

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit

**HSI**  
Hugo Sinzheimer Institut  
für Arbeits- und Sozialrecht

## Editorial

18. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht: Qualifizierung und Weiterbildung als  
Kernfrage in einer sich verändernden Arbeitswelt

*Hansjörg Otto* ..... Seite **133**

## Abhandlungen

Das Sozialrecht als Flankierung für betriebliche Qualifizierung  
und Weiterbildung

*Karl-Jürgen Bieback* ..... Seite **136**

Der betriebsverfassungsrechtliche Rahmen für Qualifizierung  
und Weiterbildung

*Maren Rennpferdt* ..... Seite **149**

Europa und seine soziale Dimension – Meilensteine, Entwicklungen  
und Perspektiven

*Dagmar Oppermann* ..... Seite **157**

## Rezensionsaufsätze

Julian Stasek,  
Die Einstellung behinderter Menschen – Zwischen Beschäftigungspflicht  
und angemessenen Vorkehrungen

*Rüdiger Krause* ..... Seite **171**

# Neues beim Mindestlohn



Lakies

## Mindestlohngesetz

Basiskommentar zum MiLoG

5., aktualisierte Auflage

2021. 462 Seiten, kartoniert

€ 39,90

ISBN 978-3-7663-7081-5

[www.bund-verlag.de/7081](http://www.bund-verlag.de/7081)

Der Kommentar erläutert das Zusammenwirken von Mindestlohngesetz (MiLoG) und Branchen-Mindestlöhnen anschaulich und abgestellt auf die Bedürfnisse der Praxis. Das Thema »Corona/Covid-19-Pandemie und Mindestlohn« wird in einem eigenen Abschnitt (§ 1 MiLoG Rn. 133) zusammenfassend erörtert. In der Neuauflage sind zudem die Entwicklungen des Mindestlohns in der Praxis und die aktuelle Rechtsprechung umfassend dargestellt.

### Schwerpunkte der Kommentierung sind:

- Für wen gilt der allgemeine Mindestlohn?
- Gibt es Ausnahmen vom Mindestlohn?
- Welche Arbeitszeiten sind zu vergüten?
- Was ist mit Fahrten zu außerbetrieblichen Arbeitsstellen, Fahrten zu Kunden, Lenk-, Lade-, Stand-, Wartezeiten, Reisezeiten, Wasch- und Umkleidezeiten?
- Was ist mit Arbeitsbereitschaft, Bereitschaftsdienst und Rufbereitschaft?
- Können Zuschläge, Prämien und Zulagen auf den Mindestlohn angerechnet werden?
- Können die Arbeitnehmer auf den Mindestlohn verzichten?
- Wie wird der Mindestlohn kontrolliert und durchgesetzt?
- Für wen gelten die Branchen-Mindestlöhne? Was ist hier zu beachten?

### Soziales Recht

4/2021

ISSN 2193-5157

Juli 2021, 11. Jahrgang

### Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)

Prof. Dr. Rüdiger Krause

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

### in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

### Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert

Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

### Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der

Georg-August-Universität Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6

37073 Göttingen

Tel. 0551 / 39 – 279 48

Fax: 0551 / 39 – 272 45

E-Mail: sekretariat.deinert@

jura.uni-goettingen.de

### Verlag

Bund-Verlag GmbH

### Geschäftsführer

Rainer Jöde

### Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)

Tel. 069/79 50 10-83

### Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH

Emil-von-Behring-Straße 14

60439 Frankfurt/Main

(ladungsfähige Anschrift)

Tel. 069/79 50 10-0

Fax: 069/13 30 77-666

### Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)

Heike Sandrock

Tel. 069/79 50 10-602

anzeigen@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement

der Zeitschrift Arbeit und Recht.

Im Abonnementpreis der Zeitschrift

Arbeit und Recht enthalten.

### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

### Druck

Druckerei Marquardt GmbH,

Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

### Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder

bund-verlag@schaefermiedien.de

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

Alle in diesem Supplement veröffentlichten

Beiträge und Abbildungen sind

urheberrechtlich geschützt.

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

## 18. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht: Qualifizierung und Weiterbildung als Kernfrage in einer sich verändernden Arbeitswelt

Im Zentrum dieses Heftes von *Soziales Recht* stehen die Beiträge von Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback, Universität Hamburg (S. 136 ff.), und Dr. Maren Rennpferdt, Richterin am Bundesarbeitsgericht (S. 149 ff.). Sie beruhen auf Vorträgen, die trotz der seinerzeit wieder an Fahrt aufnehmenden Corona-Pandemie gerade noch live vor Ort auf dem *Achtzehnten Göttinger Forum zum Arbeitsrecht* am 29. Oktober 2020 gehalten werden konnten.<sup>1</sup> Veranstalter der Reihe sind der Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts eV. und das Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen.

Es war im Herbst des letzten Jahres keineswegs selbstverständlich, dass die Konferenz in Corona-Zeiten überhaupt stattfinden konnte. Die Veranstalter hatten alles getan, um die Risiken zu minimieren. Sie nutzten einen deutlich größeren Raum als sonst und beachteten sorgsam das Hygienekonzept des Tagungshotels. Für mehrere Referenten galten leider bereits dienstliche Reiseverbote. Insoweit musste eine anspruchsvolle Übertragung per Internet organisiert werden. Das wiederum erforderte eine qualitativ hochwertige, dadurch allerdings kostentreibende Medientechnik, die den finanziellen Rahmen eigentlich sprengte. Dennoch war der Vorstand des Fördervereins einmütig der Meinung, dass man den persönlichen Kontakt zu den Teilnehmern nicht abbrechen sollte. *Er war gegen ein vollständiges Einfrieren des persönlich geprägten geistigen Lebens.* Deshalb trug der Tagungsflyer den programmatischen Aufkleber »Wissenschaft trotz(t) CORONA«.

Wenn man die *aktuelle Situation von Qualifizierung und Weiterbildung* auf den Prüfstand stellen will, ist der Fokus auf deren Chancen und den rechtlichen Gestaltungsspielraum in der heutigen Arbeitswelt gerichtet. Der *Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD von 2018* enthält dazu in den Kapiteln IV und V mit dem Blick auf unseren Verhandlungsgegenstand folgende wesentliche, allerdings recht allgemein gehaltene Aussagen:

Neben dem Ausbau der individuellen Förderinstrumente für den beruflichen Aufstieg wie das Aufstiegs-BAföG, die

Bildungsprämie sowie die *Stipendienprogramme für beruflich Qualifizierte* (Aufstiegs- und Weiterbildungsstipendien) werden wir die *Transparenz auf dem vielfältigen Weiterbildungsmarkt* für Menschen und Unternehmen erhöhen und Information und Beratung ausbauen.

1. Wir wollen die Arbeitsmarktinstrumente stärker auf die digitale Weiterbildung ausrichten und wir wollen *finanzielle Anreize für die Weiterbildung* schaffen.
2. Wir werden das *allgemeine Initiativrecht der Betriebsräte für Weiterbildung stärken*.
3. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Betriebsrat haben über Maßnahmen der Berufsbildung zu beraten. Können sich beide nicht verständigen, kann jede Seite einen *Moderator* anrufen mit dem Ziel, eine Einigung zu erreichen. *Ein Einigungszwang besteht nicht.* Im Betriebsrätemodernisierungsgesetz, am 28. Mai 2021 vom Bundesrat<sup>2</sup> »durchgewinkt«, klingt das jetzt so: Nach § 96 Abs. 1 wird folgender Abs. 1a eingefügt:<sup>3</sup> »Kommt im Rahmen der Beratung nach Absatz 1 eine Einigung über Maßnahmen der Berufsbildung nicht zustande, können der Arbeitgeber oder der Betriebsrat die Einigungsstelle um Vermittlung anrufen. Die Einigungsstelle hat eine Einigung der Parteien zu versuchen.«
4. Vor dem Hintergrund der demografischen Entwicklung und den Herausforderungen der Digitalisierung wird das *lebensbegleitende Lernen* immer wichtiger. Die Entwicklung einer *Nationalen Weiterbildungsstrategie* ist daher von großer Bedeutung. Die *Ausbildungsinitiativen innerhalb der Europäischen Union* zur Bekämpfung der Jugendarbeitslosigkeit wollen wir stärken.
5. *Berufliche und akademische Bildung sind für uns gleichwertig.* Wir bekennen uns zur dualen Ausbildung in Betrieb und Schule und werden sie stärken.

<sup>1</sup> Materialien sind unter <https://www.uni-goettingen.de/de/107710.html> (7.6.2021) leicht aufzufinden.

<sup>2</sup> BR-Drs. 422/21 (Beschluss).

<sup>3</sup> BT-Drs. 19/28899, S. 9 und 14.

Für das Göttinger Forum hatten die Veranstalter das Generalthema durch *Leitfragen* konkretisiert und akzentuiert:

- Welche rechtlichen Grundlagen existieren für den Bereich von Qualifizierung und Weiterbildung: Freistellung durch den Arbeitgeber aufgrund von Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Arbeitsvertrag oder gesetzlichem Bildungsurlaub?
- Muss der Arbeitgeber eine Qualifizierung anbieten bzw. hat der Arbeitnehmer eine eigene Verantwortung, sich weiterzubilden? Erfolgt die Freistellung von der Arbeit unentgeltlich oder besteht eine Pflicht zur Fortzahlung der Vergütung?
- Wer trägt im Ergebnis die Kosten der Freistellung von der Arbeit und die Fortbildungskosten? Die Arbeitsvertragsparteien, eine Gemeinsame Einrichtung, die Bundesagentur für Arbeit? Gibt es sonstige Förderungen (Bund oder Länder, Europäischer Sozialfonds)?
- Wie begegnen die Sozialpartner der Herausforderung von Qualifizierung und Weiterbildung?
- Welche Vorgaben enthält das Betriebsverfassungsrecht für Qualifizierung und Weiterbildung?
- Welche Weichen stellt die gegenwärtige Koalition und welche weiteren konkreten Vorschläge liegen vor?

Der derart umschriebene Problemkreis sollte jeweils durch einleitende Vorträge sowie ausreichend Zeit für klärende und kritische Fragen und Stellungnahmen erschlossen werden.

1. Den Beginn machte *Dr. Simon Janssen* vom Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung der Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg. Da für Bundesbehörden seit einigen Tagen ein Reiseverbot galt, referierte er über »Qualifizierung und Weiterbildung – Wo stehen wir, und was sind die anstehenden Herausforderungen« zwar live, aber leider nicht vor Ort. Für seinen Beitrag gilt der Satz des früheren Focus-Herausgebers *Helmut Markwort*: Fakten, Fakten, Fakten. *Janssen* gab interessante Einblicke in aktuelle Ergebnisse empirischer Forschung und unterstrich die gesamtgesellschaftliche Bedeutung von Qualifizierung und Weiterbildung. Ungleichheiten in der Weiterbildung durch die Treiber Corona-Pandemie, Globalisierung und Digitalisierung könnten gesellschaftliche Spannungen verschärfen. Insbesondere die Substitution und Komplementarität von Tätigkeiten und zunehmend technisierte Abläufe sowie Spezialisierungen ließen sich hier prägnant als Ansätze zur

Erklärung des Wandels von Tätigkeiten und Anforderungen identifizieren. Insgesamt sei zu beobachten, dass mit der Abnahme von Routinetätigkeiten eine deutliche Zunahme von digitalen, aber auch kommunikativen Fähigkeiten einhergehe. Statistische Befunde erhellten, dass gerade die Weiterbildung im sozialen Bereich derzeit etwa 30 % des Weiterbildungsangebots ausmache, deutlich größer als das Angebot im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologie. Auch lasse sich eine Korrelation im Hinblick auf Investitionen von Betrieben in neuere Technologien und dem Angebot an betrieblicher Weiterbildung ausmachen. Gleichzeitig hätten Erhebungen ergeben, dass bei Berufen mit erhöhtem Substitutionspotential systematisch weniger Beteiligung an Weiterbildungen erkennbar sei, was die Gefahr einer zunehmenden Polarisierung in diesem Bereich verstärke. Dieser Effekt werde zudem durch die jüngsten Erfahrungen in der Corona-Pandemie deutlich verschärft. Aktuelle Zahlen ließen etwa darauf schließen, dass es einen signifikanten Einbruch im Bereich der Weiterbildung gegeben habe, wenngleich ein Großteil der Weiterbildungen digital weitergeführt werde.

2. Danach beschrieb *Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback* »Das Sozialrecht als Flankierung für betriebliche Qualifizierung und Weiterbildung«. Flankierung ist vielleicht zu zurückhaltend ausgedrückt. Denn trotz der Vorankündigung im Koalitionsvertrag hat sich bisher im gesetzlich fixierten Arbeitsrecht auf dem Gebiet der Weiterbildung eigentlich nichts getan, wohl aber überraschend viel im Sozialrecht. Ein beachtliches Zeugnis davon gibt der unten abgedruckte Beitrag mit seinen zahlreichen hilfreichen Übersichten.<sup>4</sup>
3. Es folgte der Beitrag von *Dr. Maren Rennpferdt* über den »betriebsverfassungsrechtlichen Rahmen von Qualifizierung und Weiterbildung«. Auch diese Aussagen können unsere Leser nachvollziehen.<sup>5</sup> Insgesamt bestätigt sich der Eindruck, dass die Beteiligungsrechte des Betriebsrats in diesem Bereich eher schwach ausgebildet sind. Diese Aussage sollte allerdings nicht als Aufforderung an den Gesetzgeber verstanden werden, sondern bedürfte einer umfassenderen Analyse. Von umso größerem Interesse sind deshalb die Aktivitäten auf der tariflichen Ebene.
4. Jetzt ließen sich die Corona-bedingten Schwierigkeiten bei der Durchführung der Tagung nicht mehr verheimlichen. Für die »Qualifizierung und Weiterbildung in der Metall- und Elektroindustrie – tarifvertragliche Vorgaben und

<sup>4</sup> Unten S. 136 ff.

betriebliche Praxis« hatten die Veranstalter angesichts der Reisebeschränkungen keine Zusagen mehr erhalten können.

5. Im letzten Komplex konnten jedoch »Qualifizierung und Weiterbildung in der chemischen Industrie – tarifvertragliche Vorgaben und betriebliche Praxis« ausführlich behandelt werden. Hier gibt es auch viel anschauliches Material. Es berichteten und diskutierten *Dr. Andreas Ogrinz*, BAVC, *Dr. Thomas Koppe*, Merck KGaA, und *Andreas Henninger*, IG BCE. Die Herren *Koppe* und *Henninger* konnten aufgrund der aktuellen internen Reiseregulungen ebenfalls leider nur zugeschaltet werden, was einem lebhaften Meinungsaustausch indes nicht entgegenstand.

Den Anfang machte *Dr. Andreas Ogrinz* (BAVC), der unter dem Titel »Qualifizierungsoffensive Chemie« zunächst die aktuellen Trends in der Weiterbildung aufzeigte und insofern hervorhob, dass das Hauptziel der Wirtschaft sei, die passenden Kompetenzen für Innovationskraft und Wettbewerbsfähigkeit zu ermitteln und zu fördern. Insgesamt werde das Thema Weiterbildung immer wichtiger, was sich auch anhand der aktuellen politischen und gesellschaftlichen Entwicklungen zeige. Ein besonderes Augenmerk lag dabei auf der nationalen Weiterbildungsstrategie, an der sich auch die Sozialpartner der Chemie mit sechs »Commitments« beteiligt hätten. Unter dem Punkt »Tarifpolitisches Neuland« präsentierte *Ogrinz* das Verhandlungsergebnis der Chemie-Tarifrunde 2019, aus der drei wesentliche Instrumente zur strategischen Personalplanung hervorgegangen seien: Der Future-Skills-Report-Chemie, das Qualifikationsanalyse-Tool sowie die Einrichtung einer Weiterbildungsberatung für Arbeitnehmer und Arbeitgeber. Mit Hilfe dieser Tools solle das Zielbild der Chemie-Sozialpartner einer »Weiterbildung 4.0« umgesetzt werden, im Rahmen derer zeitgemäße Aus- und Weiterbildung, ein digitales Mindset und die Weiterentwicklung von Berufsbildern eine entscheidende Rolle spielten. Es folgte *Andreas Henninger* (IG BCE), der die tariflichen Rahmenbedingungen der Weiterbildung in Theorie und Praxis genauer erörterte. Dabei nahm *Henninger* Bezug auf den Tarifvertrag »Lebensarbeitszeit und Demografie« vom 16. April 2008 in der Fassung vom 17. Mai 2017, dessen Ziel die Gestaltung des demografischen Wandels und die Förderung einer nachhaltigen und vorausschauenden Personalpolitik ist. Diese Zielsetzung soll einerseits erreicht werden durch die Durchführung einer Demografieanalyse und andererseits durch Maßnahmen zur Qualifizierung und Weiterbildung während des gesamten Arbeitslebens. Da ein hohes Qualifikationsniveau sowohl im Interesse des Arbeit-

nehmers als auch des Arbeitgebers liege, bietet der Tarifvertrag ein Angebot zur Qualifizierung, das von den Betriebsparteien durch freiwillige Betriebsvereinbarungen wahrgenommen und näher ausgestaltet werden sollte. Obwohl der Tarifvertrag damit bereits eine geeignete Grundlage darstelle, um dem steigenden Qualifizierungsbedarf Rechnung zu tragen, hätten in der Praxis insgesamt noch zu wenig Unternehmen von den entsprechenden Weiterbildungs- und Qualifizierungsmöglichkeiten Gebrauch gemacht. Ungeachtet dieser Tatsache werde aufgrund der zunehmenden Digitalisierung eine kontinuierliche Qualifizierung aber immer wichtiger. Daher trat am 22. November 2019 der Tarifvertrag »Moderne Arbeitswelt« in Kraft, der weitere Regelungen bezüglich der Qualifizierung und der Zusammenarbeit der Betriebsparteien enthalte und damit nach *Henninger* als erneuter Weckruf fungiere, das Thema Weiterbildung nicht zu vernachlässigen. Zum Abschluss folgte der Vortrag von *Dr. Thomas Koppe* (Merck KGaA). Sehr gelungen war bereits sein Einstieg: Er zeigte eine Karte von dem Betriebsgelände in Darmstadt, geteilt durch eine Eisenbahnlinie, mit dem Produktionsstandort Deutschland einerseits und dem weltweit agierenden Planungsbereich andererseits. *Koppe* betonte die andauernde, aber unterschiedliche Notwendigkeit einer Kompetenzanpassung im Hinblick auf den Erhalt der Employability der Arbeitnehmer für beide Bereiche. Dazu müssten die einzelnen Maßnahmen des Unternehmens im Interesse einer nachhaltigen Qualifikation auf die Zielgruppendifferenz der verschiedenen Ebenen zugeschnitten sein. Schließlich erläuterte er die vier Elemente, die zu einer nachhaltigen Qualifizierung erforderlich sind, namentlich Information, Analyse, Qualifizierung und Development, detailliert anhand einer Toolbox.<sup>6</sup>

Alles in allem gelang somit trotz der schwierigen Rahmenbedingungen eine ertragreiche Veranstaltung zu einem ausgesprochen zukunftssträchtigen Thema, das sowohl das Arbeitsrecht als auch das betriebliche Sozialrecht in Zeiten eines dynamischen Wandels der Arbeitswelt mit Sicherheit dauerhaft begleiten wird.

*Prof. Dr. Hansjörg Otto, Institut für Arbeitsrecht,  
Georg-August-Universität Göttingen*

<sup>5</sup> Unten S. 149 ff.

<sup>6</sup> Abrufbar unter: [https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/6155a3230b733e-a9155078aac180a5b8.pdf/Vortrag\\_Koppe.pdf](https://www.uni-goettingen.de/de/document/download/6155a3230b733e-a9155078aac180a5b8.pdf/Vortrag_Koppe.pdf) (7. 6. 2021).



# Das Sozialrecht als Flankierung für betriebliche Qualifizierung und Weiterbildung\*

Prof. Dr. Karl-Jürgen Bieback, Prof. aD. Universität Hamburg

## I. Einleitung

Unter einer *betrieblichen* Qualifizierung und Weiterbildung werde ich im Folgenden eine Förderung verstehen, die

- Erstens in einem *betrieblichen Kontext* erfolgt;
- bei der es zweitens nicht um die Förderung Arbeitsloser, sondern um die *Förderung Beschäftigter* geht, wohl aber mehr oder weniger direkt auch um die Prävention von Arbeitslosigkeit; und
- drittens *fördert* die *betriebliche* Qualifizierung und Weiterbildung zusätzlich und eventuell gar vorrangig auch den *Betrieb* selbst und ist eingebunden in das Zusammenwirken der Betriebsparteien.

Seit dem Arbeitsförderungsgesetz (AFG) von 1969 steht im Zentrum der Förderung der Weiterbildung durch die Bundesagentur für Arbeit (BA) die Förderung individueller Personen. Nach dem Rückbau ab 1974 wurde die Förderung erst wieder stärker in diesem Jahrhundert für arbeitslose Einzelpersonen der »Risikogruppen« eingesetzt.<sup>1</sup> Hier war Vorreiter die Förderung durch den Europäischen Sozialfonds auf Ebene der Bundesländer<sup>2</sup> und die Förderung spezieller Problemgruppen im Programm WeGebAU (§§ 131a, dann § 82 SGB III).<sup>3</sup> Erst 2019 und 2020 wird die Förderung nach § 82 SGB III generalisiert auf alle Beschäftigte unabhängig vom Alter, der Qualifikation und der Betriebsgröße ausgedehnt und stärker auf den Betrieb und die Förderung ganzer Gruppen ausgerichtet. Noch weiter geht der mit dem Beschäftigungssicherungsgesetz (BeschSiG) vom 3. Dezember 2020 ab 1. Januar 2021 in § 106a Abs. 2 iVm. Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB III eingeführte Anspruch des Arbeitgebers auf Übernahme der Kosten der Weiterbildung während der Kurzarbeit.<sup>4</sup> Er soll die Nachfrage nach Weiterbildung während der langen Zeiten von Kurzarbeit in der COVID-19 Pandemie verbessern, die bis dahin wenig entwickelt war.<sup>5</sup>

Zwar gab es selbst schon vor dem AFG von 1969 ein kollektivrechtliches Instrument der Weiterbildung, das heutige Transferkurzarbeitergeld (§ 111, 111a SGB III). Aber es konnte erst seit 2008/9 mit einer Förderung der Weiterbildung verbunden werden, die ab 2020 für alle Beschäftigte unabhängig vom Alter geöffnet wurde.<sup>6</sup> Realisiert wird diese Weiterbildung aber kaum.<sup>7</sup> Darauf werde ich nur begrenzt eingehen. Denn das Transfer-Kurzarbeitergeld (Transfer-Kug) setzt voraus, dass die zu Fördernden aus dem vorherigen Arbeitszusammenhang herausgelöst und an eine neue besondere betriebliche Einrichtung überwiesen, um dann weiter vermittelt zu werden. Das ist nur noch der Form nach eine Maßnahme der betrieblichen Qualifizierung.

Nicht behandelt, aber erinnert werden soll an eine der wichtigsten Qualifizierungsleistungen der Betriebe, die von der BA vielfältig gefördert wird: Die betriebliche duale Berufsausbildung. Hier ist ein völlig eigenes, umfangreiches Fördersystem entstanden, auf das nur als Beispiel eines sehr flexiblen, pädagogisch und sozialpädagogischen Förder-Modells eingegangen werden wird (unten III.4.b).

\* Es handelt sich um die überarbeitete Fassung des Vortrags, der beim 18. Göttinger Forum für Arbeitsrecht am 29. 10. 2020 gehalten wurde.

1 Zur Entwicklung: *Bosch*, Öffentliche Finanzierung von Weiterbildung im Strukturwandel, Hans Böckler Stiftung, Working Paper Forschungsförderung Nr. 158, Düsseldorf 2019, S. 12 ff.; *Klaus ua.*, Geförderte Weiterbildung Beschäftigter, IAB Kurzbericht 24/2020, S. 1-4.

2 Überblick unter [www.esf.de/portal/DE/Startseite/inhalt.html](http://www.esf.de/portal/DE/Startseite/inhalt.html) (16. 4. 2021) und [www.esf.de/portal/DE/Foerderperiode-2014-2020/ESF-Programme/inhalt.html](http://www.esf.de/portal/DE/Foerderperiode-2014-2020/ESF-Programme/inhalt.html) (16. 4. 2021)

3 Zur Praxis von WeGebAU Bericht der Bundesregierung BT-Drs. 18/25785, S. 28 f.

4 Beschäftigungssicherungsgesetz v. 3. 12. 2020 Art. 1 Nr. 3, BGBl 2020 I, S. 2691.

5 *Bellmann ua.*, IAB-Forum, 9. 12. 2020. Kritik am alten Recht: *Bieback*, *Soz-Sich* 2019, 373 ff.

6 Vgl. Übersichten *Bieback*, in: *Gagel*, SGB II/SGB III, 78. EL., Stand: Mai 2020 (im Folgenden: *Gagel*), § 111 Rn. 24–32b und § 111a Rn. 8, 9.

7 BT-Drs. 19/23804, S. 24, Tabelle 13: maximal 2,6% aller Maßnahmen des Transfer-Kug wurden in den Jahren 2016-19 mit Weiterbildung verbunden.

## II. Übersicht über die Förderung betrieblicher Weiterbildung im SGB III

### 1. Trennung in zwei Regelmodelle und ein befristetes Modell bei Kurzarbeit

Die betriebliche Weiterbildung nach dem nunmehr mehrfach erneuerten und erweiterten § 82 SGB III ist das sehr komplexe Regelmodell einer betrieblichen Förderung einerseits für Problemgruppen des Arbeitsmarkts andererseits generell und kollektiv für alle Beschäftigte. Ein weiteres sehr altes Regelmodell ist die völlig offene Weiterbildung bei Kurzarbeit in den besonderen betrieblichen

Einrichtungen nach §§ 111 und die speziellere nach 111a SGB III. Anspruchsinhaber sind jeweils die Beschäftigte.

Neu hinzugefügt wurde nunmehr für die Zeit vom 1.1.2021 bis 31.7.2023 ein Anspruch des Arbeitgebers auf Förderung von Maßnahmen der Weiterbildung ohne weitere Anforderungen an die Art und Dauer der Maßnahme (§ 106a Abs. 2 S.1 SGB III), wenn sie während einer Kurzarbeit begonnen wird. Diese Maßnahme kann nicht gleichzeitig nach § 82 SGB III gefördert werden (§ 106a Abs. 2 S.2 SGB III) und § 82 Abs. 9 SGB III schließt während des Bezugs von Kurzarbeitergeld (Kug) bis zum 31. Juli 2023 die Kurzarbeitenden völlig von einer Förderung nach § 82 SGB III aus.<sup>8</sup>

### 2. Risiken/Leistungsfälle und ihre Divergenzen

	Regelmodell § 82 SGB III	§ 106a Abs. 2 SGB III	§§ 110/111/111a SGB III
<b>1. Versicherungsfall/ Leistungsfall</b>	§ 82 Abs.1 S.2 SGB III: alternativ: 1. Anpassung der Qualifikation an Strukturveränderung 2. Qualifizierung für Engpassberuf 3. Weiterbildung in Betrieb unter 250 Arbeitnehmern, Arbeitnehmer über 45, Schwerbehinderte	<i>Vorübergehender</i> Arbeitsausfall, auf Basis <i>allg.</i> wirtschaftlicher Entwicklung; Weiterbildung während Kurzarbeit begonnen	§ 110 SGB III: Von Arbeitslosigkeit bedroht §§ 111/111a: <i>Dauerhaft</i> nicht vermeidbarer Entgeltausfall; AN »von Arbeitslosigkeit bedroht«
<b>2. Erheblichkeit</b>	Keine	Entgeltausfall von 10% bei 10% AN	Betriebsänderung iSv. § 111 BetrVG, auch unter 20 AN
<b>3. Betriebliche Voraussetzungen</b>	Förderung unterschiedlich nach Größe des Betriebs	Keine Anforderung an Größe; auch Betriebsabteilung; Beteiligung Betriebsrat	§§ 111/111a SGB III betriebsorganisatorische selbständige Einheit, Mitbestimmung Betriebsrat

Der einzige nicht auf spezielle Berufsgruppen bezogene erste Leistungsfall in § 82 SGB III ist sehr komplex. Beschäftigten, die »berufliche Tätigkeiten ausüben, die durch Technologien ersetzt werden können oder in sonstiger Weise vom Strukturwandel betroffen sind« sollen gem. § 82 Abs. 1 S.2 und Abs. 3 SGB III »eine Anpassung und Fortentwicklung ihrer beruflichen Kompetenzen« ermöglicht werden. Es geht um drohende, bleibende Strukturänderungen, nicht nur um die Überbrückung der Corona-Pandemie. Durchweg sind Prognosen erforderlich, die der BA große Beurteilungsspielräume<sup>9</sup> lassen.

Weniger Probleme machen die beiden anderen Leistungsfälle in § 82 SGB III. Sie behalten aber die alte Ausrichtung auf spezielle Personengruppen bei, was eine kollektive, breite Förderung der Belegschaft erschwert.

Die Leistungsfälle der Weiterbildung während Kurzarbeit und Transfer-Kug sind hinreichend durch Gesetzge-

ber und Rechtsprechung konkretisiert: Unvermeidbare vorübergehende oder dauerhafte Arbeitsausfälle. Die normale *vorübergehende* Kurzarbeit ist aber schwierig zu bestimmen. Geht man von einer restriktiven Interpretation aus, dann muss schon bei Aufnahme der Kurzarbeit die Wiederaufnahme der Arbeit durch die Geförderten feststehen.<sup>10</sup> Richtiger ist es, bei Arbeitsmarktkrisen, Corona wie Strukturwandel, deren Dauer und Ergebnis nicht absehbar sind, nur die Wahrscheinlichkeit einer

8 In der Fassung des Beschäftigungssicherungsgesetzes v. 3.12.2020 Art. 1 Nr. 3, BGBl 2020 I, S. 2691 mit Wirkung v. 1.1.2021.

9 Allgemein dazu BSG, 12.10.2017 – B 11 AL 20/16 R, SozR 4-4300 § 56 Nr. 1 – juris, Rn. 17, 18; BSG, 5.8.2015 – B 4 AS 46/14 R, SozR 4-4200 § 16b Nr. 1 – juris, Rn. 18; BSG, 6.4.2006 – B 7a AL 20/05 R, SozR 4-4300 § 324 Nr. 2 – juris, Rn. 22.

10 Petzold, in: Hauck/Noftz/Voelzke (Hrsg.), SGB III, Stand 5/2019, Berlin 2019, § 96 Rn. 18; Kühl, in: Brand, SGB III, 7. Aufl., München 2015, § 96 Rn. 6; Gebel, BB 2015, 2485, 2488.

Weiterbeschäftigung ausreichen zu lassen.<sup>11</sup> So wurde – mit Recht und praktischem Erfolg – in dem massenhaften Einsatz von Kug in der Finanzkrise 2008/9 und der Krise

ab 2020 verfahren. Zudem kann man auch argumentieren, der Arbeitsausfall sei gerade deshalb »vorübergehend«, weil Kug von Weiterbildung begleitet wird.

