

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



Abhandlungen

Grundkonzeptionen des SGB II

Peter Udsching Seite 77

Energetische Sanierung versus Sozialschutz: Zum Zusammenspiel von Mietrecht und SGB II

Sabine Knickrehm/Peter Rott Seite 86

Das Fragerecht des Arbeitgebers – allgemeine Grundlagen und konkrete Ausgestaltung in Bezug auf eine (Schwer)Behinderung

Daniel Matthias Klocke Seite 99

Rezensionsaufsätze

The European Convention on Human Rights and the Employment relation

Johannes Heuschmid/Laura Krüger Seite 116

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite 120

Grundkonzeptionen des SGB II

Prof. Dr. Peter Udsching, Vorsitzender Richter am Bundessozialgericht a. D.

I. Einleitung

Die soziale Sicherung bei Langzeitarbeitslosigkeit ist ein seit Jahrzehnten bestehendes gesellschaftliches Problemfeld. Welche Grundkonzeptionen der Ende 2003 beschlossenen gesetzlichen Neuregelung¹ sind für das gewaltige Streitpotential verantwortlich, das nicht nur Betroffene in Scharen auf die Barrikaden treibt, sondern lange Zeit auch die Leistungsfähigkeit der Justiz zu überfordern drohte?

Neben dem Ziel, durch den Einsatz neuartiger Instrumente die seinerzeitige Massenarbeitslosigkeit einzudämmen, war ein wesentliches Motiv des Bundesgesetzgebers für die Zusammenführung der Existenzsicherungssysteme Arbeitslosen- und Sozialhilfe die Auflösung von Verschiebepflichten zwischen diesen Basissystemen der sozialen Sicherheit². Hintergrund dieser Verschiebungen waren die unterschiedlichen Finanzierungszuständigkeiten, die eine Blüte kommunaler Beschäftigungsprogramme produzierte, die nicht zu langfristiger Arbeitsmarktintegration führten, sondern in erster Linie dem Ziel dienten, Langzeitarbeitslosen die Anspruchsvoraussetzungen für die Arbeitslosenhilfe zu verschaffen, um sie für eine vorübergehende Zeit aus der eigenen Leistungszuständigkeit zu entlassen.

II. Neue Strukturen der Existenzsicherung

1. Zusammenwirken von Bund und Kommunen

Die Zusammenlegung von Sozialhilfe und Arbeitslosenhilfe (Alhi) hat Existenzsicherungssysteme mit ganz unterschiedlichen Bemessungsgrundlagen zusammengeführt. Zugleich wurde auch bei der Organisation der Verwaltungsverfahren Neuland beschritten. Zwar waren sich die politischen Entscheidungsträger in der Bewertung des Ziels, die Grundsicherungssysteme zusammen zu führen, weitgehend einig. Die Verwirklichung einer einheitlichen Verwaltungsstruktur stieß jedoch auf vielfältige und unter-

schiedliche Widerstände. Eine umfassende Trägerschaft der BA, die im Gesetzentwurf zunächst angedacht war³, stieß auf den entschiedenen Widerstand der Kommunen, die zwar eine umfassende Entlastung ihrer Sozialhilfeeats durch eine Übernahme der Kosten vor allem für Hilfe zum Lebensunterhalt durch den Bund anstrebten, andererseits aber nicht unter die Regie einer hierarchisch aufgebauten Bundesbehörde geraten wollten. Die im Vermittlungsverfahren ausgehandelte und durch nachfolgende, noch vor dem Inkrafttreten des SGB II wirksam gewordene, Änderungen geschaffene Mischorganisation mit Elementen der Bundesbehörde BA und kommunalen Komponenten wurde vom BVerfG als verfassungswidrig eingestuft, weil sie dem Grundsatz der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung widersprach⁴. Die Verwaltungsorganisation musste danach bei laufendem Betrieb verändert werden⁵.

Zugleich galt es aber auch, Mentalitätsunterschiede bei den Akteuren zu überwinden, die das neu konstruierte System der Existenzsicherung umsetzen sollten. Die an minutiöse Weisungen einer hierarchisch aufgebauten Bundesbehörde orientierten Mitarbeiter der Bundesagentur für Arbeit trafen auf die eher nach schnellen praktischen Lösungen strebenden Beschäftigten der Kommunen. Hinzu kam, dass aus beiden Organisationsbereichen nicht immer die leistungstärksten Mitarbeiter für das neugebildete Konstrukt gewonnen werden konnten, weil der Gesetzgeber nicht bereit war, die wegen der Kompliziertheit des neugeschaffenen Rechts äußerst anspruchsvollen Tätigkeiten entsprechend attraktiv zu vergüten. Auch für neue Mitarbeiter wurden keine finanziellen Anreize geschaffen. Neuanstellungen erfolgten häufig auf unsicherer Basis, etwa

1 Das SGB II wurde als Art. 1 des 4. Gesetzes über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24.12.2003 erlassen, BGBl. 2003 I, S. 2954.

2 Zu den Ursachen vgl. BT-Drs. 15/1516, S. 42.

3 § 6 des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 15/1516.

4 BVerfG, 20.12.2007 – 2 BvR 2433/04, 2 BvR 2434/04 – BVerfGE 119, 331.

5 Rechtsgrundlagen der Änderungen: Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes (Art. 91e GG) vom 21.7.2010, BGBl. 2010 I, S. 944; Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisation der Grundsicherung für Arbeitsuchende vom 3.8.2010, BGBl. 2010 I, S. 1112.

durch Zeitverträge. Die Vorlaufzeit für die Umsetzung des SGB II war für eine fundierte Schulung zu knapp bemessen.

2. Komplexität des materiellen Rechts

Das SGB II ist vor allem in den Bereichen in der Verwaltungspraxis fehleranfällig, in denen es – wie etwa bei den Kosten der Unterkunft – durch starke Individualisierung des Bedarfs versucht, ein hohes Maß an Gerechtigkeit zu erzielen oder – wie bei der Berücksichtigung von Einkommen und Vermögen des Hilfebedürftigen – ein tagesaktuelles Kombilohnmodell zu praktizieren, das allein wegen des hohen Änderungsbedarfs fehleranfällig ist. Zur Umsetzung wäre höchst kompetentes und geschultes Personal erforderlich gewesen. Die politischen Entscheidungsträger waren nicht bereit, die hierfür erforderlichen Mittel bereit zu stellen.

Die Folge war eine Fehlerhäufigkeit, die eine bis dahin nicht gekannte Dimension erreichte und über Jahre andauerte. Sie zerstörte das Grundvertrauen der Betroffenen in die ordnungsgemäße Arbeit der Träger öffentlicher Verwaltung.

3. Systemänderung beim Wechsel von Alhi zu Alg II

Die Einsichtsfähigkeit der Betroffenen wurde auch durch eine mit dem Wechsel von der Alhi zur Grundsicherung eingetretene grundlegende Systemänderung auf die Probe gestellt: an die Stelle des Bemessungsfaktors Arbeitsentgelt bei der Alhi trat die Bedarfsermittlung nach Regelsätzen, die aus dem System Sozialhilfe stammte. Unzufrieden waren damit in erster Linie die früheren Bezieher von Arbeitslosenhilfe, denen eine im Grundsatz zeitlich unbegrenzte Anspruchsdauer zustand, und die zudem im früheren System innerhalb von Partnerschaften (Ehen bzw. eheähnliche Beziehungen) relativ hohe Freibeträge geltend machen konnten. Diese waren die Folge von insgesamt vier Entscheidungen des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit der Gleich- oder Ungleichbehandlung von Ehen und nichtehelichen Gemeinschaften bzw. von Partnerschaften gegenüber Alleinstehenden sowie zwischen Alleinverdiener- und Doppelverdienerere⁶. In seiner letzten einschlägigen Entscheidung aus dem Jahr 1992⁷ zur Bedürftigkeitsprüfung bei Ehegatten und eheähnlichen Gemeinschaften in der Arbeitslosenhilfe war das BVerfG zu dem Ergebnis gekom-

men, dass eine verfassungswidrige Ungleichbehandlung von Ehepartnern und Partnern eheähnlicher Gemeinschaften, die zuvor beide erwerbstätig waren, gegenüber solchen, von denen nur einer erwerbstätig war, sowie gegenüber Alleinstehenden nur dadurch vermieden werden könne, dass bei der Ermittlung von Bedürftigkeit Erwerbseinkommen des Partners nur vermindert um einen Selbstbehalt in Höhe der ihm hypothetisch zustehenden Arbeitslosenhilfe angerechnet werden dürfe.

Der mit dem Systemwechsel eintretende Verlust der Freibeträge für Partnereinkommen war ein wesentlicher Grund dafür, dass der Protest gegen »Hartz IV« vor allem in den neuen Bundesländern hohe Wellen schlug; denn der Grad an Vollerwerbstätigkeit beider Ehepartner (bzw. Partner von Lebensgemeinschaften) war dort erheblich höherer als in Westdeutschland. Gleichzeitig gab es dort seinerzeit nur eine äußerst geringe Zahl an Vermittlungsmöglichkeiten. Damit verminderte sich zugleich die Möglichkeit, etwa durch die Verhängung von Sperrzeiten, aus dem Alhi-Bezug herauszufallen. In den neuen Bundesländern war beim Start des neuen Grundsicherungssystems daher die Quote der Bezieher von Hilfe zum Lebensunterhalt nach dem BSHG erheblich geringer als in Westdeutschland.

Der Ausfall eines von zwei Erwerbseinkommen in einer Ehe bzw. Partnerschaft sollte auch nach dem Systemwechsel zum SGB II problematisch bleiben. Der Gesetzgeber wollte den Übergang von der entgeltabhängigen Versicherungsleistung Arbeitslosengeld nach dem SGB III zum bedarfsabhängigen Alg II durch einen befristeten Zuschlag⁸ für bis zu zwei Jahre abfedern. Der Zuschlag betrug zwei Drittel des Unterschiedsbetrages zwischen dem zuletzt bezogenen Arbeitslosengeld und dem Alg II. Die Berechnungsmodalitäten des Zuschlags führten jedoch wegen der Besonderheiten der Einkommensermittlung in Bedarfsgemeinschaften zu geradezu willkürlichen Ergebnissen, was den Gesetzgeber veranlasste, die Vorschrift mWv. 1. Januar 2011 unter Hinweis darauf, dass sie verfassungsrechtlich nicht geboten und inzwischen (sozialpolitisch) überholt sei⁹, aufzuheben.

6 Vgl. ua. Urteil BVerfG, 16.6.1987 – 1 BvL 4/84 – BVerfGE 75, 382.

7 Urteil BVerfG, 17.11.1992 – 1 BvL 8/87, BVerfGE 87, 234 – NJW 1993, 643; m. Anm. Hase, SGB 1993, 345; vgl. auch Ruland, NJW 1993, 2855.

8 § 24 in der ursprünglichen Fassung des SGB II.

9 BT-Drs. 17/3030, S. 49 zu Art. 14 Nr. 4.

4. Umfassende Pauschalierung der Leistungen

Die Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts sollten nach dem Grundkonzept des Gesetzgebers, mit Ausnahme der Kosten für Unterkunft und Heizung, grundsätzlich in pauschalierter Form erbracht werden und den Bedarf des Hilfebedürftigen abschließend decken. Leistungen für weitergehende Bedarfe sollten nicht erbracht werden. Der umfassenden Pauschalierung fielen nicht nur die früheren einmaligen Leistungen der Sozialhilfe, etwa für die Anschaffung langlebiger Gebrauchsgüter oder Bekleidung durch Einbeziehung in eine erhöhte Regelleistung, zum Opfer. Auch für Bedarfe, die nur in bestimmten Lebenssituationen entstehen, konnten zusätzliche Leistungen grundsätzlich nicht beansprucht werden. Soweit solche Bedarfe verfassungsrechtlichen Schutz genossen, war ein Festhalten an einer derart abgeschlossenen Pauschalierung kaum durchzuhalten.

Die erste Nagelprobe für die Abgeschlossenheit des pauschalierten Leistungssystems ergab sich bei den Kosten zur Ausübung des Umgangsrechts getrennt lebender Eltern mit ihren Kindern. Im Gesetzgebungsverfahren war offensichtlich übersehen worden, dass die Kosten des Umgangsrechts bereits unter Geltung des BSHG zu den persönlichen Grundbedürfnissen des täglichen Lebens gehörten, für die über die Regelsätze für laufende Leistungen hinaus einmalige oder laufende Leistungen zu erbringen waren. Das BVerfG¹⁰ hatte Sozialhilfeträger im Hinblick auf Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG sogar verpflichtet, bei entsprechenden Vereinbarungen der Eltern einen häufigeren Umgang zu ermöglichen, als im Streitfall zwangsweise hätte durchgesetzt werden können. Die verfassungskonforme Reparaturlösung des BSG¹¹ über einen Rückgriff auf Leistungen bei atypischen Bedarfslagen nach § 73 SGB XII ist im Schrifttum teilweise auf Ablehnung gestoßen¹². Das BVerfG hat in seiner grundlegenden Entscheidung zum Leistungssystem der Grundsicherung einer begrenzten Öffnung des Systems der Leistungspauschalen für Härtefälle bei Vorliegen eines unabweisbaren laufenden besonderen Bedarfs einen hohen Stellenwert eingeräumt und zugleich den Reparaturversuch des BSG als notwendig, aber unzureichend zur Kenntnis genommen¹³. Die 2010 eingefügte Härteregelung¹⁴ hat aktuell vor allem bei Kosten für Gesundheitsleistungen Konjunktur, die – wie etwa die Kosten für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel – nicht von den Krankenkassen getragen werden¹⁵.

5. Die Bedarfsgemeinschaft

Kein anderes mit dem SGB II neu geschaffenes Instrument hat bei Betroffenen für so viel Verwirrung und bei der Grundsicherungs-Verwaltung (und den Sozialgerichten) für so viel Arbeit gesorgt wie die Bedarfsgemeinschaft, über deren systematische Stellung und Ungereimtheiten bereits zahlreiche Publikationen vorliegen¹⁶. Der Begriff »Bedarfsgemeinschaft« steht für eine Zusammenfassung aller Bedarfe und aller Einkommen der Mitglieder einer solchen Gemeinschaft in einer gemeinsamen Bedarfsberechnung. Einzelheiten der verwaltungsmäßigen Umsetzung des neu geschaffenen Instruments waren zunächst unklar, weil auch die Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren die Motive für die Schaffung dieses Konstrukts allenfalls vage erkennen ließen¹⁷. Vorhersehbar war allerdings der mit diesem Konstrukt dauerhaft verbundene Verwaltungsaufwand: Die komplexen Regelungen des SGB II zur Berücksichtigung von uU. ständig wechselnden Einkommensverhältnissen führen nicht nur bei der Einkommen beziehenden Person zu permanenten Änderungen der Grundsicherungsleistungen, sondern wirken sich jeweils auf alle Mitglieder der Bedarfsgemeinschaft aus. Die Folge ist bei zahlreichen Betroffenen eine nicht endende Kette von Leistungsbescheiden, verbunden mit Rückforderungen oder Nachzahlungen, wodurch die Streitanzahl gegenüber den vorangegangenen Existenzsicherungssystemen jedenfalls erheblich gesteigert wurde.

Umstritten war zudem zunächst die Erkenntnis, dass die neugeschaffene Rechtsfigur auch denjenigen Erwerbsfähigen in das Grundsicherungssystem einbezieht, der isoliert seinen Bedarf sicherstellen kann¹⁸. Das von ihm erzielte Einkom-

10 BVerfG, 25.10.1994 – 1 BvR 1197/93 – NJW 1995, 1342 f.; sa. BVerwG, 22.8.1995 – 5 C 15/94 – Buchholz 436.0 § 12 BSHG Nr. 32.

11 BSG, 7.11.2006 – B 7b AS 14/06 R – BSGE 97, 242.

12 Münder, NZS 2008, 617.

13 BVerfGE, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfG 125, 175, Rn. 207.

14 § 21 Abs. 6 SGB II, eingefügt durch Art. 3a Nr. 2 Buchst. b Gesetz vom 27.5.2010, BGBl. 2010 I, S. 671 mWv. 3.6.2010.

15 Vgl. BSG, 6.3.2012 – B 1 KR 24/10 R, BSGE 110, 183 – NZS 2012, 662.

16 Karola Stephan, Die Ansprüche zusammenlebender Personen nach SGB II und SGB XII, Berlin 2008; Spellbrink, NZS 2007, 121; ders., in: Eicher/Spellbrink, SGB II, Kommentar, 2. Aufl., München 2008, § 7 Rn. 27 ff.; Kemper, in: Harich, Handbuch der Grundsicherung für Arbeitsuchende, München 2014, Stichwort »Bedarfsgemeinschaft«, S. 162 ff.; juris weist zum Stichwort »Bedarfsgemeinschaft« im Literaturpool insgesamt 454 Treffer auf!

17 Vgl. Spellbrink (Fn. 16).

18 Zweifel insbes. bei Brühl/Schoch, LPK-SGB II, 3. Aufl., Baden-Baden 2009, § 9 Rn. 24.

men wird in die Bedarfsermittlung der Gemeinschaft einbezogen und quasi umverteilt. Das für sich genommen leistungsfähige erwerbsfähige Mitglied der Bedarfsgemeinschaft wird auf diese Weise zum hilfebedürftigen Leistungsberechtigten und unterliegt damit auch den arbeitsförderungsrechtlichen Einwirkungen des Grundsicherungsträgers. Es liegt nahe, dass die so mögliche Einflussnahme auf das Erwerbsverhalten aller erwerbsfähigen Mitglieder von Haushaltsgemeinschaften ein wesentliches Motiv für die Konstruktion des verwaltungsaufwändigen Gebildes Bedarfsgemeinschaft war¹⁹.

6. Bedarfsgemeinschaft und Unterhaltsrecht

Eine weitere überraschende und vielfach nicht akzeptierte Erkenntnis war die fehlende Rücksichtnahme der Regelungen über die Zusammensetzung der Bedarfsgemeinschaft auf die Vorgaben des familienrechtlichen Unterhaltsrechts. Das SGB II geht insofern vorrangig von den faktischen Verhältnissen und der allgemein praktizierten Lebenswirklichkeit aus und nicht von den Statusbeziehungen des Familienrechts im BGB. Dies legitimierte die Einbeziehung auch solcher Personen in die Bedarfsgemeinschaft, die nach bürgerlichem Recht nicht gegenüber allen Mitgliedern unterhaltsrechtliche Pflichten oder Rechte haben. Umstritten war insofern vor allem die Behandlung von Patchworkfamilien, bei denen es um die Einbeziehung eheähnlicher Partner von Hilfebedürftigen oder so genannter faktischer Stiefeltern bzw. -kinder ging. Die vermeintliche Rigorosität, mit der das BSG den Primat der Faktizität umsetzte²⁰, wurde im Schrifttum von Sozialrechtlern als verfassungswidrig gegeißelt²¹, während Familienrechtler²² für eine derartige Bewertung keine Grundlage sahen. Das BVerfG hat die Verfassungsmäßigkeit nach außergewöhnlich langer Bedenkzeit ohne großen Begründungsaufwand durch Kammerbeschluss bestätigt²³.

Die fehlende Rücksichtnahme auf unterhaltsrechtliche Vorgaben bei der grundsicherungsrechtlichen Bedarfsermittlung endet jedoch, wenn es um die Durchsetzung sozialrechtlicher Regressansprüche (durch Träger der Grundsicherung) oder um Unterhaltsbeziehungen zu außerhalb der Bedarfsgemeinschaft stehenden Personen geht. Konflikte zwischen Unterhalts- und Grundsicherungsrecht sind insoweit geradezu vorprogrammiert²⁴.

III. Höhe der maßgebenden Leistungen

1. Bemessung des Regelbedarfs

Der Regelbedarf umfasst als Pauschale die wesentlichen Bereiche zur Sicherung des Lebensunterhalts mit Ausnahme der Wohnkosten. Die pauschalierte Leistung (Regelleistung bzw. Regelsatz) hat im deutschen Existenzsicherungsrecht eine lange Tradition. Dennoch stand ihre Bemessung bis zur Geburt von Hartz IV²⁵ nicht gerade im Fokus sozialpolitischer Diskussionen oder gar höchstrichterlicher Entscheidungen. Die für die Bemessung der Regelbedarfe bzw. der Regelsätze maßgebenden Regelungen in § 22 BSHG unterschieden sich allenfalls unwesentlich von § 28 SGB XII, auf den § 20 SGB II beim Inkrafttreten des SGB II zur Neubemessung der Regelleistungen verwies. Danach war die Bemessung der Regelsätze zu überprüfen, wenn die Ergebnisse einer neuen Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS) vorliegen. Die Regelsätze selbst wurden durch Regelsatz-Verordnungen der Länder festgelegt; wobei die Festsetzung der prozentualen Höhe der Veränderung durch Rechtsverordnung des Bundes erfolgte (§ 40 SGB XII). Maßgebende Vorarbeiten erfolgten durch den Deutschen Verein für öffentliche und private Fürsorge, der bei Änderungen jeweils detaillierte Stellungnahmen abgab²⁶. Angriffe gegen die Praxis der Festsetzung durch untergesetzliche Regelungen wurden vom BVerwG noch Mitte der neunziger Jahre zurückgewiesen. Die gesetzliche Vorschrift zur Regelsatzbemessung in § 22 Abs. 4 BSHG regelte die Höhe der Regelsätze in einer Dichte, die den Anforderungen des Parlamentsvorbehalts »auf jeden Fall«

19 Zu den verfassungsrechtlichen Implikationen vgl. insbes. *Spellbrink* (Fn. 16), § 7 Rn. 33.

20 BSG, 13.11.2008 – B 14 AS 2/08 R – BSGE 102, 76.

21 Vgl. *Schnath*, NDV 2009, 205; *Münder/Geiger*, NZS 2009, 593.

22 *Schürmann*, SGB 2009, 734.

23 Beschluss BVerfG, 29.5.2013 – 1 BvR 1083/09 – FamRZ 2013, 1198 (Dauer des Beschwerdeverfahrens: 3 1/2 Jahre, nachdem zunächst durch Beschluss vom 21.9.2011 PKH gewährt worden war).

24 *Behrend*, juris-Die Monatszeitschrift 2014, 22; *Schürmann*, in: Harich, Handbuch der Grundsicherung für Arbeitsuchende, München 2014, Stichwort 30, Bedarfsgemeinschaft, allgemein, D. »Familienrechtliche Bezüge« Rn. 50.

25 Durch Art. 1 des 4. Gesetzes über moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003, BGBl. 2003 I, S. 2954.

26 Vgl. zB die Stellungnahme des DV zum Entwurf einer Ersten Verordnung zur Änderung der Regelsatzverordnung (BR-Drs. 635/06), NDV 2006, 538. Vgl. zur Regelbedarfsbemessung auch die Ausführungen des langjährigen Referenten im DV, *Höft-Dzemeski*, in: NDV 2014, 361.

genüge²⁷. Das BVerfG erhob gegen diese Praxis keine Einwände²⁸.

Es war daher für Sachkenner nicht verwunderlich, dass das BSG den ersten Angriff gegen die Höhe der Regelleistung im System »Hartz IV« zurückwies²⁹. Bei der Festlegung der Höhe der Regelleistungen im SGB II habe der Gesetzgeber den ihm zustehenden Einschätzungsspielraum nicht überschritten. Es sei schwierig, das sozio-kulturelle Existenzminimum der Höhe nach unmittelbar aus der Verfassung abzuleiten. Dem Gesetzgeber stehe daher ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu. Eine gegen diese Entscheidung eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde vom BVerfG wegen unzureichender Begründung nicht angenommen³⁰; vor allem, weil in der Begründung der Verfassungsbeschwerde nicht substantiiert dargelegt worden sei, dass die staatlicherseits zur Verfügung gestellten Leistungen nicht ausreichen, um das Existenzminimum zu gewährleisten. Erst Vorlagebeschlüsse des Hessischen LSG und des BSG nach Art. 100 GG veranlassten das BVerfG, das System der Bemessung und Festsetzung von Regelbedarfen bzw. Regelleistungen umfassend zu überprüfen. Heraus kam die Verkündung eines Grundrechts auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG³¹. Das BVerfG brach damit, obwohl es den gegenteiligen Eindruck zu erwecken versuchte³², mit einer jahrzehntelangen Rechtsprechungstradition, die es stets abgelehnt hatte, insbesondere aus Art. 1 Abs. 1 GG staatliche Sozialleistungsansprüche abzuleiten³³. Ausgestaltung und Umfang des neu geschaffenen Grundrechts sollten jedoch der Regelung durch den Gesetzgeber vorbehalten bleiben. Denn die Verfassung liefert keine quantifizierbaren Vorgaben dafür, welche Bedarfsarten und in welcher Höhe zur Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums zu erfüllen sind³⁴. Hiervon geht auch das BVerfG in seiner Entscheidung aus 2010 aus³⁵. Diejenigen, die nach der aus ihrer Sicht zu bescheiden ausgefallenen Leistungsausweitung durch die SGB II-Reform 2011³⁶ vor den Sozialgerichten höhere Leistungen erstreiten oder zumindest ein entsprechendes Ergebnis durch ein erneutes Eingreifen des BVerfG erreichen wollten, haben offensichtlich übersehen, dass das BVerfG ausdrücklich festgestellt hatte, dass die für die Festsetzung von Art und Umfang der Grundsicherungsleistungen erforderlichen Wertungen allein durch den parlamentarischen Gesetzgeber und nicht durch die Gerichte getroffen werden können³⁷. Die Grenzen justizi-

eller Kompetenz sind dann durch den nahezu geräuschlos aufgenommenen Beschluss des BVerfG vom 23.7.2014³⁸ weitgehend bestätigt worden. Teilweise werden diese Grenzen hier allerdings, wenn auch nur in Randbereichen, wieder beiseitegeschoben; wenn etwa die Wertungen des Gesetzgebers bei speziellen Bedarfen unter den Vorbehalt einer richterlichen Überprüfung im Einzelfall gestellt werden³⁹. Das BVerfG animiert hier die Fachgerichte geradezu, die gesetzlichen Voraussetzungen für die Annahme bestimmter Bedarfe großzügig auszulegen, wodurch letztlich wieder ein Beschäftigungsprogramm für die Sozialgerichte in Gang gesetzt wird.

2. Kosten der Unterkunft

Zur Sicherung des Lebensunterhalts zählt auch die Gewährleistung menschenwürdigen Wohnens. Der Gesetzgeber des SGB II hat insoweit fast nahtlos an den Rechtszustand unter dem BSHG angeknüpft. Auch dort wurden laufende Leistungen für die Unterkunft nicht nach Regelsätzen, sondern in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen gewährt, soweit die Grenze der Angemessenheit gewahrt wurde. Feste Pauschalen zur Deckung des Wohnbedarfs wurden auch seinerzeit bereits grundsätzlich abgelehnt, weil sie keine Gewähr für eine ausreichende Deckung des Unterkunftsbedarfs böten⁴⁰. Und dennoch haben die Auseinandersetzungen um die Kosten der Unterkunft insbesondere

27 BVerwG, 6.6.1996 – 5 B 51/95 – Buchholz 436.0 § 22 BSHG Nr. 26.

28 Vgl. etwa Beschluss BVerfG, 12.6.1991 – 1 BvR 540/91 – info also 1991, 154.

29 Urteil des BSG, 23.11.2006 – B 11b AS 1/06 R – BSGE 97, 265.

30 Beschluss BVerfG, 7.11.2007 – 1 BvR 1840/07 – NZS 2008, 530.

31 Urteil BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 – BVerfGE 125, 175.

32 (Fn. 31), Rn. 134.

33 Vgl. insbes. BVerfGE 1, 97 und 40, 121; zum Ganzen: *Mayen*, FS Stern, 2013, S. 1451, 1455.

34 *Spellbrink*, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2008, Heft 1, S. 4 ff.

35 *Wenner*, SozSich 2010, 68, 69.

36 Durch das Gesetz zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24.3.2011, BGBl. 2011 I, S. 451.

37 *Mayen* (Fn. 33), S. 1461 unter Bezugnahme auf BVerfGE 125, 175 ff. Rn. 138. S. hierzu auch Urteil BSG, 12.7.2012 – B 14 AS 153/11 R – BSGE 111, 211.

38 Beschluss BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 – NJW 2014, 3425; m. Anm. *Blüggel*, jurisPR-SozR 22/2014 Anm. 1.

39 Beschluss BVerfG, 23.7.2014 (Fn. 38), Rn. 116 ff.

40 Vgl. *Schmidt*, NVwZ 1995, 1041, 1043.

vor den Sozialgerichten quantitativ ein Ausmaß erreicht, das schwer zu erklären ist.

