

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit

**HSI**

Hugo Sinzheimer Institut  
für Arbeits- und Sozialrecht

## Abhandlungen

Arbeitsmarkt und ökologische Transformation – Konzepte  
und offene Fragen\*

*Daniel Ulber* ..... Seite 81

Böswillig unterlassener Zwischenverdienst bei »Arbeitsvermittlung durch  
den Arbeitgeber«? – Offene Fragen zur Annahmeverzugsvergütung nach  
unwirksamer Arbeitgeberkündigung

*Benedikt Schmidt* ..... Seite 98

## Rezensionsaufsätze

Alberto Povedano Peramato,  
Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht.

Zur Wirkungsweise völkervertragsrechtlicher Vorgaben auf die  
nationale Rechtsordnung am Beispiel zulässiger Streikziele

*Klaus Lörcher* ..... Seite 116

# Basiswissen zum Schwerbehindertenrecht



Feldes / Helbig / Hüther / Krämer / Kuntz / Rehwald  
Salomon / Westermann

## Schwerbehindertenrecht

Basiskommentar zum SGB IX (Teil 3)  
mit Wahlordnung  
16., aktualisierte Auflage  
2022. 581 Seiten, kartoniert  
€ 49,-

ISBN 978-3-7663-7203-1

[bund-shop.de/7203](http://bund-shop.de/7203)

Die Neuauflage kommentiert die aktuellen Gesetzesänderungen zu Teil 3 des SGB IX (Besondere Regelungen zur Teilhabe schwerbehinderter Menschen – Schwerbehindertenrecht):

- Neuer Anspruch von Beschäftigten, zum BEM-Gespräch zusätzlich eine Vertrauensperson eigener Wahl hinzuzuziehen.
- Bei der Anrechnung Beschäftigter auf die Zahl der Pflichtarbeitsplätze werden die Beschäftigten in Teilzeitberufsausbildung mit einbezogen.
- Einheitliche Ansprechstellen für Arbeitgeber informieren, beraten und unterstützen Arbeitgeber bei der Ausbildung, Einstellung und Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen.
- Bei der Vergabe von Aufträgen der öffentlichen Hand können Werkstätten für behinderte Menschen bevorzugt werden.

### Vorteile auf einen Blick:

- Verständliche Kommentierung mit Fallbeschreibungen
- Im Fokus: Die Arbeit der Schwerbehindertenvertretung
- Ausführliche Behandlung der aktuellen Rechtsprechung

### Soziales Recht

3/2022  
ISSN 2193-5157  
Juni 2022, 12. Jahrgang

### Herausgeber

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

### in Zusammenarbeit mit:

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

### Redaktion

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

### Anschrift der Redaktion

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

### Verlag

Bund-Verlag GmbH

### Geschäftsführer

Rainer Jöde

### Geschäftsbereich Zeitschriften

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

### Anschrift des Verlages

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

### Anzeigen

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

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

### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

### Druck

Druckerei Marquardt GmbH,  
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

### Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

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

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,  
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die  
Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des  
Verlages wieder.  
Alle in diesem Supplement veröffentlichten  
Beiträge und Abbildungen sind  
urheberrechtlich geschützt.  
Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der  
vorherigen Zustimmung des Verlages.

# Arbeitsmarkt und ökologische Transformation – Konzepte und offene Fragen\*

Prof. Dr. Daniel Ulber, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

## I. Einleitung

Vor der Corona-Pandemie war der Klimawandel eines der dominierenden politischen Themen. Auf internationaler und nationaler Ebene werden mit zunehmender Schlagzahl politische Maßnahmen zur Eindämmung des Klimawandels ergriffen.<sup>1</sup> Eine zunehmende Berücksichtigung von Umweltbelangen in vielen Politikfeldern ist zu verzeichnen.<sup>2</sup> Die Abkehr von der Nutzung fossiler Brennstoffe, veränderte Formen der Ressourcennutzung und Energiegewinnung seien nur als Beispiele genannt, um zu verdeutlichen, dass viele Wirtschaftszweige vor einem fundamentalen Wandel bzw. im Falle der Kohleförderung und Verstromung vor ihrem nahen Ende stehen. Die ökonomische Diskussion über die Grenzen des Wachstums und die Folgen eines ökologischen Umbaus für die Wirtschaft ist in vollem Gange. Sie hat zwangsläufige Folgen für die Arbeitswelt.

Unstrittig ist, dass in bestimmten Branchen und Wirtschaftssektoren die Effekte der ökologischen Transformation bereits spürbar sind und beginnen, auf den Arbeitsmarkt durchzuschlagen. Der Green-Deal, den die europäische Kommission unlängst vorgestellt hat,<sup>3</sup> wird diesen Effekt noch vertiefen. In rechtlicher Hinsicht ist zu verzeichnen, dass das Thema der Nachhaltigkeit bereits in vielen Rechtsgebieten angekommen ist. Im Bereich der Handelsverträge sind substanzielle Konflikte um Umweltstandards zu verzeichnen und auch das Kapitalmarktrecht wird zunehmend mit der Frage konfrontiert, ob und wie es zu Nachhaltigkeit oder Sustainability beitragen kann.<sup>4</sup> Die Frage ist in vielerlei Hinsicht also eine der Gestaltung der ökologischen Transformation durch Anpassungen auf verschiedensten Rechtsgebieten und ist schon lange nicht mehr auf das Umweltrecht beschränkt.

Überlegungen, welche Rolle das Arbeitsrecht bei diesem Transformationsprozess spielt und welchen Beitrag es zu seiner Bewältigung leisten kann, finden sich

eher selten.<sup>5</sup> Die Diskussion konzentriert sich momentan sehr stark auf die sozialrechtliche Bewältigung von technologischen Transformationsprozessen und vorübergehender Konjunkturerinbrüche.<sup>6</sup> Hier hat gerade in der letzten Legislaturperiode eine fulminante Gesetzgebung im Bereich der Qualifizierung und Weiterbildung, aber auch mit Blick auf die Kurzarbeit stattgefunden<sup>7</sup>, auf die hier auch noch zurückzukommen ist. Dominierendes Thema für das Arbeits- und Sozialrecht sind im Moment aber eher die Digitalisierung und die durch sie ausgelösten Umwälzungen<sup>8</sup> sowie die Bewältigung der Corona-Pandemie als die Frage nach dem Beitrag des Arbeits- und Sozialrechts zur ökologischen Transformation. Das erstaunt, weil im politischen Diskurs ganz regelmäßig etwaige soziale Folgen bestimmter, im weitesten Sinne auf Nachhaltigkeit ausgerichteter Maßnahmen ein wichtiges Argument sind.<sup>9</sup>

\* Dieser Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Autor auf der Tagung »Sozial und ökologisch? Ambitionierte Klimapolitik versus Wachstumsgesellschaft« der Evangelischen Akademie zu Berlin am 14.12.2020 gehalten hat. Die Vortragsform wurde überwiegend beibehalten, der Beitrag nur vereinzelt um Fußnoten vermehrt und mit Blick auf einige spätere Entwicklungen ergänzt.

1 Vgl. die Ziele und Maßnahmen der Bundesregierung, <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/klimaschutz/bundesregierung-klimapolitik-1637146> (16.3.2022) oder das Übereinkommen von Paris zwischen 195 Parteien der UN-Klimarahmenkonvention v. 12.12.2015.

2 Dazu: Zeeb/Hilderink/Forberger, Umwelt und der »Health-in-all-Policies«-Ansatz – ein Überblick, Bundesgesundheitsblatt 61, 729–736.

3 Maßnahmenpaket der Europäischen Kommission v. 11.12.2019, [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_de](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_de) (16.3.2022).

4 Hell, NZG 2019, 338; Spindler, in: Goette/Habersack (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz – Nachtrag zum ARUG II, 5. Aufl., München 2021, § 87 AktG Rn. 78–80.

5 Einer der wenigen Beiträge etwa Däubler, NZA 2020, 1155.

6 ZB. Burkiczak, NJW 2020, 1180 zur BT-Drs. 19/18107.

7 Vgl. dazu den Bericht von Kittner/Deimert, RdA 2021, 257.

8 Krause, NZA-Beil. 2017, 53; Uffmann, NZA 2016, 977; Spellbrink, NZS 2016, 527; Wissenschaftlicher Beirat des BMWi, Digitalisierung in Deutschland, Berlin 2021, S. 24.

9 Vgl. Pressemitteilung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion v. 14.11.2019, <https://www.cducsu.de/presse/pressemitteilungen/klima-schuetzen-oekologische-soziale-und-oekonomische-folgen-beachten> (16.3.2022).

Die prognostizierten Auswirkungen der Maßnahmen zur Bewältigung der ökologischen Transformation auf den Arbeitsmarkt und die damit verbundenen Folgewirkungen sind zumindest umstritten und etwaige Prognosen mit Unsicherheiten behaftet. Gleichwohl scheinen einige Entwicklungen festzustehen. Es wird durch die geschilderten Transformationsprozesse zu Arbeitsplatzabbau in bestimmten Branchen, exemplarisch sei hier die Kohleförderung und Kohleverstromung genannt, kommen.<sup>10</sup> Ob und inwieweit dieser durch andere – neu entstehende – Arbeitsplätze ausgeglichen wird, ist zwar noch unklar. Jedenfalls ist aber zu erkennen, dass unabhängig vom Umfang ihres Entstehens diese neuen Arbeitsplätze in anderen Sektoren liegen und jedenfalls vielfach andere Qualifikationen erfordern werden. Zudem zeigt sich, dass die ökologische Transformation durchaus eine Verbindung zu den geschilderten technologischen Entwicklungsprozessen aufweist und damit tendenziell zu einer Reduktion des Arbeitskräftebedarfs beitragen kann, die dauerhaft ist.<sup>11</sup> Die Automobilbranche zeigt deutlich, dass eine Umstellung auf jedenfalls klimafreundlichere Produkte mit Technologieschüben zusammentreffen kann, die nicht nur zu geringerem Personalbedarf, sondern auch teilweise anderen Qualifikationsprofilen führen. Nimmt man die immensen Investitionskosten hinzu, die der entsprechende technologische Wandel mit sich bringt<sup>12</sup>, muss davon ausgegangen werden, dass zeitgleich auch ein gewisser negativer Effekt auf Verteilungsspielräume bei Entgeltverhandlungen verzeichnet werden muss. Das gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass ein wesentlicher Teil der Transformation durch die Sozialpartner bewältigt werden wird. Tarifverträge – sei es zur Qualifizierung oder zur Beschäftigungssicherung – werden ebenso wie Betriebsvereinbarungen zunehmend zumindest die Bewältigung, vermutlich aber auch die Gestaltung der ökologischen Transformation regeln. Darauf ist noch zurückzukommen.<sup>13</sup>

## II. Die Rolle des Arbeits- und Sozialrechts

Das wirft die Frage auf, wie das Arbeits- und Sozialrecht für die sich abzeichnenden Arbeitsmarktentwicklungen aufgestellt ist. Seine Bedeutung ist dabei durch seine regelmäßig aufzufindende Ausgestaltung begrenzt. Arbeitsrecht

nimmt seine Steuerungsfunktion in aller Regel durch einseitig zwingendes Recht und in bestimmten Umfang durch Gestaltungs- und Handlungsoptionen wahr. Das Arbeitsrecht mit seinen Mindeststandards kann daher kein optimales Verhalten erzwingen. Innerhalb des rechtlichen Handlungsspielraums sind Beschäftigte und Arbeitgeber sowie die Akteure des kollektiven Arbeitsrechts frei, ihre Rechtsbeziehungen autonom zu ordnen. Das führt dazu, dass das Thema dieses Beitrags auch nicht sein kann, wie sich die entsprechenden Akteure optimaler Weise verhalten sollten. Vielmehr kann hier nur untersucht werden, ob das geltende Recht die notwendigen Handlungsinstrumente zur Verfügung stellt, um den Transformationsprozess zu gestalten, sofern dies gewünscht ist. Insoweit kann Arbeitsrecht die Gestaltung der Transformation eher ermöglichen und unterstützen, nicht aber dafür sorgen, dass sie auch tatsächlich stattfindet.

Dass gerade das Sozialrecht neben dieser Ermöglichungsfunktion auch Anreizstrukturen schaffen kann, soll weder negiert werden noch unberücksichtigt bleiben. Damit diese Anreize in der Rechtsbeziehung zwischen Beschäftigten und Unternehmen tatsächlich wirken, müssen sie für die Betroffenen aber auch nutzbar sein. Hier bestehen in Deutschland noch erhebliche Verbesserungspotentiale.<sup>14</sup>

Bevor hier Veränderungsvorschläge für das Arbeits- und Sozialrecht diskutiert werden, soll zunächst eine Bestandsaufnahme der bereits vorhandenen Regelungen erfolgen. Das geltende Recht beinhaltet nämlich durchaus Handlungsinstrumente. Das zeigt ein Blick in die Vergangenheit. So ist es nicht das erste Mal, dass der Arbeitsmarkt vor Herausforderungen steht. Der Befund nicht

10 Oei et al., Klimaschutz und Kohleausstieg: Politische Strategien und Maßnahmen bis 2030 und darüber hinaus – Abschlussbericht, im Auftrag des Umweltbundesamtes, Dessau-Roßlau 2018, S. 144 ff.; BMWi, »Kohleausstieg und Strukturwandel«, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/kohleausstieg-und-strukturwandel.html> (16.3.2022).

11 Herrmann et al., Beschäftigung 2030: Auswirkungen von Elektromobilität und Digitalisierung auf die Qualität und Quantität der Beschäftigung bei Volkswagen, IAO, Stuttgart 2020, S. 9; Destatis, PM 385 vom 16.8.2021, [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/08/PD21\\_385\\_421.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2021/08/PD21_385_421.html) (16.3.2022); der Einfluss der Corona-Pandemie ist dabei unklar, Statista.com, Beschäftigte in der deutschen Automobilindustrie von 2010 bis 2020.

12 Saam et al., Digitalisierung im Mittelstand: Status Quo, aktuelle Entwicklungen und Herausforderungen, Forschungsprojekt im Auftrag der KfW Bankengruppe, Mannheim 2016, S. 2 f.

13 Vgl. dazu unter III.3.

14 Vgl. etwa zur Qualifizierung OECD, Continuing Education and Training in Germany, 2021, S. 10 (deutschsprachige Zusammenfassung); Rat der Arbeitswelt, Arbeitswelt-Bericht 2021, S. 207.

zuletzt der Corona-Pandemie ist, dass das Arbeits- und Sozialrecht durchaus einiges an Instrumenten bietet, um wirkungsvoll zu reagieren. Es zeigt sich aber auch, dass dies insbesondere das Sozialrecht, wenn auch wie im Falle der Kurzarbeit<sup>15</sup> mit erheblichen Schnittmengen zum Arbeitsrecht, betrifft. Zudem spielen die Tarifvertrags- und Betriebsparteien eine wesentliche Rolle: Sie können schneller, branchenspezifischer und mit größerer Flexibilität Lösungen entwickeln, als dies der Gesetzgeber könnte. Allerdings benötigen sie dafür Rahmenbedingungen, die dies möglich machen. Auf kollektiver Ebene dürften aber auch nicht alle Probleme gelöst werden können. Beschäftigte wie Arbeitgeber bedürften möglicherweise auch individueller Ansprüche und Handlungsoptionen, um den Herausforderungen zu begegnen.<sup>16</sup>

## 1. Historischer Überblick

Diesen Überlegungen vorweg geschickt werden soll zunächst eine Bestandsaufnahme, wie sich beschäftigungspolitische Konzepte im Laufe der letzten Dekaden entwickelt haben und auf welche Instrumente man sich mit welchen Effekten konzentriert hat. Ein Anspruch auf Vollständigkeit wird dabei ebenso wenig erhoben wie eine vertiefte Analyse der ökonomischen Wirkungen durchgeführt werden soll. Hier geht es stattdessen um eine Darstellung der Regelungstechniken und der politischen Konzepte, die in den jeweiligen Phasen dominierten.

Als ein zentrales beschäftigungspolitisches Instrument wurde in den 70er Jahren das Arbeitszeitrecht entdeckt.<sup>17</sup> Die Grundüberlegung, die insbesondere den ersten Entwürfen der Arbeitszeitrichtlinie zugrunde lag, war, dass bei reduziertem Arbeitsvolumen eine Verkürzung der individuellen Arbeitszeit zum Erhalt von Beschäftigung führt.<sup>18</sup>

Während der 80er Jahre wurde insbesondere mit dem schon dem Namen nach als Beschäftigungsförderungsgesetz konzipierten Gesetzespaket das Arbeitsrecht zumindest teilweise dereguliert und mit der sachgrundlosen Befristung ein Instrument zur Einschränkung des Kündigungsschutzes implementiert, das seither eine explosionsartige Zunahme zu verzeichnen hat.<sup>19</sup>

Als Transformationsprozess mit allen Herausforderungen und Folgen stellte sich die Integration des Arbeitsmarktes nach der deutschen Wiedervereinigung dar. Zwar war die Arbeitslosigkeit auch schon vor der

Wiedervereinigung angestiegen, diese Entwicklung nahm allerdings in den 90er Jahren bis über die Jahrtausendwende hinweg immer weiter zu.<sup>20</sup> Versucht wurde, den Arbeitsmarkt durch eine Erleichterung der Frühverrentung zu entlasten.<sup>21</sup> Wegen der damit verbundenen gestiegenen Kosten in der Rentenversicherung<sup>22</sup> handelte es sich hier um eine ambivalente Maßnahme, allzumal es häufig nicht zur Neubesetzung frei gewordener Stellen kam, sondern diese schlicht abgebaut wurden.

Präventive Ansätze finden sich demgegenüber im Job-AQTIV-Gesetz von 2001<sup>23</sup>, das den Beginn des Ausbaus der Qualifizierung als Instrument der aktiven Arbeitsmarktpolitik markiert. Dieser Ansatz wirkte auch noch in der so umstrittenen Agenda 2010<sup>24</sup> fort. Es wurde versucht, das Arbeits- und Sozialrecht aktiv zur Gestaltung des Arbeitsmarkts zu nutzen und prospektiv auf die rund um das Jahr 2010 absehbare positive Entwicklung des Arbeitsmarktes durch die demographische Entwicklung einzugehen. Hier soll der Streit über Für und Wider dieser Politik nicht noch einmal geführt werden. Ausgeklammert werden sollen auch die Streitigkeiten über das Instrument der Arbeitnehmerüberlassung, das seit 2004 durch den Gesetzgeber massiv gefördert und ausgebaut wurde. Der Befund, dass auch diese Politik der Logik folgte, dass schlechtere Arbeitsbedingungen zu mehr Beschäftigung führen, tut aber sicherlich niemandem Unrecht. Die Politik hat im Nachgang auf vielen Feldern nachgesteuert und Fehler, die zweifelsohne gemacht wurden, korrigiert. Dort, wo die Politik dazu nicht fähig war, hat das BVerfG ihr behutsam Grenzen gesetzt.<sup>25</sup>

15 Vgl. dazu etwa *Konle/Seidel*, Kurzarbeit in Europa: Die Rettung in der aktuellen Corona-Krise?, IAB-Forschungsbericht 4/2020, Nürnberg 2020.

16 Vgl. dazu unter III.3.a).

17 *Ulber*, in: *Preis/Sagan* (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Köln 2019 (im Folgenden: *Europ ArbR*), § 6 Rz. 7 ff.

18 *Europ ArbR-Ulber* (Fn. 17), § 6 Rz. 9.

19 *BeschFG* 1985 v. 30.4.1985, *BGBL* 1985 I, S. 710–717.

20 *Destatis*, *Registrierte Arbeitslose und Arbeitslosenquote nach Gebietsstand*, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Wirtschaft/Konjunkturindikatoren/Lange-Reihen/Arbeitsmarkt/lrab003ga.html> (16.3.2022).

21 *Gatter/Hartmann*, *Betriebliche Verrentungspraktiken zwischen arbeitsmarkt- und rentenpolitischen Interessen*. *Mitteilungen aus der Arbeitsmarkt- und Berufsforschung* 28 Jg./1995, Nr. 3, 412–425.

22 *Zur Rente mit 63 Börsch-Suppan/Coppola/Rausch*, *Perspektiven der Wirtschaftspolitik* 2015, 264.

23 *BGBL* 2001 I, S. 3443 v. 14.12.2001.

24 *Konzept und Gesetzespaket zur Reform des deutschen Sozial- und Arbeitsmarktrechts*, umgesetzt in der 15. Legislaturperiode, 2002–2005.

25 *Zuletzt BVerfG*, 5.11.2019 – 1 BvL 7/16 – *NJW* 2019, 3703.

Nachdem gegen Ende der 00er Jahre der Ansatz einer reinen Selbstregulierung freier Märkte mit der Implosion der Finanzmärkte nachhaltig in Frage gestellt wurde, kehrte die Politik nach über 30 Jahren wieder zu einer aktiveren Arbeitsmarktpolitik zurück. In der Folge ist insbesondere das SGB III massiv verändert worden.<sup>26</sup> Hier sollen Krisenbewältigungsinstrumente des SGB III, wie das Kurzarbeitergeld, nur kurz erwähnt werden. Deutschland wird mittlerweile weltweit um dieses Instrument beneidet, weil es neben der sozialen Schutzfunktion für die Beschäftigten ein enormer strategischer Vorteil für Unternehmen ist, Fachkräfte in Krisenzeiten zu binden und sofort nach Beendigung einer konjunkturellen Delle ohne Transaktionskosten wieder eine personelle Vollbesetzung aktivieren zu können.<sup>27</sup> Aber auch wenn die Corona-Krise mit einigen Anpassungen seine Wirkkraft noch einmal in beeindruckender Weise bestätigt hat<sup>28</sup>, ist es doch ein Instrument, um Unternehmen, deren Geschäftsmodell vorübergehend in Schwierigkeiten ist, zu unterstützen. Weniger gedacht ist es dazu, einen Transformationsprozess zu steuern, der dazu führt, dass bestimmte wirtschaftliche Betätigungsformen und Beschäftigungsmöglichkeiten dauerhaft entfallen.<sup>29</sup> Allerdings: Gerade im Bereich der Kurzarbeit gibt es »ungenutzte« Arbeitszeit, die idealerweise auch für die Weiterqualifizierung von Beschäftigten genutzt werden kann. Insoweit kann auch eine Transformationskurzarbeit durchaus ein sinnvolles Instrument sein.

Im Fokus der Reformen des SGB III steht jedenfalls seit längerem die Arbeitsmarktintegration unqualifizierter bzw. geringqualifizierter Arbeitskräfte.<sup>30</sup> Besonders weniger gut vorgebildete,<sup>31</sup> ältere, nicht-erwerbstätige sowie immigrierte Menschen sind gegenwärtig immer noch zu stark von der Weiterbildung abgeschnitten.<sup>32</sup> Auch nehmen Beschäftigte, die Routinetätigkeiten ausüben und deshalb besonders von Automatisierungsprozessen betroffen sind, weniger an Weiterbildung teil.<sup>33</sup> Daher ist es richtig und vorausschauend, dass die Instrumente für die Qualifizierung im SGB III sukzessive ausgebaut worden sind. Während das Eingliederungschancengesetz<sup>34</sup> eher der Kostenreduktion durch Effektivierung bestehender Instrumente diene, ist mit dem Qualifizierungschancengesetz 2018<sup>35</sup> und dem kürzlich in Kraft getretenen Arbeit-von-Morgen-Gesetz<sup>36</sup> der Gestaltungsanspruch des Gesetzgebers für den Arbeitsmarkt in den nächsten Dekaden deutlicher entfaltet worden. Die Entwicklung

kann keinesfalls als abgeschlossen betrachtet werden. Allerdings harren die bestehenden Instrumente nunmehr der Vereinfachung und der Verbesserung ihrer praktischen Nutzbarkeit. Beim Recht der Weiterbildung handelt es sich bislang um einen Flickenteppich<sup>37</sup> von Regelungen, der zerklüftet<sup>38</sup> und schwer überschaubar<sup>39</sup> ist.

## 2. Fazit und Ausblick

Insgesamt lässt sich sagen, dass Anpassungsprozesse am Arbeitsmarkt immer auch Folgewirkungen auf die Gestaltung des Arbeits- und Sozialrechts hatten. In der Vergangenheit sind sowohl eher marktorientierte Konzepte eines »Deregulierung« verbrämten Abbaus von Arbeitnehmerschutzrechten zu finden wie auch Konzepte, die sich eher darum bemühen, Menschen zu befähigen, Transformationsprozesse selbst in die Hand zu nehmen. Gerade die Phase nach der Wiedervereinigung zeigt, dass dieses Konzept jedenfalls aus gesellschaftlicher Sicht vorzuzugewürdigt ist. Denn der in dieser Zeit eingetretene Verlust an sozialer Sicherheit bei gleichzeitig immer weiter voranschreitendem Abbau von rechtlichen Schutzinstrumenten

26 Ua. BGBI. 2008 I, S. 681–685.

27 *Konle-Seidl*, Kurzarbeit in Europa: Die Rettung in der aktuellen Corona-Krise? (Fn. 15), S. 15 f.

28 Vgl. etwa *Bonin/Eichhorst/Krause-Pilatus/Rinne*, Kurzexpertise – Wirksamkeitsanalyse der Corona-Maßnahmen, 2021, [https://ftp.iza.org/report\\_pdfs/iza\\_report\\_110.pdf](https://ftp.iza.org/report_pdfs/iza_report_110.pdf) (16.3.2022).

29 So auch: *Thüsing*, BB 2020, Heft 19, I.

30 59. Geschäftsbericht der Bundesagentur für Arbeit, Bundesagentur für Arbeit, Nürnberg 2011, S. 29.

31 S. hierzu *Osiander/Stephan*, IAB-Discussion Paper 4/2018, S. 22, 24.

32 *Müller/Wenzelmann*, Zeitschrift für Weiterbildungsforschung 2020, 47, 48 f. mwN.

33 *Kleinert/Wölfel*, BWP 2018, 11, 15; *Arntz/Gregory/Jansen/Zierahn*, Tätigkeitswandel und Weiterbildungsbedarf in der digitalen Transformation, S. 9, <https://ftp.zew.de/pub/zew-docs/gutachten/DigitaleTransformationAcatechIKT2016.pdf> (16.3.2022).

34 Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt v. 27.12.2011, BGBI. 2011 I, S. 2854.

35 Gesetz zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung v. 21.12.2018, BGBI. I 2018, S. 2651.

36 Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung v. 28.5.2020, BGBI. 2020 I, S. 1044.

37 *Dobischat/Fischell/Rosendahl*, Einführung in das Recht der Weiterbildung, Wiesbaden 2015, S. 1.

38 *Baethge/Severing/Weiß*, Handlungsstrategien für die berufliche Weiterbildung, Bielefeld 2013, S. 23; *Dobischat/Fischell/Rosendahl*, Recht der Weiterbildung (Fn. 37), S. 171.

39 *Nuissl*, in: *Tippelt/Hippel* (Hrsg.), Handbuch Erwachsenenbildung/Weiterbildung, 6. Aufl., Wiesbaden 2018, S. 499.

hatte gesellschaftlich verheerende Folgen, die politisch bis heute in vielen Regionen Deutschlands sichtbar sind. Wichtig ist es, Menschen Perspektiven und Handlungsinstrumente aufzuzeigen, um in einer Phase relativer Sicherheit den Übergang in neue Beschäftigung zu finden. Dieser Befund gilt uneingeschränkt auch für die ökologische Transformation am Arbeitsmarkt.

### III. Handlungsinstrumente des Sozial- und Arbeitsrechts

Es gibt einige arbeits- und sozialrechtliche Maßnahmen, die zur Regulierung der bestehenden Transformationsprozesse in der Diskussion sind.

Einerseits handelt es sich dabei um Instrumente der aktiven Arbeitsmarktpolitik, insbesondere der Qualifizierung. Diese sollen Menschen dazu befähigen, ihre Erwerbsfähigkeit in anderen Bereichen zu erhalten und fortzuentwickeln. Zuletzt hat hier der Koalitionsvertrag zwischen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP die Bedeutung der Weiterbildung und Qualifizierung betont.<sup>40</sup> Daneben wird aber auch immer wieder die Arbeitszeitreduzierung als Krisenbewältigungsinstrument ins Spiel gebracht.<sup>41</sup> Diese beiden Instrumente sollen hier im Schwerpunkt behandelt werden.

Im Gespräch sind außerdem Anpassungen der wirtschaftlichen Absicherung in Übergangsphasen durch das Arbeitslosengeld I und II und in diesem Zusammenhang auch die Absicherung von Menschen durch ein bedingungsloses Grundeinkommen.<sup>42</sup> Die Corona-Pandemie hat zudem gezeigt, dass das Kurzarbeitergeld zwar sehr gut geeignet ist, um kurzfristige Schwankungen und Ausfälle zu bewältigen. Zur Bewältigung langfristiger Transformationsprozesse muss es allerdings stärker auf die Qualifizierung ausgerichtet werden. Auch auf diesen Aspekt soll hier eingegangen werden.

Ein weiterer in der Diskussion befindlicher Ansatzpunkt ist der Umbau der sozialen Sicherungssysteme. Die Arbeitslosenversicherung ist ein zyklisch arbeitendes System: bei niedriger Arbeitslosigkeit ist der Beitragssatz ebenfalls gering, bei hoher Arbeitslosigkeit steigt er entsprechend. Diese Art der Finanzierung ist unglücklich, wenn es darum geht, den langfristigen Rückgang von Beschäftigungsformen zu bewältigen, und legt daher nahe, hier Anpassungen bei der Festlegung

der Beitragshöhe vorzunehmen.<sup>43</sup> Wegen der komplexen Fragen der Finanzierung einer solchen Vorgehensweise, vor allem aber der Sicherung des damit verbundenen Beitragspuffers, soll dieses Thema hier ausgeklammert werden. Zur Rentensicherung finden sich an anderer Stelle weitergehende Überlegungen.<sup>44</sup>

## 1. Sozialrechtliche Handlungsinstrumente

Viele der bereits vorhandenen Handlungsinstrumente des Sozialrechts dienen eher der Bewältigung vorübergehender wirtschaftlicher Probleme während der Anpassungsprozesse in den Unternehmen. Dazu gehört vor allem das (Transfer-)Kurzarbeitergeld, das seine Wirksamkeit bei der Bewältigung kurzfristiger Einbrüche im Arbeitsbedarf von Unternehmen auch in der aktuellen Covid19-Pandemie erneut unter Beweis gestellt hat.<sup>45</sup> Zur Bewältigung dauerhafterer Krisenerscheinungen dienen vor allem das Arbeitslosengeld I und die damit verbundenen Qualifizierungsinstrumente.

In einigen Sektoren tragen Betriebe, die in Übergangsphasen Fachpersonal ausbilden, das Risiko, es wieder zu verlieren und deswegen die Kosten für die Ausbildung nicht refinanzieren zu können. Entlastungen im Sozialversicherungssystem und Anreizstrukturen für solche Betriebe wären wichtig, auch damit ein etwaiger Fachkräftemangel vermieden werden kann. Kosten in der Arbeitslosenversicherung können so vermieden und Personen frühzeitig in eine neue Beschäftigung überführt werden. Auch erweiterte Handlungsmöglichkeiten für Unternehmen, die sich transformieren, wie zB. das Kurzarbeitergeld oder das Instrument der Qualifizierungskurzarbeit, sind wichtig, damit die Kosten für solche Maßnahmen nicht zu Lasten von (noch bestehenden)

40 Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag zwischen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, 24.11.2021.

41 Vorschlag der IG Metall, <https://www.igmetall.de/tariff/tariffrunden/metall-und-elektro/4-tage-woche-als-wahlmoeglichkeit> (16.3.2022).