### 3. Kollektive und individualisierende Elemente in der Förderhöhe

	Regelmodell § 82 SGB III	§ 106a Abs. 2 SGB III	§§ 110/111/111a SGB III
<b>4. Zuschuss Arbeitsentgelt/ Ersatz Nettolohn</b>	Ermessen Abs. 3: 1. Betrieb unter zehn Arbeitnehmern 75 %, 10–250 Arbeitnehmer 50 %, über 250 Arbeitnehmern 25 % des »weiterbildungsbedingen« Ausfalls. Arbeitnehmer ohne Berufsabschluss voll. 2. Abs. 4: Erhöhung um 5 % bei Betriebsvereinbarung/ Tarifvertrag über betriebsbezogene berufliche Weiterbildung, um 10 % wenn berufliche Kompetenzen bei mindestens 20 % Arbeitnehmern betriebliche Anforderungen voraussichtlich nicht oder teilweise nicht entsprechen 3. Abs. 5: Wenn bei 20 % Arbeitnehmern berufliche Kompetenzen verloren 5 % höher	67/60 % ausgefallenen Nettolohns; jedoch Erhöhung ab 4. Bezugsmonat 70/77 %, ab 7. Bezugsmonat 80/87 % bis 31. Dezember 2021	§ 110 SGB III: 50 % Kosten Arbeitgeber § 111 + § 111a SGB III: Wie Kug normal: 67/60 % ausgefallenen Nettolohns; § 111a SGB III: Dauert Maßnahme über ein Jahr: Arbeitgeber mindestens 50 %, Rest Förderung BA nach § 81, nicht Arbeitslosengeld bei Weiterbildung
<b>5. Ersatz Beiträge Sozialversicherung</b>	Bei Arbeitnehmern ohne Berufsabschluss	100 % bis 30. Juni 2021, 50 % bis 31. Dezember 2021 wenn Kurzarbeit bis 30. Juni 2021 begonnen; § 106a Abs. 1 SGB III 50 % Beginn Kurzarbeit vor 31. Juli 2023	§ 110 SGB III keine §§ 111/111a SGB III wie bei Kug
<b>6. Zuschuss Qualifizierungsmaßnahme</b>	Soll: Betrieb unter zehn Arbeitnehmern voll; unter 250 AN mindestens 50 %, voll wenn AN über 45 oder schwerbehindert (Ermessen); 250–2500 AN 25 %; über 2500 AN 15 % Erhöhung wie 5.2 und 5.3	Anspruch Betrieb unter zehn Arbeitnehmern voll; unter 250 AN 50 %, 250–2500 AN 25 %; über 2500 AN 15 %	§ 110 SGB III: 50 %, maximal 2.500 € §§ 111/111a SGB III: Ermessen, max. 50 % der Kosten, unter 250 Arbeitnehmern 75 %

Wenn man die Förderhöhen mit ihren unterschiedlichen Voraussetzungen in §§ 82 Abs. 3 – 5 SGB III analysiert, wird schnell deutlich, dass zumindest dann, wenn ein Betrieb mehrere Beschäftigte/ganze Beschäftigten-Gruppen weiterbilden will, er sehr unterschiedliche individuelle Merkmale beachten muss, um das Förderpotential auszuschöpfen. Zudem sind alle Leistungen Ermessens- oder Sollleistungen.

Dagegen wird die Weiterbildung bei Kurzarbeit durchgängig pauschal gefördert. Der Lohnersatz richtet sich zwar noch nach dem vorherigen Nettolohn, aber völlig einheitlich für jeden Betrieb werden die Kosten der Weiterbildung bezuschusst. Hier sind alle Leistungen auch Pflichtleistungen.

#### a) Starke Differenzierung der Förderquoten im Regelmodell

Einmal sind es die individuellen Mitglieder der »Risiko- gruppen«,<sup>12</sup> Beschäftigte in kleinen und mittleren Unternehmen (KMU), Beschäftigte über 45, Schwerbehinderte und Beschäftigte ohne Berufsabschluss, deren Weiterbil-

dung bevorzugt gefördert wird. Alle anderen Beschäftigten werden zu niedrigeren Sätzen gefördert. Alle diese Sätze wiederum wurden 2020 erhöht

- um fünf Prozentpunkte, wenn eine Betriebsvereinbarung oder ein Tarifvertrag die »betriebsbezogene berufliche Weiterbildung vorsieht« (§ 82 Abs. 4 SGB III), und
- um jeweils zehn Prozentpunkte, wenn 20 % (bei KMU 10 %) der Belegschaft Qualifikationsbedarf haben (§ 82 Abs. 5 SGB III).

Vom Wortlaut und Sinn und Zweck der Norm können die beiden neuen Erhöhungen kumulieren. Sie satteln auf die alten Differenzierungen drauf. Damit geht die Spanne des Zuschusses beim Arbeitsentgelt von 90 % bis 25 %, bei den

11 Baar/Mutschler, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz, SGB III, 7. Aufl., Baden-Baden 2020 (im Folgenden: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz), § 96 Rn. 31 ff.; Müller-Grune, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), juris Praxiskommentar SGB III, 2. Aufl., Saarbrücken 2019, § 96 Rn. 46 ff.; Gagel-Bieback (Fn. 6), § 96 Rn. 81 ff.

12 BT-Drs. 19/4948, S. 15.



Maßnahmekosten von 65 % bis 30 %, abgesehen von den 100 % bei der Weiterbildung zur Erlangung eines Berufsabschlusses und bei Betrieben unter 10 Beschäftigten.

Hinzu kommt die Voraussetzung, dass die Beschäftigten in den letzten vier Jahren nicht nach § 82 SGB III gefördert worden sind (§ 82 Abs. 1 S. Nr. 3 SGB III), was an sich »Förderketten« verhindern soll, aber noch einmal quer zu allen Differenzierungen liegt und die Förderung noch mehr kompliziert.

Und noch einmal hinzu kommt die Förderung der Weiterbildung aus Mitteln des ESF auf Bundes- und Landesebene, die vor allem an Problemgruppen des Arbeitsmarkts geht, über das SGB III hinaus zB. auch an beschäftigte Migranten, Un- und Angelernte oder das Weiterbildungs-Coaching für KMU.

§ 82 Abs. 3 S. 2 und S. 4 SGB III machen deutlich, dass Lohnzuschüsse nur für Arbeitszeiten gezahlt werden, die »weiterbildungsbedingt« ausfallen. Auf Kurzarbeit und Kug trifft das nicht zu. Umgekehrt, fällt bei Beschäftigten, die in Weiterbildung sind, die Weiterbildungszeit wegen der Weiterbildung und nicht wegen allgemeiner wirtschaftlicher Gründe oder einem unanwendbaren Ereignis aus. Damit fallen der Lohnersatz bei Kug und der bei Weiterbildung sehr stark auseinander. In der Regel wird es sich für Arbeitgeber nicht lohnen, mit Weiterbildung zu beginnen, wenn Kurzarbeit schon absehbar oder wahrscheinlich ist.

#### b) Spezielle Voraussetzungen und Höhe der kollektiven Förderung im Regelmodell

Die erhöhte Förderung bei kollektiven betrieblichen Maßnahmen gemäß § 82 Abs. 4 SGB III setzt voraus, dass Betriebsvereinbarung oder ein Tarifvertrag die »betriebsbezogene berufliche Weiterbildung vorsieht«. Damit ist beim Tarifvertrag eindeutig die unmittelbare Geltung gemeint, eine arbeitsvertragliche Bezugnahme reicht nicht aus. Als Betriebsvereinbarungen kommen solche nach §§ 97 Abs. 2 und 111/112 BetrVG infrage.

In § 82 Abs. 5 SGB III muss nach dem Wortlaut die jetzige Qualifikation von 20 % der Belegschaft »voraussichtlich« den betrieblichen Anforderungen nicht entsprechen. Die Prozentzahl sollte nicht nach Köpfen, sondern nach dem Stundenvolumen berechnet werden. Es wird nicht darauf abgestellt, ob der Betrieb seinen Qualifikationsbedarf auch auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt decken kann. Der Beurteilungsspielraum der BA ist sehr groß.

#### c) Pauschalierte Förderung nach § 106a Abs. 2 und §§ 111/111a SGB III

Die beiden sehr stark betrieblich orientierten Fördersysteme in § 106a Abs. 2 SGB III und §§ 111/111a SGB III ermöglichen eine relativ schnelle und vorherseh- und berechenbare Förderung, die hinreichend die kollektiven Strukturen berücksichtigt. Grundsätzlich läuft der Lohnersatz über das Kug und seine Differenzierung nach dem vorherigen Nettoentgelt, allerdings bei § 106a SGB III mit der Möglichkeit, die Ersatzquote mit dem vierten und siebten Bezugsmonat jeweils um 10 Prozentquote zu erhöhen. Der Zuschuss zu den Maßnahmekosten folgt bei § 106a SGB III dem nach Größenklassen gestaffelten System des § 82 Abs. 2 SGB III, aber seltsamerweise ohne die Erhöhungen nach § 82 Abs. 4 und Abs. 5 SGB III.

In §§ 111 und § 111a SGB III richten sich die Abstufungen allein nach der Dauer der Maßnahmen und nach Merkmalen des Betriebs, die etwas über seine Leistungsfähigkeit aussagen (Größe, Insolvenz).

#### d) Reicht die Förderung?

Auch nach dem Ausbau der Förderung 2020 und ab 1. Januar 2021 gibt es noch zahlreiche Gründe, die Förderung durch Kug und des Lohnersatzes bei Weiterbildung zu überdenken und zu erhöhen, wie eine Anhörung im Bundestag am 26. Februar 2021 zur Anträgen der Fraktionen DIE LINKE und BÜNDNIS 90/ DIE GRÜNEN deutlich machte.<sup>13</sup>

Die Ungleichbehandlung zwischen einer Förderung nach § 82 Abs. 2 SGB III mit besonderer Erhöhung bei kollektiven Maßnahmen gemäß Abs. 4 und Abs. 5 für die Maßnahme (wie für den Lohn) und § 106a Abs. 2 SGB III ist nicht zu rechtfertigen. Wenn es zu Störungen in der Produktion und den wirtschaftlichen Aussichten des Betriebs und dadurch zu Kurzarbeit gekommen ist, wird die erhöhte Förderung ausgeschlossen, obwohl der Betrieb in der Regel weniger leistungsfähig sein wird, als bei der »Normalförderung« gemäß § 82 SGB III. Das widerspricht dem Zweck des § 106a Abs. 2 SGB III, die schwierige Weiterbildung bei den Unsicherheiten während der Kurzarbeit verstärkt zu fördern.

Zudem muss die Förderung gemäß § 106a SGB III sich immer gegen die Möglichkeit behaupten, dass die Beschäftigten als Alternative zur Weiterbildung gemäß § 421c Abs. 1 SGB III ihr Kug ohne Einbuße mit geringfügiger Arbeit aufstocken können. Eine Erhöhung des Kug während Weiterbildung ist dringend geboten.

<sup>13</sup> Anhörung zu diversen Anträgen am 28.2.2021, Ausschussdrucksache 19(11)975.

#### 4. Leistungserbringerrecht: Anforderungen an die Bildungsmaßnahmen

##### a) Betriebliche Bildung und betriebliche Interessen

	Regelmodell § 82 SGB III	§ 106a Abs. 2 SGB III	§§ 110/111/111a SGB III
<b>7. Art der Bildungsmaßnahme</b>	Alle Arten; keine ausschließlich arbeitsplatzbezogene kurzfristige Anpassungsbildung; Zertifizierte Maßnahmen	Nur allgemeine Mindestanforderungen der Zertifizierung der Maßnahme	§ 110 SGB III: betriebsbezogen; § 111 SGB III Behebung allg. Qualifikationsdefizite; betriebspezifische Qualifizierung für anderen Arbeitgeber; § 111a SGB III offen
<b>8. Maßnahmeträger</b>	Maßnahme + Träger zugelassen §§ 176 ff SGB III; auch Träger im Betrieb, wenn zugelassen, Anforderung an Maßnahme gesenkt (§ 3 AZAV)	Wie § 82 SGB III	§§ 110–111a Zertifizierter Träger, §§ 111/111a Zertifizierte Maßnahme
<b>9. Auswahl Maßnahme</b>	Auswahl Betriebsparteien (?); bei Verzicht auf Gutscheine Vergabe?	Auswahl Arbeitgeber (evtl. mit Betriebsrat)	§§ 110/111a SGB III: Auswahl Betriebsparteien; § 111 Abs. 7 S. 4 SGB III Auswahl-Beteiligung BA
<b>10. Dauer</b>	Allein nach Notwendigkeit der Bildungsmaßnahme	Dauer der Kurzarbeit, danach § 82 SGB III	Maximal ein Jahr, <sup>14</sup> danach § 81 SGB III mit Fristen <sup>15</sup> , nicht § 82 SGB III (?)

§ 106a SGB III kennt keine speziellen Anforderungen an die Maßnahme. Nach § 82 SGB III können »arbeitsplatzbezogene« Qualifizierungsmaßnahmen nicht gefördert werden, betriebsbezogene sehr wohl. In § 110 SGB III sind betriebsbezogene Bildungsmaßnahmen ausgeschlossen, in § 111 SGB III geht es um die Behebung allgemeiner Qualifizierungsdefizite und die betriebspezifische Qualifizierung ist (nur) für andere Arbeitgeber zulässig. § 111a SGB III kennt keine entsprechenden Anforderungen. Grundsätzlich ist diese Differenzierung stimmig, sollen doch in unterschiedlichem Maße Mitnahmeeffekte (s. sogleich) und präventiv Arbeitslosigkeit vermieden werden, die durch eine starke betriebspezifische Reduktion der Qualifikation gefährdet ist.

Dennoch wären die Vorgaben vor allem in § 110 SGB III, eventuell auch in § 111 SGB III zu lockern. Denn die Eigenbeteiligung des Arbeitgebers kann nur funktionieren, wenn auch seine Interessen hinreichend berücksichtigt werden. Und dazu gehört, dass die Bildungsmaßnahme zumindest auch die betrieblichen Interessen bedient. In der Praxis dürfte das aber keine Probleme machen.

So ist das Dilemma einer jeden betrieblichen Weiterbildung nicht aufzulösen. Sie muss an die Interessen des Arbeitgebers anknüpfen und damit auch betriebsnah sein. Dann handelt es sich aber eher um Anpassung an den Betrieb und innerhalb des bisherigen Berufs. Gleichzeitig soll die »Beschäftigungsfähigkeit« und Kompetenz der Beschäftigten und damit auch ihre allgemeine Stellung auf dem Arbeitsmarkt wie auch insgesamt ihre persönliche Entwicklung gestärkt werden. Dadurch werden sie unabhängiger vom Arbeitgeber.

Es verwundert nicht, dass in der Praxis der betrieblichen Weiterbildung die Maßnahmen mit kurzer Anpassung (ein Tag und weniger innerhalb der letzten zwölf Monate) 2018 59 % und insgesamt unter einer Woche 89 % ausmachten.<sup>16</sup> Ein Konzept von 120 Stunden, modularisiert oder nicht, und damit eine grundlegendere Weiterbildung kann damit nicht realisiert werden.<sup>17</sup>

##### b) Probleme des Zertifizierungsverfahrens

Alle Regelungen verlangen, dass die Träger der Maßnahmen wie auch die Maßnahmen selbst zertifiziert sind. Die Zertifizierung soll die Qualität der Maßnahmen gewährleisten und die BA entlasten. Dennoch sprechen viele Argumente dafür, zumindest die Zertifizierung im Fall der betrieblichen Weiterbildung einzuschränken.

1. Das Verfahren dauert viel zu lange. Wenn es keine Maßnahme »von der Stange« gibt, sondern sie erst entwickelt und dann zertifiziert werden muss. Dann ist der Zeitaufwand für die Zertifizierung<sup>18</sup> plus nach-

<sup>14</sup> Für flexible Erweiterung Antrag der Grünen, BT-Drs. 19/17521, mit Anhörung zu diversen Anträgen am 28. 2. 2021, Ausschussdrucksache 19(11)975.

<sup>15</sup> Kritik BDA – zu kurz, Anhörung zu diversen Anträgen am 28. 2. 2021, Ausschussdrucksache 19(11)975, S. 27.

<sup>16</sup> BMBF, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2018, S. 41 f., abrufbar unter: [https://www.bmbf.de/upload\\_filestore/pub/Weiterbildungsverhalten\\_in\\_Deutschland\\_2018.pdf](https://www.bmbf.de/upload_filestore/pub/Weiterbildungsverhalten_in_Deutschland_2018.pdf) (16. 4. 2021).

<sup>17</sup> *Rahner/Schulze/Ehlert*, WSI-Mitteilung 2020, 513.

<sup>18</sup> Dies ist auch ein allg. Kritikpunkt am Zertifizierungsverfahren *Sackmann* ua., Evaluation des Verfahrens zur Akkreditierung von Fachkundigen Stellen und zur Zulassung von Trägern und Maßnahmen der Arbeitsförderung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch, Forschungsbericht BMAS, Berlin 2019, S. 179 ff.

folgender Durchführung der Maßnahme zu groß. Zeitknappheit herrscht erst recht bei der Verbindung von Kug und Weiterbildung, wenn Kurzarbeit allenfalls auf mittlere Sicht gefahren werden kann.

Zwar kann die Maßnahme-Arbeitsagentur<sup>19</sup> bei einem besonderen arbeitsmarktpolitischen Interesse den Träger und die Maßnahme selbst zertifizieren, wenn »die Teilnahme an individuell ausgerichteten Weiterbildungsmaßnahmen im Einzelfall gefördert werden soll« (§ 177 Abs. 5 SGB III). Aber entsprechend der früher ausschließlichen Ausrichtung der Förderung der Weiterbildung auf die individuelle Förderung konzentrieren sich die Gesetzesmaterialien<sup>20</sup> darauf. Dem folgen die Literatur<sup>21</sup> und die internen Regelungen der BA.<sup>22</sup> Das wird aber der neuen Bedeutung, die der Gesetzgeber den kollektiven Maßnahmen der betrieblichen Weiterbildung mit § 82 Abs. 4, Abs. 5 und Abs. 6<sup>23</sup> und mit § 106a Abs. 2 SGB III<sup>24</sup> gegeben hat, nicht mehr gerecht. Da der Wortlaut in § 177 Abs. 5 nur eine individuelle Maßnahme, aber nicht die Förderung von Individuen anspricht, ist er auch offen für einzelne kollektive Maßnahmen, zumal dies gestützt wird durch eine funktionale und systematische Interpretation.

2. Zur Qualitätssicherung sollte de lege lata die Zertifizierung der Maßnahmeträger ausreichen, wenn man gleichzeitig im Dreieck von Betrieb (Arbeitgeber und Betriebsrat) – BA – Maßnahmeträger eine passende Maßnahme anvisiert hat. Passgenaue Maßnahmen lassen sich sonst kaum realisieren.<sup>25</sup> Es sei nur daran erinnert, dass § 421t SGB III unter dem Zeitdruck der Krise 2008/9 gar keine Anforderungen an die Zertifizierung enthielt.<sup>26</sup> Auch die Vorläufernorm § 131a Abs. 2 S. 3 SGB III schloss das Zertifizierungsverfahren für bestimmte betriebliche Maßnahmen der Weiterbildung von Arbeitnehmern ohne weitere Voraussetzungen aus.

### c) Modularisierung der Qualifizierungsmaßnahmen

Die Evaluation zu Qualifizierungsmaßnahmen in Transfergesellschaften kritisierte,<sup>27</sup> dass viel zu wenig Maßnahmen mit Teilqualifikationen und Modulen vorhanden sind und dies ein starkes Hindernis für eine angemessene Qualifizierung gewesen sei. Während die Beschäftigten in Transfergesellschaften dauerhaft aus dem Produktionsprozess herausgenommen worden sind, ist dies bei Wei-

terbildung während Kurzarbeit und dem Regelmodell des § 82 SGB III nicht der Fall, außer den Ausnahmen einer Kurzarbeit von 100 % und der Vollzeit-Bildungsmaßnahmen nach § 82 und § 106 Abs. 2 SGB III. Zudem sind Dauer und Umfang der Kurzarbeit oft nicht vorhersehbar.

Eine stärkere Modularisierung ist deshalb dringend notwendig. Dann ist auch die Mindestdauer der Maßnahme von 120 Stunden (§ 82 Abs. 1 Nr. 4 SGB III) zu flexibilisieren.<sup>28</sup> Es sollte ausreichen, dass kürzere Maßnahmen zB. in einem übergreifenden Konzept von mindestens 120 Std. eingebaut sind. In §§ 110 bis 111a SGB III gibt es solche Mindeststunden-Anforderungen gar nicht; hier allerdings auch, weil die Gefahr einer betriebsspezifischen Qualifizierung für den abgebenden Betrieb ausgeschlossen und die Mitnahme von Fördergeldern (unten III.2) geringer ist bzw. die Weiterbildungsnotwendigkeit auf der Hand liegt.

Zwar ist im Zulassungsverfahren schon seit 2004 die Zertifizierung von »Maßnahmebausteinen« zulässig (§ 9 Abs. 4 AZWV 2004/§ 3 Abs. 6 S. 1 AZAV 2012). Sie wird aber immer noch zu wenig praktiziert. Hier müsste in § 180 SGB III ein größerer Nachdruck auf Modularisierung verankert werden.

### d) Einbindung in stärkere Beratung und Koordinierung – Weiterbildungsverbünde

Unbestritten dürfte sein, dass die Einschätzung des Weiterbildungsbedarfs eine intensive Beratung durch die BA, die Arbeitsagentur vor Ort und auch durch neutrale Fachinstitutionen mit entsprechenden Kapazitäten braucht.<sup>29</sup> Um eine breitere Sichtweite über den Betrieb

19 BA, Fachliche Weisung FbW, Stand: 1. 10. 2020, § 177 Abs. 5, unter 6.

20 BT-Drs. 17/6277, S. 107, S. 220.

21 Neumann, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), BeckOK Sozialrecht, 58. Ed., Stand: 1. 9. 2020, § 177 Rn. 11; Brand, in: Brand, SGB III, 8. Aufl., München 2018, § 177 Rn. 8; Gagel-Banafsche (Fn. 6), § 177 Rn. 75.

22 BA unter: [www.arbeitsagentur.de/bildungstraeger/akkreditierung-zulassung](http://www.arbeitsagentur.de/bildungstraeger/akkreditierung-zulassung) (20. 10. 2020); BA, Fachliche Weisung FbW, Stand: 1. 10. 2020, § 177 Abs. 5, unter 1. (1).

23 BT-Drs. 19/17740, S. 40, S. 41; Zu §§ 82 Abs. 6 idF. des Art. 2 Nr. 6 Gesetz v. 20. 5. 2020 (BGBl 2020 I, S. 1044), gem. Art. 19 Abs. 6 mit Wirkung v. 1. 1. 2021, dazu BT-Drs. 17740, S. 48, S. 499.

24 BT-Drs 19/24481, S. 16, S. 17.

25 Sackmann ua. (Fn. 18), S. 182, S. 183.

26 Vgl. Gagel-Bieback (Fn. 6), 41. EL., Stand: Mai 2011, § 421t Rn. 19 ff.

27 Mühge, Qualifizierung und Teilqualifizierung in Transfergesellschaften, HBS-Study, Düsseldorf 2017, S. 34 ff.

28 Für mehr Flexibilität: Baron, BWP 1/2020, 33.

29 Weber, IAB- Stellungnahme 3/2021, S. 154.

und die Branche hinaus und damit auch Transfers zwischen unterschiedlichen, wachsenden und schrumpfenden Betrieben zu ermöglichen, gibt es schon zahlreiche regionale Qualifizierungs- und Weiterbildungsverbände.<sup>30</sup> Sie sollten stark gefördert werden.

#### e) Flexibilisierung der Anforderungen

Erstmals hat der Gesetzgeber mit Wirkung vom 1. Juni 2020 in §§ 179ff. SGB III und § 3 AZAV nF.<sup>31</sup> einige Probleme der sehr dichten Regulierung der Weiterbildungsdienstleistungen beseitigt. Die BA hat mehr Vorgaben bei der Bildung der zweijährlich bundesweit festgesetzten Bundesdurchschnittskostensätze erhalten und es sind mehr Abweichungen von ihnen zugelassen; speziellere Maßnahmen werden dadurch erleichtert. Nunmehr können auch Weiterbildungsmaßnahmen an Hochschulen zertifiziert werden, außer es geht um den Erwerb eines Studienabschlusses.

Unsicherheit über die Dauer der Krise wie der zukünftigen Bedarfe, Zeitdruck und die Notwendigkeit schnellen präventiven Handelns erzwingen wohl, einen Werkzeugkasten von allgemein akzeptierten Weiterbildungs-Modulen zu entwickeln, die schnell eingesetzt werden können.<sup>32</sup>

#### f) Berücksichtigung der Kosten auf dem Markt der Weiterbildung

Im Gegensatz zum unregulierten Markt der nicht geförderten betrieblichen Weiterbildung, sind die Anforderungen im SGB III und im Zertifizierungsverfahren immer noch sehr rigide. Es wird kritisiert, es sei unmöglich, gleichzeitig die Preisvorgaben zu erfüllen, hohe Qualität zu liefern und kostendeckend zu produzieren.<sup>33</sup> So ist es noch nicht einmal gesichert, dass die gestiegenen Lohnkosten jenseits des Min-

destlohns, der nur für die durch die BA geförderte Weiterbildung gilt,<sup>34</sup> hinreichend berücksichtigt werden (§ 3 AZAV). Wenn der Gesetzgeber die alten Sätze zum 29. Mai 2020 einmalig um 20 % an hob (§ 7 AZAV), weil die durchschnittlichen Kostensätze in »den letzten Jahren weitgehend unverändert geblieben sind«<sup>35</sup>, ist mit der bisherigen sehr rigiden Marktregulierung und dem bisherigen Preisfindungsmechanismus etwas nicht in Ordnung.

Immerhin sieht die Mindestentgeltverordnung für die Zeit vom 1. April 2019 bis 1. Januar 2022 eine schrittweise Steigerung des Mindeststundenentgelts um 10 % von 15,72 €/15,79 € auf 17,18 €/17,70 € vor.<sup>36</sup> Ob sich das zumindest proportional in der Festsetzung der Bundesdurchschnittskostensätze ab 2021 abbilden wird?

30 Vgl. zB. Baden-Württemberg: <https://wm.baden-wuerttemberg.de/de/service/presse-und-oeffentlichkeitsarbeit/pressemitteilung/pid/qualifizierungsverbuende-fuer-mehr-weiterbildung-von-beschaeftigten-kleiner-und-mittlerer-unternehmen/> (16.4.2021).

31 Art. 1 Nr. 23–25 und 18 Gesetz v. 20. 5. 2020 (BGBl 2020 I, S. 1044).

32 Weber, IAB- Stellungnahme 3/2021, 154.

33 Koscheck, BWP 1/2020, S. 36; Rosendahl, in: Dobischat/Rosendahl (Hrsg.), Das Personal in der Weiterbildung im Spannungsfeld von Professionsanspruch und Beschäftigungsrealität, Wiesbaden 2018, S. 251–282; Abgewogene Kritik bei Sackmann ua., (Fn. 18).

34 Fünfte Verordnung über zwingende Arbeitsbedingungen für Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch (Fünfte Aus- und Weiterbildungsdienstleistungsarbeitsbedingungenverordnung – AusbDienstLArbbV5) v. 27. 3. 2019 (BAz AT 29. 3. 2019 V1).

35 § 7 idF. des Art. 18 Nr. 4 Gesetz v. 20. 5. 2020 (BGBl 2020 I, S. 1044) mit Wirkung v. 29. 5. 2020 (Art. 19 Nr. 1), Begründung in BT-Drs. 19/17740, S. 55 zu Art. 9, zu Nr. 4.

36 Der Durchschnittsstundenverdienst brutto im Wirtschaftsbereich »Erziehung und Unterricht« lag im zweiten Quartal 2020 bei 26,94 € (ohne Sonderzahlungen) unter: [www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Verdienste/Verdienste-Verdienstunterschiede/Tabellen/vierteljaehrliche-verdienste.html](http://www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Verdienste/Verdienste-Verdienstunterschiede/Tabellen/vierteljaehrliche-verdienste.html) (16. 4. 2020).



## 5. Komplizierte Beratungs-, Aushandlungs- und Entscheidungsprozesse

### a) Stellung der BA

	Regelmodell § 82 SGB III	§ 106a Abs. 2 SGB III	§§ 110/111/111a SGB III
<b>11. Beratung BA</b>	Allgemeine Beratungspflicht der BA §§ 29 SGB III (Beratungsangebote), § 34 SGB III (Arbeitsmarktberatung). Bindung der BA an Beratung bei Ausübung des Ermessens		
	Konkrete Beratung integriert in Entscheidungsverfahren der BA		Zwingend § 111 Abs. 7 S. 4 SGB III; § 111a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III
<b>12. Verfahren</b>	Individuelle Beantragung für Ansprüche Arbeitnehmer; kollektive Beantragung Arbeitgeber Abs. 6	Arbeitgeber Anspruchsinhaber	
<b>13. Auswahl Maßnahme</b>	Auswahl Betriebsparteien (?); bei Verzicht auf Gutscheine Vergabe?	Auswahl Arbeitgeber (evtl. mit Betriebsrat); kein Gutschein	§§ 110/111a SGB III: Auswahl Betriebsparteien; § 111 Abs. 7 S. 4 SGB III Auswahl-Beteiligung BA; kein Gutschein

Allgemein ist die Beratungspflicht der BA ab 1. Januar 2019 in §§ 29 (Beratungsangebote) und 34 SGB III (Arbeitsmarktberatung) verstärkt worden und alle Förder-systeme verlangen – mal zwingend (§§ 111 Abs. 7 S. 4; 111a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III) mal in das übliche Entscheidungsverfahren eingebaut (§ 82, § 106 Abs. 2 SGB III) – eine Beratung durch die BA, zu der auch meist ein »Profiling« der Beschäftigten (§§ 32, 37 SGB III) gehören wird. Die Evaluationen des Transfer-Kug ergab,<sup>37</sup> dass die frühe Einbeziehung der BA in die Beratung und Verhandlung der Betriebsparteien von beiden Seiten als sinnvoll und positiv bewertet worden ist. Allerdings sei das Zusammenspiel unklar, vor allem ob die BA an die vorherige Beratung und Beteiligung bei der Bewilligung der Qualifikationsförderung gebunden ist.<sup>38</sup> Erst eine Bindung schafft Planungssicherheit für die Arbeitgeber und Beschäftigten.

Aber eine verfahrensrechtliche Bindung der Ermessensentscheidung der BA an die vorherige Beratung scheitert oft schon an der fehlenden Schriftlichkeit/Förmlichkeit der Beratung und/oder einer Änderung der Informationslage im Zeitablauf. Rechtlich wird die Beratung als »schlichtheitliche« Handlung<sup>39</sup> zu charakterisieren sein, so dass auch die Beratung über Förderleistungen nach § 34 Abs. 1 Nr. 6 SGB III in der Regel nicht die Form einer bindenden Zusicherung (§ 34 SGB X) annehmen wird.

