentlich gewichtige Frage, was jenseits der Transparenzproblematik bei inhaltlich unangemessen benachteiligend gewordenen Klauseln insbesondere für Angebote zur Vertragsänderung in Anpassung an eine neue Rechtslage – auch außerhalb des Arbeitsrechts – gilt.

Hess unternimmt es im Folgenden, mögliche Einschränkungen seines allgemein gefundenen Ergebnisses zu untersuchen. Dafür unterteilt er zwischen nachträglichen Änderungen aufgrund einer Gesetzesänderung (S. 140–192), der

7 *Sagan*, RdA 2017, 264, 267; *Seiwerth*, NZA 2019, 17, 18 ff.

8 ZB. BAG, 24.9.2019 – 9 AZR 273/18 – NZA 2020, 310, Rn. 34; abl. *Seiwerth*, ZfA 2020, 100, 122 ff.

9 *Hess* leitet das direkt aus § 307 Abs. 1 S. 2 BGB ab; mir scheint auch ein Abstellen auf § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB analog (nicht direkt, weil nicht die Umstände bei Vertragsabschluss betroffen sind) oder (in diese Richtung *Sagan*, RdA 2017, 264, 268) § 242 BGB (wenn Klauselgegner sich auf eine klargestellte Intransparenz berufen) denkbar, *Seiwerth*, NZA 2019, 17, 19.

Änderung tatsächlicher Umstände (S. 117–140) und der Änderung der Rechtsprechung (S. 193–245), wobei er bei Letzterer zwischen einem »Wandel der Rechtsprechung« und der erstmaligen Entscheidung beziehungsweise »Perfektionierung« (S. 244 f.) differenzieren will.¹⁰ Nach staatsrechtlichen Ausführungen zu Vertrauensschutz und Rückwirkungsverbot (S. 151–167) kommt *Hess* zu dem Ergebnis, dass beides der dynamischen AGB-Kontrolle bei Gesetzesänderung nicht entgegensteht. Hinsichtlich der Gruppe nachträglicher tatsächlicher Änderungen scheint sich *Hess* vorzustellen, dass eine Klausel auch deshalb unzulässig werden kann. Das erscheint mir fraglich, weil doch Änderungen des tatsächlichen Umfelds¹¹ vielmehr nur den Prüfstein bilden, an dem sich die ursprüngliche Klausel messen lassen muss. Eine unangemessene Benachteiligung und eine Klauselunwirksamkeit folgen aus dem (in dieser Fallgruppe unveränderten) Recht, nicht aus Tatsachen. Hinsichtlich Rechtsprechungsänderungen allgemein ist nach der Mehrheitsmeinung zur Klauselbewertung wohl die nun neue richterliche Rechtsauffassung *ex tunc* zugrunde zu legen, aber gegebenenfalls Vertrauensschutz zu gewähren. Im Wesentlichen auf dieser Basis widmet sich *Hess* allgemein der Rückwirkungsproblematik höchstrichterlicher Entscheidungen, entwickelt eine wohl vertretbare Position und kommt letztlich zu einer Beschränkung der *ex tunc* Wirkung hinsichtlich abgeschlossener, in der Vergangenheit liegender Sachverhalte (S. 239–244). Mir erscheint fraglich, ob die allgemeinen Ausführungen an dieser Stelle einer vertieften Analyse der Problematik standhalten könnten.

Im letzten Teil seiner Studie (S. 246–291) befasst sich *Hess* mit den Rechtsfolgen der Klauselunwirksamkeit aufgrund einer von ihm tatbestandlich befürworteten dynamischen AGB-Kontrolle. Tatbestand und Rechtsfolgen erscheinen hier wenig verzahnt, was sogar geeignet sein mag, Zweifel an dem Ertrag der Arbeit insgesamt hervorzurufen. Die These von *Hess* besteht hinsichtlich der Rechtsfolgen der Kontrolle mit dynamischem zeitlichem Bezugspunkt darin, dass nachträglich unwirksam gewordene Klauseln nicht vollständig zu verwerfen seien (S. 275–287). Sein erstes Argument ist, dass Strafzwecke, die mit dem Verdikt der Totalunwirksamkeit und dem Verbot der geltungserhaltenden Reduktion allgemein verfolgt werden, in der Situation von dynamischen Anforderungen fehlplatziert sind (S. 258 f.). Für sich genommen ist das ein valider Aspekt. In dem Ausgangsbeispiel – der Ausschlussfrist in einem Alt-Arbeitsvertrag, die den Mindestlohn