42 Eher skeptisch zur Finanzierbarkeit: Wissenschaftlicher Beirat des Bundesministeriums der Finanzen, Gutachten 2/2021, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Ministerium/Wissenschaftlicher-Beirat/Gutachten/bedingungsloses-grundeinkommen.html> (16.3.2022).

43 Vgl. dazu Hausner/Weber, IAB-Kurzbericht 3/2017.

44 Hierzu Schmidt de Caluwe »Rentenversicherung nach der Wachstumsgesellschaft: Konzepte und offene Fragen«, Referat vom gleichen Tag.

45 Vgl. auch hierzu Konle-Seidl, Kurzarbeit in Europa: Die Rettung in der aktuellen Corona-Krise? (Fn. 15), S. 15 f.

Beschäftigungsverhältnissen gehen. Als problematisch erweist sich aber, etwa im Bereich der Qualifizierung, die unübersichtliche<sup>46</sup>, streckenweise auch unsystematische Regulierung.

Betrachtet man die sozialrechtlichen Handlungsinstrumente zur Bewältigung der Transformationsprozesse, so bleibt aus rechtlicher Perspektive gleichwohl ein eher positiver Befund. Das liegt vor allem an der vorausschauenden Politik der letzten Jahre. Das deutsche Sozialrecht ist im Grundsatz gut aufgestellt, wenn es darum geht, Transformationsprozesse zu bewältigen.

#### a) Kernaufgaben des SGB III

Kernaufgaben des SGB III sind die Prävention, Aktivierung und der Ausgleich am Arbeitsmarkt. Der Eintritt von Arbeitslosigkeit soll möglichst vermieden oder bei eingetretener Arbeitslosigkeit soll diese möglichst kurz gehalten werden. Die Kernaufgaben des SGB III, Risikoschutz und aktive Arbeitsmarktpolitik bzw. Prävention, werden bereits jetzt effektiv und umfangreich wahrgenommen.<sup>47</sup>

#### b) Risikoschutz

Der Risikoschutz erfolgt in erster Linie über das Arbeitslosengeld und, wo notwendig, auch durch die Insolvenzversicherung. In Transformationsprozessen, die nicht nur mit der Suche einer neuen Beschäftigung verbunden sind, sondern gegebenenfalls eine völlige berufliche Neuorientierung erfordern, kann das Arbeitslosengeld mit seiner Überbrückungsfunktion aber nur begrenzt helfen. Aufgrund des Wegfalls unter Umständen ganzer Branchen (wie zB. des Braunkohletagebaus) oder Tätigkeiten kann eine finanzielle Leistung allein das strukturelle Problem am Arbeitsmarkt nicht bewältigen. Die Brücke führt vielmehr – ohne begleitende Qualifizierungsmaßnahmen – ins Leere. Gleichwohl sollte man aber die soziale und gesellschaftliche Stabilisierungswirkung dieser Leistungen nicht unterschätzen.

Das Gleiche gilt für das Kurzarbeitergeld und noch mehr für das Insolvenzgeld. Auch im unternehmerischen Bereich werden Krisenerscheinungen durch die ökologische Transformation nicht ausbleiben, wenn man etwa das Abschalten von Kohlekraftwerken und das Ende der damit verbundenen Dienstleistungen durch dritte Unternehmen in den Blick nimmt. Hier ist zumindest während Phasen eines abrupten Rückgangs der Beschäftigung bzw.

in der bereits eingetretenen Krise ein gewisses Maß an Instrumenten vorhanden, die bereits jetzt ein Stück sozialer Folgen abfedern.

#### c) Qualifizierung

Der präventive Ansatz des SGB III ist gleichwohl in solchen Phasen von größerer Bedeutung. Ganz im Vordergrund steht dabei die Qualifizierung. Diese wird allerdings zunehmend mit dem Risikoschutz verbunden.

So ist der Risikoschutz gegen Zeiten der Arbeitslosigkeit bereits jetzt um das Arbeitslosengeld bei beruflicher Weiterbildung erweitert (§ 144 SGB III). Um den Unterhalt während einer Weiterbildungsmaßnahme zu gewährleisten, wird Arbeitslosengeld bei beruflicher Weiterbildung gezahlt. Hier müssen alle Erfordernisse eines Anspruchs auf Arbeitslosengeld bei Arbeitslosigkeit gegeben sein, mit Ausnahme derer, die wegen der Teilnahme an einer nach § 81 SGB III geförderten beruflichen Weiterbildung nicht erfüllt werden. Besonders wichtig während Transformationsprozessen ist, dass dieses Instrument auch aus einer laufenden Beschäftigung heraus genutzt werden kann (§ 144 Abs. 2 SGB III).

Neben der Berufsausbildungsbeihilfe (§§ 56–72 SGB III) ist die Förderung der beruflichen Weiterbildung (§§ 77–87 SGB III) ein zentrales Instrument zur Bewältigung von Umwälzungen am Arbeitsmarkt. Die Politik hat die Bedeutung der Weiterbildung in einem umfassenden Sinne auch bereits seit längerem erkannt (nationale Weiterbildungsstrategie<sup>48</sup>).

Mit dem Qualifizierungschancengesetz<sup>49</sup> und dem Arbeit-von-morgen-Gesetz<sup>50</sup> sind die Möglichkeiten zur finanziellen Förderung der beruflichen Weiterbildung im Rahmen eines bestehenden Arbeitsverhältnisses oder

46 OECD (Fn. 14), S. 10 f.; Härtwig/Borgnäs/Tuleweit/Lenski/Niebuhr, Beschäftigtenbefragung Monitor Digitalisierung, Berlin 2019, S. 31, Abb. 12; Bilger/Behringer/Kuper/Schrader, Weiterbildungsverhalten in Deutschland 2016, Bielefeld 2016, S. 269.

47 Vgl. dazu etwa Ulber, in: Fuchs/Preis/Brose (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht und SGB II, 3. Aufl., Berlin/Boston 2021, Teil H.

48 Vgl. dazu den Umsetzungsbericht Nationale Weiterbildungsstrategie, BMBF/BMAS, <https://www.bmas.de/DE/Service/Publicationen/a805-umsetzungsbericht-nationale-weiterbildungsstrategie.html> (16.3.2022).

49 Gesetz zur Stärkung der Chancen für Qualifizierung und für mehr Schutz in der Arbeitslosenversicherung v. 21.12.2018, BGBl. 2018 I, S. 2651.

50 Gesetz zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung v. 28.5.2020, BGBl. 2020 I, S. 1044.

während des Bezugs von Transferkurzarbeitergeld ausgeweitet worden. Beschäftigte verfügen damit über die Möglichkeit, sich bei eingetretener Arbeitslosigkeit weiter zu qualifizieren. Viel wichtiger ist aber, dass die entsprechenden Förderungsmöglichkeiten auch im laufenden Arbeitsverhältnis bestehen und es damit auch möglich ist, berufliche Weiterbildung aus einer laufenden Beschäftigung heraus zu betreiben. Als Problem erweist sich aber, dass die Instrumente nur genutzt werden können, wenn Beschäftigte auch zeitlich die Möglichkeit haben, an solchen Maßnahmen teilzunehmen. Dazu ist eine Mitwirkung beider Seiten des Arbeitsverhältnisses erforderlich.

Positiv wird sich hier aber die durch das Qualifizierungschancengesetz eingeführte Möglichkeit auswirken, nicht nur – wie bislang – die Qualifizierung von Arbeitnehmern mit fehlenden Berufsabschlüssen durch die Übernahme von Weiterbildungskosten zu fördern, sondern nunmehr über den neu gefassten § 82 Abs. 3 SGB III auch durch Zuschüsse zum Arbeitsentgelt und zwar gerade auch für Beschäftigte, die bereits über einen Berufsabschluss verfügen. Da es sich um eine Ermessensleistung handelt, bei der auch das wirtschaftliche Eigeninteresse des Arbeitgebers an der Qualifizierung berücksichtigt wird, wird potenziellen Mitnahmeeffekten einer solchen Regelung begegnet. Die Bereitschaft in der Praxis, Qualifizierungsmaßnahmen auch im laufenden Arbeitsverhältnis durchzuführen, wird durch die Regelung insgesamt erhöht.

Gleichwohl sind Beschäftigte aber nach wie vor auf die Bereitschaft des Arbeitgebers angewiesen, sie für solche Maßnahmen tatsächlich freizustellen. Deswegen ist es richtig, dass Arbeitgeber dann, wenn sie etwa durch eine Betriebsvereinbarung ein verbindliches System der betrieblichen Weiterbildung schaffen, höhere Zuschüsse erhalten können (§ 82 Abs. 4 SGB III). Mit Blick auf die ökologische Transformation von besonderer Bedeutung ist zudem, dass der Gesetzgeber in § 82 Abs. 5 SGB III vorgesehen hat, dass dann, wenn prognostisch mindestens 10 % der Beschäftigten eines Betriebs die zukünftigen beruflichen Anforderungen nicht mehr erfüllen werden, die Zuschüsse zum Arbeitsentgelt noch weiter erhöht werden können. Mit dem Beschäftigungssicherungsgesetz sind diese Möglichkeiten vom 1. Januar 2021 bis zum 31. Juli 2023 ergänzt worden (§ 106a Abs. 2 S. 1 SGB II), sofern sie während der Kurzarbeit begonnen werden.<sup>51</sup> Sämtliche Anpassungen zeigen deutlich, dass der Gesetzgeber mit großen Schritten eine Stärkung der frühzeitigen

und präventiven Wirkung der beruflichen Weiterbildung vorantreibt und sich im SGB III zunächst stark auf den Abbau finanzieller Hürden fokussiert hat. Die Bereitschaft zur Inanspruchnahme auf Arbeitgeberseite wird durch die Regelungen sicherlich erhöht. Damit steigt auch die Wahrscheinlichkeit, dass Beschäftigte die Weiterbildung tatsächlich betreiben können. Gleichwohl besteht ein Konflikt, wenn Beschäftigte bereits erkennen, dass eine Weiterbildung wichtig wäre, der Arbeitgeber sie aber ablehnt. Hier besteht möglicherweise auf der arbeitsrechtlichen Seite noch ein Bedarf an einer Flankierung der im SGB III vorgesehenen Förderinstrumente.

Ein Instrument an der Schnittstelle von Risikoschutz und Maßnahmen der Arbeitsförderung stellt das Kurzarbeitergeld zur Förderung der Eingliederung bei betrieblichen Restrukturierungen (Transferkurzarbeitergeld, § 111 SGB III) dar. Es unterscheidet sich deutlich vom klassischen Kurzarbeitergeld<sup>52</sup>, etwa dadurch, dass es einen dauerhaften Arbeitsausfall voraussetzt (§ 111 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 SGB III). Ziel ist daher nicht der Erhalt von Arbeitsplätzen, sondern die Verbesserung der Chancen, einen anderen Arbeitsplatz zu erhalten. Damit setzt das Transfer-KUG genau an der Übergangsphase an, die im Rahmen der ökologischen Transformation der Wirtschaft häufiger entstehen wird. Branchen oder doch zumindest bestimmte Produktionsweisen verändern sich erheblich und bestehende Beschäftigungsmöglichkeiten entfallen. Zeitgleich entstehen andere Beschäftigungsmöglichkeiten in anderen Branchen. Das Transfer-KUG ermöglicht es, Beschäftigte in solchen Übergangsphasen aus dem laufenden Beschäftigungsverhältnis in die neuen Tätigkeiten hinein zu qualifizieren. Als Schwäche des Instruments ist allerdings die auf lediglich zwölf Monate beschränkte Förderungsmöglichkeit anzusehen, deren Verlängerung auch politisch mit Recht gefordert wird.<sup>53</sup> Auch seine Nutzung zur Qualifizierung ist ausbaufähig.<sup>54</sup>

Als darüber hinausgehendes Instrument kann und sollte auch ein weiteres Transformationskurzarbeitergeld dienen, das nicht nur die Weiterqualifizierung, sondern

51 Näher dazu *Bieback*, SR 2021, 136, 137.

52 *Bieback*, in: *Gagel* (Begr.), SGB III, 83. Aufl., München 2021, § 111 Rn. 1 (»Sonderform des KUG«).

53 Vgl. dazu etwa Antrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen BT-Drs. 19/17521, S. 3.; im Prinzip eine Verlängerung befürwortend auch *Weber*, IAB-Stellungnahme 2/2021.

54 *Bieback*, SR 2021, 136.

auch den Erwerb völlig neuer beruflicher Fähigkeiten und Qualifikationen in den Blick nehmen muss. Über die Ausgestaltung im Detail mag man streiten<sup>55</sup>, aber gerade in den Branchen, die sich nicht lediglich verändern, sondern zukünftig nicht mehr existieren werden, wie etwa im Braunkohletagebau, kann ein solches Instrument sicher helfen.

#### d) Fazit

Insgesamt ist mit der bereits bestehenden Gesetzgebung ein universell nutzbares Werkzeugpaket geschaffen worden, das es betroffenen Beschäftigten, aber auch Betrieben ermöglicht, Transformationsfolgen besser zu bewältigen. Die bestehende Gesetzgebung geht dabei über den Risikoschutz, wie zB. durch Arbeitslosengeld, Kurzarbeitergeld, Insolvenzgeld, weit hinaus und baut das bestehende System stärker zu einem System der präventiven Vermeidung des Eintritts von Arbeitslosigkeit bzw. der Erleichterung des Übergangs in eine neue Beschäftigung aus. Dies ist von besonderer Bedeutung aufgrund der Tatsache, dass aktuell noch nicht klar ist, in welchen Sektoren sich die beschriebenen Transformationsprozesse wie auswirken; es ist lediglich sicher, dass sie Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt haben werden. Dieses Dilemma löst der Gesetzgeber im Sozialrecht überzeugend, indem er vielseitig nutzbare Instrumente schafft, die unabhängig von den konkreten Entwicklungen in einzelnen Branchen sind. Dass man sich gleichwohl notwendigen Ergänzungen des bestehenden Systems nicht verschließen sollte, ist allerdings ebenso deutlich. Ein Transformations-KUG<sup>56</sup> könnte ein weiterer Baustein im System des SGB III sein.

## 2. Arbeitsrechtliche Handlungsinstrumente

Für das Arbeitsrecht fällt der Befund im Moment schwer. Denn einerseits hat sich das Arbeitsrecht in den meisten Wirtschaftskrisen bewährt und auch in der Corona-Pandemie sind keine grundlegenden Anpassungsbedarfe deutlich geworden, wenn man einmal vom Dauerthema Digitalisierung absieht. Sowohl die Tarifvertragsparteien wie auch die Akteure auf der betrieblichen Ebene haben zudem erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten durch Kollektivverträge. Auch das Arbeitsrecht selbst stellt Handlungsinstrumente zur Verfügung, um auf die Folgen der ökologischen Transformation zu reagieren. Gleichwohl handelt es sich hier häufig um eher weiche Rechte und

Handlungsoptionen, die weit weniger Schlagkraft haben als die massiven finanziellen Anreizstrukturen, die die Sozialversicherung schaffen kann.

Ein wichtiger Aspekt ist aber auch hier der der Qualifizierung von Personen, deren bisherige Ausbildungen den Anforderungen der neuen Arbeitswelt nicht mehr genügen oder deren Berufe, in denen sie bisher gearbeitet hatten, sogar ganz wegfallen. Dies umfasst einerseits die Ausbildung von neuen Fachkräften und andererseits die Weiterbildung von bereits verfügbaren Arbeitnehmern.

Einen weiteren Schwerpunkt des Beitrags soll die Frage nach den Einflussmöglichkeiten der Arbeitszeit und insbesondere deren Verkürzung auf den Arbeitsmarkt und den prognostizierten geringeren Bedarf an Arbeitskraft in bestimmten Bereichen bilden.

Allerdings muss das Ziel sein, die Beschäftigten nicht nur passiv zu »managen«, sondern ihnen auch aktive Möglichkeiten zur Partizipation und Einflussnahme auf die Transformationsprozesse in ihren Unternehmen zu geben. Auf diesen Punkt, insbesondere auf die Rolle des Betriebsrates und der Betriebsvereinbarungen<sup>57</sup>, soll daher ebenfalls eingegangen werden.

Reformen im Kündigungsrecht sind hingegen kein geeignetes Instrument für den Umgang mit andauernden Transformationsprozessen. Der Kündigungsschutz kann zwar Beschäftigten zumindest auf Zeit Sicherheit bieten und kann so ermöglichen, dass Qualifizierungsmaßnahmen bereits vor dem Eintritt von Arbeitslosigkeit wahrgenommen werden. Letztendlich sollte aber vermieden werden, dass es in der Transformation zu Beendigungskündigungen aus betriebsbedingten Gründen kommt. Das kann in den Branchen und bei den Tätigkeiten, die nicht vollständig verschwinden werden, auch gelingen, wenn die Qualifizierung der Beschäftigten im Wandel gelingt und nicht erst dann einsetzt, wenn die Beschäftigungsmöglichkeiten bereits entfallen sind. Dazu allerdings müssen im laufenden Beschäftigungsverhältnis alle Akteure, Beschäftigten, Arbeitgeber und Sozialpartner hinreichend Handlungsmöglichkeiten vorfinden, um die Transformation nicht nur hinnehmen zu müssen, sondern sie aktiv gestalten zu können.

55 Eine gewisse Skepsis ist bei *Weber*, IAB-Stellungnahme 2/2021 spürbar.

56 Dazu *Bieback*, SR 2021, 136, 148.

57 Dazu etwa *Däubler*, NZA 2020, 1155.

### a) Qualifizierung

Ganz im Vordergrund stehen dabei Handlungsoptionen zur beruflichen Weiterbildung und Weiterqualifizierung.

Diese Qualifizierungsmöglichkeiten stellen einen wichtigen Aspekt im Umgang mit den zu erwartenden Umbrüchen in einigen Sektoren dar. Wenn Arbeitsplätze oder Tätigkeiten, zB. in der Kohleindustrie oder bei der Herstellung von Verbrennungsmotoren, wegfallen, ist es essenziell, den in diesen Bereichen Beschäftigten Möglichkeiten zu geben, sich so (weiter) zu qualifizieren, dass sie auch unter den veränderten Bedingungen vergleichbare Tätigkeiten wahrnehmen können und Perspektiven haben.

In Bezug auf die unterschiedlichen Arten der Qualifizierung soll auf die bestehenden gesetzlichen Regelungen eingegangen werden. Außerdem sollen Anknüpfungspunkte für mögliche Reformen und weitere Regelungsansätze identifiziert werden.

#### (1) Ausbildung

Fachkräftemangel in Zukunftsbranchen ist vor allem ein Problem bei abrupt verlaufenden Veränderungen, wie sie zB. in der Automobilbranche durch die Umstellung auf Elektromobilität vorgekommen sind. Diese Veränderungen in der Produktion und Innovation bedingen einen veränderten Bedarf an Fachkräften, der nicht vollständig durch Umqualifizierung der bestehenden Beschäftigten aufgefangen werden kann. Für die Betriebe ist es in ökonomischer Hinsicht aber nicht sinnvoll, die Ausbildungskosten für die Ausbildung noch nicht benötigter Beschäftigter zu tragen. Auch hier liegt die Unsicherheit nicht in der Frage, ob diese Fachkräfte in Zukunft benötigt werden, sondern darin, welche Betriebe wann wie viele dieser Fachkräfte benötigen werden.

Mithin stellt sich die Frage, inwiefern der Gesetzgeber die Betriebe dabei unterstützen sollte, frühzeitig Ausbildungsmöglichkeiten für zukünftig benötigte Fachkräfte zu schaffen. Hier besteht die Möglichkeit, gesetzgeberisch einen solidarischen Ausgleich in Bezug auf die Ausbildungskosten zwischen den Arbeitgebern einer bestimmten Branche zu schaffen, von der man weiß, dass in Zukunft bestimmte Qualifikationen benötigt werden. Auch hier gibt es bereits Handlungsinstrumente sozialpartnerschaftlicher Art, wie gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien. So ermöglicht der BBTv in der Bauwirtschaft ein umlagefinanziertes Solidarverfahren zur Erstattung von Ausbildungskosten bei gemeinsamer

Finanzierung durch alle Betriebe.<sup>58</sup> Diese funktionieren bereits gut und sollten durch den Gesetzgeber gefördert werden. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass die Sozialpartner auch insoweit tätig werden können, als sie durch Regelungen zur Übernahme von Auszubildenden Anreize für die Aufnahme von Ausbildungen in bestimmten Branchen selbst setzen können.<sup>59</sup>

Problematisch an der bisherigen Regelung der Berufsausbildungsförderung ist, dass sie stark darauf ausgerichtet ist, förderungsbedürftige Jugendliche bei Start oder Abschluss einer Berufsausbildung zu unterstützen. Sie knüpft somit vor allem an die zu fördernden Personengruppen an und nicht an die Förderung innerhalb bestimmter Zielbranchen, was angesichts der bevorstehenden starken Veränderungen der Bedarfe in einigen bestimmten Branchen eine Lücke lässt. Ein mögliches Konzept läge hier darin, Arbeitgebern und Beschäftigten, die sich auf das Risiko einer Ausbildung ohne sichere Perspektive einlassen, das »Investitionsrisiko« teilweise abzunehmen. Dies könnte unter anderem durch die (Teil-) Finanzierung der Ausbildungskosten oder durch eine Unterstützung in Übergangsphasen bis zum Markteintritt (längere Unterstützung – ALG I mit Bonus) passieren. Die Herausforderung für den Gesetzgeber liegt hier darin, die Branchen und die entsprechenden Berufsbilder korrekt und vollständig zu prognostizieren und das früh genug, um präventiv tätig zu werden und nicht erst, wenn die offenen Bedarfe bereits vorhanden sind. Erfahrungswerte mit einem solchen Instrumentarium konnten während der Corona-Pandemie mit dem an kleinere und mittlere Unternehmen gerichteten Bundesprogramm »Ausbildungsplätze sichern«<sup>60</sup> gesammelt werden.<sup>61</sup>

Die Finanzierung einer solchen branchenspezifischen Ausbildungsförderung könnte im Rahmen eines solidarischen Konzepts auf alle Unternehmen in der betroffenen Branche umgelegt werden. Dies würde der Tatsache Rechnung tragen, dass die so ausgebildeten Arbeitskräfte faktisch ebenfalls allen Unternehmen zur Verfügung stehen, die eine entsprechende Beschäftigung anbieten können.

58 Klein, in: Däubler, Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022 (im Folgenden: Däubler, TVG), § 1 Rn. 937.

59 Vgl. dazu Däubler-Klein, TVG (Fn. 58), § 1 Rn. 937.

60 [https://www.bmbf.de/bmbf/de/bildung/berufliche-bildung/foerderinitiativen-und-programm-ur-staerkerung-der-berufsbildung/bundesprogramm-ausbildungsplaetze-sichern/bundesprogramm-ausbildungsplaetze-sichern\\_node.html](https://www.bmbf.de/bmbf/de/bildung/berufliche-bildung/foerderinitiativen-und-programm-ur-staerkerung-der-berufsbildung/bundesprogramm-ausbildungsplaetze-sichern/bundesprogramm-ausbildungsplaetze-sichern_node.html) (16.3.2022).

61 Erste Einschätzungen zur Nutzung.

Damit würden die Investitionskosten im Bereich der Aus- und Weiterbildung der Mitarbeiter von allen Arbeitgebern gemeinsam getragen und das individuelle wirtschaftliche Risiko damit überschaubarer gemacht. Das entspricht dem bereits angesprochenen Sozialkassenmodell in der Bauwirtschaft.

## (2) (Um-)Qualifizierung und Weiterbildung

Bis zur Einführung und Umsetzung eines solchen Konzeptes muss der kurzfristige Bedarf an neuen benötigten Fachkräften anderweitig gedeckt werden. Hier müssen Wege gesucht werden, um die vorhandenen Arbeitnehmer (um) zu qualifizieren und weiterzubilden, sodass auch ohne Mitarbeiterfluktuation neue Aufgaben wahrgenommen und neue Kenntnisse in die Unternehmen eingebracht werden können. Die bestehenden Instrumente in Bezug auf Qualifizierungsmöglichkeiten sind umfangreich, hier soll explizit auf § 82 SGB III eingegangen werden, der trotz seiner Komplexität<sup>62</sup> als Beispiel für eine jedenfalls nicht misslungene gesetzliche Regelung in diesem Bereich dient.

Die Norm regelt die berufliche Weiterbildung von Arbeitnehmern, die noch in Arbeit sind, bei denen aber bereits klar ist, dass die von ihnen ausgeübten Tätigkeiten in der mittleren Zukunft durch Technologien ersetzt werden. Für diese wird die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Förderungen für Qualifizierungsmaßnahmen geschaffen, die sie wahrnehmen können, noch während sie ihre gegenwärtige Beschäftigung ausüben. Die Hoffnung ist hier, dass die Beschäftigten in anders qualifizierte Beschäftigungen übernommen werden können, noch bevor es im Rahmen ihrer ursprünglichen Tätigkeit zu einem Arbeitsplatzabbau kommt. Für eine gelungene Umsetzung ist die Beteiligung der Arbeitgeber besonders wichtig, da es an ihnen liegt, ggf. vorhandene Weiterbildungsbedarfe sowie geeignete Mitarbeiter zu erkennen und diese entsprechend fortzubilden.

Problematisch ist hier, dass es nach der geltenden gesetzlichen Regelung keine individuellen Ansprüche der Arbeitnehmer gegen ihre Arbeitgeber darauf gibt, an solchen Maßnahmen teilzunehmen, selbst dann nicht, wenn der Wegfall ihrer bisherigen Tätigkeit im Unternehmen droht.

## (3) Kollektivvertragliche Handlungsoptionen

Den Tarifvertragsparteien stehen bereits jetzt eine ganze Reihe an kollektivvertraglichen Handlungsoptionen zur

Verfügung. Diese werden auch teilweise bereits genutzt. So haben etwa die Sozialpartner der Metall- und Elektroindustrie in der Tarifrunde 2021 ein Transformationsgeld vereinbart.<sup>63</sup> Auch sind Rahmenregeln für die sog. Zukunftstarifverträge festgelegt worden. Die Tarifvertragsparteien der Chemieindustrie, IG BCE und BAVC, haben sich im Jahr 2019 auf ein Tarifpaket geeinigt, das unter anderem ein »Chemie Zukunftskonto« schafft: Zu den im Tarifvertrag »Moderne Arbeitswelt« geregelten Wahloptionen gehört die Nutzung der freien Tage für Weiterbildungsmaßnahmen.<sup>64</sup> Dem Transformationsprozess begegnen die Tarifvertragsparteien außerdem mit einer »Qualifizierungsoffensive«: Davon umfasst ist eine branchenweite Trendanalyse, ein Tool zur Qualifikationsanalyse sowie eine Weiterbildungsberatung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer über die BA und andere ausgewählte Agenturen.<sup>65</sup>

Eine weitere Handlungsmöglichkeit sind möglicherweise durch ein Gesetz flankierte Besetzungsregeln in Tarifverträgen. Diese bieten die Möglichkeit, den Arbeitgebern vorzuschreiben, dass zB. bestimmte Arbeitsplätze mit bestimmten Mindestpersonalanteilen (etwa an Umzuqualifizierenden) besetzt werden müssen. Ziel solcher Klauseln ist die Verhinderung von Arbeitslosigkeit in der Transformation.<sup>66</sup>

In Qualifizierungstarifverträgen kann vereinbart werden, in welchem Rahmen Beschäftigte bereits vor der Transformation weiter zu qualifizieren sind; diese Tarifverträge können dabei ggf. auch die im Gesetz fehlenden Ansprüche für Arbeitnehmer enthalten. Auch hier kann der Gesetzgeber unterstützend eingreifen, zB. durch eine Kombination dieser Maßnahmen mit dem Ziel der Beschäftigungssicherung, indem das Arbeitsvolumen einzelner Mitarbeiter reduziert wird und deren in der freigebliebenen Zeit stattfindende Qualifizierung staatlich gefördert wird.

62 Dazu Bieback, SR 2021, 136, 140 ff. und 143.

63 <https://www.igmetall.de/tarif/tarifrunden/metall-und-elektro/tarifergebnis-fuer-die-metall-und-elektroindustrie-2021> (16.3.2022).

64 <https://igbce.de/igbce/chemie-zukunftskonto-178602> (16.3.2022).

65 Bundesagentur für Arbeit, Presseinfo Nr. 44, 1.10.2020, <https://www.arbeitsagentur.de/presse/2020-44-bundesweites-pilotprojekt-von-ba-bavc-und-ig-bce> (16.3.2022).

66 Vgl. dazu Däubler-Klein, TVG (Fn. 58), § 1 Rn. 854 ff.

#### (4) Qualifizierung und Weiterbildung im Individualarbeitsrecht

Ein Defizit besteht hinsichtlich der Regulierung der Qualifizierung und Weiterbildung vor allem im Individualarbeitsrecht. Beide sind lange Zeit nicht in hinreichendem Umfang als Individualansprüche ausgestaltet worden. Dies hatte eine starke Dominanz der Leistungen nach dem SGB III zur Folge. Gleichwohl bestehen bereits Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen zur Qualifizierung. Darüber hinaus gibt es in unterschiedlichen Landesgesetzen gesetzliche Regelungen zum Bildungsurlaub und zur beruflichen Weiterbildung.<sup>67</sup> Im bestehenden Arbeitsverhältnis ergibt sich allerdings ein Finanzierungsproblem für solche Maßnahmen, das eng mit der Frage des Ersatzes der Arbeitsleistung während der Qualifikationsphase verbunden ist. Hier müsste eine staatliche Förderung anknüpfen: eine Lösungsmöglichkeit wäre ein staatlich bezuschusstes individuelles Arbeitszeitkonto mit Entnahmemöglichkeiten für Weiterbildungszeiten.

#### b) Arbeitszeitrecht

Neben der rechtlichen Regulierung der Ausbildung und Qualifizierung spielt vor allem das Arbeitszeitrecht in der aktuellen Diskussion über die Möglichkeiten der Anpassung des Arbeitsrechts an eine aufgrund ökologischer Transformation veränderte Realität auf dem Arbeitsmarkt eine wichtige Rolle. Es geht dabei um die Frage, inwiefern der Arbeitsmarkt durch verschiedene Formen der Arbeitszeitreduzierung entlastet werden kann. Das Terrain ist komplex: in den letzten 1,5 Jahren wurden gleich zwei Gesetzesentwürfe<sup>68</sup> durch das BMAS vorgestellt, die sich vor allem mit der Regulierung der Arbeitszeit während der sog. »Mobilen Arbeit« beschäftigen, die jedoch beide nicht umgesetzt wurden. Dazu kommt die starke Überforderung durch das Unionsrecht, insbesondere durch die ArbZ-RL<sup>69</sup>.

Auf den ersten Blick wird deutlich, dass die beschäftigungspolitischen Effekte bei einer Reduzierung der Arbeitszeit stark umstritten sind.<sup>70</sup> Die Fronten scheinen verhärtet: bei vielen Unternehmen herrscht auch weiterhin eine sehr starke Präsenzkultur verbunden mit der fehlenden Akzeptanz von individuellen Wünschen nach Arbeitszeitreduzierung. Dabei geht es häufig um die Frage nach der Ersetzbarkeit von qualifiziertem Personal und die Kompetenz im Umgang mit Doppelzuständigkeiten. Ein Kulturwandel scheint hier dringend notwendig zu

sein. Es handelt sich hier aber nicht nur um eine kulturelle Frage, lohnend ist sehr wohl auch der Blick auf die rechtlichen Fragestellungen mit Blick auf Anpassungen des Arbeitszeitrechts.