Wichtig wäre es, schon früh im Beratungsprozess auf ein Profiling/eine Potentialanalyse auf individueller Ebene und eine allgemeine Bedarfsanalyse des Betriebs zu drängen, an die die BA dann in der Ermessensabwägung gebunden ist.<sup>40</sup>

### b) Kollektives Verfahren und Entscheidung bei individuellen Ansprüchen

Da die betriebsbezogene Regelförderung der Weiterbildung nach § 82 SGB III stark kollektive Elemente enthält, ist es konsequent und eine wichtige Neuerung, dass nunmehr entsprechende kollektive Formen der Antragstellung und Entscheidung in die Regelförderung § 82 Abs. 6 SGB III ab dem 1. Januar 2021 eingeführt wurden.<sup>41</sup>

Der Arbeitgeber kann einen »Gesamt-Antrag« für alle vergleichbaren Beschäftigten stellen (§ 82 Abs. 6 SGB III). Die Arbeitsagenturen können dann »die individuellen und betrieblichen Belange pauschalierend für alle betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer einheitlich und maßnahmebezogen berücksichtigen und die Leistungen als Gesamtleistung bewilligen«. Die Vergleichbarkeit muss großzügig ausgelegt werden; es können auch sehr unterschiedliche Bildungsmaßnahmen notwendig sein. Anleihen beim Verfahrens- und Prozessrecht des Kug liegen nahe. Arbeitgeber und Betriebsrat wären dann Verfahrens- und Prozessstandschafter. Wie es arbeitsrechtlich keinen Zwang zur Weiterbildung gibt, können die einzelnen Beschäftigten nicht zur Weiterbildung verpflichtet werden.

37 IZA/DIW/Infas, Evaluation der Maßnahmen zur Umsetzung der Vorschläge der Hartz-Kommission, Modul 1b: Förderung beruflicher Weiterbildung und Transferleistungen, BMAS (Hrsg.), Berlin 2006, S. 171 ff. (Expertenbefragung); Knuth/Kirsch/Schwarzkopf, Beschäftigtertransfer Plus in NRW. Abschlussbericht, IAQ, Duisburg 2012, S. 20 ff., 27 ff.

38 Knuth/Kirsch/Schwarzkopf (Fn. 37), S. 20 ff., 27 ff.

39 So ua. Abler, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz (Fn. 11), § 29 Rn. 16.

40 Gagel-Bieback (Fn. 6), § 5 Rn. 46, 55.

41 § 82 Abs. 6 idF. von Art. 2 Nr. 6 Gesetz v. 20. 5. 2020 (BGBl 2020 I, S. 1044), gem. Art. 19 Abs. 6 mit Wirkung v. 1. 1. 2021.



Diese betriebsbezogene Einheitlichkeit wird in § 106a Abs. 2 SGB III dadurch hergestellt, dass der Arbeitgeber Anspruchsberechtigter ist. In §§ 110/111/111a SGB III läuft das über die meist übliche Einschaltung der Betriebsparteien und die Beteiligung des Arbeitgebers an den Kosten, obwohl hier Anspruchsinhaber jeweils die Beschäftigten sind.

Kernstück einer markt-orientierten Leistungsbeanspruchung war und ist der Weiterbildungsgutschein, mit dem die einzelnen Beschäftigten unter den zugelassenen Leistungsanbietern wählen können (§ 81 Abs. 4 SGB III). Um einheitliche betriebliche Maßnahmen zu ermöglichen, wird diese zwingende Vorgabe zu Recht aufgehoben, wenn Arbeitgeber und Beschäftigte sich darauf einigen (§ 81 Abs. 4 S. 4 SGB III nF.). Diese Einigung mit dem Arbeitgeber kann für die Beschäftigten auch der Betriebsrat treffen. In § 106a Abs. 2 und §§ 110/111/111a SGB III wird auf dieses Instrument gar nicht erst verwiesen – es würde jede einheitliche Verfahrensweise unmöglich machen.

### c) Auswahl der Maßnahme durch die BA?

Angesichts der Eigenbeteiligung der Arbeitgeber und zumindest beim Bezug von Kug der Beschäftigten kann die Auswahl der Maßnahme nur in Absprache zwischen allen Beteiligten erfolgen, auch um die Motivation der betrieblichen Akteure zu erhöhen. Das gilt gerade bei der Regelförderung gemäß § 82 SGB III, wenn Arbeitgeber und Beschäftigte auf die Ausgabe von Gutscheinen verzichten, um kollektive Maßnahmen zu ermöglichen (stark gebundenes Ermessen der BA in § 81 Abs. 4 S. 4 SGB III).

Die BA wendet die Zertifizierung entweder mit Gutschein oder mit dem Vergabeverfahren an.<sup>42</sup> Betriebsbezogene, gleichsam maßgeschneiderte Maßnahmen sind so erschwert (oben II.4). Dabei ist das Vergabeverfahren in diesen Fällen nicht zwingend.

Klar ist nur § 110 SGB III für Transfermaßnahmen. Hier wählen die betrieblichen Akteure den Maßnahmeträger; der Arbeitsagentur kommt lediglich eine beratende Rolle zu.<sup>43</sup> Das erklärt sich durch die alleinige Verantwortung des Arbeitgebers und seine hohe Kostenlast.

## III. Allgemeine Probleme

### 1. Gleichheitswidrige oder sachgemäße Differenzierungen?

Die verstärkte Förderung von Problemgruppen des Arbeitsmarkts im Regelmodell des § 82 SGB III (Beschäftigte in KMU, Un- und Angelernte, Schwerbehinderte), ist immer in Hinblick auf Art. 3 GG sachlich gerechtfertigt. Die privilegierte Förderung von KMU im Regelmodell wie in § 106a Abs. 2 SGB III schafft notwendige Anreize, da diese Betriebe weniger Weiterbildung betreiben.<sup>44</sup> Aber damit stellt man die größeren Betriebe, die aktiver in Weiterbildung investieren, relativ schlechter. Das wird im Regelmodell in § 82 Abs. 4 und Abs. 5 SGB III zum Teil ausgeglichen durch die besondere Förderung bei Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen. Beide Regelungsformen sind bei KMU eher selten.<sup>45</sup> Gleichzeitig soll die Erhöhung des Fördersatzes bei Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, zum Abschluss solcher Regelungen anregen, da so die Interessen der Beschäftigten besser ins Spiel gebracht<sup>46</sup> und die Anstrengungen der größeren Betriebe unterstützt werden können. Insgesamt folgen die Differenzierungen sachlichen Gründen, die betriebliche Weiterbildung zu stärken, und sie sind voll im Rahmen des breiteren Spielraums des Gesetzgebers der Leistungsverwaltung.

Für die individuell Beschäftigten bleibt immer die Förderung nach § 82 Abs. 1 bis 3 SGB III.

### 2. Anspruch auf Weiterbildung und Ermessen

Im Regelmodell stehen außer beim nachträglichen Erwerb eines Berufsabschlusses in § 82 Abs. 3 S. 2 SGB III die Zuschüsse zum Arbeitsentgelt im Ermessen der BA. Das macht die finanzielle Belastung für die BA zwar planbar,

42 Zur Alternative: *Dickmeis*, Die Möglichkeit der Beauftragung von Maßnahmeträgern im SGB III und SGB II unter Anwendung des Kartellvergaberichts, Kassel 2017, S. 52.

43 BT-Drs. 15/1515, S. 91; Gagel-Klein (Fn. 6), § 110 Rn. 46; *Apidopoulos*, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz (Fn. 11), § 110 Rn. 26.

44 BT-Drs. 19/4948, S. 15; IAB, Anhörung zum Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung, Ausschussdrucksache 19(11)579 neu, S. 115, 119.

45 *Bellmann/Hübner/Leber*, Applied Economics Letters, Bd. 26 (2019), S. 1177; *Reissert*, Beschäftigungstransfer stärken! Lehren aus einem internationalen Vergleich, Friedrich Ebert Stiftung, Berlin 2018; *Berger*, WSI-Mitteilung 2012, 358.

46 BT-Drs. 19/17740, S. 38.

aber für Arbeitgeber und Beschäftigte nicht. Das würde ein fester Anspruch beheben.<sup>47</sup> Dem kommt die Ausgestaltung der Förderung der Weiterbildungsmaßnahme als »Sollvorschrift« in § 82 Abs. 3 SGB III schon näher. Denn sie gibt in der Regel einen Anspruch, der nur ausnahmsweise versagt werden kann – wobei die Ausnahmen nicht geregelt sind.

Vergleichbare Länder der EU haben aus diesen Gründen bei vergleichbaren Leistungen zur Unterstützung von Umstrukturierungen und Transfers feste Ansprüche auf Förderung erfolgreich eingeführt.<sup>48</sup> Dem schließt sich jetzt die Förderung nach § 106a Abs. 2 SGB III an. Oft kann die BA bei einem Förderanspruch die Inanspruchnahme noch über die Interpretation der vage formulierten Fördervoraussetzungen auch haushaltsrechtlich steuern. Aber die Voraussetzungen in § 82 Abs. 3 und § 106 Abs. 2 iVm Abs. 1 SGB III sind so präzise, dass hier wenig Spielraum bleibt.

### 3. Ordnungspolitische Einwände

Über eine starke Förderung der betrieblichen Weiterbildung werden Gelder der Arbeitslosenversicherung für Maßnahmen eingesetzt, die in der Verantwortung der Unternehmen liegen. Die Förderung kann den Wettbewerb zwischen den Unternehmen verzerren: Die einen sorgen auf eigene Kosten rechtzeitig vor, die anderen warten und greifen dann auf die Sozialversicherung zurück.

Diese Einwände sind berechtigt. Aber seit der starken Intervention von BA und Staat auf dem Arbeitsmarkt in der Finanzkrise 2008/9 und der Coronakrise 2020/21 ist allen Beteiligten klar, dass es immer nur um eine Abwägung dieser Einwände mit der öffentlichen Verantwortung für den Arbeitsmarkt und vor allem dem präventiven Auftrag der Arbeitsförderung (§§ 1–5 SGB III) geht.<sup>49</sup>

Zudem gibt es für die Abgrenzung von Risikosphären kaum rationale Maßstäbe. So meint das IAB<sup>50</sup> der neue Schwellenwert, dass schon bei einem Qualifikationsbedarf von mehr als 20 % der Beschäftigten eines Betriebes die betriebliche Weiterbildung stärker gefördert wird (§ 82 Abs. 5 nF. SGB III), sei zu niedrig. Eine rational nachvollziehbare Begründung gibt es dafür aber nicht.

#### a) Verlagerung von Verantwortung

Bei allen hier analysierten Förderungen gibt es Regelungen, die die Eigenverantwortung der Betriebe definieren. Der Schwellenwert für Kug, ab dem erst die BA einspringt,

ist allerdings auf 10 % der Beschäftigten mit 10 % Lohnausfall und das heißt auf nur noch 1 % des gesamten Entgeltvolumens eines Betriebs reduziert.<sup>51</sup> Der vom Arbeitgeber zu tragende Teil der Sozialversicherungsbeiträge wird gesenkt. Aber es bleiben dem Arbeitgeber noch erhebliche weitere (Remanenz-) Kosten.<sup>52</sup> Das gilt auch für die Eigenbeteiligung des Arbeitgebers bei allen Zuschüssen der BA. Bei der stärkeren Förderung der KMU (§ 82 SGB III, § 106 Abs. 2 SGB III) und des Transfer-Kug in der Insolvenz (§ 111a Abs. 3 S. 2 SGB III) will man gerade die geringere Eigenleistungsfähigkeit der Betriebe ausgleichen.

#### b) Mitnahmeeffekte

Einiges spricht dafür, dass je kürzer eine Bildungsmaßnahme ist, umso eher dürfte sie der kurzfristigen Qualifikationsanpassung im Interesse des Betriebs dienen, die der Betrieb auch ohne Förderung vornehmen würde (oben II.4.a).<sup>53</sup> Wenn der Bundestag in Kenntnis dieser Mitnahmeeffekte dennoch die Mindeststundenzahl der Weiterbildung von früher 160 auf nur noch 120 Stunden absenkt (§ 82 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 SGB III und § 106a Abs. 1 SGB III), scheint er eine Notwendigkeit zu sehen, in der Krise – COVID-19 Pandemie und technologischer und ökologischer Strukturwandel – auch normale Weiterbildungsaktivitäten fördern zu müssen. Zudem müsste die Maßnahmedauer von 160 Stunden zB. bei 50 % Kurzarbeit auf acht Wochen verteilt werden. Mit einer Planungs- und Vorlaufzeit (Zertifizierung der Maßnahme!) entsteht ein Zeitraum, den viele Unternehmen nicht sicher überschauen können.<sup>54</sup>

47 Dazu immer noch zutreffend: Entwurf des AFG BT-Drs. V/2291, S. 53, 54.

48 Reissert (Fn. 45).

49 Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Sondergutachten 2020, S. 69 f., Rn. 132 f.

50 So IAB, Anhörung zum Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung, Ausschussdrucksache 19(11)579 neu, S. 120.

51 § 1 Nr. 1 Kurzarbeitergeldverordnung vom 25. 3. 2020 (BGBl. 2020 I, S. 595) in der Fassung des Art. 1 der VO v. 21. 10. 2020 (BGBl. I 2020, S. 2259).

52 Vgl. Gagel-Bieback (Fn. 6), 63. EL., Stand: Oktober 2016, vor § 95 Rn. 21, 22.

53 Vgl. IAB Stellungnahme zum Entwurf des QualifizierungschancenG, Ausschuss für Arbeit und Soziales Ausschussdrucksache 19(11)223, S. 26.

54 So der Einwand des BDA in der Ausschussanhörung zum Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung, Ausschussdrucksache 19(11)579, S. 77, 78.

Außer über die im vorigen Abschnitt behandelten Instrumente der Selbstbeteiligung der Arbeitgeber werden »Mitnahmeeffekte« noch am besten über Regelungen und Entscheidungen zur Art der Maßnahme vermieden. Neben der Anforderung von »insgesamt mehr als 120 Stunden« gehört hierher, dass das Regelmodell verlangt, es müssten »Fertigkeiten, Kenntnisse und Fähigkeiten vermittelt werden, die über ausschließlich arbeitsplatzbezogene kurzfristige Anpassungsfortbildungen hinausgehen« (§ 82 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III). Das ist es dann aber schon an einer präziseren Vorgabe für die Art der Maßnahmen. Das Zertifizierungsrecht ist in seinen Anforderungen in § 180 Abs. 2 SGB III zu weit.

Ob diese Maßnahmen ausreichen, um Mitnahmeeffekte einzuschränken, lässt sich empirisch auch nicht annähernd plausibel sagen. Letztlich ist es, wie bei den vielen Subventionen/Fördermaßnahmen in der Krise, eine politische Entscheidung. Und immer ist jener oben (II.4) analysierter Aspekt zu bedenken, dass auch eine betriebsnahe und betrieblich akzeptierte Maßnahme gefunden werden muss.

### c) Wettbewerb

Die stark wettbewerbsorientierte Marktordnung der EU steht staatlichen Beihilfen an Unternehmen kritisch gegenüber (Art. 107 bis 109 AEUV). Im Endeffekt sind sich aber alle Akteure und Autoren einig, dass betriebsbezogene Maßnahmen der Weiterbildung, des Kug oder des Transfer-Kug keine Beihilfen iSd. Beihilfenrechts der Art. 107–109 AEUV sind, weil sie vorrangig Beschäftigte fördern, oder weil ihnen die erforderliche Selektivität fehlt, oder weil sie zumindest unter die EU-Ausnahmevorschriften fallen.<sup>55</sup>

## 4. Schwieriges Miteinander von kollektiver Förderung und Förderung von Problemgruppen und Problembetrieben

Die neue Entwicklung der Förderung der betrieblichen Weiterbildung hin zur kollektiven Weiterbildung ganzer Belegschaften/Gruppen von Beschäftigten ist in § 82 Abs. 4–6 SGB III an die alte individualisierte Förderung angehängt und in § 106a SGB III völlig als befristetes Kontrastmodell ausgestaltet worden. § 111a SGB III hat seine individualisierenden Züge zwar verloren, soll aber nach Auslaufen seiner kurzen Frist in die völlig individualisierte Förderung nach § 81 SGB III überführt werden. Ein sehr komplexes Nebeneinander beider Fördermodelle gibt es nur in § 82 SGB III.

### a) Keine individualisierte Förderung von Problemgruppen während Kug-Bezugs

Der völlige Ausschluss der Regelförderung während des Bezugs von Kug (§ 82 Abs. 9 SGB III) scheint unter keinem Gesichtspunkt sachlich gerechtfertigt. Was immer man auch als Rechtfertigung nehmen mag, es ist schwer verständlich, weshalb es keinen Anreiz mehr für den Arbeitgeber geben soll, die in § 82 SGB III zu Recht besonders hervorgehobenen Problemgruppen (kein Berufsabschluss, über 45 Jahre, schwerbehindert) auch während Kurzarbeit in die Fördermaßnahmen nach § 106a SGB III einzubeziehen bzw. hier besondere oft auch parallel zu den allgemeinen Maßnahmen laufende Weiterbildung zu installieren. Weshalb gar allein der Bezug von Kug gemäß § 82 Abs. 9 SGB III alle Maßnahmen für diese Gruppen blockiert, ist erst recht nicht verständlich, zB. für den Fall, dass sich der Arbeitgeber entschließt ansonsten keine Weiterbildungsmaßnahmen zu beginnen. Vielleicht steht dahinter die Prämisse, mit schnellen, generalisierenden, kollektiven Maßnahmen sei eine Förderung von Problemgruppen nicht vereinbar und nicht machbar. Das wäre zumindest empirisch zu belegen und rechtlich vor Art. 3 GG zu rechtfertigen.

### b) Notwendigkeit niedrigschwelliger Förderung

So sind § 82 Abs. 9 SGB III und § 106a SGB III schlechte, gemessen an Art. 3 Abs. 1 GG, besonders Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, bedenkliche Beispiele, die Notwendigkeit der speziellen Förderung von Problemgruppen nicht durchgängig zu berücksichtigen. Das obwohl der Gesetzgeber diese Gruppen immer auch im Fokus hatte.

2002 begann der Ausbau der Förderung der betrieblichen Weiterbildung in Beschäftigungsverhältnissen mit der speziellen Förderung von Problemgruppen und auf einem langsam wachsenden Niveau von 2.000 bis 101.000 Geförderten (ab 2007 WeGebAU §§ 417 Abs. 1, 235c, 77 Abs. 2, 421t Abs. 4 SGB III bis 2018 dann § 131a SGB III).<sup>56</sup> Circa die Hälfte aller Betriebe wusste von dieser

<sup>55</sup> Gagel-Bieback, (Fn. 6), 63. EL., Stand: Oktober 2016, § 95 Rn. 123a; Gagel-Fuchs/Horn (Fn. 6), 61. EL., Stand: März 2016, Anhang AEUV, Rn. 36; Petzold, ZESAR 2014, 447; von Donat, in: von Donat et. al. (Hrsg.), Funktionswandel der Sozialversicherung - von der Arbeitnehmer- zur Unternehmenshilfe und zum Marktakteur, München 2013, S. 81.

<sup>56</sup> Lott/Spitznagel, Wenig Betrieb auf neuen Wegen der beruflichen Weiterbildung, IAB Kurzbericht Nr. 23, Nürnberg 2007; dies., Impulse für die berufliche Weiterbildung im Betrieb, IAB Kurzbericht Nr. 11, Nürnberg 2010; van den Berg/Dauth/Homrighausen/Stephan, Informing employees in small and medium sized firms about training: results of a randomized field experiment, IAB Discussion Paper 22/2019, Nürnberg 2019; Jüngster Daten Bericht der Bundesregierung BT-Drs. 19/25785, S. 28–33.

Fördermöglichkeit und nur ein Achtel hat die Förderung für seine Mitarbeiter beansprucht, immer viel geringer bei KMU. Obwohl und weil das so war, ist es notwendig zu fragen: Reicht die jetzige Förderung aus?

Es sind vor allem die Arbeitsplätze un- und angelernter Beschäftigter, die zukünftig gefährdet sein werden und gleichzeitig ist es diese Gruppe, die am wenigsten an Maßnahmen der Weiterbildung teilnimmt.<sup>57</sup> Und es ist diese Gruppe, die am ehesten geförderte Maßnahmen der Weiterbildung abbrechen.<sup>58</sup> Die besondere Förderung dieser Gruppe hing und hängt aber gegenwärtig (noch) von der hohen Voraussetzung ab, dass Ziel der Weiterbildung der »nachträgliche Erwerb eines Berufsabschlusses« ist (§ 81 Abs. 2; § 82 Abs. 1 S. 1 Nr. 2; § 82 Abs. 3 S. 2 und S. 3 SGB III). Natürlich können sie auch zu den allgemeinen Bedingungen der §§ 81 und 82 Abs. 3 bis 5 SGB III gefördert werden.

Man muss davon ausgehen, dass Beschäftigte mit 20–30 Jahren Beschäftigung in einer un- oder angelernten Tätigkeit erhebliche Schwierigkeiten haben werden, wieder in einen Prozess der Weiterbildung einzusteigen, der eine längerfristige Berufsplanung und eine gewisse Lernstrategie voraussetzt. Es fragt sich also, weshalb bei einer Maßnahme unterhalb des Ziels, Erwerb eines Berufsabschlusses, diese Gruppe nicht stärker in § 82 SGB III gefördert wird.

Und grundsätzlicher wäre zu fragen, weshalb die soziale Unterstützung des Lernens so gering ausgeprägt ist. § 81 Abs. 3a SGB III<sup>59</sup> sieht zwar eine Förderung des Erwerbs von »Grundkompetenzen« vor, aber gemäß § 81 Abs. 3a Nr. 2 SGB III nur, wenn ein Berufsabschluss angestrebt wird. Anregungen und gesetzliche Vorbilder gibt es zu Hauf, wenn man in den dritten Abschnitt des dritten Kapitels des SGB III »Berufswahl und Berufsausbildung« (§§ 48 bis 80b SGB III) schaut. Hier gibt es alle Arten der sozialpädagogischen Förderung und Vorbereitung von Qualifikationsprozessen bis hin zu Formen der institutionellen Förderung, die ansonsten ganz aus dem SGB III verschwunden waren. Erwähnt seien zum Beispiel:

- § 48 Berufsorientierungsmaßnahmen
- § 49 Berufseinstiegsbegleitung
- § 51 Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen
- § 54a Einstiegsqualifizierung
- § 74 Assistierte Ausbildung
- § 75 Begleitende Phase der Assistierte Ausbildung
- § 75a Vorphase der Assistierte Ausbildung

Hier kann und wird auf Länderebene das Experimentierfeld der Förderung durch den ESF liegen. Unabhängig davon ist aber eine stärkere (sozial- und berufs-) pädagogische Ausrichtung der Förderung der Weiterbildung im SGB III zusammen mit einer Modularisierung dringend notwendig.

## IV. Alternativen?

Zum Schluss seien einige, aber natürlich nicht alle Alternativen zur gegenwärtigen Regelung der Förderung betrieblicher Weiterbildung erwähnt.<sup>60</sup>

### 1. Systemwechsel

Eine große Tradition haben Reformvorschläge, die die Chancengleichheit und Autonomie der Individuen in den Mittelpunkt stellen.<sup>61</sup> Das sind unter anderem:

(1) Bildungssparen und Bildungsdarlehen sind in Deutschland nur sehr gering realisiert.<sup>62</sup> Sie leiden alle an der unterschiedlichen Sparfähigkeit, ein Defizit, das insgesamt die individuell geförderte Vermögensbildung und Vorsorge prägt. Die ungleichen Bildungschancen beheben von der öffentlichen Hand zugeteilte individuelle »Bildungskonten« eher; aber ihre Umsetzung ist aufwendig und setzt einen erheblichen Bedarf an Orientierungswissen und Bildungsbereitschaft voraus.<sup>63</sup>

57 Heß/Janssen/Leber, Beschäftigte, deren Tätigkeiten durch Technologien ersetzt sind, bilden sich seltener weiter, IAB-Kurzbericht 16–2019, Nürnberg 2019.

58 Vgl. die Zahlen in Bunderegierung BT-Drs. 19/10766 und BT-Drs. 19/2933.

59 Eingefügt durch G. v. 18. 7. 2016, BGBl 2020 I, S. 2651.

60 Umfassender zu Alternativen: Bosch (Fn. 1), S. 24 ff.

61 BMBF (Hrsg.), Schlussbericht der Expertenkommission zur Finanzierung des Lebenslangen Lernens, Bonn/Berlin 2004 <https://www.fachportal-paedagogik.de/literatur/vollanzeige.html?Fid=679927> (4. 5. 2021); Bayer/Jaich, Forum Wissenschaft 3/2012, 24–28; Kocher ua., Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie: Arbeits- und sozialrechtliche Regulierung für Übergänge im Lebenslauf, Baden-Baden 2013; Kocher/Welti, Wie lässt sich ein Anspruch auf Weiterbildung rechtlich gestalten? Rechtliche Instrumente im Arbeits- und Sozialrecht, Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2013.

62 Vermögensbildungsgesetzes ab 2009. Umfassendere Modelle eines Bildungssparens bei Rürup/Kohlmeier, Wirtschaftliche und sozialpolitische Bedeutung des Weiterbildungssparens. Gutachten im Auftrag des BMBF, Berlin/Bonn 2007; Dohmen/de Hesselle/Himpele, Analyse möglicher Modelle und Entwicklung eines konkreten Konzepts zum Bildungssparen. Gutachten im Auftrag des BMBF, Berlin/Bonn 2007.

63 Rahner/Schulze/Ehlert, WSI-Mitteilung 2020, 513, 515 f.; Bosch (Fn. 1), S. 37 ff.



(2) Umfassender ist der Vorschlag einer »Beschäftigungsversicherung«. <sup>64</sup> Sie will individuelle soziale Rechte und eine umfassende Absicherung gewähren gegen alle Beschäftigungsrisiken und Übergänge von Arbeit in andere Arbeit, Nichtarbeit, Bildung und der Wahrnehmung von Familienaufgaben und der Rückkehr in Arbeit. Finanziert werden soll das Ganze durch einen Fonds, der sich (hochkomplex) aus Beiträgen der Arbeitslosenversicherung, der Rehabilitationsträger, allgemeinen Steuern und besonderen Beiträgen der Betroffenen speist.

Diese Vorschläge sind notwendig, denn sie geben den Beschäftigten, ja allen Bürgern, eine stärkere Souveränität in der Planung ihrer eigenen Bildung. Parallel dazu gilt es aber die Notwendigkeit einer betrieblichen Förderung der Weiterbildung zu akzeptieren, so dass individuelle Ansprüche, die sich an individuellen Präferenzen orientieren, allein nicht ausreichend sind.

## 2. Transformations-Kug

Weniger Neuordnung verlangt der Vorschlag eines Transformation-Kug. <sup>65</sup> Er beseitigt die Probleme, die die Verbindung von Kug und Weiterbildung bisher hat. Versichertes Risiko ist die massenhafte Qualifikationsgefährdung, es gibt einen Anspruch auf die Leistung, der Leistungsprozess ist betrieblich und kollektiv ausgestaltet wie beim Kug und § 82 Abs. 6 SGB III, eine transparente betriebliche Planung ist Voraussetzung, die Maßnahmen müssen der allgemeinen Qualifizierung der Beschäftigten dienen. Würde § 106a SGB III auf Dauer gestellt, käme das diesem Vorschlag schon einen Schritt näher.

## V. Fazit

- Die zahlreichen Novellen von 2019 und 2020 haben die Förderung der betrieblichen Weiterbildung im Umfang, der Höhe und im Verfahren erheblich gestärkt. Das kom-

plizierte Regelwerk ist Produkt einer politischen wie verwaltungstechnischen Abwägung der Vor- und Nachteile einer stärkeren Förderung betrieblicher Prozesse und der hinreichenden Förderung von Problemgruppen einerseits und der Ermöglichung kollektiver Förderung andererseits. Dennoch bleiben zahlreiche Widersprüche, sind viele Regelungen an diese Neuheit noch anzupassen.

- Die Verbindung von Kug und Weiterbildung ist endlich gelungen. Sie sollte unbedingt auf Dauer gestellt und rein auf den Weiterbildungsbedarf gerichtet sein, um in der betrieblichen Weiterbildung ein wirksames Instrument zu erhalten. Weiterbildung bei Kurzarbeit ist dann ein Sonderfall. Die jetzige Alternative für Kurzarbeitende zwischen Kug plus Aufstockung durch geringfügige Arbeit und Kug mit Weiterbildung ist unglücklich. Helfen würde, während der Weiterbildung das Kug zu erhöhen.
- Es sollte ein klares System der Förderung von Problemgruppen geben, das immer zusätzlich – auch bei kollektiven Maßnahmen – für die Arbeitgeber wie die Beschäftigten Anreize setzt, besondere Anstrengungen in der Weiterbildung zu unternehmen und eventuell auch in oder neben kollektiven Maßnahmen besondere Fördermaßnahmen einzusetzen.
- Das Standardverfahren der Heranziehung von Leistungserbringern über Zertifizierung und Gutscheine oder Vergabe ist schon flexibilisiert und sollte noch weiter flexibilisiert werden, um auf betrieblicher Ebene ausgehandelte Lösungen adäquat fördern zu können. Unsicherheit, Zeitdruck und schnelles präventives Handeln erzwingen wohl, einen Werkzeugkasten von allgemein akzeptierten Modulen zu entwickeln, die schnell eingesetzt werden können.

<sup>64</sup> Rogowski/Wilthagen, WSI-Mitteilungen 2004, 153–158; Schmid, Von der Arbeitslosen- zur Beschäftigungsversicherung. Wege zu einer neuen Balance individueller Verantwortung und Solidarität durch eine lebenslauforientierte Arbeitsmarktpolitik, Gutachten für die Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn 2008.

<sup>65</sup> Dazu ausführlich Bieback, SozSich 2019, 373 ff.