Zwar ist die Schranke der Angemessenheit⁴¹ in Anbetracht der Unbestimmtheit dieses Begriffs oft nicht exakt zu bestimmen. Die für die Festlegung der erforderlichen Bandbreite nötigen Faktoren wurden jedoch von den Sozialgerichten fast nahtlos aus der vorangegangenen verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung übernommen. Dies gilt etwa für die maßgebenden Faktoren Wohnfläche, Wohnstandard, Bedeutung der ortsüblichen Mietpreise ua.⁴², wonach sich der abstrakt als angemessen anzuerkennende Mietpreis bestimmt, der dann unter Berücksichtigung der örtlichen Besonderheiten konkret zu bestimmen ist. An dieser Stelle zeigen sich Unterschiede zwischen früherer verwaltungsgerichtlicher und heutiger sozialgerichtlicher Rechtsprechung. Auch unter Geltung des BSHG musste sich die Angemessenheitsprüfung auf verfügbare Unterkünfte beziehen; eine zu teure Wohnung durfte nicht vorenthalten werden, wenn eine Unterkunftsalternative nicht bestand⁴³. Die sozialgerichtliche Rechtsprechung hat dann jedoch insbesondere in Fällen, in denen die tatsächlich aufzubringenden Wohnkosten die abstrakt ermittelte Referenzmiete überstieg, an den Nachweis der Verfügbarkeit und Anmietbarkeit einer Wohnung, deren Kosten der Grundsicherungsträger für angemessen hielt, Anforderungen gestellt⁴⁴, die vielfach als überzogen angesehen werden⁴⁵.

Die Feststellung des angemessenen Mietpreises sollte auf der Grundlage überprüfbarer Erhebungen und Auswertungen erfolgen, die eine hinreichende Gewähr dafür bieten, dass sie die aktuellen Verhältnisse des örtlichen Wohnungsmarktes wiedergeben (so genanntes schlüssiges Konzept). Insbesondere die hierfür zuständigen Kommunen sind diesem Weg nur sehr widerwillig gefolgt; teilweise auch deshalb, weil befürchtet wurde, dass ein zu großes Maß an Transparenz sich für das Niveau der regionalen Mietpreise eher nachteilig auswirken würde. Das BSG sah sich dagegen durch die grundlegende Entscheidung des BVerfG vom 9.2.2010 eher bestärkt, die Anforderungen an die Verlässlichkeit der Nachweise über die Bedingungen des betroffenen Wohnungsmarktes beizubehalten. Die zentrale Warnung des BVerfG gilt auch für diesen Bereich der Existenzsicherung: »Unzureichend zur Erfassung der sozialen Wirklichkeit sind Schätzungen pauschaler Werte ins Blaue hinein ohne gesicherte empirische Grundlage«. Sie werden auch bei den Unterkunfts-kosten den Anforderun-

gen an die Ermittlung des verfassungsrechtlich garantierten Existenzminimums nicht gerecht⁴⁶. Auch die 2011 mit der Einfügung von § 22a SGB II⁴⁷ geschaffene Möglichkeit, die Kommunen durch Satzung bestimmen zu lassen, in welcher Höhe Aufwendungen für Unterkunft und Heizung in ihrem Gebiet angemessen sind, hat den gordischen Knoten nicht aufgelöst. Die euphorische Prognose⁴⁸, die Satzungs-lösung gebe die Chance, die Forderung nach einem schlüssigen Konzept rechtssicher umzusetzen, ist bislang nicht eingetreten. Das BSG hat jedenfalls rasch klargestellt⁴⁹, dass auch bei einer Regelung durch Satzung die aktuellen Verhältnisse des örtlichen Wohnungsmarktes zu beachten sind und die Regelung in § 22a Abs. 3 SGB II, wonach die Bestimmung der angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung durch Satzung die Verhältnisse des einfachen Standards auf dem örtlichen Wohnungsmarkt abbilden soll, kein unverbindlicher Programmsatz⁵⁰ ist. Das BSG stellte demgegenüber klar, dass § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II Bezugspunkt der untergesetzlichen Normsetzungsbefugnis ist und den untergesetzlichen Normgeber in gleicher Weise binde wie die Verwaltung. Auch der sei verpflichtet, die soziale Wirklichkeit im Hinblick auf den Unterkunftsbedarf zeit- und realitätsgerecht zu erfassen und dazu auf Verfahren zurückzugreifen, die zu dessen Bemessung im Grundsatz tauglich sind. Hieraus folgt, dass sich die Kommune durch Erlass einer Satzungsregelung die aufwändige

41 Sie war unter Geltung des BSHG in § 3 Abs. 1 der RegelsatzV enthalten, der über § 22 BSHG zur Anwendung kam; vgl. BVerwG, 11.9.2000 – 5 C 9/00 – NJW 2001, 386.

42 Vgl. BVerwGE, 17.11.1994 – 5 C 11/93 – NVwZ 1995, 1104; Schmidt (Fn. 40), S. 1043 ff.

43 Schmidt (Fn. 40), S. 1045 unter 3 c) cc).

44 Umfassende Darstellung bei Knickrehm/Voelzke/Spellbrink, Kosten der Unterkunft nach § 22 SGB II (Hrsg. Deutscher Sozialgerichtstag), 2009. Zur Entwicklung der Rechtsprechung zu den Kosten der Unterkunft vgl. auch: Berlitz, info also 2014, 243 ff. und info also 2015, 7 ff.

45 Vgl. statt vieler: Boerner (Fn. 16), Stichwort 143 »Mietwohnung, Bedarfe für«, Rn. 29.

46 Urteil BSG, 17.10.2013 – B 14 AS 70/12 R – SozR 4-4200 § 22a Nr. 1.

47 Durch Art. 2 Nr. 31 des Gesetzes zur Ermittlung von Regelbedarfen und zur Änderung des Zweiten und Zwölften Buches Sozialgesetzbuch vom 24.3.2011, BGBl. 2011 I, S. 453.

48 So Groth, in: Groth/Luik/Siebel-Huffmann, Das neue Grundsicherungsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2011, S. 115, Rn. 367.

49 Urteil BSG, 17.10.2013 – B 14 AS 70/12 R – BSGE 114, 257, Rn. 33.

50 So aber: BT-Drs. 17/3404, S. 100 zu § 22a Abs. 3: »Die Vorschrift enthält zwei Programmsätze, die bei der Rechtsetzung und -auslegung zu beachten sind. Es handelt sich nicht um objektive Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der zu erlassenden Rechtsvorschrift.« Ebenso: Piepenstock, in: jurisPK-SGB II, 3. Aufl., Saarbrücken 2012, § 22a Rn 36.

Ermittlung der Wohnungsmarktsituation nicht ersparen kann.

IV. Fördern und Fordern als neue Leitidee der Beschäftigungsförderung

Der aktivierende, dienstleistungsorientierte Gewährleistungsstaat will den Arbeit suchenden Menschen – anders als vor der Reform – nicht als Objekt behandeln, sondern ihn motivieren, an der Beseitigung seiner Arbeitslosigkeit aktiv mitzuwirken. Vordenker dieser gesellschaftspolitischen Maxime ist *Anthony Giddens*, der *Tony Blair* infizierte, von dem sie wiederum *Gerhard Schröder* übernommen hat. Das Leitmotiv lautet: Fördern und Fordern. *Blair* und *Schröder* umschrieben diesen Paradigmenwechsel mit den Worten: »Moderne Sozialdemokraten wollen das Sicherheitsnetz aus Ansprüchen in ein Sprungbrett in die Eigenverantwortung umwandeln«⁵¹.

1. Vereinbarung statt Verwaltungsakt

Um die Idee des »Förderns und Forderns« umsetzen zu können, schienen neue Handlungsformen der Verwaltung erforderlich. Das gewünschte Verhalten der Arbeit suchenden sollte nicht mehr ex cathedra per Bescheid durch Verwaltungsakt diktiert, sondern konsensual im Dialog zwischen persönlichen Ansprechpartnern oder auch Fallmanagern und den Arbeit suchenden in einer Eingliederungsvereinbarung⁵² ausgehandelt werden. Durch diese konsensuale Problemlösung sollte vor allem die Motivation der Hilfebedürftigen gestärkt werden, selbst aktiv an der Überwindung der Arbeitslosigkeit mitzuwirken.

2. Betonung des Fallmanagements

Der Stellenwert, der den Fallmanagern in diesem neuen System zugedacht wurde⁵³, wird aus der Begründung zum Gesetzentwurf deutlich:

»Kernelement der neuen Leistung soll (...) das Fallmanagement sein. Im Rahmen des Fallmanagements wird die konkrete Bedarfslage des Betroffenen erhoben; darauf aufbauend wird dann ein individuelles Angebot unter aktiver Mitarbeit des Hilfebedürftigen geplant und gesteuert.«⁵⁴

Hierbei sollen »alle Einflussfaktoren für die berufliche Eingliederung« berücksichtigt werden. Die Bundesagentur

für Arbeit streicht in einer Arbeitshilfe aus dem Anfangsstadium des SGB II die Bedeutung der Eingliederungsvereinbarung für die neue Leistung des Fallmanagements heraus: diese sei »das wichtigste Instrument zur Unterstützung der Umsetzung der individuellen Betreuung«⁵⁵. Insgesamt soll durch das Fallmanagement eine intensive und möglichst effiziente Betreuung von Arbeit suchenden erreicht werden. Die Zuordnung »nach Möglichkeit nur eines Ansprechpartners soll ein kompetentes Fallmanagement sicherstellen«⁵⁶, auch und gerade weil nur auf diesem Weg ein »Vertrauensverhältnis« entstehen könne, das die angestrebte erfolgreiche Betreuung erst ermögliche.

Dass gerade dieses Ziel im sanktionsbewehrten Leistungssystem des SGB II auch verhängnisvolle Auswirkungen haben kann, wurde offensichtlich nicht bedacht. Das BSG⁵⁷ zog sich in diesem Konfliktfeld zunächst auf eine sehr formale Position zurück: Soweit der Arbeit suchende befürchte, der für ihn zuständige Mitarbeiter des Jobcenters sei nicht unbefangen, stehe das Instrumentarium des § 17 Abs. 1 SGB X zur Verfügung. Danach sei der handelnde Mitarbeiter der Behörde verpflichtet, die Leitung der Behörde – hier etwa die Geschäftsführung des Jobcenters – zu unterrichten. Selbst bei einer Pflichtverletzung des Mitarbeiters stehe Arbeit suchenden aber kein Ablehnungsrecht zu. Hieraus folge allenfalls, dass ein Verwaltungsakt, der unter Mitwirkung eines pflichtwidrig handelnden Behördenbediensteten zustande gekommen sei, als verfahrensfehlerhaft anzusehen sei. Dies aber hat nach § 42 S. 1 SGB X keinen Einfluss auf die Wirksamkeit der Verwaltungsentscheidung, wenn die Pflichtverletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat. Für das zukünftige Verhalten der Behörde könnten hieraus keine Folgerungen abgeleitet werden. Der Arbeit suchende könne hieraus insbesondere keinen Anspruch ableiten, einen anderen persönlichen Ansprechpartner benannt zu bekom-

51 *Schröder/Blair*, Der Weg nach vorn für Europas Sozialdemokraten. Beitrag zum Kongress der sozialistischen Internationale, London 1999, S. 14.

52 Zur Eingliederungsvereinbarung vgl. insbes. die kompakte und instruktive Darstellung von *Harich* (Fn. 16), Stichwort 58 »Eingliederungsvereinbarung«.

53 Vgl. zum Ganzen: *Rixen*, Sozialrecht aktuell 2008, 81 ff.

54 BT-Drs. 15/1516, S. 44.

55 Bundesagentur für Arbeit, Arbeitshilfe zur Eingliederungsvereinbarung gem. § 15 SGB II, Stand: März 2006, S. 1, S. www.arbeitsagentur.de (3.6.2015).

56 BT-Drs. 15/1516, S. 54 (zu § 14 SGB II).

57 Urteil BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185.

men. In der Literatur ist demgegenüber vor allem die Verpflichtung der Bundesagentur für Arbeit betont worden, für ein sachgerechtes Fallmanagement zu sorgen⁵⁸. Der Arbeitsuchende habe ein Recht auf ein »ernsthaftes« Case Management, wenn der Leistungsträger den Weg über die Eingliederungsvereinbarung gehe. Vor allem das Assessment müsse den Standards des Case Managements entsprechen, wie sie von Fachgesellschaften vorgegeben würden. Die BA könne sich insoweit nicht mit einem selbst definierten, abgesenkten Niveau begnügen. Erfülle die Arbeitsagentur diese Voraussetzungen nicht, so komme von vornherein eine Eingliederungsvereinbarung nicht zustande. Das Urteil des BSG vom 22.9.2009, das einen solchen Ansatz von vornherein ausschließt, hat damit sicher zur Entlastung der Sozialgerichte beigetragen. Betroffene werden sich allerdings, auch wenn sie keine Neigung zu querulatorischem Agieren haben, vielfach vor der Allmacht der Verwaltung allein gelassen fühlen.

3. Symbiose von Fallmanagement und Eingliederungsvereinbarung

Fallmanagement und Eingliederungsvereinbarung sollten nach der Grundkonzeption der »Betreuung aus einer Hand«, wie sie im SGB II definiert wird, in einer Art Symbiose miteinander verbunden sein. Unklar blieb allerdings, wie das neuartige Konstrukt rechtssystematisch eingeordnet werden sollte. Die Frage, ob hier das Vertragsrecht anzuwenden ist und ob das vertragsrechtliche Instrumentarium eine Beziehung sachgerecht regeln kann, in der eine Seite von der anderen in höchstem Maße abhängig ist und auch der vermeintlich mächtigere Vertragspartner nur eingeschränkte Möglichkeiten hat, individuell sachgerechte Lösungen einzubringen, weil er an ein im Gesetz vorgegebenes Leistungssystem gebunden ist und durch minutiöse generelle Weisungen dirigiert wird, war im Schrifttum Gegenstand heftiger Debatten. In der Praxis spielte die Frage kaum eine Rolle; vor allem, weil die Tauglichkeit des neuen Instruments zur Verbesserung der Integration arbeitsmarktferner Personen schon daran scheiterte, dass die Finanzausstattung für das erforderliche Personal und dessen Qualifizierung verweigert wurde. Der an die Agentur für Arbeit gerichtete Auftrag, einen persönlichen Ansprechpartner für jeden erwerbsfähigen Hilfebedürftigen benennen zu sollen (§ 14 S. 2 SGB II)⁵⁹, wurde nicht weiter unterfüttert. So ist es nicht verwunderlich, dass

schon die zahlenmäßige Ausstattung der Jobcenter noch immer meilenweit von der Einlösung dieses Auftrags entfernt ist. Für den ursprünglichen Impetus des Gesetzgebers⁶⁰ wirkte die Rechtsprechung nicht gerade unterstützend, indem sie es ablehnte, aus dem Gesetzesauftrag ein subjektiv-öffentliches Recht des Arbeitsuchenden abzuleiten: es handle sich lediglich um eine objektiv-rechtliche Aufgabenzuweisung⁶¹.

4. Verwaltungsakt als alternative Handlungsform?

Der Paradigmenwechsel vom hoheitlichen Handeln durch Verwaltungsakt zum konsensualen Handeln durch Eingliederungsvereinbarung zwischen dem Fallmanager und seinem »Kunden«⁶² wurde zudem auch deshalb nur halbherzig vollzogen, weil die durch Eingliederungsvereinbarung auszuhandelnden Regelungen auch per Verwaltungsakt ergehen können. Nach § 15 Abs. 1 S. 1 SGB II »soll« mit jedem erwerbsfähigen hilfebedürftigen Menschen eine Eingliederungsvereinbarung abgeschlossen werden. »Sollen« steht grundsätzlich für ein intendiertes Ermessen; dh. die Verwaltung darf nur im Ausnahmefall, also bei Vorliegen besonderer Umstände, vom Handlungsgebot abweichen; sie hat grundsätzlich kein freies Ermessen. Dies legt den Schluss nahe, dass das Gesetz davon ausgeht, dass das Fallmanagement nur im Ausnahmefall vom Abschluss einer Eingliederungsvereinbarung absehen und per Verwaltungsakt vorgehen kann.

Anders sieht dies der 4. Senat des BSG⁶³. Der zugrundeliegende Sachverhalt macht deutlich, dass es sich um einen Klienten handelte, der für einen subordinationsrechtlichen Vertrag eher ungeeignet war. Es hätte nahe gelegen, hier einen Ausnahmefall anzunehmen und damit das Abse-

58 Rixen, Sozialrecht aktuell 2008, 81.

59 In der Literatur wurde hieraus teilweise ein Anspruch auf Benennung eines persönlichen Ansprechpartners abgeleitet, vgl. Rixen, in: Eicher/Spellbrink (Fn. 16), § 14 Rn. 6; Kothe, in: Gagel, SGB II/III, § 14 Rn. 23.

60 Aus dem Gesetzgebungsverfahren: BT-Drs. 15/1516, S. 54; vgl. hierzu Knickrehm, in: Kreikebohm/ Spellbrink/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 3. Aufl., München 2013, § 14 SGB II Rn. 3; Spellbrink, in: Eicher/Spellbrink (Fn. 16), § 14 Rn 9.

61 Urteil BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185, 191 f..

62 Die Bezeichnung »Kunde« für einen mittellosen hilfebedürftigen Menschen ist schon ein geradezu zynischer Euphemismus.

63 Urteil BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 13/09 R – BSGE 104, 185; anders im Urteil des 14. Senats, BSG, 14.2.2013 – B 14 AS 195/11 R – BSGE 113, 70; zustimmend: Banafsche, Soziales Recht 2013, 121 ff. unter III. 2.

hen von einer Vertragslösung und den Erlass eines Verwaltungsaktes zu legitimieren. Der 4. Senat des BSG stufte die im Gesetzgebungsverfahren so hoch gehandelte Regelung in § 15 Abs. 1 SGB II allerdings als reine Verfahrensvorschrift ein, die lediglich das Verhalten und Vorgehen der Grundsicherungsträger steuern solle. Der Grundsicherungsträger treffe insoweit eine nicht justiziable Opportunitätsentscheidung darüber, welchen Verfahrensweg er zur Erfüllung des Ziels der Eingliederung des erwerbsfähigen Hilfebedürftigen wähle, ohne dass der erwerbsfähige Hilfebedürftige dadurch einen Rechtsverlust erleide. Auch die Tatsache, dass das Schrifttum⁶⁴ dieser Auffassung in kaum erlebter Einmütigkeit widersprochen hat, hat offensichtlich nicht zu einem Meinungswechsel geführt⁶⁵. Diese Entscheidung war für das seinerzeit noch zarte Pflänzchen »Fallmanagement« als Handlungsform bei der Eingliederung von Langzeitarbeitslosen nicht förderlich. Die Jobcenter konnten danach weiter ohne jede Notwendigkeit der Rechtfertigung auf den hoheitlichen Weg setzen, ohne sich auch nur zu bemühen, mit dem Arbeitsuchenden eine konsensuale Lösung zu versuchen.

V. Fazit

Der durch Hartz IV eingeführte Wechsel vom Erwerbserwerbseinkommen zur bedarfsbezogenen Bemessung der

Mindestsicherung bei Erwerbslosigkeit wurde in Arbeitnehmerhaushalten als äußerst krass empfunden; zumal der frühere Schutz des Partnereinkommens durch Freibeträge wegfiel.

Das am Bedarf orientierte neue Leistungssystem erfasst den Gesamtbedarf insbesondere von Personengemeinschaften allerdings transparenter; beim alten System mussten gerade Geringverdiener zusätzlich zur Alhi noch aufstockende Sozialhilfe bzw. Wohngeld beantragen. Da hierfür unterschiedliche Träger zuständig waren, wurde hiervon eher selten Gebrauch gemacht; was ein Grund dafür war, dass die Kosten des Hartz IV-Systems erheblich zu niedrig eingeschätzt wurden. Tatsächlich war der finanzielle Gesamtaufwand für Hartz IV-Leistungen zunächst erheblich höher als derjenige für die früheren Teilsysteme Alhi und Sozialhilfe zusammen. Versagt hat das neu geschaffene System bei den theoretisch hoch gesteckten Förderzielen, weil sich der Gesetzgeber nicht entschließen konnte, die hierfür erforderliche personelle Ausstattung zu finanzieren.

⁶⁴ Vgl. Müller, jurisPR-SozR 9/2010, Anm. 1; dies., in: Hauck/Noftz, SGB II, Stand VI/07, § 15 Rn. 10; Berlit, in: LPK-SGB II, 4. Aufl., Baden-Baden 2011, § 15 Rn. 16; Sonnhoff, in: jurisPK-SGB II, 3. Aufl., Saarbrücken 2012, § 15 Rn. 24; Huckenbeck, in: Löns/Herold-Tews, SGB II, 3. Aufl., München 2011, § 15 Rn. 10; Siefert, SGB 2010, 615.

⁶⁵ Vgl. Voelzke, SGB 2015, 1, 5 f.

Energetische Sanierung versus Sozialschutz: Zum Zusammenspiel von Mietrecht und SGB II

Sabine Knickrehm, Richterin am Bundessozialgericht, Kassel,
Prof. Dr. Peter Rott, Universität Kassel

I. Rahmenbedingungen

Die Bundesrepublik Deutschland hat klimarechtliche Vorgaben zu erfüllen, die sich aktuell aus der Richtlinie 2009/28/EG¹ ergeben. Diese Richtlinie legt Mindestquoten für den Anteil von Energie aus erneuerbaren Quellen am Bruttoendenergieverbrauch fest, die dazu führen müssen, dass bis 2020 mindestens 20 % des Bruttoendenergieverbrauchs der EU durch Energie aus erneuerbaren Quellen gedeckt werden. Für Deutschland beträgt der Zielwert für 2020 18 %. Wie die entsprechenden Werte erreicht werden, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Es ist aber klar, dass die Ziele nicht allein über die Substitution von Strom aus klimaschädlichen Energiequellen, insbesondere Kohle, durch Strom aus erneuerbaren Energien erreicht werden kann, sondern dass auch Energie eingespart werden muss. Deutschland hat sich hierbei bis 2020 eine Einsparung von 20 % gegenüber dem Stand von 2008 zum Ziel gesetzt.² Hier sind neben dem Straßenverkehr und der industriellen Produktion die privaten Haushalte gefragt. Nach Angaben der Bundesregierung entfallen 40 % des Energieverbrauchs auf den Gebäudesektor. Sie sieht die energetische Sanierung des Gebäudebestands daher als »zentralen Schlüssel zur Modernisierung der Energieversorgung und zum Erreichen der Klimaschutzziele«.³ Während bislang explizite Anforderungen an die Energieeffizienz (nach der Energieeinsparverordnung – EnEV)⁴ im Wesentlichen für Neubauten und nur mit Einschränkungen für Sanierungen sowie für den Austausch einzelner Bauteile, etwa Haustüren, gelten,⁵ sollen ab 2020 auch für den Altbestand gesetzliche Anforderungen eingeführt werden, die die Eigentümer zu Investitionen am Bestand zwingen werden.⁶

Anders als viele andere EU-Mitgliedstaaten hat Deutschland eine hohe Mietquote, die Bundesregierung spricht von knapp 24 Millionen Mietwohnungen.⁷ Anders gewendet ist ein erheblicher Teil des gesamten Bestands an Wohngebäuden vermietet. Damit ist deutlich, dass auch vermie-

teter Wohnraum zwingend einbezogen werden muss, sollen die vorgesehenen Energieeinsparungen erreicht werden.

Einkommensschwache Haushalte wohnen typischerweise zur Miete. Im Fall von Haushaltseinkommen von bis zu 900 Euro sind dies 86,4 % der Haushalte, bei Haushaltseinkommen von 900 bis 1.300 Euro 79,1 % der Haushalte.⁸ Damit ist die hier interessierende Konfliktlage vorgezeichnet. Der Eigentümer fremd genutzten Wohnraums muss oder möchte Veränderungen an Wohnraum vornehmen, der sich im Besitz des Mieters befindet. Die energetische Verbesserung von Wohnraum kostet Geld, das der Eigentümer anderweitig einsparen oder erwirtschaften möchte. Sofern nicht ausnahmsweise eine Warmmiete vereinbart ist, bei der der Vermieter über die Reduzierung der Heizkosten unmittelbar von der energetischen Sanierung profitiert, kommen dafür bei fremd genutztem Wohnraum neben staatlicher Förderung nur die Mieteinkünfte in Betracht. Die staatliche Förderung ist allerdings begrenzt. Neben Darlehen können Privathaushalte von der Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW), die die Förderprogramme des Bundes verwaltet, für Einzelmaßnahmen zwar einen Zuschuss, jedoch nur in Höhe von 10 % der Investition

1 RL 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen, ABl. 2009, L 140/16.

2 Vgl. das Energiekonzept für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, BT-Drs. 17/3049.

3 Vgl. Fn. 2, S. 13.

4 Energieeinsparverordnung vom 24.7.2007 idF. der Zweiten Verordnung zur Änderung der Energieeinsparverordnung vom 18.11.2013 (EnEV 2013), BGBl. 2013 I, S. 3951, in Kraft seit 1.5.2014.

5 Vgl. den Überblick unter <http://www.vz-nrw.de/enev> (23.6.2015).

6 Vgl. Fn. 2, S. 13.

7 Vgl. den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Mietrechtsänderungsgesetz vom 15.8.2012, BT-Drs. 17/10485, S. 1.

8 Statistisches Bundesamt, Eigentümer- und Mieterhaushalte nach Haushaltsnettoeinkommen in den Gebietsständen am 1.1.2013, https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/EinkommenKonsumLebensbedingungen/Wohnen/Tabellen/HuG_Nettoeinkommen_EVS.html (23.6.2015).

erhalten.⁹ Hinzu treten Landesprogramme und kommunale Programme. Damit liegt der Schwerpunkt auf den Mieteinkünften.

Für den Mieter kann die energetische Verbesserung des Wohnraums zeitweise mit erheblichen Unannehmlichkeiten durch Baumaßnahmen verbunden sein. Dauerhaft droht die Erhöhung des Mietzinses.

Mietrechtlich stellen sich zwei Fragen: die nach der Pflicht des Mieters, die energetische Verbesserung des Wohnraums zu dulden, und die nach dem Recht des Vermieters, in Folge der energetischen Verbesserung des Wohnraums die Miete zu erhöhen. Beide Fragen waren Gegenstand der Mietrechtsreform vom 11.3.2013,¹⁰ die zum 1.5.2013 in Kraft trat und die dargestellte Konfliktlage neu geregelt hat. Wenig Beachtung hat dabei das Zusammenspiel mit den sozialrechtlichen Vorschriften des SGB II gefunden.¹¹ Diese regeln auch die Leistungserbringung für Unterkunft und Heizung und sind damit für die Frage relevant, ob und inwieweit Mieterhöhungen aufgrund energetischer Sanierung möglicherweise vom Grundsicherungsträger aufgefangen werden oder ob einkommensschwache Mieter, deren Wohnung energetisch saniert werden soll, von einem Umzug als Kostensenkungsmaßnahme iSd. SGB II, möglicherweise auch aus den attraktiveren Wohnvierteln hinaus (Stichwort »Gentrifizierung«), betroffen sind.

Dieses Zusammenspiel und damit die Frage, inwieweit Mieterhöhungen aufgrund energetischer Sanierung auch gegenüber Grundsicherungsleistungsempfängern durchsetzbar sind bzw. inwieweit die Mietrechtsreform in Bezug auf Wohnraum, der von Grundsicherungsleistungsempfängern bewohnt wird, die klimapolitischen Ziele des Gesetzgebers tatsächlich fördern kann, ist Gegenstand dieses Beitrags. Dazu ist zunächst an die sozialrechtliche Lage zu erinnern, bevor der Sozialschutz bei der energetischen Sanierung von Wohnraum, der von Grundsicherungsleistungsempfängern bewohnt wird, diskutiert wird.

II. Bestimmung der vom Grundsicherungsträger zu erbringenden Aufwendungen für Unterkunft und Heizung

Das 2005 eingeführte SGB II soll den danach Leistungsberechtigten diejenigen materiellen Voraussetzungen zusichern, die für ihre physische Existenz und ein Mindestmaß

an Teilhabe am gesellschaftlichen, kulturellen und politischen Leben unerlässlich sind. Die existenzsichernde Leistung setzt sich im Wesentlichen aus zwei Komponenten zusammen: dem Regelbedarf, dessen Höhe sich nach dem Regelsatz richtet, und den Aufwendungen für Unterkunft und Heizung. Der Gewährleistungsanspruch gegenüber dem Staat, abgeleitet aus Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 1 GG,¹² umfasst also auch das »Wohnen«. Dessen Umfang ist an den bestehenden Lebensbedingungen – hier denen des Mietwohnungsmarktes – auszurichten und seine Bemessung hat in einem kontrollierten und kontrollierbaren Verfahren zu erfolgen.