#### (1) Ausgangslage

Die Ausgangslage in Bezug auf die Regulierung der Arbeitszeit ist geprägt durch die starke Dominanz kollektivvertraglicher Regulierung, die eine Mitarbeit der Tarifvertragsparteien notwendig macht, wenn es darum geht, Anpassungen im Sinne einer ökologischen Transformation vorzunehmen. Gleichwohl kann daneben auch der Gesetzgeber tätig werden und einige Aspekte der Arbeitszeitgestaltung so regeln, dass ein potenzieller geringerer Bedarf an Arbeitskraft aufgefangen werden kann. Ansatzpunkte, die im Folgenden besprochen werden sollen, sind dabei die Reduzierung der Arbeitszeit durch eine Regulierung von Überstunden und deren Vergütung sowie der Wochenarbeitszeit, Teilzeit-Modelle und schließlich die vermehrte Verbreitung von Homeoffice bzw. mobiler Arbeit und deren Beitrag zur ökologischen Transformation innerhalb von Unternehmen.

#### (2) Reduzierung der Arbeitszeit

Wenn es darum geht, einen geringeren Bedarf an Arbeit aufzufangen, ohne dass Menschen ihre Arbeit verlieren, ist die Reduzierung der individuellen Arbeitszeit ein naheliegender Ansatzpunkt. Dies gilt umso mehr, als dass in Deutschland vielerorts deutlich mehr gearbeitet wird, als vereinbart. 2019 wurden in Deutschland ca. 2 Mrd. Überstunden gearbeitet, davon ca. die Hälfte unbezahlt.<sup>71</sup> Doch nicht nur die Reduzierung der Überstunden ist ein möglicher Ansatzpunkt, präsent ist daneben auch die Forderung nach einer Reduzierung der Wochenarbeitszeit, zB. im Rahmen einer 4-Tage-Woche oder eines 6-Stunden-Tages.

67 ZB. Gesetz zur Freistellung von der Arbeit für Maßnahmen der Weiterbildung (Bildungsfreistellungsgesetz) in Sachsen-Anhalt, GVBl. LSA Nr. 10/1998, S. 92.

68 1. Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales – Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG) v. 5.10.2020 und 2. Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales – Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG) v. 26.11.2020.

69 RL 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung.

70 Seifert, WSI-Mitteilungen 2000, 237, 240.

71 Durchschnittliche Arbeitszeit und ihre Komponenten in Deutschland, Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung, Nürnberg 2021.

Es gibt jedoch auch einige Faktoren, die eine Reduzierung der Arbeitszeit erschweren. Diese sind vielfältiger Natur. In Bezug auf die Reduzierung von Überstunden sind die beschäftigungspolitischen Effekte umstritten.<sup>72</sup> Hinzu kommt die Entgeltpräferenz vieler Beschäftigter, die ihre Überstunden lieber vergütet bekommen, als diese an anderer Stelle auszugleichen.<sup>73</sup> In einigen Branchen herrscht ein Fachkräftemangel, sodass die geringere Arbeitsleistung individueller Beschäftigter auch nur unzureichend aufgefangen werden kann. Eine wichtige Rolle spielt auch, dass Gewerkschaften Reduzierungen der Arbeitszeit häufig nur mit (vollem) Gehaltsausgleich akzeptieren können, was die Handlungsspielräume stark begrenzt. Im Niedriglohnsektor kann eine Reduzierung der Wochenarbeitszeit ohne Gehaltsausgleich zudem dazu führen, dass ein Absinken in die Grundsicherung droht, was aus sozialpolitischen Gesichtspunkten unbedingt zu verhindern ist.

#### i) Reduzierung von Überstunden

In Bezug auf die Reduzierung von Überstunden steht dem Gesetzgeber einiges an Handlungsoptionen zur Verfügung, um regulierend tätig zu werden.

Eine Möglichkeit wäre, in Anlehnung an § 6 Abs. 5 ArbZG, der die Nachtarbeit betrifft, für Überstunden einen obligatorischen Freizeitausgleich zu regeln, sofern keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen. Die in § 6 Abs. 5 ArbZG vorgesehene Abgeltung durch einen Zuschlag auf das Bruttoentgelt könnte nur in Form einer zu begründenden Ausnahme zugelassen werden, um der Entgeltpräferenz der Beschäftigten entgegenzuwirken. Damit einhergehen könnte außerdem ein Verbot der Pauschalabgeltung von Überstunden sowie die gesetzliche Festlegung eines zwingenden Mindestzuschlags bei der Abgeltung von Überstunden.

Ein anderes Modell des Freizeitausgleichs wäre die obligatorische oder freiwillige Überführung der Überstunden in Langzeitkonten. Diese ermöglichen den Beschäftigten, ihre Arbeit später bei vollem Gehalt über kürzere oder längere Zeiträume zu unterbrechen, zB. für Sabbaticals oder Familienzeiten. Der Anteil an Betrieben, die ein solches System bereits zur Verfügung stellen, liegt seit einigen Jahren gleichbleibend bei lediglich ca. 2 %.<sup>74</sup> Hier könnte eine gesetzliche Regulierung Anreize schaffen und Eckpfeiler vorgeben, die die Einführung erleichtern und voranbringen.

In der Praxis bestehen allerdings weiterhin massive Anpassungsschwierigkeiten in überstundenaffinen Branchen, die eine sofortige Umsetzung solcher Maßnahmen schwer durchsetzbar machen. Hier sind Übergangsregelungen notwendig.

#### ii) Reduzierung der Wochenarbeitszeit (4-Tage-Woche)

Neben der Reduzierung der Überstunden, die nur einen, wenn auch beachtlichen, Teil der Vollzeit-Beschäftigten betrifft, wird die Reduzierung der Wochenarbeitszeit für alle Vollzeit-Beschäftigten diskutiert. Hier soll vorrangig auf das Modell der 4-Tage-Woche eingegangen werden; dabei arbeiten Vollzeit-Beschäftigte nur an vier anstatt wie bisher an fünf Tagen die Woche mit der damit einhergehenden Reduzierung ihrer Wochenstunden.

Dieses Modell ist bereits im Rahmen der geltenden Rechtslage möglich und Teil der Forderungen einiger Gewerkschaften.<sup>75</sup> Eine gesetzlich vorgeschriebene 4-Tage-Woche wird kaum realisiert werden: die Regulierung der Arbeitszeit ist gem. § 3 ArbZG nur aus Gesichtspunkten des Arbeits- und Gesundheitsschutzes möglich. Die tägliche und wöchentliche Höchstarbeitszeit kann (und muss) zwar gesetzlich beschränkt werden, zu enge Grenzen sind hier allerdings problematisch, da dadurch die Erwerbschancen Einzelner, insbesondere von Geringverdienenden, beschränkt werden. Hier kann nur mittelbar steuernd eingegriffen werden, zB. durch eine staatliche Förderung von Transformationstarifverträgen. Die konkrete Ausgestaltung wird und sollte aber in der Regel durch Tarifverträge geschehen.

Daneben ist ein Ausbau der Teilzeit möglich, wobei aber die damit einhergehenden Armutsrisiken, vor allem im Alter, immer mit zu berücksichtigen sind.

In einigen Unternehmen wird die 4- bzw. 4,5-Tage-Woche so umgesetzt, dass an den ersten vier Tagen mehr gearbeitet wird, damit der fünfte Tag dann ganz oder teilweise freigenommen werden kann. Dieses Modell geht in der Regel mit einer Überschreitung der regelmäßigen werktäglichen Höchstarbeitszeit von acht Stunden am Tag

72 Seifert, WSI-Mitteilungen 2000, 237, 240.

73 Dazu: Brauner et al., Überstunden, Ausgleichsmöglichkeiten, Gesundheit und Work-Life-Balance – Repräsentative Ergebnisse der BAuA-Arbeitszeitbefragung 2017, BAuA, Dortmund 2020; Pundt/Gerstenberg, Fehlzeiten-Report 2018, 255.

74 Ellguth/Gerner/Zapf, IAB-Kurzbericht 15/2018, 1 ff.

75 ZB. <https://www.igmetall.de/tarif/tarifrunden/metall-und-elektro/4-tage-woche-als-wahlmoeglichkeit> (16.3.2022).

gem. § 3 ArbZG einher. Wegen der ab einer Arbeitszeit von mehr als acht Stunden abnehmenden Konzentrationsfähigkeit und dem damit einhergehenden erhöhten Unfallrisiko ist das aber jedenfalls nicht für alle Tätigkeiten unbedenklich.<sup>76</sup> Längere Arbeitszeiten haben außerdem nachweisbar einen negativen Einfluss auf die Gesundheit von Beschäftigten.<sup>77</sup> Ein stärkeres Enforcement des geltenden Rechts in Bezug auf die Arbeitszeit durch deren Erfassung und Kontrolle würde sehr wahrscheinlich bereits zu einer Reduzierung der Arbeitszeit in vielen Branchen führen, auch ohne dass weitere regulierende Eingriffe, die ohnehin nur sehr begrenzt möglich sind, notwendig wären.

### iii) Teilzeit

In Bezug auf die Arbeitszeit besteht bei vielen Beschäftigten ein Ungleichgewicht zwischen Wünschen und Realität, das seine Ausprägung in beide Richtungen hat: Viele Menschen würden gerne ihre Arbeitszeit reduzieren, können dies aber nicht. Umgekehrt gibt es viele Personen in Teilzeit, die gerne mehr arbeiten würden, dies aber nicht können.<sup>78</sup> Ungeachtet aller wirtschaftlichen Erwägungen wird deutlich, dass die Arbeitszeit nur in unzureichendem Maße durch die Beschäftigten mitgestaltet werden kann. Bisher gibt es dafür nur unvollkommene gesetzliche Lösungen, wie die Brückenteilzeit<sup>79</sup>, § 8 TzBfG und einige Sonderregeln für spezifische Situationen. Gleichwohl werden individuelle Reduzierungswünsche noch immer unzureichend abgebildet. Vielen Beschäftigten geht es bei ihrem Wunsch nach Reduzierung der Arbeitszeit in erster Linie darum, die Lage ihrer Arbeitszeit zu beeinflussen und die Garantie zu haben, zu bestimmten Zeiten nicht arbeiten zu müssen, zB. um Betreuungspflichten wahrzunehmen. Eine Möglichkeit zur Behebung dieses Problems kann in einem Anspruch auf »Nichtarbeitszeit«, also die Festlegung von Zeiträumen, in denen der Arbeitgeber keine Tätigkeit zuweisen darf, liegen.

Allerdings kann die Ausweitung von Ansprüchen auf Mitbestimmung bei der Lage der (Nicht-)Arbeitszeit zu Verteilungskämpfen zwischen den Beschäftigten führen, da aus betrieblichen Gründen vielfach auch zu »unbeliebten« Zeiten gearbeitet werden muss. Hier ist es wichtig, Vorrangregelungen für Personen, die einen Sachgrund, wie zB. die Kinderbetreuung, für ihre Verteilung geltend machen können, zu schaffen. Mit einer Zunahme von Teilzeitregelungen wird diese Frage immer drängender.

Der wichtigste Grund gegen eine pauschale Reduzierung der individuellen Arbeitszeit sind aber die drohenden Entgeltverluste. Teilzeit muss man sich leisten können. Für viele Geringverdiener stellt sie ein massives Armutsrisiko dar und ist daher keine mögliche Option.<sup>80</sup> Unter Umständen kann sie sogar als Vertrag zu Lasten Dritter gesehen werden. Denn diese müssen mittelbar die Folgekosten unzureichender Alterssicherung von Personen tragen, die aufgrund ihrer Teilzeitarbeit keine ausreichenden Ansprüche auf eine Altersrente aufbauen können. Inwiefern ein voller Entgeltausgleich die Lösung für dieses Problem ist, ist hoch umstritten; ein solcher kann allenfalls durch Tarifverträge gewährleistet werden. Der Gesetzgeber kann hier aber durch die (finanzielle) Förderung von Transformationsstarifverträgen mit Arbeitszeitreduzierung wichtige Anreize schaffen, zB. durch die Übernahme der Sozialversicherungskosten bei einem Entgeltausgleich.

Darüber hinaus wäre ein Ausgleich aus dem SGB III zumindest während des Übergangs für eine bestimmte Stundenzahl oder Instrumente ähnlich denen im Rahmen der Kurzarbeit denkbar. Auch diese lindern aber nur das Grundproblem: Teilzeitarbeit ist für viele Menschen ein substanzielles Armutsrisiko.

### c) Home-Office/Mobiles Arbeiten

Ein weiterer Ansatzpunkt, nicht zur Bewältigung des mit der ökologischen Transformation potenziell einhergehenden geringeren Bedarfs an Arbeitskraft, sondern zur Förderung eben dieser Transformation, ist möglicherweise der Ausbau der Möglichkeiten für Beschäftigte, ihre Arbeit von zuhause oder einem Ort ihrer Wahl zu erledigen. Insbesondere seit Beginn der Covid19-Pandemie, aber teilweise bereits zuvor, hat der Anteil der Arbeitnehmer, die ihre Arbeit, überwiegend oder vollständig, von zuhause leisten, stark zugenommen.<sup>81</sup> Denkbare positive Effekte dessen in Bezug auf das Klima sind der geringere Energie-

76 Folkard/Lombardi, *American journal of industrial medicine* (2006) 49, 953.

77 Nachreiner/Rädiker/Janßen/Schomann, Untersuchungen zum Zusammenhang zwischen der Dauer der Arbeitszeit und gesundheitlichen Beeinträchtigungen, GAWO, Oldenburg 2005, S. 39.

78 Grözinger/Matiaske/Tobisch, Arbeitszeitwünsche, Arbeitslosigkeit und Arbeitszeitpolitik, Deutsches Institut für Wirtschaftsforschung, Berlin 2008, S. 6 f.

79 Ausführlich: Bayreuther, NZA 2018, 1577.

80 Trischler/Kistler, Wandel im Erwerbsverlauf und Rentenanspruch – Der Einfluss des Wandels der Erwerbsverläufe auf die individuellen Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung, Stadtbergen 2011, S. 6 f.

81 WSI, Entwicklung der Nutzung von Homeoffice vor und während der Corona-Pandemie bis 2021, Düsseldorf 2021.

verbrauch durch die An- und Abreise zur Arbeit<sup>82</sup> sowie die generelle Reduktion von Reiseaktivitäten in Form von Geschäftsreisen durch die Normalisierung der Onlinezusammenarbeit<sup>83</sup>. Dem entgegen steht aber ein möglicherweise erhöhter Energie- und Ressourcenverbrauch für den Aufbau und Betrieb der notwendigen IT-Infrastruktur.<sup>84</sup>

Auch wenn es damit insgesamt noch keine gesicherte Klima-Bilanz der Arbeit im Homeoffice gibt, ist diese dennoch als Baustein im Rahmen weitergehender gesetzlicher Anpassungen der Arbeitsbedingungen denkbar.

Damit diese als Flexibilisierungsinstrument aber auch für Beschäftigte attraktiv ist, ist die Einführung eines gesetzlichen Anspruchs auf mobile Arbeit notwendig. Hinsichtlich des Arbeitsorts besteht gem. § 106 S. 1 GewO das Direktionsrecht des Arbeitgebers, das wiederum häufig durch den arbeitsvertraglich festgelegten Arbeitsort begrenzt wird. Das beschränkt die Möglichkeit der Arbeit im Homeoffice in zweierlei Hinsicht: Einerseits darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht unter Wahrnehmung seines Direktionsrechts ohne rechtliche Grundlage ins Homeoffice »schicken«; andererseits hat der Arbeitnehmer aber auch keinen Anspruch darauf, im Homeoffice beschäftigt zu werden.<sup>85</sup> Ein solcher Anspruch war, wenn auch zeitlich stark begrenzt auf 24 Tage im Jahr, in einem ersten Gesetzesentwurf über Mobile Arbeit des BMAS<sup>86</sup> noch vorgesehen, der richtigerweise am Direktionsrecht in § 106 S. 1 GewO anknüpfte. Nach deutlicher Kritik von Seiten der Arbeitgeberverbände enthielt der zweite Gesetzesentwurf dann nur noch einen »Verhandlungsanspruch«, der den Arbeitgeber verpflichtet, entsprechende Wünsche der Arbeitnehmer mit diesen zu besprechen und eine Ablehnung zu begründen.<sup>87</sup>

In der Praxis wird die Tätigkeit im Homeoffice häufig einvernehmlich zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart oder entsprechende Ansprüche tarifvertraglich geregelt. Eine dauerhafte Regelung der zum 19. März 2022 ausgelaufenen Pflicht, die Tätigkeit im Homeoffice unter bestimmten Voraussetzungen anzubieten, wäre jedoch ein wichtiges Signal.

### 3. Betriebliche Mitbestimmung und ökologische Transformation

Ein weiteres wichtiges arbeitsrechtliches Handlungsfeld in Bezug auf die Folgen der ökologischen Transformation stellt die betriebliche Mitbestimmung dar.

Das beginnt beim betrieblichen Umweltschutz (§ 80 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG).<sup>88</sup> Einschränkung ist hier festzustellen, dass die Partizipation der Beschäftigten für ihr Funktionieren voraussetzt, dass die Beschäftigten ein Interesse daran haben, eine nachhaltige Entwicklung ihres Unternehmens voranzutreiben. Jedenfalls in den Fällen, in denen das so ist, handelt es sich aber um eine sinnvolle Option, deren Potential noch lange nicht vollständig ausgeschöpft ist. Rechtlich sind die Möglichkeiten von Betriebsräten allerdings begrenzt, weil zwar Transformationsfolgen in vielfältiger Hinsicht mit den bewährten Kriseninstrumenten bewältigt werden können. Das kann aber maximal Akzeptanzprobleme beseitigen und Folgen mildern.

#### a) Betriebliche Mitbestimmung

In Bezug auf die klassische betriebliche Mitbestimmung durch den Betriebsrat liegt das Hauptdefizit in der fehlenden Möglichkeit der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG bei Maßnahmen, die der ökologischen Transformation des Unternehmens dienen. So scheiterte der Versuch einer »Rahmen-Betriebsvereinbarung zu Ressourceneffizienz und nachhaltigem Handeln« bei einem großen Telekommunikationsunternehmen an der Weigerung des Arbeitgebers, eine solche abzuschließen.<sup>89</sup>

Eine denkbare Lösung für dieses strukturelle Problem ist die Erweiterung des § 89 BetrVG.<sup>90</sup> Nach Abs. 1 S. 1 der Norm hat sich der Betriebsrat dafür einzusetzen, dass die Vorschriften über den betrieblichen Umweltschutz durchgeführt werden. Dafür ist er gem. § 89 Abs. 2 S. 2 BetrVG durch den Arbeitgeber bei Fragen und Besichtigungen

82 *Le Quéré et al.*, Nature, Vol. 10, July 2020, 647, 652.

83 *Haas/Jürgens/Brunnengräber*, FJSB 2020, Bd. 33, Heft 4, 834, 840.

84 *Obringer et al.*, Resources, Conservation & Recycling 167 (2021), 1.

85 Vgl. LAG Rheinland-Pfalz (Kammer), 18.12.2014 – 5 Sa 378/14 – AE 2015, 136; LAG Köln, 24.5.2016 – 12 Sa 677/13, juris; *Krieger/Rudnik/Povedano Peramoto*, NZA 2020, 473, 478.

86 1. Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales – Entwurf eines Gesetzes zur mobilen Arbeit (Mobile Arbeit-Gesetz – MAG) v. 5.10.2020.

87 Dazu *Ulber/Stein*, AuR 2021, 148 ff.

88 Dazu *Däubler*, NZA 2020, 1155, 1156.

89 *Longmus/Skroblin*, Nachhaltigkeit in Unternehmen – Ansätze, Strategien und Kompetenzen für Betriebsräte Erfahrungen und Erkenntnisse aus einem Projekt der Hans-Böckler-Stiftung, Berlin 2015.

90 Dazu *Däubler*, NZA 2020, 1155.

hinzuzuziehen und ihm sind Auflagen und Anordnungen mitzuteilen. Vorzugswürdig wäre hier ein zwingendes Mitbestimmungsrecht wie in § 87 Abs. 1 BetrVG oder zumindest eine anderweitige Stärkung seiner Beteiligungsrechte, wie zB. ein Initiativrecht für Maßnahmen des betrieblichen Umweltschutzes.<sup>91</sup> Zumindest, soweit der Arbeitgeber selbst Vorgaben für die Beschäftigten macht, dass und wie energieeffizient oder ressourcensparend zu arbeiten ist, ist das mitbestimmungspflichtig. Das Gleiche gilt für die Ausgestaltung der mobilen Arbeit, die seit Erlass des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes in § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG normiert und damit der zwingenden Mitbestimmung des Betriebsrats unterworfen ist.<sup>92</sup> Allerdings ist hiervon nur das »Wie« der mobilen Arbeit erfasst; der Betriebsrat hat kein Initiativrecht auf die Einführung mobiler Arbeit im Unternehmen.<sup>93</sup> Auch hier wäre eine Erweiterung der Befugnisse denkbar und wünschenswert.

Zu nennen sind daneben Handlungsmöglichkeiten im Bereich der personellen Mitbestimmung nach § 96 BetrVG.<sup>94</sup> Auch hier erwächst aber aus der Förderpflicht des Arbeitgebers kein individueller Anspruch.<sup>95</sup>

#### b) Unternehmensmitbestimmung

Ein weiteres Handlungsfeld ist die Unternehmensmitbestimmung. Das Themenfeld der Nachhaltigkeit im Unternehmensrecht ist so weit gesteckt, dass hier nur am Rande auf die damit verbundenen Fragen eingegangen werden kann. Die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat können im Rahmen ihrer Tätigkeit auf die Beachtung von Nachhaltigkeitsaspekten achten. Auch hier wäre ein Ausbau der Befugnisse wünschenswert, um eine nachhaltige Unternehmensentwicklung stärker vorantreiben zu können und dabei die Interessen der Arbeitnehmer hinreichend zu berücksichtigen.

## 4. Steuerrechtliche Förderung

Wichtig ist auch zu berücksichtigen, dass sich die Bereitschaft zur Weiterbildung und Qualifizierung immer auch auf die beitragsrechtliche und steuerrechtliche Einordnung der Kosten bzw. etwaiger übernommener Kosten für die Maßnahmen auswirkt. Dazu gehört auch, dass dann, wenn Beschäftigte ihre Weiterqualifizierung selbst in die Hand nehmen, berufliche Fort- und Weiterbildungen durch den Arbeitgeber steuerfrei gefördert werden können. Dazu bietet das geltende Recht bereits

Möglichkeiten.<sup>96</sup> Allerdings ist auf Arbeitnehmerseite zu berücksichtigen, dass sich die steuerrechtliche Anreizwirkung gegenwärtig wegen der Steuerprogression besonders bei Personen auswirkt, die über ein hohes Einkommen und damit typischerweise über ein höheres Qualifikationsniveau verfügen.<sup>97</sup> Der Subventionierungseffekt des Steuerrechts entfaltet sich also vor allem bei Personen, die zwar nicht generell, aber doch häufig über ein geringeres Arbeitsmarktrisiko verfügen. Mit Blick auf die effektive Nutzung staatlicher Ressourcen für die Weiterbildung ist diese Art der Förderung damit zwar nicht unwichtig, unter Gerechtigkeitsaspekten aber auch nicht unproblematisch. Gerade für geringqualifizierte Personen sind also andere Instrumente notwendig, um eine effektive Förderung zu erreichen.

## IV. Wahlprogramme der Bundestagsparteien<sup>98</sup> und Koalitionsvertrag

Alle Parteien, die bei der Bundestagswahl im vergangenen September zur Wahl standen, machten in ihren Wahlprogrammen Vorschläge dazu, wie das Arbeitsrecht den Herausforderungen des sich wandelnden Arbeitsmarktes begegnen sollte. Diese wurden hier zusammenfassend betrachtet und im Anschluss mit den im Koalitionsvertrag der neuen Regierung vom 24. November 2021<sup>99</sup> vereinbarten Lösungen verglichen.

### 1. Qualifizierung

Alle fünf Parteien sahen beim Thema Qualifizierung Verbesserungsbedarf. Während die CDU/CSU hier vor allem auf einen Ausbau der bestehenden Angebote

<sup>91</sup> Ebd.

<sup>92</sup> BT-Drs. 19/29819, S. 4.

<sup>93</sup> *Kania*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl., München 2022, § 87 BetrVG Rn. 137.

<sup>94</sup> Dazu etwa *Rennpferdt*, SR 2021, 149.

<sup>95</sup> *Rennpferdt*, SR 2021, 149, 150.

<sup>96</sup> Vgl. dazu *Denker/Hage*, LGP 2021, 176.

<sup>97</sup> *Cordes*, BWP 2020, 12, 15.

<sup>98</sup> Von einer der zur Wahl stehenden Parteien gab es im Wahlprogramm keine qualifizierten Aussagen zur Arbeitspolitik, diese wurde daher in der folgenden Darstellung nicht berücksichtigt.

<sup>99</sup> Koalitionsvertrag SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP (Fn. 40).

(wie zB. der Bildungsprämie) setzte<sup>100</sup>, forderten die Sozialdemokraten, Bündnis 90/Die Grünen und die Linke die Einführung eines, in der Ausgestaltung in den Details voneinander abweichenden Weiterbildungsanspruches zusammen mit einer finanziellen Förderung<sup>101</sup>. Diese wurde der Höhe nach nur von der Linken genau beziffert.<sup>102</sup> Außerdem knüpften alle Parteien, außer die Linke, an das bereits bestehende BAföG an und forderten dessen Erweiterung zur Förderung von Ausbildungen zu einem späteren Zeitpunkt in der Erwerbslaufbahn unter unterschiedlichen Bezeichnungen.<sup>103</sup> Die SPD und die Linke setzten daneben auf einen Anspruch auf Reduzierung der Arbeitszeit mit Rückkehroption zur Nutzung von Weiterbildungs- und Qualifizierungsangeboten.<sup>104</sup> Die SPD forderte die Umbenennung und Umgestaltung der Bundesagentur für Arbeit in eine Bundesagentur für Arbeit und Qualifizierung und gemeinsam mit der Partei Bündnis 90/Die Grünen der Arbeitslosenversicherung in »(solidarische) Arbeitsversicherung«.<sup>105</sup> Die FDP lehnte eine Bezuschussung der Qualifizierungskosten ab und schlug stattdessen die Möglichkeit der Ansparung durch ein persönliches Freiraumkonto der Arbeitnehmer vor.<sup>106</sup> Daneben lag der Fokus hier, wie bei der CDU/CSU ebenfalls, auf der Digitalisierung und Verbreiterung der Bildungsangebote.<sup>107</sup>

Der Koalitionsvertrag erkennt an, dass der Mangel an qualifizierten Fachkräften eines der größten Hindernisse für Wirtschaftswachstum und das Gelingen der Transformation in Deutschland sein kann und sichert daher eine Weiterentwicklung der Fachkräftestrategie und der Nationalen Weiterbildungsstrategie zu.<sup>108</sup> Dazu sollen der Ausbau des Aufstiegs-BAföG, die Einführung des Lebenschancen-BAföG und die Möglichkeit zum Bildungssparen mithilfe von Freiraumkonten dienen.<sup>109</sup> Außerdem ist eine Erweiterung des Transfer-Kurzarbeitergeldes und die Einführung eines Qualifizierungsgeldes geplant, das dazu dienen soll, Beschäftigte durch Qualifizierung im Betrieb halten zu können.<sup>110</sup> Auch die Einführung einer Bildungsteilzeit ist geplant.<sup>111</sup> Hier bleibt abzuwarten, wie diese dem Grunde nach begrüßenswerten, neuen Instrumente konkret ausgestaltet werden. Nicht enthalten ist ein individualarbeitsrechtlicher Anspruch der Arbeitnehmer gegen ihren Arbeitgeber auf Qualifizierung und Weiterbildung.

## 2. Arbeitszeit und Mobile Arbeit

In Bezug auf die Arbeitszeit forderten sowohl die FDP als auch die CDU/CSU einen Umstieg von einer täglichen auf eine wöchentliche Höchstarbeitszeit, um eine flexiblere Einteilung der Arbeitszeit zu ermöglichen; die anderen Parteien lehnten dies ab.<sup>112</sup>

Einen Rechtsanspruch auf mobile Arbeit bzw. Arbeit im Homeoffice wollten SPD, Bündnis 90/Die Grünen und die Linke einführen<sup>113</sup>; die FDP setzte hier auf den im zweiten Entwurf des Mobile-Arbeit-Gesetzes gewählten Erörterungsanspruch und die CDU/CSU auf eine Gestaltung durch die Sozialpartner.<sup>114</sup> Den umfassendsten Forderungskatalog in Bezug auf die Arbeitszeit hatte die Linke mit einem Anspruch auf eine Vollzeitstelle, dem Recht auf vorübergehende Arbeitszeitverkürzung, dem Anspruch auf familiengerechte Arbeitszeiten und

100 Wahlprogramm CDU/CSU »Das Programm für Stabilität und Erneuerung«, Z. 2935 f., <https://www.csu.de/common/download/Regierungsprogramm.pdf> (16.3.2022).

101 Wahlprogramm Die Linke »Zeit zu handeln: Für soziale Sicherheit, Frieden und Klimagerechtigkeit!«, S. 19, [https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2021/Wahlprogramm/DIE\\_LINKE\\_Wahlprogramm\\_zur\\_Bundestagswahl\\_2021.pdf](https://www.die-linke.de/fileadmin/download/wahlen2021/Wahlprogramm/DIE_LINKE_Wahlprogramm_zur_Bundestagswahl_2021.pdf) (16.3.2022); Wahlprogramm Bündnis 90/Die Grünen »Deutschland. Alles ist drin.«, S. 17, <https://www.gruene.de/artikel/wahlprogramm-zur-bundestagswahl-2021> (16.3.2022); Wahlprogramm SPD »Aus Respekt vor deiner Zukunft«, <https://www.spd.de/fileadmin/Dokumente/Beschluesse/Programm/SPD-Zukunftsprogramm.pdf> (16.3.2022).

102 Wahlprogramm Die Linke (Fn. 101), S. 19.

103 Midlife-BAföG (Wahlprogramm FDP »Nie gab es mehr zu tun.«, S. 16, [https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-06/FDP\\_Programm\\_Bundestagswahl2021\\_1.pdf](https://www.fdp.de/sites/default/files/2021-06/FDP_Programm_Bundestagswahl2021_1.pdf) [16.3.2022]), Aufstiegs-BAföG (Wahlprogramm CDU/CSU [Fn. 100], Z. 2955 ff.), Aufstiegs- und Neustart-BAföG (Wahlprogramm SPD [Fn. 101], S. 32), Weiterbildungs-BAföG (Wahlprogramm Bündnis 90/Die Grünen [Fn. 101], S. 152).