# Der betriebsverfassungsrechtliche Rahmen für Qualifizierung und Weiterbildung\*

Dr. Maren Rennpferdt, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

## I. Einleitung

### 1. Zweck der Mitwirkung des Betriebsrats bei der Berufsbildung

Angesichts des technischen Wandels und der damit verbundenen Änderung von Berufsbildern kommt der beruflichen Bildung der Arbeitnehmer eine erhebliche Bedeutung zu. Die Teilnahme an Maßnahmen der beruflichen Bildung kann über den Erhalt des Arbeitsplatzes und den beruflichen Aufstieg des Arbeitnehmers im Unternehmen,<sup>1</sup> aber auch über dessen Chancen am Arbeitsmarkt entscheiden.<sup>2</sup> Der Gesetzgeber hat daher Arbeitgebern und Betriebsräten die Aufgabe zugewiesen, die Berufsbildung der Arbeitnehmer zu fördern. Die Beteiligung des Betriebsrats bei der beruflichen Bildung soll die Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen im Rahmen der Berufsbildung, insbesondere eine ordnungsgemäße Durchführung der Bildungsmaßnahmen und eine gerechte Verteilung der Berufsbildungschancen, gewährleisten.<sup>3</sup> Darüber hinaus soll der Arbeitgeber angehalten werden, sich mit dem Berufsbildungsbedarf der bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer zu befassen und diesen bei seiner Personalplanung zu berücksichtigen.<sup>4</sup>

### 2. Berufliche Bildung als personelle Angelegenheit

Die zunehmende Bedeutung der Berufsbildung hat in der gesetzlichen Regelung ihren Niederschlag gefunden. Während die Berufsbildung nach dem BetrVG 1952 zu den Gegenständen der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten zählte, ist sie seit 1972 als eigener Unterabschnitt im Abschnitt »Personelle Angelegenheiten« geregelt und in einen Zusammenhang mit der Personaldeckungs- und Personalentwicklungsplanung gestellt.<sup>5</sup>

### 3. Begriff der Berufsbildung

Der Begriff der Berufsbildung ist im BetrVG nicht definiert. Er ist entsprechend dem Zweck der gesetzlichen Regelung in §§ 96 ff. BetrVG weit auszulegen.

a) Der Begriff der Berufsbildung umfasst alle Maßnahmen der Berufsbildung iSd. § 1 BBiG und damit neben der Berufsausbildung, der beruflichen Fortbildung und der beruflichen Umschulung auch die Berufsausbildungsvorbereitung.<sup>6</sup> Er beschränkt sich aber nicht auf diese Maßnahmen, sondern geht darüber hinaus.<sup>7</sup> Zur Berufsbildung zählen auch alle sonstigen Maßnahmen, die Arbeitnehmern in systematischer, lehrplanartiger Weise Kenntnisse und Erfahrungen vermitteln, die diese zu ihrer beruflichen Tätigkeit im Allgemeinen befähigen,<sup>8</sup> wie etwa kurzfristige Bildungsmaßnahmen für Anlernlinge oder Praktikanten, betriebliche Lehrgänge, Seminare und Maßnahmen iSv. § 26 BBiG. Auf die äußere Form der Maßnahme (etwa Präsenzveranstaltungen/Telelearning) kommt es nicht an. Inhaltlich muss sich die Bildungsmaßnahme auf den Beruf beziehen.

\* Es handelt sich um die überarbeitete Fassung des Vortrags, der beim 18. Göttinger Forum für Arbeitsrecht am 29. 10. 2020 gehalten wurde.

1 BAG, 23. 4. 1991 – 1 ABR 49/90 – NZA 1991, 817 zu B.II.2.a der Gründe; BAG, 5. 11. 1985 – 1 ABR 49/83 – BAGE 50, 85 zu B.I.1 der Gründe.

2 Fitting, BetrVG, 30. Aufl., München 2020 (im Folgenden: Fitting), § 96 Rn. 1.

3 Raab, in: Wiese/Kreutz/Oetker/Raab ua., Gemeinschaftskommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 11. Aufl., Berlin 2018 (im Folgenden: GK-BetrVG), § 96 Rn. 1.

4 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 5.

5 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 1.

6 Buschmann, in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), BetrVG, 17. Aufl., Frankfurt aM. 2020 (im Folgenden: DKW), § 96 Rn. 5; Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 9; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 7.

7 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 9; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 7; Thüsing, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Richardi), § 96 Rn. 9.

8 BAG, 24. 8. 2004 – 1 ABR 28/03 – NZA 2005, 371 zu B.II.2.a der Gründe; BAG, 18. 4. 2000 – 1 ABR 28/99 – BAGE 94, 245 zu B.I.2.a.a der Gründe; BAG, 5. 11. 1985 – 1 ABR 49/83 – BAGE 50, 85, 88 zu B.I.1 der Gründe.

Fehlt es an der Berufsbezogenheit, handelt es sich nicht um eine Maßnahme der Berufsbildung, sondern um eine sonstige Bildungsmaßnahme. Der Betriebsrat hat bei der Durchführung sonstiger Bildungsmaßnahmen nach § 98 Abs. 6 BetrVG mitzubestimmen.

b) Der Begriff der Berufsbildung umfasst die betriebliche und die außerbetriebliche Berufsbildung. Der Begriff der betrieblichen Berufsbildung ist funktional zu verstehen. Demnach ist eine Berufsbildungsmaßnahme immer dann eine betriebliche, wenn der Arbeitgeber Träger oder Veranstalter der Bildungsmaßnahme ist und die Berufsbildungsmaßnahme für dessen Arbeitnehmer durchgeführt wird. Maßgebend ist, dass der Arbeitgeber die Maßnahme allein durchführt oder auf deren Inhalt und Durchführung einen beherrschenden Einfluss hat.<sup>9</sup> Außerbetriebliche Bildungsmaßnahmen sind solche, die von einem externen Veranstalter getragen werden.<sup>10</sup>

c) Abzugrenzen ist die Berufsbildung von der – mitbestimmungsfreien – Unterrichtung des Arbeitnehmers über seine Aufgaben und Verantwortung, die Art seiner Tätigkeit und ihrer Einordnung in den Arbeitsablauf des Betriebs sowie über die Unfall- und Gesundheitsgefahren und die Maßnahmen und Einrichtungen zur Abwendung dieser Gefahren iSd. § 81 Abs. 1 BetrVG.<sup>11</sup> Die Unterrichtungspflicht des Arbeitgebers nach § 81 Abs. 1 BetrVG erschöpft sich in der Einweisung eines Arbeitnehmers an einem konkreten Arbeitsplatz.<sup>12</sup>

d) §§ 96 ff. BetrVG betreffen die Berufsbildung der Arbeitnehmer iSv. § 5 Abs. 1 BetrVG. Damit finden die Regelungen keine Anwendung auf die Berufsbildung von leitenden Angestellten. Für die Berufsbildung von Leiharbeitnehmern ist der Verleiher zuständig, so dass die entsprechenden Beteiligungsrechte dem Betriebsrat des Verleiherbetriebs zustehen.<sup>13</sup>

## II. Förderpflicht

### 1. Allgemeine Förderpflicht (§ 96 Abs. 1 BetrVG)

Nach § 96 Abs. 1 S.1 BetrVG haben Arbeitgeber und Betriebsrat im Rahmen der betrieblichen Personalplanung und in Zusammenarbeit mit den für die Berufsbildung und den für die Förderung der Berufsbildung zuständigen Stellen die Berufsbildung zu fördern. Damit werden die Betriebsparteien verpflichtet, sich der Berufs-

bildung der Arbeitnehmer als besondere Aufgabe anzunehmen.<sup>14</sup> Die Zuständigkeit für die Berufsbildung der Arbeitnehmer liegt in erster Linie beim Arbeitgeber; der Betriebsrat wirkt im Rahmen seiner Beteiligungsrechte an der Berufsbildung mit.<sup>15</sup> Arbeitnehmer können aus der Förderpflicht nach § 96 Abs. 1 S.1 BetrVG keine individuellen Ansprüche ableiten.<sup>16</sup>

Erfolgt eine betriebliche Berufsbildung, sind Arbeitgeber und Betriebsrat zur Zusammenarbeit mit den für die Berufsbildung und für die Förderung der Berufsbildung zuständigen Stellen verpflichtet. Für die Berufsbildung sind ua. die in § 71 BBiG genannten Kammern zuständig, für die finanzielle Förderung ist die Bundesagentur für Arbeit zuständig.

### 2. Besondere Förderpflicht (§ 96 Abs. 2 BetrVG)

Die Betriebsparteien haben darauf zu achten, dass unter Berücksichtigung der betrieblichen Notwendigkeiten Arbeitnehmern die Teilnahme an betrieblichen oder außerbetrieblichen Maßnahmen der Berufsbildung ermöglicht wird (§ 96 Abs. 2 S.1 BetrVG). Dabei haben sie auch die Belange älterer Arbeitnehmer, Teilzeitbeschäftigter und von Arbeitnehmern mit Familienpflichten zu berücksichtigen (§ 96 Abs. 2 S.2 BetrVG). Zudem hat der Arbeitgeber nach § 10 TzBfG und § 19 TzBfG dafür Sorge zu tragen, dass auch teilzeitbeschäftigte und befristet beschäftigte Arbeitnehmer an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen teilnehmen können.

§ 96 Abs. 2 BetrVG begründet keinen Rechtsanspruch einzelner Arbeitnehmer an Berufsbildungsmaßnahmen.<sup>17</sup> Der Arbeitgeber darf aber seine gesetzliche Förderpflicht bei Entscheidungen über Gesuche von Arbeitnehmern auf Teilnahme an Berufsbildungsmaßnahmen nicht völlig außer Betracht lassen.<sup>18</sup>

9 BAG, 5.3.2013 – 1 ABR 11/12 – AP Nr. 15 zu § 98 BetrVG 1972, Rn. 15.

10 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 6; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 10.

11 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 11; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 12; aA. DKW-Buschmann (Fn. 6), § 96 Rn. 10.

12 BAG, 23.4.1991 – 1 ABR 49/90 – NZA 1991, 817 zu B.II.2.a der Gründe; BAG, 28.1.1992 – 1 ABR 41/91 – NZA 1992, 707 zu B.II.1.a der Gründe.

13 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 5; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 96 Rn. 20.

14 BR-Drs. 715/70, S.91 zu § 96.

15 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 22.

16 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 24; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 22; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 96 Rn. 18.

17 DKW-Buschmann (Fn. 6), § 96 Rn. 28; Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 26; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 35; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 96 Rn. 28.

18 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 35.

### III. Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei der Berufsbildung

#### 1. Systematik der Beteiligungsrechte

Die in den §§ 96 ff. BetrVG vorgesehenen Beteiligungsrechte des Betriebsrats sind von unterschiedlicher Qualität. Nach § 96 Abs. 1 S. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber auf Verlangen des Betriebsrats den Berufsbildungsbedarf zu ermitteln und mit dem Betriebsrat alle Fragen der Berufsbildung zu beraten.<sup>19</sup> § 97 Abs. 1 BetrVG sieht bei der Errichtung und Ausstattung betrieblicher Einrichtungen zur Berufsbildung, der Einführung betrieblicher Berufsbildungsmaßnahmen und der Teilnahme an außerbetrieblichen Berufsbildungsmaßnahmen grundsätzlich nur ein Beratungsrecht des Betriebsrats vor; nur unter den Voraussetzungen des § 97 Abs. 2 BetrVG steht dem Betriebsrat bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung ein Mitbestimmungsrecht zu. Dagegen hat der Betriebsrat nach § 98 BetrVG bei der Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung mitzubestimmen.

#### 2. Anspruch auf Ermittlung des Berufsbildungsbedarfs

a) Nach § 96 Abs. 1 S. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber auf Verlangen des Betriebsrats den Berufsbildungsbedarf zu ermitteln. § 96 BetrVG wurde mit dem BetrVG-ReformG vom 23. Juli 2001<sup>20</sup> um diese Regelung ergänzt. Der Ermittlungsanspruch soll dem Betriebsrat die effektive Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte, die eine Kenntnis des tatsächlichen Berufsbildungsbedarfs voraussetzt,<sup>21</sup> ermöglichen.<sup>22</sup> Zugleich wird der Arbeitgeber angehalten, sich mit dem Berufsbildungsbedarf seiner Arbeitnehmer zu befassen und eine Personalentwicklungsplanung vorzunehmen. Der Anspruch auf Ermittlung des Berufsbildungsbedarfs ist insbesondere dann von Bedeutung, wenn der Arbeitgeber keine eigene Personalentwicklungsplanung erstellt.<sup>23</sup> In diesem Fall kann der Betriebsrat einen Unterrichtsanspruch weder auf § 92 Abs. 1 BetrVG noch auf § 80 Abs. 2 BetrVG stützen,<sup>24</sup> da der Unterrichtsanspruch nach § 92 Abs. 1 BetrVG eine Personalentwicklungsplanung des Arbeitgebers voraussetzt<sup>25</sup> und der Unterrichtsanspruch nach § 80 Abs. 2 S. 1 BetrVG auf die Informationen beschränkt ist, über die der Arbeitgeber verfügt oder bei Erfüllung seiner gesetzlichen Pflichten verfügen müsste.

b) § 96 Abs. 1 S. 2 BetrVG schreibt nicht vor, wie der Berufsbildungsbedarfs zu ermitteln ist. Die Wahl der Methode steht im Ermessen des Arbeitgebers; das Recht des Betriebsrats, vom Arbeitgeber die Ermittlung des Berufsbildungsbedarfs zu verlangen, erstreckt sich nicht auf die Festlegung der Methode.<sup>26</sup> Nach der Gesetzesbegründung ergibt sich der Berufsbildungsbedarf aus einem Vergleich von Ist-Zustand (Ist-Analyse) und Sollzustand (Soll-Konzept).<sup>27</sup> Zur Feststellung des Ist-Zustands bedarf es einer Bestandsaufnahme des aktuellen Personals und dessen Qualifikationen nebst Angaben zu absehbaren Ab- und Zugängen. Das Sollkonzept muss Angaben dazu enthalten, wie viele Arbeitnehmer mit welchen Qualifikationen zukünftig unter Berücksichtigung der unternehmerischen Planungen gebraucht werden. Ferner bedarf es der Ermittlung des Berufsbildungsinteresses der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer.<sup>28</sup>

#### 3. Allgemeines Beratungs- und Vorschlagsrecht

a) Nach § 96 Abs. 1 S. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber auf Verlangen des Betriebsrats mit ihm Fragen der Berufsbildung zu beraten. Dieses Beratungsrecht besteht – anders als das nach § 92 Abs. 1 BetrVG – unabhängig von einer bestehenden Personalplanung.<sup>29</sup> Voraussetzung ist ein entsprechendes Verlangen des Betriebsrats. Gegenstand der Beratung können alle mit der Berufsbildung zusammenhängenden Fragen sein. Dazu gehören ua. Fragen der Ausbildungsart, -dauer, -methoden und der Teilnehmer sowie die Einführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen und die Errichtung und Ausstattung von betrieblichen Berufsbildungseinrichtungen.<sup>30</sup> Das Bera-

19 Der Regierungsentwurf für das Betriebsrätemodernisierungsgesetz sieht vor, dass § 96 BetrVG um folgenden Absatz 1a ergänzt wird: »Kommt im Rahmen der Beratung nach Absatz 1 eine Einigung über Maßnahmen der Berufsbildung nicht zustande, können der Arbeitgeber oder der Betriebsrat die Einigungsstelle um Vermittlung anrufen. Die Einigungsstelle hat eine Einigung der Parteien zu versuchen.«

20 BGBl. I 2001, S. 1852.

21 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 36; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 29.

22 BT-Drs. 14/5741, S. 49.

23 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 29.

24 Ebd.

25 Fitting (Fn. 2), § 92 Rn. 21; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 21.

26 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 37; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 30.

27 Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 96 Rn. 23.

28 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 33 f.; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 30.

29 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 32; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 96 Rn. 20.

30 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 38; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 33; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 96 Rn. 21.

tungsrecht umfasst auch die Ausgestaltung individualrechtlicher Vereinbarungen wie etwa die Vereinbarung von Rückzahlungsklauseln.<sup>31</sup>

b) Im Umfang des Beratungsrechts kann der Betriebsrat Vorschläge unterbreiten. Der Arbeitgeber muss mit dem Betriebsrat die Vorschläge mit dem Ziel der Einigung beraten. Er ist jedoch nicht verpflichtet, den Vorschlägen zu folgen.<sup>32</sup> Daran wird auch die mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz vorgesehene Ergänzung der Regelung um einen Absatz 1a nichts ändern. Danach können der Betriebsrat oder der Arbeitgeber die Einigungsstelle um Vermittlung anrufen, wenn im Rahmen der Beratung nach Absatz 1 keine Einigung über Maßnahmen der Berufsbildung erzielt wird. Die Einigungsstelle hat lediglich eine Einigung zu versuchen; ein Einigungszwang besteht nicht.

#### 4. Beteiligung bei der Einführung von Berufsbildungsmaßnahmen

Nach § 97 Abs. 1 BetrVG hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat über die Errichtung und Ausstattung betrieblicher Einrichtungen zur Berufsbildung, der Einführung betrieblicher Berufsbildungsmaßnahmen und die Teilnahme an außerbetrieblichen Berufsbildungsmaßnahmen zu beraten. Hat der Arbeitgeber Maßnahmen geplant oder durchgeführt, die dazu führen, dass sich die Tätigkeit der betroffenen Arbeitnehmer ändert und ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten zur Erfüllung ihrer Aufgabe nicht mehr ausreichen, hat der Betriebsrat nach § 97 Abs. 2 S. 1 BetrVG bei der Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Bildung mitzubestimmen.

a) Grundsätzlich kann der Arbeitgeber – nach Beratung mit dem Betriebsrat – allein über das »Ob« der in § 97 Abs. 1 BetrVG genannten Maßnahmen entscheiden. Das Beratungsrecht nach § 97 Abs. 1 BetrVG ergänzt das allgemeine Beratungsrecht nach § 96 Abs. 1 S. 2 BetrVG um ein besonderes, vom Verlangen des Betriebsrats unabhängiges Beratungsrecht bei den genannten Maßnahmen.<sup>33</sup> Sobald der Arbeitgeber eine dieser Maßnahmen plant, hat er den Betriebsrat zu unterrichten und mit ihm die Maßnahme zu beraten. Das Beratungsrecht in Bezug auf die Errichtung und Ausstattung betrieblicher Einrichtungen zur Berufsbildung erstreckt sich auch auf deren Änderung,<sup>34</sup> nicht aber auf deren Schließung.<sup>35</sup> Das Beratungsrecht bei der Einführung betrieblichen Berufsbil-

dungsmaßnahmen bezieht sich auf die Art der Maßnahme, deren Zeitpunkt und Dauer sowie die Auswahl und Zahl der Teilnehmer.<sup>36</sup> Werden Arbeitnehmer zu einer außerbetrieblichen Bildungsmaßnahme freigestellt oder trägt der Arbeitgeber mindestens einen Teil der Kosten, ist zudem das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Auswahl der Teilnehmer nach § 98 Abs. 3 und 4 BetrVG zu beachten.

b) Ausnahmsweise hat der Betriebsrat nach § 97 Abs. 2 BetrVG bei der Einführung betrieblicher Bildungsmaßnahmen mitzubestimmen.

(1) Der Betriebsrat kann nach § 97 Abs. 2 BetrVG die Einführung von betrieblichen Bildungsmaßnahmen für die Arbeitnehmer verlangen, deren Kenntnisse aufgrund einer tätigkeitsändernden Maßnahme des Arbeitgebers zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ausreichen. Die Vorschrift begründet ein Initiativrecht des Betriebsrats.<sup>37</sup> Der Betriebsrat kann damit präventiv betriebliche Berufsbildungsmaßnahmen zugunsten der Arbeitnehmer durchsetzen, um deren Beschäftigung zu sichern. Die betroffenen Arbeitnehmer haben selbst keinen gesetzlichen Weiterbildungsanspruch. Sie können nach § 81 Abs. 4 S. 2 BetrVG nur eine Erörterung verlangen, wie ihre beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten im Rahmen der betrieblichen Möglichkeiten den künftigen Anforderungen angepasst werden können.<sup>38</sup> Sie sind gemäß § 1 Abs. 2 S. 3 KSchG vor dem Verlust des Arbeitsplatzes geschützt, wenn ihre Weiterbeschäftigung nach zumutbaren Umschulungs- oder Fortbildungsmaßnahmen möglich ist.

(2) Das Mitbestimmungsrecht besteht, wenn eine tätigkeitsändernde Maßnahme dazu führt, dass die beruflichen Kenntnisse und Fähigkeiten der betroffenen Arbeitnehmer zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht mehr ausreichen.

31 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 38; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 33.

32 Fitting (Fn. 2), § 96 Rn. 40; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 34; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 96 Rn. 22.

33 DKW-Buschmann (Fn. 6), § 97 Rn. 3.

34 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 4; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 96 Rn. 6.

35 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 4; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 6; aA. DKW-Buschmann (Fn. 6), § 97 Rn. 3.

36 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 6; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 10.

37 DKW-Buschmann (Fn. 6), § 97 Rn. 8.

38 Fitting (Fn. 2), § 81 Rn. 25; GK-BetrVG-Franzen (Fn. 3), § 81 Rn. 21.



Der Begriff der Maßnahme ist weit zu verstehen.<sup>39</sup> Umstritten ist, ob personelle Einzelmaßnahmen, wie etwa Versetzungen, das Mitbestimmungsrecht auslösen. Das ist zu verneinen. Zwar gehört die Berufsbildung nicht zu den sozialen Angelegenheiten iSv. § 87 BetrVG, die einen kollektiven Tatbestand erfordern, sondern zu den personellen Angelegenheiten. Die personellen Einzelmaßnahmen sind aber in einem anderen Unterabschnitt gesondert geregelt. Aus dem systematischen Zusammenhang der Berufsbildung mit der Personalplanung folgt, dass das Mitbestimmungsrecht nach § 97 Abs. 2 BetrVG eine arbeitsplatzbezogene Maßnahme voraussetzt. Das kann etwa die technische Neuausstattung eines Arbeitsplatzes oder die Zuordnung zusätzlicher Tätigkeiten zu einem Arbeitsplatz sein. Dabei kommt es nicht darauf an, ob von der Maßnahme ein oder mehrere Arbeitnehmer tatsächlich betroffen sind.

Die Änderung muss zur Folge haben, dass die Kenntnisse und Fähigkeiten der betroffenen Arbeitnehmer unzureichend werden. Nicht erforderlich ist es, dass die betroffenen Arbeitnehmer unmittelbar von einer personen- oder betriebsbedingten Kündigung bedroht sind.<sup>40</sup> Entscheidend ist, ob sich das Anforderungsprofil so ändert, dass ein Arbeitnehmer, der über die für bisherige Tätigkeit erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt, damit die geänderte Tätigkeit nicht ausüben kann.<sup>41</sup> Das Mitbestimmungsrecht setzt ferner voraus, dass zur Behebung des Qualifikationsdefizits eine Maßnahme der betrieblichen Berufsbildung geeignet und erforderlich ist.<sup>42</sup> Die Zumutbarkeit der Bildungsmaßnahme ist dagegen keine Voraussetzung für das Mitbestimmungsrecht, sie ist von der Einigungsstelle im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung zu berücksichtigen.<sup>43</sup>

(3) Das Mitbestimmungsrecht nach § 97 Abs. 2 BetrVG entsteht, wenn der Arbeitgeber sich zur Durchführung der Maßnahme entschließt.<sup>44</sup> Es endet nicht mit der Durchführung der Maßnahme, sondern steht dem Betriebsrat – wie sich aus dem Wortlaut ergibt (»hat der Arbeitgeber [...] geplant oder durchgeführt«) auch noch danach zu.<sup>45</sup> Können sich die Betriebsparteien nicht über die Einführung einer Maßnahme der betrieblichen Berufsbildung einigen, können beide Seiten die Einigungsstelle anrufen. Diese entscheidet, ob und ggf. welche betrieblichen Berufsbildungsmaßnahmen durchzuführen sind.

(4) § 97 Abs. 2 BetrVG enthält keine Regelung zur Tragung der mit der Schulung verbundenen Kosten. Diese richtet sich daher nach den allgemeinen Grundsätzen. Die Kosten der Bildungsmaßnahme hat der Arbeitgeber als

deren Träger oder Veranstalter zu tragen.<sup>46</sup> Davon zu trennen ist die Frage, ob der Arbeitnehmer für die Zeit seiner Teilnahme an der Bildungsmaßnahme Arbeitsentgelt beanspruchen kann. Findet die Schulung während der Arbeitszeit statt, kann der Arbeitnehmer die Zahlung der Vergütung nach § 611a BGB beanspruchen.<sup>47</sup> § 97 Abs. 2 BetrVG bestimmt nicht, dass die Schulungsmaßnahme während der Arbeitszeit stattzufinden hat. Die zeitliche Lage der Schulungsmaßnahme ist von den Betriebsparteien zu bestimmen.

(5) Dem Betriebsrat steht kein allgemeiner Unterlassungsanspruch zu, wenn der Arbeitgeber Kündigungen ausspricht, bevor das Beteiligungsverfahren nach § 97 Abs. 2 BetrVG abgeschlossen ist.<sup>48</sup> Ein allgemeiner Unterlassungsanspruch kommt nur in Betracht, wenn dem Betriebsrat hinsichtlich der Maßnahme, deren Unterlassung begehrt wird, ein Mitbestimmungsrecht zusteht. Das ist bei Kündigungen nicht der Fall. Für einen allgemeinen Unterlassungsanspruch besteht zudem kein Bedürfnis, da der Betriebsrat einer Kündigung nach § 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG widersprechen und damit die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers über die Kündigung hinaus sichern kann.<sup>49</sup>

Die Beachtung des Mitbestimmungsrechts nach § 97 Abs. 2 BetrVG ist keine Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Kündigung.<sup>50</sup> Der Betriebsrat kann einer Kündigung auch dann nach § 102 Abs. 3 Nr. 4 BetrVG widersprechen, wenn er sein Mitbestimmungsrecht nach § 97 Abs. 2 BetrVG nicht wahrgenommen hat. Die Beteiligungsrechte bestehen unabhängig voneinander.<sup>51</sup>

39 DKW-Buschmann (Fn. 6), § 97 Rn. 10; Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 11; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 15.

40 DKW-Buschmann (Fn. 6), § 97 Rn. 20; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 18, aA. Richardi/Thüsing (Fn. 7), Rn. 1.

41 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 14; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 20.

42 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 19; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 22.

43 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 22; vgl. zur Zumutbarkeit Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 97 Rn. 15f.

44 Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 97 Rn. 18.

45 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 18; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 17.

46 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 30; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 24.

47 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 31; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 15.

48 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 31; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 97 Rn. 19; aA. DKW-Buschmann (Fn. 6), § 97 Rn. 28; Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 36.

49 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 31.

50 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 37; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 30; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 97 Rn. 19.

51 Fitting (Fn. 2), § 97 Rn. 34; aA. GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 97 Rn. 29.



## 5. Mitbestimmung bei der Durchführung von Berufsbildungsmaßnahmen

Nach § 98 BetrVG steht dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung (Abs. 1), ein Widerspruchsrecht bei der Bestellung von Ausbildern im Rahmen der betrieblichen Berufsbildung bzw. das Recht, die Abberufung der Ausbildung zu verlangen (Abs. 2) sowie ein Mitbestimmungsrecht hinsichtlich der Festlegung von Teilnehmern an Maßnahmen der beruflichen Bildung (Abs. 3) zu. Die gleichen Rechte hat der Betriebsrat, wenn der Arbeitgeber sonstige Bildungsmaßnahmen durchführt (Abs. 6).

a) Nach § 98 Abs. 1 BetrVG hat der Betriebsrat bei der Durchführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung mitzubestimmen. Sinn und Zweck dieses Mitbestimmungsrechts ist es, die Interessen der Arbeitnehmer bei der Ausgestaltung betrieblicher Berufsbildungsmaßnahmen zur Geltung zu bringen.

(1) Das Mitbestimmungsrecht nach § 98 Abs. 1 BetrVG bezieht sich auf die Durchführung einer betrieblichen Berufsbildungsmaßnahme. Der Begriff der »Durchführung« ist abzugrenzen von dem der »Einführung« von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung in § 97 BetrVG, über die mit dem Betriebsrat grundsätzlich lediglich zu beraten ist. Bei der Einführung geht es um die Frage, ob bestimmte Berufsbildungsmaßnahmen im Betrieb überhaupt durchgeführt, also etwa Auszubildende überhaupt eingestellt werden sollen. Die Durchführung betrifft demgegenüber alle Fragen, die sich nach einer Einführung der Maßnahme stellen.<sup>52</sup> Die Abgrenzung zwischen der Einführung (»Ob« der Bildungsmaßnahme) und Durchführung (»Wie« der Bildungsmaßnahme) ist im Einzelnen umstritten. Geklärt ist, dass der Arbeitgeber über die Höhe der zur Verfügung stehenden Mittel (»Dotierungsrahmen«) entscheidet.<sup>53</sup> Zur Entscheidung über die Einführung einer Bildungsmaßnahme gehört auch die Festlegung des Zwecks sowie die daran anknüpfende abstrakt-generelle Festlegung des Teilnehmerkreises.<sup>54</sup> Dagegen wird die Entscheidung über den konkreten Inhalt der zu vermittelnden Kenntnisse, die Methoden der Wissensvermittlung, die Zahl der Teilnehmer sowie die Dauer und zeitliche Lage der Bildungsmaßnahme im Rahmen der vom Arbeitgeber bestimmten Zwecksetzung und des vom Arbeitgeber festgelegten Dotierungsrahmen

dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegen.<sup>55</sup> Der Betriebsrat hat auch mitzubestimmen bei der Entscheidung, eine Berufsausbildung nur noch iRd. § 8 Abs. 1 S. 1 BBiG verkürzt anzubieten.<sup>56</sup>

Das Mitbestimmungsrecht nach § 98 Abs. 1 BetrVG erstreckt sich weder auf die Auswahl der mit der Ausbildung beauftragten Personen noch auf die Auswahl der Teilnehmer; insoweit richtet sich die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 98 Abs. 2 und Abs. 3 BetrVG. Unter das Mitbestimmungsrecht nach § 98 Abs. 1 BetrVG fällt auch nicht die Gestaltung der individualrechtlichen Rechtsbeziehungen, etwa die Ausgestaltung von Rückzahlungsklauseln.<sup>57</sup>

(2) Das Mitbestimmungsrecht nach § 98 Abs. 1 BetrVG bezieht sich auf abstrakt-generelle Regelungen. Nicht erfasst werden konkrete Einzelmaßnahmen im Rahmen der Ausbildung des einzelnen Auszubildenden oder Arbeitnehmers.<sup>58</sup>

(3) Das Mitbestimmungsrecht nach § 98 Abs. 1 BetrVG setzt voraus, dass dem Arbeitgeber ein Gestaltungsspielraum zusteht. Ein Mitbestimmungsrecht ist daher ausgeschlossen, soweit gesetzliche oder tarifliche Regelungen die Durchführung der betrieblichen Berufsbildung festlegen, auch wenn § 98 Abs. 1 BetrVG keine entsprechende ausdrückliche Regelung wie in § 87 Abs. 1 BetrVG enthält.<sup>59</sup>

(4) Das Mitbestimmungsrecht kann durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung oder einer Regelungsabrede ausgeübt werden. Eine Regelungsabrede gestaltet allerdings nur das Verhältnis von Betriebsrat und Arbeitgeber. Soweit Rechte und Pflichten für Arbeitnehmer begründet werden sollen, kann dies nur durch Abschluss einer Betriebsvereinbarung geschehen.<sup>60</sup> Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet nach § 98 Abs. 4 BetrVG die Einigungsstelle. Der Spruch ersetzt die Einigung der Betriebsparteien.

52 BAG, 24.8.2004 – 1 ABR 28/03 – NZA 2005, 371 zu B.II.2 der Gründe.

53 Ebd.

54 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 2; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 12; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 98 Rn. 9.

55 BAG, 24.8.2004 – 1 ABR 28/03 – NZA 2005, 371 zu B.II.3 der Gründe; Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 2; aA. GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 12.

56 BAG, 24.8.2004 – 1 ABR 28/03 – NZA 2005, 371 zu B.II.3 der Gründe.

57 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3); aA. DKW-Buschmann (Fn. 6), § 98 Rn. 8.