§ 22 Abs. 1 S. 1 SGB II regelt, dass Bedarfe für Unterkunft und Heizung in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt werden. Aus dem Wortlaut der Vorschrift wird deutlich, dass die tatsächlichen Aufwendungen, die als Leistungen erbracht werden, sowohl Unterkunfts- als auch die Heizkosten umfassen. Allerdings erfolgt eine Begrenzung der Leistungsverpflichtung des Grundsicherungsträgers insofern, als die Aufwendungen der Leistungsberechtigten angemessen sein müssen.

Die Frage danach, wie hoch die Leistungen sind, die der Grundsicherungsträger nach § 22 SGB II zu erbringen hat, wird also im SGB II, anders als im Wohngeldgesetz (§ 12 WoGG)¹³, nicht betragsmäßig bestimmt, sondern durch einen unbestimmten Rechtsbegriff umschrieben, den Begriff der »Angemessenheit«. Damit stellen sich zwei Fragen: Was passiert, wenn die Miet- und/oder Heizaufwendungen des Leistungsberechtigten nicht »angemessen« sind (sog. »konkrete Angemessenheit«) und wonach richtet sich die Bestimmung der Angemessenheitsgrenze (sog. »abstrakte Angemessenheit«)? Zunächst zur konkreten Angemessenheit, die dogmatisch betrachtet zwar erst den zweiten Prüfungsschritt darstellt, denn zunächst muss bestimmt werden, wie hoch die Referenzmiete im Rahmen der ab-

9 Förderprodukt 430 Energieeffizient Sanieren Investitionszuschuss, <https://www.kfw.de/inlandsfoerderung/Privatpersonen/Bestandsimmobilien/Finanzierungsangebote/Energieeffizient-Sanieren-Zuschuss-%28430%29> (23.6.2015). Bis 31.5.2014 waren es sogar nur 5 % der Investition.

10 Gesetz über die energetische Modernisierung von vermietetem Wohnraum und über die vereinfachte Durchsetzung von Räumungstiteln (Mietrechtsänderungsgesetz – MietRÄndG) vom 11.3.2013, BGBl. 2013 I, S. 434. Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Derleder*, NZM 2013, 441, 442.

11 Vgl. allerdings S. *Knickrehm*, NZM 2013, 602 ff.

12 BVerfGE, 9.2.2010 – BvL 1/09 ua. – SozR 4-4200 § 20 Nr. 12.

13 Wohngeldgesetz vom 24.9.2008, BGBl. 2008 I, S. 1856, zuletzt geändert durch Gesetz vom 3.4.2013, BGBl. 2013 I, S. 610.

strakten Angemessenheit ist. Nur wenn diese bekannt ist, kann eine Aussage dazu getroffen werden, ob die Leistungshöhe unter den tatsächlichen Aufwendungen bleiben, also im Rahmen der konkreten Angemessenheit begrenzt werden darf. Hier soll die konkrete Angemessenheit jedoch ausnahmsweise als erstes behandelt werden, um die Tragweite der Bestimmung der abstrakten Grenze zu verdeutlichen.

1. Konkret angemessene Aufwendungen

Übersteigen die tatsächlichen Aufwendungen eines Leistungsberechtigten für die Bruttokaltmiete die abstrakte Angemessenheitsgrenze – die sog. Referenzmiete –, sieht § 22 Abs. 1 S 3 SGB II vor, dass sie als Bedarf so lange anzuerkennen sind, wie es dem Leistungsberechtigten nicht möglich oder nicht zuzumuten ist, durch einen Wohnungswechsel, durch Vermieten oder auf andere Weise die Aufwendungen zu senken, in der Regel jedoch längstens für 6 Monate. Den Leistungsberechtigten trifft mithin im Rahmen der konkreten Angemessenheit eine sogenannte Kostensenkungsobligiertheit. Mietpreissteigerungen, zB. aufgrund einer energetischen Sanierung, können also dazu führen, dass der Leistungsberechtigte die Unterkunftskosten zu senken hat, er in der Folge eine andere und preisgünstigere Wohnung suchen muss oder aber davon betroffen ist, dass die Leistungen nach dem SGB II seinen Bedarf nicht decken und er den Rest aus dem Regelbedarf finanzieren muss.

2. Abstrakt angemessene Aufwendungen

Der Begriff der »Angemessenheit« unterliegt als unbestimmter Rechtsbegriff vollständig der richterlichen Kontrolle und ist zugleich im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG verfassungsrechtlich determiniert. Maßstab für die Bestimmung der abstrakt angemessenen Unterkunftskosten sind nach der Rechtsprechung des BSG die »Produkttheorie« und das »schlüssige Konzept«.

a) Produkttheorie

Für die Angemessenheit einer Unterkunft sind bestimmend die Größe der Wohnung, typisierend festgelegt anhand der landesrechtlichen Wohnraumfördervorschriften und der Wohnstandard, definiert als ein einfacher und im unteren Segment liegender Ausstattungsgrad. Nur das Produkt aus Wohnfläche und Standard, das sich in der Wohnungsmie-

te niederschlägt, muss jedoch angemessen sein. Die »Produkttheorie« ermöglicht damit dem Leistungsberechtigten eine gewisse Varianz bei der Wahl der Größe der Wohnung und deren Standard.¹⁴

b) Schlüssiges Konzept

Die Ausfüllung des unbestimmten Rechtsbegriff der »Angemessenheit« erfolgt nach der Rechtsprechung des BSG im weitesten Sinne durch »kontrolliertes Verfahren« – durch die Forderung an den Grundsicherungsträger, ein »Konzept« zu erstellen, das die Rechtsprechung auf »Schlüssigkeit« überprüft – ein »schlüssiges Konzept«.

Das »schlüssige Konzept« ist von dem Grundgedanken getragen, den Grundsicherungsträger anzuhalten, der Bemessung der örtlichen Referenzmiete eine Datengrundlage zu verschaffen, die hinreichende Gewähr dafür bietet, dass die Referenzmiete die aktuellen Verhältnisse des örtlichen Wohnungsmarktes – des Vergleichsraums¹⁵ – wiedergibt,¹⁶ also realitätsgerecht das Existenzminimum im Bereich der Unterkunft sichern kann. Die Verfahrensvorgaben des schlüssigen Konzepts sollen dabei drei Aspekten Rechnung tragen:

1. Sicherstellung des staatlichen Gewährleistungsauftrags im Bereich Unterkunft und Heizung,
2. Gleichbehandlung der Leistungsberechtigten nach dem SGB II im gesamten Bundesgebiet durch Verfahrensregeln und gleichzeitig
3. Berücksichtigung der regionalen Unterschiede.

Es soll an dieser Stelle nur ein kurzer Überblick gegeben werden, was sich hinter dem »schlüssigen Konzept« konkret verbirgt: Ein Konzept liegt vor, wenn der Grundsicherungsträger planmäßig vorgegangen ist, im Sinne der systematischen Ermittlung und Bewertung genereller, wenngleich orts- und zeitbedingter Tatsachen im maßgeblichen Vergleichsraum für sämtliche Anwendungsfälle und nicht nur punktuell im Einzelfall. Schlüssig ist das Konzept, wenn es

14 Erstmals BSG, 7.11.2006 – B 7b AS 10/06 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 2, seitdem in ständiger Rechtsprechung.

15 Vergleichsräume sind ausreichend große Räume (nicht bloße Orts- oder Stadtteile) der Wohnbebauung, die auf Grund ihrer räumlichen Nähe zueinander, ihrer Infrastruktur und insbesondere ihrer verkehrstechnischen Verbundenheit einen insgesamt betrachtet homogenen Lebens- und Wohnbereich bilden, S. BSG, 19.2.2009 – B 4 AS 30/08 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 19, Ls. 2.

16 BSG, 18.6.2008 – B 14/7b AS 44/06 R – FEVS 60, 145-150.

bestimmte Mindestvoraussetzungen der Datenerhebung und -auswertung im Sinne der Folgerichtigkeit erfüllt, insbesondere im Hinblick auf die Repräsentativität der Daten, die Validität der Datenerhebung, die Einhaltung anerkannter mathematisch-statistischer Grundsätze bei der Datenauswertung und einer hinreichenden Begründung zu den gezogenen Schlüssen.¹⁷

Da die Erstellung eines »schlüssigen Konzepts« in der kommunalen Praxis als sehr aufwendig angesehen wird, hat der Gesetzgeber sich 2011 entschlossen, den Ländern die Möglichkeit zu eröffnen, eine Ermächtigungsgrundlage für die Kreise und kreisfreien Städte zu schaffen, um die Angemessenheitsgrenze durch Satzungen zu bestimmen. Die §§ 22a bis 22c SGB II¹⁸ regeln zwar einige Details zur Bestimmung der Angemessenheitsgrenze, folgen aber im Wesentlichen den Vorgaben des BSG zum schlüssigen Konzept.¹⁹

c) Abstrakte Angemessenheit der Heizkosten

Es ist deutlich geworden: In diesem Konzept nicht ausdrücklich vorgesehen sind die Heizkosten, die nach § 22 Abs. 1 S 1 SGB II auch der Angemessenheitsgrenze unterworfen sind. Sie in die Referenzmiete einzubeziehen, ist nach dem »schlüssigen Konzept« zwar nicht von vornherein ausgeschlossen. Das BSG hat bisher die Bestimmung einer »Bruttowarmvergleichsmiete« jedoch aus tatsächlichen Gründen abgelehnt, weil es derzeit noch an Methoden fehlt, die abstrakte Angemessenheit der Heizkosten festzustellen. Ein abstrakter Maßstab insoweit litte bereits daran, dass der Heizverbrauch in Abhängigkeit zu der konkreten Lage der Wohnung innerhalb eines Hauses, der geographischen Lage des Hauses selbst, aber auch dessen energetischen Standards steht – also individuelle, an dem Mietobjekt selbst haftende Faktoren ihn überlagern könnten.²⁰ Eine Überprüfung der Angemessenheit der Heizkosten erfolgt daher nur dann, wenn die individuellen Heizkosten die Werte der rechten Spalte der örtlichen oder des bundesweiten Heizkostenspiegel überschreiten.²¹ Bis zur Höhe dieser Werte werden die tatsächlichen Aufwendungen von den Trägern ohne Angemessenheitsprüfung übernommen. Da die Werte der rechten Spalte der Heizkostenspiegel jedoch recht hoch sind, wird an eine Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit der Kostensenkung bei den Heizkosten ein verschärfter Maßstab angelegt. Nur in Ausnahmefällen ist

der Leistungsträger gehalten, in diesem Sinne unangemessene Heizkosten zu übernehmen.

III. Energetische Sanierung im Mietrecht

Bis zur Mietrechtsreform von 2013 waren die Fragen der Pflicht zur Duldung einer energetischen Sanierung und des Rechts zur Erhöhung der Miete aneinander gekoppelt. Nach § 554 Abs. 2 BGB aF. musste der Mieter Maßnahmen zur Verbesserung der Mietsache, zur Einsparung von Energie oder Wasser oder zur Schaffung neuen Wohnraums nicht dulden, wenn die Maßnahme für ihn, seine Familie oder einen anderen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeutete, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters und anderer Mieter in dem Gebäude nicht zu rechtfertigen war. Dabei waren insbesondere die vorzunehmenden Arbeiten, die baulichen Folgen, vorausgegangene Aufwendungen des Mieters und die zu erwartende Mieterhöhung zu berücksichtigen. Dies führte dazu, dass die energetische Verbesserung von Wohnraum bei nicht tragbarer Mieterhöhung gar nicht möglich war.²²

Die Mietrechtsreform von 2013 hat die beiden Rechtsfragen jedenfalls scheinbar voneinander entkoppelt.

1. Pflicht zur Duldung einer energetischen Sanierung

Als Grundsatz formuliert § 555d Abs. 1 BGB: Der Mieter hat eine Modernisierungsmaßnahme iSd. § 555b BGB zu dulden.²³

Wie bisher kann nach § 555d Abs. 2 S. 1 BGB eine Ausnahme gelten, wenn die Modernisierungsmaßnahme für den Mieter, seine Familie oder einen Angehörigen seines Haushalts eine Härte bedeuten würde. Hier hat sich die

17 BSG, 18.11.2014 – B 4 AS 9/14 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 81; S. auch ausf. S. Knickrehm, SozSich 2010, 167, 170.

18 Eingefügt durch das RBEG/SGBII/SGB XII-ÄndG vom 24.3.2011, BGBl. 2011 I, S. 453.

19 Vgl. S. Knickrehm, in: Deutscher Sozialgerichtstag (Hrsg.), Sozialrecht – Tradition und Zukunft, Stuttgart ua. 2013, S. 79.

20 BSG, 12.6.2013 – B 14 AS 60/12 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 69, Rn. 21.

21 BSG, 2.7.2009 – B 14 AS 36/08 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 23.

22 Vgl. etwa AG Berlin-Mitte, 6.8.2013 – 5 C 366/12 – GE 2013, 1589.

23 Zu den einzelnen Maßnahmen vgl. Derleder, NZM 2013, 441, 443 ff.

Duldungspflicht des Mieters aber in zweierlei Hinsicht deutlich verschärft. Zum einen bleiben nach § 555d Abs. 2 S. 3 BGB die zu erwartende Mieterhöhung sowie die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten bei der Abwägung im Rahmen der Duldungspflicht außer Betracht; sie sind nur nach § 559 Abs. 4 und 5 BGB bei einer Mieterhöhung zu berücksichtigen. Damit soll der Vermieter insbesondere bei den besonders wichtigen energetischen Modernisierungen weitgehende Baufreiheit und Planungssicherheit erlangen.²⁴

Zum anderen sind auch sonstige Härten nunmehr nach § 555d Abs. 2 BGB nicht nur mit den berechtigten Interessen sowohl des Vermieters als auch anderer Mieter in dem Gebäude, sondern auch mit den Belangen der Energieeinsparung und des Klimaschutzes abzuwägen. Hier erfolgt eine Privilegierung von Modernisierungsmaßnahmen, die unter § 555b Nr. 1 oder 2 BGB fallen. Insofern sieht das Gesetz in § 555b BGB keinen bestimmten Umfang vor, in dem Endenergie oder nicht erneuerbare Primärenergie eingespart werden muss.²⁵ Die Nichterreichung von Standards der EnEV für Neubauten ist damit kein Ausschlussgrund. Allerdings ist zu beachten, dass § 9 EnEV Anforderungen an die Altbaumodernisierung mit wesentlichen baulichen Änderungen an Bauteilen (Fassade, Fenster und Dach) stellt, die zuletzt 2009 erheblich verschärft wurden. Aber auch bei anderen Maßnahmen muss der Umfang, in dem die Energieeinsparung und der Klimaschutz durch die Modernisierungsmaßnahme befördert werden, zumindest im Rahmen der Abwägung mit Härten für den Mieter berücksichtigt werden, und zwar nicht erst bei der Mieterhöhung,²⁶ sondern bereits bei der Duldungspflicht. Eine starre Wirtschaftlichkeitsgrenze hat der BGH allerdings entgegen einer früheren instanzgerichtlichen Rechtsprechung abgelehnt,²⁷ sie wurde auch mit der Mietrechtsreform von 2013 nicht eingeführt.

In der Gesamtschau wird gefolgert, dass nur ganz selten Fälle (Gefahr für Leib und Leben) denkbar sind, bei denen der Gedanke der Endenergieeinsparung oder des Klimaschutzes nach Abwägung mit der vom Mieter vorgetragene Härte gänzlich zurücktreten muss.²⁸

Ergänzt wird die Regelung dadurch, dass der Mieter nach § 536a BGB während der energetischen Modernisierung für drei Monate die Miete wegen der daraus resultierenden Unannehmlichkeiten nicht mindern kann.²⁹

Natürlich wird aber auch in Zukunft gelten, dass der Eigentümer trotz erleichterter Durchsetzbarkeit energeti-

scher Maßnahmen solche Maßnahmen, zu denen er nicht öffentlich-rechtlich verpflichtet ist, regelmäßig nur dann durchführen wird, wenn sich die Investition wirtschaftlich rechnet, dh. wenn der Investition entsprechende Einsparungen oder Einnahmen gegenüber stehen. Damit bleibt die Frage der Mieterhöhung zentral, und zwar schon für die Entscheidung, eine Modernisierungsmaßnahme überhaupt durchzuführen. Dem trägt auch die noch zu besprechende Vorschrift des § 559 Abs. 5 BGB Rechnung, deren Sinn die Bundesregierung darin sieht, bis zum Baubeginn klare Verhältnisse zu schaffen.³⁰

2. Mieterhöhung

a) Mieterhöhung nach § 558 Abs. 1 BGB

Mieterhöhungen sind im »normalen« Wohnraummietrecht Grenzen gesetzt. Allgemein gilt nach § 558 Abs. 1 BGB, dass Mieterhöhungen nur bis zur ortsüblichen Vergleichsmiete verlangt werden können. Zu ermitteln sind nach § 558 Abs. 2 BGB die üblichen Entgelte, die in der Gemeinde oder einer vergleichbaren Gemeinde für Wohnraum vergleichbarer Art, Größe, Ausstattung, Beschaffenheit und Lage einschließlich der energetischen Ausstattung und Beschaffenheit in den letzten vier Jahren vereinbart oder, von Erhöhungen nach § 560 BGB abgesehen, geändert worden sind. Einzubeziehen sind dabei, anders als vor 1982, auch Mieterhöhungen nach Modernisierung. Die energetische Ausstattung und Beschaffenheit wird seit der Reform von 2013 explizit angesprochen.³¹

Grundlage ist das Mietniveau in der ganzen Gemeinde, nicht etwa in bestimmten Stadtteilen.³² Die Darlegungslast

24 Vgl. BT-Drs. 17/10485, S. 21.

25 Vgl. BT-Drs. 17/10485, S. 19; BGH, 10.4.2002 – VIII ARZ 3/01 – NJW 2002, 2036.

26 Nur in letzterem Zusammenhang stellt die Bundesregierung dies klar, vgl. BT-DrS. 17/10485, S. 24 f.

27 Vgl. BGH, 3.3.2004 – VIII ZR 149/03 – NJW 2004, 1738, mwN.

28 *Börstinghaus*, in: Schmidt-Futterer, Mietrecht, 11. Aufl., München 2013, § 555d BGB Rn. 63. Zu einem derartigen Fall unter § 554 Abs. 2 BGB aF. vgl. LG Berlin, 17.12.2014 – 67 S 66/14 – GE 2015, 388.

29 Zu Einzelheiten vgl. *Hinz*, NZM 2013, 209, 210 ff.

30 Vgl. BT-Drs. 17/10485, S. 25.

31 Zuvor konnte sie aber auch schon im Wege der Auslegung berücksichtigt werden, vgl. *Rips*, WuM 1991, 417; *Sternel*, Mietrecht aktuell, 4. Aufl., Köln 2009, Rn. 164.

32 Vgl. BGH, 3.7.2013 – VIII ZR 354/12 – NJW 2013, 2963.

für das, was ortsüblich ist, liegt beim Vermieter.³³ Eine Beweiserleichterung bieten die einfachen Mietspiegel, denen der BGH eine »Indizfunktion« für die Richtigkeit der dort angegebenen Entgelte zubilligt.³⁴ Qualifizierte Mietspiegel iSd. § 558d BGB entfalten sogar eine Vermutungswirkung für die dort angegebenen Entgelte.

Bei einem Mieterhöhungsverlangen sind zahlreiche Fristen zu beachten, insbesondere darf ein Mieterhöhungsverlangen frühestens 15 Monate nach Vermietungsbeginn oder nach der letzten Mietänderung geltend gemacht werden. Zudem gilt nach § 558 Abs. 3 BGB eine Kappungsgrenze: Innerhalb von drei Jahren darf sich die Miete nicht um mehr als 20 % erhöhen.

Durch die Bezugnahme des § 558 Abs. 2 BGB auf den Zeitraum der letzten vier Jahre ist die ortsübliche Vergleichsmiete zwar dynamisch, sie macht aber nicht die Sprünge mit, die eine Umlage von Investitionen in energetische Modernisierungsmaßnahmen mit sich brächte. Die mietrechtliche Rechtsprechung ist auch sehr zurückhaltend damit, sanierten Altbau in eine Vergleichsgruppe mit neueren Bauten einzustellen.³⁵ Denn dies hätte zur Folge, dass die mit Mieterhöhungen erreichbare ortsübliche Vergleichsmiete ebenfalls steigen würde. Der energetische Zustand wird zwar mittlerweile in Umsetzung von § 558 Abs. 2 BGB in Mietspiegeln berücksichtigt (Stichwort »ökologischer Mietspiegel«). Ebenso wie bei der Bemessung der abstrakt angemessenen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung spielen sie aber auch dort bislang keine tragende Rolle. Energetische Verbesserungsmaßnahmen lassen sich in dieser Weise also nicht refinanzieren.

b) Umlage der Kosten der energetischen Sanierung nach § 559 Abs. 1 BGB

Von der Kappungsgrenze nach § 558 Abs. 3 BGB ausdrücklich ausgenommen sind Mieterhöhungen infolge energetischer Verbesserungsmaßnahmen.³⁶ Dies regelt § 559 BGB. Hat der Vermieter Modernisierungsmaßnahmen im Sinne des § 555b Nr. 1, 3, 4, 5 oder 6 BGB durchgeführt, so kann er die jährliche Miete um 11 % der für die Wohnung aufgewendeten Kosten erhöhen.³⁷ Keine Umlagemöglichkeit, sondern nur eine Duldungspflicht besteht im Umkehrschluss in Fällen des § 555b Nr. 2 BGB (nachhaltige Einsparung nicht erneuerbarer Primärenergie oder nachhaltiger Klimaschutz, ohne dass dabei Endenergie nachhaltig eingespart wird).³⁸

§ 559 Abs. 2 und 3 BGB sollen dabei für die korrekte Berechnung sorgen. Selbstverständlich sind Zuschüsse etwa der KfW aus den »aufgewendeten Kosten« herauszurechnen, vgl. § 559a BGB; diese sind aber, wie erwähnt, nicht eben üppig. Ebenfalls nicht berücksichtigungsfähig sind fällige Instandhaltungskosten, die mit der Modernisierungsmaßnahme eingespart werden.³⁹

Mit der Mieterhöhung nach § 559 Abs. 1 BGB kann der Vermieter die Sanierungskosten also binnen 9 Jahren refinanzieren. Auch danach kann er die um 11 % erhöhte Miete weiterhin verlangen und somit aus der energetischen Sanierung »Gewinn« schlagen, wobei zu beachten ist, dass die ortsübliche Vergleichsmiete iSd. § 558 Abs. 1 BGB bis dahin wahrscheinlich auch schon nachgezogen haben wird. Allerdings hatte die aktuelle Regierungskoalition angekündigt, Abhilfe zu schaffen und die Mieterhöhung auf die Amortisation der Modernisierungskosten zu begrenzen.⁴⁰ Im Mietrechtsnovellierungsgesetz vom 21.4.2015,⁴¹ mit dem die sog. Mietpreisbremse eingeführt wurde, ist eine derartige Regelung allerdings noch nicht enthalten.

Noch freier in der Gestaltung der Miete ist der Vermieter freilich, wenn der Mieter von seinem Sonderkündigungsrecht nach § 561 BGB Gebrauch macht, um der Mieterhöhung zu entgehen. Nach bisheriger Gesetzeslage konnte der Vermieter, falls er nicht der Mietpreisbindung unterlag, dann vom neuen Mieter die Miete verlangen, die

33 Vgl. etwa BGH, 6.11.2013 – VIII ZR 346/12 – NJW 2014, 292.

34 Vgl. BGH, 16.6.2010 – VIII ZR 99/09 – NJW 2010, 2946; BGH, 3.7.2013 – VIII ZR 354/12 – NJW 2013, 2963; krit. *Schultz*, in: *Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete*, 4. Aufl., München 2014, Kap. III Rn. 1194.

35 Vgl. etwa LG Bochum, 13.7.1979 – 5 S 350/77 – WuM 1982, 18. Zu einem Ausnahmefall einer vollkommen neuen Herrichtung vgl. LG Mannheim, 19.6.1996 – 4 S 190/95 – MDR 1996, 1007.

36 Zulässig sind daher auch Mieterhöhungen wegen mehrerer energetischer Sanierungen in kurzem Abstand, vgl. BGH, 17.12.2014 – VIII ZR 88/13 – NJW 2015, 934.

37 Zur Berechnung dieser Kosten vgl. ausf. *Hinz*, NZM 2013, 209, 222 ff.; *Schultz* (Fn. 34), Rn. 1507 ff.

38 Vgl. auch *Schultz* (Fn. 34), Rn. 1545.

39 Vgl. dazu BGH, 17.12.2014 – VIII ZR 88/13 – NJW 2015, 934. Die Schwierigkeit, Modernisierungskosten und Instandhaltungskosten voneinander zu trennen, werden als erhebliches Hemmnis für die energetische Modernisierung angesehen, vgl. *Sternel*, NZM 2001, 1058, 1067.

40 Vgl. den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Deutschlands Zukunft gestalten, 2013, <https://www.cdu.de/sites/default/files/media/dokumente/koalitionsvertrag.pdf> (23.6.2015), S. 81. Dagegen *Schultz*, ZRP 2014, 37, 38.

41 Gesetz zur Dämpfung des Mietanstiegs auf angespannten Wohnungsmärkten und zur Stärkung des Bestellerprinzips bei der Wohnungsvermittlung (Mietrechtsnovellierungsgesetz – MietNovG), BGBl. 2015 I, S. 610.

der Markt »hergibt«. Dies war freilich für den Vermieter nur dann attraktiv, wenn die bisherige Miete unterhalb dessen lag, was er im Falle der Wiedervermietung erzielen konnte. Insoweit folgt aus der sog. Mietpreisbremse zukünftig eine gewisse Einschränkung. Nach § 556d Abs. 1 BGB nF. darf bei einer Neuvermietung die ortsübliche Vergleichsmiete jetzt nur um 10 % überschritten werden. Dies gilt jedoch nicht vorbehaltlos. Zunächst gilt die Mietpreisbremse nur für Gebiete mit angespannten Wohnungsmärkten und auch nur dann, wenn ein Land für ein solches Gebiet eine entsprechende Verordnung erlässt. Bisher ist das mit Wirkung vom 1.6.2015 nur in Berlin der Fall, in Nordrhein-Westfalen soll eine entsprechende Regelung zum 1.7.2015 geschaffen werden. Im Übrigen bestimmt § 556e Abs. 2 BGB, dass der nach § 556d Abs. 1 BGB nF. erreichbare Wert dann, wenn der Mieter in den letzten drei Jahren vor Beginn des Mietverhältnisses Modernisierungsmaßnahmen iSd. § 555b BGB durchgeführt hat, um den Betrag überschritten werden kann, den der Vermieter nach den Vorschriften über die energetische Modernisierung auf den Mieter umlegen kann. Gemeint ist damit der gesetzlich vorgesehene Wert, nicht etwa derjenige, den der Vermieter unter Berücksichtigung des Härteeinwands nach § 559 Abs. 4 BGB auf den konkreten Vormieter hätte umlegen können. Der Nachmieter kann sich dabei nicht auf den Härteeinwand des § 559 Abs. 4 BGB berufen.⁴² In den hier interessierenden Fällen hat eine Kündigung daher für den Vermieter keine Vorteile, wenn dem Mieter tatsächlich die Kosten der Modernisierung im vollen Umfang von jährlich 11 % auferlegt werden können. Ist dies nicht möglich, so bleibt die Neuvermietung eine lukrative Alternative.

Gar keine Anwendung findet § 556d Abs. 1 nF. nach § 556f BGB nF., wenn der Vermieter vor der Neuvermietung eine »umfassende« Modernisierung vorgenommen hat. Darunter ist eine Modernisierung zu verstehen, die einen solchen Umfang aufweist, dass eine Gleichstellung mit Neubauten gerechtfertigt erscheint.⁴³

c) Sozialschutz nach § 559 Abs. 4 BGB als Grenze

Nach § 559 Abs. 4 BGB ist eine Mieterhöhung ausgeschlossen, soweit sie unter Berücksichtigung der voraussichtlichen künftigen Betriebskosten für den Mieter eine Härte bedeuten würde, die auch unter Würdigung der berechtigten Interessen des Vermieters nicht zu rechtfertigen ist. Gegenausnahmen liegen – wie schon vor der Änderung von 2013 – vor, wenn die Mietsache lediglich in einen

Zustand versetzt wurde, der allgemein üblich ist, oder die Modernisierungsmaßnahme auf Grund von Umständen durchgeführt wurde, die der Vermieter nicht zu vertreten hatte. Zudem gilt, dass Umstände, die eine Härte nach Abs. 4 S. 1 begründen, nur zu berücksichtigen sind, wenn sie nach § 555d Abs. 3 bis 5 BGB rechtzeitig mitgeteilt worden sind. Diese Regelungen sollen im Folgenden mit Blick auf einkommensschwache Mieter näher beleuchtet werden.