104 Wahlprogramm Die Linke (Fn. 101), S. 19 f.; Wahlprogramm SPD (Fn. 101).

105 Wahlprogramm SPD (Fn. 101), S. 31; Wahlprogramm Bündnis 90/Die Grünen (Fn. 101), S. 107.

106 Wahlprogramm FDP (Fn. 103), S. 16.

107 Wahlprogramm FDP (Fn. 103), S. 16 ff.; Wahlprogramm CDU/CSU (Fn. 100), Z. 2918 ff.

108 Koalitionsvertrag SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP (Fn. 40), S. 32 f.

109 Koalitionsvertrag SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP (Fn. 40), S. 67.

110 Koalitionsvertrag SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP (Fn. 40), S. 68.

111 Koalitionsvertrag SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP (Fn. 40), S. 67.

112 Wahlprogramm FDP (Fn. 103), S. 27; Wahlprogramm CDU/CSU (Fn. 100), Z. 1281 ff.

113 Wahlprogramm SPD (Fn. 101), S. 29; Wahlprogramm Bündnis 90/Die Grünen (Fn. 101), S. 106; Wahlprogramm Die Linke (Fn. 101), S. 18

114 Wahlprogramm FDP (Fn. 103), S. 27; Wahlprogramm CDU/CSU (Fn. 100), Z. 2697 ff.

eine sechswöchige Pflegezeit mit Lohnfortzahlung durch die Arbeitgeber sowie einem Recht auf eine einjährige Auszeit zweimal im Berufsleben für alle Beschäftigten.<sup>115</sup> Die SPD forderte neben der Linken explizit eine vollständige Erfassung der Arbeitszeit<sup>116</sup> und gemeinsam mit der CDU den Ausbau und die Umgestaltung der Zeitkonten für Arbeitnehmer, um die Möglichkeit einer Ansparung und späteren Einlösung von Arbeitsstunden sowie eine staatliche Bezuschussung im Rahmen dieser Konten zu ermöglichen.<sup>117</sup> Eine Verkürzung der Arbeitszeit für alle Beschäftigten forderten Bündnis 90/Die Grünen und die Linke und drücken in diesem Kontext auch ihre Unterstützung der diesbezüglichen IG Metall-Forderung aus.<sup>118</sup>

In Bezug auf die Regelung der Arbeitszeit und des Arbeitsortes konnte sich die FDP im Koalitionsvertrag durchsetzen. Beschäftigte sollen lediglich einen Erörterungsanspruch in Bezug auf Mobile Arbeit erhalten und nicht, wie in den Wahlprogrammen von SPD und Bündnis 90/Die Grünen gefordert, einen Rechtsanspruch auf mobile Arbeit.<sup>119</sup> Bezüglich der Arbeitszeit wird zwar »am Grundsatz des 8-Stunden Tages« festgehalten; es sollen jedoch sog. »Experimentierräume« geschaffen werden, mithilfe derer in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen auf Grundlage von Tarifverträgen von der im ArbZG festgeschriebenen Tageshöchstleistungszeit abgewichen werden kann.<sup>120</sup> Dies ist bedenklich.

Zur Erfassung der Arbeitszeit machen die Koalitionspartner keine konkreten Angaben. Es soll lediglich gemeinsam mit den Sozialpartnern geprüft werden, welcher Anpassungsbedarf im Arbeitszeitrecht sich aus der Rechtsprechung des EuGH ergibt.<sup>121</sup> In Bezug auf den hier eindeutig bestehenden Handlungsbedarf kann auf eine ausführliche Analyse dieser Rechtsprechung verwiesen werden.<sup>122</sup>

## V. Fazit

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Veränderungsprozesse am Arbeitsmarkt durch das Arbeits- und Sozialrecht nur begrenzt gestaltet werden können. Das Recht kann aber präventiv so ausgerichtet werden, dass es

Veränderungsprozesse so abfängt, dass Nachteile für Unternehmen und vor allem für die Beschäftigten geringer ausfallen. Zudem müssen Handlungsoptionen in Transformationsprozessen gestärkt werden. Das betrifft nicht nur die betriebliche und tarifvertragliche Ebene, sondern auch Beschäftigte und Arbeitgeber unmittelbar. Im Bereich des SGB III sind trotz bestehender Optimierungsmöglichkeiten bereits jetzt viele positive Ansätze zu verzeichnen, insbesondere was die Unterstützung von Qualifizierungs- und Weiterbildungsmaßnahmen angeht.<sup>123</sup> Das Arbeitsrecht kann hier noch aufholen. Der Koalitionsvertrag der Ampel-Koalition aus SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP weist in Teilen vielversprechende Ansätze auf, bleibt jedoch hinsichtlich anderer Aspekte hinter den Erwartungen zurück. Im Bereich der Arbeitszeit werden Potentiale verschenkt.

Die Qualifizierung wird mindestens ein zentraler Baustein für die Bewältigung der Transformationsprozesse am Arbeitsmarkt werden. Sie weiterzuentwickeln und zu stärken lohnt sich. Wichtige Impulse werden dabei die Betriebsparteien und die Tarifvertragsparteien setzen. Es entspricht guter Tradition, dass der Gesetzgeber Rahmenbedingungen schafft, die das ermöglichen und unterstützen. Wenn das gelingt, werden das Arbeits- und Sozialrecht einen substantiellen Beitrag dazu leisten, dass die Transformationsprozesse am Arbeitsmarkt gut gestaltet werden können.

<sup>115</sup> Wahlprogramm Die Linke (Fn. 101), S. 16 ff.

<sup>116</sup> Wahlprogramm Die Linke (Fn. 101), S. 17 f.; Wahlprogramm SPD (Fn. 101), S. 29.

<sup>117</sup> Wahlprogramm SPD (Fn. 101), S. 32; Wahlprogramm CDU/CSU (Fn. 100), Z. 2665 ff.

<sup>118</sup> Wahlprogramm Bündnis 90/Die Grünen (Fn. 101), S. 106; Wahlprogramm Die Linke (Fn. 101), S. 16.

<sup>119</sup> Koalitionsvertrag SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP (Fn. 40), S. 69.

<sup>120</sup> Koalitionsvertrag SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, FDP (Fn. 40), S. 68.

<sup>121</sup> Ebd.

<sup>122</sup> Ulber, Vorgaben des EuGH zur Arbeitszeiterfassung, Frankfurt aM. 2020.

<sup>123</sup> Dazu auch Bieback, SR 2021, 136.

# Böswillig unterlassener Zwischenverdienst bei »Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber«? – Offene Fragen zur Annahmeverzugsvergütung nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung

Dr. Benedikt Schmidt, Richter am Arbeitsgericht, Berlin

## I. Einleitung

Nach § 615 S. 1 BGB kann der Dienstverpflichtete (Arbeitnehmer), wenn der Dienstberechtigte (Arbeitgeber) mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt, für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Er muss sich jedoch nach Satz 2 der Vorschrift den Wert desjenigen anrechnen lassen, was er infolge des Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.

Ganz ähnlich muss sich der Arbeitnehmer gem. § 11 Nr. 2 KSchG, wenn nach der Entscheidung eines Gerichts für Arbeitsachen das Arbeitsverhältnis fortbesteht, auf das Arbeitsentgelt, das ihm der Arbeitgeber für die Zeit nach der Entlassung schuldet, unter anderem anrechnen lassen, was er hätte verdienen können, wenn er es nicht böswillig unterlassen hätte, eine ihm zumutbare Arbeit anzunehmen. Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum sollen sich die beiden Vorschriften im Hinblick auf das böswillige Unterlassen anderweitigen Verdienstes nur im Wortlaut, nicht aber in der Sache unterscheiden. Dabei gilt § 11 Nr. 2 KSchG gegenüber § 615 S. 2 BGB als *lex specialis*.<sup>1</sup> Soweit Annahmeverzugsansprüche für die Zeit nach Ablauf der Kündigungsfrist bzw. nach einer außerordentlichen fristlosen Kündigung in Streit stehen, bestimmt sich die Anrechnung nach § 11 KSchG und nicht nach der allgemeinen zivilrechtlichen Vorschrift des § 615 S. 2 BGB.<sup>2</sup> § 11 KSchG regelt also speziell die Anrechnung für den Zeitraum zwischen der tatsächlichen Beendigung des Arbeitsverhältnisses und der Wiederaufnahme der Arbeit.<sup>3</sup> Fehlt es an einer Entscheidung des Gerichts zum Fortbestand des Arbeitsverhältnisses iSd.

§ 11 KSchG – etwa weil die Parteien den Kündigungsschutzprozess durch Vergleich beenden – scheidet die Norm als Anrechnungsvorschrift aus und es verbleibt bei § 615 S. 2 BGB.<sup>4</sup>

Dazu, wann ein iSd. §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG böswilliges Unterlassen gegeben ist, bestehen viele offene Fragen. Praktisch relevant werden diese vor allem, wenn der Arbeitnehmer nach einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung aus § 615 S. 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB auf das Annahmeverzugsentgelt klagt und der Arbeitgeber gegen diesen Anspruch Einwendungen nach § 11 Nr. 2 KSchG erhebt, für die er im Ausgangspunkt darlegungs- und beweisbelastet ist. Mit Urteil vom 27. Mai 2020 hat der 5. Senat des BAG entschieden, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zur Auskunft über Vermittlungsangebote der Agentur für Arbeit und des Jobcenters nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) verpflichtet ist, wenn er Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert und die Einwendung böswillig unterlassenen anderweitigen Erwerbs wahrscheinlich begründet ist.<sup>5</sup> Das Auskunftsbegehren kann durch Widerklage verfolgt werden, wird aber sonst bei der Verteilung der Darlegungslast berücksichtigt.<sup>6</sup> Soweit ein

1 S. nur mwN. *Ricken*, Anm. zu BAG, 17.11.2011 – 5 AZR 564/10 – AP Nr. 8 zu § 11 KSchG 1969 unter II.1.

2 *Linck*, in: *Linck/Krause/Bayreuther* (Hrsg.), KSchG, 16. Aufl., München 2019, § 11 Rn. 3.

3 *Hergenröder*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Bd. 5, 8. Aufl., München 2020 (im Folgenden: *MüKoBGB*), § 11 KSchG Rn. 1.

4 BAG, 24.2.2016 – 5 AZR 425/15 – NZA 2016, 687, Rn. 13; *Biebl*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), Kündigungsrecht, 6. Aufl., München 2021 (im Folgenden: *APS*), § 11 KSchG Rn. 1.

5 BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, Rn. 28 ff.

6 BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, Rn. 17, 27; krit. zum Auskunftsanspruch jüngst *Heukenkamp*, RdA 2021, 300 ff.; außerdem *Kolbe*, Anm. zu BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – AP Nr. 158 zu § 615 BGB unter II.2.

Auskunftsanspruch hinsichtlich Vermittlungsangeboten der Arbeitsverwaltung bis zu der Entscheidung unter Berufung auf die Rechtsprechung des 9. Senats des BAG vom 16. Mai 2000 abgelehnt wurde, wonach nicht einmal das Unterlassen der Meldung des Arbeitnehmers beim Arbeitsamt (heute: Agentur für Arbeit) als arbeitsuchend das Merkmal des böswilligen Unterlassens erfülle und den Arbeitnehmer keine Obliegenheit treffe, die Vermittlung der Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch zu nehmen,<sup>7</sup> hält der nunmehr für Rechtsfragen des Annahmeverzugs zuständige 5. Senat des BAG an dieser Rechtsprechung nicht mehr fest. Sie sei, so der 5. Senat, angesichts einer anderen Rechtslage ergangen. Der Arbeitnehmer sei nunmehr aufgrund der Regelung des § 2 Abs. 5 SGB III zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit angehalten und daneben verpflichtet, sich unverzüglich nach Kenntnis des Beendigungszeitpunkts des Arbeitsverhältnisses persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden, § 38 Abs. 1 SGB III. Dabei handele es sich zwar zunächst um eine rein sozialversicherungsrechtliche Meldeobliegenheit, mit der vorrangig arbeitsmarktpolitische und sozialversicherungsrechtliche Zwecke verfolgt würden, weshalb an eine verspätete Meldung sozialrechtliche Folgen geknüpft seien, wie zB. die Minderung der Anspruchsdauer für den Bezug von Arbeitslosengeld, § 148 Abs. 1 Nr. 3 SGB III. Doch habe die Meldepflicht auch im Rahmen der Anrechnungsvorschriften beim Annahmeverzug Beachtung zu finden, weil dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich das zugemutet werden könne, was ihm das Gesetz ohnehin abverlange. Zudem könnten die sozialrechtlichen Handlungspflichten bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens am Maßstab der gemeinsamen Vertragsbeziehung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht außer Acht gelassen werden.<sup>8</sup>

Die Entscheidung wirft einige Folgefragen auf. Verbreitet wird sie als Verbesserung der (Verhandlungs-) Position des Arbeitgebers im Kündigungsschutzprozess (und in gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleichsgesprächen) gesehen. Der Ausgang eines Kündigungsschutzverfahrens wird maßgeblich vom Annahmeverzugsrisiko bestimmt. Dessen Höhe bestimmt nicht nur die Bereitschaft, sich gütlich zu einigen, sondern auch die Höhe einer vereinbarten Abfindung hängt vielfach von seiner Bewertung ab.<sup>9</sup>

Bis zu der Entscheidung galt es im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers für die Voraussetzungen des § 11 KSchG als problematisch, dass das Gesetz keinen (ausdrücklichen) Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer dazu vorsehe, ob und in welcher Höhe der Arbeitnehmer Zwischenverdienst erlangt oder böswillig zu erlangen unterlassen habe; infolge dessen sei der Nachweis anderweitigen oder böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes für Arbeitgeber bisher nahezu unmöglich gewesen.<sup>10</sup> Nunmehr seien die Rechte des Arbeitgebers im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses gestärkt.<sup>11</sup> Auf der anderen Seite könnten Arbeitnehmer nicht länger nach Zugang einer Kündigung »entspannt« den Ausgang des Kündigungsschutzprozesses abwarten und auf die Zahlung von Annahmeverzugslohn hoffen.<sup>12</sup> Es ist von einem »Game Changer« im Kündigungsschutzprozess die Rede.<sup>13</sup>

## II. Böswilliges Unterlassen bei »Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber«

Vor allem scheinen durch die Entscheidung des 5. Senats diejenigen Stimmen Auftrieb zu erhalten, die über die Meldung des Arbeitnehmers bei der Agentur für Arbeit als arbeitsuchend hinaus weitere Anforderungen an den Arbeitnehmer stellen wollen, bei deren Nichterfüllung dieser den Abzug hypothetischen Verdienstes vom

7 BAG, 16.5.2000 – 9 AZR 203/99 – NZA 2001, 26.

8 BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, Rn. 47, im Anschluss an Bayreuther, NZA 2003, 1365, 1366 f.; zuvor schon der Senatsvorsitzende Linck, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 18. Aufl., München 2019, § 95 Rn. 93; ders., in: Linck/Krause/Bayreuther (Fn. 22), § 11 Rn. 31; ebenso etwa Krause, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020 (im Folgenden: HWK), § 615 BGB Rn. 101; weitere Nachweise bei Schaub-Linck, 19. Aufl., § 95 Rn. 93; aus der Rechtsprechung jüngst LAG Niedersachsen, 9.11.2021 – 10 Sa 15/21 – BeckRS 2021, 45036, Rn. 17 f.

9 Ricken, Anm. zu BAG, 17.11.2011 – 5 AZR 564/10 – AP Nr. 8 zu § 11 KSchG 1969, unter II.1.

10 Gerhard, SPA 2020, 177.

11 Gerhard, SPA 2020, 177 f.; Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 447; Stenslik/Buchholz, DStR 2020, 2794; Schewiola/Grünwald, ArbRB 2020, 381, 382 f.; Windeln, ArbRB 2020, 265, 266; Fuhrott, EWiR 2020, 571, 572; Liebscher/Rinckhoff, öAT 2021, 26 ff.

12 Gerhard, SPA 2020, 177, 178; vgl. auch Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 447; Stenslik/Buchholz, DStR 2020, 2794, 2797 f.

13 Maiß, Infobrief ArbeitsR 3/2021, 1–2 (Editorial).

Annahmeverzugsentgelt hinzunehmen habe. Die bislang vielfach vertretene Auffassung, dass der Arbeitnehmer seinen Pflichten, sich um Arbeit zu bemühen, grundsätzlich bereits dadurch genüge, dass er sich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend melde<sup>14</sup>, soll nach der Entscheidung des BAG nicht mehr haltbar sein.

Konkret begegnet in der Praxis des Kündigungsschutzprozesses seit dem Urteil des 5. Senats des BAG vom 27. Mai 2020 verstärkt ein Vorgehen von Arbeitgeberseite, das als »Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber« beschrieben werden kann<sup>15</sup>. Arbeitgebern wird nach diesem Ansatz geraten, vorprozessual und möglichst zeitnah nach Ausspruch der Kündigung auf den gängigen Jobportalen nach der bisherigen Beschäftigung des Arbeitnehmers entsprechenden Arbeitsangeboten zu suchen. Diese müssten dem Arbeitnehmer zumutbar sein, also insbesondere im Hinblick auf die Kriterien Tätigkeit, Arbeitszeit, Arbeitsort und Vergütung möglichst der bisherigen Beschäftigung des Arbeitnehmers entsprechen. Die auf diese Weise gefundenen Arbeitsangebote könnten dann in einem Exposé zusammengestellt und dem Arbeitnehmer möglichst nachweisbar zugeleitet werden. Sodann müsse der Arbeitnehmer diese Angebote bei der Suche nach anderweitiger Beschäftigung während des Annahmeverzugszeitraums berücksichtigen.<sup>16</sup> Weise der Arbeitgeber den Arbeitnehmer – etwa durch Zusenden von Stellenangeboten – auf anderweitige Arbeitsmöglichkeiten hin, müsse sich der Arbeitnehmer im Prozess substantiiert erklären, ob er sich auf diese mit welchem Erfolg bewerben oder aus welchen Gründen er dieses unterlassen hat.<sup>17</sup>

## 1. BAG 2000: Den Arbeitnehmer in »Zugzwang« versetzen

Die Meinung, der Arbeitgeber könne den Arbeitnehmer durch Information über freie Stellen in die Lage versetzen, sich hierauf bewerben bzw. die ihm angebotenen Beschäftigungsmöglichkeiten jedenfalls prüfen zu müssen und die Verletzung dieser Obliegenheit könne Annahmeverzugslohnansprüche reduzieren oder auch gänzlich ausschließen, ist auch früher bereits vertreten worden.<sup>18</sup> Ausgangspunkt ist die erwähnte Entscheidung des BAG vom 16. Mai 2000, in welcher der damals zuständige 9. Senat noch die Auffassung vertrat, allein das Unterlassen der Meldung des Arbeitnehmers beim Arbeitsamt als arbeitsuchend erfülle nicht das Merkmal des böswilligen Unterlas-

sens. Den Arbeitnehmer, so das BAG seinerzeit, treffe keine Obliegenheit, die Vermittlung der (damaligen) Bundesanstalt für Arbeit in Anspruch zu nehmen. Ein böswilliges Unterlassen anderweitigen Verdienstes setze voraus, dass der Arbeitnehmer vorsätzlich grundlos Arbeit ablehne oder vorsätzlich verhindere, dass ihm Arbeit angeboten wird. Das Unterlassen einer Meldung beim Arbeitsamt könne nicht mit dem Unterlassen anderweitigen Erwerbs etwa durch Ablehnung eines Arbeitsangebots oder durch Verhinderung eines Arbeitsangebots gleichgesetzt werden. Der Arbeitnehmer sei nicht gehalten, eigene Anstrengungen zu unternehmen, um eine Beschäftigung bei einem anderen Arbeitgeber zu finden. Vermittlungsaussichten auf dem Arbeitsmarkt begründeten keine Obliegenheit für den Arbeitnehmer, sich arbeitsuchend zu melden. Nur wenn der Arbeitnehmer Arbeitsangebote ausschlage oder sie verhindere, sei der böswillig versäumte Erwerb als wirklich gemachter zu behandeln.<sup>19</sup> Wolle der Arbeitgeber sein Entgeltrisiko im Annahmeverzug mindern, so habe er die hierfür erforderlichen Handlungen selbst vorzunehmen. Er könne zB. den Arbeitnehmer auch über konkrete Stellenangebote informieren, ihn dadurch in »Zugzwang« versetzen und Bewerbungen veranlassen, um ggf. die Ansprüche aus Annahmeverzug dann kürzen zu können, wenn der Arbeitnehmer auf diese Mitteilungen hin vorsätzlich das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses verhindere.<sup>20</sup>

Dieses Vorgehen gehörte in der Folge schon länger zum Standardrepertoire taktischer Empfehlungen für Kündigungsauseinandersetzungen von Arbeitgeberberatern.

Aus heutiger Sicht ist jedoch nicht ausgemacht, ob das BAG aus der Entscheidung des 9. Senats vom 16. Mai 2000 den Schluss ziehen würde, dass die Zusendung von pas-

14 Etwa LAG Hessen, 11.5.2018 – 10 Sa 1628/17 – juris, Rn. 49; Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl., München 2022 (im Folgenden: ErfK), § 615 BGB Rn. 101; MüKoBGB-Henssler (Fn. 3), § 615 Rn. 82; HWK-Krause (Fn. 8), § 615 BGB Rn. 101.

15 Formulierung bei Witteler/Brune, NZA 2020, 1689, 1691.

16 Witteler/Brune, NZA 2020, 1689, 1693; s. auch Fuhlrott, EWiR 2020, 571, 572, unter 3.2; Isenhardt, Infobrief ArbeitsR 3/2021, 3 ff.; Liebscher/Rinckhoff, öAT 2021, 26, 27.

17 APS-Biebl (Fn. 4), § 11 KSchG Rn. 23.

18 Etwa Fuhlrott/Oltmanns, BB 2017, 2677, 2681.

19 BAG, 16.5.2000 – 9 AZR 203/99 – NZA 2001, 26, unter II.2.b)aa) und bb) der Gründe.

20 BAG, 16.5.2000 – 9 AZR 203/99 – NZA 2001, 26, unter II.2.b)cc) der Gründe; aus der Instanzrechtsprechung LAG Sachsen-Anhalt, 28.6.2001 – 9 Sa 776/00 – juris, Rn. 39.

senden Stellenangeboten durch den Arbeitgeber ohne Weiteres eine anrechnungsrelevante Bewerbungsobliegenheit des Arbeitnehmers auslöst. Drei Punkte gilt es hierbei mit Blick auf die Entscheidung vom 16. Mai 2000 aus heutiger Sicht zu bedenken:

#### a) »Kompensatorische« Argumentation?

In der Entscheidung vom 16. Mai 2000 erfolgte der Hinweis auf die Option des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer durch Information über konkrete Stellenangebote in »Zugzwang« zu versetzen, ersichtlich gleichsam »kompensatorisch«. Der 9. Senat trat damit dem Argument der Vorinstanz (seinerzeit das LAG Sachsen-Anhalt) entgegen, ohne Obliegenheit zur Arbeitslosmeldung laufe die Anrechnungsvariante des böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes in der Praxis leer. Nachdem der 5. Senat jetzt eine entsprechende Obliegenheit zur Arbeitslosmeldung bejaht, entfällt die Notwendigkeit, dem Arbeitgeber kompensatorisch alternative Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen.

#### b) Zeitgeschichtlicher Kontext im Jahr 2000: Das Internet als »Neuland«

Interessanter als diese Überlegung ist die Einordnung in den »zeitgeschichtlichen« Kontext. Kurz gesagt: In den letzten 20 Jahren hat sich technisch Entscheidendes getan. Die Möglichkeiten der Stellensuche haben sich grundlegend geändert. Im Jahr 2000 traf der viel belächelte Satz der früheren Bundeskanzlerin vom Internet als »Neuland«, aus einer zeitgeschichtlichen Perspektive übrigens wohl auch heute noch unbestreitbar richtig, umso mehr zu, gerade auch in juristischer Hinsicht.<sup>21</sup> Dazu im Kontext der hiesigen Fragestellung folgende Fakten:

Die Online-Jobplattform StepStone, 2011 bis 2020 als »Deutschlands bestes Jobportal« ausgezeichnet, gibt es seit 1996. Der Markteintritt in Deutschland erfolgte 1998.<sup>22</sup> Der Konkurrent Monster ist seit dem Jahr 2000 in Deutschland aktiv<sup>23</sup>, CareerBuilder seit 2007<sup>24</sup>. Das berufsbezogene soziale Netzwerk (man spricht auch von Business-Netzwerken<sup>25</sup>) LinkedIn ist in deutscher Sprache seit 2009 verfügbar.<sup>26</sup> Konkurrent Xing wurde 2003 gegründet.<sup>27</sup>

Noch im Jahr 2002 äußerte exemplarisch der Geschäftsführer eines im Finanz- und Rechnungswesen tätigen Personalvermittlungsunternehmens in einem Interview, dass Arbeitsplatzsuchende sich zunächst einen Eindruck von der Marktlage in den Stellenangeboten überregionaler

Tageszeitungen verschafften. Vor allem die »Old Economy« (zB. Handels- und Maschinenbauunternehmen) nutze nach wie vor dieses traditionelle Instrument zur Mitarbeitersuche. Alternativ würden Stellenbörsen im Internet aufgesucht. Hier gebe es zwar eine Fülle von Offerten, doch werde das Internet vielfach als zu unpersönlich und unübersichtlich empfunden.<sup>28</sup>

Demgegenüber meldete rund zehn Jahre später, im Jahr 2011, der Fachdienst Arbeitsrecht: »Online-Jobbörsen sind bei der Personalsuche unverzichtbar«. Eine repräsentative Umfrage im Auftrag des Hightech-Verbands BITKOM unter 1.500 Firmen aller Branchen habe ergeben: Online-Jobbörsen seien das wichtigste Medium bei der Personalsuche von Unternehmen. Danach veröffentlichten 79 % der Unternehmen offene Stellen in Jobbörsen wie StepStone, Monster oder Jobsout24<sup>29</sup>. Gleichzeitig etablierten sich Online-Netzwerke bei der Suche nach neuen Mitarbeitern. Ein Drittel aller Unternehmen publiziere offene Stellen in Communitys wie Facebook, StudiVZ oder Xing.<sup>30</sup>

In der Folgezeit setzte sich der Trend fort.<sup>31</sup> Nochmals rund zehn Jahre später wird die Situation in einem aktuellen Aufsatz wie folgt zusammengefasst:

»Kontakte zwischen Arbeitgebern und Bewerber\*innen werden zunehmend über verschiedene Typen von Internet-Plattformen vermittelt: Internet-Stellenbörsen (z. B. Monster, Stepstone), Stellen-Suchmaschinen (z. B. Google-for-jobs, Kimeta), Arbeitgeber-Bewertungsplattformen (z. B. Glassdoor, Kununu) oder Karrierenetzwerke (z. B. LinkedIn, Xing). Die bisher weitestgehende Veränderung ist die Ablösung des Stellenmarkts in den Printmedien durch Online-Angebote: In einer aktuellen

21 Vgl. dazu zutreffend *Riesenhuber*, K&R Beilage 2018, Nr. 1, 8, 14; s. auch *Ennuschat*, ZfWG 2020, 2.

22 Vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/StepStone#cite\\_note-6](https://de.wikipedia.org/wiki/StepStone#cite_note-6) (14.3.2022).

23 Vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Monster\\_Worldwide](https://de.wikipedia.org/wiki/Monster_Worldwide) (14.3.2022).

24 Vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/Careerbuilder> (14.3.2022).

25 *Wißmann*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Bd. 1, 5. Aufl., München 2021 (im Folgenden: MHdb-ArbR), § 29 Rn. 73.

26 Vgl. <https://de.wikipedia.org/wiki/LinkedIn> (14.3.2022).

27 Vgl. [https://de.wikipedia.org/wiki/Xing\\_\(soziales\\_Netzwerk\)](https://de.wikipedia.org/wiki/Xing_(soziales_Netzwerk)) (14.3.2022).

28 *Walz*, BC 2002, 59.

29 Die Marke JobScout24 gehört mittlerweile zu CareerBuilder, vgl. [https://arbeitsgeber.careerbuilder.de/weber-uns?\\_ga=2.134022798.1088293316.1618463116-350746683.1618290487](https://arbeitsgeber.careerbuilder.de/weber-uns?_ga=2.134022798.1088293316.1618463116-350746683.1618290487) (14.3.2022).

30 FD-ArbR 2011, 324899; zu sozialen Netzwerken vgl. auch *Forst*, NZA 2010, 427, 428, mit Zahlen aus 2009.

31 Vgl. mit Zahlen aus 2015: *Göpfert/Koops*, ArbRAktuell 2017, 185.

Befragung großer Unternehmen werden neben der eigenen Webseite (86 %) am häufigsten Internet-Stellenbörsen (74 %) als Weg zur Veröffentlichung von Stellenanzeigen angegeben und nur noch selten die Printmedien (9 %); immerhin 36 % wählen als Zugang schon die Karrierenetzwerke LinkedIn oder Xing. Ähnlich sieht es auf Seiten potenzieller Kandidat\*innen aus: Sie nutzen zur Stellensuche vermehrt Internet-Stellenbörsen (55 %), Karrierenetzwerke (32 %) und Suchmaschinen (31 %) und lediglich zu 13 % Printmedien.<sup>32</sup>

Die Entscheidung des 9. Senats des BAG vom 16. Mai 2000 erging demnach in einer Zeit, die aus heutiger Sicht als eine technische Übergangsphase erscheint. Es dürfte nicht despektierlich sein, anzunehmen, dass sich die seinerzeit urteilenden Mitglieder des 9. Senats im Jahr 2000 schlicht nicht haben ausmalen können, wie aufwandsarm mithilfe der »neuen« Technik Arbeitgeber schon wenig später in die Lage versetzt waren, diverse (zumindest auf den ersten Blick) »passende« Stellenangebote für einen gekündigten Arbeitnehmer zu finden und damit den Arbeitnehmer – in der Diktion der Entscheidung vom 16. Mai 2000 – »unter Zugzwang zu setzen«. Eine klassische, aufwändige Recherche etwa in Printmedien, die sich der Senat möglicherweise noch vorstellte, war durch die technische Entwicklung bald obsolet.

Es ist vor diesem Hintergrund auch kein Zufall, dass der Hinweis des BAG vom 16. Mai 2000, der Arbeitgeber könne den Arbeitnehmer durch Information über konkrete Stellenangebote in Zugzwang versetzen, damals zunächst nur wenig Beachtung gefunden hat. So schrieb *Bayreuther* im Jahr 2003, dies sei für den Arbeitgeber wenig hilfreich, weil er kaum über die notwendigen Kenntnisse der konkreten Lage am Arbeitsmarkt vor Ort verfüge.<sup>33</sup>

Erst in Aufsätzen seit Mitte der 2010er-Jahre, als sich die oben genannten Internetangebote breitflächig etabliert hatten, wird der Ansatz, dessen Spur das BAG im Jahr 2000 legte, vermehrt aufgegriffen und offensiv empfohlen.<sup>34</sup>

Zunächst gingen die Überlegungen dabei noch in die Richtung, einen Personalvermittler einzuschalten<sup>35</sup>, was von anderen wiederum unter Hinweis auf die entstehenden Kosten als suboptimal eingeschätzt wurde<sup>36</sup>.

Später wird dann ausdrücklich auf die Vorteile der »Vielzahl von Online-Jobportalen« aus Arbeitgebersicht hingewiesen, »aus denen sich differenziert nach Region und Tätigkeitsbezeichnung ohne großen Aufwand

entsprechende Stellen finden« ließen, wodurch »ein sehr wirksames arbeitgeberseitiges flankierendes Mittel« zur Verfügung stehe<sup>37</sup>. Angesichts des florierenden Arbeitsmarktes und der Übersichtlichkeit des Stellenmarktes durch Online-Portale werde der Spielraum des Arbeitnehmers für argumentatives »Aussitzen« erheblich verengt.<sup>38</sup>

### c) Rätselhafte Formulierungen des 9. Senats

Schließlich gibt es mit Blick auf die Entscheidung des 9. Senats des BAG vom 16. Mai 2000 und die heutige Bedeutung der vom BAG seinerzeit herausgestellten Möglichkeit des Arbeitgebers, den Arbeitnehmer durch Information über konkrete Stellenangebote in »Zugzwang« zu versetzen und Bewerbungen zu veranlassen, noch einen dritten Punkt zu beachten. Bei näherer Betrachtung ist nämlich die entsprechende Passage der Entscheidung einigermaßen rätselhaft: Meinte der 9. Senat damit überhaupt eine rechtlich relevante, im Rahmen von §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG beachtliche Obliegenheit, oder nur einen »faktischen«, nicht aber mit Rechtsfolgen verknüpften »Zugzwang«? Was genau bedeutet »informieren«? Was genau heißt »veranlassen«? Reicht dann, um anzunehmen, dass der Arbeitnehmer »auf diese Mitteilung hin vorsätzlich das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses verhindert«, schon aus, dass er sich nicht bewirbt? Oder gehört mehr dazu?

