

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

Tarifvertragliche Spannenklauseln im Entwurf eines Differenzierungsklausel-
gesetzes

Matthias Jacobs/Friederike Malorny _____ Seite **1**

Sozialrechtliche Folgefragen einer Energiewende in Übereinstimmung mit
dem Paris-Abkommen

Reimund Schmidt-De Caluwe/Felix Ekardt/Theresa Rath _____ Seite **11**

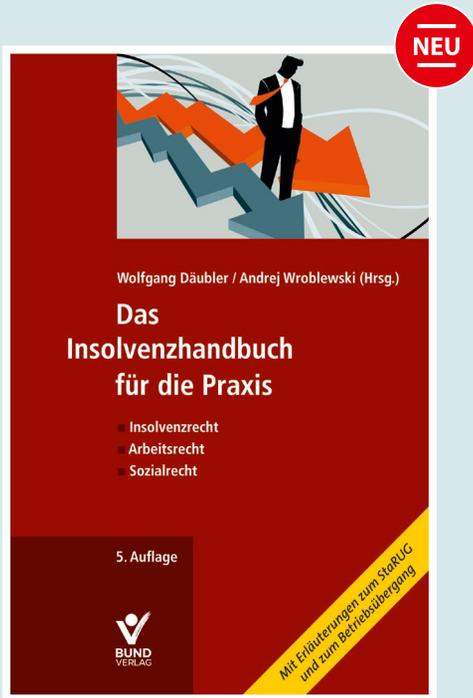
Rezensionsaufsätze

Georges Scelle,

L'organisation internationale du travail et le BIT

Yves-Junior Lumingu Manzanza/Christoph Weber _____ Seite **30**

Insolvenz und Arbeitsverhältnis



Däubler / Wroblewski (Hrsg.)

Das Insolvenzhandbuch für die Praxis

Insolvenzrecht – Arbeitsrecht – Sozialrecht
5., neu bearbeitete und aktualisierte Auflage
2022. 649 Seiten, gebunden
€ 74,-

ISBN 978-3-7663-7070-9

bund-shop.de/7070

Unternehmensinsolvenzen lösen einen enormen Beratungsbedarf aus. Die 5. Auflage des Insolvenzhandbuchs konzentriert sich auf das, was für Betriebsräte, Gewerkschaften, betroffene Arbeitnehmer und deren Berater relevant ist. Dabei werden gleichermaßen insolvenzrechtliche, arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Fragen einbezogen. Weite Teile des Insolvenzrechts sind vom Gesetzgeber neu gefasst worden. Das jetzt geltende Recht ist in vollem Umfang verarbeitet, ebenso wie die aktuelle Entwicklung der Rechtsprechung.

Die wichtigsten Neuregelungen:

- › Änderung des Sanierungsrechts durch das Restrukturierungsgesetz (StaRUG)
- › Konzerninsolvenzrecht
- › Änderungen beim Recht der Insolvenzanfechtung und des Insolvenzantrags
- › Reform des internationalen Insolvenzrechts
- › Änderungen bei der betrieblichen Altersversorgung
- › Coronabedingte Sondervorschriften

Vorteile auf einen Blick:

- › Detaillierte Darstellung auf aktuellem Rechtsstand
- › Mit Fokus auf die Interessen der Beschäftigten
- › Mit Checklisten und Mustertexten für die Praxis

Soziales Recht

1/2022
ISSN 2193-5157
Februar 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.