(1) Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat

Umstände, die der Vermieter nicht zu vertreten hat, sind insbesondere gesetzliche Verpflichtungen zur Nachrüstung, die sich aus der EnEV ergeben.⁴⁴ Noch sind diese selten, aber die EnEV sieht zB. den verpflichtenden Austausch veralteter Heizkessel vor, der mit der EnEV 2013 verschärft wurde.⁴⁵ Auch hinsichtlich der Dämmung der obersten Geschossdecke kann eine Nachrüstung notwendig werden.⁴⁶

Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die genannten Defizite wohl nur bei Wohnungen im untersten Preissegment bestehen, also auch bei denen, die zumindest zum Teil von Empfängern von Grundsicherungsleistungen bewohnt werden. Da Leistungsberechtigte nicht auf Wohnungen einfachsten Standards zu verweisen sind, sondern bei der Bemessung der Vergleichsmiete der einfache Standard zu Grunde zu legen ist, werden die Aufwendungen für derart sanierungsbedürftige Wohnungen, wie hier behandelt, wohl in der Regel unter denen der Referenzmiete liegen. Dann sind nach der Rechtsprechung des BSG vom Grundsicherungsträger auch Kosten einer auf den Mieter abgewälzten Modernisierungsmaßnahme als Unterkunftskosten zu erbringen.⁴⁷ Übersteigen die Mietaufwendungen nach der Miethöhung diese jedoch, ist der Grundsicherungsträger berechtigt, vom Leistungsberechtigten eine Kostensenkung zu verlangen, etwa durch

⁴² Vgl. auch *Börstinghaus*, NJW 2015, 1553, 1558.

⁴³ BT-Drs. 18/3121, S. 32.

⁴⁴ *Sternel* (Fn. 31), Rn. 329.

⁴⁵ § 10 Abs. 1 EnEV 2013: Auszutauschen sind vor 1985 eingebaute Heizkessel, wobei noch zahlreiche Ausnahmen bestehen. *Derleder*, NZM 2013, 441, 446, wendet dagegen ein, dass bei derart veralteten Heizkesseln nicht von »unverschuldeter« Rückständigkeit gesprochen werden könne.

⁴⁶ § 10 Abs. 3 EnEV 2013.

⁴⁷ Vgl. BSG, 19.10.2010 – B 14 AS 2/10 R – juris; BSG, 23.8.2012 – B 4 AS 32/12 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 61 Rn. 15.

Umzug in eine Unterkunft zu angemessenem Mietpreis, soweit dem Leistungsberechtigten dies möglich und zumutbar ist (§ 22 Abs. 1 S 3 SGB II). Nach 6 Monaten sind vom Träger dann gegebenenfalls nur noch Mietaufwendungen als Leistung nach dem SGB II bis zur Höhe der angemessenen Miete zu erbringen.

(2) Allgemein üblicher Zustand

Auch die Gegenausnahme für Fälle, in denen der Vermieter die Wohnung lediglich in den allgemein üblichen Zustand versetzt, war bereits in früheren Gesetzesfassungen⁴⁸ enthalten, so dass insoweit auch auf frühere Rechtsprechung Bezug genommen werden kann. Nach der Formel des BGH ist der allgemein übliche Zustand der Zustand von mindestens zwei Dritteln der Gebäude in vergleichbarem Alter innerhalb derselben Region, wobei die maßgebliche Region das jeweilige Bundesland sei.⁴⁹ Der Zustand der Nachbarhäuser wurde als Vergleichsmaßstab etwa vom AG Wiesbaden verworfen,⁵⁰ ein auf das gesamte Bundesgebiet bezogener Vergleich vom LG Berlin.⁵¹ Erwägenswert erschiene eher, auf das Einzugsgebiet abzustellen, insbesondere beim »Speckgürtel« um Stadtstaaten herum.⁵²

Es geht also um den tatsächlichen Zustand,⁵³ nicht etwa das normativ Erstrebenswerte⁵⁴ oder gar das, was die EnEV für Neubauten vorsieht.⁵⁵ Die Beweislast dafür, dass mit einer energetischen Sanierung der allgemein übliche Zustand erreicht werden soll, liegt beim Vermieter.⁵⁶ Problematisch ist schon, dass dieser allgemein übliche Zustand bislang kaum erfasst wurde. Gerichte greifen insoweit auf Mietspiegel zurück.⁵⁷ Im Jahr 1999 sah das LG Berlin Isolierglasfenster im Land Berlin als nicht allgemein üblich an.⁵⁸ Das AG Pankow meinte 2004, eine Sammelheizung (statt Einzelöfen) sei in Berlin üblich.⁵⁹ Das Konzept ist zwar dynamisch, die Beispiele zeigen aber auch, dass schneller energetischer Fortschritt auf diese Weise nicht zu erreichen ist. Hinzu kommt, dass eine Sanierung auf den allgemein üblichen Zustand regelmäßig weit unterhalb der Anforderungen der EnEV liegen wird und damit nach § 9 EnEV unzulässig sein kann, jedenfalls aber nicht förderfähig sein wird.

Erfolgt die Sanierung, um die Wohnung in den allgemein üblichen Zustand zu versetzen, so dürfte diese Sanierungsmaßnahme im Allgemeinen kaum zu Mieterhöhungen führen, die die angemessene Referenzmiete iSd. § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II überschreiten. Denn der allgemein übli-

che Zustand ist der, der auch der Ermittlung der Vergleichsmiete im Rahmen eines schlüssigen Konzepts zugrunde liegt – insoweit ist auf das abzustellen, was regional üblich ist, um existenzsicherndes Wohnen zu gewährleisten. Dies ist, wie zuvor bereits dargelegt, nicht der Standard, der unter dem allgemein üblichen liegt, es sei denn der betreffende Vergleichsraum ist von Wohnraum einfachsten Standards geprägt.⁶⁰

(3) Härteklausele

Dient die energetische Modernisierung nicht der Erfüllung der zuvor benannten gesetzlichen Verpflichtungen und geht die Modernisierung über den allgemein üblichen Zustand hinaus, so kann die Härteklausele des § 559 Abs. 4 BGB zum Tragen kommen. Allerdings spielt dabei das öffentliche Interesse am Klimaschutz keine Rolle mehr.⁶¹

Grundsätzlich ausgeschlossen sind im Wesentlichen Maßnahmen wie der Austausch sehr gut isolierender Fenster gegen Fenster mit »optimaler Verglasung«.⁶² Im Übrigen kommt es auf die individuelle Belastungsgrenze an: Nach Abzug der Miete muss dem Mieter ein Einkommen verbleiben, das es ihm ermöglicht, im Wesentlichen an

48 Vgl. § 554 Abs. 2 S. 4 BGB vom 1.9.2001 bis 30.4.2013; § 541b Abs. 1 S. 3 BGB bis 31.8.2001.

49 BGH, 19.2.1992 – VIII ARZ 5/91 – NJW 1992, 1386; AG Berlin-Mitte, 6.8.2013 – 5 C 366/12 – GE 2013, 1589. Das KG hatte noch einen Wert von 90 % verlangt, vgl. KG, 19.9.1985 – 8 RE-Miet 1661/85 – NJW 1986, 137.

50 AG Wiesbaden, 28.3.2002 – 93 C 4042/01–20 – WuM 2002, 309.

51 LG Berlin, 1.8.1991 – 62 S 93/91 – NJW-RR 1992, 144, 145.

52 So *Hinz*, NZM 2013, 209, 225.

53 Ebenso *Hinz* (Fn. 52); BGH, 19.2.1992 – VIII ARZ 5/91 – NJW 1992, 1386, 1387, unter Ablehnung des Vorschlags des OLG Karlsruhe, 5.9.1991 – 3 Re-Miet 1/91 – WuM 1991, 575: Zustand, der nach der Verkehrsauffassung die wohnungswirtschaftlich objektiv notwendige und wirtschaftlich vernünftige Grundausstattung darstellt.

54 Dafür *Schläger*, NZM 2009, 339, 341.

55 Vgl. AG Berlin-Mitte, 6.8.2013 – 5 C 366/12 – GE 2013, 1589.

56 Vgl. LG Berlin, 1.8.1991 – 62 S 93/91 – NJW-RR 1992, 144, 145.

57 Vgl. auch LG Berlin, 22.3.2011 – 65 S 321/10 – NZM 2011, 548, für die Frage der objektiven Erhöhung des Gebrauchswert durch Einbau einer Doppelspüle.

58 LG Berlin, 27.10.1989 – 65 S 224/98 – GE 1999, 46.

59 AG Pankow, 13.2.2004 – 102 C 565/03 – MM 2004, 222. Ebenso AG Langenfeld, 12.6.1998 – 25 C 315/97 – WuM 1999, 284 für eine Etagen-Gasheizung (ohne Erwägungen zum Vergleichsmaßstab).

60 Vgl. zum Standard auch BSG, 18.11.2014 – B 4 AS 9/14 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 81.

61 Vgl. *Börstinghaus* (Fn. 28), § 559 Rn. 99; *Schüller*, in: BeckOK, § 559 Rn. 33.

62 Vgl. BT-Drs. 17/10485, S. 24.

seinem bisherigen Lebenszuschnitt festzuhalten.⁶³ Hier gilt kein starrer Wert; allerdings wird eine Mietbelastung von mehr als einem Drittel des Einkommens generell als problematisch angesehen.⁶⁴ Abgelehnt wurde zB. die Erhöhung der Warmbruttomiete von € 502,34 um € 60 bei einem (Arbeitslosen-)Einkommen von € 1385,09.⁶⁵ Klar dürfte sein, dass eine Unterschreitung des Existenzminimums eine nicht mehr zu rechtfertigende Härte darstellt.⁶⁶

In einem ersten Schritt ist also die zusätzliche Belastung für den Mieter zu ermitteln. Diese besteht an sich in der Differenz zwischen der Mieterhöhung und der zukünftigen Einsparung von Betriebskosten. Letztere sind naturgemäß nur schwer zu prognostizieren, womit sich die Frage stellt, wer diese Einsparungen zu berechnen bzw. zu substantiieren hat und was passiert, wenn sich die prognostizierten Einsparungen als unrealistisch erweisen. Klar ist jedenfalls, dass nach den bisherigen Erfahrungen die Einsparungen bei den Heizkosten den Betrag der Mieterhöhung auch nicht im Ansatz erreichen. Bei einkommensschwachen Haushalten kann hier eine erste Überschneidung mit dem Sozialrecht auftreten, bei der Frage, ob Einsparungen bei den Heizkosten für den nach dem SGB II leistungsberechtigten Mieter überhaupt relevant sind.

Anschließend ist die so herunter gerechnete Mieterhöhung darauf zu überprüfen, ob sie für den Mieter eine Härte darstellt. Im Gegensatz zur früheren starren Regelung des § 554 Abs. 2 BGB aF. erlaubt § 559 Abs. 4 BGB auch die anteilige Belastung des Mieters mit den Investitionskosten. Eine Härte für den Mieter scheidet allerdings aus, wenn die Mieterhöhung von Dritten übernommen würde, womit sich bei Grundsicherungsleistungsempfängern die Frage stellt, ob und inwieweit der Grundsicherungsträger hierzu verpflichtet ist.

Schließlich ist zu klären, ob derartige sozialrechtliche Leistungen nach dem Gesetzeszweck bei der Feststellung einer Härte tatsächlich zu berücksichtigen sind, mit der Folge, dass letztlich der Grundsicherungsträger die energetische Sanierung des Wohnraums finanzieren würde. Auf diese drei Problemkreise konzentrieren sich die folgenden Ausführungen.

d) Zusammenspiel von § 559 Abs. 4 BGB und § 22 SGB II

(1) Übernahme der Betriebskosten durch den Grundsicherungsträger

Betriebskosten sind die laufenden Kosten, insbesondere Kosten für Wasserversorgung, Strom und Heizung. Die Heizkosten stellen dabei, nicht nur wegen ihrer bereits beschriebenen Sonderstellung im Rahmen des § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II, im Hinblick auf die eigenständige Bestimmung der Angemessenheitsgrenze eine besonders wichtige Teilmenge dar. Ein Zweck der energetischen Sanierung ist gerade ihre Senkung. Trägt jedoch der Grundsicherungsträger die Heizkosten schon vor der energetischen Sanierung voll, so wirkt sich ihre Senkung nicht zu Gunsten des SGB II-leistungsbeziehenden Mieters, sondern des Grundsicherungsträgers aus. Die Betriebskosten des Mieters in Gestalt der Heizaufwendungen sinken zwar, der angekündigten Mieterhöhung stehen jedoch keine Einsparungen des Mieters gegenüber, von denen er monetär absolut profitieren könnte. Denn der Grundsicherungsträger erbringt die Heizaufwendungen immer in tatsächlicher Höhe bis zur Angemessenheitsgrenze. Sinken die tatsächlichen Aufwendungen, sinkt auch der zu erbringende Leistungsbetrag.

Eine Verknüpfung zwischen sinkenden Heizkosten und steigender Nettokaltmiete ist bisher nur ansatzweise im Gesetz vorhanden. So sieht § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II idF. des Art. 2 Nr. 31 Regelbedarfermittlungsgesetz und Gesetz zur Änderung des SGB II und SGB XII (RBEG/SGB II/SGB XII-ÄndG) vom 24.3.2011 mit Wirkung zum 1.1.2011⁶⁷ zwar vor, dass eine Absenkung der nach § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II unangemessenen Aufwendungen (hier dann in Gestalt der gestiegenen Nettokaltmiete) vom Grundsicherungsträger nicht gefordert werden muss, wenn diese unter Berücksichtigung der bei einem Wohnungswechsel zu erbringenden Leistungen unwirtschaftlich wäre. Die

63 Vgl. LG Berlin, 23.1.1992 – 61 S 183/91 – GE 1992, 831; LG Berlin, 19.1.2010 – 65 S 285/09 – WuM 2010, 88; *Börstinghaus* (Fn. 28), § 559 Rn. 105. Vgl. auch den Überblick bei *Emmerich*, in: Staudinger, BGB, 15. Aufl., Berlin 2014, E § 559 Rn. 35.

64 So *Hinz* (Fn. 52), 224. *Börstinghaus* (Fn. 28), § 559 Rn. 105, sieht Belastungen über 30 % als problematisch an. Das LG Berlin, 1.8.1991 – 62 S 93/91 – NJW-RR 1992, 144, 145 akzeptierte eine Belastung von 30 % (wobei die Mieterin als Einzelperson eine 180qm große Wohnung bewohnte).

65 LG Berlin, 27.10.1998 – 65 S 224/98 – GE 1999, 46.

66 Vgl. auch KG, 27.6.1985 – 8 RE-Miet 874/85 – NJW 1985, 2031, 2032.

67 BGBl. 2011 I, S. 453.

Unwirtschaftlichkeit könnte dann gegeben sein, wenn die Heizkosten in einem Maße sinken würden, um das sich die Nettokaltmiete wegen der energetischen Sanierung erhöhte. Hier gilt allerdings zu beachten: Nach der Begründung zum Gesetzentwurf soll diese Vorschrift ausschließlich den Interessen der Grundsicherungsträger dienen und keine subjektiven Rechte zugunsten der Leistungsberechtigten begründen. Die Grundsicherungsträger sollen von einer Kostensenkungsaufforderung absehen können, wenn die Berücksichtigung der unangemessen hohen Aufwendungen für Unterkunft und Heizung als Bedarf geringere Aufwendungen verursacht als bei einem Wohnungswechsel entstehen würden.⁶⁸ An den Fall der gleichzeitigen Senkung und Steigerung der beiden Faktoren, die die Leistungen nach § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II ausmachen, ist hier also nicht gedacht worden. Allerdings hat der 14. Senat des BSG im umgekehrten Fall der Verknüpfung zwischen hohen Heizkosten und niedrigen Bruttokaltmieteaufwendungen angedeutet, dass hier ein Anwendungsfall des § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II – verknüpft mit subjektiven Rechten – gegeben sein könnte, wenn in einer alternativ zu beziehenden Wohnung insgesamt keine niedrigeren Bruttowarmkosten entstünden.⁶⁹ Dabei scheinen jedoch sogleich zwei weitere Probleme auf.

Zum Einen kommt die Regelung in dem hier zu beleuchtenden Zusammenhang der energetischen Sanierung nur dann zur Anwendung, wenn energetisch sanierte Wohnbauten im Vergleichsraum »Standard« sind, denn ansonsten läge eine »Bruttowarmgesamtangemessenheitsgrenze« zumeist unter den tatsächlichen Aufwendungen für energetisch sanierte Wohnungen und es ließe sich eine günstigere und damit gegebenenfalls angemessenere Wohnung dort finden. Problematisch ist jedoch auch der zeitliche Verlauf. Steigt die Kaltmiete durch die energetische Sanierung, wird die tatsächliche Höhe der zukünftigen Heizkosten zumeist noch nicht feststehen. Erst die nächste Abrechnung wird ein genaues Bild ergeben. Nun geht die Begründung zum Gesetzentwurf des § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II zwar auch davon aus, dass der Grundsicherungsträger eine Prognoseentscheidung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu treffen habe. Diese könnte auch die Prognose der zukünftig niedrigeren Heizkosten umfassen, die auch der Vermieter bei seiner Ankündigung nach § 555c Abs. 1 S. 2 Nr. 3 BGB mitteilen muss. Zugleich findet sich in der Entwurfsbegründung jedoch der Hinweis auf das gesetzgeberische Ziel des nur vorübergehenden

Leistungsbezugs aus der Grundsicherung für Arbeitssuchende.⁷⁰ Hier ist dann abzuwägen, ob das Abwarten der ersten Abrechnung über Heizkosten nach energetischer Sanierung von diesem Ziel noch gedeckt ist, so dass in Abwandlung des eigentlichen Regelungszwecks der Leistungsberechtigte über § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II zumindest ein Hinausschieben der Kostensenkungsaufforderung iSd. § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II für die energetisch sanierte Wohnung fordern könnte.

Eine echte monetäre Auswirkung im Sinne einer Entlastung des Leistungsberechtigten könnte eine energetische Sanierung nur dann mit sich bringen, wenn die Heizkosten vor der Sanierung »unangemessen« iSd. § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II waren. Dann kann der Grundsicherungsleistungsempfänger bis zur Angemessenheitsschwelle entlastet werden, soweit er den Differenzbetrag zwischen angemessenem und unangemessenem Heizkostenanteil bis dato aus dem Regelbedarf des § 20 SGB II finanziert hat und durch die energetische Sanierung die Bruttokaltmiete nicht in einem Umfang steigt, der die Wohnung im Hinblick auf die Unterkunftskosten über die Angemessenheitsschwelle hebt.

(2) Übernahme der erhöhten Miete durch den Grundsicherungsträger

Wie bereits dargelegt hat der Grundsicherungsträger nach der Rechtsprechung des BSG grundsätzlich auch Kosten einer auf den Mieter abgewälzten Modernisierungsmaßnahme als Unterkunftsleistung zu erbringen.⁷¹ Dabei wird angesichts des eingangs dargestellten Maßstabes zur Bemessung der angemessenen Unterkunftsleistungen deutlich, dass die volle Umlage von 11 % der Modernisierungskosten zunächst zu einem Kostensprung führt, der die geforderte Miete nicht nur von der ortsüblichen Vergleichsmiete im mietrechtlichen Sinne, sondern auch von der grundsicherungsrechtlichen Angemessenheitsgrenze entfernt. Auch diese ist zwar dynamisch, steigt zumeist aber viel langsamer an. Damit wird in aller Regel der Grundsicherungsträger jedenfalls eine vollständige Umlage der Modernisierungskosten kaum je finanzieren. Anders

⁶⁸ BT-Drs. 17/3404, S. 98.

⁶⁹ BSG, 12.6.2013 – B 14 AS 60/12 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 69, Rn. 36.

⁷⁰ BT-Drs. 17/3404, S. 98.

⁷¹ Vgl. BSG, 19.10.2010 – B 14 AS 2/10 R – juris; BSG, 23.8.2012 – B 4 AS 32/12 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 61 Rn. 15.

formuliert: Es lägen ab Erreichen der ortsüblichen Vergleichsmiete Gründe für einen Härteeinwand des Mieters vor, weil er nicht über freie Mittel zur Finanzierung der erhöhten Miete verfügt.

Allerdings ist diese Bewertung insoweit vorläufig, als im Anschluss an die abstrakte noch die konkrete Angemessenheitsprüfung bezogen auf die individuellen Besonderheiten des Einzelfalls zu erfolgen hat.⁷² Bei einer (zulässigen) Mieterhöhung müsste also noch geprüft werden, ob der Grundsicherungsträger eine über die ortsübliche Vergleichsmiete hinaus gehende Miete tragen würde, weil etwa ein Umzug aufgrund hohen Alters, Krankheit oder Ähnlichem nicht zumutbar iSd. § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II ist.

Umgekehrt ist gleichwohl zu fragen, warum der Grundsicherungsträger ein Überschreiten der abstrakten Angemessenheit der Miete hinnehmen sollte, könnte doch der Härteeinwand schon bei Erreichen der ortsüblichen Vergleichsmiete greifen. Hier kommt es dann jedoch darauf an, ob der Grundsicherungsträger sein Kostensenkungsbegehren tatsächlich auf das Mieterhöhungsverlangen stützen könnte. Sind keine Umstände der Unzumutbarkeit der Kostensenkung iSd. § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II zu beachten, wird er insoweit den Leistungsberechtigten zumindest über die Möglichkeit des »Härteeinwandes« zu beraten haben.⁷³ Eine Vermittlung an eine mietrechtliche Beratungsstelle ist hierfür in Erwägung zu ziehen.

(3) Mietrechtliche Berücksichtigung der Leistungen des Grundsicherungsträgers?

Mietrechtlich stellt sich dabei die Frage, ob der Bezug von existenzsichernden Leistungen einen »Härteeinwand« iSd. § 559 Abs. 4 BGB darstellt. Dies ist bisher ungeklärt. Nach Auffassung des Gesetzgebers⁷⁴ und der Rechtsprechung⁷⁵ ist das Wohngeld als Teil des Gesamteinkommens des Mieters zu berücksichtigen, weil der Mieter auf diese öffentliche Hilfe einen Anspruch habe. Dessen Bezug steht mithin einer Durchsetzung des Härteeinwandes gegebenenfalls entgegen. Auf Wohngeld haben Grundsicherungsleistungsempfänger jedoch nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 WoGG keinen Anspruch.

Auch dem Wohngeld »ähnliche Leistungen« sollen zu berücksichtigen sein.⁷⁶ Darunter fasst *Bieber* auch laufende Leistungen für Heizung nach § 35 SGB XII.⁷⁷ Rechtfertigen ließe sich die anteilige Übernahme der Kosten der energetischen Sanierung durch den Grundsicherungsträger

mit der Erwägung, dass diese Übernahme durch die ortsübliche Vergleichsmiete beschränkt ist. Die ortsübliche Vergleichsmiete im mietrechtlichen Sinne ist jedoch, wie eingangs dargelegt, nicht zwangsläufig identisch mit der Referenzmiete iS. des § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II. Selbst die mietrechtliche ortsübliche Vergleichsmiete würde bei flächendeckender energetischer Sanierung wohl auch nur etwas schneller ansteigen, weil die Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB entfiel. Schnelle Auswirkungen auf die sozialrechtliche Angemessenheitsgrenze des § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II wären hingegen nicht zu erwarten, so dass der Härteeinwand hierauf lauten würde: Verlust der Wohnung iS. der Kostensenkungsobliegenheit durch Umzug bei unangemessener Mieterhöhung. Insoweit unterscheidet sich die Unterkunftsleistung des SGB II vom Wohngeld. Letzteres stellt einen Zuschuss zu den Mietaufwendungen dar, unabhängig davon wie hoch sie sind (soweit sie die Grenzen der Werte nach § 12 WoGG nicht unterschreiten) oder ob diese den Einkommensverhältnissen entsprechen.⁷⁸ Das SGB II verknüpft hingegen mit dem Maßstab der »Angemessenheit« den einfachen Standard einer Wohnung mit der Höhe der Leistungen. Wird dieser Standard, ausgedrückt im Mietpreis – s. Produkttheorie – überschritten, wird die Leistung letztlich gekappt. Der Bezug von Unterkunftsleistungen nach dem SGB II muss mithin auch den mietrechtlichen Härteeinwand des § 559 Abs. 4 BGB tragen, wenn durch die Mieterhöhung die »Angemessenheitsgrenze« iS. des SGB II überschritten wird.

e) Rechtzeitige Geltendmachung

Im Hinblick auf die zuvor dargelegten Beratungspflichten des Grundsicherungsträgers gilt allerdings zu beachten: Nach § 555d Abs. 3 BGB muss der Mieter den Härteeinwand vor der eigentlichen Modernisierungsmaßnahme

72 Vgl. supra, II. 1.

73 Vgl. insoweit zur Beratung bei einer zivilrechtlich unwirksamen Staffelmietvereinbarung: BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 8/09 R – SozR 4-4200 § 22 Nr. 24.

74 Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Erhöhung des Angebots an Mietwohnungen, BT-Drs. 9/2079, S. 12.

75 Vgl. BGH, 19.2.1992 – VIII ARZ 5/91 – NJW 1992, 1386; KG Berlin, 22.6.1981 – 8 W RE-Miet 4340/80 – NJW 1981, 2307; LG Frankfurt, 26.2.1985 – 2/11 S 383/84 – WuM 1986, 312.

76 Vgl. *Hinz* (Fn. 52), 224.

77 *Bieber*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, § 554 BGB Rn. 26, zur Vorgängervorschrift des § 554 Abs. 2 BGB aF.

78 *Unkel*, in: Klein/Schulte/Unkel, WoGG, 2015, § 12 Rn. 1.

und vor der Mieterhöhung geltend machen. Tut er dies nicht, so ist er mit seinem Härteeinwand ausgeschlossen. Der Grund liegt darin, dass die Refinanzierung über die Mieteinnahmen von zentraler Bedeutung für die Investitionsentscheidung des Vermieters ist. Hierin liegt die eigentliche Krux der Mietrechtsreform von 2013.

Zunächst muss der Vermieter die Modernisierungsmaßnahme nach § 555c Abs. 1 S. 1 BGB mindestens drei Monate vor ihrem Beginn ankündigen und dabei den Betrag der zu erwartenden Mieterhöhung sowie die voraussichtlichen künftigen Betriebskosten angeben. Er muss auch den Mieter auf die Form und die Frist des Härteeinwands hinweisen. Im Einzelnen ist manches unklar,⁷⁹ eine gewisse Klarheit des Hinweises wird man aber verlangen dürfen.⁸⁰

Innerhalb eines Monats muss der Mieter dann jedenfalls herausfinden, ob die Maßnahme berechtigt ist und ob ihm ein Einkommen verbleiben wird, das es ihm ermöglicht, im Wesentlichen an seinem bisherigen Lebenszuschnitt festzuhalten. Der Gesetzgeber ging schon im Jahre 1974 davon aus, dass der Mieter zur Überprüfung der Berechtigung einer Modernisierungsmaßnahme regelmäßig sachkundige Personen hinzuziehen müsse.⁸¹ Selbst wenn nun der Grundsicherungsträger insoweit in der Pflicht ist, setzte dies jedoch voraus, dass er überhaupt rechtzeitig von der geplanten Maßnahme Kenntnis erhält, also eine hinreichende Zeit für die Beratung über und die Geltendmachung des Härteeinwandes verbleibt. Dies scheint innerhalb der Monatsfrist des § 555d Abs. 3 BGB kaum realistisch zu verwirklichen. Der Leistungsberechtigte müsste die Auswirkungen der komplizierten Rechtslage auch in Übertragung auf die sozialrechtlichen Konsequenzen erfassen und den Träger hiervon in Kenntnis setzen. Ist dies der Fall, kann die Beratung des Grundsicherungsträgers wohl regelmäßig nur darauf hinauslaufen, dass der Mieter zur Sicherheit den Härteeinwand geltend machen müsse. Dem Vermieter bliebe dann nur noch die Möglichkeit, die Rechtslage vor Baubeginn im Wege einer Feststellungsklage klären zu lassen.⁸²

IV. Fazit

Eine energetische Sanierung von Wohnraum, der von Grundsicherungsleistungsempfängern bewohnt wird, erscheint nur unter erschwerten Umständen möglich. Sie ist wohl allein dann denkbar, wenn man die Leistungen für

Unterkunft und Heizung als Einkommen des Mieters ansieht, so dass der Härteeinwand jedenfalls bis zur Angemessenheitsgrenze des SGB II nicht greifen würde. § 559 BGB böte insoweit Vorteile, als er – bei einer sehr niedrigen Ausgangsmiete – einen Sprung über die Kappungsgrenze des § 558 Abs. 3 BGB zulässt.