In dieser für lange Zeit ungeklärten Situation sehen sich Arbeitgeberberater nun durch die neue Entscheidung des 5. Senats vom 27. Mai 2020 in ihrer Rechtsauffassung bestätigt.<sup>39</sup> Die Tragfähigkeit der daran anschließenden neuen, zusätzlichen Argumentationsansätze soll hier geprüft werden.

Zu den Begrifflichkeiten ist vorwegzuschicken, dass im Zusammenhang der hier untersuchten Thematik vielfach von »Pflichten« des Arbeitnehmers die Rede ist. Genauer

32 Pongratz, GiP 2021, 21, 22.

33 Bayreuther, NZA 2003, 1365, 1367.

34 Namentlich etwa: v.Steinau-Steinrück/Reiter, NJW-Spezial 2016, 114, 115; Fuhlrott/Oltmanns, BB 2017, 2677, 2680 f.; vorsichtiger noch Lüderitz/Pawlak, NZA 2011, 313, 318 f.

35 Hoppenstaedt/Hoffmann-Remy, BB 2015, 245, 246.

36 Fuhlrott/Oltmanns, BB 2017, 2677, 2681.

37 Ebd.

38 Grimm, in: Tschöpe (Hrsg.), Arbeitsrecht Handbuch, 12. Aufl., Köln 2021, 2. Teil B. Nr. 58.

39 Vgl. nochmals Witteler/Brune, NZA 2020, 1689, 1693; Fuhlrott, EWiR 2020, 571, 572, unter 3.2; Isenhardt, Infobrief ArbeitsR 3/2021, 3 ff.

geht es um die Verteilung von Initiativlasten<sup>40</sup> oder, in den Begrifflichkeiten der allgemeinen zivilrechtlichen Dogmatik, um Obliegenheiten<sup>41</sup>.

## 2. Gleichlauf sozialversicherungs- und arbeitsrechtlicher Obliegenheiten?

### a) Argumentation in der Literatur

In der Literatur wird nach der Entscheidung des 5. Senats des BAG vom 27. Mai 2020 die Strategie der »Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber« nunmehr verstärkt auf eine Argumentation des Gleichlaufs von sozialversicherungs- und arbeitsrechtlichen Obliegenheiten gestützt.

Nach § 2 Abs. 5 SGB III sei der Arbeitnehmer – neben der Meldung als arbeitsuchend – zur aktiven Mitarbeit bei der Vermeidung oder Beendigung von Arbeitslosigkeit angehalten. Hierzu müsse er unter anderem eigenverantwortlich nach Beschäftigung suchen und eine zumutbare Beschäftigung aufnehmen. Das BAG beziehe diese – an sich ausschließlich sozialrechtlichen – Handlungspflichten des Arbeitnehmers gegenüber der Bundesagentur für Arbeit nunmehr ausdrücklich auch in das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein. Es könne dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was ihm das Gesetz ohnehin abverlange. Der Arbeitnehmer genüge seinen Pflichten nach § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 Nr. 2 KSchG mithin nicht mehr dadurch, dass er sich arbeitsuchend melde. Vielmehr sei er nunmehr gehalten, auch eigene Anstrengungen zu unternehmen, eine neue Beschäftigung zu finden.<sup>42</sup>

Die Pflichten aus § 2 Abs. 5 SGB III würden in § 138 Abs. 4 SGB III weiter konkretisiert. Demnach sei der Arbeitnehmer gehalten, alle Möglichkeiten zur beruflichen Eingliederung zu nutzen. Hiervon ausdrücklich umfasst sei auch die Mitwirkung bei der Vermittlung durch Dritte, § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III. Auf diese Weise könne auch der sich im Annahmeverzug befindliche Arbeitgeber als »Dritter« Einfluss auf die Pflichten des Arbeitnehmers bei seinen Bemühungen um zumutbare Arbeit nehmen, indem er selbst nach zumutbaren Arbeitsangeboten suche und diese dem Arbeitnehmer zuleite. Die §§ 2 Abs. 5 Nr. 2, 3, 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III verpflichteten den Arbeitnehmer dann dazu, diese Arbeitsangebote in seine Bemühungen bei der Arbeitssuche einzubeziehen, wenn er eine Anrechnung böswillig unterlassenen Erwerbs nach § 615 S. 2 BGB bzw. § 11 Nr. 2 KSchG vermeiden wolle.

Zwar habe das BAG bereits im Jahr 2000 auf die Möglichkeit des Arbeitgebers hingewiesen, dem Arbeitnehmer Arbeitsangebote zukommen zu lassen. Durch die insoweit neue dogmatische Verankerung entpuppe sich dieses Vorgehen aber als tatsächlich wirksames Mittel, das Annahmeverzugsrisiko zu minimieren.<sup>43</sup>

Diese Argumentation scheint sich auf den ersten Blick in das Argumentationsmuster des BAG einzufügen, das den Satz aufstellt, vom Arbeitnehmer könne arbeitsrechtlich verlangt werden, wozu er sozialversicherungsrechtlich ohnehin verpflichtet ist; bei genauerem Hinsehen ist sie aber in mehrfacher Hinsicht problematisch.

### b) Kritik

#### (1) Systematische Auslegung und Mangel an Systematik des Sozialversicherungsrechts

Rechtssystematisch sind die Behauptung eines Gleichlaufs der arbeits- mit den sozialversicherungsrechtlichen Obliegenheiten sowie der Rückgriff auf § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III als systematische Auslegungsargumente zu qualifizieren. Es ist jedoch bereits fraglich, ob ein ständigen Änderungen unterworfenen Gesetz wie das SGB III<sup>44</sup> ein geeignetes Reservoir für systematische Auslegungsargumente sein kann.<sup>45</sup> Zutreffend weist *Kolbe* in seiner Kritik der Entscheidung des 5. Senats zur Meldeobligiertheit vom 27. Mai 2020 darauf hin, dass Bedenken dagegen bestehen, sozialversicherungsrechtliche Änderungen im Arbeitsrecht aufzugreifen. Reformen in einer, so *Kolbe*, »Dauerbaustelle« wie dem SGB III seien typischerweise vom Sozialversicherungsrecht her gedacht. Dass Wechselwirkungen mit dem Arbeitsrecht bedacht oder gar gewollt würden, dürfte Seltenheitswert haben.<sup>46</sup> Es taucht hier letztlich eine ganz grundsätzliche Schwierigkeit der

40 Krause, ZfA 2018, 126, 142; Fuhlrott/Oltmanns, BB 2017, 2677, 2680.

41 Krause, ZfA 2018, 126, 143; Fuhlrott/Oltmanns, BB 2017, 2677, 2681; Gerhard, SPA 2020, 177; s. aber auch Klocke, jurisPR-ArbR 35/2021, Anm. 1; allgemein zum Begriff der Obliegenheit: B. Schmidt, Tarifpluralität im System der Arbeitsrechtsordnung, Berlin 2011 (zugl. Bochum, Univ., Diss. 2011), S. 131.

42 Witteler/Brune, NZA 2020, 1689, 1691.

43 Witteler/Brune, NZA 2020, 1689, 1691 f.

44 Vgl. dazu nur Deinert, in: Gagel (Begr.), SGB II/SGB III, 83. EL., München, Stand: August 2021 (im Folgenden: Gagel), § 1 SGB III Rn. 25 ff.

45 Allgemein zu (fehlenden) Systemstrukturen des Sozialrechts etwa Schaumburg, Sozialrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2020, Rn. 76 ff.

46 Kolbe, Anm. zu BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – AP Nr. 158 zu § 615 BGB, unter III.

systematischen Gesetzesauslegung auf, die zugespitzt auf die Formel gebracht werden kann:

»Unsystematisches Recht kann man nicht systematisch auslegen.«<sup>47</sup>

Dass systematische Auslegungsargumente vom BAG vergleichsweise selten herangezogen werden<sup>48</sup>, ist vor diesem Hintergrund nicht überraschend; es hat wohl nicht zuletzt mit dem Fehlen einheitlicher Kodifizierungen im Arbeitsrecht (Stichwort: kein Arbeitsvertragsgesetz) zu tun. Insofern erscheint die Annahme einer rechtsgebietsübergreifenden Systematik von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht schon im Ansatz gewagt. Auch der Gedanke der »Einheit der Rechtsordnung« ist schwerlich geeignet, diese (und die weiteren im Folgenden aufzuzei- genden) Schwierigkeiten zu überspielen.<sup>49</sup>

## (2) Teleologisches Argument: Die unterschiedlichen Risikoverteilungen

Zweitens stehen einer Übertragung der sozialversicherungsrechtlichen Obliegenheit zur Mitwirkung bei der Vermittlung durch Dritte auf das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und darüber hinaus wohl auch dem Obersatz des BAG, vom Arbeitnehmer könne arbeitsrechtlich verlangt werden, wozu er sozialversicherungsrechtlich ohnehin verpflichtet ist, insgesamt die unterschiedliche teleologische Basis der maßgeblichen Vorschriften entgegen.

Versteht man § 615 S. 1 und S. 2 BGB richtigerweise als Regelungen der Risikoverteilung<sup>50</sup>, so wird schnell deutlich, dass die wertungsmäßige Ausgangslage ganz verschieden ist: Das SGB III verteilt Risiken zwischen dem Arbeitslosen und der Versichertengemeinschaft, es zieht Grenzen der Solidarhaftung, während es beim Annahmeverzug in der hier interessierenden Konstellation der vorangegangenen unwirksamen Arbeitgeberkündigung um die Verteilung der Folgen aus einer rechtswidrigen Kündigung geht, der Arbeitgeber also Verursacher des zu verteilenden Risikos ist.

Zutreffend hat *Ricken* der Argumentation, es sei bereits als bewusstes Verhindern der Aufnahme von Arbeit zu werten, wenn sich der gekündigte Arbeitnehmer nicht bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend meldet, weil dem Arbeitnehmer mit der Meldung arbeitsrechtlich nicht mehr zugemutet werde, als das, was ihm das Gesetz sozialrechtlich ohnehin abverlange, noch vor der nunmehr geänderten Rechtsprechung des BAG

entgegengehalten, dass das Problem sich nicht durch Rückgriff auf sozialrechtliche Vorschriften lösen lasse. Denn diese haben eine andere Schutzrichtung als die Regelungen zum Verzugslohn. So verpflichte das SGB III lediglich Personen, deren Versicherungspflichtverhältnis endet, sich unverzüglich nach Kenntnis des Beendigungszeitpunkts persönlich bei der Agentur für Arbeit arbeitsuchend zu melden. Komme der Betreffende dieser Verpflichtung nicht nach, so reduziere sich dessen Arbeitslosengeldanspruch. Bereits der Wortlaut des damals maßgeblichen § 37b SGB III aF, so *Ricken*, ergebe, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung verschärfter Meldepflichten keinen Gleichklang von Arbeitsrecht und Sozialrecht im Auge hatte. Schließlich beziehe sich die Vorschrift lediglich auf die Beendigung eines versicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses, während die Anrechnung von hypothetischem Verdienst auf Verzugslohnansprüche alle Arbeitsverhältnisse erfasse.<sup>51</sup> Insofern gehe es bei der Verschärfung der Meldepflicht lediglich um den Schutz der Solidargemeinschaft der Beitragszahler und nicht um die Regelung von Pflichten und Obliegenheiten innerhalb des Arbeitsverhältnisses.<sup>52</sup>

Für das SGB III kommt die Richtung der Risikoverteilung besonders deutlich in der Sperrzeitregelung

<sup>47</sup> Preis, FS Wank, 2014, S. 415, 421 im Anschluss an *Hanau*; s. auch mit Unterscheidung zwischen »A-Gesetzen« und »B-Gesetzen« Wank, FS Schnapp, 2008, S. 839, 850 f.; *ders.*, Juristische Methodenlehre, München 2020, § 6 Rn. 224.

<sup>48</sup> Preis, FS Wank (Fn. 47), S. 415, 421.

<sup>49</sup> Zur Einheit der Rechtsordnung noch unten II.2.b)(2).

<sup>50</sup> Dazu, dass § 615 S. 1 und S. 2 BGB risikoverteilende Normen sind, vgl. allgemein *Kötz*, JuS 2018, 1, 2; für das Arbeitsrecht etwa *Bieder*, in: Benecke (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar BGB, Stand 1.2.2020 (im Folgenden: BeckOGK BGB), § 615 BGB Rn. 8, 50, 65, 101; *Krause*, ZfA 2018, 126, 127; s. auch mit Blick auf die Entscheidung des 5. Senats vom 27.5.2020: *Isenhardt*, Infobrief ArbeitsR 3/2021, 3 ff.

<sup>51</sup> Für das geltende Recht (frühzeitige Arbeitsuchendmeldung nach § 38 Abs. 1 SGB III) scheint wegen des zwischenzeitlich geänderten Wortlauts (§ 37b SGB III aF sprach vom »Versicherungspflichtverhältnis«, § 38 Abs. 1 SGB III knüpft an die Beendigung des »Ausbildungs- oder Arbeitsverhältnisses« an) unklar zu sein, ob auch weiter nur Versicherungspflichtverhältnisse erfasst sind; dafür wohl BSG, 13.3.2018 – B 11 AL 12/17 R – NZS 2018, 658, Rn. 13; kritisch *Harks*, in: Schlegel/Voelzke (Hrsg.), jurisPK-SGB III, 2. Aufl., Saarbrücken 2019, § 38 Rn. 38; deutlich in diese Richtung etwa *Jüttner*, in: Heinz/Schmidt-De Caluwe/Scholz (Hrsg.), SGB III, 7. Aufl., Baden-Baden 2021 (im Folgenden: NK-SGB III), § 38 Rn. 12: die Beendigung eines versicherungsfreien Vertragsverhältnisses genügt nicht; für die Gegenansicht zB. *ErfK-Rolfs* (Fn. 14), § 38 SGB III Rn. 2; *Spieß*, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: NK-ArbR), § 38 SGB III Rn. 4; *APS-Steinmeyer/Greiner* (Fn. 4), § 38 SGB III Rn. 8.

<sup>52</sup> *Ricken*, NZA 2005, 323, 327.

des § 159 SGB III zum Ausdruck.<sup>53</sup> Dieser regelt das Ruhen des Arbeitslosengeldanspruchs bei versicherungswidrigem Verhalten. Versicherungswidrig sind nach § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III unter anderem unzureichende Eigenbemühungen, die vorliegen, wenn die oder der Arbeitslose trotz Belehrung über die Rechtsfolgen die von der Agentur für Arbeit geforderten Eigenbemühungen nicht nachweist. Die Sperrzeitregelung erstrebt einen Interessenausgleich zwischen privater Gestaltungsfreiheit und solidarischer Verantwortung.<sup>54</sup> Sie ist Ergebnis einer Güter- und Risikoabwägung<sup>55</sup> und soll die Solidargemeinschaft der Versicherten typisierend gegen vom Leistungsberechtigten selbst zu vertretende oder solche Risikofälle schützen, deren Behebung er unbegründet unterlässt<sup>56</sup>, speziell im Fall des § 159 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGB III vor der Inanspruchnahme durch Versicherte, die an der Eingliederung in das Erwerbsleben nicht in zumutbarer Weise mitwirken.<sup>57</sup> Die Arbeitslosenversicherung ist eine Versicherung gegen unverschuldete Arbeitslosigkeit.<sup>58</sup>

Während also im einen Fall dem Arbeitnehmer/Arbeitsuchenden (Arbeitslosen), dessen Eigenbemühungen es (sozialversicherungsrechtlich) zu bestimmen gilt, die solidarische Gemeinschaft der Versicherten gegenübersteht, die vor Risikofällen geschützt werden soll, welche Ersterer selbst zu vertreten hat, sind in der zweiten zu betrachtenden Beziehung Risiken zu verteilen zwischen dem Arbeitnehmer und dem Arbeitgeber, der in den Fällen unwirksam erklärter Kündigungen selbst der Verursacher des Annahmeverzugs ist.<sup>59</sup> Aus eben diesem Grund kann zur Bestimmung des böswilligen Unterlassens nach § 615 S. 3 Var. 3 BGB auf den Maßstab des § 140 SGB III nicht zurückgegriffen werden. Denn die Versichertengemeinschaft der Arbeitslosenversicherung kann höhere Anforderungen an die Zumutbarkeit stellen als der Arbeitgeber, der sozusagen der Verursacher des Annahmeverzugs ist.<sup>60</sup>

Dass diese unterschiedlichen Risikoverteilungen jedenfalls einer 1:1-Übertragung der Maßstäbe des § 140 SGB III auf die Bestimmung des böswilligen Unterlassens iSv. § 615 S. 2 Var. 3 BGB hinsichtlich der zumutbaren Inhalte alternativer Beschäftigungen entgegensteht, ist weithin anerkannt<sup>61</sup> (allerdings auch nicht unumstritten; gerade im Gefolge der Entscheidung des 5. Senats des BAG vom 27. Mai 2020 zur Meldeobligiertheit wird von Teilen der Literatur wieder für einen Gleichlauf der sozialversicherungs- und der arbeitsrechtlichen Zumutbarkeitskriterien

plädiert<sup>62</sup>). Auch das BAG hat dies jedenfalls früher so gesehen. Auf die Zumutbarkeitskriterien des (damaligen) § 121 SGB III könne bei der Auslegung von § 11 Nr. 2 KSchG nicht zurückgegriffen werden, weil es dort um einen anderen Regelungsgegenstand, nämlich den Schutz der Versichertengemeinschaft gehe.<sup>63</sup> Vermittelnd wird der Katalog des § 140 SGB III teilweise als »Orientierungshilfe« angesehen<sup>64</sup>, was – wie noch gezeigt werden soll – ein auch im vorliegenden Zusammenhang fruchtbarer Ansatz sein kann.

Richtigerweise kann aus demselben Grund auch eine arbeitsrechtliche Meldeobligiertheit im Rahmen von § 615 BGB entgegen dem 5. Senat des BAG jedenfalls nicht aus § 38 SGB III und einem Gleichlauf von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht hergeleitet werden<sup>65</sup> – was nicht

53 Hieran anknüpfend auch, aber mit tendenziell gegenteiligen Schlussfolgerungen: *Stenslik/Buchholz*, DStR 2020, 2794, 2797.

54 NK-ArbR-Spieß (Fn. 51), § 159 SGB III Rn. 2 mwN.

55 NK-SGB III-Scholz (Fn. 51), § 159 Rn. 4.

56 APS-Steinmeyer/Greiner (Fn. 4), § 159 SGB III Rn. 1; *Michalla-Munsche*, in: *Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 63. Ed., München, Stand 1.9.2021 (im Folgenden: *BeckOK Sozialrecht*), § 159 SGB III Rn. 1; *Karmanski*, in: *Brand* (Hrsg.), SGB III, 9. Aufl., München 2021, § 159 Rn. 2; *Lüdtk/Schaumberg*, in: *Böttiger/Körtek/Schaumberg* (Hrsg.), SGB III, 3. Aufl., Baden-Baden 2019, § 159 Rn. 3; *ErfK-Rolfs* (Fn. 14), § 159 SGB III Rn. 1; *Valgolio*, in: *Hauk/Noftz* (Begr.), SGB III, Berlin, Stand: August 2020, § 159 Rn. 15, 17.

57 NK-SGB III-Scholz (Fn. 51), § 159 Rn. 114.

58 *ErfK-Rolfs* (Fn. 14), § 159 SGB III Rn. 1.

59 Verfehlt daher die Anknüpfung an § 159 SGB III bei *Stenslik/Buchholz*, DStR 2020, 2794, 2797.

60 *Baumgärtner*, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 61. Ed., Stand 1.11.2021 (im Folgenden: *BeckOK BGB*), § 615 Rn. 42.

61 APS-*Biebl* (Fn. 4), § 11 KSchG Rn. 25; *BeckOK BGB-Baumgärtner* (Fn. 61), § 615 Rn. 42; NK-ArbR-*Boemke* (Fn. 51), § 615 BGB Rn. 115; *ErfK-Kiel* (Fn. 14), § 11 KSchG Rn. 7; *Richardi/Fischinger*, in: *Staudinger*, BGB, Berlin 2019, § 615 Rn. 172; *Ricken*, Anm. zu BAG, 17.11.2011 – 5 AZR 564/10 – AP Nr. 8 zu KSchG 1969 § 11, unter II.2.a.; *Grimm-Tschöpe* (Fn. 38), 2. Teil B. Rn. 57.

62 *Witteler/Brune*, NZA 2020, 1689, 1691; *Stenslik/Buchholz*, DStR 2020, 2794, 2798; vgl. auch *Schewiola/Grünwald*, ArbRB 2020, 381, 383; aus der älteren Literatur eingehend *Fritz/Erren*, NZA 2009, 1242, 1245 ff.

63 BAG, 16.6.2004 – 5 AZR 508/03 – NZA 2004, 1155, unter II.3.a) der Gründe; BAG, 7.2.2007 – 5 AZR 422/06 – NZA 2007, 561, Rn. 15.

64 *ErfK-Kiel* (Fn. 14), § 11 KSchG Rn. 7; auch dagegen aber *BeckOGK BGB-Bieder* (Fn. 50), § 615 BGB Rn. 91; nicht einmal indizielle Bedeutung.

65 Zutreffend etwa *Ricken*, NZA 2005, 323, 327; *MHdb-ArbR-Tillmanns* (Fn. 25), § 76 Rn. 72; *v.Steinau-Steinrück/Reiter*, NJW-Spezial 2016, 114, 115; *BeckOGK BGB-Bieder* (Fn. 50), § 615 BGB Rn. 95; *Sievers*, jM 2018, 194, 195 f.; dem BAG (auch) in der Begründung folgend hingegen etwa *Nägele-Berkner*, in: *Gallner/Mestwerdt/Nägele* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2021, § 11 KSchG Rn. 35; s. auch *Busch*, in: *Mestwerdt/Spengler/Dubon* (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 11 KSchG Rn. 15.

heißt, dass man sie nicht mit gleichem Ergebnis vertragsrechtlich begründen kann<sup>66</sup>.

Ebenso gilt dies für die Frage, inwieweit der Arbeitgeber als Verursacher des Annahmeverzugs die von ihm selbst ausgelöste Folge des Verzugslohnanspruchs durch »Arbeitsvermittlung« abwenden kann. Plakativ formuliert: Was ein Arbeitsuchender der Solidargemeinschaft der Versicherten schuldet, das schuldet er nicht automatisch auch dem seine Arbeitslosigkeit durch rechtswidrige Kündigung verursachenden Arbeitgeber. Es zeigt sich bereits hier auch, dass der Arbeitgeber eben nicht einem »Dritten« iSv. § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III gleichgestellt werden kann.<sup>67</sup> Er steht nicht außerhalb der Risikoverteilungsbeziehung, sondern ist als Verursacher des zu verteilenden Risikos selbst Akteur.

Damit erweist sich auch das Axiom des 5. Senats des BAG, dem Arbeitnehmer könne arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was ihm das Gesetz ohnehin (nämlich sozialversicherungsrechtlich) abverlange, als insgesamt fragwürdig. Wenn es in der Literatur demgegenüber heißt, die unterschiedlichen Richtungen der Risikoverteilung stünden einer Übertragung sozialversicherungsrechtlicher Grundsätze auf arbeitsrechtliche Problemlagen nicht entgegen<sup>68</sup>, wird dies mehr behauptet als begründet. Im Hintergrund solcher Überlegungen scheint unausgesprochen der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung zu stehen, der dabei indes in seinem konkreten Gehalt diffus bleibt<sup>69</sup> und als Auslegungsargument überdehnt werden dürfte.<sup>70</sup>

Klar ist, dass die hier berührte Frage des Verhältnisses von Arbeits- und Sozialrecht eine schwierige und grundsätzliche ist<sup>71</sup>. Der Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung spielt für die Suche nach Antworten in diesem Bereich sicherlich eine Rolle<sup>72</sup>, kann aber nicht der einzige Aspekt sein. Um es mit *Niklas Luhmann* zugespitzt zu formulieren: Die Einheit der Rechtsordnung kann keine Entscheidungsregel sein, weil sie Rechtsfragen (überhaupt erst) ermöglicht und sie nicht ausschließen kann.<sup>73</sup>

Umso zweifelhafter wird die Annahme eines Gleichlaufs der arbeits- mit den sozialversicherungsrechtlichen Obliegenheiten des Arbeitnehmers im Übrigen dann, wenn man das Verhältnis zwischen Arbeits- und Sozialrecht dahingehend definiert, dass das Sozialversicherungsrecht (nur) »Folge-Recht« zum Arbeitsrecht sei<sup>74</sup>. In dieser Sichtweise nähert sich das Rechtsgebietsverhältnis<sup>75</sup>

strukturell demjenigen zwischen materiellem Recht und Prozessrecht an, für das weitgehend anerkannt ist, dass das Prozessrecht gegenüber dem materiellen Recht »dienende Funktion« hat<sup>76</sup> und dass daher die Lösung materiell-rechtlicher Fragen nicht im Prozessrecht zu finden sein kann.<sup>77</sup> Die These vom »Folge-Recht« wäre allerdings – ohne, dass dem hier näher nachgegangen werden kann und muss – wohl noch näher begründungsbedürftig<sup>78</sup>; es erscheint fraglich, ob das Verhältnis der beiden Rechtsmaterien zueinander derart komprimiert auf einen sachgerechten Nenner gebracht werden kann.<sup>79</sup>

An anderen Stellen erkennt das BAG auch durchaus, dass sich der Anwendungsbereich sozialversicherungsrechtlicher Vorschriften auf eben dieses Rechtsgebiet beschränkt und sich nicht ohne Weiteres auf das bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien erstreckt:

So ist der 5. Senat des BAG nicht nur für Urteilsverfahren betreffend das Annahmeverzugsentgelt nach

66 Richtig *Kolbe*, Anm. zu BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – AP Nr. 158 zu § 615 BGB, unter III. und IV.

67 S. dazu näher unten II.2.b)(3).

68 So etwa *Bayreuther*, NZA 2003, 1365, 1366, für die Meldeobliegenheit.

69 Vgl. auch in anderem Zusammenhang *Brose*, DB 2005, 390, 392: »Inhalt alles andere als klar umrissen«; *Schlewing*, ZfA 2005, 485, 496: »konturenlos«; grundlegende Kritik jüngst auch bei *Brose*, FS Preis, 2021, S. 119, 127 f.

70 Vgl. zur Einheit der Rechtsordnung etwa die Nachweise bei *B. Schmidt*, NZA 2020, 1682, 1683, Fn. 13; außerdem jüngst *Stoffels*, FS I. Schmidt, 2021, S. 911, 917.

71 Vgl. dazu etwa von *Maydell*, FS Kissel, 1994, S. 761 ff.; *I. Schmidt*, AuR 1997, 461 ff.; *dies.*, RdA 1999, 124 ff.; *Hanau/Peters-Lange*, NZA 1998, 785 ff.; *Heinze*, NZA 2000, 5 ff.; *Preis*, NZA 2000, 914 ff.; *Waltermann*, NZS 2017, 247 ff.; *Kania*, NZS 2020, 878 ff.

72 Vgl. etwa *Hanau*, ZIP 2003, 1573, 1574; *Wank*, RdA 2020, 110, 111.

73 *Luhmann*, Kontingenz und Recht, Berlin 2013, S. 97; s. auch ebd. S. 135, 327; vgl. auch für das Völkerrecht *Rauber*, ZaöRV 2015, 259, 296 f.: erst die Annahme einer wertungsmäßigen Einheit der (Völker)Rechtsordnung lasse Argumentformen wie die (Rechts- oder Gesamt)Analogie oder die prinzipiengestützte (teleologische) Reduktion zu.

74 So *Wank*, RdA 2020, 110, 111; *ders.*, EuZA 2016, 143, 145; s. auch *Boecken*, RdA 2000, 7 und jüngst *Stoffels*, FS I. Schmidt, 2021, S. 911, 924.

75 Allgemein zu Rechtsgebietskonkurrenzen *Wank*, Juristische Methodenlehre (Fn. 47), § 5 Rn. 185 ff.

76 Eine dienende Funktion des Sozialrechts für das Arbeitsrecht diskutiert *Preis*, NZA 2000, 914, 915.

77 Vgl. dazu mwN. *B. Schmidt* (Fn. 41), Tarifpluralität, S. 186 ff.

78 Vgl. weiterführend *Preis*, NZA 2000, 914 ff. und die weiteren Nachweise aus Fn. 71 sowie jetzt zu Recht kritisch *Brose*, FS Preis, 2021, S. 119, 121.

79 Vgl. auch *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988 (zugl. Köln., Univ., Habil. 1982/83), S. 336 ff.; *Winkelmann*, in: *Deinert/Heuschmid/Zwanziger* (Hrsg.), Arbeitsrecht, 10. Aufl., Frankfurt aM. 2019, § 17 Rn. 8 und § 19 Rn. 1 ff. sowie speziell zum SGB III auch § 18 Rn. 3.

§ 615 BGB zuständig, sondern aufgrund seiner umfassenden Zuständigkeit für Urteilsverfahren betreffend das Arbeitsentgelt<sup>80</sup> regelmäßig auch mit Streitigkeiten betreffend sog. Schwarzgeldabreden befasst. In diesem Bereich judiziert das BAG in ständiger Rechtsprechung, dass aus der Regelung in § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV, wonach dann, wenn bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen Steuern und Beiträge zur Sozialversicherung und zur Arbeitsförderung nicht gezahlt worden sind, ein Nettoarbeitsentgelt als vereinbart gilt, arbeitsrechtlich keine Nettolohnabrede folge. Der Anwendungsbereich der Fiktionsvorschrift des § 14 Abs. 2 S. 2 SGB IV beschränke sich auf das Sozialversicherungsrecht und erstrecke sich nicht auf das bürgerlich-rechtliche Rechtsverhältnis der Arbeitsvertragsparteien. Das BAG kommt zu diesem Ergebnis anhand einer systematischen, teleologischen und entstehungsgeschichtlichen Auslegung.<sup>81</sup>

Eine auch nur annähernd vergleichbar intensive methodische Analyse des sozialversicherungsrechtlichen Regelungsumfeldes fehlt in der Entscheidung vom 27. Mai 2020. Vielmehr wird dort der Satz, wonach dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich das zugemutet werden könne, was ihm (sozialversicherungsrechtlich) ohnehin abverlangt werde, als potentiell über die Frage der Meldeobligiertheit hinaus folgenschweres Axiom vom 5. Senat mehr oder weniger frei geschöpft.

### (3) »Dritte« im Sinne von § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III

Vorstehend wurden unter (1) und (2) Argumente eher genereller Natur gegen die Annahme eines Gleichlaufs sozialversicherungsrechtlicher und arbeitsrechtlicher Obliegenheiten des Arbeitnehmers im Falle der Zuleitung von Stellenausschreibungen durch den Arbeitgeber aufgezeigt. Es kommt aber drittens auch ein gleichsam »mikrojuristisches«<sup>82</sup> Argument hinzu. Die Annahme, der Arbeitgeber sei »Dritter« iSv. § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III, dürfte fehlgehen.