Tarifvertragliche Spannenklauseln im Entwurf eines Differenzierungsklauselgesetzes

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Bucerius Law School, Hamburg/
Prof. Dr. Friederike Malorny, Westfälische Wilhelms-Universität Münster

I. Einleitung

»Die Tarifaufonomie steht an einem Scheideweg. Tarifbindung und Organisationsgrad von Arbeitgebern haben inzwischen ein Niveau erreicht, das den Staat dazu veranlasst, Arbeitsbedingungen in immer stärkerem Maße hoheitlich festzusetzen.«¹ Das deutsche Tarifvertragssystem basiert aber auf der Mitgliedschaft der Arbeitsvertragsparteien in Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften (§§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG). Nur sie legitimiert grundsätzlich die unmittelbare und zwingende Wirkung von Tarifverträgen. Auch die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition und damit ihr Status als Gewerkschaft hängen von ihrer Durchsetzungsfähigkeit ab, die nach der Rechtsprechung im Wesentlichen auf dem Organisationsgrad und damit auf der Mitgliederzahl beruht.² Soll das deutsche Tarifvertragssystem funktionsfähig bleiben, lautet die zentrale Frage, wie insbesondere gewerkschaftsseite der Mitgliederschwund gestoppt und vor allem der Mitgliederbestand wieder aufgebaut werden kann. Der Gesetzgeber bemüht sich seit längerem um eine »Stärkung« der Tarifaufonomie. Schon mit dem Tarifaufonomiestärkungsgesetz von 2015, das vor allem den gesetzlichen Mindestlohn brachte und die Allgemeinverbindlicherklärung erleichterte, hat er aber nur auf ihre Schwäche reagiert. Seine Instrumente setzen keinen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt. Das Gegenteil ist der Fall. Von einer Stärkung der Tarifaufonomie kann deshalb keine Rede sein.³ Ähnliches gilt für das Tarifeinheitsgesetz (§ 4a TVG), das sich gerade gegen solche Gewerkschaften richtet, deren Organisationsgrade hoch sind.

Wer das mitgliedschaftsbasierte deutsche Tarifvertragssystem retten möchte, muss die Gründe für den niedrigen Organisationsgrad in den Blick nehmen. *Ein* sehr wichtiger Grund für den Mitgliederschwund auf Gewerkschaftsseite ist die Tatsache, dass in den meisten Arbeits-

verhältnissen arbeitsvertraglich auf Tarifverträge verwiesen wird, in der Regel zeitlich-dynamisch in der Form einer sogenannten kleinen dynamischen Verweisung. Auf diese Weise gelten für Arbeitnehmer:innen⁴ die für ihren Betrieb anwendbaren Tarifverträge auch ohne Mitgliedschaft in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft.⁵ Nicht organisierte⁶ Arbeitnehmer:innen profitieren damit von den Segnungen des Tarifvertrags, ohne dafür materiell oder immateriell zu »bezahlen«.⁷ Das ist das »zentrale strukturelle Grundproblem der Tarifaufonomie«.⁸ Zwar wirkt die arbeitsvertragliche Verweisung schuldrechtlich und nicht wie der Tarifvertrag unmittelbar und zwingend. Für die einzelne nicht organisierte Arbeitnehmerin spielt diese Unterscheidung im Geltungsgrund aber keine Rolle. Entscheidend ist für sie, dass sie den monatlichen Beitrag für die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft in Höhe von in der Regel 1 % des Bruttomonatsentgelts⁹ spart und sich auch sonst nicht mühevoll für gewerkschaftliche Belange engagieren muss.

1 Höpfner, ZFA 2020, 178; zum Problem in jüngerer Zeit ausführlich etwa auch Franzen, Stärkung der Tarifaufonomie durch Anreize zum Verbandsbeitritt, Frankfurt aM. 2018, S. 10 ff.; Waltermann, ZFA 2020, 211 ff. mwN.

2 Aus der Rechtsprechung dazu zuletzt BAG, 22.6.2021 – 1 ABR 28/20 – juris.

3 Treffend Wolf am 17.9.2014 in seinem ersten Redebeitrag auf dem 70. Deutschen Juristentag in Hannover: »Tarifaufonomieschwächungsgesetz«.

4 Im Folgenden wird in zufälliger Weise gegendert oder entweder das generische Femininum oder das generische Maskulinum verwendet. Jeweils sind Personen aller Geschlechter gleichermaßen umfasst und gleichberechtigt angesprochen.