Dies führte letztlich jedoch zu einer Sanierung entweder auf Kosten des Grundsicherungsträgers oder zu Lasten des Leistungsberechtigten, der die gestiegenen und »unangemessen« gewordenen Unterkunftskosten aus dem Regelbedarf finanzieren oder iS. einer Kostensenkung in eine günstigere Wohnung umziehen müsste. Jedenfalls bei Sanierungen, die nicht den Stand der EnEV erreichen oder mit Blick auf das Verhältnis der Kosten zur Energieeinsparung unwirtschaftlich sind, scheint dies sozial-, rechts- und klimapolitisch nicht erstrebenswert und steht im krassen Widerspruch zu den allgemeinen Fördermöglichkeiten.

Sieht man die Leistungen der Grundsicherung als nicht berücksichtigungsfähig an, so ist eine Sanierung von Wohnraum, der von Grundsicherungsleistungsempfängern bewohnt wird, über das Minimum des »allgemein üblichen« Stands hinaus kaum denkbar. Allenfalls wird der Vermieter bei größeren Maßnahmen wie der Dämmung der Fassade eines Wohnblocks den Ausfall einzelner Mieter bei der Umlage der Kosten verschmerzen wollen. Gerade der regelmäßig energetisch schlechteste Wohnraum würde dann jedoch wohl nicht saniert werden, womit das angestrebte Klimaschutzziel kaum erreichbar wäre.

Eingesparte Heizkosten können nach der derzeitigen Praxis der getrennten Betrachtung von Wohn- und Heizkosten nicht zum Abzug gebracht werden. Klimaschutzpolitisch ist dies zu bedauern, denn dadurch können energetisch wirtschaftliche Investitionen verhindert werden, obwohl sie aus Sicht des Grundsicherungsträgers wie auch des Mieters ein Nullsummenspiel darstellen würden. Eine sinnvolle Lösung könnte darin bestehen, dass der Staat über die Grundsicherung jedenfalls die Einsparungen der Betriebskosten einschließlich der Heizkosten berücksichtigt. Für den Vermieter würde ein Anreiz bestehen, Investitionen zu tätigen, die sich mit Blick auf Energieeinspa-

79 Ausf. Börstinghaus, NZM 2014, 689 ff.

80 Vgl. dazu LG Berlin, 13.1.2015 – 63 S 133/14 – GE 2015, 323. Zu Einzelheiten vgl. Schultz (Fn. 34), Rn. 1492 ff.

81 Vgl. die Begründung zum Entwurf des Zweiten Wohnraumkündigungsschutzgesetz, BR-Drs. 161/74, S. 12.

82 Vgl. BT-Drs. 17/10485, S. 21.

rungen und den gesteigerten Wert seines Eigentums »rechnen«. Energetisch wenig sinnvolle Investitionen hingegen blieben unattraktiv. Dazu müssten freilich die Grundsicherungsträger von der getrennten Bemessung der Angemessenheit der Unterkunfts- und Heizkosten zu einer Gesamtbetrachtung von Unterkunfts- und Heizkosten übergehen und die gesetzlichen Möglichkeiten des § 22 Abs. 1 S. 4 SGB II in diesem Sinne nutzen.

Sanierungen, die nicht den Stand der EnEV erreichen oder mit Blick auf das Verhältnis der Kosten zur Energieeinsparung unwirtschaftlich sind, müssten jedenfalls unterbleiben. Dies gilt nur dann nicht, wenn der Mieter die Frist für die Geltendmachung des Härteeinwands versäumt, dann aber zulasten des Sozialschutzes.

Alternativ oder kumulativ könnte der Staat die Fördermöglichkeiten so ausrichten, dass nicht allein der erreichte Energieeffizienzwert, sondern auch die mit einer Maßnahme erreichte Verbesserung berücksichtigt wird. Damit würden auch mitunter erhebliche und dennoch kosten-

günstige energetische Verbesserungen von Grundsicherungsleistungsempfängern genutzten Wohnraums förderfähig, selbst wenn sie nicht das Niveau der EnEV erreichen. Letzterer Ansatz entspräche im Übrigen auch dem Konzept des EnEG 2009, nach dessen § 4 Abs. 3 S. 2 »Maßnahmen nach Satz 1 [Anforderungen an Gebäude, Anpassung von Heizsystemen] (...) generell zu einer wesentlichen Verminderung der Energieverluste beitragen und die Aufwendungen (...) durch die eintretenden Einsparungen innerhalb angemessener Fristen erwirtschaftet werden können.«⁸³

Im Jahre 2020 könnte sich das Bild freilich drastisch ändern, wenn die Bundesregierung an ihren Plänen festhalten sollte, ab diesem Zeitpunkt energetische Mindeststandards auch bei Altbauten festzusetzen, gegen die dann – bei der aktuellen Fassung des § 559 Abs. 4 BGB – kein Härteeinwand mehr gegeben wäre.

⁸³ Dazu auch *Pielow*, ZUR 2010, 115, 121.

Das Fragerecht des Arbeitgebers – allgemeine Grundlagen und konkrete Ausgestaltung in Bezug auf eine (Schwer)Behinderung

Priv.-Doz. Dr. Daniel Matthias Klocke, LL.M. oec.,
Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)

I. Einleitung

Das sog. Fragerecht des Arbeitgebers¹ wirft auch heute noch zahlreiche Probleme auf. Nicht nur wachsen der Materie neue Sachverhalte zu, die Dogmatik dieses »Rechts« ist immer noch weitgehend ohne theoretisches Fundament. Der allgemeine Sprachgebrauch formt allzu oft die Problematik und den Meinungsstand. Dabei wurzelt die Antwort in der Grundfrage der Rechtstheorie nach dem Wesen eines Rechts. Ist das Fragerecht nur eine faktische Befugnis oder ist es wirklich ein Recht, das durch die Rechtsordnung gewährt wird?

Zwar wird zum Teil angeführt, das dogmatische Fundament sei tragfest,² diese Feststellung bezieht sich jedoch weniger auf die Grundlagen als vielmehr auf Determinanten der Entscheidungsfindung der Gerichte. Diese beruht auf einer Abwägung der beiderseitigen Interessen. In die allgemeine Architektur des Zivilrechts ist das Fragerecht gewiss beispielhaft eingebettet. Es folgt aus der Abwägung der beiderseitigen, gegenläufigen Interessen und entscheidet den Interessengegensatz. Was der Abwägung zu Grunde liegt, ist jedoch nicht geklärt.

Der nachfolgende Beitrag untersucht nicht nur die allgemeinen Grundlagen des Fragerechts des Arbeitgebers, sondern auch die Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung. Die Problematik des Fragerechts nach einer Schwerbehinderung ist nach der Neuregelung des SGB IX und einer BAG-Entscheidung 2012 wieder in die Diskussion geraten. In dieser Entscheidung bejahte der 6. Senat des BAG eine Pflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB nach Erreichen des Sonderschutzes nach § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX zur wahrheitsgemäßen Beantwortung der Frage nach der Schwerbehinderung, um dem Arbeitgeber ein rechtstreu-eres Verhalten zu ermöglichen.³ Unter Bezugnahme auf dieses Urteil verneinte der 8. Senat des BAG 2014 hingegen eine Pflicht zur Offenbarung der Schwerbehinderung

bei einer Bewerbung und ein »grundsätzliches Fragerecht« des Arbeitgebers.⁴

II. Die Grundlagen des Fragerechts

1. Die Grundsätze der Rechtsprechung und Literatur

Auch wenn es für die Zulässigkeit und Reichweite der Frage des Arbeitgebers auf die konkrete Konstellation und Thematik ankommt, gibt es doch allgemeine Grundlagen, die in der Rechtsprechung und Literatur nicht mehr vertieft diskutiert werden.

Das BAG bejaht allgemein ein Fragerecht, wenn der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung der Frage im Hinblick auf sein Arbeitsverhältnis hat.⁵ Das Fragerecht erfährt jedoch eine Einschränkung durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und spezielle gesetzliche Bestimmungen.⁶ Das Gericht geht davon aus, dass der Arbeitnehmer, wenn er zulässigerweise gefragt wird, verpflichtet ist, eine wahrheitsgemäße Auskunft zu geben.⁷ Ohne Frage wird das Verschweigen einer Tatsache nur dann

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird lediglich die männliche Form verwendet, gemeint sind jedoch stets beide Geschlechter. Zudem wird im Folgenden nur von einer Schwerbehinderung gesprochen – für eine Gleichstellung entfaltet der Text selbstverständlich auch Relevanz, vgl. hierzu: *Deinert*, in: *Deinert/Welti*, StichwortKommentar Behindertenrecht, Baden-Baden 2014, Fragerecht des Arbeitgebers, Rn. 5.

2 *Thüsing/Lambrich*, BB 2002, 1146, 1146; hierzu: *Kaehler*, ZfA 2006, 519, 536.

3 BAG, 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555.

4 BAG, 18.9.2014 – 8 AZR 759/13 – ZTR 2015, 216.

5 BAG, 5.10.1995 – 2 AZR 923/94 – AP § 123 BGB Nr. 40; AP § 123 BGB Nr. 59.

6 Zum Datenschutzrecht: BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1071/12 – AP § 123 BGB Nr. 73.

7 BAG, 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – AP § 123 BGB Nr. 69.

relevant, wenn eine Auskunfts- oder Offenbarungspflicht besteht.⁸

2. Die Grundlagen des einheitlichen Maßstabs

Die Interessenabwägung ist der Problematik immanent. Konsequenterweise steht hinter der Problematik die Kollision zweier schützenswerter Positionen: das Informationsinteresse des Arbeitgebers und das Informationsbewahrungsinteresse des Bewerbers bzw. Arbeitnehmers. Aus welcher Perspektive die Abwägung durchgeführt wird, wird jedoch nicht einheitlich beantwortet. Je nach Standpunkt wird die Zulässigkeit der Frage entweder aus der Perspektive des Fragestellers oder der des Gefragten erörtert. Der durch die Rechtsprechung des BAG früh herausgebildete Begriff »Fragerecht« ist Ausdruck der ersten Perspektive.⁹

Aus der Warte des Arbeitgebers könnte die Versagung einer Fragebefugnis die Verwirklichung von Art. 12 und 2 GG verletzen. Die Entscheidung des Arbeitgebers, mit wem er eine freie Stelle besetzt, ist frei¹⁰ – vorausgesetzt der Arbeitnehmer stimmt zu. Inhalt und Abgabe werden durch Art. 12 und 2 GG grundrechtlich gewährleistet.¹¹

Auf der Seite des Arbeitnehmers steht das allgemeine Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung,¹² wobei die Rechtsprechung zum Fragerecht des Arbeitgebers weit bis vor die Anerkennung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung durch das Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil zurückreicht.¹³ Diese grundrechtliche Position sichert auf der Ebene des Verfassungsrechts diejenige Position ab, in die durch das Fragerecht, einen Auskunftsanspruch oder eine Auskunftspflicht eingegriffen wird. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gewährt das Recht seinen Trägern Schutz gegen unbegrenzte Erhebung, Speicherung, Verwendung etc. der auf sie bezogenen individualisierten Daten.¹⁴ Insbesondere ist jede Einzelangabe über persönliche Verhältnisse erfasst.

Auf der Ebene der Grundrechtsverletzung würde der Prüfungsgang davon abhängen, welche von beiden Parteien Verfassungsbeschwerde einlegte. Insofern würde die Überprüfung der Konstellation nur davon abhängen, wen die Fachgerichte in der konkreten Konstellation rechtlos stellten.¹⁵ Daraus muss wiederum ein einheitlicher Maßstab abgeleitet werden, unabhängig von der Beschwer der Parteien.

3. Die Informationsinhaberschaft als Kriterium

In den Fällen der Informationsbeschaffung darf nicht übersehen werden, dass durch die Frage die Information von einer Person auf eine andere übertragen werden soll. Insofern liegt es auf der Ebene des Zivilrechts näher, dass der Eingriff in die Rechts- und Interessensphäre des Gefragten gerechtfertigt werden muss.

Für die Frage nach der Schwerbehinderung gilt dies im besonderen Maße. Im SGB IX ist die Bedeutung der Selbstbestimmung eigens hervorgehoben. Nach § 1 SGB IX bezweckt das Gesetz unter anderem, die Selbstbestimmung von Behinderten oder von Behinderung bedrohten Menschen zu ermöglichen und Benachteiligungen zu vermeiden.

Bestehen keine gesetzlichen Vorgaben, so stellt die Rechtsprechung grundsätzlich auf die Position des Informationsinhabers ab; mit anderen Worten muss sie die Rechtsposition desjenigen eigens begründen, der die Information erfragt. Die Belange des Informationsinhabers werden bei der Herleitung der Begründung wiederum begrenzend hinzugezogen.

Den Ausgangspunkt bildet die sog. Auskunftspflicht. Hierunter versteht man die Pflicht, ungefragt Informationen von sich preiszugeben.¹⁶ Weder gibt es eine allgemeine Auskunftspflicht noch einen allgemeinen Auskunftsanspruch. Es ist vielmehr Sache jeder Vertragspartei, sich über Chancen und Risiken eines Geschäfts vor Abschluss des Vertrages zu informieren.¹⁷ Auch die Beschaffenheit des Vertragsgegenstands fällt grundsätzlich in die Risikosphäre der Vertragspartei, die ihn erwerben will.

Die Rechtsprechung macht hiervon eine Ausnahme, wenn eine Sonderbeziehung zwischen den Parteien besteht

8 BAG, 6. 9. 2012 – 2 AZR 270/11 – AP § 123 BGB Nr. 72.

9 Vgl. auch *Kaehler*, ZfA 2006, 519, 528.

10 *Joussen*, NZA 2007, 174, 175.

11 *Joussen* (Fn. 10), 175; *Koppenfels-Spies*, AuR 2004, 43.

12 Hierzu: *Murswiek*, in: *Sachs*, 7. Aufl., München 2014, Art. 2 Rn. 121 ff.

13 BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 – BVerfGE 65, 1.

14 BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 – BVerfGE 65, 1, 43; BVerfG, 24.11.2010 – 1 BvF 2/05 – BVerfGE 128, 1, 42.

15 Zum Spannungsverhältnis: *Degener*, Das Fragerechts des Arbeitgebers gegenüber Bewerbern, Berlin 1975, S. 60.

16 *Grunewald*, in: *Palandt*, 74. Aufl., München 2015, § 242 Rn. 37 auch zur unterschiedlichen Terminologie.

17 *Bamberger/Roth-Gehrlein/Sutschet*, Stand: 1.2.2015, § 311 Rn. 70.

und der andere Teil über die Information verfügt.¹⁸ Allerdings besteht auch dann keine Pflicht zur Aufklärung über alle für den Vertragspartner erheblichen Umstände. Entscheidend ist vielmehr, ob eine solche Aufklärung nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung im Einzelfall erwartet werden darf.¹⁹ Vorvertraglich bezieht sich diese Pflicht auf sämtliche Umstände, die für den Vertragsschluss erkennbar von wesentlicher Bedeutung sind.²⁰ Erwartet werden darf die Information allerdings nur, wenn die Weitergabe zumutbar ist.²¹ Zudem verlangt der Bundesgerichtshof, dass der Schuldner unschwer die Information bieten kann und der Gläubiger in entschuldigbarer Weise nicht über diese Information verfügt.²²

Die Dynamik von Vertragsverhandlungen kann dazu führen, dass sich der Umfang der rechtlich gebotenen Aufklärung des Vertragspartners nicht nur von der Art des angestrebten Vertrages ableitet, sondern sich auch während der Verhandlungen Umstände ergeben, die nach den Grundsätzen von Treu und Glauben eine Rechtspflicht auch des Verkäufers zur Aufklärung des Vertragspartners begründen können.²³

4. Bedeutung für das Fragerecht

In seiner Entscheidung aus dem Jahr 2012 hat sich das Bundesarbeitsgericht in die Richtung dieser allgemeinen Grundsätze bewegt. Nicht nur hat das Gericht erörtert, ob es andere, gleich geeignete und gleich zuverlässige Möglichkeiten gibt, sich die zur Erfüllung dieser Pflichten erforderliche Kenntnis von der Schwerbehinderteneigenschaft rechtssicher zu verschaffen, es hat die Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung ausdrücklich am Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach den Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG gemessen.²⁴ Das Urteil des BAG verdeutlicht daher, dass der Arbeitnehmer bzw. der Bewerber eine rechtlich geschützte Position innehat bevor er gefragt wird. Jede rechtliche Informationserhebungsbefugnis, jede Pflicht zur Informationserteilung muss sich rechtfertigen. Da der Arbeitgeber eine Information will, muss er sein Interesse rechtfertigen.

Frage und Antwort bilden eine Einheit. Die Unzulässigkeit der Frage führt dazu, dass die Frage nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden muss. Umgekehrt muss die zulässige Frage wahrheitsgemäß beantwortet werden. Dieser herausgearbeitete Mechanismus führt dazu, dass sämtliche

Belange der beiderseitigen Interessen bereits bei der Frage abgewogen werden müssen. Diesem Umstand trägt das Datenschutzrecht ausdrücklich Rechnung, indem es auf die Datenerhebung (§ 3 Abs. 3 BDSG) abstellt. Eine Trennung von Frage und Antwort würde außerdem dem Umstand keine Rechnung tragen, dass der Arbeitnehmer in den Reaktionen faktisch beschränkt ist, sobald er mit der Frage konfrontiert wird.²⁵ Insofern werden alle Belange bereits bzw. erstmalig im Rahmen der Zulässigkeit der Frage relevant.

Das Bundesarbeitsgericht hat das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zwar nur im Hinblick auf das Datenschutzrecht erörtert, für das BAG war die allgemeine Lösung nicht relevant, weil es die rechtliche Zulässigkeit vorab und mit dem gleichen Argument bejaht hat. Von der Warte der Grundrechtsdogmatik ist jedoch nicht nur die datenschutzrechtliche Zulässigkeit, sondern das Fragerecht bzw. die richterliche Gewährung eines Fragerechts insgesamt auf seine strukturelle Vereinbarkeit mit dem Persönlichkeitsrecht bzw. dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu vereinbaren.²⁶ Jedes rechtliche Institut, welches Zugriffe auf die Information anderer gewährt, muss sich verfassungsrechtlich rechtfertigen.

5. Zwischenergebnis

Auf der Grundlage der verfassungsrechtlichen Indifferenz für die Rechtspositionen und der einfachgesetzlichen Informationszuordnung soll die Untersuchung im Folgenden von der Dispositionsbefugnis des Arbeitnehmers über die Preisgabe der Information ausgehen.

18 BGH, 1. 8. 2013 – VII ZR 268/11 – NJW 2014, 155; BGH, 17. 7. 2002 – VIII ZR 64/01 – NJW 2002, 3771.

19 BGH, 14. 3. 2003 – V ZR 308/02 – NJW 2003, 1811; BGH, 24.05.1993 – II ZR 136/92 – NJW 1993, 2107.

20 BGH, 13.3.2008 – III ZR 165/07 – DB 2008, 860, in dem Urteil spricht das Gericht von einer allgemeinen Aufklärungspflicht. Wegen der qualifizierten Anforderungen sollte eine »Verallgemeinerung« besser unterbleiben.

21 BGH, 20.1.2015 – VI ZR 137/14 – NJW 2015, 1525.

22 BGH, 20.1.2015 – VI ZR 137/14 – NJW 2015, 1525.

23 BGH, 13.7.1983 – VIII ZR 142/82 – NJW 1983, 2493.

24 BAG, 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555.

25 Giesen, RdA 2013, 47, 51.

26 Der Hinweis, es handele sich gerade nur um die Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung, vgl. Beck, »Fragerecht« und »Recht zur Lüge«, Frankfurt ua. 2004, S. 90 – in der Folge einschränkend, überzeugt wegen der Pflicht zur wahrheitsgemäßen Antwort nicht.

III. Die Frage nach einer Behinderung – etwas völlig anderes?

Von der Frage nach einer Schwerbehinderung ist die Frage nach einer Behinderung zu trennen. Bereits das auf das Schwerbeschädigtengesetz²⁷ folgende Schwerbehindertengesetz²⁸ führt den Begriff der Schwerbehinderung ein und unterschied in der Folge die Begriffe Behinderung und Schwerbehinderung (§ 3 SchwerbG²⁹).

1. Die Grundsätze der Frage nach einer Behinderung

Die erste Grundsatzentscheidung des BAG zur Behinderung stammt aus dem Jahr 1984.³⁰ Nach dieser Rechtsprechung ist die Frage nur insoweit zulässig, als sie auf eine durch die Körperbehinderung mögliche Beeinträchtigung der zu verrichtenden Arbeit gerichtet ist. Die Behinderung muss – so die Abstraktion – tätigkeitsbezogen bzw. -relevant sein.³¹

Mit der Geltung der Antidiskriminierungsrichtlinien und in der Folge mit der Umsetzung in das AGG ist die Problematik zu einer Frage des Gleichbehandlungsrechts geworden. §§ 3, 7 AGG verbieten jede Benachteiligung wegen einer Behinderung. Die Versagung eines Arbeitsplatzes wegen einer Behinderung stellt eine Benachteiligung dar. Der Bewerber erleidet einen Nachteil, unmittelbar wegen seiner Behinderung. Wird er nicht eingeladen, verliert er eine Chance.³² Damit ist eine Rechtfertigung nur allein auf der Grundlage des AGG bzw. den Antidiskriminierungsrichtlinien möglich.

Die entscheidende Rolle nehmen daher § 8 AGG und Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG sowie Art. 27 lit. i) iVm. Art. 2 der UN-Behindertenkonvention ein. Durch diese Normen wird die bisherige Lösung des BAG in ein komplexeres Lösungsmodell überführt. Denn eine mögliche Beeinträchtigung der Arbeitsleistung wird § 8 AGG nicht mehr genügen. Der Arbeitgeber wird über die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen in der Reichweite seiner Fragebefugnis beschränkt. Auf der Grundlage der Rechtsprechung des BAG ließe sich dies so formulieren, dass ein billigenswertes Interesse an der Information hinsichtlich einer Körperbehinderung nicht besteht, wenn diese Behinderung durch angemessene Vorkehrungen für den Betrieb keine Relevanz entfalten kann.³³ Für das Fragerecht bedeutet dies, dass die Frage nach der Behinderung

nicht ohne Einschränkung gestellt werden darf, sondern vielmehr dahingehend zu präzisieren ist, ob Behinderungen bestehen, die ohne Zuhilfenahme von angemessenen Vorkehrungen die Arbeitsleitung erheblich einschränken.³⁴

So verstanden kann der Einwand in der Literatur überwunden werden, eine angemessene Vorkehrung könne erst nach Kenntnis der konkreten Behinderung eingeführt werden.³⁵ Dieses Argument leitet richtigerweise in den für das Fragerecht typischen Einzelfall über.

Die überwiegende Literatur folgt diesen Grundsätzen und dem daraus folgenden Verbot der tätigkeitsneutralen Frage nach einer Behinderung.³⁶

2. Die Gründe für die Trennung von Behinderung und Schwerbehinderung

Die Rechtsprechung trennt bislang zwischen den Fragen scharf.³⁷ Die Rechtsprechungsgrundsätze zur Frage nach einer Behinderung beziehen sich auf die Möglichkeiten und Schwierigkeiten im Hinblick auf die Erfüllung des Arbeitsvertrags. Die Grundsätze zur Schwerbehinderteneigenschaft sind demgegenüber auf die zusätzlichen Pflichten nach dem SGB IX und gerade nicht auf die Tätigkeit bezogen.³⁸

In der Literatur wird heute überwiegend darauf hingewiesen, dass trotz der Trennung der Fragen die Frage nach der Schwerbehinderung zugleich eine Frage nach einer Behinderung sei und folglich als einfache Frage nach der Schwerbehinderung nur tätigkeitsbezogen geäußert wer-

27 BGBl. 1953 I, S. 289.

28 BGBl. 1974 I, S. 1005.

29 BGBl. 1986 I, S. 1421.

30 BAG, 7.6.1984 – 2 AZR 270/83 – AP § 123 BGB Nr. 26.

31 *Porsche*, FS Kohte, 2012, 39, 42; *Deinert* (Fn. 1), Fragerecht des Arbeitgebers, Rn. 4.

32 BAG, 17.8.2010 – 9 AZR 839/08 – AP § 15 AGG Nr. 4, Rn. 4 mwN.

33 *Porsche* (Fn. 31), S. 39, 44.

34 *Porsche* (Fn. 31), S. 39, 45.

35 *Kania/Merten*, ZIP 2007, 8, 12; »Zirkelschluss«; *Schaub*, NZA 2003, 299, 301.

36 *Kaehler*, ZfA 2006, 519, 537; *Düwell*, in: Dau/Düwell/Joussen, SGB IX, 4. Aufl., Baden-Baden 2014, § 85 Rn. 22; *Ditz/Thüsing*, Arbeitsrecht, 18. Aufl., München 2013, Rn. 90a.; *Thüsing*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl., München 2012, § 11 AGG Rn. 24, der allerdings nach Einstellung eine Offenbarungspflicht annimmt.

37 ebenso: *Joussen* (Fn. 10), 174.

38 BAG, 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555, 556; vgl. auch: BAG, 5.10.1995 – 2 AZR 923/94 – AP § 123 BGB Rn. 40.

den dürfe.³⁹ Da aber gerade nach der Kategorisierung als Schwerbehinderter gefragt wird, ist das nicht möglich. Entscheidend ist daher, ob die konkrete Frage nach der Schwerbehinderung Relevanz für die der Einordnung zugrundeliegende Behinderung hat.

Der Kritik⁴⁰ ist zuzugeben, dass die Fragen oftmals ineinander aufgehen und je nach Verlauf des Bewerbungsgesprächs in unterschiedlichen Ausprägungen gestellt werden können. Nichts anders folgt auch aus der Anordnung der Geltung des AGG nach § 85 Abs. 2 SGB IX. Insofern begründet die trennende BAG-Rechtsprechung die Gefahr, dass in der Praxis diskriminierende Aspekte übersehen werden, weil allein die Grundsätze zur Schwerbehinderung diskutiert werden.

Dem BAG geht es jedoch weniger um eine, empirisch nicht haltbare, kategorische Abgrenzung, sondern vielmehr um eine normative Allokation der Diskussionsschwerpunkte.⁴¹ Es ist möglich, dass ein und dieselbe Frage sowohl anhand der Grundsätze zur Behinderung als auch anhand der Grundsätze für die Schwerbehinderteneigenschaft zu messen ist. Insofern wird auch die Gefahr vermindert, diskriminierende Aspekte der Frage zu übersehen, diskutiert man allein die Schwerbehinderung.

Die unterschiedliche Diskussion in der Rechtsprechung wird durch § 81 Abs. 2 SGB IX in seiner jetzigen Form auch normativ bestätigt. Die Norm geht offensichtlich davon aus, dass nach aktuellem Stand der Rechtsordnung eine Diskriminierung des Schwerbehinderten (auch) wegen der zugrunde liegenden Behinderung möglich.

Umgekehrt kann die Zulassung der Frage nach der Schwerbehinderung nicht zur freien Information über eine Behinderung werden. Das würde das Verbot der tätigkeitsneutralen Frage nach der Behinderung umgehen. Liefße man die Frage nach der Schwerbehinderung ohne weiteres zu, erhielt man aber gerade Aufschluss darüber, dass eine Behinderung vorlag. Diese Privilegierung kann nicht gewollt sein.

Es ist insofern evident, dass aus der positiven Antwort folgt, dass eine Behinderung vorliegen muss. Ob diese für die anvisierte Tätigkeit relevant ist, ist hingegen nicht gesagt. Möglich bleibt damit eine einfache Reihenfolge. Zunächst kann nach einer tätigkeitsrelevanten Behinderung gefragt werden und, so diese Frage bejaht wurde, nach einer Einordnung als Schwerbehinderter auf der Grundlage dieser Behinderung. Auf dieser Grundlage kann im Folgenden erörtert werden, welche Interessen für und gegen

die Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung sprechen.

3. Implikationen für die Frage nach der Schwerbehinderung

Von diesen Grundsätzen ausgehend stellt sich die Frage, ob die Einschränkungen des Fragerechts über die zumutbaren Integrationspflichten auch für die Schwerbehinderteneigenschaft greifen können.

Die Richtlinie 2000/78/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf kennt den Begriff der Schwerbehinderung nicht.⁴² Vor dem Hintergrund von Art. 5 der Richtlinie 2000/78/EG muss daher genau geprüft werden, ob das Unterbleiben der Frage nicht bereits als solche eine geeignete und im konkreten Fall erforderliche Maßnahmen darstellt, um den Menschen mit Behinderung den Zugang zur Beschäftigung zu ermöglichen. Das kann auch mittelbar dadurch geschehen, dass am formellen Schwerbehindertenstatus angeknüpft wird bzw. auf die Frage nach diesem Status verzichtet wird.