58 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 7; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 13; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 98 Rn. 16; aA. DKW-Buschmann (Fn. 6), § 98 Rn. 4.

59 BAG, 24.8.2004 – 1 ABR 28/03 – NZA 2005, 371 zu B.II.2.d der Gründe.

60 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 12; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 18; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 98 Rn. 17.

b) Nach § 98 Abs. 2 BetrVG kann der Betriebsrat der Bestellung einer mit der Durchführung betrieblicher Berufsbildung beauftragten Person widersprechen oder ihre Abberufung verlangen, wenn diese die persönliche oder fachliche, insbesondere die berufs- und arbeitspädagogische Eignung im Sinne des Berufsbildungsgesetzes nicht besitzt oder ihre Aufgaben vernachlässigt.

(1) Das Widerspruchs- und Abberufungsrecht bezieht sich nicht nur auf die im Rahmen einer Berufungsausbildung eingesetzten Ausbilder, sondern auch auf solche Ausbilder, die im Rahmen von Fortbildungs- und Umschulungsmaßnahmen tätig sind.<sup>61</sup> Es kommt nicht darauf an, ob die mit der Ausbildung beauftragten Personen dem persönlichen Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes unterliegen.<sup>62</sup> Daher bestehen die Rechte nach § 98 Abs. 2 BetrVG auch, wenn der Ausbilder ein leitender Angestellter ist. Bildet der Arbeitgeber selbst aus, kann der Betriebsrat nur nach § 33 BBiG vorgehen.

(2) Das Beteiligungsrecht nach § 98 Abs. 2 BetrVG ist auf das Widerspruchs- und Abberufungsrecht beschränkt (negatives Konsensprinzip). Der Betriebsrat hat die Aufgabe, die Bestellung eines ungeeigneten Ausbilders zu verhindern oder zu beenden. Er kann weder die Bestellung eines bestimmten Ausbilders durchsetzen noch die Abberufung eines Ausbilders durch den Arbeitgeber verhindern.<sup>63</sup>

(3) Das Widerspruchs- und Abberufungsrecht setzt voraus, dass dem Ausbilder entweder die erforderliche persönliche Eignung (vgl. § 29 BBiG) oder die fachliche Eignung (vgl. § 30 ff. BBiG) fehlt oder dass er seine Aufgaben erheblich vernachlässigt.<sup>64</sup>

(4) Der Widerspruch des Betriebsrats gegen die Bestellung eines Ausbilders bzw. das Verlangen, einen bestellten Ausbilder abzurufen, setzt einen Beschluss des Betriebsrats voraus.<sup>65</sup> Bei der Beschlussfassung ist die Jugend- und Auszubildendenvertretung zu beteiligen. Der Betriebsrat muss sein Verlangen durch Tatsachen begründen.<sup>66</sup>

(5) Hat der Betriebsrat der Bestellung eines Ausbilders widersprochen und kommt keine Einigung zustande, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht ein Beschlussverfahren einleiten mit dem Antrag, dem Arbeitgeber aufzugeben, die Bestellung zu unterlassen (§ 98 Abs. 5 S. 1 BetrVG). Führt der Arbeitgeber die Bestellung einer rechtskräftigen Entscheidung zuwider durch, so ist er auf Antrag des Betriebsrats wegen der Bestellung nach vorheriger Androhung zu einem Ordnungsgeld von bis zu 10.000 € zu verurteilen (§ 98 Abs. 5 S. 2 BetrVG). Vor

einer rechtskräftigen Entscheidung kann der Arbeitgeber einen Ausbilder wirksam bestellen, auch wenn der Betriebsrat der Bestellung widersprochen hat.<sup>67</sup> Der Arbeitgeber wird erst durch eine rechtskräftige Entscheidung an der Bestellung gehindert. Erst mit der rechtskräftigen Entscheidung steht fest, dass die Voraussetzungen für den Widerspruch vorliegen. Die Initiativlast liegt hier – anders als beim Zustimmungseretzungsverfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG – beim Betriebsrat.<sup>68</sup>

Hat der Betriebsrat die Abberufung eines Ausbilders verlangt und kommt zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat eine Einigung nicht zustande, kann der Betriebsrat beim Arbeitsgericht ein Beschlussverfahren einleiten mit dem Antrag, dem Arbeitgeber aufzugeben, die Abberufung durchzuführen (§ 98 Abs. 5 S. 1 BetrVG). Hat der Antrag Erfolg und führt der Arbeitgeber die Abberufung entgegen einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung nicht durch, kann er auf Antrag des Betriebsrats dazu durch Zwangsgeld angehalten werden (§ 98 Abs. 5 S. 3 BetrVG).

c) Führt der Arbeitgeber betriebliche Maßnahmen der Berufsbildung durch oder stellt er für außerbetriebliche Maßnahmen der Berufsbildung Arbeitnehmer frei oder trägt er die durch die Teilnahme von Arbeitnehmern an solchen Maßnahmen entstehenden Kosten ganz oder teilweise, kann der Betriebsrat nach § 98 Abs. 3 BetrVG Vorschläge für die Teilnahme von Arbeitnehmern oder Gruppen von Arbeitnehmern des Betriebs an diesen Maßnahmen der beruflichen Bildung machen. Die Beteiligung des Betriebsrats soll die innerbetriebliche Verteilungsgerechtigkeit in Bezug auf Angebote der beruflichen Bildung gewährleisten.

(1) Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 98 Abs. 3 BetrVG bezieht sich nur auf die Auswahl der Teilnehmer.<sup>69</sup> Der Arbeitgeber entscheidet, ob er eine Berufsbildungsmaßnahme im Betrieb durchführt oder ob

61 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 13; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 22; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 98 Rn. 26.

62 BAG, 5.3.2013 – 1 ABR 11/12 – AP Nr. 15 zu § 98 BetrVG 1972, Rn. 17.

63 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 19; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 22.

64 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 23.

65 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 19; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 24.

66 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 20; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 23.

67 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 36; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 98 Rn. 38; aA. DKW-Buschmann (Fn. 6), § 98 Rn. 23; Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 23.

68 GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 36.

69 BAG, 8.12.1987 – 1 ABR 32/86 – BAGE 57, 114 zu B.II.2 der Gründe.

er Arbeitnehmer für außerbetriebliche Maßnahmen von der Arbeit freistellt und/oder die Kosten dafür übernimmt. Er kann ausgehend vom Zweck der Bildungsmaßnahme nach Beratung mit dem Betriebsrat einseitig fachliche Zulassungsvoraussetzungen aufstellen<sup>70</sup> und die Zahl der Teilnehmer festlegen<sup>71</sup>.

(2) Der Betriebsrat kann sein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung der Teilnehmer nur dadurch ausüben, dass er selbst Arbeitnehmer für die Teilnahme an der Bildungsmaßnahme vorschlägt.<sup>72</sup> Er kann sich nicht darauf beschränken, die vom Arbeitgeber vorgesehenen Teilnehmer abzulehnen. Schlagen Betriebsrat und Arbeitnehmer mehr Arbeitnehmer vor als Ausbildungsplätze zur Verfügung stehen, muss eine Auswahl zwischen allen vom Betriebsrat und vom Arbeitgeber vorgeschlagenen Arbeitnehmern nach einheitlichen Kriterien getroffen werden.<sup>73</sup> Wird über die vom Betriebsrat vorgeschlagenen Personen Einigkeit erzielt, ist dem Mitbestimmungsrecht Genüge getan. Kommt keine Einigung zustande, entscheidet die Einigungsstelle nach § 98 Abs. 4 BetrVG. Die für die Teilnahme bestimmten Arbeitnehmer haben einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Teilnahme bzw. Freistellung oder (und) Übernahme der Teilnahmekosten.<sup>74</sup>

## IV. Fazit

Betriebsräte haben vielfältige Möglichkeiten, die berufliche Bildung der Arbeitnehmer zu fördern. Die geringe Zahl der arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahren zu diesem Thema könnte ein Indiz dafür sein, dass noch nicht alle Betriebsräte diese Rechte »entdeckt« haben. Es bleibt abzuwarten, ob die Beteiligungsrechte des Betriebsrats nach §§ 96 ff. BetrVG zukünftig, etwa im Rahmen des durch die Corona-Pandemie ausgelösten Digitalisierungsschubs, eine größere Rolle spielen werden.

70 BAG, 8. 12. 1987 – 1 ABR 32/86 – BAGE 57, 114 zu B.II.2 der Gründe; Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 31; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 26; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 98 Rn. 62.

71 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 32; GK-BetrVG-Raab (Fn. 3), § 98 Rn. 26; Richardi/Thüsing (Fn. 7), § 98 Rn. 62.

72 BAG, 20. 4. 2010 – 1 ABR 78/08 – NZA 2010, 902, Rn. 16; BAG, 8. 12. 1987 – 1 ABR 32/86 – BAGE 57, 114 zu B.II.2 der Gründe.

73 BAG, 8. 12. 1987 – 1 ABR 32/86 – BAGE 57, 114 zu B.II.2 der Gründe.

74 Fitting (Fn. 2), § 98 Rn. 34.

# Europa und seine soziale Dimension – Meilensteine, Entwicklungen und Perspektiven\*

Dr. Dagmar Oppermann, Richterin am Bundessozialgericht, Kassel,  
Lehrbeauftragte an der Georg-August-Universität Göttingen

## I. Einleitung

### 1. Distanz oder Nähe

Der Titel »Europa und seine soziale Dimension« deutet eher auf Distanz hin als auf die innige Verbundenheit beider Subjekte. Seit Jahrzehnten wird diese Thematik diskutiert, oft im Sinne zweier nicht miteinander verträglicher Parameter: entweder als Katalysator<sup>1</sup> oder als Bremse<sup>2</sup> der europäischen Integration. Zwischen diesen beiden Polen liegen genügend spannungsgeladene Konfliktfelder, die eine Auswahl an Themen nahelegen. Nachfolgend werden Thematiken erörtert, die sowohl in der Rechtspraxis als auch im Diskurs über ein europäisches Sozialmodell aktuell und zukunftsweisend sind. Dem Unionsrecht liegt dabei ein weiteres und umfassenderes Verständnis von Sozialrecht bzw. Sozialpolitik zugrunde als nach der deutschen Systematik. Das Europäische Sozialrecht umfasst große Bereiche, die dem individuellen oder kollektiven Arbeitsrecht zugeordnet sind. Der deutschen Tradition folgend werden das europäische Arbeitsrecht und das europäische Sozialrecht voneinander getrennt betrachtet.<sup>3</sup> Diese Abhandlung befasst sich mit jenem Sozialrecht, das – wenn es Gegenstand von Konfliktfällen wird – der Entscheidungszuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen ist.

### 2. Europa: Vor der Krise ist nach der Krise

Das Thema hat etwas mit Krisen zu tun. Europa ist krisengeschüttelt und vielleicht ist das geeinte Europa sogar krisenfest. *Jean Monnet* hat diesen Zustand prägnant in dem Satz zusammengefasst: »L'Europe se fera dans les crises«. <sup>4</sup> Rückblickend in das Jahr 2008 hat die weltweite Finanz-, Wirtschafts- und Schuldenkrise in vielen Teilen Europas zu hoher Arbeitslosigkeit und zur Verschuldung des privaten und des öffentlichen Sektors geführt. Für viele Menschen und Familien entstand eine Situation, in der ihnen

das Bestreiten des normalen Lebensunterhalts große Schwierigkeiten bereitete. Die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen dieser Krise trafen die europäischen Länder in unterschiedlich starker Weise. Während in den west- und nordeuropäischen Ländern die Arbeitsmärkte und die Sozialsysteme die Belastungen eher besser abfedern konnten, traten in den süd- und osteuropäischen Ländern teils drastische sozialpolitische Folgen ein. In Erinnerung ist geblieben, dass den Krisenstaaten – vornehmlich Griechenland – massive Kürzungen staatlicher Ausgaben und damit der Abbau nationaler sozialer Standards bis hin zu einer Rentenreform von der europäischen Ebene aufgegeben wurde, um letztlich den nationalen Staatshaushalt zu sanieren.<sup>5</sup> Die Krise hatte spürbare Auswirkungen insbesondere auch für die jüngere Generation. In verschiedenen südeuropäischen Ländern lag die Jugendarbeitslosigkeit exorbitant hoch.<sup>6</sup> Im Frühjahr 2017 reflektierte die Europäische Kommission die sozialen Auswirkungen der Krise:<sup>7</sup> Europa erhole sich langsam

\* Es handelt sich um die überarbeitete Fassung des Vortrags, der auf Einladung der Dekanin der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen in einer Video-Konferenz am 28. Januar 2021 gehalten wurde.

1 Vgl. *Eichenhofer*, Das Soziale vereinigt die EU, ZESAR 2020, 195.

2 Vgl. *Classen*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 8. Aufl., München 2018, § 29 Rn. 1 »Sozialunion nicht absehbar (und auch nicht erwünscht)«.

3 Vgl. *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht. Eine Einführung, Baden-Baden 1999, S. 37; der deutschen Trennung entsprechend vgl. *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 7, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, (im Folgenden: *EnzEur* Bd. 7).

4 Zitiert nach *Kingreen*, in: *Masuch/Spellbrink/Becker/Leibfried* (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats. Denkschrift 60 Jahre Bundessozialgericht, Bd. 1, Berlin 2014 (im Folgenden: *DS BSG*), S. 314, 331.

5 Vgl. *Eichenhofer*, *DS BSG* (Fn. 4), S. 517, 537; vgl. *Leibfried*, *DS BSG* (Fn. 4), S. 3, 14 ff.

6 Ende 2016 lag die Jugendarbeitslosigkeit bei 18 % in der EU und 20 % im Euro-Raum. In Griechenland, Spanien und Italien lag sie bei rund 40 %.

7 Vgl. Europäische Kommission vom 26. 4. 2017, Reflexionspapier zur sozialen Dimension Europas, (COM 2017) 206, S. 8.



davon, wenngleich die soziale Dimension Europas kritisch bewertet wurde vor dem Hintergrund des enormen realen Wohlstandsgefälles zwischen den Mitgliedstaaten und den großen Unterschieden in den Sozialschutzsystemen. Ein Jahr später, im März 2018 kam die Europäische Kommission dann zu der Schlussfolgerung, dass Europa die Krise langsam überwunden habe und es nun an der Zeit sei, die großen sozioökonomischen Herausforderungen anzugehen mit denen Europa konfrontiert sei, wie die Modernisierung und Erhaltung des Wirtschafts- und Sozialmodells.<sup>8</sup> Diese Einschätzung traf nicht auf ungeteilte Zustimmung. Etwa zeitgleich, im April 2018 führte der passionierte Europarechtler und emeritierte Professor *Eberhard Eichenhofer* im Vorwort seines Standardwerks »Sozialrecht der Europäischen Union« wie folgt ein: »Die Europäische Union (EU) wird derzeit durch eine Währungs-, Staatsschulden- und Migrationskrise auf eine schwere Belastungsprobe gestellt. Missgunst, ein Rückfall in einen überwunden geglaubten Nationalismus – im Brexit gipfelnd – und eine um sich greifende Verzagtheit wenden sich gegen die EU und jede weitere Vertiefung. Dabei macht gerade die komplexe Krise die Unverzichtbarkeit einer weiteren Vertiefung der EU offenkundig.«<sup>9</sup>

Am 27. Januar 2020 wurde die erste Corona-Infektion in Deutschland festgestellt. Am 11. März 2020 erklärte die Weltgesundheitsorganisation den COVID-19-Ausbruch offiziell zur weltweiten Pandemie. Dies hat eine Gesundheitskrise nicht bekannten Ausmaßes mit weitreichenden Folgen für die Menschen in ihren nationalen Gesundheitssystemen, großen wirtschaftlichen Schaden in vielen Branchen verursacht und schon jetzt Vielen den Arbeitsplatz gekostet. Ein neuer schwerer sozialer und wirtschaftlicher Schock ist eingetreten und hat die vielleicht größte Krise des geeinten Europas hervorgerufen. Die Europäische Kommission hat schließlich reagiert und hat eine Vielzahl an Aktivitäten, Maßnahmen und Programmen initiiert. Am 11. November 2020 veröffentlichte sie das Papier mit dem Titel: »Auf dem Weg in die europäische Gesundheitsunion«<sup>10</sup> und stellte das Rahmengerüst für ein solches Modell vor.

Ist mit der Pandemie nun der nicht außerhalb des Vorstellbaren liegende, prophezeite »externe Schock« eingetreten, der das europäische Sozialmodell in völlig neuer Weise auf die Tagesordnung setzen wird? Oder bestätigt die Krisenkumulation in Europa nur die seit Jahrzehnten behauptete These, dass es mit einem sozialen Europa ohnehin nichts werden könne?<sup>11</sup>

## II. Die Verortung der sozialen Dimension im europäischen Mehr-Ebenen-System

Zur Annäherung an diese Problematik wird die Entwicklung und die Verortung des »Sozialen« im europäischen Mehr-Ebenen-System in den Verträgen (1.) und anhand der Unionskompetenzen (2.) zur Ausgestaltung der Sozialsysteme (3.) nachgezeichnet. Die soziale Dimension des europäischen Koordinierungsrechts zur Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer (4.) wird der Unionsbürgerfreizügigkeit mit ihren eingeschränkten Gleichbehandlungsgeboten gegenübergestellt (5.). Im letzten Teil (III.) wird die europäische Säule sozialer Rechte (1.) und ihre Verflechtung mit dem europäischen Semester (2.) als politstrategisches Instrument zur Bewältigung der COVID-19 Pandemie-Krise in Richtung eines europäischen Sozialmodells im Gesundheitsbereich hinterfragt (3.).

### 1. Die Verträge

Die soziale Dimension Europas stand von Anbeginn des europäischen Integrationsprozesses im Schatten der wirtschaftlichen Integration. Die Diskussion über die Balance und das Gewicht zwischen Wirtschaft und Sozialem ist bis heute kontrovers geblieben.<sup>12</sup> In ihren Anfängen war die europäische Sozialpolitik akzessorisch am Gemeinsamen Markt verhaftet; der marktintegrative, wirtschaftsorientierte Ansatz dominierte,<sup>13</sup> während der soziale Integrationsprozess als defizitär eingestuft wurde.<sup>14</sup> Sozialpolitik wurde in erster Linie in Abhängigkeit von den Bedingun-

8 So die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 13.3.2018, Überwachung der Umsetzung der europäischen Säule sozialer Rechte, COM (2018) 130 final, zu 6. Schlussfolgerungen, S. 14.

9 Vgl. *Eichenhofer*, Sozialrecht der Europäischen Union, 7. Aufl., Berlin 2018, Vorwort S. 7.

10 Vgl. Europäische Kommission vom 11.11.2020, Schaffung einer europäischen Gesundheitsunion: Die Resilienz der EU gegenüber grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren stärken, COM (2020) 724 final.

11 Vgl. *Leibfried/Obinger*, in: Höpner/Schäfer (Hrsg.), Die politische Ökonomie der europäischen Integration, Frankfurt aM. 2008, S. 335, 360; *Rödl*, DS BSG (Fn. 4), S. 539, S. 545 f. mwN.

12 Vgl. *Becker*, Europas soziale Dimension. Die Suche nach der Balance zwischen europäischer Solidarität und nationaler Zuständigkeit, Stiftung Wissenschaft und Politik-Studie, Berlin 2015, S. 7 f.; optimistischer *Eichenhofer*, DS BSG (Fn. 4), S. 518, 524: »Europäische Sozialpolitik formt den Gemeinsamen und Binnenmarkt«; *ders.* »Das Soziale vereinigt die EU«, ZESAR 2020, 195; vgl. auch *Terwey/Schneider*, ZESAR 2020, 313, 314.

13 Vgl. *Mangold*, in: EnzEuR Bd. 7 (Fn. 3), § 4 Rn. 13.

14 Vgl. *Becker* (Fn. 12), S. 7.



gen des funktionierenden Marktes betrachtet, als ein Annex und Ausfluss der ökonomischen Integration.<sup>15</sup> Im Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahre 1957 war die Herstellung des Gemeinsamen Marktes der Schwerpunkt, ohne eigenständige Kompetenzen im Bereich der Sozialpolitik vorzusehen. Dennoch wurde der fundamentale Grundsatz der Entgeltgleichheit für Frauen und Männer (Art. 119 EWGV, Art. 141 EGV, Art. 157 AEUV) bereits im Vertrag verankert. Soziale Themen gewannen erst im Laufe der europäischen Integration an Bedeutung und an zunehmendem Gewicht. In den 1970er Jahren erfuhr die Sozialpolitik in der Gemeinschaft insgesamt einen Schub. Dessen ungeachtet flankierte bis etwa zu Beginn der 1990er Jahre die europäische Sozialpolitik in erster Linie die Marktöffnung zur Schaffung des europäischen Binnenmarktes.<sup>16</sup> Das europäische Vertragswerk wurde fortan kontinuierlich überarbeitet. Insbesondere seit dem Vertrag von Maastricht von 1992 wurden schrittweise zusätzliche, wenn auch begrenzte sozialpolitische Zuständigkeiten auf die Unions-ebene übertragen.<sup>17</sup> Die spätestens im Maastricht Vertrag deutlich hervorgetretene Einbeziehung von sozialen Belangen führte der Lissabon Vertrag im Jahr 2009 fort.<sup>18</sup> Während dort nun die Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion als Zielbestimmung verankert wurde (Art. 3 Abs. 4 EUV), wurde die Errichtung einer Europäischen Sozialunion aber auch dort nicht proklamiert. Ebenso wenig wurde im Lissabon Vertrag die soziale Absicherung durch ein – die nationalen Sozialsysteme ersetzendes – gemeinsames europäisches Sozialmodell postuliert.<sup>19</sup> Allerdings wäre es zu kurz gegriffen, den sozialen Aspekt im Lissabon Vertrag allein auf das primärrechtlich verankerte Ziel der »sozialen Marktwirtschaft« im Binnenmarkt (Art. 3 Abs. 3 EUV) zu verkürzen.<sup>20</sup>

Mit dem Lissabon Vertrag wurde zweifelsohne ein Fortschritt in Sachen sozialer Dimension erzielt.<sup>21</sup> Dort wurden Grundwerte als Basis für den europäischen Zusammenschluss (§ 2 EUV) und auch als soziale Zielbestimmungen der Union verankert.<sup>22</sup> Als ein Meilenstein wurde die soziale Zielbestimmung der Union in Art. 3 Abs. 3 UAbs. 2 EUV gesetzt: »Die Union bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen und befördert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes.« Bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politiken wird die Union über

eine Querschnittsklausel (Art. 9 AEUV) verpflichtet, dem sozialen Schutz bereichsübergreifend in allen Politiken Rechnung zu tragen. Auch wenn hieraus keine eigenständigen Handlungsbefugnisse folgen, entfalten diese Bestimmungen ihre Wirkungen bei der Auslegung europäischen Primär- und Sekundärrechts.<sup>23</sup> Daneben enthält der Vertrag ein allgemeines Diskriminierungsverbot und ein eigenständiges Vertragskapitel zur Beschäftigungs- und Sozialpolitik (Art. 145 ff. bzw. 151 ff. AEUV). Die soziale Ausrichtung des Lissabon Vertrags wird nicht zuletzt verstärkt durch die Rechtsverbindlichkeit (Art. 6 EUV) der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, in der soziale Grundrechte mit der Überschrift »Solidarität« im Titel IV der Charta verankert sind (Art. 27 bis Art. 38 EUGrdRCh). Art. 34 EUGrdRCh sichert den Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und den sozialen Diensten, die in Fällen wie Mutterschaft, Krankheit, Arbeitsunfall, Pflegebedürftigkeit oder im Alter sowie bei Verlust des Arbeitsplatzes Schutz gewährleisten. Art. 35 EUGrdRCh gewährt das Recht auf Zugang zur Gesundheitsversorgung und auf ärztliche Versorgung. Beide Normen weisen auf die Maßgaben der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten hin.

## 2. Unionskompetenzen

Trotz der primärrechtlichen Betonung von sozialen Grundwerten und Zielbestimmungen hat die Union im Bereich der Sozialpolitik bzw. des Sozialrechts keine weitreichenden Kompetenzen, um in diesem Bereich das Soziale allein durch Rechtsetzung maßgeblich voranzubringen. In der Sozialpolitik teilt sich die Europäische Union ihre Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten (Art. 4 Abs. 2 b) AEUV). Sie kann Initiativen zur Koordinierung der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten ergreifen (Art. 5 Abs. 3 AEUV). Nach einem abschließend formulierten Katalog,

15 Vgl. *Terwey/Schneider*, ZESAR 2020, 313, 314 mwN.

16 Zur Entwicklung vgl. *Becker* (Fn. 12), S. 13 ff.

17 Vgl. *Becker* (Fn. 12), S. 13.

18 Vgl. *Rödl*, DS BSG (Fn. 4), S. 539, 542 ff.

19 Vgl. *Axer*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 3 Rn. 9.

20 So aber *Classen*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 2), § 29 Rn. 26.

21 Vgl. *Eichenhofer*, VSSR 2011, 125, 128 ff.

22 Zur Historie der Wertegemeinschaft in den Europäischen Verträgen, vgl. *Voskuhle*, Die Idee der europäischen Wertegemeinschaft, Köln 2017, S. 21 ff.

23 Vgl. *Axer*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 3 Rn. 9.

der allerdings in weiten Teilen Materien des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts betrifft, hat sie bei der sozialen Sicherheit und im sozialen Schutz der Arbeitnehmer eine lediglich unterstützende und ergänzende Funktion gegenüber den Mitgliedstaaten (Art. 153 Abs. 1 AEUV). Die maßgeblichen Gestaltungskompetenzen sind im Wesentlichen bei den Mitgliedstaaten als Hauptakteure ihrer eigenen Sozialpolitiken verblieben. Dies gilt im Übrigen auch für den Bereich des Gesundheitswesens (Art. 168 Abs. 7 AEUV, vgl. unten III.3.b). Eine Regelungskompetenz der Union zur Harmonisierung der nationalen sozialen Sicherungssysteme besteht nicht.<sup>24</sup> Insofern existiert auch kein eigenständiges Sozial(-leistungs)recht der Europäischen Union.

### 3. Ausgestaltung der Sozialsysteme

Das Charakteristikum der sozialen Dimension Europas besteht eben darin, dass die europäische Sozialpolitik nicht die einzelnen sozialpolitischen Regime der nationalen Mitgliedstaaten abgelöst hat; beide Ebenen bestehen in dem beschriebenen Verhältnis von Unterstützung und Koordinierung der nationalen Sozialpolitiken nebeneinander und bilden ein kompliziertes Regelwerk. Der EuGH formuliert dazu in ständiger Rechtsprechung, dass das Unionsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit grundsätzlich unberührt lässt.<sup>25</sup> Das BVerfG teilt diese Auffassung, wenn es in seiner Entscheidung zum Lissabon Vertrag – zwar aus der nationalen Blickrichtung heraus – ausführt, dass eine, der Europäisierung grundsätzlich entzogene, mitgliedstaatliche Zuständigkeit in der Sozialpolitik bestehe.<sup>26</sup> Auch darf das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme durch europäische Bestimmungen in diesen Bereichen nicht erheblich beeinträchtigt werden (Art. 153 Abs. 4 AEUV). Im Bereich der sozialen Sicherheit und des sozialen Schutzes der Arbeitnehmer ist die einstimmige Zustimmung aller Mitgliedstaaten zu Gesetzesinitiativen im besonderen Gesetzgebungsverfahren erforderlich (Art. 153 Abs. 2 Satz 4 AEUV), wodurch Rechtsetzung in diesem Bereich erschwert oder sogar blockiert werden kann.

Dies gilt unabhängig davon, welches Wohlfahrtsstaatsmodell<sup>27</sup> national etabliert wurde.<sup>28</sup> Die nunmehr 27 EU-Mitgliedstaaten weisen die unterschiedlichsten Sozialsysteme auf. Sie spiegeln die Traditionen und Lebensge-

wohnheiten in den Ländern wider. Die Ende des 19. Jahrhunderts in Europa eingeführten Systeme sollten den Herausforderungen des industriellen Zeitalters gerecht werden. Die meisten Systeme entwickelten sich aber erst nach dem Zweiten Weltkrieg und wurden teilweise erst in den 1980er und 1990er Jahren vollendet. Sie unterscheiden sich im Grad der Risikoabdeckung der Bevölkerung, im Umfang der Mittelausstattung und in der Art der Finanzierung: beitrags- oder steuerfinanziert, oder – wie in den erst in 2004 bzw. 2007 neu hinzugetreten süd-östlichen Mitgliedstaaten – aus einer Kombination verschiedenster Modelle, auch kapitalgedeckter, privater Sicherungsmodelle.<sup>29</sup> Zu Recht lässt sich daher die Frage stellen, ob und was von europäischer Ebene aus mit Rücksicht auf die eingeschränkten Unionskompetenzen erreicht wurde oder was von dort aus vorangebracht werden kann?

### 4. Das Herzstück: Sekundäre Koordinierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit

Das Herzstück des europäischen Sozialrechts ist die Koordinierung des Nebeneinanders unterschiedlicher nationaler Sicherungssysteme im Fall grenzüberschreitender Bewegungen von Arbeitnehmern und Grenzgängern, die von ihrer Freizügigkeit (Art. 45 AEUV) Gebrauch machen. Schon die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft hatte einen Koordinierungsauftrag (Art. 51 EWGV = Art. 48 AEUV) für Maßnahmen zur Herstellung der Freizügigkeit von Arbeitnehmern primärrechtlich verankert. Daraus ist die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit erlassene Verordnung zur Koordinierung der Sozial- und Arbeitslosenversicherung einschließlich der Familienleis-

24 Eine Harmonisierung durch europäische Gesetzgebung ist nur in den Bereichen des Arbeitsschutzes und der Arbeitsbedingungen sowie der Gleichstellung und Antidiskriminierung möglich, vgl. dazu *Becker* (Fn. 12), S. 6.

25 Vgl. nur EuGH, 11. 6. 2020 – 262/18 P, C-271/18 P – juris, Rn. 30 (staatliche Beihilfen); vgl. EuGH, 23. 1. 2020 – C-29/19 – NZA 2020, 371, Rn. 39, beide mwN.

26 Vgl. BVerfG, 30. 6. 2009 – 2 BvE 2/08 ua. – BVerfGE 123, 267 sog. »Lissabon-Urteil«.

27 Vgl. dazu *Leibfried*, DS BSG (Fn. 4), S. 3, 10 ff., der nach *Esping-Andersen* in liberale, konservativ-korporatistische und sozialdemokratische Wohlfahrtsregime unterscheidet.