5 Franzen (Fn. 1), S. 21 f.

6 Denkbar ist, dass auch anders organisierte Arbeitnehmer in ihren Arbeitsverträgen auf den Tarifvertrag einer fremden Gewerkschaft verweisen. Diese Konstellation ist allerdings selten und wird in diesem Beitrag ausgespart. Zu der Frage, wie tarifvertragliche Spannenklauseln im Kontext von Tarifmehrheit zu beurteilen sind, siehe etwa Waltermann, Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifaufonomie, Frankfurt aM. 2016, S. 83 ff.

7 Dazu plattisch Kunz, FS Schmidt, 2021, S. 265 f.

8 Höpfner, ZFA 2020, 178.

9 Beispielhaft § 5 Nr. 2 S. 2 Satzung der IG Metall vom 1.1.2020.

Nimmt man *diese* zentrale Ursache für den Mitgliederschwund in den Blick und lehnt einen Systemwechsel hin zu einem System mit Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, das im romanischen Rechtskreis dominiert,¹⁰ ab, muss es darum gehen, Anreize zum Gewerkschaftsbeitritt und -verbleib zu setzen. Dafür gibt es verschiedene Ansätze.¹¹ Man kann etwa daran denken, den Beitrag für die Mitgliedschaft in Gewerkschaften steuerlich zu privilegieren.¹² Möglich ist es auch, für die Nutzung von Tarifverträgen ein Entgelt zu verlangen¹³ oder als relevanten Zeitpunkt für die Mitgliedschaft und damit auch für die Tarifgebundenheit den Zeitpunkt des Tarifvertragsschlusses festzulegen¹⁴. Einen weiteren Weg gibt es schon sehr lange: die tarifvertragliche Vereinbarung von sogenannten Differenzierungsklauseln.¹⁵ Von ihnen hängt die Stärkung der Tarifautonomie maßgeblich ab.¹⁶

II. Entwurf eines Differenzierungsklauselgesetzes

Einfache Differenzierungsklauseln machen die Zugehörigkeit zur tarifvertragschließenden Gewerkschaft zur Tatbestandsvoraussetzung eines tarifvertraglichen Anspruchs, etwa auf eine zusätzliche Ausgleichszahlung.¹⁷ Nach der Rechtsprechung des BAG sind sie in bestimmten Grenzen zulässig.¹⁸ Qualifizierte Differenzierungsklauseln in Form von Spannenklauseln sichern die durch einfache Differenzierungsklauseln gewährten Vorteile für Gewerkschaftsmitglieder exklusiv. Sie verbieten der Arbeitgeberin anders als Ausschlussklauseln nicht, bestimmte Vorteile auch den nicht organisierten Arbeitnehmer:innen zuzuwenden, verpflichten sie jedoch, die Leistungen, die sie den nicht organisierten Arbeitnehmer:innen zuwendet, auch den Mitgliedern der tarifvertragschließenden Gewerkschaft – zusätzlich zur eigentlichen Leistung – zu gewähren.¹⁹ Auf diese Weise bleibt die Spanne zwischen den Mitgliedern der tarifvertragschließenden Gewerkschaft und den nicht organisierten Arbeitnehmer:innen dauerhaft erhalten. Das BAG hält sie für unzulässig.²⁰

Daran anknüpfend hat eine Arbeitsgruppe mit *Martina Benecke, Monika Böhm, Wolfram Cremer, Olaf Deinert, Daniel Klocke, Eva Kocher, Rüdiger Krause, Katja Nebe, Achim Seifert* und *Daniel Ulber* einen »Entwurf eines Gesetzes über Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen

(Differenzierungsklauselgesetz – DiffKlausG)« erarbeitet, in dem – entgegen der Rechtsprechung des BAG – »klar gestellt werden« soll, »dass auch Spannenklauseln, die angemessene Vorteile für Mitglieder der tarifvertragschließenden Gewerkschaft vorsehen, zulässig sind, sofern von ihnen kein faktischer Beitrittszwang ausgeht«²¹. Zu diesem Zweck, heißt es in der Entwurfsbegründung weiter, »wird § 1 TVG, der die zulässigen Inhalte eines Tarifvertrages regelt, um einen weiteren Absatz ergänzt, in dem die Zulässigkeit und die Grenzen von Differenzierungsklauseln geregelt werden«²². Der Entwurf möchte dadurch einen »Beitrag zur Rechtssicherheit und zur Legitimation dieser Art von Tarifregelungen« leis-

10 Dazu ausführlich *Kamanabrou* (Hrsg.), Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen, München 2011, S. 22 ff.; dagegen etwa *Hartmann*, ZFA 2020, 152, 160 ff.; siehe ferner *Greiner*, FS Moll, 2019, S. 205 ff.

11 Zusammengefasst etwa bei *Höpfner*, ZFA 2020, 178, 188 ff., 192 ff., 196 ff., 200 ff.

12 BMAS, Zukunftsdialog Neue Arbeit – Neue Sicherheit, Ergebnisbericht, Handlungsempfehlungen, 2019, S. 13, 28 f.; ausführlich *Franzen* (Fn. 1), S. 36 f., 41 ff., 46 ff., 56 ff.

13 Ausführlich *Höpfner*, ZFA 2020, 178 ff.

14 Näher *Hartmann*, ZFA 2020, 152, 171 ff.

15 Monographisch dazu in jüngerer Zeit etwa *Waltermann* (Fn. 6).

16 *Pionteck*, Stärkung der Tarifautonomie, Berlin/Boston 2021 (zugl. Gießen, Univ., Diss. 2020/21), S. 148.

17 Beispiel aus BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG: »Als Ersatzleistung wegen des Verzichts auf die Sonderzahlungen gemäß § 19 des Haustarifvertrages der AWO-Gruppe erhalten die ver.di-Mitglieder der AWO-Gruppe in jedem Geschäftsjahr zum 31. Juli eine Ausgleichszahlung in Höhe von 535 € brutto je Vollzeitkraft gemäß tariflicher Wochenarbeitszeit.«

18 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG.

19 Beispiel aus BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231 »Gewährt die H die Leistung nach Ziffer I, entsprechende oder über die in Ziffer I festgelegten Ansprüche hinausgehende Beträge oder sonstige Leistungen Lohn- und Gehaltsempfängern, die nicht Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sind, so erhöht sich für die Lohn- und Gehaltsempfänger, die Mitglied der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft ver.di sind, die Arbeitgeberleistung entsprechend.«

20 BAG, 29.11.1967 – GS 1/67 – RdA 1967, 39; BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231.

21 Entwurf eines Gesetzes über Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen (Differenzierungsklauselgesetz – DiffKlausG), im Folgenden: DiffKlausG-E, abgedruckt in AuR 2021, 310 ff.; nach dem Gesetzgeber rufend bereits *Pionteck* (Fn. 16), S. 149, konkreter Gesetzesvorschlag auf S. 259 (neuer § 4b TVG einzufügen): »(1) In einem Tarifvertrag kann eine jährliche Sonderzahlung für die Mitglieder der tarifvertragschließenden Gewerkschaft geregelt werden. Die tarifliche Sonderzahlung darf die Höhe des durchschnittlichen Gewerkschaftsbeitrags nicht übersteigen. (2) Gewährt der Arbeitgeber auch den anderen Arbeitnehmern seines Betriebs tarifliche Sonderzahlungen, so erhöht sich der Betrag für die Mitglieder der tarifvertragschließenden Gewerkschaft bis zur Höhe des durchschnittlichen Gewerkschaftsbeitrags entsprechend. (3) Die Gewerkschaften tragen die Verantwortung für die Abwicklung der tariflichen Sonderzahlung.« (ausführlich erläutert auf S. 255 ff.).