nicht ausnimmt – mag die Teilunwirksamkeit auch eine praktisch gangbare Lösung sein. Eine solche Teilunwirksamkeit lässt sich aber wohl kaum in jedem Fall realisieren. Gewichtiger noch erscheint mir der Widerspruch, in den sich *Hess* mit dieser Lösung begibt: Eine dynamische AGB-Kontrolle befürwortet er, wie dargestellt, tatbestandlich mit teleologischen Argumenten des Zwecks, insbesondere des Transparenzgebots und der Risikoallokation auf Seiten der Klauselstellenden, die die Vertragsgestaltung einseitig in ihre Hände genommen haben und daher auch die damit verbundenen Risiken tragen sollen. Die von *Hess* befürwortete Teilunwirksamkeit befreit Klauselstellende im praktischen Ergebnis aber von diesem Risiko. Einerseits meint *Hess*, dass keine Auslegung nach einem unterstellten allgemeinen Willen zu rechtskonformer Gestaltung vorgenommen werden kann (S. 141–149). Umgekehrt aber erklärt er auf Rechtsfolgenseite die Teilunwirksamkeit einer im Einzelfall unangemessenen Klausel, und das ist sein zweites Argument, auch mit dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien (S. 277 ff.). Anfang und Ende der Arbeit stehen so in einem Widerspruch. Auch die Rechtsprechung des EuGH hätte Anlass zur genaueren Betrachtung des Verhältnisses von Tatbestand und Rechtsfolge gegeben. Zwar nimmt der EuGH keine Aufrechterhaltung tatbestandsmäßig unwirksamer Klauseln vor. Der EuGH befürwortet auf Tatbestandsebene – anders als *Hess* – allerdings vor dem Hintergrund von Art. 4 Abs. 1 RL 93/13/EWG auch keine Dynamik, auf Rechtsfolgenseite hält er sie dagegen für möglich.¹²

Die Fokussierung der vorherrschenden Auffassung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses mag auch ganz erheblich mit dem bei erstem Hinsehen grotesken Ergebnis der dynamischen AGB-Kontrolle zusammenhängen. Dieses wäre zunächst, dass Klauselverwendende, die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses alle Anforderungen an die Vertragsgestaltung einhalten, bei nachträglichen Änderungen insbesondere der Gesetzeslage ohne weiteres eigenes Zutun von den harten Sanktionen des AGB-Rechts getroffen werden sollen. *Hess* begegnet dem durch sein beschränktes Rechtsfolgenregime. Mir erscheint es über-

10 Diese eigentümlich wirkende Unterscheidung ist allerdings in der bisherigen Literatur angelegt, zB. *Bork*, ZIP 2008, 2049, 2051 f.; *UBH-Fuchs* (Fn. 5), § 307 BGB Rn. 118.

11 Er denkt wohl an Fälle wie bei BGH, 30.3.2010 – XI ZR 200/09 – NJW 2010, 2041, Rn. 30.

12 EuGH, 3.10.2019 – C-260/18 (Dziubak) – ECLI:EU:C:2019:819, Rn. 51.

zeugender, Anpassungs- und Änderungsmöglichkeiten der Klauselverwendenden näher zu untersuchen. Die auch von Hess befürwortete Möglichkeit der »klarstellenden Erklärung«¹³ zur Vermeidung von Intransparenz schien mir den Weg dahin zu weisen. Zwar kann Klauselverwendenden im Zeitpunkt des Vertragsschlusses hinsichtlich der Vertragsgestaltung gegebenenfalls keinerlei Vorwurf gemacht werden. Das kann sich aber bei Untätigkeit trotz nachträglicher Ereignisse ändern. Das würde zu der auch von Hess festgestellten einseitigen Inanspruchnahme der Vertragsgestaltung durch Klauselstellende passen.

Unter dem Strich strukturiert Hess das bisher nur unzureichend untersuchte Themengebiet grundlegend. Die Stärken der Untersuchung liegen mE. vor allem in den vorderen Abschnitten. Statt später Schwerpunkte aber auf die (verständlicherweise) wenig innovative Behandlung der grundsätzlichen Probleme der Rückwirkung von Gesetzen und (rückwirkenden) Rechtsprechungsänderungen zu legen, wäre fast durchgehend eine geringere Abstraktionshöhe mit mehr Beispielen und Fallgruppen wünschenswert gewesen. Obwohl die Fragestellung nicht nur arbeitsrechtlicher Natur ist, sondern im Arbeitsrecht nur ein aktuelles Beispiel gefunden hat und prinzipiell alle