Während § 615 BGB die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten und speziell die Fragen der Anrechnung in Satz 2 eher rudimentär regelt<sup>83</sup>, weist das SGB III im Bereich seiner Regelungen zu den Eigenbemühungen des Arbeitssuchenden eine ungleich größere Detailtiefe auf. Diese Regelungsdichte des Sozialversicherungsrechts übt auf den Arbeitsrechtler – gewohnt, mit Regelungs- und ganzen »Gebietslücken«<sup>84</sup> umgehen zu

müssen<sup>85</sup> – verständlicherweise eine gewisse Suggestivkraft aus. Die (vermeintliche) Schiefelage zwischen beiden Rechtsgebieten hängt aber schlicht mit den Unterschieden zusammen, die sich daraus ergeben, dass das Sozialversicherungsrecht zwingend und öffentlich-rechtlich konzipiert ist, wohingegen das Arbeitsverhältnis auf dem Prinzip der Privatautonomie aufbaut<sup>86</sup>. Auf der Seite des Sozialrechts mit seinen Sanktionsanknüpfungen gelten also der Vorbehalt des Gesetzes und die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Bestimmtheit. Die öffentlich-rechtliche Ge- und Verbotsstruktur des Sozialrechts<sup>87</sup> bedingt konkret mit Blick auf das Arbeitsförderungsrecht, dass Intensität und Häufigkeit von Eigenbemühungen hinreichend genau geregelt sind. Während daher § 615 S. 2 BGB die Konkretisierung dessen, was ein »böswilliges Unterlassen« der anderweitigen Verwendung der Dienste ist, der Rechtsprechung überlassen kann, treffen den Gesetzgeber bei der Definition der sozialversicherungsrechtlich verlangten Eigenbemühungen weitergehende Konkretisierungsanforderungen. Die Vorläufervorschrift des § 138 SGB III in § 119 SGB III aF. war noch knapper gefasst als die geltende Regelung. Auch danach zählte es bereits zur Definition der Arbeitslosigkeit, dass der Arbeitslose den Eigenbemühungen nachkam. Welche Eigenbemühungen mit welcher Intensität und Häufigkeit der Arbeitslose unternehmen musste, war gesetzlich allerdings nicht geregelt, weshalb im Hinblick auf die Unbestimmtheit des Gesetzeswortlauts verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht wurden. Das BSG teilte diese im Ergebnis nicht, verlangte aber im Wege verfassungskonformer Auslegung, dass eine Konkretisierung der Eigenbemühungsverpflichtung durch entsprechende Hinweise der Agentur für Arbeit erfolgt.<sup>88</sup>

80 S. Geschäftsverteilungsplan des BAG, Stand 1.12.2021, unter B.5.

81 Grundlegend BAG, 17.3.2010 – 5 AZR 301/09 – NZA 2010, 881, Rn. 13 ff.; bestätigt durch BAG, 21.9.2011 – 5 AZR 629/10 – NJW 2012, 1387, Rn. 23; BAG, 23.9.2020 – 5 AZR 251/19 – NZA 2021, 341, Rn. 21.

82 Begriff bei Reichold, RdA 2002, 321, 322.

83 Vgl. auch in anderem Zusammenhang Ganz, ArbRAktuell 2020, 308, 311.

84 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie und Juristische Methodenlehre, 11. Aufl., München 2020, Rn. 906 ff.

85 Zur Bedeutung des Richterrechts im Arbeitsrecht vgl. aus jüngerer Zeit etwa Linsenmaier, RdA 2019, 157 ff.; Rütters, NZA-Beilage 2011, 100 ff.

86 Preis, NZA 2000, 914.

87 Preis, NZA 2000, 914, 915.

88 BSG, 20.10.2005 – B 7a AL 18/05 R – NZS 2006, 436.

Entsprechende Anforderungen gelten auch für die geltende Regelung in § 138 SGB III, der in § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 SGB III vor allem auf die Eingliederungsvereinbarung verweist.<sup>89</sup>

Wer der Versuchung widerstehen will, Antworten auf arbeitsrechtlich unregelte Fragen unter Außerachtlassung von Wertungsunterschieden und damit methodisch fragwürdig aus dem dichter geregelten Sozialversicherungsrecht zu transplantieren, muss sich auf die Eigenlogik des Sozialversicherungsrechts einlassen und dessen Tatbestände sorgfältig analysieren.<sup>90</sup> Im Falle des hier gewählten Themas führt dies zu einer genaueren Betrachtung des Begriffs des »Dritten« in § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III.

Dass der Rechtsbegriff des »Dritten« nicht ohne Weiteres »jeden« umfasst, der nicht »Erster« oder »Zweiter«, also nicht unmittelbar Teil des jeweils geregelten Rechtsverhältnisses ist, sondern der damit gemeinte Personenkreis ggf. nach insbesondere teleologischen Gesichtspunkten zu beschränken sein kann, ist ein auch aus anderen Zusammenhängen bekanntes Phänomen. So lernen schon Studierende in den ersten Semestern, dass »Dritter« iSv. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB nicht ist, wessen Verhalten dem Erklärungsempfänger wegen besonders enger Beziehungen zwischen beiden oder wegen sonstiger besonderer Umstände billigerweise zugerechnet werden muss, mithin, wer »im Lager« des Erklärungsempfängers steht und als dessen Vertrauensperson erscheint, sofern dies dem Erklärungsempfänger zurechenbar ist<sup>91</sup>. Die Zahl weiterer Beispiele ist quer durch die Rechtsordnung Legion.<sup>92</sup> Auch sozialversicherungsrechtliche Vorschriften, die den Begriff des »Dritten« verwenden, können entsprechend einschränkend auszulegen sein.<sup>93</sup>

Was nun § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III betrifft, muss die Vorschrift, wonach der Arbeitslose bei der Vermittlung durch »Dritte« mitzuwirken hat, im Zusammenhang mit § 45 Abs. 3 SGB III gelesen werden. Hiernach kann die Agentur für Arbeit unter Anwendung des Vergaberechts Träger mit der Durchführung von Maßnahmen nach § 45 Abs. 1 SGB III (Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung) beauftragen. Aufgrund des JobAQTIVG<sup>94</sup> arbeiten die Agenturen für Arbeit bei der Vermittlung Arbeitsloser verstärkt mit Dritten, das heißt auch privaten Vermittlern, zusammen. Falls die Arbeitsagentur zu dem Ergebnis kommt, dass für die Vermittlung zusätzliche Maßnahmen der Betreuung oder

Hilfen erforderlich sind, kann sie nach § 45 Abs. 1 und Abs. 3–7 SGB III zur Unterstützung ihrer Vermittlungstätigkeit auch ohne die Einwilligung des Arbeitslosen Dritte mit der Vermittlung oder mit Teilaufgaben der Vermittlung beauftragen und dem beauftragten Dritten Arbeitssuchende zuweisen, wenn diese der Zuweisung nicht aus wichtigem Grund widersprechen. Der Arbeitslose kann sich der Vermittlung durch beauftragte Dritte nicht entziehen oder diese vereiteln, sondern muss hieran (aktiv) mitwirken, es sei denn er macht von seinem Widerspruchsrecht aus wichtigem Grund Gebrauch.<sup>95</sup>

Nach der Gesetzssystematik sind »Dritte« iSv. § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III also (nur) die Träger von Maßnahmen iSv. § 45 SGB III.<sup>96</sup> Soweit als Eigenbemühung die Mitwirkung bei der Vermittlung durch Dritte vorgesehen ist, kann sich dies nur auf die Arbeitsvermittlung in versicherungspflichtige Beschäftigung durch einen zugelassenen Träger gemäß § 45 Abs. 4 S. 3 Nr. 2 SGB III beziehen, denn Vermittlung iSd. SGB III ist Vermittlung in Arbeit (vgl. §§ 4, 35 SGB III).<sup>97</sup>

Alles andere würde auch, denkt man weiter, was Fischer in seiner Kritik an der Entscheidung des 5. Senats zur Meldeobliegenheit und zur Auskunftsobliegenheit des Arbeitnehmers bezüglich Vermittlungsangeboten der Arbeitsagentur nach Art eines *argumentum ad absurdum*<sup>98</sup>

89 Vgl. dazu etwa Gagel-Baldschun (Fn. 44), 80. EL., München, Stand: Februar 2021, § 138 SGB III Rn. 119 ff., 122; Welkoborsky/Klein, in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath (Hrsg.), Arbeitsrecht, 4. Aufl., Baden-Baden 2017, § 138 SGB III Rn. 10; APS-Steinmeyer/Greiner (Fn. 4), § 139 SGB III Rn. 62; NK-SGB III-Scholz (Fn. 51), § 138 Rn. 61 f.

90 Vgl. zum Ähnlichkeitsurteil bei der Analogie Rüthers/Fischer/Birk (Fn. 84), Rechtstheorie, Rn. 89 ff.; Wank, Juristische Methodenlehre (Fn. 47), § 15 Rn. 110 ff.

91 S. nur MüKoBGB-Armbrüster (Fn. 3), Bd. 1, 9. Aufl., München 2021, § 123 Rn. 73 f.; zu einem arbeitsrechtlichen Anwendungsfeld etwa Haas/Salamon/Hoppe, NZA 2011, 128, 131.

92 Vgl. aus dem Gesellschaftsrecht zu § 126 HGB: Steitz, in: Hensler/Strohn (Hrsg.), Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., München 2021, § 126 HGB Rn. 15 f.; Boesche, in: Oetker (Hrsg.), HGB, 7. Aufl., München 2021, § 126 Rn. 8; aus dem Steuerrecht: FG Baden-Württemberg, 19.7.2006 – 2 K 158/04 – DStRE 2007, 383.

93 Vgl. Thüsing/Vianden, NZS 2017, 847, 849.

94 Gesetz zur Reform der arbeitsmarktpolitischen Instrumente vom 10.12.2001, BGBl. 2001 I, S. 3443.

95 BeckOK Sozialrecht-Müller (Fn. 56), § 138 SGB III Rn. 68; zur Gesetzeshistorie auch MHdb-ArBR-Wißmann (Fn. 25), § 29 Rn. 56 f.

96 Vgl. Gagel-Baldschun (Fn. 44), 80. EL., München, Stand: Februar 2021, § 138 SGB III Rn. 127c; NK-SGB III-Scholz (Fn. 51), § 138 Rn. 79.

97 Gagel-Baldschun (Fn. 44), 80. EL., München, Stand: Februar 2021, § 138 SGB III Rn. 127c.

98 Zum *argumentum ad absurdum* vgl. allgemein Wank, Juristische Methodenlehre (Fn. 47), § 11 Rn. 69.

aufspießt, dazu führen, dass der Arbeitnehmer auch Vermittlungsvorschlägen weiterer (vermeintlicher) »Dritter« nachgehen müsste, etwa solchen, die er aus seiner Verwandtschaft oder privaten Bekanntschaft erhält.<sup>99</sup>

Selbst wenn man also den Satz des 5. Senats des BAG, vom Arbeitnehmer könne arbeitsrechtlich verlangt werden, wozu er sozialversicherungsrechtlich ohnehin verpflichtet sei, unterschreibt, führt diese Gleichung nicht ohne Weiteres zu einer schrankenlosen Reaktionsobliegenheit des Arbeitnehmers bei »Vermittlungsangeboten« durch den Arbeitgeber; eine solch weitgehende Obliegenheit kann insbesondere nicht aus dem SGB III hergeleitet werden.

### 3. Eigener Ansatz

#### a) Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung und prozessuale Konsequenzen

Richtigerweise ist demgegenüber ein vertragsrechtlicher, damit aber notwendigerweise auch einzelfallbezogener Ansatz zu wählen.<sup>100</sup> Nachdem die vermeintlich »einfache« Lösung durch Übertragung von Wertungen des Arbeitsförderungsrechts sich als nicht überzeugend erwiesen hat, bleibt der Praxis nur der Rückgriff auf die allgemeine, vielfach allerdings als zu unbestimmt kritisierte<sup>101</sup> Definition des böswilligen Unterlassens: Danach handelt böswillig iSd. §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG ein Arbeitnehmer, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls.<sup>102</sup>

Ein Automatismus dergestalt, dass bei regelmäßiger Weiterleitung von Stellenangeboten Dritter durch den Arbeitgeber eine bloße Untätigkeit des Arbeitnehmers ohne Nennung von Gründen für die unterlassene Bewerbung stets und ohne Weiteres ein böswilliges Unterlassen begründen soll<sup>103</sup>, ist damit nicht vereinbar. Solche Kurzschlüsse sind Folge einer Verengung des Blicks auf die Darlegungs- und Beweislast und einer Verkennung der für deren Verteilung geltenden Grundsätze.<sup>104</sup> Die Verteilung von Darlegungs- und Beweislasten funktioniert nicht wie ein Ping-Pong-Spiel<sup>105</sup> oder wie ein Abzählreim, bei dem jede Aktivität des Arbeitgebers losgelöst

von materiellen Kriterien bei anschließender Untätigkeit des Arbeitnehmers dazu führt, dass der »Pokal« der Darlegungslast in die Hände des Arbeitnehmers wandert<sup>106</sup>. Möglicherweise hat das BAG dem in der Literatur verbreiteten Eindruck, bei der Prüfung eines böswilligen Unterlassens von Zwischenverdienst handle es sich primär oder ausschließlich um eine Frage der Darlegungs- und Beweislastverteilung, ungewollt Vorschub geleistet, indem es – wie schon die Vorinstanzen<sup>107</sup> – die Schwierigkeiten des Arbeitgebers bei der Darlegung der die Einwendung des böswillig unterlassenen Zwischenverdienstes begründenden Tatsachen stark betont.<sup>108</sup>

Nötig ist demgegenüber eine Re-Materialisierung der Prüfung in dem Sinne, dass erst einmal Klarheit darüber herrschen muss, was darzulegen (und ggf. zu beweisen) ist, bevor über die Verteilung und Abstufung der Vortragslasten entschieden werden kann. Und dafür sind die materiellen Tatbestandsmerkmale des § 615 S. 2 Var. 3 BGB bzw. § 11 Nr. 2 KSchG maßgeblich, letztlich die das böswillige Unterlassen mittels weiterer Unterbegriffe<sup>109</sup> definierende, oben genannte allgemeine Formel des BAG.

Das mag wegen der Einzelfallabhängigkeit unbefriedigend erscheinen und ist zugegebenermaßen sicherlich weniger griffig als der behauptete, bei näherem Hinsehen aber eben nicht haltbare Gleichlauf von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht. Es ist aber durchaus vorstellbar, dass die Rechtsprechung mit der Zeit anhand geeigneter Fälle

99 Vgl. Fischer, jurisPR-ArbR 35/2020, Anm. 1, unter C.

100 Entsprechend für die Frage der Meldeobliegenheit: Kolbe, Anm. zu BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – AP Nr. 158 zu § 615 BGB, unter III. und IV.

101 Etwa Bayreuther, NZA 2003, 1365; Sandmann, RdA 2005, 247, 247 f.; s. auch Ricken, NZA 2005, 323, 325.

102 Jüngst BAG, 23.2.2021 – 5 AZR 213/20 – NZA 2021, 938, Rn. 14; LAG Berlin-Brandenburg, 20.1.2021 – 15 Sa 1194/20 – BeckRS 2021, 3406, Rn. 20; BeckOGK BGB-Bieder (Fn. 50), § 615 BGB Rn. 90.

103 Dafür: Liebscher/Rinckhoff, 6AT 2021, 26, 27; wohl auch Isenhardt, Infobrief ArbeitsR 3/2021, 3 ff.

104 Insgesamt zur Verteilung der Darlegungs- und Beweislast für böswillig unterlassenen Zwischenverdienst instruktiv Sievers, jM 2018, 194 ff.

105 Vgl. mit diesem Bild in anderen Zusammenhängen aber Diller, Anm. zu BAG, 27.2.2019 – 10 AZR 340/18 – AP HGB § 74c Nr. 23, unter 6.; Thüsing, ZfA 2015, 419, 424; Tiedemann, jurisPR-ArbR 43/2020, Anm. 3, unter E.I.; ders., ArbRB 2009, 89, 91.

106 Dieses Bild bei Witteler/Brune, NZA 2020, 1689, 1692.

107 ArbG Erfurt, 15.9.2017 – 2 Ca 223/17 – BeckRS 2017, 160757, Rn. 44 ff.; LAG Thüringen, 2.7.2019 – 1 Sa 369/17 – BeckRS 2019, 24783, Rn. 17 f.

108 Vgl. BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, Rn. 42 f.

109 Allgemein zu Unterbegriffen Wank, Juristische Methodenlehre (Fn. 47), § 8 Rn. 71 ff.

die allgemeinen Formeln operationabel machen und gewisse »Faustformeln« aufstellen kann. Das ist auch in vergleichbaren Konstellationen schon gelungen, so bei der Frage, wann ein Missbrauch von Kettenbefristungen mit sachlichem Grund vorliegt.<sup>110</sup> Gesichtspunkte, die bei der Prüfung eine Rolle spielen können, werden im Folgenden unter b) dargestellt.

Prozessual bleibt es auch nach Anerkennung des Anspruchs des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Erteilung von Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge dabei, dass im Ausgangspunkt der Arbeitgeber für die Einwendungen nach § 615 S. 2 BGB/§ 11 Nr. 1 und Nr. 2 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt.<sup>111</sup> Die sekundäre Darlegungslast, die den Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der aus § 138 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO folgenden Pflicht trifft, sich zu den vom Arbeitgeber behaupteten Tatsachen wahrheitsgemäß und vollständig zu erklären, wenn der Arbeitgeber keine nähere Kenntnis der maßgeblichen Umstände und auch keine Möglichkeit zur weiteren Sachverhaltsaufklärung hat, während dem Arbeitnehmer nähere Angaben dazu ohne Weiteres möglich und zumutbar sind, führt nicht zu einer Umkehr der Beweislast.<sup>112</sup>

Entsprechendes gilt bei der Zusendung von Stellenausschreibungen durch den Arbeitgeber. Vortrag, der eine Prüfung der »Böswilligkeit« anhand (unter anderem) der im Folgenden dargestellten Kriterien erlaubt, gehört zur Substantiierungslast des Arbeitgebers.<sup>113</sup> So wird man auch das BAG verstehen und weiterdenken müssen: Die Situation, dass der Arbeitgeber im Prozess vorträgt, dem Arbeitnehmer Stellenangebote Dritter zugeleitet zu haben (und behauptet, der Arbeitnehmer habe eine Bewerbung unterlassen), ist strukturell vergleichbar mit dem Fall der vom Arbeitnehmer erteilten Auskunft über die Vermittlungsvorschläge der Arbeitsagentur. In beiden Fällen liegen zunächst (nur) die Arbeitsmöglichkeiten »auf dem Tisch«. Trotzdem nimmt das BAG an diesem Punkt noch nicht ein »Herüberwandern« der Darlegungslast zum Arbeitnehmer an, sondern:

»Durch die Gewährung eines Auskunftsanspruchs über Vermittlungsvorschläge der staatlichen Arbeitsvermittlungsstellen wird die Darlegungs- und Beweissituation im Prozess nicht unzulässig verändert. Denn allein durch die Information über Vermittlungsvorschläge der Agentur für Arbeit und des

Jobcenters ist nicht zwangsläufig der Einwand der Böswilligkeit des Unterlassens anderweitiger zumutbarer Arbeit begründet. Dieser Einwand ist auf den nach der Auskunft erfolgenden Vortrag des Arbeitgebers noch zu prüfen. Deshalb wird mit dem Auskunftsanspruch auch nicht der Ausnahmecharakter des § 11 Nr. 2 KSchG infrage gestellt (so aber Hessisches LAG 11. Mai 2018 - 10 Sa 1628/17 - Rn. 60). Vielmehr ist es nach Erteilung der Auskunft noch immer am Arbeitgeber, diese Einwendung so substantiell zu begründen, dass sich der Arbeitnehmer im Wege abgestufter Darlegungs- und Beweislast hierzu einlassen kann.«<sup>114</sup>

Setzt man an die Stelle der erteilten Auskunft den Vortrag des Arbeitgebers zur Zuleitung von Stellenangeboten Dritter, so wird deutlich, dass auch im Prüfprogramm des BAG damit allein noch nicht die Darlegungslast zum Arbeitnehmer wechseln kann. Vielmehr löst erst die substantiierte Behauptung der Zumutbarkeit der angebotenen Stellen erneut die sekundäre Darlegungslast des klagenden Arbeitnehmers aus.<sup>115</sup>

Das Gericht hat – wie stets auch in diesem Zusammenhang – ggf. Fragen zu stellen und Hinweise zu geben, § 139 Abs. 1 S. 1 und 2 ZPO.

### b) Kriterien für die Einzelfallprüfung

Nach der oben wiedergegebenen allgemeinen Formel zur Bestimmung des böswilligen Unterlassens kommt es letztlich auf eine einzelfallbezogene Abwägung an, die danach fragt, ob die Aufnahme einer anderweitigen Beschäftigung unter Berücksichtigung des durch die Berufsfreiheit garantierten Rechts des Arbeitnehmers zur freien Arbeitsplatzwahl (Art. 12 Abs. 1 GG) redlicherweise erwartet werden kann.<sup>116</sup> Entscheidend hierfür ist eine, auch die familiäre Situation des Betroffenen berücksichtigende Gesamtschau von Arbeitszeit, Arbeitsort, Gefährlichkeit,

110 S. dazu nur ErfK-Müller-Glöge (Fn. 14), § 14 TzBfG Rn. 10a; auch schon Bonanni/B. Schmidt, ArbRB 2013, 216 ff.

111 BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, Rn. 27, 39.

112 BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, Rn. 27; eingehend zur sekundären Darlegungslast jetzt auch Heukenkamp, RdA 2021, 300 ff. (dazu, dass sie die Beweislast nicht verändert: aaO., S. 304).

113 Sievers, jM 2018, 194, 196 f.

114 BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, Rn. 46; Hervorhebung durch den Verfasser.

115 Heukenkamp, RdA 2021, 300, 304; s. auch Fuhrott/Oltmanns, BB 2017, 2677, 2681; Sievers, jM 2018, 194, 197 f.

116 BeckOGK BGB-Bieder (Fn. 50), § 615 BGB Rn. 90 mwN.; ähnlich MüKoBGB-Hensler (Fn. 3), § 615 Rn. 81.

Schwere und sonstigen Bedingungen der Alternativbeschäftigung sowie der Person und Reputation des potentiellen Arbeitgebers.<sup>117</sup> Leitend für die Abwägung muss dabei sein, dass die Ursache für die Notwendigkeit einer Anrechnung der Annahmeverzug und damit ein in die Risikosphäre des Arbeitgebers fallender Umstand ist<sup>118</sup>, weil »der Dienstberechtigte den Dienstpflichtigen aus seiner bisherigen Tätigkeit verdrängt hat«<sup>119</sup>.

Speziell für den Fall der »Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber« können folgende Abwägungskriterien eine Rolle spielen:

### (1) Priorität des Systems der öffentlichen

#### Arbeitsvermittlung und »information overload«

In seinem Kern festhaltenswert erscheint der auf eine ältere Entscheidung des LAG Hamm<sup>120</sup> zurückreichende Gedanke von *Henssler* und *Preis*, der Arbeitnehmer habe mit der Arbeitslosmeldung in der Regel alles ihm Zumutbare getan, da die Agentur für Arbeit eine öffentlich-rechtliche Pflicht zum Nachweis von Arbeitsmöglichkeiten habe<sup>121</sup>. Derart kategorisch kann dies zwar richtigerweise wegen der notwendigerweise auf die Umstände des Einzelfalls abzustimmenden vertragsrechtlichen Betrachtung nicht aufrechterhalten werden.<sup>122</sup> Zu bedenken ist aber stets, dass vom Arbeitgeber zugeleitete Stellenausschreibungen bei erfolgter Arbeitslosmeldung neben die durch die Arbeitsagentur vermittelten Arbeitsmöglichkeiten treten. Infolge der Kumulation beider Informationsquellen kann es durchaus zu einer Überforderung des Arbeitnehmers kommen. Aus der öffentlich-rechtlichen Pflicht der Arbeitsagentur zum Nachweis von Arbeitsmöglichkeiten ergibt sich in einem solchen Fall zumindest im Zweifel eine Priorität des Systems der öffentlichen Arbeitsvermittlung.

Aus Sicht des Arbeitgebers dürfte in der Konsequenz die grobe Faustformel lauten: Weniger ist mehr. Insbesondere bei einer empfohlenen wöchentlichen Zusendung von über Jobportale gefundenen freien Stellen<sup>123</sup> müsste wohl gelten: Bei quantitativer Überschreitung der Zumutbarkeitsgrenze ist nicht nur die Bewerbung auf die »überschüssigen« Stellen, sondern jede Bewerbung als nicht obliegenheitswidrig anzusehen, weil dem Arbeitnehmer nicht zugemutet werden kann, aus einer »Flut« von vom Arbeitgeber übersandten Stellenangeboten selbst eine (gerade) noch zumutbare Zahl auszuwählen und sich darauf zu bewerben. Im eigenen Interesse sollten also

Arbeitgeber darauf achten, den Arbeitnehmer nicht mit Stellenausschreibungen zu »überfluten«.

Bestehen doch Anhaltspunkte für eine solche Informationsüberflutung (»*information overload*«)<sup>124</sup>, liegt es prozessrechtlich nahe, bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast jedenfalls bei erfolgter Meldung des Arbeitnehmers als arbeitssuchend den Arbeitgeber nach den Grundsätzen der abgestuften Vortragslast mit der Darlegung zu belasten, warum die Bewältigung einer solchen Menge von Stellenanzeigen dem Arbeitnehmer neben dem Nachgehen der durch die Arbeitsagentur vermittelten Arbeitsmöglichkeiten noch zumutbar sein soll. Durch den jetzt vom BAG zugebilligten Auskunftsanspruch über die Vermittlungsangebote der Agentur kann der Arbeitgeber seine »Vermittlungstätigkeit« ohne Weiteres auf die Aktivitäten der Arbeitsagentur einstellen und abstimmen. Der Auskunftsanspruch kann sich an dieser Stelle im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast gleichsam in eine Obliegenheit des Arbeitgebers wandeln: Verlangt er die Auskunft nicht und leitet dem Arbeitnehmer eigeninitiativ Ausschreibungen zu, so kann er sich auf ein böswilliges Unterlassen des Arbeitnehmers nicht berufen, wenn durch die Kumulation beider Informationsquellen die Zumutbarkeitsgrenze für den Arbeitnehmer überschritten wird.

### (2) Zumutbarkeitsgrenze

Nach der Systematik des SGB III zählt die Mitwirkung bei der Vermittlung durch Dritte (§ 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III) zu den dem Arbeitslosen auferlegten Eigenbemühungen. Diese sind als das Bemühen, die eigene Beschäftigungslosigkeit zu beenden, nach § 138 Abs. 1 Nr. 2 SGB III Bestandteil der Definition der Arbeitslosigkeit. Welche Eigenbemühungen zur beruflichen Eingliederung die

117 BeckOGK BGB-Bieder (Fn. 50), § 615 BGB Rn. 90 mwN.

118 BeckOGK BGB-Bieder (Fn. 50), § 615 BGB Rn. 91.

119 MüKoBGB-Henssler (Fn. 3), § 615 Rn. 81.

120 LAG Hamm, 9.4.1975 – 2 Sa 92/75 – juris (Leitsatz).

121 MüKoBGB-Henssler (Fn. 3), § 615 Rn. 82; zust. ErfK-Preis (Fn. 14), § 615 BGB Rn. 101.

122 S. auch *Sievers*, jM 2018, 194, 196.

123 So die Empfehlung von *Fuhlrott/Oltmanns*, BB 2017, 2677, 2681.

124 Zur Informationsüberflutung (»*information overload*«) s. in unterschiedlichen Zusammenhängen etwa *Kruse*, NJW 2020, 137, 139; *Berndt/Müller*, BB 2015, 1128, 1129, Fn. 20; *Franzen*, NZM 2011, 217, 222 f.; *Riesenhuber*, RdA 2004, 340, 349; allgemein <https://de.wikipedia.org/wiki/Informationsüberflutung> (14.3.2022).

oder der Arbeitsuchende in welcher Häufigkeit mindestens unternommen muss und in welcher Form diese nachzuweisen sind, wird nach § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB III für einen zu bestimmenden Zeitraum in einer Eingliederungsvereinbarung<sup>125</sup> festgelegt, die die Agentur für Arbeit zusammen mit der oder dem Arbeitsuchenden trifft. Unter Beachtung der Rechtsprechung zu Sperrzeiten bei unzureichenden Eigenbemühungen<sup>126</sup> sind hier nicht mehr nur allgemeinformulierte Eigenbemühungen aufzuführen, sondern ist genau festzulegen, welche Eigenbemühungen vom Betroffenen in welcher Häufigkeit mindestens zu unternehmen sind und wie diese gegenüber der Arbeitsagentur nachzuweisen sind.<sup>127</sup>

Eine Begrenzung der zu verlangenden Intensität und Häufigkeit der Eigenbemühungen erfolgt über den Maßstab der Zumutbarkeit. Zumindest für den Arbeitsrechtler überraschend fehlt es in diesem Bereich (noch) an einer breiten Rechtsprechungspraxis. Hinsichtlich der Häufigkeit der Eigenbemühungen hat sich noch keine feste Rechtsprechung oder Verwaltungspraxis gebildet.<sup>128</sup> Die SGB III-Komentierungen nennen nahezu durchweg allein eine, auch nicht mehr ganz junge – allerdings gleichwohl durchaus aufschlussreiche – Entscheidung des LSG Baden-Württemberg. Danach ist es zumutbar, wenn die Agentur eine Arbeitsuchende auffordert, in einem Zeitraum von sechseinhalb Wochen sechs telefonische Kurzbewerbungen und zehn persönliche Vorstellungen bei Arbeitgebern zu unternehmen sowie die Stellenangebote in Zeitungen (»Wochenblättern«) bzw. in EDV-Plattformen der Bundesagentur für Arbeit auszuwerten.<sup>129</sup> Die Kommentatoren ergänzen dies durch den Hinweis, dass im Grundsatz tägliche Bemühungen erwartet werden können.<sup>130</sup>

Wenn für die Prüfung der §§ 615 S. 2 Fall 3 BGB, 11 Nr. 2 KSchG eine vorsichtige Parallele zu den Kriterien der Zumutbarkeit iSd. SGB III befürwortet wird, bedeutet dies nicht, den hier gerade abgelehnten Gleichlauf von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht zu reaktivieren. Es geht vielmehr um eine auslegungserleichternde Orientierungshilfe, ähnlich wie § 140 SGB III auch bei der Bestimmung der Zumutbarkeit alternativer Beschäftigungen im Rahmen von § 615 S. 2 Var. 3 BGB als Orientierungshilfe herangezogen wird<sup>131</sup>. Dabei geht es primär darum, die richtigen Fragen aufzuwerfen und Kriterien zu identifizieren.

Die Anknüpfung an die Zumutbarkeit iSv. § 140 SGB III liegt im Übrigen auch in der Logik der Befürworter eines Gleichlaufs von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht und auch speziell eines Rückgriffs auf § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III (Obliegenheit zur Mitwirkung bei der Vermittlung durch Dritte), denn auch die sozialversicherungsrechtlich abverlangten Eigenbemühungen müssen aus verfassungsrechtlichen Gründen<sup>132</sup> in einer iSv. § 140 SGB III zumutbaren Weise durch die Arbeitsagentur im Einzelfall konkretisiert werden.