22 Begründung zum DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 311.

ten.²³ In § 1 TVG soll ein neuer Absatz 2 eingefügt werden (der bisherige Absatz 2 soll Absatz 3 werden), der wie folgt lautet²⁴:

»¹Tarifliche Rechte können den Mitgliedern der tarifvertragschließenden Gewerkschaft vorbehalten bleiben. ²Durch Tarifvertrag kann die Mitgliedschaft in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft zur tatbestandlichen Voraussetzung von tariflichen Rechten erhoben werden (einfache Differenzierungsklausel). ³Weiter kann durch Tarifvertrag geregelt werden, dass Arbeitgeber, die nicht gewerkschaftlich organisierten Arbeitnehmern tarifliche Rechte kollektiv gewähren, den in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft organisierten Arbeitnehmern in angemessenem Umfang zusätzliche tarifliche Rechte als Vorteil gewähren müssen (Spannenklausel). ⁴Unangemessen sind Vorteile in Spannenklauseln, wenn von ihnen ein faktischer Zwang zum Beitritt zur Gewerkschaft ausgeht. ⁵Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind insbesondere zu berücksichtigen der Zweck der tariflichen Rechte und die finanzielle Bedeutung der Vorteile für die Arbeitnehmer. ⁶Vorteile, die das Doppelte des Jahresbeitrags eines Arbeitnehmers zu der tarifvertragschließenden Gewerkschaft nicht überschreiten, gelten als angemessen. ⁷Arbeitnehmer dürfen nicht benachteiligt werden, weil sie Rechte aus einer Spannenklausel geltend machen oder geltend gemacht haben. ⁸Die tarifvertragschließende Gewerkschaft hat einen Arbeitgeber für den Fall der Vereinbarung einer Spannenklausel auf Verlangen darüber zu informieren, wie viele zur Belegschaft gehörende Arbeitnehmer zugleich Gewerkschaftsmitglieder sind. ⁹Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen über die Verarbeitung personenbezogener Daten von Arbeitnehmern, aus denen sich deren Gewerkschaftszugehörigkeit ergibt, bleiben unberührt.«

Im Folgenden ist der Gesetzentwurf näher in den Blick zu nehmen und kritisch zu analysieren.

III. Kritische Analyse des Entwurfs

§ 1 Abs. 2 TVG-E regelt die Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln und qualifizierter Differenzierungsklauseln in Form von Spannenklauseln. Weiter enthält der Entwurf ein Maßregelungsverbot, statuiert einen Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegen die tarifvertragschließende Gewerkschaft und stellt das Verhältnis zum Arbeitnehmerdatenschutz klar.

1. Gesetzesästhetik

Bevor auf den Inhalt des Entwurfs näher einzugehen ist, ist eine Vorbemerkung zur Gesetzesästhetik erforderlich. Das TVG in seiner ursprünglichen Form von 1949 ist ein schlankes Gesetz, das die Rechtsprechung durch Auslegung und Rechtsfortbildung in den vielen Jahren immer wieder an aktuelle tarifpolitische Entwicklungen anpassen konnte. Bereits der 1974 in Kraft getretene § 12a TVG ist insoweit ein Fremdkörper. Von einem gesetzesästhetischen (und übrigens auch inhaltlichen) Sündenfall kann man bei § 4a TVG sprechen, der seit 2015 in Kraft ist, in der Tarifpraxis bislang aber immerhin keinen größeren Schaden angerichtet hat. Unter gesetzesästhetischen Aspekten ist § 1 Abs. 2 TVG-E ebenfalls in diese Kategorie einzuordnen. Blickt man auf das Tarifvertragsrecht insgesamt mit seinen hunderten von Rechtsproblemen, ist § 1 Abs. 2 TVG-E mit *neun* Sätzen, in denen es im Kern um *ein* Rechtsproblem – die Zulässigkeit tarifvertraglicher Spannenklauseln – geht, ein veritabler Fremdkörper. Er enthält deutlich mehr Zeichen als die bisherigen §§ 1-3 TVG zusammen und beschädigt auch sonst die »schnörkellose Eleganz«²⁵ des TVG. Wie sieht das TVG aus, wenn alle tarifrechtlichen Rechtsfragen in dieser Weise im TVG geregelt werden? Der Gedanke an das Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten liegt jedenfalls nicht fern. Wenn man eine gesetzliche Norm befürwortet, die tarifvertragliche Spannenklauseln für zulässig erklärt, ist § 1 Abs. 2 TVG-E jedenfalls zu ausführlich und detailliert geraten. Der Entwurf ist insoweit im Bestreben, möglichst alle Rechtsfragen rund um Spannenklauseln umfassend zu regeln, über das Ziel hinausgeschossen, zumal im Folgenden zu zeigen ist, dass jedenfalls einzelne Regelungen des Vorschlags nicht erforderlich sind oder inhaltlich nicht überzeugen, jedenfalls aber nicht in das TVG gehören.