Dauerschuldverhältnisse betrifft, bleibt die Untersuchung so im Wesentlichen in arbeitsrechtlichen Kontexten verhaftet. Mehr Ertrag und Reichweite hätten sich mit einem breiteren Fokus etwa auch auf Mietverträge oder die AGB von Banken oder Versicherungen erzielen lassen. Letztere werden im Lauf eines länger andauernden Vertragsverhältnisses in der Praxis regelmäßig geändert. Leider wird auch der Verbandsprozess, bei dem schließlich unstreitig der Tag der letzten mündlichen Verhandlung unabhängig von früheren individuellen Vertragsschlüssen maßgeblich ist, komplett ausgeklammert. Auch werden Möglichkeiten zur Änderung von Verträgen nur bedingt ins Verhältnis zu der dynamischen AGB-Kontrolle gesetzt. Hess leistet dennoch mutig einen originären Beitrag zur Durchdringung und Fortentwicklung des AGB-Rechts.

*Akad. Rat aZ. Dr. Stephan Seiwert, LL.M. (Leuven),
Universität zu Köln*

¹³ Sagan, RdA 2017, 264, 268 f.; Seiwert, NZA 2019, 17, 19.



Däubler

Gläserne Belegschaften

Das Handbuch zum Beschäftigtendatenschutz
9., aktualisierte und neu bearbeitete Auflage
2021. 765 Seiten, gebunden

€ 64,90

ISBN 978-3-7663-7071-6

bund-shop.de/7071

Durchblick im Beschäftigtendatenschutz

Seit drei Jahren gilt in Europa ein neues Datenschutzrecht. Und es entwickelt sich laufend weiter. In Zeiten der Corona-Pandemie rücken die Gesundheitsdaten in den Fokus. Was ist hier zu beachten? Und wie steht es um den Schutz persönlicher Daten beim Einsatz von »Künstlicher Intelligenz«? Mit welchen Schwierigkeiten haben Interessenvertretungen zu kämpfen?

Praxisnah und auch für Nicht-Spezialisten verständlich, erläutert das Handbuch das gesamte Datenschutzrecht. Im Zentrum stehen dabei der Beschäftigtendatenschutz und die Beteiligungsrechte von Betriebs- und Personalräten.

Die Schwerpunkte der Neuauflage:

- > DSGVO und BDSG in der Praxis
- > Aktuelle Rechtsprechung zum neuen Datenschutzrecht
- > Mitbestimmung bei Videokontrolle und GPS
- > Verantwortlichkeit des Betriebsrats
- > Der Algorithmus als Personalchef?
- > Datenschutz beim Einsatz von Robotern
- > »Grenzüberschreitender« Datenschutz

Vorteile auf einen Blick:

- > Zeigt die aktuellen Herausforderungen im Datenschutz und wie man damit umgeht
- > Bringt zahlreiche Praxistipps und Beispiele für Betriebs- und Personalräte
- > Vermittelt Expertenwissen für Laien – gut zu lesen, verständlich, sofort nachvollziehbar

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7071 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7071-6	Däubler Gläserne Belegschaften	64,90

Absender: Frau Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



**BUND
VERLAG**

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.



Klebe / Ratayczak / Heilmann / Spoo

Betriebsverfassungsgesetz

Basiskommentar mit Wahlordnung

22., neu bearbeitete Auflage

2021. 1.063 Seiten, kartoniert

€ 46,-

ISBN 978-3-7663-7164-5

bund-shop.de/7164

Betriebsverfassungsgesetz

Basis guter Mitbestimmung

Der Basiskommentar ist das bewährte Handwerkszeug für jedes Betriebsratsmitglied. Prägnant und gut verständlich erläutert er das gesamte Betriebsverfassungsgesetz und bringt die Rechtsprechung auf den Punkt.

Kern der neuen, 22. Auflage ist das **Betriebsrätemodernisierungsgesetz**, das am 18.6.2021 in Kraft getreten ist und das Betriebsverfassungsgesetz in wesentlichen Punkten geändert hat. Die Autoren erläutern sämtliche Änderungen verständlich und praxisnah und geben nützliche Empfehlungen im Sinne von Betriebsrat und Beschäftigten. Der Basiskommentar bietet das oft entscheidende Plus an Information und gehört damit zur wichtigen Grundausrüstung – für jedes Mitglied eines Betriebsrats.

Die Kernthemen:

- > Änderung der Wahlvorschriften
- > Betriebsratssitzungen per Video- oder Telefonkonferenz
- > Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit
- > Sachverständige bei künstlicher Intelligenz
- > Mitbestimmung bei Fragen der künstlichen Intelligenz
- > Mitbestimmung bei mobiler Arbeit
- > Beteiligung bei beruflicher Weiterbildung

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7164 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7164-5	Klebe / Ratayczak / Heilmann / Spoo Betriebsverfassungsgesetz	46,-

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.