Auf den ersten Blick ist eine Übertragung nicht ohne weiteres möglich. Obwohl § 81 Abs. 4 SGB IX ausdrücklich Pflichten hinsichtlich der Ausgestaltung des Arbeitsplatzes statuiert, werden diese Anforderungen forensisch durch die Frage nach der Behinderung absorbiert. Aus der Schwerbehinderung kann nicht auf die konkrete Eignung zur Ausfüllung des Arbeitsplatzes geschlossen werden.⁴³ Außerdem wird der Behinderung schon im Rahmen der Prüfung der Frage nach der Behinderung Rechnung getragen. Insofern kann die Frage nach dem Schwerbehindertenstatus nicht modifiziert werden.

Fallen die Frage nach einer Behinderung und die Frage nach einer Schwerbehinderung zusammen, so kommt es in jedem Fall zu einer Überprüfung der Vorgaben der Richtlinie 2000/78/EG. Der Grundsatz der praktischen

39 *Faber*, in: *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol*, SGB IX, 3. Aufl., Frankfurt 2015, § 81 Rn 100.

40 Vgl. *Deinert* (Fn. 1), Rn. 17, der darauf hinweist, dass die Frage nach der Schwerbehinderung insgesamt in der Frage nach einer Behinderung aufgeht.

41 *Düwell* (Fn. 36), § 85 Rn. 22: tätigkeitsneutrales Fragerecht.

42 Hierzu: BAG, 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 – AP § 15 AGG Nr. 9, Rn. 33.

43 *Koppfels-Spies* (Fn. 11) 43, 46.

Wirksamkeit wird nicht eingeschränkt. Insofern ist die Frage nach der Schwerbehinderung gerade tätigkeitsneutral und die Frage nach der Behinderung tätigkeitsbezogen.

Dennoch entfaltet die Erfüllung der Pflichten des SGB IX auf anderem Wege Wirkung. Ist es offenbar, dass der Arbeitgeber bislang etwa seine Pflichten insbesondere aus § 81 Abs. 4 SGB IX nicht ordnungsgemäß erfüllt hat, ändert dies die Bewertung seines berechtigten Interesses. Regelmäßig wird die Frage unzulässig, weil es an einer ausreichenden Darlegung eines berechtigten Interesses für die Frage fehlt. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass das Integrationsziel des § 81 Abs. 4 SGB IX unterlaufen wird.⁴⁴ Die Anforderungen an die Darlegung gehen soweit, dass die Arbeitgeberpflichten nach § 81 Abs. 4 SGB IX ausgeschöpft werden müssen.⁴⁵

Dieser Ansatz geht jedoch auch noch in eine andere Richtung. Je mehr Möglichkeiten der Betrieb oder das Unternehmen hat, die spezifischen Pflichten aus dem SGB IX zu erfüllen, desto höher sind die Anforderungen an die Zulässigkeit der Fragestellung an sich. In jedem Fall muss der Arbeitgeber, der die Frage nach der Schwerbehinderung rechtfertigen will, sein bisheriges Konzept darstellen. Stellt die Beschäftigung von Schwerbehinderten für das Unternehmen keine Herausforderung dar, weil alle Voraussetzungen geschaffen wurden, dann besteht ebenfalls kein ausreichendes legitimes Interesse. Die Pflichten werden so oder so erfüllt.

IV. Das Fragerecht vor der Einstellung

Die Situation vor Vertragsschluss wird gemeinhin so beschrieben, dass der Arbeitgeber ein Interesse daran habe, möglichst viel über seinen potenziellen Arbeitnehmer zu erfahren und der Arbeitnehmer ein Interesse habe, Informationen seine Person betreffend zurückzuhalten.⁴⁶

1. Die Auskunftspflicht im Hinblick auf die Schwerbehinderung

Als Grundannahme für das Fragerecht bietet sich an, eine mögliche Auskunftspflicht des Arbeitnehmers wegen seiner Schwerbehinderung voranzustellen. An die Annahme einer solchen Pflicht hat das Bundesarbeitsgericht hohe Anforderungen gestellt. Erforderlich sei, dass die betref-

fenden Umstände entweder für den Bewerber die Erfüllung seiner vorgesehenen arbeitsvertraglichen Leistungspflicht von vornherein unmöglich machen oder doch für die Eignung für den in Betracht kommenden Arbeitsplatz von ausschlaggebender Bedeutung sind.⁴⁷

Gemessen an diesen Grundsätzen wird eine Auskunftspflicht im Hinblick auf den Status als Schwerbehinderter grundsätzlich nicht in Betracht kommen,⁴⁸ entscheidend ist vielmehr die konkrete Behinderung. Die mit dem Status einhergehenden Pflichten können den Arbeitgeber zwar wirtschaftlich belasten, das System des SGB IX ist jedoch fein austariert und dem Arbeitgeber zur Erfüllung zugewiesen.⁴⁹ Das gilt insbesondere für die Ausgestaltung des Arbeitsplatzes. Es handelt sich gerade im Hinblick auf den Arbeitsplatz nicht um eine Anforderung an den Arbeitnehmer, sondern vielmehr an den Arbeitgeber. In der Schwerbehinderung eine Eignung im Sinne dieser Rechtsprechung zu erblicken, wird daher regelmäßig scheitern.

2. Das Fragerecht in der Rechtsprechung vor Inkrafttreten des SGB IX

Was das Fragerecht angeht, so weist die Rechtsprechung ein differenziertes Bild auf.

a) Die alte Rechtsprechung des 2. Senats

Soweit ersichtlich war das Bundesarbeitsgericht erstmals 1976 mit der Problematik beschäftigt.⁵⁰ Zwar musste das Gericht die Problematik nicht entscheiden, in den Leitsätzen stellte es jedoch heraus, dass eine Anfechtung in Betracht komme. In den Entscheidungsgründen führte das Gericht darüber hinaus die Grundsätze zur Auskunft bzw. Offenbarungspflicht aus. Es betonte, dass die Behinderung, nicht die Schwerbehinderung hierfür entscheidend sei.

44 *Deinert* (Fn. 1), Rn. 4 aE.; *Porsche* (Fn. 31), 39, 44 ff.

45 Sehr anschaulich herausgearbeitet bei *Porsche* (Fn. 31), 39, 45 ff.

46 BAG, 1.8.1985 – 2 AZR 101/83 – AP § 123 BGB Nr. 30.

47 BAG, 6.8.2012 – 2 AZR 270/11 – AP § 123 BGB Nr. 72; BAG, 12.5.2011 – 2 AZR 479/09 – NZA-RR 2012, 43, 46 mwN.

48 vgl. *Joussen* (Fn. 10), 175: kommt ausnahmsweise in Betracht.

49 Vgl. auch *Thüsing*, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 14. Aufl., München 2014, § 94 Rn. 15.

50 BAG, 25.3.1976 – 2 AZR 136/75 – AP § 123 BGB Nr. 19.

In einer Entscheidung aus dem Jahr 1985 ging das BAG direkt auf das Fragerecht ein.⁵¹ Als Grundlage von Frage- und Antwortpflicht stellte es § 242 BGB heraus und begründete das Fragerecht mit der erheblichen Bedeutung der Schwerbehinderteneigenschaft (und der Gleichstellung) für das Arbeitsverhältnis. Das Gericht hob die rechtliche und wirtschaftliche Tragweite sowie die betrieblichen Auswirkungen hervor, die aus den gesetzlichen Pflichten erwachsen. Besonders hob das Gericht die Beschäftigungspflicht hervor. Das höhere Vertragsrisiko rechtfertige daher ein uneingeschränktes Fragerecht des Arbeitgebers. Konkrete Auswirkungen seien hingegen nicht zu fordern.

Dem Einwand, das Gesetz zielen auf Erleichterung der Einstellung Schwerbehinderter, entgegnete das Gericht, dass Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe öffentlich-rechtliche Pflichten seien und nicht gegenüber dem einzelnen Schwerbehinderten bestünden. Der Arbeitgeber dürfe die Quote auch nicht erfüllen.

Die abstrakte Relevanz der Schwerbehinderteneigenschaft wurde zwar 1993 in Zweifel gezogen⁵², 1995 allerdings aufrechterhalten.⁵³ Das Gericht hob wiederum die besonderen gesetzlichen Pflichten hervor. Das Verschweigen des Schwerbehindertenstatus führe dazu, dass der Arbeitgeber gar nicht überprüfen könne, ob ein Arbeitsplatz mit dem Bewerber bevorzugt besetzt werden könne. Auch könne der Arbeitgeber nicht prüfen, ob er über eine Erhöhung der Arbeitszeit eine Anrechnung als vollen Pflichtplatz erreichen könne.

Das Gericht ergänzte seine Rechtsprechung mit der Ablehnung eines »zweiten Wegs« für Schwerbehinderte, via Notlüge zu einem Arbeitsplatz zu gelangen. Bundesweite Defizite in der Umsetzung der Integration von Schwerbehinderten lieferten keinen Grund zu einer Rechtsprechungsänderung. Gegenüber der Neuregelung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG rechtfertigte sich das Gericht dahingehend, dass mit der Norm ein gesellschaftlicher Impuls gesetzt werden sollte.

b) Die neue Rechtsprechung des 8. Senats

2011 ließ der 2. Senat die Zulässigkeit der Frage nach der Schwerbehinderung offen.⁵⁴ In der neueren Entwicklung haben vielmehr vier Entscheidungen des 8. Senats des BAG zu den Voraussetzungen der Indizwirkung nach § 22 AGG die Diskussion in eine andere Richtung gelenkt. In der Sache ging es um Entschädigungen nach dem AGG (§ 15).

Im ersten Fall aus dem Jahr 2011 prüfte das Gericht die Indizwirkung der Verletzung der Unterrichtungspflicht nach § 81 Abs. 1 S. 9 SGB IX und inzidenter das Bestehen einer Erkundungspflicht des Arbeitgebers. Der Senat trennte die Pflicht zur Erkundung von einem Recht zur Erkundung. Die Pflicht verneinte das Gericht mit dem Hinweis, dass keine Berechtigung des Arbeitgebers bestehe, nach einer Schwerbehinderung zu fragen, wenn dieser hiermit keine positive Fördermaßnahme verbinden wolle. In dem Fall hatte der Bewerber seine Behinderung offengelegt. Das Gericht führt daher aus, dass eine Pflicht zu einer Nachfrage auf ein verbotenes Differenzierungskriterium ziele und daher eine unmittelbare und mittelbare Benachteiligung darstelle. Der Arbeitgeber könne daher nicht verpflichtet sein, etwas zu erfragen, was ihm später als Indiz nach § 22 AGG entgegen gehalten werden würde.

Nur auf den ersten Blick in eine andere Richtung geht eine Entscheidung aus dem Jahr 2013.⁵⁵ Das BAG betonte, dass der Arbeitnehmer verpflichtet sei, über seine Schwerbehinderung zu informieren. Zudem sei der Arbeitnehmer wegen der Pflicht zur Rücksichtnahme aus § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet, über die besondere Situation klar und eindeutig zu informieren.

Diese Aussagen lassen sich kontextualisieren. Zum einen ging es um die Frage der Anwendung von § 22 AGG im Hinblick auf das Verletzen von Verfahrens- und Förderpflichten. Damit dies als Indiz gewertet werden könne, müsse der Arbeitnehmer über seine Schwerbehinderung informieren. Insofern hat das BAG nur beschrieben, was der Arbeitnehmer tun muss, um die Rechtswirkungen des § 22 AGG auszulösen und wie er dies zu tun hat. Über eine Auskunftspflicht hat das BAG nichts gesagt.

Mit Urteil vom 26.6.2014 führt der Senat zu einer Nachfrage nach Einschränkungen im Hinblick auf die Angabe einer Behinderung aus, dass diese von der Frage nach der Schwerbehinderung zu trennen und unter der Voraussetzung unbedenklich sei, wenn damit der Verpflichtung zu

51 BAG, 1.8.1985 – 2 AZR 101/83 – AP § 123 Nr. 30.

52 BAG, 11.11.1993 – 2 AZR 467/93 – AP § 123 BGB Nr. 38 – an der Rechtsprechung zur Behinderung wollte das Gericht festhalten.

53 BAG, 5.10.1995 – 2 AZR 923/94 – AP § 123 BGB Nr. 40, bestätigt in BAG, 3.12.1998 – 2 AZR 754/97 – AP § 123 BGB Nr. 49 und BAG, 18.10.2000 – 2 AZR 380/99 – AP § 123 BGB Nr. 59 in dem Fall war die Schwerbehinderteneigenschaft jedoch offenkundig.

54 BAG, 7.7.2011 – 2 AZR 396/10 – AP § 123 BGB Nr. 70.

55 BAG, Urteil vom 26.9.2013 – 8 AZR 650/12 – AP § 15 AGG Nr. 14; bereits zuvor: BAG, 13.10.2011 – 8 AZR 608/10 – AP § 15 AGG Nr. 9.

angemessenen Vorkehrungen nachgekommen werde.⁵⁶ Die Frage müsse einen objektiven Anlass haben und diesen bestenfalls offenlegen.

Am 18.9.2014 hat der 8. Senat betont, dass weder eine Pflicht des Arbeitnehmers noch ein grundsätzliches Fragerecht des Arbeitgebers bestehe.⁵⁷ Ohne weitere Argumentation verwies das Gericht auf die vorangegangene Entscheidung und die sogleich darzustellende Entscheidung des 6. Senats aus dem Jahr 2012⁵⁸. Es liege in der Entscheidung des Bewerbers, ob er seine Behinderung oder Schwerbehinderung berücksichtigt haben will.

Auch dieses Urteil wird man kontextualisieren müssen. In den zitierten Entscheidungen ging es um Nachfragen. Jedoch gibt die Begründung und die Bezeichnung »grundsätzlich« Anlass zu der Annahme, dass der 8. Senat gerade auch vor dem Hintergrund der dargestellten Tendenz der Ansicht ist, dass ein Fragerecht bei Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht besteht. Das Urteil ist zudem deswegen bemerkenswert, weil das BAG ausdrücklich betont hat, dass der Schwerbehinderte den Schutz durch die §§ 68 ff. SGB IX nur dann erhält, wenn er seinen Status als Schwerbehinderter mitteilt.⁵⁹

c) Exkurs: Das Urteil des 6. Senats des BAG

Wegen seiner forensischen und theoretischen Bedeutung ist an dieser Stelle noch das Urteil des 6. Senats zu erläutern, auch wenn es eine Aussage für die Situation vor Vertragsschluss ausdrücklich unterlassen hat. Im Zusammenhang mit der Wirksamkeit einer Kündigung nach Erfüllung von § 90 SGB IX betonte der 6. Senat des BAG auch 2012 das Interesse des Arbeitgebers, sich rechtstreu zu verhalten.⁶⁰ Das Gericht hob die Pflicht zur behindertengerechten Beschäftigung, die Zahlung der Ausgleichsabgabe und die Gewährung des Zusatzurlaubs hervor. Insbesondere zeige der Arbeitgeber mit der Frage, dass er den Pflichten zugunsten des Arbeitnehmers nach § 1 Abs. 3 KSchG und §§ 85 ff. SGB IX nachkommen wolle. Bereite die Frage eine Kündigung vor, so sei sie nicht diskriminierend, da die Frage und ihre wahrheitsgemäße Beantwortung keinen Nachteil begründe. Die Frage diene vielmehr der Wahrung der Rechte und Interessen, da die besonderen Verfahren gewährleisten, dass die Belange des Schwerbehinderten gewahrt würden.

3. Die Erosion der Begründung des 2. Senats

Einem Großteil der Begründung des 2. Senats ist mittlerweile der Boden entzogen. Seit Einführung des SGB IX und des AGG wird weithin konzediert, dass die bisherige Rechtsprechung nicht ohne weiteres übernommen werden kann.⁶¹ Größtenteils wird sogar die Frage nach der Schwerbehinderung bei Begründung des Arbeitsverhältnisses für unzulässig erachtet.⁶² Insbesondere wurde die Parallelität zur Frage nach der Schwangerschaft betont.⁶³

In der Literatur wurde nach Schaffung des SGB IX entweder bereits in der Frage eine Diskriminierung im Sinne von § 81 SGB IX erblickt oder jedenfalls die Frage deswegen für unzulässig erklärt, um eine Diskriminierung effektiv zu verhindern.⁶⁴ Mit der korrekten Antwort auf die Frage setze sich der Bewerber der Gefahr aus, die Stelle deswegen nicht zu erhalten, weil der Arbeitgeber die Sonderpflichten des SGB IX nicht tragen will. Das Diskriminierungsverbot fordere Chancengleichheit.⁶⁵ Die Einführung des AGG, auf das § 81 Abs. 2 SGB IX nunmehr verweist, hat an diesem Befund nichts geändert.⁶⁶

Was das legitime Interesse angeht, so wird darauf hingewiesen, dass die Erfüllung der Pflichten des SGB IX keinen Rechtfertigungsgrund im Sinne des SGB IX und AGG darstellt.⁶⁷ Dies ist zwar richtig, das BAG prüft diesen Punkt jedoch bereits bei der Frage der Benachteiligung, und zwar

56 BAG, 26.6.2014 – 8 AZR 547/13 – BeckRS 2014, 73097.

57 BAG, 18.9.2014 – 8 AZR 759/13 – ZTR 2015, 216.

58 BAG, 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555.

59 BAG, 18.9.2014 – 8 AZR 759/13 – ZTR 2015, 216, 217, Sp. 2 unten.

60 BAG, 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555.

61 Giesen, RdA 2013, 47, 49; Schöne, in: Hümmerich/Boecken/Düwell, Nomos-Kommentar Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2010, § 611 Rn. 270.

62 Jousen (Fn. 10), 174, 177; Kaehler, ZfA 2006, 519, 536; zuletzt aA.: Schaub, NZA 2003, 299.

63 Ausführlich zur systematischen Herleitung nach alter Rechtslage: Jousen (Fn. 10), 176; kritisch: Koppenfels-Spies (Fn. 11) 43, 46 f.

64 Vgl. Jousen (Fn. 10), 174, 176; Däubler, in: Däubler/Bertzbach, 3. Aufl., Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Baden-Baden 2013, § 7 Rn. 35; Feuerborn, in: NomosKommentar BGB, §123 Rn. 56; Koch, in: Schaub ua., Arbeitsrecht-Handbuch, 15. Aufl., München 2013, § 179 Rn. 18; bereits dem SchwbG lag der Befund zugrunde, dass schwerbehinderte Arbeitnehmer es bei gleicher Qualifikation schwerer haben, einen Arbeitsplatz zu finden, vgl. BT-Drs. 10/3138, S. 13 f.

65 Koppenfels-Spies (Fn. 11), 43, 46.

66 Jousen (Fn. 10), 174, 177.

67 Szech, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Baden-Baden 2012, S. 229; Thüsing (Fn. 49), § 94 Rn. 15.

bei der »weniger günstigen Behandlung«. Dass die Frage allen Bewerbern gestellt wird, führt hingegen nicht zur Verneinung der Ungleichbehandlung.⁶⁸ Die Frage kann nur von Schwerbehinderten wahrheitswidrig verneint werden.⁶⁹

Von den Argumenten des 2. Senats ist wenig bestehen geblieben. Das Argument des zweiten Wegs ergibt nur dann Sinn, wenn der Bewerber ohne Kenntnis des Status den Arbeitsplatz erhalten hätte. Mit anderen Worten knüpft das Argument direkt an der Situation an, die der Diskriminierungsschutz verhindern will. Der Arbeitsplatz wird wegen der Schwerbehinderung versagt.⁷⁰ Insofern das Argument je überzeugt hat, ist es heute überholt.⁷¹

Auch die Einordnung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG griff zu kurz.⁷² Für § 81 Abs. 2 SGB ist auch die Anordnung von Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG relevant, anders ließe sich der Verweis auf das AGG nicht erklären. Der verfassungsändernde Gesetzgeber wollte mit Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG unmittelbar auf das Zivilrecht einwirken.⁷³

Damit verbleibt für das Fragerecht nur noch die Interessenabwägung i.e.S. Doch auch auf der Ebene der Ermittlung des berechtigten Interesses erfährt die Rechtsprechung Einschränkungen. Der 2. Senat sprach noch von den nachteiligen Wirkungen des SGB IX.⁷⁴ Das Paradebeispiel hierfür ist der Zusatzurlaub nach § 125 SGB IX. Durch die Beschäftigung eines Schwerbehinderten verliert der Arbeitgeber unter Lohnfortzahlung fünf Arbeitstage seines Arbeitnehmers: von diesen Nachteilen möchte der Arbeitgeber verschont bleiben.

Dieses Interesse ist aus der Diskussion ausgeschieden.⁷⁵ Es lässt sich nur dann in den Interessengegensatz einstellen, wenn man ihm die Absage der Einstellung zuordnet. Denn anders lässt sich das Interesse nicht fortdenken. Früh wurde diesem Ansatz zu Recht entgegen gehalten, dass man den Kündigungsschutz nach § 85 SGB IX dadurch unterlaufen könnte, wenn man wegen der Wirkung des Schutzes die Frage stellen dürfte und die Einstellung unterlassen könne.⁷⁶

Auf der anderen Seite wird dem Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse nur vereinzelt abgesprochen, tätigkeitsneutral nach der Schwerbehinderung zu fragen.⁷⁷ Das geht jedoch zu weit. Es ist gut möglich, dass dieses Interesse in der Praxis vorgeschoben wird. Es pauschal abzuwerten, ist nicht interessengerecht. Wichtiger erscheint es, das Interesse in den Interessengegensatz einzustellen und diesen dann interessengerecht aufzulösen. Gelingt es hingegen

dem Arbeitnehmer im Prozess nachzuweisen, dass dieses Interesse nur vorgeschoben ist, so ist nach dem Rechtsgedanken von § 133 BGB nicht der objektive Tatbestand der Frage, sondern allein der subjektive Wille entscheidend.

Insofern bleibt von der Begründung nur das legitime Interesse des Arbeitgebers, den Schwerbehinderten entsprechend den §§ 68 ff. SGB IX zu beschäftigen. In dieser Konstellation ist der Arbeitgeber erfüllungsbereit und will den Vertragsschluss nicht versagen oder andere negative Wirkungen für den Schwerbehinderten erzeugen.

4. Die Bedeutung der Schwerbehinderung für den Vertragsschluss

Bleibt als Rest der alten Rechtsprechung nur das legitime Interesse des Arbeitgebers bestehen, den Arbeitnehmer nach den §§ 68 SGB IX zu beschäftigen,⁷⁸ so ist dieses Interesse für die jeweiligen Fragekonstellationen in das allgemeine System des Fragerechts einzuordnen. Nach dem eingangs Gesagten ist die Zulässigkeit der Frage einheitlich zu ermitteln.

a) Das legitime Interesse des Arbeitgebers vor Vertragsschluss

Die Schutzwürdigkeit des Arbeitgeberinteresses und der Vorrang vor den Interessen des Arbeitnehmers müssen herausgearbeitet werden. Deutlicher wird das Problem am Beispiel des Arbeitgeberinteresses an einer richtigen Antwort. Dieses Interesse ist nicht an sich schutzwürdig, sondern von der Schutzwürdigkeit der gestellten Frage abhängig. Insofern bestehen Interessen, die auf die Diskussion keinen Einfluss haben, sondern in ihrer Bewertung von dem Ausgang der Abwägung abhängen.

68 Koppensfels-Spies (Fn. 11), 43, 46.

69 In diese Richtung: BAG, 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555, 559.

70 Eingehend: Messingschlager, NZA 2003, 301, 304.

71 Pahlen, RdA 2001, 143, 149 f.

72 Düwell (Fn. 36), § 85 Rn. 23.

73 BT-Drs. 12/6323, S. 12.

74 BAG, 5.10.1995 – 2 AZR 923/94 – AP § 123 BGB Nr. 40.

75 Feuerborn (Fn. 64), § 123 Rn. 57.

76 Messingschlager (Fn. 70), 301, 302; Deinert (Fn. 1), Rn. 5 f.

77 Koppensfels-Spies (Fn. 11), 43, 46.

78 Schrader/Siebert, ArbRaktuell 2012, 157, 159; Giesen, RdA 2013, 47, 50.

Das Interesse, zwischen Beschäftigung und Ausgleichsabgabe für die Nichtbeschäftigung nach § 77 SGB IX zu wählen, ist selbst nach der Rechtsprechung des 2. Senats des BAG nicht ausschlaggebend.⁷⁹

Sich rechtstreu zu verhalten ist ohne Frage ein legitimes Interesse. Die Motive für ein solches Interesse können vielfältig sein. In Betracht kommt die Angst vor einer Strafe ebenso wie die Überzeugung, dem Gesetzeszweck entsprechend Schwerbehinderte fördern zu wollen.

Doch ist das Interesse auch abhängig vom Bezugspunkt. Ohne Diskussion der Legitimation des Bezugspunkts des Interesses könnte bei zunehmender Regulierung in jeden Belang allein über dieses Interesse eingegriffen werden. Im vorliegenden Fall ist das Interesse auf die Verwirklichung des Zwecks des SGB IX gerichtet und daher grundsätzlich nicht anzuzweifeln. Die Kritik in der Literatur,⁸⁰ dass die Betonung des Interesses die Entscheidung von Schwerbehinderten auf den Arbeitgeber verlagere und damit der Konzentration des SGB IX auf den Schwerbehinderten widerspreche, hat das BAG bislang jedoch noch nicht widerlegt.

Bei bzw. vor Vertragsschluss rücken in erster Linie die Pflichten aus §§ 71 ff. und § 81 SGB IX in den Vordergrund. Die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers im Sinne von § 71 SGB IX nach der Maßgabe der §§ 72 ff. SGB IX kann grundsätzlich nur durch den Abschluss des Arbeitsvertrags erfüllt werden. Mit der Erfüllung dieser Pflicht geht die Verwirklichung eines wichtigen sozialpolitischen Ziels einher, die Integration von Schwerbehinderten.⁸¹ Auch wenn das Interesse dem Arbeitnehmer am Ende zugutekommen kann, ist nicht zu übersehen, dass die Schutzrichtung dieser Norm über den einzelnen schwerbehinderten Arbeitnehmer hinausgeht.

Insofern ist für den Arbeitgeber die Information relevant, wenn er einer Schwerbehinderung im Bewerbungsverfahren besondere Bedeutung beimisst. An dieser Stelle konkretisiert sich die Beschäftigungspflicht auf den einzelnen Bewerber und geht in die Pflicht nach § 81 Abs. 1 SGB IX über. Auch diese Pflicht ergänzt die öffentlich-rechtliche Beschäftigungspflicht, ist jedoch von der Erfüllung unabhängig.⁸² Sie ist außerdem unabhängig davon, ob Bewerbungen vorhanden sind.⁸³ Sofern Bewerbungen von Schwerbehinderten vorliegen, geht die Pflicht jedoch weiter.⁸⁴ Der Schutz der Pflicht greift jedoch nur ein, wenn sich der Schwerbehinderte offenbart, weil anderenfalls der Arbeitnehmer nichts hat, was er überprüfen kann.⁸⁵

Zum Teil wird eine Fragebefugnis aus einer bestehenden Integrationsvereinbarung abgeleitet.⁸⁶ Von der Warte einer möglichen Diskriminierung aus wird § 5 AGG betont. Ein Fragerecht zur Verwirklichung der Vereinbarung soll gerechtfertigt sein. Auch wenn die Einordnung der Integrationsvereinbarung im Hinblick auf andere kollektiv-rechtliche Vereinbarungen noch nicht vollends geklärt ist,⁸⁷ wird jedoch einerseits die Nähe zur Betriebsvereinbarung, andererseits die Schwäche gegenüber anderen betrieblichen Vereinbarungen betont.⁸⁸ Daher lässt sich der Rechtsgedanke aus § 75 Abs. 2 S. 1 BetrVG fruchtbar machen.⁸⁹ Nach dieser Norm ist das Persönlichkeitsrecht zu sichern und zu fördern. Die Norm gilt zwar nur für die Betriebsverfassung. Sie enthält jedoch auch einen Rechtsgedanken für die Reichweite kollektiv-rechtlicher Vereinbarungen im Hinblick auf Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Würde man auf der Grundlage der Integrationsvereinbarung, die obendrein keine normative Wirkung hat, fragen dürfen, wäre die Integrationsvereinbarung im Prinzip Grundlage dieser Befugnis. Rechtlich ist die Begründungslinie jedoch genau umgekehrt. Erst wenn die Zulässigkeit der Frage feststeht, kann eine das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers wahrende Regelung getroffen und in dieser Hinsicht befolgt werden.

Bei der Begründung besteht ein Interesse des Arbeitnehmers, in der Bewerbungssituation den speziellen Vorgaben des SGB IX Rechnung zu tragen. Allein von der Warte der bestehenden Regelungen erscheint es jedoch als sehr schwach.