2. Zulässigkeit einfacher Differenzierungsklauseln

Nach § 1 Abs. 2 S.1 TVG-E können tarifvertragliche Rechte den Mitgliedern der tarifvertragschließenden Gewerkschaft vorbehalten bleiben. § 1 Abs. 2 S.2 TVG-E

²³ Begründung zum DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 311.

²⁴ Ebd.

²⁵ Hartmann, ZFA 2020, 152, 173.

bestimmt, dass durch Tarifvertrag die Mitgliedschaft in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft zur tatbestandlichen Voraussetzung von tarifvertraglichen Rechten erhoben werden kann (einfache Differenzierungsklausel).

Der Entwurf bringt insoweit kaum Neues. § 1 Abs. 2 S. 1 TVG-E spricht aus, was sich – wenn man von der arbeitsvertraglichen Verweisung auf Tarifverträge absieht – schon aus dem Gesetz selbst ergibt. § 1 Abs. 2 TVG-E entspricht im Grundsatz der schon bislang herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur: Einfache Differenzierungsklauseln sind zulässig.²⁶ Die Entwurfsbegründung hebt indessen nochmals hervor, dass Differenzierungsklauseln einen wichtigen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt schaffen, weil sie Belastungen aus der Mitgliedschaft wie insbesondere die Pflicht zur Zahlung von Mitgliedsbeiträgen kompensieren, und damit geeignet sind, eine hinreichend breite Mitgliederbasis als Funktionsbedingung des Tarifvertragssystems herzustellen. Sie sind deshalb, wie zu Recht formuliert wird, ein »Instrument zur Systemstabilisierung«²⁷.

Allerdings sind zwei ergänzende Bemerkungen erforderlich. Einfache Differenzierungsklauseln dürfen zum einen nach einem obiter dictum des BAG »nicht an den Regelungen des Austauschverhältnisses von Leistung und Gegenleistung anknüpfen, die Grundlage des laufenden Lebensunterhalts sind, und die im Arbeitsleben jedenfalls regelmäßig als Maßstab für die Bemessung der angemessenen und üblichen Arbeitsbedingungen dienen«²⁸. Diese Einschränkung überzeugt nicht²⁹ und wird auch vom Entwurf zu Recht nicht aufgegriffen. Nach geltendem Recht ist der Arbeitgeber nicht daran gehindert, nicht organisierten Arbeitnehmer:innen niedrigere Arbeitsentgelte als organisierten Arbeitnehmer:innen zu zahlen. Es ist kein Grund ersichtlich, diese Wertung bei einer einfachen Differenzierungsklausel, die sich auf Entgeltbestandteile bezieht, nicht anzuwenden. Zum anderen kommt es entgegen der Rechtsprechung des BAG³⁰ mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG) der nicht organisierten Arbeitnehmer:innen nicht auf den Umfang der Leistungen an, bei denen nach der Gewerkschaftszugehörigkeit differenziert wird.³¹ Der nicht organisierte Arbeitnehmer kann wegen §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG auch ohne tarifvertragliche Differenzierung keine tarifvertragliche Leistung beanspruchen.³²