28 Vgl. *Becker* (Fn. 12), S. 9, 16.

29 Vgl. *Schmidt*, in: Wollenschläger (Hrsg.), *Europäischer Freizügigkeitsraum – Unionsbürgerschaft und Migrationsrecht*, Enzyklopädie Europarecht, Bd. 10, 1. Aufl., Baden-Baden 2021 (im Folgenden: *EnzEuR* Bd. 10), § 2 Rn. 71; *Becker* (Fn. 12), S. 9, Tabelle zu den Europäischen Wohlfahrtsmodellen.

tungen für Arbeitnehmer der Mitgliedstaaten der EWG am 1. Januar 1959<sup>30</sup> hervorgegangen. Die Herausbildung der europäischen Sozialpolitik ist daher sehr eng mit der sozialen Absicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit im späteren Binnenmarkt verbunden. Im Jahre 1971 ist dieses Regelwerk als sog. Wanderarbeitnehmerverordnung (VO [EWG] Nr. 1408/71)<sup>31</sup> in Kraft getreten. Abgelöst wurde sie als sog. Koordinierungsverordnung (VO [EG] Nr. 883/2004) iVm. der Durchführungsverordnung (VO [EG] Nr. 987/2009) im Mai 2010.<sup>32</sup> Dieses Konzept von Personenfreizügigkeit war ursprünglich auf die Absicherung von Leistungen von wirtschaftlich aktiven Personen und ihre Familien ausgerichtet.<sup>33</sup> Es erfasst heute aber auch Leistungen für nicht erwerbstätige Personen. Bis auf die klassische bedürftigkeitsabhängige Sozialhilfe und bis auf staatliche Entschädigungsleistungen werden alle Leistungen der sozialen Sicherheit vom sachlichen Anwendungsbereich erfasst. Das sind Leistungen, die ohne jede bedürftigkeitsabhängige Ermessensprüfung<sup>34</sup> aufgrund eines gesetzlich umschriebenen Tatbestandsmerkmals von den nationalen Mitgliedstaaten gewährt werden: Leistungen bei Krankheit, bei Mutterschaft und gleichgestellte Leistungen bei Vaterschaft, bei Invalidität, bei Alter, an Hinterbliebene, bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Sterbegeld, bei Arbeitslosigkeit, Vorruhestandsleistungen und Familienleistungen (Art. 3 Abs. 1 VO [EG] Nr. 883/2004). Dieses Sekundärrecht zielt in erster Linie darauf ab, solche Hindernisse im mitgliedstaatlichen Sozialrecht zu beseitigen, die geeignet sind, den Einzelnen von der Ausübung seiner persönlichen Freizügigkeit abzuhalten.<sup>35</sup> Solche Nachteile wurden darin gesehen, dass bei grenzüberschreitenden Tätigkeiten und mehrstaatlicher Erwerbsbiografie entweder der gänzliche Verlust oder Lücken in der sozialen Sicherung oder eine unnötige Doppelsicherung mit doppelter Beitragslast drohten. Solche Konfliktfälle beruhen darauf, dass die Anknüpfungspunkte für die soziale Absicherung im nationalen Recht unterschiedlich ausgestaltet sind. Beispielsweise knüpft Deutschland den Versicherungsschutz an die Bismarck'sche Erwerbstätigenversicherung, Dänemark hingegen an die dem »Lord-Beveridge-System« entlehnte steuerfinanzierte Wohnsitzsicherung.<sup>36</sup> Um bei grenzüberschreitender Tätigkeit Konfliktfälle zu vermeiden, legt die Koordinierungsverordnung den einen anwendbaren Status des Sozialversicherungsrechts kollisionsrechtlich fest. Bei Erwerbstätigen ist dies der Ort der Erwerbstätigkeit »lex

loci laboris«<sup>37</sup>, bei Nichterwerbstätigen regelmäßig der Wohnsitzort »lex loci domicilii« (Art. 11 Abs. 1, Abs. 3 lit. a und e VO <EG> 883/2004).<sup>38</sup>

### a) Das Günstigkeitsprinzip

Der EuGH hat in der berühmten *Petroni*-Entscheidung aus dem Jahr 1975 formuliert, dass der Zweck der Vorschriften zur Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Sicherung der dazugehörigen Ansprüche und Leistungen der sozialen Sicherheit verfehlt würde, wenn Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlören, die ihnen jedenfalls die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats sichern.<sup>39</sup> Wandernde Arbeitnehmer sollten so gestellt werden, als hätten sie ihre gesamte Erwerbsbiografie in einer Sozialrechtsordnung verbracht. Dem damaligen Kläger, Herrn *Petroni*, durfte kein Nachteil aus seiner mehrstaatlichen Erwerbsbiografie beim Bezug seiner Altersrente entstehen. Ein Meilenstein in der Rechtsprechung des EuGH. Daraus hervorgegangen ist das sog. Günstigkeitsprinzip. Danach gilt, dass das koordinierende europäische Sozialrecht für Leistungsberechtigte nur begünstigend im Sinne von rechtserweiternd, aber nicht rechtsverkürzend – im Sinne des Verlustes von sozialen Rechten – wirken darf.<sup>40</sup>

30 VO (EWG) Nr. 3 und Nr. 4 vom 16. 12. 1958, ABl. 1958, EG 561/58.

31 ABl. 1975, L 149/2 ff. vom 5. 7. 1971.

32 ABl. 2004, L 166/1 ff. vom 30. 4. 2004 und ABl. 2009, L 284/1 ff. vom 30. 10. 2009.

33 Vgl. *Wallrabenstein*, in: Rolfs (Hrsg.), Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes, Bd. 68, Berlin 2018 (im Folgenden: SDSRV Bd. 68), S. 149, 158 f.

34 Vgl. EuGH, 27. 3. 1985 – C-249/83 – juris (Hoeckx), Rn. 12 bis 14; EuGH, 16. 9. 2015 – C-433/13 – juris (Kommission/Slowakei) Rn. 71; EuGH, 12. 5. 1998 – C 85/96 – Slg. 1998, I- 2691 (Martinez Sala), Rn. 20; EuGH, 25. 7. 2018 – C-679/16 – juris (persönliche Assistenz) Rn. 32; *Oppermann*, ZESAR 2019, 136.

35 Vgl. *Seiwerth*, ZESAR 2019, 3, 4.

36 Vgl. *Leibfried*, DS BSG (Fn. 4), S. 3, 10, 11.

37 Zu den vom EuGH anerkannten Ausnahmen, vgl. *Wallrabenstein*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 22 Rn. 36 ff. mwN.

38 Std. Rspr. vgl. exemplarisch zum Wohnortprinzip: EuGH, 16. 5. 2013 – C-589/10 – ZESAR 2013, 456 (Wencel); zuletzt zum Kollisionsrecht vgl. EuGH, 25. 10. 2018 – C-451/17 – NZA 2018, 1616 (Walltopia).

39 Vgl. EuGH, 21. 10. 1975, C-24/75 – Slg. 1975, 1149 (*Petroni*), Rn. 13; in std. Rspr. des EuGH fortgesetzt, vgl. dazu *Oppermann*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 27 Rn. 45 und *Wallrabenstein*, in: SDSRV Bd. 68 (Fn. 33), § 22 Rn. 34; *Bokeleh*, ZESAR 2012, 121 ff.

40 Vgl. *Eichenhofer* (Fn. 9), Rn. 88, 140, und in Rn. 217 mwN. zur noch älteren Rspr. des EuGH.

## b) Grundprinzipien

Zu den Grundprinzipien von Koordinierung zählt der in Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 verankerte Gleichbehandlungsgrundsatz: Alle vom Anwendungsbereich der Koordinierungsverordnung erfassten Personen haben die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen dieses Staates. In ständiger Rechtsprechung hat der EuGH daraus ein Diskriminierungsverbot, auch im Hinblick auf mittelbare Diskriminierungen abgeleitet.<sup>41</sup> Eines der wichtigsten Grundprinzipien im Koordinierungsrecht ist der Export von erworbenen Leistungen der sozialen Sicherheit (Art. 7 VO [EG] Nr. 883/2004 iVm. Art. 48 lit. b AEUV). Es ermöglicht die Mitnahme von exportierbaren Geldleistungen wie zB. von Altersrenten bei Aufenthalt des Berechtigten in einem anderen EU-Mitgliedstaat als dem Versicherungsstaat (spanischer Alterswohnsitz von Rentnern).<sup>42</sup> Der von der Rechtsprechung des EuGH entwickelte und in Art. 5 VO (EG) Nr. 883/2004 eingefügte Grundsatz der Tatbestandsgleichstellung – auch als Äquivalenzgrundsatz bekannt – lässt zum Beispiel die Berücksichtigung von Leistungen bei Arbeitslosigkeit,<sup>43</sup> Zeiten des Wehrdienstes<sup>44</sup> oder einer Altersteilzeitarbeit<sup>45</sup> in anderen Mitgliedstaaten als gleichwertig in der sozialrechtlichen Bewertung für nationale Leistungsansprüche zu. Das Prinzip der Zusammenrechnung (sog. Totalisierungsgrundsatz, § 6 VO [EG] Nr. 883/2004, Art. 48 lit. a AEUV) ermöglicht es, dass in verschiedenen Mitgliedstaaten zurückgelegte Zeiten für den Erwerb eines nationalen Leistungsanspruchs ausreichen. Das kann dazu führen, dass sich eine nationale Altersrente aus verschiedenen mitgliedstaatlichen Zeiten zusammensetzt und jeder Mitgliedstaat anteilig etwas zur Höhe der Rente (pro rata) beiträgt, ohne dass dadurch eine europäische Gesamtrente entsteht (vgl. Art. 50 ff. VO [EG] Nr. 883/2004).<sup>46</sup>

## c) Entwicklungen

Dieses Konzept von Koordinierung mitgliedstaatlicher Sozialordnungen ist nicht weniger als ein Meilenstein des europäischen Sozialrechts. Dieses Sekundärrecht ist durch Hunderte von Entscheidungen des EuGH ausgelegt und fortentwickelt worden. Die diesem Rechtsgebiet eher mit Zurückhaltung entgegengebrachte Aufmerksamkeit hat sicherlich auch mit dessen lautloser praktischer Wirksamkeit zu tun. Die Rechtswissenschaft hat sich häufig erst zu Wort gemeldet, nachdem der EuGH die Auslegungsfragen entschieden hat. Vorlagebeschlüsse, die den klassischen

Bereich der sozialen Sicherung für Erwerbstätige betreffen, sind in den letzten Jahren in geringer Anzahl von Deutschland aus an den EuGH zur Vorabentscheidung herangetragen worden.<sup>47</sup>

Dessen ungeachtet hat sich im Laufe der Zeit neuer Reformbedarf an der Koordinierungsverordnung eingestellt. Dies beruht zum einen auf einem sozioökonomischen Wandel in den nationalen Sozialsicherungssystemen, durch das Hinzutreten von Beitrittsländern mit neuen Arten von Sozialleistungen und schließlich auf Rechtsprechung des EuGH, der das Koordinierungsrecht in ständiger Rechtsprechung am Primärrecht misst. Bereits am 13. Dezember 2016 hat die Europäische Kommission einen Vorschlag zur Überarbeitung der VO (EG) Nr. 883/2004 vorgelegt. Die Verhandlungen sind zum Stillstand gekommen und erst im Zuge der Ratspräsidentschaft Deutschlands wieder aufgenommen worden, bislang aber ergebnislos.<sup>48</sup> Als reformbedürftig wurde die Aufnahme von Pflegeleistungen in den Katalog des sachlichen Geltungsbereichs von Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 gesehen neben den Handlungsfeldern der Koordinierung von Familienleistungen, der Leistungen bei Arbeitslosigkeit und der Entsendungsregelungen.<sup>49</sup> Auf der Agenda der Reform steht auch der Gleichbehandlungsgrundsatz von Art. 4 VO <EG> 883/2004.<sup>50</sup> Der EuGH hat in jüngeren Entscheidungen den Gleichbehandlungsanspruch an den Nachweis eines rechtmäßigen Aufenthalts im Mitgliedstaat als eine Voraussetzung für

41 Std. Rspr. EuGH, vgl. dazu *Wallrabenstein*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 22 Rn. 64 mwN.

42 Vgl. *Oppermann*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 27 Rn. 89 ff.

43 Vgl. EuGH, 28. 4. 2004 – C-373/02 – Slg. 2004, I-3605 (Öztürk).

44 Vgl. EuGH, 25. 6. 1997 – C-131/96 – Slg. 1997, I-3669 (Mora Romero).

45 Vgl. EuGH, 18. 12. 2014 – C-523/13 – NZA 2015, 91 (Larcher).

46 Vgl. *Oppermann*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 27 Rn. 30, 70 ff.

47 Zur vorgezogenen Altersrente wg. Altersteilzeitarbeit vgl. EuGH, 18. 12. 2014 – C-523/13 – NZA 2015, 91 (Larcher); Auf Vorlagebeschluss BSG, 13. 6. 2013 – B 13 R 110/11 R – juris; zur zwischenstaatlichen Berechnung des Bemessungsentgelts im Fall von Arbeitslosigkeit vgl. EuGH, 23. 1. 2020 – C-29/19 – NZA 2020, 371; vorgehend BSG, 23. 10. 2018 – B 11 AL 9/17 R – NZS 2019, 510.

48 Vgl. die Antwort der Bundesregierung vom 7. 8. 2020, BT-Drs. 19/21517, Nr. 78.

49 Zur Reform der VO (EG) Nr. 883/2004: zu Pflegeleistungen vgl. *Kaeding*, ZESAR 2019, 206; *Ternes/Eisenbarth*, ZESAR 2019, 329; *Eichenhofer*, ZESAR 2017, 371; zu Familienleistungen vgl. *Kahil-Wolff*, ZESAR 2017, 381; zu den Entsenderegelungen vgl. *Lhernould*, ZESAR 2017, 367; *Deinert*, in: SDSRV Bd. 68 (Fn. 33), S. 75; zu Leistungen für Arbeitslose vgl. *Fuchs*, ZESAR 2017, 375.

50 Vgl. dazu *Felten*, ZESAR 2017, 361.



den Zugang von Sozialleistungen von nichterwerbstätigen Unionsbürgern geknüpft. Dahinter steht eine langjährige Entwicklung und Kontroverse über soziale Rechte aus dem allgemeinen Freizügigkeitsrecht der Unionsbürgerschaft, die der EuGH durch die Etablierung einer neuen, strikten Rechtsprechungslinie gelöst hat.

## 5. Die soziale Dimension aus der Unionsbürgerschaft

Die durch den Maastricht Vertrag in 1993 eingeführte Unionsbürgerschaft (jetzt Art. 20 AEUV) hat die Diskussion über die soziale Dimension Europas wie kaum eine andere befeuert. Ausgangspunkt der Fragestellung war, ob und in welchem Umfang Sozialleistungen für nicht erwerbstätige Personen sich aus dem Status der Unionsbürgerschaft herleiten ließen. Dies betrifft Konstellationen, in denen mittellose Unionsbürger beim Aufenthalt in einem fremden Mitgliedstaat auf den Bezug steuerfinanzierter – nicht beitragsabhängiger – Sozialleistungen zum Lebensunterhalt angewiesen waren. Die Frage war, ob sie in einer solchen Situation schlechter behandelt werden dürfen als einheimische Staatsangehörige, denen solche Leistungen zustanden.<sup>51</sup> Mit der Unionsbürgerschaft wurde ein grundlegender Status, zusätzlich zur nationalen Staatsangehörigkeit, geschaffen; eine akzessorische, mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeit, die Unionsbürgern marktunabhängig – also frei von jeder ökonomischen Betätigung – ein allgemeines Freizügigkeitsrecht einräumt.<sup>52</sup> Art. 21 Abs. 1 AEUV garantiert: Jeder Unionsbürger hat das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in den Verträgen unter den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten. Daneben besteht das allgemeine Diskriminierungsverbot aufgrund der Staatsangehörigkeit (Art. 18 Abs. 1 AEUV). Daraus allein folgten aber noch keine sozialen Leistungsansprüche.<sup>53</sup> Mit Einführung der Unionsbürgerschaft war der Blick daher nicht mehr allein auf rein ökonomische Eigenschaften einer Person als Arbeitnehmer, Erwerbstätiger oder über diese Eigenschaften vermittelte Rechte gerichtet.<sup>54</sup> Der Status des nicht erwerbstätigen Unionsbürgers trat fortan in den Fokus europäischer Betrachtung. Für die einen war damit die Sorge, für die anderen die Hoffnung auf Verwirklichung des Konzepts einer unionsbürgerlichen Solidarität geboren.<sup>55</sup> Was ist daraus

schlussendlich geworden? Mit Sicherheit einer der größten Streitpunkte in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft im europäischen Sozialrecht der letzten Jahre.<sup>56</sup>

### a) Frühe sozialintegrative Rechtsprechung des EuGH

Etwa seit Ende der 1990er Jahre hatte der EuGH die Unionsbürgerschaft als Kernidee einer europäischen Solidarität aufgegriffen. Anfangs hatte er auf Grundlage der Unionsbürgerschaft iVm. dem Diskriminierungsverbot der allgemeinen Freizügigkeit (Art. 18 iVm. Art. 12 EGV = Art. 21 und Art. 18 AEUV) die Teilhabe von nicht erwerbstätigen Unionsbürgern an den nationalen Leistungssystemen als Ausdruck einer gewissen Solidarität integrativ gestärkt;<sup>57</sup> eine Rechtsprechungslinie, die mit das Erschaffen eines Anspruchs auf »transnationale soziale Rechte« gedeutet wurde.<sup>58</sup> Dem EuGH wurde die Rolle des Motors der europäischen Integration zugeschrieben, wengleich dieser Rechtsprechung erhebliche dogmatische Kritik entgegengesetzt wurde.<sup>59</sup> Diese ältere Rechtsprechung betraf Studierende, arbeitsuchende Personen oder einfach mittellose Nichterwerbstätige gleichermaßen, die auf beitragsunabhängige, steuerfinanzierte Sozialleistungen während ihres Aufenthalts im anderen Mitgliedstaat angewiesen waren. Der prominente Fall ist der des mittellosen, französischen Studenten *Grzelczyk*, der vorübergehend zum Ende seines Studiums in Belgien sozialhilfebedürftig wurde. In 2001 urteilte der EuGH, dass es gegen das Diskriminierungsverbot und die Unionsbürgerschaft verstoße, den französischen Studenten von Leistungen zum Existenzminimum auszuschließen, die belgische Staatsangehörige in dergleichen Situation

51 Vgl. *Mangold*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 4 Rn. 37.

52 Vgl. zur Entwicklung *Wollenschläger*, in: *EnzEuR* Bd. 10 (Fn. 29), § 1 Rn. 9 ff.

53 Vgl. *Becker*, *ZESAR* 2002, 8, 12; allenfalls Sockelrechte vgl. *Heinig*, *ZESAR* 2008, 465, 469.

54 Vgl. *Wallrabenstein*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), Koordinierungssozialrecht-Grundstrukturen und allgemeine Prinzipien § 22 Rn. 13; *Mangold*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 4 Rn. 6 ff.

55 Vgl. *Mangold*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 4 Rn. 29.

56 Vgl. *Schmidt*, in: *EnzEuR* Bd. 10 (Fn. 29), § 2 Rn. 56; Zwischen 2006 und 2015 ergingen 475 Urteile und Beschlüsse zur Frage, ob EU-Ausländer von Leistungen des SGB II ausgeschlossen werden dürfen.

57 Vgl. nur EuGH, 12.5.1998 – C 85/96 – *Slg.* 1998, I- 2691 (Martinez Sala) zum steuerfinanzieren deutschen Erziehungsgeld, das europarechtlich unter die Koordinierungsverordnung fiel.

58 Vgl. *Kingreen*, *Eur* 2007 Beiheft 1, 43, 47.

59 Zur Entwicklung vgl. *Mangold*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), Rn. 108; *Bernstorff*, *RuP* 2016, 28, 31; sehr kritisch vgl. *Hailbronner*, *NJW* 2004, 2185; *ders.*, *JZ* 2005, 1138.

erhielten. Die Inanspruchnahme der Sozialhilfesysteme sei allein kein Grund zur Beendigung des Aufenthaltsrechts.<sup>60</sup> Als entscheidendes Kriterium dieser unionsbürgerfreundlichen Lösung hatte der EuGH die tatsächliche Verbindung zum nationalen Arbeitsmarkt gewertet. Der Aufenthalt des Studenten in Belgien »zum Erwerb einer beruflichen Bildung als Hauptzweck« reichte aus, war zugleich auch notwendig für den »Anspruch auf soziale Teilhabe«. Später hat der EuGH auch andere tatsächliche Verknüpfungen zum leistungsgewährenden Mitgliedstaat als einen gewissen Grad an Integration für ausreichend erachtet, wie zB. ein mehrjähriges Wohnsitzerfordernis. Je enger die tatsächliche Verbindung zum Aufnahme- bzw. Leistungsstaat war, desto eher verdichtete sich ein Anspruch auf soziale Teilhabe bei beitragsunabhängigen Leistungen.<sup>61</sup>

Mit diesem und bis ca. 2004 folgenden Urteilen des EuGH<sup>62</sup> waren Meilensteine in der wohlwollenden, sozialintegrativen Rechtsprechungslinie des EuGH gesetzt. Der Gerichtshof entnahm der Unionsbürgerschaft die »Garantie der Gleichbehandlung bei Ausübung der Freizügigkeit«. In dieser frühen Rechtsprechungslinie des EuGH war ungeklärt geblieben, ob und welche Anforderungen an ein »materielles Aufenthaltsrecht« zu stellen waren als Voraussetzung für einen Gleichbehandlungsanspruch beim Bezug von steuerfinanzierten Sozialleistungen. Zu diesem Zeitpunkt fanden sich in der Rechtsprechung des EuGH verschiedene Kombinationen aus Elementen der Unionsbürgerschaft, der allgemeinen Freizügigkeit und dem Diskriminierungsverbot beim Bezug von beitragsunabhängigen Sozialleistungen. In der Kritik zu diesen Entscheidungen tauchte bereits im Jahr 2004 das Wort »Sozialtourismus« auf – das erst in 2013 zum Unwort des Jahres werden sollte –, verbunden mit der Warnung des Missbrauchs der Unionsbürgerfreizügigkeit durch Scheinarbeitsuchende und dem Ausnutzen von steuerfinanzierten Sozialleistungen.<sup>63</sup>

#### **b) Restriktive Rechtsprechungslinie des EuGH zu beitragsunabhängigen Sozialleistungen**

Im zeitlichen Zusammenhang mit der ab 2004 bzw. in 2007 vollzogenen Süd-Ost Erweiterung der EU-Mitgliedstaaten und den Vorzeichen einer Europa bedrohenden Wirtschaftskrise veränderte der EuGH seine bis dahin unionsbürgerfreundliche Rechtsprechung und gab ihr wieder eine markt-ökonomische Richtung. In einer Reihe

von Entscheidungen in den Jahren 2013 bis 2016<sup>64</sup>, die von deutschen Sozialgerichten in den Rechtssachen der Frau *Dano*, der Familie *Garcia-Nieto* bzw. dem Bundessozialgericht in der Rechtssache der Familie *Alimanovic* dem EuGH vorgelegt wurden, ging es um den gesetzlichen Ausschluss (§ 7 Abs. 1 S.2 Nr. 2b SGB II) von nicht erwerbstätigen bzw. arbeitssuchenden Unionsbürger\*innen, die auf steuerfinanzierte Leistungen der Grundsicherung (sog. Hartz 4-Leistungen) zum Lebensunterhalt angewiesen waren. Europarechtlich werden diese Leistungen, anders als nach der deutschen Systematik, auch als Sozialhilfeleistungen eingeordnet. Der EuGH hat seine Rechtsprechung auf der in 2004 erlassenen Freizügigkeitsrichtlinie (RL 2004/38/EG)<sup>65</sup> neu justiert, die den Aufenthalt von Unionsbürgern und ihren Familien regelt. Die Richtlinie enthält zwar ein Gleichbehandlungsgebot und ein Diskriminierungsverbot von Unionsbürgern (Art. 24 Abs. 1 RL 2004/28/EG), die sich im Hoheitsgebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhalten. Sie enthält hierzu aber auch eine Ausnahme (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/28/EG) im Sinne einer Einschränkung des Gleichbehandlungsanspruchs für ökonomisch inaktive Freizügigkeitsberechtigte während der ersten drei Monate ihres Aufenthalts oder die zum Zweck der Arbeitsuche eingereist sind oder für Berechtigte für Studien- oder Berufsbeihilfen, Stipendien oder solche Darlehen vor Erwerb des Daueraufenthaltsrechts von vor 5 Jahren. Diesen Personengruppen dürfen Sozialleistungen verweigert werden, es sei denn sie verfügen über ein europäisches Aufenthaltsrecht, das ausreichende Existenzmittel und einen Krankenversicherungsschutz (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL 2004/38/EG) für diesen Personenkreis und ihre Familien voraussetzt.<sup>66</sup> Im

60 Vgl. EuGH, 20.9.2001 – C-184/99 – Slg. 2001, I- 6193 (Grzelczyk).

61 Vgl. *Mangold*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 4 Rn. 110 ff.; vgl. *Kadelbach*, in: *EnzEuR* Bd. 10, (Fn. 29) § 5 Rn. 103, beide mwN. für die ältere Rspr. des EuGH.

62 Vgl. auch EuGH, 17.9.2002 – C-413/99 – Slg. 2002, I-17091 (Baumbast ua.); vgl. EuGH, 11.7.2002 – C-224/98 – Slg. 2002, I-6191 (D’Hoop).

63 Vgl. *Mangold*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 4 Rn. 69 ff., 72; vgl. *Schmidt*, in: *EnzEuR* Bd. 10 (Fn. 29), § 2 Rn. 60 f.; *Hailbronner*, *JZ* 2005, 1138 ff.

64 Vgl. EuGH, 19.9.2013 – C-140/12 – NZS 2014, 20 (Brey); EuGH, 11.11.2014 – C-333/13 – NZS 2015, 20 (Dano); EuGH, 15.9.2015 – C-67/14 – NZS 2015, 784 (Alimanovic); EuGH, 25.2.2016 – C-299/14 – ZAR 2016, 187 (Garcia-Nieto); vgl. auch EuGH, 2.6.2016 – C-233/14 – NVwZ 2016, 1076 (Kommission/Niederlande): Keine Fahrpreisermäßigung für ausländische Studierende des Erasmus-Programms ohne Daueraufenthaltsrecht nach der Unionsbürgerrichtlinie.

65 Richtlinie 2004/38/EG vom 29.4.2004, ABl. 2004, L 158/77.

66 Vgl. *Kadelbach*, in: *EnzEuR* Bd. 10 (Fn. 29), § 5 Rn. 105.

Ergebnis bedeutet diese Rechtslage, dass Unionsbürger bei Existenzsicherungsleistungen nicht mehr mit den Staatsangehörigen des Aufenthaltsstaates uneingeschränkt gleichbehandelt werden. Der EuGH hat die deutschen Leistungsausschlüsse in allen drei Rechtssachen als unionskonform bestätigt.

Selbst Familie *Alimanovic*, die vorübergehend durch kleine Jobs am Arbeitsmarkt einen Bezug bzw. Verbindung zum deutschen Arbeitsmarkt aufgebaut hatte und anschließend arbeitsuchend war, war vom Leistungsbezug aus der Grundsicherung nach dem SGB II ausgeschlossen. Die hieran berechnete Kritik ist,<sup>67</sup> dass der EuGH keinen Raum für eine individuelle Prüfung im Sinne einer Verhältnismäßigkeits- oder Härtefallprüfung lässt, denn er stellt das europäische Aufenthaltsrecht ausschließlich am starren, zeitlich gestuften System an Aufenthaltsrechten aus der Freizügigkeitsrichtlinie fest (Art. 7b RL 2004/38/EG), ohne dass eine Prüfung am Primärrecht (Art. 45 AEUV) erfolgt.

Der erhofften größeren solidarischen Verbundenheit zwischen den Mitgliedstaaten hat der EuGH mit den Entscheidungen *Dano/Alimanovic/Garcia-Nieto* eine deutliche Absage erteilt und den (vorläufigen) Schlusspunkt zur Frage einer sozialen Dimension für Sozialleistungen aus der Unionsbürgerfreizügigkeit gesetzt. Zugleich hat er damit die Kehrtwende eingeleitet von seiner bis dahin als sozialintegrativ interpretierten Rechtsprechungslinie.<sup>68</sup> Diese Änderung ist in der Rechtswissenschaft als eine Rückwärtsbewegung hin zur traditionellen Wirtschaftsunion und als Rückkehr des »Marktbürgers« kommentiert worden<sup>69</sup>. Allerdings war der ökonomisch sozial abgesicherte Marktbürger nie weg; er hat die Union nie verlassen. Die marktorientierte Sichtweise blendet aber sozioökonomische Entwicklungen aus, die neue Modelle sozialer Nichtabsicherung auf die Tagesordnung der europäischen Agenda gesetzt haben.

### c) Einschränkung des Gleichbehandlungsgebots aus Art. 4 der Koordinierungsverordnung

Der EuGH hat diese strikte Rechtsprechung sogar auf den Gleichbehandlungsgrundsatz aus der Koordinierungsverordnung von Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 übertragen und auch dort eine aufenthaltsrechtliche Voraussetzung bei beitragsunabhängigen Sozialleistungen für Nichterwerbstätige gegen den klaren Wortlaut der Verordnung eingeführt.<sup>70</sup> Diese Entwicklung ist auch Gegenstand der Reformüberlegungen zur Koordinierungsverordnung (s.

oben 4.c). Ob die Einschränkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zukünftig auch für alle Leistungen der Systeme der sozialen Sicherheit der klassischen Zweige von Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 gelten wird, ist fraglich.<sup>71</sup> Dann aber wäre ein völlig anderes Konzept von mitgliedstaatlicher sozialer Sicherung der Personenfreizügigkeit eingeführt als der Koordinierungsverordnung bislang zugrunde liegt.<sup>72</sup> Die Begrenzung des Freizügigkeitsrechts auf im Binnenmarkt nur erwerbstätige oder wirtschaftlich völlig abgesicherte Personen bedeutet im Sozialmodell Europas einen deutlichen Rückschritt.<sup>73</sup> Im europäischen Sozialrecht ist der Spagat bislang nicht gelungen, zwischen Unionsbürgern zu differenzieren, die gezielt rechtsmissbräuchlich zum Zweck des Abschöpfens von Leistungen zum Lebensunterhalt in einen Mitgliedstaat einreisen und solchen, die einen Wohnsitz in einem fremden Mitgliedstaat begründet haben und als (vorübergehend) Nichterwerbstätige an Systemen der sozialen Sicherung rechtskonform teilnehmen dürfen.

### d) Rechtsprechung nach *Dano/Alimanovic*: Jobcenter Krefeld

Als Lichtblick am Horizont erscheint auf den ersten Blick die jüngst ergangene Entscheidung der Großen Kammer des EuGH vom 6. Oktober 2020.<sup>74</sup> Der EuGH hat eine Variante des gesetzlichen Ausschlusses von Sozialleistungen zum Lebensunterhalt – beitragsunabhängige Leistungen der Grundsicherung (ex § 7 Abs. 1 Nr. 2c SGB II, sog. Hartz

67 Vgl. *Steiger*, EuR 2018, 304, 330 ff.; *Kingreen*, in: SDSRV 68 (Fn. 33), S. 39, 49; *Fahrat*, DÖV 2016, 45, 55; *Schreiber*, NZS 2016, 847, 852 ff.

68 Vgl. auch *Kadelbach*, EnzEuR Bd. 10 (Fn. 29), § 5 Rn. 103.

69 So *Thym*, NJW 2015, 130; vgl. *Kingreen*, in: SDSRV 68 (Fn. 33), S. 39, 48 ff.; vgl. *Mangold*, in: EnzEuR Bd. 7 (Fn. 3), § 4 Rn. 41 mwN.