### (3) Grundsatz der sachgerechten und individuellen Vermittlung

Es dürften aber auch noch weitere Parameter eine Rolle spielen, so die Tätigkeit des Arbeitnehmers in dem (bisherigen, gekündigten) Arbeitsverhältnis, seine Ausbildung, die Arbeitsmarktlage in dem jeweiligen Segment etc. Das lässt sich auch auf der Grundlage eines angenommenen Gleichlaufs von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht plausibilisieren, denn sozialversicherungsrechtlich besteht ein Anspruch (subjektiv-öffentliches Recht) von Arbeitsuchenden gegenüber der Arbeitsagentur auf eine »sachgerechte« Vermittlungstätigkeit<sup>133</sup>, wobei die Agentur nach § 35 Abs. 2 S. 2 SGB III die Neigung, Eignung und Leistungsfähigkeit der Arbeitsuchenden sowie die Anforderungen der angebotenen Stellen zu berücksichtigen hat (Grundsatz der individuellen Vermittlung). Es muss ermittelt werden, für welche Beschäftigung der Arbeitslose nach seinem Lebensalter und seiner Leistungsfähigkeit unter angemessener Berücksichtigung seines Berufs

125 Grundsätzlich zur Eingliederungsvereinbarung etwa *Banafsche*, SR 2013, 121 ff.

126 BSG, 20.10.2005 – B 7a AL 18/05 R – NZS 2006, 436.

127 *Schön*, in: Böttiger/Körtel/Schaumberg (Fn. 56), § 37 Rn. 8.

128 *Brand*, in: Böttiger/Körtel/Schaumberg (Fn. 56), § 37 Rn. 7.

129 LSG Baden-Württemberg, 12.12.2006 – L 13 AL 4255/06 – BeckRS 2007, 41284; zustimmend zitiert in den Kommentierungen von *Brand*, in: Böttiger/Körtel/Schaumberg (Fn. 56), § 37 Rn. 7; *Neunaber*, in: jurisPK-SGB III (Fn. 51), § 37 Rn. 46; *Schön*, in: Böttiger/Körtel/Schaumberg (Fn. 56), § 37 Rn. 8.

130 *Brand*, in: Böttiger/Körtel/Schaumberg (Fn. 56), § 37 Rn. 7; *Neunaber*, in: jurisPK-SGB III (Fn. 51), § 37 Rn. 46; *Schön*, in: Böttiger/Körtel/Schaumberg (Fn. 56), § 37 Rn. 8.

131 S. oben II.2.b)(2) und nochmals *ErfK-Kiel* (Fn. 14), § 11 KSchG Rn. 7.

132 Vgl. oben II.2.b)(3).

133 *Gagel-Peters-Lange* (Fn. 44), 80. EL., München, Stand: Februar 2021, § 35 SGB III Rn. 18; *Schön*, in: Böttiger/Körtel/Schaumberg (Fn. 56), § 35 Rn. 21; *MHdb-ArBR-Wißmann* (Fn. 25), § 29 Rn. 10.

und seiner Ausbildung nach Lage und Entwicklung des Arbeitsmarktes in Betracht kommt.<sup>134</sup>

### III. Weitere offene Fragen

Der vom 5. Senat des BAG anerkannte Auskunftsanspruch über Vermittlungsvorschläge der Arbeitsverwaltung wird in der Literatur auf andere Möglichkeiten von Zwischenwerb ausgedehnt. Möglichkeiten zumutbaren Erwerbs ergäben sich nicht nur aus Vermittlungsvorschlägen der Agentur für Arbeit oder des Jobcenters, sondern zB., wenn der Arbeitnehmer in einem sozialen Netzwerk wie LinkedIn registriert sei, auch aus Bewerbungsaufforderungen in diesem Netzwerk. Den vom 5. Senat des BAG anerkannten Auskunftsanspruch könne man auf derartige Arbeitsgelegenheiten ausdehnen, wobei in Abwägung der Umstände des Einzelfalls die Zumutbarkeit zu prüfen sei, ggf. unter Einbeziehung von Geheimhaltungsauflagen. Je weiter das Auskunftsersuchen des Arbeitgebers gefasst sei, desto stärker rücke der Gedanke in den Vordergrund, dass die Gewährung materiell-rechtlicher Auskunftsansprüche die Darlegungs- und Beweissituation im Prozess nicht unzulässig verändern dürfe.<sup>135</sup>

In der Praxis stellt sich im Zusammenhang mit LinkedIn- oder etwa auch Xing-Profilen des Arbeitnehmers im Rahmen des Kündigungsschutzprozesses oft noch eine andere Frage. Nicht selten fordert nämlich der Arbeitgeber mit oder nach Ausspruch der Kündigung den Arbeitnehmer dazu auf, seine »virtuelle Unternehmenszugehörigkeit« in solchen Netzwerken (ggf. nach Ablauf der Kündigungsfrist) zu beenden, sich also in seinen Profilen nicht mehr als beim Arbeitgeber beschäftigt darzustellen, obgleich der Kündigungsschutzprozess noch läuft. Der Arbeitnehmer hingegen kann daran interessiert sein, dass die Adressaten seiner Bewerbungen ihn, wenn sie sich seine Profile bei diesen Netzwerken ansehen, mit Blick auf die ungeklärte Frage der Wirksamkeit der Kündigung auch nach Ablauf der Kündigungsfrist als in einem laufenden Arbeitsverhältnis stehend wahrnehmen. Zum Umgang hiermit haben *Elking/Fürsen* eine überzeugende Analogie zu den Grundsätzen des Großen Senats des BAG zum allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruch<sup>136</sup> vorgeschlagen<sup>137</sup>, die *mutatis mutandis* auch im hiesigen Kontext fruchtbar gemacht werden kann:

Ist die Kündigung offensichtlich unwirksam oder ihre Unwirksamkeit erstinstanzlich durch Urteil festgestellt, so hat der Arbeitgeber mit *Elking/Fürsen* keinen Anspruch gegen den Arbeitnehmer auf Beendigung der virtuellen Unternehmenszugehörigkeit.<sup>138</sup> Fordert der Arbeitgeber gleichwohl (also ohne tatsächlich bestehende rechtliche Grundlage) den Arbeitnehmer dazu auf, seine virtuelle Unternehmenszugehörigkeit durch entsprechende Änderung des Profils zu beenden, dann kann, wenn der Arbeitnehmer, um den evidenten Nachteilen, die sich für seine beruflichen Fortkommensaussichten aus der Angabe einer Beschäftigungslosigkeit in seinem Profil ergeben können, zu entgehen, sein Profil vollständig löscht, der Arbeitgeber aus dieser letztlich von ihm rechtsgrundlos veranlassten Löschung kein böswilliges Unterlassen von möglichem Zwischenverdienst herleiten.

### IV. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Es ist weitgehend ungeklärt, ob und inwieweit der Arbeitnehmer sich im Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Ausspruch einer (sich später als unwirksam herausstellenden) Arbeitgeberkündigung ein böswilliges Unterlassen von Zwischenverdienst iSd. §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG entgegenhalten lassen muss, wenn der Arbeitgeber ihm Arbeitsmöglichkeiten bei Dritten nachweist und der Arbeitnehmer auf die Zusage entsprechender Stellenangebote durch den Arbeitgeber nicht (durch Abgabe von Bewerbungen) reagiert (»Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber«).
2. Diese Frage ist weder durch das Urteil des 9. Senats des BAG vom 16. Mai 2000<sup>139</sup> noch durch das Urteil des nunmehr zuständigen 5. Senats des BAG vom 27. Mai 2020<sup>140</sup> entschieden.

<sup>134</sup> MHDb-ArbR-*Wißmann* (Fn. 25), § 29 Rn. 15; näher zu den Begriffen Neigung, Eignung und Leistungsfähigkeit: *Schön*, in: Böttiger/Körteck/Schaumburg (Fn. 56), § 35 Rn. 22 ff.; *Gagel-Peters-Lange* (Fn. 44), 80. EL., München, Stand: Februar 2021, § 35 SGB III Rn. 20 ff.

<sup>135</sup> *Junker*, ZfA 2021, 502, 543.

<sup>136</sup> BAG (GS), 27.2.1985 – GS 1/84 – NZA 1985, 702.

<sup>137</sup> *Elking/Fürsen*, NZA 2014, 1111 ff.

<sup>138</sup> *Elking/Fürsen*, NZA 2014, 1111, 1114.

<sup>139</sup> BAG, 16.5.2000 – 9 AZR 203/99 – NZA 2001, 26.

<sup>140</sup> BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113.

3. In der Praxis der Arbeitgeberberatung entspricht die Strategie, vorprozessual und möglichst zeitnah nach Ausspruch der Kündigung auf den gängigen Jobportalen nach entsprechenden Arbeitsangeboten zu suchen und diese dem Arbeitnehmer – möglichst sogar kontinuierlich in regelmäßigem, etwa wöchentlichem Abstand – zuzuleiten, insbesondere seit Mitte der 2010-er Jahre mit der zunehmenden Nutzung von Online-Stellenbörsen und berufsbezogenen sozialen Netzwerken einer verbreiteten Empfehlung. Dadurch soll eine Darlegungslast des Arbeitnehmers im Prozess begründet werden, substantiiert zu erklären, ob er sich auf diese Arbeitsmöglichkeiten mit welchem Erfolg beworben oder aus welchen Gründen er dies unterlassen hat.
4. Die »Spur« für dieses Vorgehen hat der 9. Senat des BAG in seiner Entscheidung vom 16. Mai 2000<sup>141</sup> durch den Hinweis gelegt, der Arbeitgeber könne den Arbeitnehmer über konkrete Stellenangebote informieren, ihn dadurch in »Zugzwang« versetzen und Bewerbungen veranlassen, um ggf. die Ansprüche aus Annahmeverzug dann kürzen zu können, wenn der Arbeitnehmer auf diese Mitteilungen hin vorsätzlich das Zustandekommen eines Arbeitsverhältnisses verhindere.<sup>142</sup>
5. Auftrieb erhält die dieser Praxis zugrundeliegende Rechtsauffassung durch die Aussagen des 5. Senats in seiner Entscheidung vom 27. Mai 2020 zur Obliegenheit des Arbeitnehmers zur Arbeitslosmeldung bei der Agentur für Arbeit<sup>143</sup>, wonach dem Arbeitnehmer arbeitsrechtlich das zugemutet werden könne, was ihm das Gesetz ohnehin abverlange, und die sozialrechtlichen Handlungspflichten bei der Auslegung des Begriffs des böswilligen Unterlassens am Maßstab der gemeinsamen Vertragsbeziehung unter Berücksichtigung der Verkehrssitte nicht außer Acht gelassen werden könnten.<sup>144</sup>
6. Dieser vom 5. Senat des BAG angenommene Gleichlauf sozialversicherungsrechtlicher und arbeitsrechtlicher Obliegenheiten und der axiomatische Satz des 5. Senats, dem Arbeitnehmer könne arbeitsrechtlich das zugemutet werden, was ihm das Gesetz ohnehin abverlange, sind zweifelhaft.
7. Insbesondere kann das Ergebnis, die Praxis der »Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber« begründe ohne Weiteres – unter der (einzig) Voraussetzung, dass es sich um dem Arbeitnehmer zumutbare Stellen handeln müsse – bei unterlassener Bewerbung eine böswillige Versäumung von Zwischenverdienst, nicht aus der Vorschrift des § 138 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III hergeleitet werden, der zufolge der Arbeitslose im Rahmen der Eigenbemühungen alle Möglichkeiten zur beruflichen Eingliederung zu nutzen hat und hierzu insbesondere auch die Mitwirkung bei der Vermittlung durch Dritte gehört.
8. Dies bedeutet indes nicht, dass nicht im Ergebnis gleichwohl eine Reaktionsobliegenheit des Arbeitnehmers bei Zusendung von Stellenangeboten Dritter durch den Arbeitgeber bestehen kann. Dies ist jedoch nicht aus dem SGB III herleitbar, sondern anhand der Umstände des Einzelfalls vertragsrechtlich zu prüfen.
9. Ausgangspunkt ist die allgemeine Formel, der zufolge böswillig iSd. §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG ein Arbeitnehmer handelt, dem ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert.
10. Umstände, die bei der Subsumtion im Einzelfall eine Rolle spielen können, sind (ohne Anspruch auf Vollständigkeit):
  - gleichsam als Zweifelsregel der Gesichtspunkt der Priorität des Systems der öffentlichen Arbeitsvermittlung;
  - der Kumulationsaspekt (»information overload«);
  - der Gedanke einer Begrenzung der zu verlangenden Intensität und Häufigkeit der Bewerbungsbemühungen über den Maßstab der Zumutbarkeit in vorsichtiger Orientierung an den sozialversicherungsrechtlichen Maßstäben;
  - der Grundsatz der sachgerechten und individuellen Vermittlung.
11. Prozessual bleibt es auch nach Anerkennung des Anspruchs des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer auf Erteilung von Auskunft über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge durch den 5. Senat des BAG dabei,

141 BAG, 16.5.2000 – 9 AZR 203/99 – NZA 2001, 26.

142 BAG, 16.5.2000 – 9 AZR 203/99 – NZA 2001, 26, unter II.2.b)cc) der Gründe.

143 BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113.

144 BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, Rn. 47.

dass im Ausgangspunkt der Arbeitgeber für die Einwendungen nach §§ 615 S. 2 BGB, 11 Nr. 2 KSchG die Darlegungs- und Beweislast trägt. Für die hier betrachtete Konstellation heißt das, dass Vortrag, der eine Prüfung der »Böswilligkeit« anhand der im jeweiligen Einzelfall maßgeblichen Kriterien erlaubt, zur Substantiierungslast des Arbeitgebers gehört. Das Gericht hat ggf. Fragen zu stellen und Hinweise zu geben, § 139 Abs. 1 S. 1 und 2 ZPO.

12. Für den Fall, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer bei offensichtlicher oder durch erstinstanzliches Urteil festgestellter Unwirksamkeit der Kündigung dazu auffordert, seine virtuelle Unternehmenszugehörigkeit in berufsbezogenen sozialen Netzwerken durch entsprechende Änderung des Profils zu beenden, kann, wenn der Arbeitnehmer daraufhin sein Profil vollständig löscht, der Arbeitgeber hieraus kein böswilliges Unterlassen von möglichem Zwischenverdienst herleiten.

## Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht. Zur Wirkungsweise völkervertragsrechtlicher Vorgaben auf die nationale Rechtsordnung am Beispiel zulässiger Streikziele

Dissertation von Alberto Povedano Peramato, 2020, Duncker & Humblot, Berlin, 492 S. (ISBN: 978-3-428-18054-7), 119,90 €, erschienen als Band 358 der Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Entgegen früheren Jahrzehnten erfreut sich das Arbeitsvölkerrecht in der deutschen Literatur inzwischen doch einer zunehmenden Beliebtheit.<sup>1</sup> Das gilt besonders für das Arbeitskämpfrecht. Vor diesem Hintergrund reiht sich die zu besprechende Arbeit in eine Reihe weiterer Veröffentlichungen zu diesem Thema ein, wobei eine Konzentration auf die europäische Dimension und vor allem auf die EMRK unverkennbar ist.<sup>2</sup> Das könnte auf den ersten Blick dafür sprechen, dass sich bereits näher Erforschtes eher wiederholt und sich neue Felder nicht so ohne Weiteres erschließen. Die vorliegende Arbeit findet einen Weg, um diesem möglichen Problem zu entgehen. Sie konzentriert sich auf einen speziellen Bereich: die Streikziele und ihre Vereinbarkeit mit völkerrechtlichen Vorgaben. Genauer lautet der Untertitel »Zur Wirkungsweise völkervertragsrechtlicher Vorgaben auf die nationale Rechtsordnung am Beispiel zulässiger Streikziele«, was den umfassenden Titel »Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht« doch deutlich einschränkt. Trotz dieser Zentrierung sind es noch ca. 440 Seiten Text geworden.

Die (arbeitsvölkerrechtliche) Zulässigkeit der von der deutschen Rechtsprechung stark eingeschränkten Streikziele näher zu analysieren, ist sicher zunächst einmal reizvoll, weil sich verschiedene Kontrollgremien der ILO und des Europarats mit diesen Fragen befasst haben und zwar speziell auch zur Bundesrepublik. Es eröffnet andererseits die Chance, sich von verschiedenen anderen Werken abzusetzen, die sich zur Zeit wegen der besonderen Brisanz eher mit dem Beamtenstreikverbot und den damit zusammenhängenden arbeitsvölkerrechtlichen Fragen befassen.<sup>3</sup>

Vor diesem Hintergrund verwundert es zunächst nicht, dass diese Arbeit inzwischen auch ausgezeichnet wurde

(zB. 2020 mit dem Bayreuther Dissertationspreis für europäisches Arbeitsrecht).

Ein so umfangreiches Werk etwas näher unter Einhaltung der räumlichen Vorgaben besprechen zu wollen, lässt sich nur unter erheblichen Einschränkungen bewerkstelligen. Deshalb werden nur die wesentlichen Ergebnisse entsprechend der in sechs Teilen<sup>4</sup> gegliederten Arbeit referiert. Damit bleiben notwendigerweise sehr viele – zum Teil auch sehr wichtige – Argumente unberücksichtigt. Jedoch werden ggf. dann weiterführende Überlegungen angestellt.

### I. Zum 1. Teil – Einfluss und Wirkungen des Völkervertragsrechts auf die innerstaatliche Rechtsordnung

Der Autor analysiert hier insbesondere die verfassungsdogmatischen Grundlagen und konkrete Folgen, soweit es zu Konflikten zwischen den einzelnen Rechtskreisen kommt (S. 38 ff).

Dabei kommt er zum Ergebnis, »dass das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung Ausdruck der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist. Die Bindung der deutschen Staatsorgane, insbesondere der Judikative, an das Völkervertragsrecht folgt verfassungsdogmatisch grundsätzlich aus Art. 20 Abs. 3, 59 Abs. 2 GG iVm. dem jeweils korrelierenden Zustimmungsgesetz. Weitergehende verfassungsrechtliche Bedeutung kommt dem menschenrechtsrelevanten Völkervertragsrecht über Art. 1 Abs. 2 GG zu. [...] Sofern es zu Konflikten zwischen

1 ZB. Schlachter/Heuschmid/Ulber (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Tübingen 2019; J. M. Schubert, Arbeitsvölkerrecht, Berlin 2017; Däubler/Zimmer (Hrsg.), Arbeitsvölkerrecht, Baden-Baden 2013.

2 ZB. Lettmeier, Funktionselemente der Koalitionsfreiheit nach Art. 11 EMRK – Vorgaben von Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK für die Gestaltung kollektiver Beziehungen, Abhandlungen zum deutschen und internationalen Arbeits- und Sozialrecht (ADIA), Bd. 3, Berlin 2021 (zugl. München, Univ., Diss. 2021); Buchholtz, Streiken im europäischen Grundrechtsgefüge – Zum Harmonisierungspotenzial des Art. 6 Nr. 4 ESC in der Rechtsprechung des EGMR und des EuGH, Berlin 2018 (zugl. Hamburg, Univ., Diss. 2014).

3 ZB. Ernst, Das Streikverbot für Beamte, Zur Rechtmäßigkeit des Streikverbots für Beamte unter Berücksichtigung der aktuellen Entwicklungen im nationalen und internationalen Recht, Berlin 2018 (zugl. Hamburg, Univ., Diss. 2018); Ickenroth, Das deutsche Beamtenstreikverbot im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht (SAR), Bd. 333, Berlin 2016 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2016); Schulz, Zum Streikrecht von Beamten, Eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung des EGMR, Bd. 871, Baden-Baden 2016 (zugl. Leipzig, Univ., Diss. 2015).

4 Der 6. Teil (S. 432–442) beinhaltet die Zusammenfassung der Ergebnisse.

innerstaatlich anwendbarem Völkerrecht und einer anderen innerstaatlichen Norm kommt, kann das Gebot der völkerrechtsfreundlichen Auslegung zur Anwendung gelangen.« (S. 94)

Diese sehr ausführliche Analyse ist stark auf die EMRK und den EGMR einerseits und die entsprechende Rechtsprechung des BVerfG andererseits ausgerichtet. Dabei ist die Auseinandersetzung mit dem pauschalen »Rezeptionshindernis« von völkerrechtlichen Vorgaben bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen besonders interessant. Nicht zuletzt mit Verweis auf Art. 53 EMRK sieht er die Rechtsprechung des BVerfG kritisch, plädiert für eine »differenzierende« Lösung (S. 89 f.) und erkennt auch Anzeichen für eine gewisse Relativierung beim BVerfG (S. 91).

Der Autor überträgt die Ergebnisse dann aber auf sämtliche völkerrechtliche Verträge (S. 93 f.). Damit hat er die Grundlagen für die weitere Untersuchung gelegt, die sich jedoch erst einmal mit dem Ist-Zustand der Rechtsprechung befassen muss.

## II. Zum 2. Teil – Status quo (un-)zulässiger Streikziele und weiterer Anforderungen an rechtmäßige Arbeitskämpfe in Deutschland

Hier wird die gegenwärtige Rechtslage in Deutschland, vor allem hinsichtlich der Tarifvertragsbezogenheit des Streikrechts dargestellt (S. 96 ff.). Sieben Themenbereiche behandelt der Verfasser dabei ausführlich (S. 102–117). Sie bilden auch den »roten Faden« für die weitere Untersuchung:

1. Streiks zum Abschluss oder zur Änderung alternativer Vertragstypen
2. Streiks zur Rechtsdurchsetzung
3. Politische Streiks
4. Demonstrationstreiks
5. Streiks im Zusammenhang mit standortrelevanten unternehmerischen Entscheidungen des Arbeitgebers
6. Streiks zur Durchsetzung von koalitions- bzw. tarifpolitischen Forderungen
7. Unterstützungstreiks

Nur bei der Abmilderung der Folgen von Standortverlagerungen (also beim »Wie« mit Tarifsozialplänen und nicht »Ob« der unternehmerischen Entscheidung) und beim Unterstützungstreik geht er davon aus, dass

das BAG (seit 2007) von der »grundsätzlichen Rechtmäßigkeit« (S. 117) ausgehe. Ansonsten werden Streiks zur Erreichung der oben angeführten Ziele von der Rechtsprechung oder ggf. der überwiegenden Literatur als unzulässig gewertet. Somit habe die strenge Tarifvertragsbezogenheit des Arbeitskampfrechts zur Folge, dass Streikmaßnahmen nur zur Verfolgung eng umrissener Ziele zulässig seien (S. 117).

Insoweit lautet sein Ergebnis: Die »strenge Tarifvertragsbezogenheit erlangt maßgebliche Bedeutung nicht nur für die Frage, welche Ziele zulässigerweise erstreikt werden dürfen, sondern ist Ausgangspunkt der gesamten Arbeitskampsrechtskonzeption in Deutschland. So beruhen tragende Grundsätze des Arbeitskampsrechts bis heute explizit oder implizit auf diesem Dogma.« (S. 131), auch wenn er einzelne Durchbrechungen erkennt (S. 117 mit Fn. 118).

## III. Zum 3. Teil – Vorgaben des Arbeitsvölkerrechts bezüglich zulässiger Streikziele

Der 3. Teil bildet das Herzstück der Arbeit, was sich bereits am (fast eine eigene Dissertation darstellenden) Umfang von knapp 260 Seiten ablesen lässt (S. 132–390). Nach einer einleitenden Untersuchung zu den Auslegungsgrundsätzen nach der WVRK werden die drei wesentlichen Rechtsnormen (ILO Übereinkommen Nr. 87, Art. 6 Abs. 4 ESC und Art. 11 EMRK) sowie die Aussagen der dafür zuständigen Kontrollgremien in ausführlicher Art und Weise beschrieben und näher analysiert.

Dabei kommt der Autor zu folgendem Ergebnis: »Streikmaßnahmen werden durch verschiedene arbeitsvölkerrechtliche Gewährleistungen geschützt. Rechtsquellenübergreifend konnte herausgearbeitet werden, dass das Streikrecht ein besonders hohes Schutzniveau genießt, soweit es als Mittel zur Kollektivverhandlung von Arbeits- bzw. Beschäftigungsbedingungen fungiert. Von diesem Ausgangspunkt aus hat die Analyse des einschlägigen Rechts der Internationalen Arbeitsorganisation, von Art. 6 Abs. 4 ESC sowie von Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK ergeben, dass das Streikrecht darin weitergehender gewährleistet ist, als es in Art. 9 Abs. 3 GG nach bisher überwiegender Auffassung der Fall ist. Da jedoch auch im Arbeitsvölkerrecht das Streikrecht nicht absolut gewährleistet wird, hat dieser Befund für sich genommen noch keine direkten

Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage. Insbesondere für Art. 6 Abs. 4 ESC sowie für Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK konnte geklärt werden, unter welchen Voraussetzungen sich mitgliedstaatliche Eingriffe in die Streikrechtsgewährleistung rechtfertigen lassen. Unter Anwendung der spezifischen Prüfungsregime stellen allein die bislang angenommenen Begrenzungen des Streikrechts auf den Normtypus ›Tarifvertrag‹ sowie auf normativ tariflich regelbare Forderungen i.S.d. Tarifvertragsgesetzes Verstöße gegen arbeitsvölkerrechtliche Vorgaben dar.« (S. 389)

Entsprechend dem im Titel zum Ausdruck kommenden umfassenden Ansatz »Arbeitsvölkerrecht« soll im Folgenden näher auf die einzelnen Völkerrechtsbereiche eingegangen werden. Vorab tut sich dabei aber ein grundsätzliches Problem auf: Sind dem Anspruch einer arbeitsvölkerrechtlichen Untersuchung nach auch alle arbeitsvölkerrechtlichen Ebenen in der Arbeit berücksichtigt?

### 1. UN – Können die ratifizierten Menschenrechtspakte ausgeblendet werden?

Das Arbeitsvölkerrecht ist zwar charakterisiert durch die Normen einerseits der ILO mit ihren vielen Übereinkommen und andererseits des Europarats, vor allem mit der ESC und der EMRK. Dennoch bilden bei einem umfassenden Ansatz der UN-Sozialpakt (IPbpR) und sogar der UN-Zivilpakt (IPwskR) einen nicht unwichtigen Teil des Arbeitsvölkerrechts.<sup>5</sup> Die entsprechenden Vorgaben werden in dieser Arbeit jedoch ausgeblendet. Die Begründung dafür lautet:

»Entweder ist ihnen nach weit überwiegender Auffassung schon kein Streikrecht zu entnehmen (AEMR und IPbpR), oder dessen Ausübung steht unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Konformität mit der nationalen Rechtsordnung (vgl. Art. 8 Abs. 1 lit. d) IPwskR)« (S. 132, Fn. 1)

Das erscheint nicht wirklich überzeugend. Was den *UN-Zivilpakt* anbetrifft, kann man das nach der Spruchpraxis des für die Einhaltung der eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen zuständigen Menschenrechtsausschusses wohl kaum sagen. Denn er hat in verschiedenen »Concluding Observations« das Streikrecht ausdrücklich anerkannt. Schon dies lässt die Aussage »nach weit überwiegender Auffassung« recht zweifelhaft erscheinen. Es kommt jedoch dazu, dass der Ausschuss sogar in Bezug konkret auf die Bundesrepublik öfters das umfassende Beamtenstreikverbot im Hinblick

auf die in Art. 22 UN-Zivilpakt garantierte Koalitionsfreiheit kritisiert hat, zuletzt Ende 2021.<sup>6</sup>

Im Hinblick auf den *UN-Sozialpakt* ist bei der ausdrücklichen Anerkennung des Streikrechts in Art. 8 Abs. 1 lit. d zwar der Verweis auf die nationale Rechtsordnung formal zutreffend; diese Aussage negiert jedoch die Spruchpraxis des UN-Sozialpaktausschusses. Er hat dazu immer wieder Stellung genommen, nicht zuletzt hat auch er das Beamtenstreikverbot in der Bundesrepublik kritisiert.<sup>7</sup>

Um diese Begründung noch fragwürdiger erscheinen zu lassen, haben beide Ausschüsse aus Anlass des 100-jährigen Jubiläums der ILO in einem – seltenen – gemeinsamen Statement das Streikrecht für beide Pakte ausdrücklich anerkannt.<sup>8</sup>

Dem möglichen Einwand, dass sich in Bezug auf die Streikziele wohl keine ausdrücklichen Aussagen finden ließen, ist zunächst zu entgegnen, dass es bisher an einem »General comment« insbesondere zu Art. 8 UN-Sozialpakt fehlt, also noch kein konsistentes Auslegungskonzept entwickelt worden ist. Dennoch hat insbesondere der UN-Sozialpaktausschuss immer wieder auf Aussagen der ILO-Gremien verwiesen. Außerdem wäre das arbeitsvölkerrechtlich garantierte Streikrecht durch entsprechende gegenseitige internationale Bezugnahmen verstärkt worden. Das führt zur nächsten Überlegung:

### 2. ILO – Sind Aussagen der Kontrollgremien wirklich unverbindlich?

Im Rahmen der ausführlichen Untersuchung des ILO-Übereinkommens Nr. 87 und der entsprechenden Spruchpraxis der ILO-Kontrollgremien CEACR und CFA (S. 145–178) wird sehr ausführlich begründet, warum die Aussagen nicht verbindlich sein sollen. Es fehle »an einer

5 Auf die anderen Menschenrechtsabkommen der UNO wie zB. Antirassismuskonvention (CERD), Frauenrechtskonvention (CEDAW) oder Behindertenrechtskonvention (CRPD) wird hier nicht näher eingegangen, weil sie für das Streikrecht kaum relevant werden.

6 Zuletzt Concluding observations, 30.11.2021, CCPR/C/DEU/CO/7, Rn. 50 f., AuR 2022, 142.

7 Zuletzt Concluding observations, 27.11.2018, E/C.12/DEU/CO/6, Rn. 44 f.

8 »The committees recall that the right to strike is corollary to the effective exercise of the freedom to form and join trade unions. Both committees have sought to protect the right to strike in their review of the implementation of the ICESCR and the ICCPR by the States parties.« Freedom of association, including the right to form and join trade unions – Joint statement by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Human Rights Committee, 23.10.2019, E/C.12/2019/3-CCPR/C/2019/1, Rn. 4.

tragfähigen Grundlage« (S. 171). Insoweit lautet die zusammenfassende Kernaussage:

»Nicht zuletzt die IAO-Kontrollgremien haben maßgeblich zur Festschreibung der generellen Gewährleistung des Streikrechts innerhalb des Rechts der IAO beigetragen. Zugleich ist an die Grenzen ihrer Mandate zu erinnern, die sich innerhalb des IAO-Überwachungssystems nach Art. 22 f. IAO-Verfassung bewegen. Daher sind die näheren Konturierungen des Streikrechts durch CEACR und CFA nicht als dem Recht der IAO immanente Vorgaben zu qualifizieren.« (S. 178)

Diese Herangehensweise hat dann zur Folge, dass die Aussagen des CEACR und CFA ausgeblendet und durch eine eigenständige (einschränkende) Interpretation des Übereinkommens Nr. 87 ersetzt werden. Damit ist dann der Weg frei für die Feststellung, dass »das in den IAO-Normen rechtsverbindlich gewährleistete Streikrecht jedenfalls keinen Schutzgehalt aufweist, der über die bislang angenommene Gewährleistung aus Art. 9 Abs. 3 GG hinausreicht« (S. 178).

Bei dieser Argumentation werden jedoch wichtige Elemente ausgeblendet. Die vorhergehende Untersuchung konzentriert sich nur auf den CEACR und CFA, die jedoch beide keine unmittelbare verfassungsmäßige Legitimation aufweisen und deshalb nicht verbindlich sein sollen (S. 169). Sie erwähnt jedoch nur ganz kurz die Möglichkeit der anderen Kontrollverfahren, die unmittelbar in der ILO-Verfassung vorgesehen sind:

»Daneben gibt es ein Beschwerdeverfahren (Art. 24, 25 IAO-Verfassung) und ein Klageverfahren, das in einem Untersuchungsausschuss des Verwaltungsrates durchgeführt wird und gegen dessen Entscheidung die Beschwerde beim Internationalen Gerichtshof statthaft ist (Art. 26 ff. IAO-Verfassung).« (S. 147)

Diese sind jedoch von besonderer Bedeutung. Zwar verfügen sie nicht über die gem. Art. 37 Abs. 1 ILO-Verfassung dem IGH vorbehaltene abschließende Auslegungs- und Entscheidungskompetenz. Sie sind dennoch die weitestgehenden Überprüfungsverfahren im Rahmen der ILO. Beide Verfahren zeichnen sich dadurch aus, dass die Überprüfung der Einhaltung einer bestimmten (ratifizierten) ILO-Norm durch einen Vertragsstaat notwendigerweise die Bestimmung des konkreten Inhalts, also eine Auslegung voraussetzt. Diese Auslegungen haben also »Verfassungsrang«.