79 BAG, 5.10.1995 – 2 AZR 923/94 – AP § 123 BGB Rn. 40; hierzu: *Düwell* (Fn. 36), § 85 Rn. 22; *Messingschlager*, (Fn. 70), 301, 302.

80 *Deinert* (Fn. 1), Rn. 4.

81 Hierzu: *Rolfs*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (ErfK), 15. Aufl., München 2015, § 71 SGB IX Rn. 1.

82 *Düwell* (Fn. 36), § 81 Rn. 9; *Knittel*, § 81 Rn. 11, vgl. auch: BAG, 17. 8. 2010 – 9 AZR 839/08 – NZA 2011, 153, 157.

83 *Feldes* (Fn. 39), § 81 Rn. 11; *Knittel*, § 81 Rn. 12.

84 *Knittel*, § 81 Rn. 49.

85 *Knittel*, § 81 Rn. 4.

86 *Moll*, in: *Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht*, 3. Aufl., München 2012, § 9 Rn. 51; differenzierter: *Porsche*, *reharecht*, Forum B – Nr. 8/2011.

87 *Edenfeld*, NZA 2012, 713, 717.

88 *Düwell* (Fn. 36), § 83 Rn. 10.

89 *Zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung*: *Lorenz*, in: *Düwell* (Hrsg.), *Handkommentar Betriebsverfassungsgesetz*, 4. Aufl., Baden-Baden 2013, § 75 Rn. 44.

b) Die Irrelevanz der Pflichten aus dem begründeten Arbeitsverhältnis

Entscheidendes Gewicht hat daher das Problem, ob die später hinzutretenden Pflichten bereits vor Begründung des Arbeitsvertrags berücksichtigt werden müssen. Das liegt auf den ersten Blick nahe, sind diese Pflichten und insbesondere § 81 Abs. 4 SGB IX für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses von erheblicher Bedeutung für die Verwirklichung der Integration Schwerbehinderter.

Düwell hat jedoch darauf hingewiesen, dass die Pflichten auch erfüllt werden können, wenn der Arbeitgeber nach Begründung des Arbeitsverhältnisses nach einer Schwerbehinderung fragt.⁹⁰ Allein auf der Grundlage der Rechtsprechungsgrundsätze lässt sich dieser Hinweis nicht einordnen, jedoch wird die Bedeutung des Arguments klarer, wenn man zur Auskunftspflicht zurückkehrt.

Wegen der Definition der Auskunftspflicht (ungefragt) haben diese Grundsätze für die Frage durch den Arbeitgeber auf den ersten Blick keine Bedeutung. Da jedoch sowohl beim Fragenstellen als auch bei der Auskunftspflicht am Ende die Informationserlangung auf Seiten des Arbeitgebers steht, müssen beide Institute in ein widerspruchsfreies System überführt werden. Zudem beziehen sich beide Institute auf den Grundsatz von Treu und Glauben. Außerdem teilen sich das arbeitsrechtliche Fragerecht und die zivilrechtliche Auskunftspflicht mit § 123 BGB und seit der Schuldrechtsmodernisierung mit § 241 Abs. 2 BGB gemeinsame Ausgangspunkte.

Dogmatisch ist die Offenbarungspflicht der Ausgangspunkt der Problematik.⁹¹ Da eine Auskunftspflicht hinsichtlich der Schwerbehinderung regelmäßig nicht besteht, muss die Frage als entscheidender Faktor für die Pflicht zur wahrheitsgemäßen Auskunft eingeordnet werden. Anders formuliert muss legitimiert werden, warum allein bei Hinzukommen der Frage die Situation zugunsten des Arbeitgebers verändert wird. Die Information »Schwerbehinderung« ändert sich nicht. Insofern müssten die Fragestellung an sich und das Interesse, den Schwerbehinderten pflichtgemäß zu behandeln, das gleiche Legitimationsniveau erreichen wie für eine Auskunftspflicht.

Eine Aufklärungspflicht besteht hinsichtlich der Umstände, die geeignet sind, den Vertragszweck zu vereiteln, weil diese Information für die Entschließung des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung für den Vertragsschluss ist.⁹²

In dieser Struktur dokumentiert die Frage des Arbeitgebers die Erkennbarkeit und die Bedeutung der Information für ihn. Die Frage stellt ein Element der Verhandlungssituation dar, die die Grundsätze von Treu und Glauben hinsichtlich der Beantwortung freischaltet. Auf der anderen Seite wird das Interesse des Arbeitgebers an der Information nicht »legitimer«, nur weil er eine Frage stellt.

Daher bleibt es dabei, dass das Interesse an der Information für den Vertragsschluss wesentlich sein muss. Aber genau das ist für die Schwerbehinderteneigenschaft nicht der Fall. Will der Arbeitgeber die späteren Sonderpflichten erfüllen, kann das dahinter stehende Interesse für den Vertragsschluss nicht maßgebend sein. Die Parteien müssen keine vertragliche Pflicht festlegen oder bestimmen. Der Arbeitgeber kann auch nach der Begründung des Arbeitsverhältnisses nach der Schwerbehinderung fragen.

Diese Lösung wird durch das Urteil des BAG vom 7.7.2011 bestätigt, in dem das Gericht die wahrheitswidrige Antwort nicht als kausal für den Vertragsschluss einordnete, weil die Frage nur gestellt wurde, um den Arbeitnehmer rechtskonform zu beschäftigen.⁹³

c) Die Abwägung der Interessen

Die Möglichkeit, einen schwerbehinderten Arbeitnehmer einzusetzen und gesetzesmäßig zu beschäftigen, muss erst einmal erreicht werden. Dieses Interesse ist, nur weil sich ein schwerbehinderter Arbeitnehmer bewirbt, noch nicht bedient. Zudem hat der Arbeitgeber es nicht in der Hand, dass der schwerbehinderte Bewerber die Stelle auch annimmt. Vor Vertragsschluss ist das Interesse am gesetzesmäßigen Beschäftigen daher schwächer als im Arbeitsverhältnis.

Ein erster Ansatz könnte dahin gehen, die Frage und Lüge für zulässig zu erachten. Das BAG betont selbst, dass eine Frage ohne richtige Antwort zur Erfüllung der Pflicht des § 81 SGB IX ausreicht.⁹⁴ Mit dieser Lösung

⁹⁰ Düwell (Fn. 36), § 85 Rn. 24.

⁹¹ Zöllner/Loritz/Hergenröder, Arbeitsrecht, 6. Aufl., München 2008, § 12 I 5; zur Struktur: Jousen, in: BeckOKArbR, Stand: 1.3.2015, § 611 Rn. 67.

⁹² BGH, 27.2.1974 – V ZR 85/72 – NJW 1974, 849, 851.

⁹³ BAG, Urteil vom 7.7.2011 – 2 AZR 396/10 – AP § 123 BGB Nr. 70.

⁹⁴ Zu § 14 SchwbG: BAG, 5.10.1995 – 2 AZR 923/94 – AP § 123 BGB Nr. 40.

ist jedoch niemandem geholfen. Außerdem liefe sie auf eine Notwehr⁹⁵ gegen erlaubtes Verhalten hinaus. Es bleibt dabei, dass Frage und Antwort einheitlich bewertet werden müssen.

Löst man die Fälle wiederum vor dem Hintergrund eines Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, kann die Gewährung eines Fragerechts allein wegen eines legitimen Zwecks nicht ausreichen. Entscheidend ist vielmehr eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung. Setzt man die Interessen in ein Verhältnis, so muss differenziert werden. Es entspricht der Privatautonomie des Arbeitgebers, dieses Interesse herauszubilden. Das Interesse kommt aber letztlich nur dem Arbeitnehmer zugute, weil es sich in der Erfüllung der den Arbeitnehmer schützenden Normen äußert. Insofern weisen die Interessen darauf hin, dass im konkreten Fall die Person des Schwerbehinderten entscheidend sein muss.

Bereits eingangs dieses Beitrags wurde auf die besondere Bedeutung der Selbstbestimmung der Schwerbehinderten nach § 1 SGB IX hingewiesen. § 155 SGB IX hebt die Bedeutung der Information über die Schwerbehinderung hervor. Auch betont die Norm die Entscheidungsbefugnis des Arbeitnehmers: unbefugt handelt, wer ohne Zustimmung des Schwerbehinderten die Information preisgibt.⁹⁶

Zu berücksichtigen sind auch die Konsequenzen für den Arbeitgeber. Insbesondere folgt aus einem Verstoß gegen die Prüfpflicht kein Anspruch auf Einstellung des schwerbehinderten Bewerbers.⁹⁷ Schreibt der Arbeitgeber in die Ausschreibung hinein, dass Schwerbehinderte bevorzugt berücksichtigt würden, so erwächst ihm kein Nachteil, wenn er sich ohne Kenntnis für den Schwerbehinderten entscheidet.⁹⁸

In der Literatur wird darüber hinaus angeführt, dass die ggf. überhöhte Ausgleichsabgabe im Sinne von § 77 SGB IX einen erstattungsfähigen Schaden darstellen kann.⁹⁹ Das ist nicht falsch, übersieht jedoch den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zu Unrecht abgeführter Leistungen.¹⁰⁰ Dieser verschuldensunabhängige Anspruch richtet sich gegen einen öffentlich-rechtlichen Schuldner, den Art. 20 GG zu rechtskonformem Verhalten verpflichtet. Insofern ist dieser Weg für den Arbeitgeber schon wegen § 619a BGB der offensichtlich einfachere und schnellere Weg. Darüber hinaus ist die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht zumindest im Grundsatz auf die Erstattung des Vertrauensschadens begrenzt.¹⁰¹

Das schwache, aber legitime Interesse des Arbeitgebers, die Pflichten aus §§ 71, 81 SGB IX zu erfüllen, kann den Eingriff in die Rechtssphäre des Arbeitnehmers nicht rechtfertigen.

V. Das Fragerecht im bestehenden Vertragsverhältnis

Nach Vertragsschluss treffen den Arbeitgeber zahlreiche Sonderpflichten in Bezug auf den schwerbehinderten Arbeitnehmer. Nunmehr stellt sich die Beschäftigung nicht mehr als Aussicht dar und es greifen sämtliche Pflichten ein; die §§ 85 ff. SGB IX freilich erst nach sechs Monaten (§ 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX):

1. Grundsätzliches

Die Beschäftigung erfüllt fortwirkend die Quote nach § 71 SGB IX. Zur Kontrolle dieser¹⁰² sieht § 80 SGB IX eine Verzeichnis-, Anzeige- und Auskunftspflicht vor – zu dem Problem, dass der Arbeitgeber unter Umständen falsche Daten übermittelt, weil er die genaue Zahl der Schwerbehinderten nicht kennt, besagt die Regelung nichts. Abs. 3 hat jedoch das nicht richtige und nicht vollständige Ausfüllen zum Gegenstand. Jedoch überprüft die Agentur für Arbeit nur, ob die Anzeige schlüssig und stimmig ist.¹⁰³ Nur wenn dies nicht der Fall ist, kann die Agentur für Arbeit im kooperativen Verbund mit dem Integrationsamt die fehlerhafte Anzeige ersetzen.¹⁰⁴ Insofern wird die Schwerbehinderteneigenschaft aufgedeckt.

Als wesentliche weitere Pflicht tritt § 81 Abs. 4 SGB IX hinzu. Der Arbeitgeber soll unter anderem die Fähigkeiten

95 Zu dieser Einordnung des »Rechts zur Lüge«: *Singer/von Finckenstein*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2012, § 123 Rn. 30.

96 *Ritz* (Fn. 39), § 155 Rn. 4.

97 *Knittel*, § 81 Rn. 43.

98 *Düwell* (Fn. 36), § 85 Rn. 28.

99 *Müller-Glöge* (Fn. 81), § 626 Rn. 127a.

100 *Ossenbühl/Cornils*, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013, S. 530 ff.

101 *Joussen* (Fn. 10), 174, 175.

102 *Feldes* (Fn. 39), § 80 Rn. 1.

103 *Kossens*, in: *Kossens/von der Heide/Maaß*, SGB IX, 4. Aufl., München 2015, § 80 Rn. 13.

104 *Feldes* (Fn. 39), § 80 Rn. 9.

und Kenntnisse eines schwerbehinderten Arbeitnehmers möglichst voll verwerten und weiterentwickeln. Er soll ihn bei innerbetrieblichen Maßnahmen der beruflichen Bildung zur Förderung seines beruflichen Fortkommens bevorzugt berücksichtigen und behinderungsgerechte Einrichtung schaffen und unterhalten. Hinzu kommt das Bereitstellen von technischen Arbeitshilfen.

§ 84 SGB IX stellt weitgehende Vorgaben im Hinblick auf die Prävention von Gefährdungen des Arbeitsverhältnisses inklusive das betriebliche Eingliederungsmanagement. § 84 SGB IX selbst stellt kein Verbotsgesetz dar, so dass eine normwidrige Kündigung wirksam ist.¹⁰⁵ Aus dem Regelungssystem folgt, dass die Pflicht nach Vertragsschluss einsetzt.

Die §§ 123 ff. SGB IX regeln weitere Rechte und Pflichten. § 124 SGB IX trifft die Aussage, dass Schwerbehinderte auf ihr Verlangen hin von Mehrarbeit freizustellen sind. § 125 SGB IX gewährt einen Anspruch auf Sonderurlaub. In beiden Fällen ist die Erfüllung von der Kenntnis der Schwerbehinderung abhängig. Jedoch genügt es auch, dass sich der Schwerbehinderte auf seine Schwerbehinderung beruft, wenn die Pflichten erfüllt werden sollen.

Bemerkenswert ist die Einschränkung der Arbeitgeberinteressen. Die Rechtsstellung des Schwerbehinderten geht so weit, dass er die Mehrarbeit nach § 124 SGB IX auch dann ablehnen kann, wenn sie in keinem Zusammenhang zu seiner Behinderung steht.¹⁰⁶ Die Interessen des Arbeitgebers werden hier offensichtlich ausgeblendet.

In dem Moment, in dem es um die Erfüllung der Pflichten geht, wird der Arbeitgeber auch um die Schwerbehinderung wissen. Dies gilt nicht nur für die wichtigen Ansprüche aus § 81 Abs. 4 SGB IX, sondern auch für die Sonderrechte der §§ 122 ff. SGB IX. Eines Fragerechts bedarf es nicht, um die Erfüllung der Pflichten zu ermöglichen. Es ist für den Arbeitgeber zumutbar, auf die Mitteilung des Arbeitnehmers zu warten.

2. Das Fragerecht sechs Monate nach Begründung des Arbeitsverhältnisses

Wie bereits dargestellt, bejaht die Rechtsprechung des BAG ein Fragerecht nach Ablauf der sechs Monate im Sinne von § 90 Abs. 1 Nr. 1 SGB IX. Nunmehr treffen den Arbeitgeber sämtliche Pflichten aus den §§ 68 ff. SGB IX. Hinzu kommt jedoch auch, dass der Arbeitnehmer einen besonderen Schutz vor Kündigungen erhält. Dieser Schutz geht

mit der Präventionsvorgabe des § 84 SGB IX einher und begründet zusammen mit § 81 Abs. 2 SGB IX ein System zugunsten des Arbeitnehmers, welches auf Seiten des Arbeitnehmers zugleich mit einer Verringerung anderweitiger Schutzbedürftigkeit einhergeht.

Führt man die Frage nach der Schwerbehinderung auf den zentralen Punkt der Benachteiligung durch den Verlust des Arbeitsplatzes zurück, so wird deutlich, warum es für das BAG konsequent war, das Fragerecht vor dem Hintergrund von § 241 Abs. 2 BGB zu bejahen. Von der komplexen Abwägung bleibt nur noch das Informationsbewahrungsinteresse auf Seiten des Arbeitnehmers zurück, ohne den Impetus Nachteile wegen der Schwerbehinderung erleiden zu können.

Für eine Besprechung des Urteils kommt dieser Beitrag zu spät; nur so viel: Die Lösung ist sorgfältig begründet, sie ist jedoch für die praktische Handhabung nicht unproblematisch, weil sie von der umfassenden Wirksamkeit der Schutzmechanismen der §§ 81 Abs. 2 und § 85 ff. SGB IX sowie § 612a BGB ausgehen muss. Dass der Arbeitnehmer im Einzelfall faktische Nachteile wegen der Kenntnis hinnehmen muss – mag dies auch ein Ausnahmefall sein – verhindert die Lösung nicht.¹⁰⁷

VI. Zwischenergebnis

Bewertet man die hinter dem Fragerecht stehenden Interessen, so steht alles andere als fest, warum der Eingriff in die Informationshoheit des Arbeitnehmers gerechtfertigt werden soll. Allein das Interesse, einen Schwerbehinderten dem Gesetz entsprechend bis zum Kündigungsschutz zu behandeln, lässt sich auf den individuellen Schutzzweck des SGB IX zurückführen und würde daher das Gegenteil bewirken. Deutlich wird dies insbesondere bei § 81 Abs. 4 SGB IX. Die in der Norm enthaltenen Ansprüche sind Rechte des Arbeitnehmers und dürfen daher nicht zur Begrenzung seiner Rechtsstellung herangezogen werden.

Das Interesse, nach den §§ 85 ff. SGB IX und § 1 Abs. 3 KSchG zu verfahren, kann naturgemäß vor Begründung des Arbeitsverhältnisses keine Rolle spielen. Es wäre widersprüchlich, im Sinne von § 242 BGB ein Einstellungsinter-

¹⁰⁵ Knittel, § 84 Rn. 44 u. 46.

¹⁰⁶ Kossens (Fn. 103), § 124 Rn. 5.

¹⁰⁷ In diese Richtung ebenfalls: Glatzel, NZA-RR 2012, 403, 406.

resse zu bekunden und zugleich ein Lösungsinteresse entsprechend den gesetzlichen Vorschriften innezuhaben.

Generell stellt sich die Frage, ob das Interesse sich ordnungsgemäß zu verhalten, nach oder vor Vertragsschluss im Hinblick auf die Normen des SGB IX unterschiedlich zu gewichten ist. Insofern erklärt sich auch, warum der 8. Senat auf die Rechtsprechung verwiesen hat. Es ist nicht widersprüchlich ein Fragerecht grundsätzlich abzulehnen, es aber sechs Monate nach Bestehen des Arbeitsverhältnisses anzunehmen. Regelmäßig wird in dieser Zeit das Vertrauensverhältnis zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber entstanden sein, auf dessen Grundlage die Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis erfüllt werden können.

Dieses Ergebnis lässt sich auch auf § 32 BDSG stützen. Die Norm wurde gerade im Hinblick auf den Schutz des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts entworfen und nimmt auf die Grundsätze zum Fragerecht Bezug.¹⁰⁸ Der Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes vom 15.12.2010 hat diese Einordnung wiederholt.¹⁰⁹ Wichtig ist jedoch, dass dieser Regelung der Gedanke zugrunde liegt, dass sich die Zulässigkeit einzelner Fragestellungen *nach der Einstellung* in einem Licht darstellt. So spricht die Gesetzesbegründung davon, dass der Arbeitgeber sich nach Begründung des Arbeitsverhältnisses über die Umstände informieren dürfe, um seine vertraglichen Pflichten dem Arbeitnehmer gegenüber zu erfüllen.¹¹⁰

VII. Die dogmatische Einordnung des Fragerechts

Von diesen Grundlagen ausgehend kann nun die rechtliche Ausgestaltung untersucht werden. Das Fragerecht könnte entweder eine faktische Befugnis zu Fragen widerspiegeln oder ein Recht darstellen. Die Preisgabe der Information könnte einer Rechtspflicht oder der Wahrnehmung eigener Interessen entsprechen. Die grundrechtliche Ausgestaltung hat für die einfach-gesetzliche keine Bedeutung. Vielmehr muss auf der Ebene des Fachrechts der Interessengegensatz gerade aufgelöst werden.

Das theoretische Problem klingt schon bei *Enneccerus/Nipperdey* an: die Handlungsfreiheit schafft Handlungsmöglichkeiten. Diese ihn begünstigende Lage fasse der Laie gerne einmal als Recht auf, ein Recht liege aber nur vor, wenn die faktische Macht mit der rechtlich gewährten übereinstimme.¹¹¹ Am Anfang steht außerdem die Erkennt-

nis, dass die Rechtsordnung sich nicht als lückenloses System von gegenseitigen Rechten und Pflichten darstellen lässt.¹¹² Einseitige Rechtspflichten, Obliegenheiten etc. begründen eine offene Rechtsordnung.

1. Die schwache, mittelbare Verwirklichung des Fragerechts

Gegen eine eigene, einfachgesetzliche Rechtsposition des Arbeitgebers spricht bereits die mittelbare Verwirklichung seiner Interessen. Ohne ausdrückliche Regelung im Gesetz wird das Fragerecht in der Regel durch die Generalklauseln des BGB verwirklicht. Bislang wurde die Problematik vorrangig im Rahmen von § 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB diskutiert.¹¹³ In der neueren Entwicklung sind die Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB¹¹⁴ oder eine Pflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB¹¹⁵ hinzugekommen. Hinzu kommt das Datenschutzrecht.

Die mittelbare Verwirklichung des Fragerechts führt nun zu bemerkenswerten systematischen Verwerfungen. Die Anfechtung ist nicht von der falschen Antwort abhängig, sondern auch vom Vorsatz des Bewerbers. Der Vorsatz hat aber für sich keine Auswirkung auf die Interessen des Arbeitgebers. Die Architektur des Rechts führt also dazu, dass die Interessenbewertung »entwertet« werden könnte. Auf der anderen Seite ist der Vorsatz gewiss ein Indiz gegen die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers. In letzter Konsequenz kann es also gar nicht auf das Interesse an der Antwort, sondern auf die Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers ankommen.

108 BT-Drs. 16/13657, S. 21.

109 BT-Drs. 17/4230, S. 15.

110 BT-Drs. 16/13657, S. 21.

111 *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl. Tübingen 1959, S. 430.

112 *Auer*, Der privatrechtliche Diskurs der Moderne, Tübingen 2014, S. 58.

113 BAG, 5.12.1957 – 1 AZR 594/45 – AP § 123 BGB Nr. 2.

114 BAG, 15.11.2012 – 6 AZR 339/11 – AP § 138 BGB Nr. 69; im Mittelpunkt stand nicht die Frage selbst, sondern die auf die »falsche« Antwort folgende Kündigung durch den Arbeitgeber. Es folgte eine bemerkenswerte Ableitungskaskade: Diese Kündigung war nach § 138 BGB unwirksam. Sie war sittenwidrig, weil sie gegen eine Wertvorstellung des Gesetzgebers verstieß. Diese Wertvorstellung erblickte das Gericht im Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Spezialfall des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts gem. Art. 1 Abs. 1 iVm. Art. 2 Abs. 1 GG, wiederum konkretisiert durch die Datenschutzgesetze.

115 BAG, 16.2.2012 – 6 AZR 553/10 – NZA 2012, 555.

2. Das Fragerecht als subjektives Recht

Zunächst kommt eine Einordnung als subjektives Recht in Betracht. Nach der herrschenden Kombinationstheorie bedarf es hierzu jedoch der Rechtsmacht.¹¹⁶ *Enneccerus/Nipperdey* fassten auch die bloße Beherrschung als Rechtsmacht im Sinne der Kombinationsformel auf. Als beherrschbare Objekte benannten sie Sachen oder Geistesprodukte.¹¹⁷ Das Stellen einer Frage ist ein rein faktischer Vorgang. Zwar hat es der Arbeitgeber in der Hand, die Frage zu stellen und auszuformulieren. Die Form der Beherrschung erschöpft sich jedoch im Erfolg des Auspruchs. Es wird anders als bei den Immaterialgüterrechten nichts Beherrschbares geschaffen, allein der Schöpfungsvorgang ist beherrschbar.

Insofern könnte sich das Fragerecht jedoch als Aspekt (Splitter) eines subjektiven Rechts darstellen. *Wolf/Neuner* haben für eine aus einem subjektiven Recht abgeleitete Rechtsstellung den Begriff der Befugnis geprägt.¹¹⁸ Diese Einordnung passt »besser« auf das Fragerecht, weil es sich in der Bewerbungskonstellation aus dem aus der Vertragsfreiheit abgeleiteten Informationsinteresse speist. Insofern wäre die Vertragsfreiheit mit der Rechtsmacht, Verträge für und gegen sich zu begründen, das subjektive Recht und das Fragerecht »nur« eine Befugnis. Anders als bei der Nutzungsfunktion des Eigentums im Sinne von § 903 BGB hat der Gesetzgeber jedoch auf eine rechtliche Anerkennung verzichtet. Die mittelbare Verwirklichung deutet vielmehr in die andere Richtung.

Davon ausgehend wird die Vertragsfreiheit als Grundlage des Fragerechts herangezogen.¹¹⁹ So leitet *Riesenhuber* aus der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit eine grundsätzliche Informationserhebungsbefugnis ab.¹²⁰ Jedoch trifft die Vertragsfreiheit keine Aussage über die Zulässigkeit der konkreten Frage.

Die Vertragsfreiheit steht auf beiden Seiten. Sie legitimiert zum Abschluss des Vertrags. Sie trifft aber keine Aussage über eine Pflicht der anderen Partei, wahrheitsgemäß zu antworten. In der Logik des Vertragsschlusses müsste der Arbeitnehmer, wollte er die Frage nicht beantworten, die Verhandlungen abbrechen. Diese Extremlösung ist nicht interessengerecht, weil die erfragte Information eben mehr oder weniger Bedeutung für das Arbeitsverhältnis haben kann.

Eine auf Handlungsfreiheit basierende Rechtsordnung gewährt dem Menschen Freiheiten bzw. Möglichkeiten.

Damit ist aber noch nichts über die Erlaubnis oder das Recht gesagt, seinen Willen in eine bestimmte Richtung gegenüber anderen Personen zu betätigen. Im Ergebnis fehlt es an einer tragfesten Verbindung des Fragerechts zur Vertragsfreiheit in Form eines materiellen Kriteriums. Es bleibt bei der faktischen Möglichkeit über die Frage, den Vertragsinhalt zu gestalten. Das Handeln legitimiert sich aus der Vertragsfreiheit, verrechtlicht ist es dadurch nicht. Zudem sind Frage und Antwort flüchtig, so dass es schwer fällt, die Rechtsallokation an den typischen, anerkannten Rechten und Rechtsgütern zu orientieren.

3. Die Verarbeitung der Zulässigkeit der Frage

Die Anforderungen an ein subjektives Recht sind spezifisch und bilden nicht jedes mögliche Recht der deutschen Rechtsordnung ab.¹²¹ Mit der Freiheitssicherungsfunktion von Recht geht einher, dass Interessen geschützt werden und realisiert werden können.¹²² Das Interesse an der Information und die Frage werden geschützt, wenn kein Verbot besteht.

Die Rechtsprechung besiegelt diese Verrechtlichung mit dem Prädikat »zulässig«.¹²³ Der Arbeitnehmer muss auf zulässigerweise gestellte Fragen antworten. Damit wird bereits die Fragestellung an sich durch die Rechtsprechung der Bewertung durch das Recht unterstellt.

Die Bezeichnung als Fragerecht ist daher vielmehr eine Chiffre für die Zulässigkeit und Unzulässigkeit der Fragestellung; maW. ob die Frage verboten oder erlaubt ist. In der Rechtstheorie erklärt sich die Erlaubnis bereits aus dem Fehlen von Verboten.¹²⁴ In diese Richtung weisen auch die Formulierungen in §§ 28, 32 BDSG.

116 Allgemein: *Köhler*, BGB AT, 37. Aufl., München 2013, § 17 Rn 5.

117 *Enneccerus/Nipperdey* (Fn. 111), S. 440.

118 *Wolf/Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl., München 2012, § 19 Rn. 22.

119 *Koppenfels-Spies* (Fn. 11), 43; *Ehrich*, DB 2000, 421; ausführlich: *Buchner*, in: *MünchArbR*, § 30, Rn. 1 ff., 3. Aufl., München 2009; *Linnekoehl*, AuR 1983, 129, 130 f.; *Joussen* (Fn. 10), 174, 176; *Preis* (Fn. 81), § 611 Rn. 271.

120 *Riesenhuber*, NZA 2012, 771, 772.

121 Vgl. auch die Darstellung bei: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 7. Aufl., München 2013, Rn. 63 ff.

122 *Zippelius*, Das Wesen des Rechts, 6. Aufl., Stuttgart 2012, S. 41.

123 Vgl. zur Terminologie: BAG, 20.3.2014 – 2 AZR 1071/12 – NZA 2014, 1131, 1133 f.

124 *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl., Köln 2008, S. 192 mit dem Hinweis, dass ansonsten die Erlaubnis den Fall bezeichnet, dass ein Verbot eingeschränkt wird. Das muss sich jedoch nicht ausschließen.