70 Vgl. EuGH, 11. 11. 2014 – C-333/13 – NZS 2015, 20 (*Dano*); daran festhaltend EuGH, 6. 10. 2020 – C-181/19 – ZESAR 2021, 43 (*Jobcenter Krefeld*); *Janda*, ZESAR 2021, 3.

71 Vgl. in diese Richtung EuGH, 14. 6. 2016 – C-308/14 – ZESAR 2017, 37 (Kommission/Vereinigtes Königreich): die Entscheidung wurde als Geschenk an Großbritannien gewertet zur Verhinderung des Brexits; im Kontext von Familienleistungen vgl. dazu kritisch *Janda*, in: SDSRV 68 (Fn. 33), S. 55, 62 f.

72 Vgl. *Wallrabenstein*, in: EnzEuR Bd. 7 (Fn. 3), § 22 Rn. 65 hält die Voraussetzung eines rechtmäßigen Aufenthalts auf der Primärrechtsebene als mittelbare Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit für möglich, die allerdings einer Rechtfertigung bedürfe; kritischer *Janda*, ZESAR 2021, 3.

73 Vgl. *Kadelbach*, in: EnzEuR Bd. 10 (Fn. 29), § 5 Rn. 92, 123 sieht in der Rspr. des EuGH das Dilemma, dass der soziale Zusammenhalt auf den Stand vor Einführung der Unionsbürgerschaft zurückgeworfen wird.

74 Vgl. EuGH, 6. 10. 2020 – C-181/19 – ZESAR 2021, 43 (*Jobcenter Krefeld*); auf den Vorlagebeschluss des LSG Nordrhein-Westfalen, 14. 2. 2019 – L 19 AS 1104/18 – juris; vgl. dazu bereits die Urteile des BSG, 27. 1. 2021, B 14 AS 25/20 R – juris; BSG, 27. 1. 2021 – B 14 AS 42/19 R – juris, zitiert nach Terminbericht Nr. 4/21, die dem EuGH folgen.



IV) – im Aufnahmemitgliedstaat als unionsrechtswidrig festgestellt. Der Gerichtshof hat einem ehemaligen polnischen Wanderarbeitnehmer und seinen Kindern eigenständige Aufenthaltsrechte aufgrund des Schulbesuchs der Kinder in Deutschland gewährt, ohne dass die Familie über ausreichende Existenzmittel im Sinne der Freizügigkeitsrichtlinie (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG) verfügte. In dieser neuen Entscheidung hat der EuGH eine feingliedrige Abgrenzung zu den Rechtssachen der Frau *Dano* und der Familie *Alimanovic* getroffen. Die Autonomie des Aufenthaltsrechts für einen Gleichbehandlungsanspruch der schulpflichtigen Kinder des arbeitsuchend gewordenen Vaters hat der EuGH allein auf die Freizügigkeitsverordnung von Arbeitnehmern (Art. 10 VO [EU] Nr. 492/2011, ex Art. 12 VO [EWG] Nr. 1608/68)<sup>75</sup> gestützt und auf seine ältere Rechtsprechung,<sup>76</sup> ohne auf die Einschränkungen des Gleichbehandlungsgebots aus der Freizügigkeitsrichtlinie (Art. 24 Abs. 2 RL 2004/38/EG) zurückzugreifen.<sup>77</sup> Das einmal erworbene Recht als Wanderarbeitnehmer stellte damit auch für die Kinder ein eigenständiges Aufenthaltsrecht dar, das den Anspruch auf Inländergleichbehandlung für die Gewährleistung sozialer Vergünstigungen (Art. 7 Abs. 2 VO [EU] Nr. 492/2011) begründete. Die Bedeutung dieser Entscheidung erschöpft sich im Wesentlichen in der Verfestigung vorhandener Rechtsprechung des EuGH.<sup>78</sup> Auch in dieser Entscheidung spielt das Primärrecht (Art. 45 AEUV bzw. Art. 21 AEUV) keine entscheidende Rolle, da der Fall sekundärrechtlich gelöst wurde. Der unionswidrige deutsche Gesetzesausschluss (ex § 7 Abs. 1 Nr. 2c SGB II) ist durch Aufhebung der Norm noch vor dem Jahresende beseitigt worden.<sup>79</sup> Auch in Zukunft werden europäische Gleichbehandlungsgebote bei der Inanspruchnahme von Sozialleistungen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft noch nachhaltig beschäftigen. Die Entscheidung zeigt vor allem die fehlende Abstimmung sekundärer Regelwerke aufeinander. Es fehlt ein Fundament an sozialen Rechten für Unionsbürger aus einer Rechtsquelle.

### III. Politische Strategien

#### 1. Die europäische Säule sozialer Rechte

Die Etablierung eines tragfähigen Fundaments im Sinne einheitlicher europäischer sozialer Standards ist eine politische Strategie, die im europolitischen Raum derzeit for-

ciert wird. Während der Befund aus der Rechtsprechung des EuGH in Sachen sozialer Dimension derzeit eher substanzarm ist, zeigen die Initiativen der Europäischen Kommission deutlich in Richtung eines europäischen Sozialmodells. Die europäische Säule sozialer Rechte ist momentan das wohl wichtigste politische Instrument auf Unionsebene in dem Bemühen um die Stärkung und den Ausbau der sozialen Dimension Europas. Die Kommission erachtet die Säule auch als Motor zur Aktualisierung und Ergänzung von Rechtsvorschriften und für Initiativen von weiteren Maßnahmen in diesen Bereichen. Sie betont die durchgängige, querschnittsartige Berücksichtigung der Prioritäten der Säule in allen Politikbereichen der EU und die Überwachung der Umsetzung der Säule sozialer Rechte auf nationaler Ebene.<sup>80</sup> Die Kommissionspräsidentin hat die hohe politische Bedeutung der Säule hervorgehoben und ihre Umsetzung gleich zu Beginn ihrer Amtsübernahme mit einem Aktionsplan für das Jahr 2021 auf ihre Agenda gesetzt.<sup>81</sup>

Rückblickend hat der ehemalige Kommissionspräsident *Juncker* in seiner Rede zur Lage der Union am 9. September 2015 diesen Impuls gesetzt. Nach einem Konsultationsverfahren in 2016 wurde auf dem Sozialgipfel von Göteborg am 17. November 2017 die europäische Säule sozialer Rechte gemeinsam vom Europäischen Parlament, vom Rat und von der Kommission feierlich proklamiert.<sup>82</sup>

75 Vgl. Art. 7 Abs. 2 und Art. 10 VO (EU) Nr. 492/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5.4.2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union.

76 Vgl. EuGH, 17.9.2002 – C-413/99 – NJW 2002, 3610 (Baumbast pp.); EuGH, 23.2.2010 – C-480/08 – NVwZ 2010, 887 (Teixeira) zur inhaltsgleichen Vorläufernorm von Art. 12 VO (EWG) 1612/68.

77 Vgl. EuGH, 6.10.2020 – C-181/19 – ZESAR 2021, 43 (Jobcenter Krefeld), Rn. 38 f.; *Devetzi*, NZS 2021, 67.

78 Vgl. in diese Richtung auch *Janda*, ZESAR 2021, 3, 4, 9.

79 Vgl. Art. 4 Nr. 2 Gesetz zur Ermittlung der Regelbedarfe und zur Änderung des Zwölften Buches Sozialgesetzbuch sowie weiterer Gesetze vom 9.12.2020 (BGBl. I 2020, 2855) mWv. 1.1.2021; zur »bewusst« europarechtswidrigen Regelung vgl. *Devetzi*, NZS 2021, 67.

80 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 13.3.2018, Überwachung der Umsetzung der europäischen Säule sozialer Rechte, COM (2018) 130 final, S. 2, 7; *Terwey/Schneider* sehen darin einen historischen Verdienst der Europäischen Kommission, ZESAR 2020, 313, 316.

81 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 14.1.2020, Ein starkes soziales Europa für einen gerechteren Übergang, COM (2020) 14 final, S. 3, 12 und Anhang; vgl. dazu *Terwey/Schneider*, ZESAR 2020, 313, 315 ff.

82 Vgl. Entschließung des Europäischen Parlaments vom 19.1.2017 zu einer europäischen Säule sozialer Rechte (2016/2095 [INI]); vgl. Vorschlag für eine institutionelle Proklamation zur europäischen Säule Sozialer Rechte, Brüssel, 26.4.2017, COM (2017) 251 final; Gemeinsame Erklärung der Sozialpartner vom 24.3.2017; Erklärung von Rom vom 25.3.2017 und vgl. zur Säule im Internet unter European Pillar of Social Rights.



Der Europäische Rat billigte diesen Vorschlag zur Weiterentwicklung der sozialen Dimension Europas noch im selben Jahr und betonte, dass die europäische Säule sozialer Rechte sowohl auf Unionsebene als auch auf Ebene der Mitgliedstaaten unter Berücksichtigung der jeweiligen Zuständigkeiten umgesetzt werden sollte.<sup>83</sup> Insgesamt werden mit der Säule 20 Grundsätze und Rechte verankert, die als Bezugsrahmen für die Beschäftigungs- und Sozialpolitik auf nationaler und europäischer Ebene dienen sollen. Sie sind aufgeteilt in drei große Bereiche: Chancengleichheit und den Zugang zum Arbeitsmarkt verbessern (I), faire Arbeitsbedingungen schaffen (II) sowie den Sozialschutz und die soziale Inklusion verbessern (III). Die Umsetzung der europäischen Säule sozialer Rechte versteht sich als eine gemeinsame politische Verpflichtung und Verantwortung (Nr. 17 der Säule). Obwohl betont wird, dass die europäische Säule auf Unionsebene keine Ausweitung der in den Verträgen festgelegten Befugnisse und Aufgaben der Union mit sich bringt (Nr. 18 der Säule), bleibt die Kernfrage, wie das Programm im Rahmen der bestehenden Unionskompetenzen und im Einklang der Sozialpolitiken der Mitgliedstaaten verwirklicht wird. Allein im Bereich des Sozialschutzes und der sozialen Inklusion werden beispielhafte Grundsätze (Nrn. 11 bis 20) genannt, die als Rechte ausformuliert sind: Das Recht von Kindern auf Unterstützung und Schutz vor Armut, das Recht von Arbeitnehmern und Selbständigen auf angemessenen Sozialschutz unabhängig von Art und Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, auf Leistungen bei Arbeitslosigkeit, im Alter, auf Langzeitpflege, das Recht mittelloser Personen, mit einem Mindesteinkommen ein würdevolles Leben führen zu können, das Recht auf rechtzeitige, hochwertige, bezahlbare Gesundheitsvorsorge und Heilbehandlung, auf Inklusion von Menschen mit Behinderungen, auf Hilfe bei der Wohnungssuche und auf essenzielle Dienstleistungen.<sup>84</sup> Da die Ausgestaltung dieser postulierten Rechte aber in der mitgliedstaatlichen Verantwortung liegt, darf die Säule weder die Befugnisse der Mitgliedstaaten berühren, die Grundprinzipien ihres Systems der sozialen Sicherheit festzulegen, noch das finanzielle Gleichgewicht dieser Systeme erheblich beeinträchtigen (vgl. Art. 153 Abs. 4 AEUV). Sie kann daher auch nicht mehr sein als das Bestreben, einheitliche soziale Standards von der EU-Ebene direkt in den Mitgliedstaaten politisch zu implementieren.

## 2. Europäisches Semester

Die Umsetzung der Säule wird mit dem europäischen Semester verflochten. Das Europäische Semester wurde im Rahmen des finanzpolitischen Überwachungsinstrumentes als Reaktion auf die Finanzkrise mit den reformierten Instrumenten der europäischen Haushaltsaufsicht in 2010 eingeführt.<sup>85</sup> Das Europäische Semester bildet im halbjährlichen Zyklus den Rahmen für eine kontinuierliche Koordinierung der Wirtschaftspolitik in der EU.<sup>86</sup> Alle Mitgliedstaaten haben ihre Stabilitäts-/Konvergenzprogramme, die Mitgliedstaaten der Eurozone auch ihre nationalen Reformprogramme der Europäischen Kommission vorzulegen, die die geplanten haushaltspolitischen, makroökonomischen und strukturellen Maßnahmen analysiert und die den Mitgliedstaaten auf dieser Grundlage länderspezifischer Empfehlungen gibt, um makroökonomische Ungleichgewichte zu beheben und Korrekturen oder Reformen nach einem Zeitplan zu veranlassen. Mit Hilfe dieses Überwachungssystems kann die Kommission maßgeblichen Einfluss auf die Haushaltspolitiken nehmen und so die nationalen Sozialsysteme beeinflussen. Dieses Vorgehen soll das wichtigste strategische Instrument werden, um die Europäische Säule Sozialer Rechte umzusetzen.<sup>87</sup> Im Rahmen des haushaltspolitischen Überwachungsverfahrens wird zur Unterstützung der Säule ein sog. sozialpolitisches Scoreboard eingesetzt, das durch statistische Informationen einen Vergleich mittels wirtschaftlicher Indikatoren über die tatsächliche Lage in den Mitgliedstaaten erlaubt.<sup>88</sup> Dennoch darf dieses strategische Vorgehen zur Umsetzung der Säule nicht in die Befugnis der Mitgliedstaaten eingreifen, ihren eige-

83 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 13. 3. 2018 zur Überwachung der Umsetzung der europäischen Säule sozialer Rechte, COM (2018) 130 final, mwN. in Fn. 4.

84 Vgl. Kapitel III. der Säule, <http://www.socialsummit17.de/> (19. 4. 2021).

85 Vgl. *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 2), § 18 Rn. 23 ff.; vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission, Stärkung der sozialen Dimension der Wirtschafts- und Währungsunion, vom 2. 10. 2013, COM (2013) 690 final.

86 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 2. 10. 2013 (s. vorstehende Fn. 85) im Anhang, S. 19 ff.

87 Vgl. das Arbeitsprogramm des »Herbstpakets« des Europäischen Semesters 2018, ZESAR 2018, 147 f. Im Zyklus 2018 wurden erstmals die Prioritäten der europäischen Säule sozialer Rechte gesetzt, vgl. Jahreswachstumsbericht 2018, COM (2017) 690 final.

88 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 13. 3. 2018, Überwachung der Umsetzung der europäischen Säule sozialer Rechte, COM (2018) 130 final, S. 9 ff., 12; dazu auch *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 2), § 18 Rn. 24.

nen Staatshaushalt festzulegen.<sup>89</sup> Es hängt letztlich vom politischen Willen der Mitgliedstaaten ab, ob sie sich einem solchen haushaltspolitischen Sanktionsregime unterwerfen oder nicht. Es ist wiederholt auf diese Problematik hingewiesen worden, dass durch die exekutive Überwachung von Haushaltspolitiken eine Steuerung der Sozialpolitiken der Mitgliedstaaten ohne ausreichende Legitimation erfolgt.<sup>90</sup> Da die länderspezifischen Vorgaben in erster Linie wirtschaftsbezogen sind, steht die Sozialpolitik wieder im Schatten primär wirtschaftlicher Ziele und die Schwierigkeit wird transparent, ein eigenständiges sozialpolitisches Profil zu entwickeln.

### 3. COVID-19 Pandemie

#### a) Die Säule

Die europäische Säule sozialer Rechte soll auch beim Wiederaufbau nach der Pandemie eine wichtige Rolle spielen. Die wirtschaftlichen und sozialen Auswirkungen der COVID-19 Pandemie haben bereits Eingang in das Europäische Semester 2020 gefunden.<sup>91</sup> Als aktuellste Entwicklung hat die Europäische Kommission den Rahmen zur »Schaffung einer europäischen Gesundheitsunion«<sup>92</sup> für die grenzüberschreitende Zusammenarbeit im Kampf gegen Gesundheitsgefahren gesetzt. Es sollen im Bereich der öffentlichen Gesundheit Maßnahmen zur besseren Koordinierung und Kommunikation, zur Überwachung und Krisenberichterstattung, zur Reaktion und Vorbereitung auf gesundheitliche Krisen und zur internationalen Zusammenarbeit durch die Europäische Kommission übernommen werden. Die Stärkung der Mandate der Europäischen Arzneimittel-Agentur (EMA) und des Zentrums für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC) ist beabsichtigt. Die Europäische Kommission hat drei Verordnungsentwürfe<sup>93</sup> vorgelegt, um den Rahmen näher auszugestalten. Derzeit ist dieser Rechtsrahmen aber noch weit entfernt von der Verwirklichung einer »Europäischen Gesundheitsunion«.

#### b) Unionskompetenzen

Eine eigenständige Kompetenz der Union zum Erlass von Maßnahmen besteht zwar bei der Bekämpfung schwerer grenzüberschreitender Krankheiten und Gesundheitsgefahren, ohne aber eine Befugnis zur Harmonisierung von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten vorzusehen (§ 168 Abs. 5 AEUV). Das heißt auch im Bereich der öffentlichen

Gesundheit sind die Unionskompetenzen auf eine unterstützende und ergänzende Funktion im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten begrenzt. Die Sicherung eines hohen Gesundheitsschutzniveaus stellt zudem eine Querschnittsaufgabe bei allen Aktivitäten der Union dar (Art. 168 Abs. 1 und Art. 9 AEUV). Zur Rechtsangleichung des hohen Gesundheitsschutzniveaus im Binnenmarkt hat die Union zwar zusätzliche Kompetenzen (Art. 114 Abs. 3 und Abs. 8 AEUV), die aber auch nicht zur Rechtsharmonisierung von Vorschriften der Mitgliedstaaten führen dürfen (Art. 168 AEUV). Die Union hat keine Zuständigkeit zur Festlegung der Gesundheitspolitik, für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung, sie muss die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten wahren (Art. 168 Abs. 7 AEUV). Das Primärrecht weist den Mitgliedstaaten auch die Verantwortung für die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die dafür bereitgestellten Mittel zu.<sup>94</sup> Die Übertragung von harmonisierten Kompetenzen ist nach Art. 168 Abs. 4 und 5 AEUV sehr begrenzt (z. B. für die Festlegung hoher Qualität- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte).

89 Vgl. Nr. 19 der Säule; vgl. <http://www.socialsummit17.de/> (19. 4. 2021).

90 Vgl. nur *Kingreen*, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), *Die Neuerung Europas*, Baden-Baden 2019, S. 131, 136 ff., 142; kritisch auch *Nettesheim*, in: *Oppermann/Classen/Nettesheim* (Fn. 2), § 18 Rn. 23, 30 ff.

91 Nach Analyse der Europäischen Kommission sind die Ergebnisse zur Wirtschaftspolitik Deutschlands im Länderbericht 2020 veröffentlicht. Deutschland wird empfohlen, Maßnahmen zu ergreifen, um die Pandemie wirksam zu bekämpfen, die Wirtschaft zu stützen und ihre Erholung zu fördern, nach Konsolidierung des nationalen Haushalts die Resilienz des Gesundheitssystems ua. durch den Einsatz elektronischer Gesundheitsdienste zu stärken, vgl. Europäische Kommission vom 20. 5. 2020, Empfehlung für eine Empfehlung des Rates zum nationalen Reformprogramm Deutschlands 2020, COM (2020) 505 final.

92 Vgl. Mitteilung der Europäischen Kommission vom 11. 11. 2020, Schaffung einer europäischen Gesundheitsunion: Die Resilienz der EU gegenüber grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren stärken, COM (2020) 724 final.

93 Der Vorschlag für eine Verordnung (VO) zu schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren soll verbindliches Recht in der EU schaffen, ua. um einen Gesundheitsnotstand von europäischer Tragweite auszurufen. Der Vorschlag für eine VO zur Erweiterung des Mandats der EMA soll ua. Kompetenzen zur besseren Beobachtung des Marktgeschehens bei krisenrelevanten Arzneimitteln und Medizinprodukten und zur Unterstützung von klinischen Studien geben, um ua. eine schnelle Entwicklung notwendiger Produkte, zB. von Impfstoffen, zu befördern. Der Vorschlag für eine VO zur Stärkung des ECDC soll die Behörde in die Lage versetzen, die Mitgliedstaaten effektiv zu unterstützen, sich aufkommende Gesundheitsgefahren vorzubereiten und auf eine abgestimmte Krisenbekämpfung hinzuwirken.

94 Vgl. *Devetzi*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 23 Rn. 5.

**c) Grundkonzeption europäischer Gesundheitsversorgung**

Das Grundkonzept von grenzüberschreitender individueller Gesundheitsversorgung bei ambulanter bzw. stationärer Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen – unabhängig von Pandemien – regelt die Koordinierungsverordnung (Art. 17 bis 20 VO (EG) Nr. 883/2004), ursprünglich zur Herstellung der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV) von Versicherten, Grenzgängern, Geschäftsreisenden aber auch Touristen und Studierenden im Krankheitsfall.<sup>95</sup> Gesundheitsleistungen werden danach im Aufenthaltsstaat der ärztlichen Behandlung so gewährt, wie wenn dort Versicherungsschutz bestünde. Der Behandelte wird in das ausländische Leistungssystem temporär integriert und die Kosten für die sog. »Sachleistungsaushilfe« werden zwischen den Mitgliedstaaten nach dem Recht des Versicherungsstaates ausgeglichen. Neben diesem Koordinierungsrecht hat der EuGH durch seine immer noch aktuellen Entscheidungen in den Rechtssachen Kohll und Decker die Grundfreiheiten der aktiven wie passiven Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) und die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV) als eine zusätzliche rechtliche Möglichkeit der grenzüberschreitenden Leistungsgewährung von Gesundheitsleistungen etabliert. Genehmigungserfordernisse bei ambulanten Behandlungen hat er gänzlich verworfen.<sup>96</sup> Bei grenzüberschreitenden Krankenhausbehandlungen oder bei Behandlungen mit medizinischen Großgeräten mit vorheriger Planungsnötwendigkeit kam es in jüngeren Entscheidungen nach Auffassung des EuGH darauf an, ob die Rechtzeitigkeit der medizinischen Behandlung im nationalen Mitgliedstaat sichergestellt war oder sich Versicherte zur effektiven und notwendigen Gesundheitsversorgung – gegebenenfalls auch ohne vorherige Genehmigung des nationalen Staates – in einen anderen Mitgliedstaat begeben durften bei entsprechender Kostenerstattung. Der EuGH hat entgegenstehende nationale Genehmigungserfordernisse wiederholt als unverhältnismäßigen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit beurteilt.<sup>97</sup> Diese Rechtsprechung ist heute weitgehend zum Standard geworden.<sup>98</sup> Der Zugang von Patienten zu grenzüberschreitenden geplanten Gesundheitsdienstleistungen ist im Zuge der Geltung der sog. Patienten-Richtlinie (RL 2011/24/EU)<sup>99</sup> verbessert worden. Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um die gesetzliche Fixierung der bereits erwähnten Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit bei der Inanspruchnahme von geplanten stationären Gesundheitsleistungen oder an hochtechnisierten medizinischen Geräten, die einer Vorausplanung bedürfen.<sup>100</sup>

**d) Maßnahmen zum Wiederaufbau**

Beim Wiederaufbau nach der Pandemie sollen die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten nach den Vorstellungen der Europäischen Kommission im Gesundheitsbereich uneingeschränkt gewahrt bleiben. Dies gilt auch für die von ihr vorgelegten Verordnungsentwürfe, die das Recht der Mitgliedstaaten nicht harmonisieren dürfen. Aber auch hier besteht die Gefahr, dass über Finanzierungskriterien und Bewertungen der mitgliedstaatlichen Gesundheitssysteme mittelbar Einfluss auf deren Gesundheitspolitiken und die Ausgestaltung der nationalen Leistungskataloge der Gesundheitssysteme genommen wird, zB. wenn Wiederaufbaumittel an die Erfüllung der Rechte aus der europäischen Säule gebunden werden. Soweit derzeit von EU-Ebene Empfehlungen im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Gesundheitssysteme ergehen, dürfen diese Strategien keine rechtliche Bindungswirkung haben.<sup>101</sup> Die Bewältigung der COVID-19 Pandemie birgt zweifelsohne das Potenzial für eine neue soziale Dimension Europas in sich. Das wichtigste und deutlichste Signal europäischer Solidarität zeigte sich zuletzt in der unbürokratischen Behandlung italienischer und französischer COVID-19-Patienten in Krankenhäusern in Deutschland und in Luxemburg. Dadurch konnten Leben gerettet und Gesundheitssysteme entlastet werden. Die Bewertung der Pandemie muss aber in einem größeren Zeitfenster erfolgen: zwischen Wirtschafts-, Finanz- und Schuldenkrise und einer neu entstandenen Rückbesinnung auf nationale

95 Vgl. *Devetzi*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3) § 23 Rn. 22.

96 Vgl. EuGH, 28.4.1998 – C-158/96 – Slg. 1998 I-9311 (Kohll); EuGH, 18.9.1997 – C-120/95 – Slg. 1998, I-1831 (Decker) zur Warenverkehrsfreiheit; zuvor schon EuGH, 31.1.1984 – C-286/82, C-26/83 – Slg. 1984, 379 (Luigi und Carbone).

97 Vgl. EuGH, 16.5.2006 – C-372/04 – Slg. 2006, I-4325 (Watts); EuGH, 5.10.2010 – C-173/09 – Slg. 2010, I-8889 (Elchinov); EuGH, 9.10.2014 – C-268/13 – ZESAR 2015, 86 (Petru); zuletzt EuGH, 23.9.2020 – C-777/18 – juris (W.O./Ungarn); ABl. EU 2020, C 399/9 vom 25.11.2019; *Bieback*, jurisPR-SozR 24/2020, Anm. 1; EuGH, 29.10.2020 – C-243/19 – EuGRZ 2020, 635 (Zeuge Jehova Lettland); vgl. auch *Devetzi*, in: *EnzEuR* Bd. 7 (Fn. 3), § 23 Rn. 75.

98 vgl. *Wallrabenstein*, in: Wegener (Hrsg.), *Europäische Querschnittspolitik, Enzyklopädie Europarecht*, Bd. 8, 1. Aufl., Baden-Baden 2014, (im Folgenden: *EnzEuR* Bd. 8), § 8 Rn. 45 ff., 53 zur Entwicklung der Rspr. des EuGH.

99 ABl. 2011, L 88/45 vom 4.4.2011.

100 vgl. *Wallrabenstein*, in: *EnzEuR* Bd. 8 (s. Fn. 98), Rn. 54 ff.

101 So auch die derzeitige Einschätzung der Bundesregierung, vgl. BT-Drs. 19/21917, S. 1, 3 vom 27.8.2020, Kleine Anfrage und Position der Bundesregierung hinsichtlich Kompetenzen der EU im Gesundheitsbereich; anders hingegen die Einschätzung der Bundesregierung zum Vorschlag der Europäischen Kommission im Bereich Health Technology Assessment (HTA) für eine Verordnung über die Bewertung von Gesundheitstechnologien und zur Änderung der Richtlinie 2011/24/EU, s. BT-Drs. 19/21917, S. 1, 3 f.

Interessen. Ob das Potenzial der Pandemie-Krise und ihre Verflechtungen mit der Europäischen Säule sozialer Rechte am Ende eine Sozialunion befördern wird, bleibt im Moment rein spekulativer Natur.

#### IV. Fazit

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Durch lediglich unterstützende bzw. ergänzende Unionskompetenzen kann die soziale Dimension Europas durch Rechtsetzung von der europäischen Ebene aus nicht entscheidend vorangebracht werden. Notwendige Reformen zur europäischen Koordinierung der Sozialsysteme der Mitgliedstaaten sind

überfällig und zum Stillstand gekommen. Die Idee einer unionsbürgerlichen Solidarität ist rückschrittlich geworden, seitdem der EuGH die uneingeschränkte leistungsrechtliche Mobilität nur für Erwerbstätige oder ökonomisch voll abgesicherte Personen sekundärrechtlich festgestellt hat. Sozioökonomische Entwicklungen in den Mitgliedstaaten werden dadurch leistungsrechtlich nicht hinreichend erfasst. Die europäische Sozialpolitik ist dagegen deutlich vitaler. Die Umsetzung des politstrategischen Instruments der Implementierung sozialer Rechte aus der europäischen Säule in den Mitgliedstaaten steht aber letztlich im Schatten europäischer Fiskalpolitik. Die COVID-19-Pandemie hat zweifelsohne Potenzial für eine neue europäische Solidarität. Der Weg in eine europäische Gesundheitsunion ist aber noch sehr weit.



## Die Einstellung behinderter Menschen – Zwischen Beschäftigungspflicht und angemessenen Vorkehrungen

Dissertation von Julian Stassek, 2020, Mohr Siebeck, Tübingen, 310 S. (ISBN 978-3-16-159386-4), 89 €, erschienen als Band 11 in der Schriftenreihe Beiträge zum Arbeitsrecht, herausgegeben von Martina Benecke, Felix Hartmann, Sudabeh Kamanabrou und Hartmut Oetker

### Laudatio auf Dr. Julian Stassek\*

»Es ist normal, verschieden zu sein.« Mit diesem Zitat aus einer Ansprache des ehemaligen Bundespräsidenten *Richard von Weizsäcker* aus dem Jahr 1993 anlässlich der Eröffnungsveranstaltung der Tagung der Bundesarbeitsgemeinschaft Hilfe für Behinderte stimmt *Julian Stassek* den Leser und die Leserin auf seine Dissertation mit dem Titel »Die Einstellung behinderter Menschen – Zwischen Beschäftigungspflicht und angemessenen Vorkehrungen«<sup>1</sup> ein. Der Autor bringt damit eine Saite zum Schwingen, wie sie etwa auch in Art. 3 lit. d des Übereinkommens der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen (UN-Behindertenrechtskonvention) von 2006 anklingt, wenn dort von der »Achtung vor der Unterschiedlichkeit von Menschen mit Behinderungen und (der) Akzeptanz dieser Menschen als Teil der menschlichen Vielfalt und der Menschheit« die Rede ist.

### I. Thema der Dissertation

Die Arbeit von *Stassek*, die bereits von der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen und der Juristischen Gesellschaft zu Kassel mit dem Fakultätspreis für die beste Dissertation des Jahres 2019 gewürdigt worden ist, widmet sich einem gleichermaßen praktisch wichtigen wie rechtlich herausfordernden Thema.