Konkret ist im Hinblick auf das *Beschwerdeverfahren* eine Besonderheit bei Fragen der Vereinigungsfreiheit zu beachten. Die zulässigen Beschwerden können nämlich in

diesen Fällen nicht nur von einem – wie sonst vorgesehen – ad-hoc bestimmten Prüfungsausschuss, sondern ggf. vom CFA geprüft werden.<sup>9</sup> Das bedeutet, dass diesem Ausschuss zumindest insoweit eine verfassungsmäßige Qualität zukommt.<sup>10</sup>

Entsprechende Entscheidungen, in denen es um (nach Auffassung des CFA konventionswidrige) Streikrechtseinschränkungen ging, betrafen zB. eine zu weite Definition von wesentlichen Diensten (Bank- und Transportsektor<sup>11</sup>, Transportsektor,<sup>12</sup> Banksektor<sup>13</sup>) oder Verfahrensvorschriften (gesetzliche Regelung zu Mehrheitsanforderungen<sup>14</sup> oder das Verbot von Unterstützungstreiks<sup>15</sup>).

Bei den *Klageverfahren* ist die Verbindlichkeit noch näherliegend, weil – wie vom Autor zutreffend erwähnt – der betroffene Staat im Fall, dass er die Empfehlungen nicht anerkennt, den IGH anrufen kann (Art. 29 Abs. 2, 31 ff. ILO-Verfassung). Das bedeutet jedoch im Umkehrschluss, dass die Ergebnisse für ihn bindend sind, solange der IGH nicht eine andere Auffassung vertreten hat.

Und hier finden sich wieder verschiedene Fälle, in denen sich der unabhängige Untersuchungsausschuss im jeweiligen Bericht näher mit dem Streikrecht auseinandergesetzt hat.<sup>16</sup> In allen drei Fällen wird das Streikrecht anerkannt und aus dem Übereinkommen Nr. 87 hergeleitet, ggf. aus Art. 3 und/oder Art. 10,<sup>17</sup> teilweise sogar ausdrücklich unter Bezugnahme auf die Spruchpraxis der sonstigen ILO-Kontrollorgane. Dabei beschränken sich die Aussagen nicht nur auf das Streikrecht als solches, sondern sie kritisieren auch die näheren Bedingungen der Ausübung (zB. zu weite Definition der »wesentlichen

9 S. Art. 3 Abs. 2 der Standing Orders [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed\\_norm/-/normes/documents/meetingdocument/wcm\\_041899.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-/ed_norm/-/normes/documents/meetingdocument/wcm_041899.pdf) (14.3.2022).

10 Das Beschwerdeverfahren kann sogar in ein Klageverfahren übergehen, wie es im Hinblick auf die BRD – nicht zum Streikrecht, aber bei dem Verfahren zum Ü. 111 (»Berufsverbot«) erfolgt ist, Report of the Commission of Inquiry, Germany C. 111 (GB. 235/4/7, March 1987), s. zB. Rn. 56.

11 Representation (Art. 24) – Turkey – C. 87 – 1996, Rn. 62.

12 Representation (Art. 24) – Denmark – C. 87, C. 98 – 1999, Rn. 55.

13 Representation (Art. 24) – Costa Rica – C. 11, C. 87, C. 98, C. 135 – 1985, Rn. 99.

14 Representation (Art. 24) – Denmark – C. 87, C. 98 – 1999, Rn. 54.

15 Representation (Art. 24) – Turkey – C. 87 – 1996, Rn. 61.

16 Report of the Commission of Inquiry, Poland, C. 87 and 98, (GB.227/3/6, June 1984) (im Folgenden: Fall Polen); Report of the Commission of Inquiry, Nicaragua, C. 87, 98 and 144, (1991) (im Folgenden: Fall Nicaragua); Report of the Commission of Inquiry in PDF Zimbabwe, C. 87 and 98 (GB.307/5, March 2010) (im Folgenden: Fall Zimbabwe).

17 Fall Polen, Rn. 517; Fall Nicaragua, Rn. 500 und 506; Fall Zimbabwe, Rn. 575 (»right to strike is an intrinsic corollary of the right to organize protected by Convention No. 87«)

Dienste<sup>18</sup> oder besondere, das Streikrecht einschränkende Verfahrensvorschriften<sup>19</sup>).

Diese Gesichtspunkte außer Betracht zu lassen, ermöglicht wohl kaum, die ILO-Aussagen zur Zulässigkeit von Proteststreiks, nicht tarifbezogenen Streikforderungen usw., aus der weiteren Detail-Analyse auszublenden und dann noch den deutschen Gerichten, die sie berücksichtigen, eine »– von der Judikative zu vermeidende – politische Entscheidung« (S. 169) vorzuhalten.

### 3. ESC – Sind die Aussagen des EASR nicht zu berücksichtigen?

Nach einer ausführlichen Beschreibung und Analyse von Art. 6 Abs. 4 ESC, der das Streikrecht ausdrücklich garantiert, sowie der dazu ergangenen Spruchpraxis des ECSR (S. 178–241) kommt der Autor zum Ergebnis:

»Letztlich hat die Untersuchung aber gezeigt, dass die Kontrollorgane – zumindest bislang – nicht mit der Befugnis ausgestattet sind, die ESC-Gewährleistungen autoritativ auszulegen oder andere verbindliche Aussagen gegenüber den Signatarstaaten zu treffen. Das gilt jedenfalls gegenüber der Bundesrepublik, die etwaige Änderungsprotokolle noch nicht ratifiziert hat.« (S. 240)

Zwar ist formal zutreffend, dass die Bundesrepublik bisher weder das »Turiner Änderungsprotokoll« noch das »Kollektiven Beschwerdeprotokoll« ratifiziert hat.<sup>20</sup> Bei der rechtlichen Bewertung der Unverbindlichkeit der Aussagen des ECSR sollte jedoch mehr berücksichtigt werden, dass der Ausschuss im Vertragstext selbst »zur Prüfung« der Staatenberichte vorgesehen ist (Art. 24 ESC), also eine vertragsmäßige Grundlage hat. Inzwischen hat er auch in seiner gerichtähnlichen Funktion im Beschwerdeverfahren eine erhebliche Spruchpraxis entwickelt,<sup>21</sup> die dadurch einer autoritativen Auslegung gleichkommt.

### 4. EMRK – Ist ein weiter Beurteilungsspielraum im Regelfall gerechtfertigt?

Für die EMRK stellt der Autor fest, dass seit seiner grundlegenden Neuausrichtung in Bezug auf Art. 11 Abs. 1 EMRK auch Streikmaßnahmen umfassend diesem Schutz unterfallen. In einer mittlerweile gefestigten Rechtsprechungslinie habe der Gerichtshof ein »feingliedriges und differenziertes Prüfungsregime« auch um nationalstaatliche Besonderheiten in gebotenem Umfang berücksichtigen zu können entwickelt, in dessen Zentrum die Reichweite

des Beurteilungsspielraums (»margin of appreciation«) des Mitgliedsstaats stehe. Sie sei für jeden Einzelfall anhand von mehreren Faktoren zu beantworten. Dabei will er den Mitgliedsstaaten im Regelfall einen weiten Beurteilungsspielraum für die Einschränkung des Streikrechts einräumen. Die konkreten Umstände des Einzelfalls, etwa eine besonders intensive Wirkung der Eingriffsmaßnahme, könnten jedoch »ohne Weiteres« zur Annahme eines engen Beurteilungsspielraums führen. Im Übrigen könnte der EGMR in Folge seiner bisherigen Rechtsprechung Streikmaßnahmen im Zusammenhang mit dem Recht auf Kollektivverhandlungen als »wesentliches Element« von Art. 11 Abs. 1 EMRK qualifizieren. Dann wären die Anforderungen an eine Eingriffsrechtfertigung für den Mitgliedsstaat im Zweifel hoch anzusetzen. (S. 388)

Diese Bewertungen basieren auf einer sehr ausführlichen Analyse, die hier – wie gesagt – nicht nachgezeichnet werden kann. Die Betonung des »margin of appreciation« zur besseren Berücksichtigung nationaler Besonderheiten liegt zwar durchaus »im Trend« und könnte sogar durch das inzwischen in Kraft getretene 15. (Änderungs-) Protokoll mit der entsprechenden Berücksichtigung in der Präambel zusätzlichen Auftrieb erhalten, stellt aber dennoch die jeweils wesentliche Gefahr für eine effektive Gewährleistung der Menschenrechte dar. Ein Regel-Ausnahmeverhältnis für den weiten Beurteilungsspielraum anzunehmen, verstärkt diesen Trend.

Neben dieser grundsätzlichen Überlegung sollen noch einige spezifische Punkte angesprochen werden. Bei der Analyse des Schutzbereichs moniert der Autor öfters, dass keine Unterscheidung zwischen Versammlungsfreiheit und Streikrecht getroffen werde (Art. 11 Abs. 1 Hs. 1 bzw. Hs. 2 EMRK). Das mag man dogmatisch als ein Manko sehen. Dabei wäre jedoch noch zu berücksichtigen, dass außer der Versammlungsfreiheit auch noch die

18 Fall Polen, Rn. 555; Fall Nicaragua, Rn. 506; Fall Zimbabwe, Rn. 572.

19 Ebd.

20 Das Kollektive Beschwerdeprotokoll ist von der Mehrheit der EU-Mitgliedsstaaten (15) ratifiziert worden (darüber hinaus hat auch noch Norwegen das Protokoll ratifiziert); beim »Turiner Änderungsprotokoll« blockiert die Bundesrepublik zusammen mit drei anderen Vertragsstaaten das förmliche Inkrafttreten.

21 Vgl. die Entscheidungen, in denen er eine Verletzung von Art. 6 Abs. 4 ESC angenommen hat, Decision EuroCOP v. Ireland, Complaint No. 83/2012, Decision LO and TCO v. Sweden, Complaint No. 85/2012, Decision ETUC, CGSLB, CSC and FGFB v. Belgium, Complaint No. 59/2009, Decision Confederation of Independent Trade Unions in Bulgaria, »Podkrepa« and ETUC v. Bulgaria, Collective Complaint No. 32/2005.

Vereinigungsfreiheit in Hs. 1 erwähnt wird und die Koalitionsrechte in Hs. 2 als Unterfall davon normiert werden («dazu gehört», engl. »including«) und somit auch das Streikrecht; für alle gelten zunächst einmal die gleichen Schutzbereichsbestimmungen und – was nicht ausreichend berücksichtigt wird – auch die gleichen Eingriffsvoraussetzungen in Abs. 2.<sup>22</sup>

Im Zusammenhang mit der Anerkennung des Streikrechts im Schutzbereich von Art. 11 EMRK bezweifelt der Autor, dass es inzwischen alle Sektionen des EGMR anerkannt hätten, da es die zweite Sektion bislang »strikt vermieden [habe], entsprechende Aktionen als Streik und mithin unter dem Schutz der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK zuzuordnen« (S. 314). Zwar verweist er in der Analyse des Urteils *Kaya und Seyhan* (S. 292) zunächst formal zutreffend darauf, dass »die disziplinarrechtliche Ahndung der Streikteilnahme als Verstoß gegen die Versammlungsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 1 Hs. 1 EMRK« gewertet worden sei (dortige Rn. 29–31). Jedoch wird – wie zu Recht erwähnt wird – beim Schutzbereich ausdrücklich auf die Vereinigungsfreiheit verwiesen<sup>23</sup> und damit der Rahmen von Art. 11 Abs. 1, 2. Hs. EMRK anerkannt. Bemerkenswert ist aber weiter, dass bei der Bezugnahme auf die Versammlungsfreiheit (dortige Rn. 29) auf das für das Streikrecht so grundlegende Urteil *Enerji Yapı-Yol Sen* und dort die entscheidende Rn. 32 verwiesen wird, die eben nicht nur den Verweis auf die Versammlungsfreiheit, sondern vor allem die ausdrückliche Anerkennung des Streikrechts beinhaltet.<sup>24</sup> Man wird also die Auffassung aufrechterhalten können, dass alle EGMR-Sektionen das Streikrecht als unter Art. 11 Abs. 1, 2. Hs. EMRK fallend anerkannt haben.

Bei der Auseinandersetzung mit der *Rechtfertigung* für einen Eingriff gem. Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK spielt für den Autor der »Schutz der Rechte des bestreikten Unternehmens« (S. 333 ff.) eine gewichtige Rolle. Dazu referiert er die Aussagen des EGMR und weist die dagegen erhobene Kritik unter Hinweis auf die entgegenstehende Spruchpraxis des ECSR mit dem Hinweis auf eine fehlende »unmittelbare Verbindlichkeit« (S. 337) zurück. Das erscheint in zweifacher Hinsicht zu kurz gegriffen. Zum einen erschöpft sich die Wirkung der Aussagen nicht auf eine Verbindlichkeit (»Berücksichtigungspflicht«). Zum anderen werden aber auch die weiteren internationalen Vorgaben nicht berücksichtigt. So können die einschränkenden Aussagen

des EGMR seinerseits wohl ebenfalls nicht uneingeschränkt zugrunde gelegt werden.

Entsprechendes gilt auch für die Berücksichtigung der Auswirkungen auf den »Schutz des wirtschaftlichen Wohls des Landes« (S. 341 ff.). Zunächst wird hier zwar zurecht festgestellt, dass dies als originäres Eingriffsziel nicht zulässig ist, aber letztlich dem »Schutz der Rechte und Freiheiten anderer« zugeordnet. Die Begründung unter Verweis auf die »große Interdependenz von Unternehmen« oder das »generelle Interesse« vernachlässigt den erforderlichen Bezug auf »Rechte«. Außerdem fehlt es hier ebenfalls an jeder Auseinandersetzung mit den Aussagen zB. der IAO-Kontrollgremien, die nur im Fall einer »nationalen Krise« Streikrechtseinschränkungen zulassen.<sup>25</sup>

Insgesamt führen die sehr ausführlichen dogmatischen Erwägungen letztlich immerhin dazu, dass der Autor die Beschränkungen des Streikrechts auf Maßnahmen zur Durchsetzung von förmlichen Tarifverträgen sowie von Forderungen, die normativ tariflich regelbar iSd. Tarifvertragsgesetzes sind, für nicht gerechtfertigt hält. Die Eingriffe seien mangels legitimer Eingriffsziele nicht »notwendig« iSv. Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK. Insbesondere sei nicht zu befürchten, dass relevante Rechtspositionen in einem besonderen Ausmaß verletzt werden, wenn das Streikrecht als Druckmittel zur Durchsetzung außertariflicher Regelungen und Forderungen zugelassen werde. In diesen Punkten verstoße die bisherige Rechtslage in Deutschland also gegen die konventionsrechtliche Koalitionsfreiheit. (S. 388) Im Gegensatz dazu könnten die Eingriffe in die anderen Streikziele (Streiks zur Rechtsdurchsetzung, Demonstrationsstreiks, politische Streiks und Streiks gegen das »Ob« von standortrelevanten unternehmerischen Entscheidungen) nach Art. 11 Abs. 2 S. 1 EMRK gerechtfertigt werden.

22 Auf S. 314 wird auf diesen Umstand hingewiesen, wobei er jedoch – ohne nähere inhaltliche Begründung – als der Kritik nicht entgegenstehend anzusehen sei.

23 Rn. 24: »La Cour estime que la mesure litigieuse constitue une atteinte à leur droit à la liberté d'association«.

24 »La Cour reconnaît que le droit de grève n'a pas de caractère absolu. Il peut être soumis à certaines conditions et faire l'objet de certaines restrictions. Ainsi, le principe de la liberté syndicale«.

25 ZB. CFA Compilation 2018, zB. Rn. 866 (»acute national crisis«).

## 5. Die Aussagen internationaler Gremien in einer Zusammenschau

In seinem Zwischenergebnis zum 3. Teil stellt der Autor »rechtsquellenübergreifend« fest, dass das Streikrecht ein besonders hohes Schutzniveau genieße, soweit es als Mittel zur Kollektivverhandlung von Arbeits- bzw. Beschäftigungsbedingungen fungiere und weitergehender gewährleistet sei als in Art. 9 Abs. 3 GG. Das habe jedoch keine direkten Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage. Insbesondere im Hinblick auf Art. 6 Abs. 4 ESC sowie für Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK stellten nur bislang angenommene Begrenzungen des Streikrechts auf den Normtypus »Tarifvertrag« sowie auf normativ tariflich regelbare Forderungen iSd. TVG Verstöße gegen arbeitsvölkerrechtliche Vorgaben dar. (S. 389)

Zwar erweckt dieses »rechtsquellenübergreifende« Ergebnis auf den ersten Blick den Eindruck einer Gesamtschau. Der strukturell gewählte Ansatz einer nicht thematisch, sondern auf die einzelnen Rechtsquellen ausgerichteten Methode wirft jedoch ein methodisches Problem auf. Er führt zu einer Parzellierung bzw. Fragmentierung von jeweils einheitlichen Gegenständen. Im Gegensatz dazu müsste eine völkerrechtsfreundliche Auslegung im Grundsatz bemüht sein, völkerrechtliche Verletzungen möglichst zu vermeiden. Wenn also verschiedene völkerrechtliche Kontrollgremien zu gleichen Punkten (wie neben dem allgemeinen Erfordernis der Tarifbezogenheit des Arbeitskampfs zB. die Frage von Proteststreiks) inhaltlich weitgehend deckungsgleiche Standpunkte vertreten, dann erscheint eine Zusammenschau geboten. Um dem Anliegen der Konfliktvermeidung gerechter zu werden, wäre also die Kritik aller Gremien jeweils themenbezogen darzustellen, um dann zu eruieren, wie sich möglichst viel Konfliktvermeidung erreichen lässt. Anders (und sehr vereinfacht) ausgedrückt: je mehr Kritik, desto höher der Begründungsbedarf für den Fall der Abweichung.

Dabei sollte sich die Prüfung zumindest vom durch den IGH formulierten Postulat eines »großen Gewichts« der Aussagen der jeweils zuständigen Kontrollgremien (als Mindestschwelle einer Berücksichtigung) bei der Auslegung leiten lassen, die er im Hinblick auf die Aussagen des Antirassismus-Ausschusses getroffen hat, die jedoch allgemeinen Charakter haben:

»Although the Court is in no way obliged, in the exercise of its judicial functions, to model its own interpretation of the Covenant on that of the Committee, it believes that it should ascribe *great weight* to the interpretation adopted by this independent body that was established specifically to supervise the application of that treaty. The point here is to *achieve the necessary clarity and the essential consistency* of international law, as well as *legal security*, to which both the individuals with guaranteed rights and the States obliged to comply with treaty obligations are entitled [...].«<sup>26</sup>

## IV. Zum 4. Teil – Völkerrechtsfreundliche Auslegung der deutschen Rechtslage

Vom Ausgangspunkt, dass das bislang in Deutschland überwiegend angenommene Modell eines streng tarifvertragsbezogenen Streikrechts partiell gegen Art. 6 Abs. 4 ESC sowie Art. 11 Abs. 1 Hs. 2 EMRK in der Auslegung durch den EGMR verstößt, (S. 391) prüft der Autor im 4. Teil (S. 391–413), ob und wie sich offenbarte Diskrepanzen unter Berücksichtigung der im 1. Teil ausgefächerten Mechanismen auflösen lassen. Er kommt zum Ergebnis, dass dafür die Anwendungsvoraussetzungen des Gebots der völkerrechtsfreundlichen Auslegung vorliegen und, da sich die Umsetzungen zudem innerhalb der verfassungsmäßigen Grenzen der Völkerrechtsfreundlichkeit bewegen, den völkerrechtlichen Vorgaben Rechnung zu tragen und die innerstaatliche Rechtsordnung entsprechend anzupassen sei. (S. 413)

## V. Zum 5. Teil – Konsequenzen der völkerrechtsfreundlichen Auslegung

Im 5. Teil (S. 414–431) wird dann analysiert, welche Anpassungen erforderlich und auch möglich sind, um den jeweiligen völkerrechtlichen Vorgaben im nationalen Recht in gebotener Weise Rechnung zu tragen. Für den Autor ist Bezugspunkt für das Arbeitskämpfrecht

<sup>26</sup> Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo) Judgement 30.11.2010, S. 664, Rn. 66 (Hervorhebung nicht im Original), <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/103/103-20070524-JUD-01-00-EN.pdf> (14.3.2022).

nicht mehr die Tarifautonomie, sondern die externe Koalitionsbetätigungsfreiheit als solche. Erforderliche Beschränkungen sind nicht mehr im Wege einer Begrenzung des Schutzbereichs, sondern – grundrechtsdogmatisch überzeugender – auf Schrankenebene unter der Leitmaxime zu lösen, den konfligierenden Grundrechten im Wege der Herstellung praktischer Konkordanz zu größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen. (S. 440) In formaler Hinsicht sind nunmehr Streiks zuzulassen, die auf den Abschluss von außertariflichen (Kollektiv-)Verbindungen abzielen; in materieller Hinsicht können sämtliche Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen iSv. Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zum Gegenstand eines Arbeitskampfes gemacht werden.

Für die primär mit Blick auf die strenge Tarifvertragsbezogenheit als unzulässig angesehenen Streiks zur Rechtsdurchsetzung, politische Streiks und Demonstrationstreiks hält er eine nähere, auf dogmatische Aspekte eingehende Untersuchung auf nationaler Ebene angesichts des geänderten Bezugspunkts des Streikrechts angezeigt. (S. 441) Damit werden immerhin Öffnungen für die Zukunft möglich.

## VI. Zusammenfassung

Die Arbeit zeichnet sich durch eine klare Struktur und sehr genaue Darstellungsweise aus, auch im Hinblick auf die jeweilige Darstellung von Meinungsständen, zu denen dann eine eigene Stellungnahme abgegeben wird. Ebenso lässt sich eine sehr ins Einzelne gehende Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung, vor allem aber auch mit der Literatur konstatieren (allein das beeindruckende Literaturverzeichnis umfasst nahezu 50 Seiten [S. 443–489]). Soweit die jeweiligen Meinungsstände in Rechtsprechung und Literatur dargestellt werden, lassen sie sich über weiteste Teile auch als eine Art aktuelles Nachschlagewerk nutzen, das neben dem Inhaltsverzeichnis (S. 9–25) auch durch ein Stichwortverzeichnis (S. 490–492) erschlossen wird.

Auch wenn man mit verschiedenen Ergebnissen und Begründungen für eine nur »moderate« Ausdehnung der Arbeitskampfbefugnisse (zB. S. 423, 432) nicht einverstanden sein muss, so muss man doch die auf große Genauigkeit zielende dogmatische Argumentation anerkennen.

*Klaus Lörcher, Frankfurt aM.*

### Zusammenfassungen

#### **Ulber: Arbeitsmarkt und ökologische Transformation – Konzepte und offene Fragen**

SR 3/2022, S. 81–97

*Ulber* nimmt in seiner Abhandlung an, dass in bestimmten Branchen und Wirtschaftssektoren die Effekte der ökologischen Transformation bereits spürbar seien und sich auf den Arbeitsmarkt auswirkten. Er kommt unter anderem zu dem Ergebnis, dass eine präventive rechtliche Gestaltung die Nachteile des Veränderungsprozesses für Beschäftigte und Unternehmen verringern könne. Insgesamt seien die Veränderungsprozesse durch das Arbeits- und Sozialrecht jedoch nur begrenzt gestaltbar. Besonders im Arbeitsrecht könne aber noch einiges getan werden.

#### **Schmidt: Böswillig unterlassener Zwischenverdienst bei »Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber«? – Offene Fragen zur Annahmeverzugsvergütung nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung**

SR 3/2022, S. 98–115

*Schmidt* setzt sich in seinem Beitrag mit der Annahmeverzugsvergütung nach unwirksamer Arbeitgeberkündigung auseinander. Er diskutiert ua. die bislang höchstrichterlich nicht geklärte Frage, ob und inwieweit der Arbeitnehmer sich im Annahmeverzug des Arbeitgebers nach Ausspruch einer Arbeitgeberkündigung ein böswilliges Unterlassen von Zwischenverdienst entgegenhalten lassen muss, wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Arbeitsmöglichkeiten bei Dritten nachweist und dieser auf die Zusendung entsprechender Stellenangebote durch den Arbeitgeber nicht reagiert.

### Abstracts

#### **Ulber: Labour Market and Ecological Transformation – Concepts and Open Questions**

SR 3/2022, pp. 81–97

In his contribution, *Ulber* assumes that in certain industries and economic sectors the effects of the ecological transformation are already noticeable and are having an impact on the labour market. Among other things, he comes to the conclusion that the law could at least be designed preventively in such a way that the disadvantages of a change process would be less for employees and companies. Overall, however, the processes of change could only be shaped to a limited extent by labour and social security law. Especially in labour law, however, a lot could still be done.

#### **Schmidt: Maliciously Omitted Interim In-come in Case of »Job Intermediation by the Employer«? – Open Questions on Default of Acceptance Remuneration after Void Termination of Employment by the Employer**

SR 3/2022, pp. 98–115

In his contribution, *Schmidt* deals with compensation for default of acceptance remuneration after void termination of employment by the employer. He discusses i.a. the question, which has not yet been clarified by the highest courts, whether and how far the worker receiving default of acceptance remuneration because of void termination of employment by the employer must accept that there has been a malicious failure to gain interim earnings if the employer provides the worker with evidence of job opportunities with third parties and the worker does not respond to the employer's sending of corresponding job offers.

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

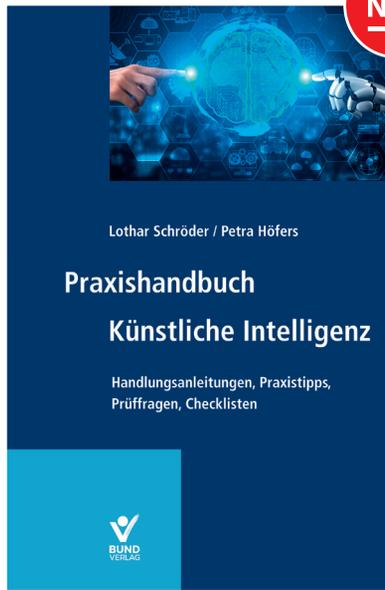
#### Abhandlungen

- *Eva Kocher: Tarifautonomie und neue Selbstständigkeit*
- *Sascha Obrecht/Philipp Bertsch: Soloselbstständige in der Rentenversicherung*

#### Rezensionsaufsätze

- *Peter Hanau, 60 Jahre für ein faires Arbeitsrecht (Klaus Bepler)*
- *Sarah Maria Frühlingsdorf, Tod und Trauer am Arbeitsplatz (Jacob Jousen)*

NEU



# KI in Betrieben und Verwaltungen

Das Praxishandbuch bietet umfangreiche Checklisten und Prüffragen zur Gestaltung von Systemen künstlicher Intelligenz in Betrieben und Verwaltungen. Es vermittelt Qualitätsfaktoren, Gestaltungsbeispiele und Rechtsgrundlagen. Das Buch richtet sich an Betriebs- und Personalräte sowie Fachverantwortliche, Gewerkschafter, aber auch an interessierte Beschäftigte.

Das Wesen von Anwendungen künstlicher Intelligenz wird anschaulich erläutert. Technische, ethische und soziale Zusammenhänge werden verständlich gemacht. Ein »KI-Lagom-Ansatz« wird vorgestellt, der auf Balance zwischen menschlichen Werten und technischen Möglichkeiten zielt.

Im Fokus stehen Beschäftigte: Es geht um deren Persönlichkeitsrechte, um Würde, Ethik, Diskriminierungsfreiheit und um das Primat menschlicher Entscheidungen. Kontrolle der Systeme, Transparenz, Schutz, Beschäftigung und Qualifizierung sind weitere Themen.

Das Buch hilft dabei, sich über diese Aspekte des komplexen Themas künstliche Intelligenz zu informieren, Gestaltungsaspekte kennen zu lernen und Systeme künstlicher Intelligenz zu unterscheiden. Es soll dazu anregen Gestaltungskonzepte zu entwickeln. Dazu beleuchtet es den »Maßstab Mensch« und fasst wesentliche Expertenempfehlungen zusammen.

Schröder / Höfers

## Praxishandbuch Künstliche Intelligenz

Handlungsanleitungen, Praxistipps, Prüffragen, Checklisten  
2022. 452 Seiten, gebunden

€ 48,-

ISBN 978-3-7663-7264-2

[bund-shop.de/7264](http://bund-shop.de/7264)

### Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [bund-shop.de/7264](http://bund-shop.de/7264) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Exempl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7264-2	Schröder / Höfers Praxishandbuch Künstliche Intelligenz	48,-

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](mailto: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.



Pieper

## ArbSchR – Arbeitsschutzrecht

Arbeitsschutzgesetz, Arbeitssicherheitsgesetz  
und andere Arbeitsschutzvorschriften

Kommentar für die Praxis

7., überarbeitete und aktualisierte Auflage

2022. 1.670 Seiten, gebunden

Subskriptionspreis bis 30. Juni 2022: € 129,-

Danach: € 149,-

ISBN 978-3-7663-6864-5

[bund-shop.de/6864](http://bund-shop.de/6864)

# Sicher im neuen Arbeitsschutzrecht

Arbeitsbedingungen menschengerecht gestalten, die Gesundheit der Beschäftigten gewährleisten, die Sicherheit am Arbeitsplatz kontinuierlich verbessern – das sind zentrale Aufgaben im betrieblichen Arbeitsschutz und in der Mitbestimmung von Betriebs- und Personalräten. Die überarbeitete und aktualisierte Auflage des Kommentars bietet dafür zuverlässige Hilfe. Prägnant und verständlich erläutert der Kommentar das Arbeitsschutzgesetz, das Arbeitssicherheitsgesetz und alle wichtigen Arbeitsschutzverordnungen. Weitere Rechtsvorschriften sind inhaltlich einbezogen.

### Schwerpunkte der Neuauflage:

- › Anforderungen an den modernen Arbeitsschutz durch mobiles Arbeiten und Homeoffice, flexibilisierte Arbeitszeiten, Gefährdungen der physischen und psychischen Gesundheit
- › Einbeziehung des neuen Mutterschutzes
- › Neuerungen im technischen Regelwerk, das die Gesetze und Verordnung für die Praxis konkretisiert (z.B. für Gefährdungsbeurteilungen, Lärm, Straßenbaustellen)
- › Einbeziehung neuer Branchenregeln der Gesetzlichen Unfallversicherung, zum Beispiel zum Arbeitsschutz in Bürobetrieben
- › Kommentierung aller wichtigen Verordnungen, beispielsweise Arbeitsstättenverordnung, Betriebssicherheitsverordnung, Gefahrstoffverordnung
- › Erstmals Kommentierung der Arbeitsschutzverordnung zu elektromagnetischen Feldern

Die Kommentierungen sind juristisch fundiert, dabei immer klar und verständlich. Die Neuauflage ist auf dem neuesten Stand der Rechtsprechung. So liefert der Kommentar allen Akteuren und Verantwortlichen eine Orientierung für die betriebliche Umsetzung.

### Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [bund-shop.de/6864](http://bund-shop.de/6864) 2. Daten eingeben 3. Absenden  
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	6864-5	Pieper ArbSchR – Arbeitsschutzrecht Subskriptionspreis bis 30. Juni 2022, danach: € 149,-	129,-

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](mailto: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.