Die Kategorie »zulässig« und »unzulässig« ermöglicht dogmatisch keinen Schluss auf eine Rechtsposition. Zwar lässt sich den Kategorien die Erlaubnis oder das Verbot zur Vornahme der Frage entnehmen. Über die Rechtsposition des Fragenden treffen sie keine Aussage. Heute ist weitgehend anerkannt, dass allein aus Freiheit und Interesse nicht auf ein Recht geschlossen werden kann.¹²⁵

4. Auskunftsanspruch?

Nach den bisherigen Erkenntnissen kommt auf der Seite des Arbeitgebers nunmehr nur noch ein Auskunftsanspruch im Einzelfall gemäß den allgemeinen Grundsätzen in Betracht. Jedoch müsste dieser gerade der Bewerbungssituation Rechnung tragen und genau das erscheint wegen des punktuellen Kontakts nicht interessengerecht.¹²⁶

5. Pflicht oder Obliegenheit?

Damit kommt als »rechtliche Lösung« nur eine einseitige Pflicht oder – darunter – eine Obliegenheit in Betracht. So löst *Linck* die Problematik allein über die Pflichten des Arbeitnehmers.¹²⁷ *Husemann* etwa vertritt, dass vor der Begründung des Arbeitsvertrags und in den ersten sechs Monaten eine Obliegenheit, danach eine Rechtspflicht auf Seiten des Arbeitnehmers besteht.¹²⁸

Die ältere dogmatische Grundlage des BAG, der Grundsatz von Treu und Glauben nach § 242 BGB, führt seit der Schuldrechtsmodernisierung zu § 241 Abs. 2 BGB. Zwischen Arbeitgeber und Bewerber entsteht ein vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB, welches die Wirkung von § 241 Abs. 2 BGB herbeiführt. Nach Vertragsschluss bewirken der Arbeitsvertrag und das Arbeitsverhältnis diese Rechtsfolgen. Dieser Ansatz trägt den Interessen des Arbeitgebers Rechnung, auf sie ist Rücksicht zu nehmen.

Eine Obliegenheit hat einen der Rechtspflicht vergleichbaren Kern. Die Rechtsordnung gibt eine Verhaltensanweisung. Doch blendet die Obliegenheit demgegenüber fremde Interessen aus und konzentriert sich stattdessen allein auf die Interessen des Verpflichteten.¹²⁹ Die Obliegenheit besteht daher im eigenen Interesse mit dem Resultat, dass eine Obliegenheitsverletzung dazu führt, dass die eigenen Interessen dann von der Rechtsordnung nicht mehr geschützt werden.

Die Figur der Obliegenheit passt jedoch nicht auf die »Pflicht« zur Beantwortung der Frage. Dies wird für die Frage nach der Schwerbehinderung besonders deutlich anhand des Kündigungsschutzes nach § 85 SGB IX. Schon zu § 14 Schwerbeschädigtengesetz hat das Bundesarbeitsgericht 1957 entschieden, dass dieser Schutz dem Arbeitnehmer auch ohne Kenntnis des Arbeitgebers zukommen soll.¹³⁰ Die Klarstellung war deshalb entscheidend, weil es denkbar war, das Einleiten des vorgesehenen Verfahrens von der Kenntnis abhängen zu lassen. Ohne Kenntnis hat der Arbeitgeber keine Veranlassung, die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle einzuholen. Das Gericht betonte die unterschiedslose Regelung und den Schutzzweck der Norm. Der Schwerbeschädigte sollte im Hinblick auf seine Beschädigung und ihre Folgewirkungen für das Berufs- und Wirtschaftsleben geschützt werden.¹³¹

Die Mitteilung über die eigene Schwerbehinderung ist zudem eine persönliche Entscheidung und Wahrnehmung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung. Mit dieser Grundannahme verträgt sich die Einordnung als Obliegenheit ebenfalls nicht. Denn der Vorwurf würde dann als Verschulden gegen sich selbst artikuliert. Es liegt aber gerade in der persönlichen Freiheit, die Entscheidung zu treffen. Insofern ist die Einordnung als Obliegenheit bei persönlichkeitsrechtsrelevanten Aspekten gänzlich schief.

Vor dem Hintergrund dieses Ergebnisses sollte nicht übersehen werden, dass es auch bei einer Nicht-Pflicht Sache des Bewerbers bzw. Arbeitnehmers bleibt, die Information mitzuteilen. Dazu bedarf es der Figur der Obliegenheit nicht.

VIII. Zusammenfassung und Ergebnisse

Die Terminologie als Fragerecht hat die Diskussion und die Verteilung der Ausgangspunkte in negativer Weise geprägt. Geht man von einem Fragerecht aus, so bedarf es

125 Anschaulich: *Auer* (Fn. 112), S. 57.

126 Vertiefend: *Husemann*, RdA 2014, 16, 21.

127 *Linck*, in: *Schaub* (Fn. 64), § 26 Rn. 1 u. 8 ff.

128 *Husemann*, RdA 2014, 16, 25.

129 Zum Ganzen: *Olzen* (Fn. 95), § 241 Rn. 120 ff.

130 BAG, Urteil vom 3.1.1957 – 2 AZR 281/56 – AP § 14 SchwBeschG Nr. 4.

131 BAG, Urteil vom 3.1.1957 – 2 AZR 281/56 – AP § 14 SchwBeschG Nr. 4, Bl. 540.

nur eines dieses Recht legitimierenden Interesses im Einzelfall.

Die allgemeine Zivilrechtsdogmatik erkennt an, dass der Inhaber der Information grundsätzlich zu schützen ist und die Herausgabe der Information gesondert gerechtfertigt werden muss. Grundlage von Informationsrechten ist die Annahme, dass keine allgemeine Aufklärungspflicht besteht und es die Aufgabe jeder Person sei, sich wichtige Informationen selbst zu beschaffen.

Die Information, ob eine Schwerbehinderung vorliegt oder nicht, ist nicht für die Begründung des Vertrags, sondern allenfalls für die Durchführung des Vertrags »wesentlich«. Vor Vertragsschluss besteht weder eine Pflicht, von sich aus auf den Status hinzuweisen, noch auf die Frage wahrheitsgemäß zu antworten.

Das Informationsinteresse bzw. das Interesse, sich rechtskonform zu verhalten, ist erst sechs Monate nach Begründung des Arbeitsvertrags stark genug, um über-

haupt eine von der Frage abhängende Pflicht zu begründen, auf die Frage nach der Schwerbehinderung zu antworten. Zum einen erhält der Arbeitnehmer zusätzlichen Schutz durch die §§ 85 ff. SGB IX und das KSchG. Zum anderen hat sich in der Regel ein Vertrauensverhältnis aufgebaut, welches dem Arbeitnehmer die wahrheitsgemäße Antwort oftmals zumutbar macht.

Ein Fragerecht im Sinne einer durch die Rechtsordnung zugewiesenen Rechtsposition besteht nicht. Das Recht antizipiert die Frage nicht in Form eines Rechts, sondern lässt auf die Frage als rein faktischer Vorgang eine Auskunftspflicht folgen. Von der Struktur der Wirkung der Auskunft lässt sich im Übrigen nicht von einer Obliegenheit sprechen.

Diesen Ergebnissen lässt sich dadurch Rechnung tragen, dass man von einem »Fragerecht« spricht. Auch wenn die Bezeichnung dogmatisch unzutreffend ist, hat sie »ohne Frage« einen kategorischen Wert als Stichwort.

The European Convention on Human Rights and the Employment relation

Filip Dorssemont, Klaus Lörcher und Isabelle Schömann, 2013, Hart Publishing, Oxford and Portland, 482 S. (ISBN 978-1-84946-338-6), 63 €

EMRK und Arbeitsverhältnis? Wenn man sich mit Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen beschäftigt, ist die EMRK wahrscheinlich nicht gerade das erste, woran man denkt. Indes zu Unrecht, wie uns die 16 Autoren von »The European Convention on Human Rights and the Employment relation« eindringlich vor Augen führen, denn – so im Schlusswort – »this book clearly demonstrates that many [...] Convention rights can be relevant to labour related cases« (S. 428).

Dieses Fazit wird durch die zunehmende Relevanz des Arbeitsvölkerrechts in der juristischen Praxis und wissenschaftlichen Auseinandersetzung untermauert.

Das Buch ist das Ergebnis zweier Seminare des »Transnational Trade Union Rights-Network (TTUR)«, dem international anerkannte Arbeitsrechtsexperten angehören. Anlass für die Seminare – und damit auch für das Buch – war das rechtsmethodisch bahnbrechende *Demir*-und-*Baykara*-Urteil¹ des EGMR aus dem Jahr 2008: »The impact of this new methodology, embodied in the *Demir* and *Baykara* judgment, constitutes the momentum leading to this book, a book providing the opportunity to revisit the substance of the ECHR relevant to the employment relationship« (S. 418). Vor diesem Hintergrund also soll ausgelotet werden, welches Potential die EMRK für den Arbeitnehmerschutz entfalten kann, soweit sie gemäß der sog. *Demir*-und-*Baykara*-Methode interpretiert wird.

Das Werk besteht primär aus zwei Teilen. Der erste Teil, »General Part« (Kapitel 1–5, S. 3–139), behandelt allgemeine Fragen zu EMRK und EGMR. Der zweite Teil, »Analysis of the EHCR« (Kapitel 6–15, S. 143–414), widmet sich den einzelnen Grundrechten der EMRK in einem spezifisch arbeitsrechtlichen Kontext. Abgerundet wird das Werk durch die »Conclusions« der Herausgeber (Kapitel 16).

Im General Part bildet das *Demir*-und-*Baykara*-Urteil mit dem von Lörcher verfassten Kapitel »The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR): The *Demir* and *Baykara* Judgment, its Methodology and Follow-Up« (S. 3–46) den Ausgangspunkt des Buches. Nach der *Demir*-und-*Bayka-*

ra-Methode kann bzw. muss der EGMR, wenn er die Bedeutung des Wortlauts und der Begriffe in den Konventionsvorschriften bestimmt, auch die Grundsätze in anderen völkerrechtlichen Vereinbarungen, ihre Auslegung durch die zuständigen Institutionen und die Praxis der europäischen Staaten berücksichtigen. Lörcher beschreibt diese Methode insoweit zu Recht als einen »important step forward towards a more systematic and less fragmented consideration of developments in international law for international purposes, underlining the importance of the principles of the indivisibility of human rights« (S. 46). Hierdurch werden die Rechtsquellen des Arbeitsvölkerrechts – insbesondere die ESC und ILO-Übereinkommen – erheblich aufgewertet. Nach der detaillierten Untersuchung der methodischen Vorgehensweise des EGMR wendet sich Lörcher der Anwendung der Methode in der Rechtsprechung des EGMR im »social field« zu (S. 21 ff.). Diese Untersuchung ist besonders zu begrüßen, da Methodentreue zur Vorhersehbarkeit und Klarheit des Rechts führt. Dass die *Demir*-und-*Baykara*-Methode allerdings, wie vom Autor wohl implizit gefordert, in jedem Fall angewendet werden muss, scheint nicht zwingend. Sinnvoll ist das sicherlich, soweit sich neue Auslegungsfragen stellen oder eine Rechtsfortbildung im Raum steht. In anderen Fällen hingegen kann eine solche Referenz aus guten Gründen auch entbehrlich sein. Zudem ist zu bedenken, dass umfangreiche rechtsvergleichende Untersuchungen erhebliche Ressourcen beanspruchen, die dem EGMR bekanntermaßen nicht zur Verfügung stehen.

Das zweite Kapitel ist dem Beitritt der EU zur EMRK gewidmet (»A Twenty-First-Century Procession of Echter-nach: The Accession of the EU to the European Convention on Human Rights«, Kapitel 2, S. 47–59). Darüber hinaus haben sich auch in den einzelnen Kapiteln viele Autoren mit diesem Beitritt auseinandergesetzt. Durch das aktuelle Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt wurde der Beitrittsprozess jedoch erst kürzlich überraschenderweise für unabsehbare Zeit auf Eis gelegt.² Diese Problematik konnte selbstverständlich nicht mehr berücksichtigt werden. Dadurch haben das zweite Kapitel sowie die Kommentare der Autoren leider an Aktualität verloren. Dies ist

1 EGMR, 12.11.2008 – 34503/97 – NZA 2010, 1425-1431 (*Demir* und *Baykara*/Türkei).

2 EuGH, 18.12.2014 – Gutachten 2/13 – abrufbar unter <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160882&doclang=DE> (5.6.2015).

umso bedauerlicher, als dass bei den Autoren Einigkeit darüber besteht, dass der Beitritt der EU zur EMRK den Schutz der Menschenrechte verstärken würde. So führen zB. *Hendrickx* und *van Bever* in Bezug auf das Recht des Arbeitnehmers auf Privatsphäre aus: »The EU's accession to the ECHR has the potential to reinforce the level of protection of privacy and data protection in the employment context. In short, a more consolidated approach in the European fundamental rights framework is possible and this may imply an advance towards a more progressive (ie. more protective) view on employee privacy« (S. 208). *Herzfeld Olsson* beantwortet die von ihr in ihrem Kapitel bezüglich der Eigentumsfreiheit gestellte Frage, »Will EU Accession to the ECHR strengthen the Right to Property within the EU Legal Order?«, mit: »The answer to the question in the heading above is likely to be ›yes‹. Even though the obligation to safeguard that its activities do not violate any already-existing rights in the ECHR, EU accession would probably strengthen the incentive to make a proper assessment« (S. 414). Ein gewisses Trostpflaster stellt in diesem Zusammenhang Art. 52 Abs. 3 der EU-Grundrechtecharta dar, nach dem bereits de lege lata bestimmte Rechte der EMRK als Mindestschutzstandard in die EU-Grundrechtecharta inkorporiert sind.³

Mit Problemen, die der EGMR in Zukunft zu bewältigen hat, setzt sich *Lörcher* im vierten Kapitel (»The Future of the European Court of Human Rights in the Light of the Brighton Declaration«, S. 93–104) auseinander. Interessant ist dabei insbesondere die Frage, wie es der EGMR in Zukunft trotz großer Auslastung schaffen kann, über Verfahren innerhalb »angemessener Frist« zu verhandeln. Eine Pflicht, die die EMRK einerseits den nationalen Gerichten auflagt (Art. 6 Abs. 1 EMRK), die andererseits vom EGMR selbst aber häufig nicht eingehalten wird (S. 94). Inwieweit die in der Brighton Declaration unterbreiteten Lösungsvorschläge geeignet sind, die Probleme beim EGMR zu lösen, wird die Zukunft weisen. Wichtig wird allerdings sein, dass sich der EGMR beim Menschenrechtsschutz nicht zu sehr auf ein »self-restraint« verpflichten lässt.

Besonders hervorzuheben ist ferner das von *John Hendy* verfasste dritte Kapitel (»Procedure in the European Court of Human Rights«, S. 61–91). Der Autor legt hier einen Fokus auf das Prozessrecht des EGMR im Zusammenhang mit Verfahren, die Gewerkschaftsrechte betreffen. Soweit ersichtlich ist dieser Ansatz einmalig. Behandelt wird etwa, wie man Unzulässigkeitsentscheidungen nach Art. 35 Abs. 2

lit. b) EMRK wegen Mehrfachbefassung durch Internationale Gremien verhindert (S. 65 ff.). Oder wie Gewerkschaften in den Verfahren Drittinterventionen anbringen können (S. 86 ff.). Das Kapitel zeigt, dass sich das Buch auch an Gewerkschaftsrechtspraktiker richtet. Gerade diesen soll das Werk dahingehend eine Hilfestellung geben, die mögliche Verletzung von EMRK-Rechten in einem Rechtsstreit geltend zu machen (S. 428). Der Schutz von Menschenrechten sei insbesondere in Zeiten der Wirtschaftskrise von herausragender Bedeutung, da krisenbedingte Kürzungen, namentlich im Bereich des Sozialschutzes, mit den in der EMRK gewährten Rechten kollidieren könnten. Vor allem mit dem Kapitel von *Hendy* wird das Buch dem eigenen Anspruch der Autoren gerecht, Wissenschaft mit (gewerkschaftlicher) Praxis zu verbinden (S. 428).

Der zweite Teil des Buches setzt sich mit den verschiedenen Gewährleistungen der EMRK und insbesondere deren Einfluss auf das Arbeitsrecht auseinander. Dabei sind gleich drei Kapitel den verschiedenen Facetten der Koalitionsfreiheit (»Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit Art. 11 EMRK«) gewidmet – dem Recht, das die offensichtlichsten (und vielleicht auch die bedeutendsten) Auswirkungen auf das Arbeitsrecht hat. Dazu gehört das originäre Koalitionsrecht (»The right to Form and Join Trade Unions Protected by Article 11 ECHR«, Kapitel 11, S. 287–308, von *Van Hiel*), das Recht auf Kollektivverhandlungen (»Article 11 ECHR: The Right to Bargain Collectively under Article 11 ECHR«, Kapitel 12, S. 309–332, von *Antoine Jacobs*) und das Recht, Kollektivmaßnahmen zu ergreifen (»The Right to Take Collective Action under Article 11 ECHR«, Kapitel 13, S. 333–365, von *Filip Dorsssemont*). *Van Hiel* setzt sich in ihrem Kapitel zum Koalitionsrecht kritisch mit der Rechtsprechung des EGMR zur negativen Koalitionsfreiheit auseinander (S. 289 ff.). Ihrer Ansicht nach wird der negative Gehalt der Koalitionsfreiheit zu Lasten der positiven Komponente überbewertet. Das überzeugt vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte des Koalitionsrechts. *Sinzheimer* hatte hierzu bereits 1927 ausgeführt: »Der Begriff Koalitionsfreiheit ist geschichtlich in den Kämpfen um die Erlangung der Koalitionsfreiheit erwachsen, in denen nicht um das Recht gestritten wurde, sich nicht koalieren zu müssen, sondern um das Recht, sich koalieren zu dürfen.«⁴ In letz-

³ *Heuschmid*, SR 2014, 1 ff.

⁴ *Sinzheimer*, Grundzüge des Arbeitsrechts, 2. Aufl., Jena 1927, S. 81.

ter Zeit sieht *Van Hiel* in der Rechtsprechung des EGMR insbesondere auch aufgrund der Anwendung der *Demir- und-Baykara*-Methode positive Entwicklungen, die perspektivisch auch Auswirkungen auf das Unionsrecht haben könnten (S. 308). Wie darüber hinaus *Dorssemont* in seinem Kapitel herausarbeitet, werden analog zur deutschen Rechtslage (Art. 9 III GG) auch auf der Ebene der EMRK die wichtigsten Betätigungsrechte der Gewerkschaften aus der Gewährleistung der Koalitionsfreiheit abgeleitet (S. 333 ff.). Nicht nur vor diesem Hintergrund ist die im *Enerji Yapi-Yol Sen*-Urteil⁵ des EGMR getroffene Aussage, dass ein generelles Beamtenstreikverbot im türkischen Recht gegen Art. 11 EMRK verstößt, von größter Bedeutung (S. 350 f.). So wurde etwa das ebenfalls in Deutschland bestehende undifferenzierte Beamtenstreikverbot im Nachgang an die Entscheidung des EGMR infrage gestellt.⁶ Zuletzt hat das BVerwG judiziert, dass das statusbezogene Verbot nach Art. 33 Abs. 5 GG und die funktionsbezogenen Gewährleistungen nach Art. 11 EMRK in Bezug auf Beamte, die außerhalb der genuinen Hoheitsverwaltung eingesetzt sind, inkompatibel sind.⁷

Abgesehen davon weisen auch andere Menschenrechte einen klaren Bezug zum Arbeitsrecht auf. So werden im Kapitel zur Meinungsfreiheit (Art. 10 EMRK), »The Right to Freedom of Expression in the Workplace under Article 10 ECHR« (Kapitel 10, S. 237–286), ua. hochaktuelle Themen wie Whistleblowing (S. 269 ff.) oder neue Medien (S. 281 ff.) behandelt. Auch die Fragen, die sich im neunten Kapitel, »Freedom of Religion and Belief, Article 9 ECHR and the EU Equality Directive« (S. 209–235), bzgl. der Vereinbarkeit von Religionsfreiheit und Arbeitsrecht stellen, sind bekannt: Kann ein kirchlicher Arbeitgeber einen Arbeitnehmer wegen Ehebruchs, Scheidung, sexueller Orientierung, Kirchenaustritt oder Kritik am Abtreibungsverbot kündigen? Darf eine muslimische Lehrerin während des Unterrichts ein Kopftuch tragen? Darf ein Arbeitnehmer während der Arbeitszeit beten? Deutlich wird aber auch, dass selbst bei Menschenrechten, bei denen das auf den ersten Blick eventuell weniger eindeutig ist, ein Zusammenhang zum Arbeitsrecht besteht. So analysieren *Hendrickx* und *van Bever* das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) in Bezug auf das Arbeitsrecht, »Article 8 ECHR: Judicial Patterns of Employment Privacy Protection« (Kapitel 8, S. 183–208). Gerade in den letzten Jahren wurden über die weite Auslegung von Art. 8 EMRK durch den EGMR zahlreiche arbeitsrechtliche

Sachverhalte überprüft. So entnimmt der EGMR Art. 8 ua. auch das Recht auf Kündigungsschutz. Aktuell diene dem Gerichtshof die Norm dazu, die Nichtverlängerung eines befristeten Vertrages zu überprüfen.⁸

Bei der Analyse der einzelnen Menschenrechte und deren Einfluss auf das Arbeitsrecht fassen die Autoren allerdings nicht nur die Rechtsprechung des EGMR zusammen. Vielmehr ist ihr Anspruch, die Rechtsentwicklung auch im Lichte der *Demir- und-Baykara*-Methode zu bewerten. Zwangsläufig führt dies an verschiedenen Stellen zu Kritik und Verbesserungsvorschlägen für die Rechtsprechung des EGMR.

So kritisieren *Vorhoof* und *Humblet*, dass der EGMR die Meinungsfreiheit der Arbeitnehmer nicht weitgehend genug schütze: »We on our part too cannot avoid the impression that the Court does not have (enough) regard for the context of collective disputes or for the militant and, at times, sarcastic humour characteristic of trade union militancy and freedom of expression. [...] [C]riminal convictions for defamation because employees or trade unionists have criticised or offended the employer are to be considered on most cases, if not in all cases of labour conflicts and social disputes, as disproportionate sanctions. [...] An additional element of concern is the severe and disproportionate character of a dismissal, of which the impact for the employee or civil servant is not always sufficiently taken into consideration. [...] It is accepted all too easily in other cases that a dismissal of an employee due to the use of his or her right of freedom of expression reflects a pressing social need and is a necessity in a democratic society. [...] Accepting the legitimate and justified character of a dismissal of an employee as an interference with his or her right of freedom of expression risks curtailing that right itself and stifling freedom of expression in the workplace and in the employment relationship« (S. 285 f.).

Verbesserungsvorschläge werden zB. von *Dorssemont* und *Jacobs* in ihren jeweiligen Kapiteln zur Koalitionsfreiheit geäußert. So schlägt *Dorssemont* für die Fälle der Diskriminierung von Gewerkschaftsmitgliedern eine Beweislastumkehr vor: »The concept of discrimination could

⁵ EGMR, 21.4.2009 – Nr. 68959/01 – AuR 2009, 274 f.

⁶ *Schlachter*, RdA 2011, 341 ff.

⁷ BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1.13 – BVerwGE 149, 117-139, Rn. 56 ff.

⁸ *Heuschmid*, AuR 2014, 221 f.

prompt the court in the future to accept a reversal of the burden of proof once certain facts allow the strong presumption that the exercise of the managerial prerogative could have been inspired by an intent to discriminate. [...] The necessity to introduce such a reversal of the burden of proof also becomes apparent for another reason. Employers do not need to have recourse to formal disciplinary sanctions in order to dissuade workers from forming and/or joining a union. »Routine« exercise of the managerial prerogative can be sufficient to dissuade workers in this respect« (S. 362 f.). *Jacobs* spricht sich im Zusammenhang mit dem Recht auf Kollektivverhandlungen für eine Pflicht der Arbeitgeber aus, mit Gewerkschaften zu verhandeln, – ein Vorschlag, der sich allerdings weniger an den EGMR als vielmehr an die Gesetzgeber richtet: »Personally I am in favour of a general obligation for employers to bargain with the unions in the relevant bargaining unit, even at a European level, though I think that it is up to the legislature and not the courts to make such an inroad into the freedom of contract« (S. 326 f.). Bei Letzterem hilft allerdings das einschlägige Arbeitsvölkerrecht nicht weiter,

da weder der ILO-Sachverständigenausschuss noch der Ausschuss für Soziale Rechte der ESC bislang eine solche Pflicht anerkannt haben.

Die Kritik verdeutlicht, dass es Ziel des Buches (und des Expertennetzwerks) ist, Arbeitnehmerrechte zu stärken und dadurch ein faires Arbeitsrecht zu sichern. Dieses Ziel wird erreicht: Die Autoren zeigen, dass Menschenrechten eine überragende Bedeutung zukommt – nicht nur auch, sondern gerade in Bezug auf das Arbeitsverhältnis. Dabei wird auch deutlich, wie wichtig die EMRK für die künftige Weiterentwicklung des Arbeitsvölkerrechts ist.

Den Herausgebern und Autoren ist mit »The European Convention on Human Rights and the Employment relation« eine hervorragende Analyse von Theorie und forensischer Praxis des arbeitsrechtlichen Gehalts der EMRK gelungen, die seinesgleichen sucht und an der niemand vorbeikommt, der sich mit Arbeitsvölkerrecht befasst. Nicht nur deswegen ist dem Werk eine weite Verbreitung zu wünschen.

*Dr. Johannes Heuschmid/
Laura Krüger*

Zusammenfassungen

Udsching: Grundkonzeptionen des SGB II

SR SR 3/2015, S. 77–85

Nach mehr als einer Dekade Grundsicherung für Arbeitsuchende zieht der Autor eine Bilanz. Dabei entfaltet er die konzeptionellen Strukturen, zeichnet die Gesetzgebungsgeschichte nach und ordnet verschiedene Institute in das Gesamtsystem ein.

Knickrehm/Rott: Energetische Sanierung versus Sozialschutz: Zum Zusammenspiel von Mietrecht und SGB II

SR SR 3/2015, S. 86–98

Die Autoren zeigen auf, dass die mietrechtlichen Erleichterungen energetischer Sanierungen vermutlich dennoch für Vermieter nicht attraktiv sind, soweit der Wohnraum von Leistungsempfängern nach dem SGB II bewohnt wird. Rechtspolitisch sei insoweit eine staatliche Förderung sinnvoll.

Klocke: Das Fragerecht des Arbeitgebers – allgemeine Grundlagen und konkrete Ausgestaltung in Bezug auf eine (Schwer)Behinderung

SR SR 3/2015, S. 99–115

Der Autor untersucht die dogmatischen Grundlagen eines »Fragerechts« des Arbeitgebers. Er trennt zwischen der Vertragsanbahnungs- und der -durchführungsphase und wendet sich dagegen, Informationsbedürfnisse des Arbeitgebers, die erst bei Vertragsdurchführung bestehen, bereits zur Legitimierung der Frage bei der Vertragsanbahnung heranzuziehen.

Abstracts

Udsching: Fundamental principles of the basic protection for unemployed persons according to the Social Code II

SR SR 3/2015, p. 77–85

After more than 10 years of basic protection for unemployed persons the author draws a balance. He shows fundamental principles, describes the evolution of the law and classifies different institutions into the conceptual structures.

Knickrehm/Rott: Energetic restoration vs. social protection: Interactions between rental law and Social Code II

SR SR 3/2015, p. 86–98

The authors describe the new law on energetic restoration of flats. They come to the conclusion that these are not attractive for lessors if the tenant gets benefits from the basic system. As they summarise government aid would be useful in terms of legal policy.

Klocke: The right to information – general basis and concrete elaboration with concern to disabilities

SR SR 3/2015, p. 99–115

The author examines the dogmatic foundation of a »right« of the employer to ask the employee about information he is interested in. He differentiates between the bargaining situation and the implementation of a contract. He opposes to legalise questions from the employer in the bargaining situation which are first required for the performance of the contract.

Vorschau | In der nächsten Ausgabe »Soziales Recht« lesen Sie:

Abhandlungen

- *Egils Levits: Richterrecht und Gesetzesbindung (unionsrechtliche Perspektive)*
- *Brun-Otto Bryde: Richterrecht und Gesetzesbindung (verfassungsrechtliche Perspektive)*
- *Markus Roth: Beschäftigung als geldpolitisches Ziel der Europäischen Zentralbank*

Rezensionsaufsätze

- *Clemens Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (Hartmut Oetker)*
- *Henning Großkreutz/Eva Kocher ua., Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie (Marita Körner)*
- *Peter Masuch/Wolfgang Spellbrink ua., Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats, Denkschrift 60 Jahre BSG, Bd. 1 (Felix Welti)*