Praktisch wichtig ist der behandelte Untersuchungsgegenstand deshalb, weil die Integration bzw. Inklusion in den Arbeitsmarkt in der modernen Erwerbsgesellschaft von zentraler Bedeutung sowohl für die wirtschaftliche Existenzsicherung als auch für die Persönlichkeitsentfaltung und die

soziale Anerkennung des Einzelnen ist. Allerdings stellt die Begründung eines Arbeitsverhältnisses als das Nadelöhr der gesellschaftlichen Inklusion behinderte Menschen seit jeher vor besondere Schwierigkeiten, weil sie infolge ihrer körperlichen, geistigen oder seelischen Eigenheiten bzw. aufgrund von Vorurteilen und Ignoranz auf dem freien Arbeitsmarkt im Wettbewerb um Arbeitsplätze häufig nicht umfassend mithalten können, sodass sie zur Überwindung dieser tatsächlichen Hindernisse einer rechtlichen Unterstützung bedürfen. Praktisch wichtig ist das Thema aber auch, weil es um eine Personengruppe von erheblicher Größenordnung geht, leben nach einer zum 8. Deutschen Diversity-Tag am 26. Mai 2020 veröffentlichten Mitteilung des Statistischen Bundesamts in Deutschland doch insgesamt 10,2 Mio. behinderte Menschen, von denen 7,5 Mio. Menschen schwerbehindert sind, auch wenn sich hiervon ein Teil bereits im Ruhestand befindet (Daten bezogen auf das Jahr 2017).<sup>2</sup>

Rechtlich herausfordernd ist der Untersuchungsgegenstand deshalb, weil sich in den letzten rund 100 Jahren zwei voneinander grundsätzlich abweichende Konzeptionen zur rechtlichen Neutralisierung behinderungsbasierter Verschiedenheiten, die im Arbeitsleben nach ökonomischem Nutzenkalkül oder eben auch nur infolge von Vorurteilen und Ignoranz als nachteilig eingestuft werden, herausgebildet haben und *Stassek* es sich zum Ziel gesetzt hat, beide Ansätze zur Inklusion behinderter Menschen in den Arbeitsmarkt zu harmonisieren. Hierbei geht es zum einen um das schon in der Zeit nach dem Ersten Weltkrieg angesichts der zahlreichen kriegsversehrten Menschen entwickelte Instrument, an die Gruppenzugehörigkeit anzuknüpfen und ihre Einstellung mittels einer bestimmten Beschäftigungsquote von schwerbehinderten Personen zu fördern, zum anderen um das individuelle Verbot der Benachteiligung wegen einer Behinderung auch und gerade in der Arbeitswelt, das sich in Deutschland im Anschluss an das insoweit führende US-Recht seit den 1990er Jahren als Bestandteil des Antidiskriminierungsrechts zunehmend Bahn gebrochen hat. Seine besondere Färbung erhält dieses Verbot, das sich im deutschen Recht mittlerweile auf der einfachgesetzlichen wie auf

\* Überarbeitete Fassung der online gehaltenen Laudatio aus Anlass der Verleihung des Hugo-Sinzheimer-Preises 2020 am 2. 11. 2020 in Frankfurt aM.

1 Der ursprüngliche Titel der an der Georg-August-Universität Göttingen im Jahr 2019 abgeschlossenen Dissertation lautete »Die Einstellung behinderter Menschen im Spannungsfeld der Beschäftigungspflicht der Arbeitgeber und angemessener Vorkehrungen«.

2 Vgl. Pressemitteilung Nr. N 026 vom 26. 5. 2020, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/05/PD20\\_N026\\_23.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/05/PD20_N026_23.html) (4. 5. 2021).

der verfassungsrechtlichen Ebene findet sowie daneben starke Impulse aus europäischen und internationalen Rechtsquellen erfährt, durch das flankierende Gebot, mithilfe angemessener Vorkehrungen (»reasonable accommodation«) bei der Einrichtung von Arbeitsplätzen über eine rechtliche (formale) Chancengleichheit hinaus auch eine tatsächliche (materielle) Chancengleichheit von behinderten und nichtbehinderten Menschen herzustellen. Vor diesem Hintergrund zielt die Dissertation im Kern darauf ab, beide Ansätze zu analysieren und hierbei sowohl ihren Wurzeln als auch ihren Verästelungen nachzugehen, um sie sodann in ein kohärentes Gesamtsystem zu überführen. Insbesondere fokussiert der Autor die Friktionen, zu denen es beim Aufeinandertreffen beider Konzeptionen kommt und die er an zahlreichen Stellen zu entschärfen sucht, um den auf eine rechtliche und dadurch auch tatsächliche Besserstellung behinderter Menschen abzielenden Vorschriften durch Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu größerer Effektivität zu verhelfen.

### II. Anlage der Dissertation

Im Anschluss an seine Einführung, in der *Stassek* die Aufmerksamkeit von Anfang an auf die beiden soeben skizzierten Instrumente zur Inklusion behinderter Menschen in das Arbeitsleben lenkt, nämlich das »Kernstück« von Beschäftigungspflicht und Ausgleichsabgabe einerseits und das »Herzstück« der angemessenen Vorkehrungen andererseits, zugleich aber deren begrenzte rechtstatsächliche Wirkung hervorhebt, werden im zweiten Kapitel zum einen die allmähliche Entwicklung des Schwerbehindertenrechts seit dem Ersten Weltkrieg sowie zum anderen die verfassungsrechtlichen Vorgaben aufbereitet. Anschaulich schildert *Stassek* die »Geburtsstunde« der Beschäftigungsquote für schwerbehinderte Menschen (»Schwerbeschädigte«), die als Teil der Demobilisierung schon Anfang 1919 eingeführt und von vornherein sowohl an öffentliche als auch an private Arbeitgeber gerichtet war<sup>3</sup> und die dem Umstand Rechnung trug, dass die bereits existierenden Regelungen über eine lediglich finanzielle Absicherung von kriegsbeschädigten Menschen den horrenden Opferzahlen nicht gewachsen waren, es also eines Paradigmenwechsels hin zu einer (Wieder-)Eingliederung von behinderten Menschen in das Erwerbsleben bedurfte. War das Schwerbehinderten-

recht und damit auch dessen arbeitsmarktpolitisches »Tool« also ursprünglich Kriegsopferrecht, wiederholte sich die Geschichte nach dem Zweiten Weltkrieg, indem das Schwerbehindertenrecht zunächst ebenfalls bewusst als ein reines Kriegsfolgenrecht konzipiert wurde<sup>4</sup>. Weiter zeichnet *Stassek* den mit dem Schwerbehindertengesetz von 1974 als Teil der damaligen sozialliberalen Reformphase vollzogenen (weiteren) Paradigmenwechsel vom Kausalprinzip zum Finalprinzip nach, bei dem nicht mehr an die Ursache der Behinderung, sondern nur noch an die Minderung der Erwerbsfähigkeit als solche anknüpft wird, wie dies von der ILO schon Mitte der 1950er Jahre gefordert worden war. Ferner wendet sich der Autor – insoweit in eher gedrängter Form – den späteren Entwicklungen zu, nämlich dem SGB IX von 2001, dem stufenweise in Kraft tretenden Bundesteilhabegesetz von 2016 sowie dem aufkommenden Antidiskriminierungsrecht, wobei der konzeptionelle Übergang vom ursprünglichen sozialstaatlichen Fürsorgegedanken zugunsten einer schutzbedürftigen Gruppe hin zu einer immer stärkeren Betonung des menschenrechtlichen Aspekts der Selbstbestimmung behinderter Menschen (»From Welfare to Rights«) aber zunächst noch etwas blass bleibt und durchaus schon an dieser Stelle kräftiger hätte akzentuiert werden können, zumal hierin ein globaler Trend im Behindertenrecht zum Ausdruck kommt<sup>5</sup>. Es folgen Überlegungen zum verfassungsrechtlichen Überbau, der vor dem Hintergrund der skizzierten Entstehungsgeschichte des arbeitsmarktbezogenen Schwerbehindertenrechts allerdings erst nachträglich in Form der Schutzfunktion der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG und der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG, des Sozialstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 1 GG und 28 Abs. 1 GG sowie des Benachteiligungsverbots gemäß Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG entwickelt worden ist. Aus diesem Legitimationspotenzial hätte der Autor gerne noch stärker schöpfen können,<sup>6</sup> wird doch gerade Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG zuneh-

3 Vgl. die Verordnung über die Beschäftigung Schwerbeschädigter v. 9. 1. 1919, RGBl. 1919, S. 28.

4 Vgl. BT-Drs. 3430, S. 20. Illustrativ auch die neuere Analyse von *Obinger/Grawe/Dörr*, Politische Vierteljahresschrift 61 (2020), 473 ff.

5 Siehe *Degener*, ZaöRV 65 (2005), 887 ff.; *Heyer*, Rights Enabled. The Disability Revolution, from the US, to Germany and Japan, to the United Nations, Ann Arbor 2015.

6 Vgl. *Heinig*, Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit, Tübingen 2008; *Straßmair*, Der besondere Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG, Berlin 2002 (zugl. München, Univ. Diss 2001).

mend ein Konzeptionswechsel entnommen, der an die Stelle des tradierten sozialstaatlichen Umgangs mit behinderten Menschen durch Fürsorge, die das Risiko der Entmündigung und Bevormundung in sich trägt, ein Recht auf Schutz vor Diskriminierungen setzt, das nicht nur die benachteiligte Minderheit anspricht, sondern auch die Mehrheitsgesellschaft in die Verantwortung nimmt<sup>7</sup>.

Im dritten Kapitel sichtet *Stassek* die europa- und völkerrechtlichen Rahmenbedingungen seines Untersuchungsgegenstands. Dabei geht es in einem ersten Überblick um verschiedene Übereinkommen bzw. Empfehlungen der ILO, Art. 15 der Europäischen Sozialcharta, Art. 26 der Europäischen Grundrechtecharta, die Antidiskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG sowie die in Deutschland im Jahr 2009 in Kraft getretene UN-Behindertenrechtskonvention (UN-BRK), die ebenfalls zwei grundsätzliche Paradigmenwechsel herbeigeführt oder doch zumindest befördert hat: Zum einen den Wandel von der Betrachtung behinderter Menschen als »Objekte der Fürsorge« hin zu ihrer Anerkennung als gleichberechtigte Rechtssubjekte und zum anderen den Wandel des Verständnisses von Behinderungen von einem medizinischen Modell, das die Beeinträchtigungen behinderter Menschen ausschließlich an einem »Normalmaß« misst und als individuelle Defizite qualifiziert, hin zu einem sozialen Modell, das Behinderungen als gesellschaftlich zumindest mitverursacht begreift. Besonders gewürdigt wird Art. 27 UN-BRK, der den Bereich von Arbeit und Beschäftigung abdeckt und der von *Stassek* umfassend auf seine Bedeutung für die deutsche Rechtsordnung abgeklopft wird. Eine direkte Verpflichtung privater Arbeitgeber durch die UN-BRK lehnt der Autor ab, weist aber auf den Bedeutungsgewinn hin, den dieser internationale Rechtsakt dadurch erfahren hat, dass die Europäische Union die UN-BRK im Jahr 2010 gemäß (heute) Art. 216 AEUV ratifiziert hat<sup>8</sup>. Zwar würden die Vorschriften der UN-BRK auch hierdurch noch nicht privatrechtlich unmittelbar anwendbar, weil europäische Richtlinien als ihr Medium entsprechend allgemeinen Grundsätzen ebenfalls keine Pflichten privater Rechtssubjekte begründen würden. Prägnant stellt *Stassek* aber heraus, dass das deutsche Recht nunmehr über zwei Kanäle durch die UN-BRK geprägt werde, nämlich einmal unmittelbar kraft Ratifikation und einmal über den »Umweg« des europäischen Rechts, wodurch sie an dessen Anwendungsvorrang partizipiere.

Im Folgenden richtet *Stassek* seinen Blick gezielt auf die angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen gemäß Art. 5 RL 2000/78/EG, deren

Funktion darin besteht, die Voraussetzungen zur gleichberechtigten beruflichen Teilhabe zu schaffen, also ein »level playing field« herzustellen. In diesem Zusammenhang beleuchtet er etwa den Umstand, dass die Mitgliedstaaten durch die Bereitstellung von Sozialleistungen die Belastungen für den Arbeitgeber verringern und so die Zumutbarkeitsgrenze »nach oben« verschieben können, ein schönes Beispiel für ein effektives Ineinandergreifen von sozialrechtlichen und arbeitsrechtlichen Regelungen. Anschließend thematisiert der Autor die schwierige Frage der Einbettung der angemessenen Vorkehrungen in das Diskriminierungskonzept der Richtlinie 2000/78/EG. Insoweit legt *Stassek* dar, dass die Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen zwar nicht als eine unmittelbare Diskriminierung, wohl aber als eine mittelbare Diskriminierung qualifiziert werden könne, wobei er vor allem das Innovationspotenzial der UN-BRK hervorhebt, konkret das Zusammenspiel zwischen Art. 27 Abs. 1 S.2 lit. i und Art. 2 Abs. 3 UN-BRK. Anders gewendet enthält somit erst die UN-BRK den Zündstoff, der das Vehikel des unionsrechtlichen Tatbestands der mittelbaren Diskriminierung in den Fällen des Unterlassens angemessener Vorkehrungen zum Fliegen bringt. Weitere Überlegungen gelten der Förderung der Beschäftigung behinderter Menschen durch positive Maßnahmen gemäß Art. 7 RL 2000/78/EG bzw. Art. 27 Abs. 1 S.2 lit. h UN-BRK, wobei *Stassek* derartige Maßnahmen analytisch treffend als fakultatives Instrument zur kollektiven Bevorzugung von Gruppenangehörigen qualifiziert, während es im Gegensatz dazu bei den angemessenen Vorkehrungen um obligatorische Vorgaben geht, die individuell eine gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen bezwecken.

Im umfangreichen vierten Kapitel widmet sich *Stassek* – so eine geglückte Wendung – dem »bunten Strauß« an »vorkehrungsfähigen Vorschriften«, das heißt den Vorschriften des deutschen Rechts, mit denen das Konzept der angemessenen Vorkehrungen auf der operativen Ebene umgesetzt werden kann. Insoweit sind vor allem die luziden Überlegungen zur dogmatischen Einbettung der angemessenen Vorkehrungen in § 164 Abs. 4 SGB IX hervorzuheben, die den Autor etwa dazu bringen, einen Anspruch auf eine Verlängerung der Arbeitszeit, der in § 164 Abs. 5 SGB IX nicht aufgenommen worden ist, auf

7 Vgl. BVerfG, 30.1.2020 – 2 BvR 1005/18 – NJW 2020, 1282, Rn. 36.

8 Vgl. Ratsbeschluss 2010/48/EG, ABl. EU 2010, L 23/35 ff.

die allgemeine Verpflichtung auf eine behinderungsrechte Beschäftigung nach § 164 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX zu stützen.<sup>9</sup> Auch widmet sich der Autor dem Problem, wie mit lediglich »einfach« behinderten Menschen umzugehen ist, die vom Wortlaut des § 164 Abs. 4 SGB IX infolge seiner Begrenzung auf schwerbehinderte Menschen nicht erfasst werden, was für sich genommen klar gegen die Richtlinie 2000/78/EG verstößt. Nach *Stassek* lässt sich diese Richtlinienwidrigkeit nicht durch eine schlichte Uminterpretation der Vorschrift korrigieren, wohl aber dadurch, dass die Wertungen des Unionsrechts in allgemeine zivilrechtliche Strukturen, konkret in die Rücksichtnahmepflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB, integriert werden. An diesem Beispiel, aber auch an seinen Darlegungen zum Annahmeverzug als Folge der Nichtvornahme angemessener Vorkehrungen wird ein Grundzug der Dissertation deutlich, nämlich die Legitimationsressourcen des allgemeinen Zivilrechts mit seinen gefestigten dogmatischen Denkfiguren produktiv für sozialstaatliche bzw. antidiskriminierungsrechtliche Zwecke nutzbar zu machen.

Im fünften Kapitel geht es um die Pflicht zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen nach den §§ 154 ff. SGB IX und damit um die Themen Beschäftigungsquote und Ausgleichsabgabe, wobei *Stassek* gleich zu Beginn treffend den konzeptionellen Wechsel auf der »Metaebene« weg vom »Kriegsfolgenrecht« hin zu einer gleichheitsbezogenen Betrachtungsweise herausstellt. Die Untersuchung überzeugt durch ihre akribische Analyse der einzelnen Regelungen, bei der immer wieder auch die europarechtlichen und völkerrechtlichen Vorgaben in Gestalt der Richtlinie 2000/78/EG und der UN-BRK an den einschlägigen Stellen zur Sprache gebracht werden. Die für die Ausgleichsabgabe behaupteten Funktionen würdigt der Autor kritisch und weist insbesondere die vom BVerfG angenommene Finanzierungsfunktion mit guten Gründen zurück. Zudem wertet *Stassek* zahlreiche empirische Daten aus, mit denen er dem gegenwärtigen gesetzlichen System eine nur eingeschränkte Effektivität attestiert, der es mittels der Stellschraube einer Erhöhung der Ausgleichsabgabe abzuhelpen gelte.

Das sechste Kapitel beschäftigt sich mit der das deutsche Recht bislang prägenden Dichotomie des Schutzes von (allen) behinderten Menschen durch das Antidiskriminierungsrecht einerseits und (lediglich) schwerbehinderten Menschen (und Gleichgestellten) durch das

SGB IX andererseits. Insoweit entfaltet *Stassek* zunächst den seit Anfang 2018 geltenden neuen Behinderungsbegriff, das heißt den bio-psycho-sozialen Behinderungsbegriff als Umsetzung der Vorgaben der UN-BRK, der nicht bei einem medizinisch feststellbaren und statisch verstandenen »Defizit« des behinderten Menschen stehen bleibt, sondern der die Wechselwirkungen mit dem gesellschaftlichen Umfeld betont und deshalb auf einstellungs- und umweltbedingte Barrieren an einer gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft rekurriert. Folgerichtig konstatiert der Autor ein Spannungsverhältnis zur verwaltungspraktischen Pauschalierung der Beschäftigungspflicht, die nach wie vor auf einem bestimmten Grad der Behinderung (GdB) aufbaut. Treffend arbeitet *Stassek* weiter die sich aus dem dynamischen Behinderungsbegriff ergebende paradoxe Situation heraus, nach dem bei einer Behinderung angemessene Vorkehrungen zu ergreifen sind, das prophylaktische Ergreifen von angemessenen Vorkehrungen aber zumindest in bestimmten Situationen prima facie dazu führen kann, dass ein Mensch von vornherein nicht behindert ist, wobei ihn die Lösung der Rechtsprechung, dieses in der Struktur des Antidiskriminierungsrechts angelegte Paradoxon mehr oder weniger zu umschiffen,<sup>10</sup> nicht überzeugt. Dementsprechend bleibt es nach *Stassek* bei der doppelten Bedeutung der angemessenen Vorkehrungen, die dann, wenn sie bereits ergriffen worden sind, im Einzelfall einer sozial konzipierten Behinderung entgegenstehen können, während sie bei einem Unterlassen als Rechtsfolge gefordert sein können. Darüber hinaus stellt der Autor einen Bruch zwischen dem modernen Behinderungsbegriff, der zu einer Schutzbedürftigkeit auch von »einfach« behinderten Menschen führen kann, und dem pauschal an die Schwerbehinderteneigenschaft anknüpfenden Schutzsystem des SGB IX fest, das unter Umständen auch solche Menschen einbezieht, die infolge angemessener Vorkehrungen an einer gleichberechtigten Teilhabe an Gesellschaft und Arbeitsmarkt nicht gehindert sind und deshalb keines (zusätzlichen) Schutzes (mehr) bedürfen. Um den »Anachronismus« einer lediglich an abstrakten Kriterien orientierten Abgrenzung der Beschäftigungspflicht hinter sich zu lassen, spricht sich *Stassek* für eine an der individuellen Teil-

<sup>9</sup> Insoweit ist allerdings anzumerken, dass die einschlägigen Normen nicht immer ganz zutreffend bezeichnet werden.

<sup>10</sup> Vgl. EuGH, 11.9.2019 – C-397/18 – NZA 2019, 1634 (Nobel Plastiques Ibérica), Rn. 46; BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – NZA 2014, 372, Rn. 69.



habegefährdung des einzelnen behinderten Menschen ausgerichtete Handhabung der Beschäftigungsquote aus, was sich gleichsam in beide Richtungen auswirken kann: Schutzverstärkend im Sinne einer Einbeziehung von Menschen mit behinderungs-basierten Inklusionsschwierigkeiten in den Quotenschutz, aber auch schutzabschwächend im Sinne einer Ausklammerung aus dem Quotenschutz, wenn behinderte Menschen durch angemessene Vorkehrungen »enthindert« werden. Dieses Konzept ist angesichts des neuen, das heißt des bio-psycho-sozialen Behinderungsbegriffs durchaus konsequent, obgleich es sich dem Einwand stellen muss, dass es auf eine in der Praxis nur schwer zu beherrschende Einzelfallbetrachtung hinausläuft.

### III. Ertrag der Dissertation

Die Dissertation von *Stassek* besteht in ihrer konzeptionellen Anlage ebenso wie in ihrer praktischen Durchführung. Die Sprache ist abwechslungsreich, ausdrucksstark und schnörkellos. Dem Autor ist ein rechtsdogmatisch gut durchgeformtes und wissenschaftlich reflektiertes Werk gelungen, das nicht davor zurückschreckt, Brüche und Friktionen aufzuzeigen, die sich aus dem Aufeinandertreffen zweier unterschiedlicher Schutzkonzepte zur Integration bzw. Inklusion behinderter Menschen in das Arbeitsleben ergeben, das hierbei aber nicht stehen bleibt, sondern sich darum bemüht, die Rechtsentwicklung in dem komplexen Mehrebenensystem aus einfachem Gesetzesrecht, Verfassungsrecht, europäischem Recht und internationalem Recht produktiv voranzutreiben. An der einen oder anderen Stelle hätte man sich eine weiter ausgreifende Theoriebildung vorstellen können, so etwa eine deutlichere Akzentuierung des Wandels vom behinderten Menschen als Fürsorgeobjekt zu einem autonomen Subjekt als Signatur eines menschenrechtlichen Emanzipationsprozesses oder die Konzeptualisierung der Hinwendung zum kontextualisierten Behinderungsbegriff als Ausdruck eines veränderten Grundverständnisses, nach dem die menschliche Gesellschaft weniger durch naturalistische als vielmehr durch sozialkonstruktive Faktoren geformt wird, die folgerichtig einer stärkeren politischen Einflussnahme zugänglich sind. Auch hätte man dem internationalen Schrifttum und seiner Beobachtung eines »Rights Travel to Germany« sowie der Forschungsrich-

tung der Disability Studies<sup>11</sup> eine (noch) prominentere Rolle einräumen können.

Demgegenüber bleibt die Dissertation konventionellen Denkstrukturen verpflichtet, gewinnt im deutschen Rechtsdiskurs mit seiner Betonung von Dogmatik und rechtspraktischer Umsetzbarkeit freilich gerade daraus ihre Stärke. Auch fehlt es keinesfalls am Kompass der Würde des arbeitenden Menschen und seiner Selbstbestimmung im Arbeitsleben, wobei mit behinderten Menschen gerade eine besonders vulnerable Gruppe von Beschäftigten in den Blick genommen worden ist. Nicht zuletzt weist die Arbeit mit ihrer Frage nach der empirischen Wirksamkeit gesetzlicher Schutznormen die für eine arbeitsrechtliche Untersuchung nötige Bodenhaftung als Triebfeder für eine fortschrittliche Rechtsveränderung auf.

Kommt man nun zum Schluss auf *Hugo Sinzheimer* zu sprechen, nach dem der verliehene Preis benannt ist, lassen sich in dessen Werk zeitbedingt natürlich noch keine Aussagen zum Verhältnis von traditionellem Behinderenschutzrecht und modernem Antidiskriminierungsrecht finden. Dennoch steht außer Zweifel, dass die Dissertation von *Julian Stassek* diesem großen Arbeitsrechtler gefallen hätte, entspricht sie wie erwähnt doch seinem Grundanliegen des Schutzes der Würde des arbeitenden Menschen. Auch deshalb verdient die Schrift ohne jede Einschränkung den Hugo-Sinzheimer-Preis des Jahres 2020.

Prof. Dr. Rüdiger Krause,  
Georg-August-Universität Göttingen

11 Dazu etwa Albrecht/Seelman/Bury (Eds.), *Handbook of Disability Studies*, Thousand Oaks 2000; *Oliver*, *The Politics of Disablement*, Basingstoke 1990; siehe auch die Zeitschriften *Disability Studies Quarterly* (seit 1980) und *Journal of Disability Policy Studies* (seit 1990).

## Zusammenfassungen

### **Bieback: Das Sozialrecht als Flankierung für betriebliche Qualifizierung und Weiterbildung**

SR 4/2021, S. 136–148

Der Verfasser gibt in seinem Beitrag einen Überblick über die Regelungsmodelle des SGB III zur Qualifizierung und Weiterbildung von bereits Beschäftigten im Betrieb und setzt sich kritisch mit diesen auseinander. Seiner Ansicht nach bestehen eine Reihe von ungerechtfertigten Widersprüchen zwischen diesen Modellen, die ein Handeln des Gesetzgebers erforderlich machen.

### **Rennpferdt: Der betriebsverfassungsrechtliche Rahmen für Qualifizierung und Weiterbildung**

SR 4/2021, S. 149–156

In Ihrem Beitrag erörtert die Autorin den betriebsverfassungsrechtlichen Rahmen für die Qualifizierung und Weiterbildung von Arbeitnehmern gemäß §§ 96 ff. BetrVG. Dabei kommt sie zu dem Ergebnis, dass die Betriebsräte vielfältige Möglichkeiten zur Förderung der beruflichen Bildung der Arbeitnehmer hätten.

### **Oppermann: Europa und seine soziale Dimension – Meilensteine, Entwicklungen und Perspektiven**

SR 4/2021, S. 157–170

Die Verfasserin beleuchtet den aktuellen Diskurs über ein europäisches Sozialmodell während sie dessen bisherigen Entwicklungen, die Perspektiven sowie Meilensteine nachzeichnet. Dabei kommt sie zu dem Ergebnis, dass Reformen zur europäischen Koordinierung der Sozialsysteme notwendig seien, um die soziale Dimension Europas auszubauen.

## Abstracts

### **Bieback: Social law as a flanking measure for vocational qualification and training**

SR 4/2021, pp. 136–148

In his contribution, the author gives an overview of the regulatory models of SGB III for vocational qualification and training of those already employed in the company, while he also critically analyses them. In his view, there are a number of unjustified contradictions between these models that require legislative action.

### **Rennpferdt: The framework for qualification and training of the works constitution**

SR 4/2021, pp. 149–156

In her article, the author discusses the framework of the works constitution for qualification and training of employees according to §§ 96 ff. BetrVG. The author concludes that works councils have a wide range of possibilities to promote vocational training of employees.

### **Oppermann: Europe and its social dimension – milestones, developments and perspectives**

SR 4/2021, pp. 157–170

The author examines the current discourse on a European social model and traces the developments, the perspectives and milestones of these. She concludes that reforms for the European coordination of social systems are necessary in order to expand the social dimension of Europe.

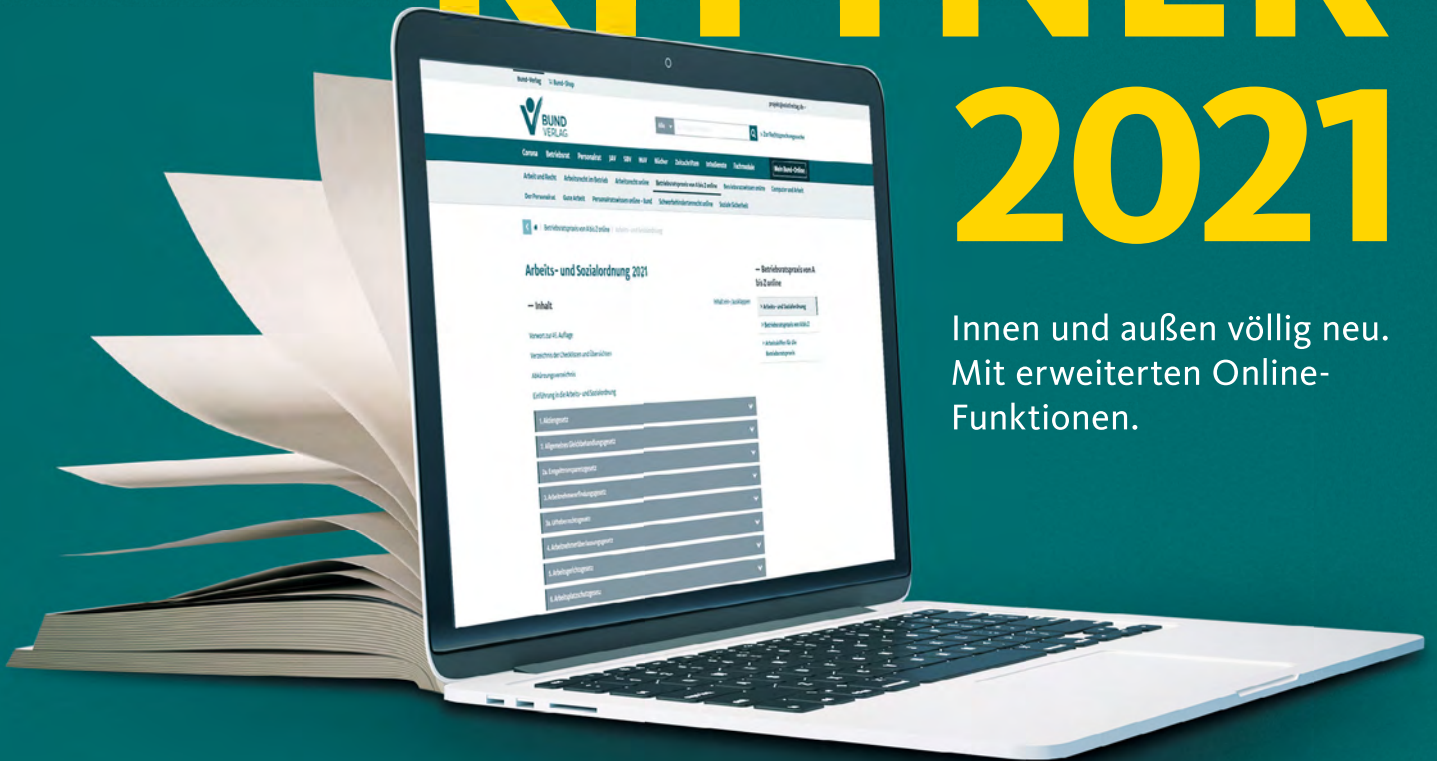
**Vorschau** | In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

### Abhandlungen

- *Eberhard Eichenhofer: Hegels Rechtsphilosophie und das soziale Recht*
- *Daniel Ulber: Grundfragen des Arbeitszeitrechts*
- *Raimund Waltermann: Mitgliederexklusivität der Tarifbindung vs. Tarifierstreckung: Paradoxon oder kommunizierende Röhren?*

# NEUE HERAUSFORDERUNGEN

# – NEUER KITTNER 2021



Innen und außen völlig neu.  
Mit erweiterten Online-  
Funktionen.

**Jetzt  
bestellen!**

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de)  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)  
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20



**KITTNER**

**Arbeits-  
und Sozial-  
ordnung**

- Gesetze
- Einleitungen
- Übersichten

46. Auflage

**2021**



**BUND  
VERLAG**



Däubler

## Gläserne Belegschaften

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

€ 64,90

ISBN 978-3-7663-7071-6

[www.bund-verlag.de/7071](http://www.bund-verlag.de/7071)

# Durchblick im Beschäftigtendatenschutz

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

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

### Die Schwerpunkte der Neuauflage:

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

### Vorteile auf einen Blick:

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

## Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [www.bund-verlag.de/7071](http://www.bund-verlag.de/7071) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

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

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
kontakt@bund-verlag.de

[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

### Immer topaktuell informiert sein

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