3. Zulässigkeit qualifizierter Differenzierungsklauseln in Form von Spannenklauseln

Die einfache Differenzierungsklausel verhindert nicht, dass die Arbeitgeberin die Differenzierung, die der Tarifvertrag vorsieht, wieder aufhebt, indem sie den in der Klausel für organisierte Arbeitnehmer:innen vorgesehenen Vorteil *ausdrücklich* arbeitsvertraglich auch nicht organisierten Arbeitnehmer:innen zuwendet. Die Entwurfsbegründung bringt es auf den Punkt: »Einfache Differenzierungsklauseln bringen für gewerkschaftlich organisierte Arbeitnehmer damit keinen Vorteil, wenn Arbeitgeber von sich aus Außenseiter gleichbehandeln«³³. Da die Arbeitgeberin in der Regel daran interessiert ist, alle Arbeitnehmer:innen gleichzubehandeln, um keinen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt zu setzen, gewährt sie in der Regel jedenfalls bei eigener Tarifgebundenheit *allen* Arbeitnehmer:innen sämtliche tarifvertraglichen Rechte durch arbeitsvertragliche Verweisung auf Tarifverträge. Nicht organisierte Arbeitnehmer:innen müssen sich deshalb fragen, »warum sie einer Gewerkschaft beitreten oder in dieser verbleiben und entsprechend Beiträge leisten sollen, wenn sie dieselben tariflichen Rechte wie ihre organisierten Kollegen auch ohne Mitgliedschaft in der Gewerkschaft haben können«³⁴. An dieses Problem knüpft die in § 1 Abs. 2 S. 3 bis 6 TVG-E geregelte Spannenklausel an.

a) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

Nach § 1 Abs. 2 S. 3 TVG-E, der die zentrale Regelung des Entwurfs ist, kann durch Tarifvertrag geregelt werden, dass Arbeitgeber, die nicht organisierten Arbeitnehmer:innen tarifvertragliche Rechte kollektiv gewähren, den in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft organi-

26 Siehe etwa BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG, Rn. 31 ff.; Höpfner, RdA 2019, 146, 149, 152; Jacobs, FS Bauer, 2010, S. 479, 484 ff.; Treiber, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., München 2021, § 200 Rn. 23.

27 Begründung zum DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 312.

28 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG, Rn. 79.

29 Jacobs, FS Bauer, 2010, S. 479, 484, 489 f.

30 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG, Rn. 82.

31 Jacobs, FS Bauer, 2010, S. 479, 489; Kamanabrou, FS Kreutz, 2009, S. 197, 209.

32 Höpfner, RdA 2019, 146, 152.

33 Begründung zum DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 312.

34 Ebd.

sierten Arbeitnehmer:innen in angemessenem Umfang zusätzliche tarifvertragliche Rechte als Vorteil gewähren müssen (Spannenklausel).

(1) Spannenklauseln als erkämpfbare Inhaltsnormen

Spannenklauseln verbieten anders als Ausschlussklauseln nicht, Leistungen an nicht organisierte Arbeitnehmer:innen zu erbringen, sondern nehmen die in der einfachen Differenzierungsklausel für organisierte Arbeitnehmer:innen vorgesehenen Leistungen des Arbeitgebers an nicht organisierte Arbeitnehmer:innen lediglich als Bezugsgröße zum Anknüpfungspunkt für die Gewährung von weiteren tarifvertraglichen Vorteilen an organisierte Arbeitnehmer:innen. Eine Spannenklausel ist damit eine Inhaltsnorm im Sinne des § 1 Abs. 1 TVG mit unmittelbarer und zwingender Wirkung für die Arbeitsverhältnisse der organisierten Arbeitnehmer:innen.³⁵ Damit verhindert die Spannenklausel die Gleichstellung von organisierten und nicht organisierten Arbeitnehmer:innen durch den Arbeitgeber. Jeder Versuch einer Gleichstellung endet in einer »Spirale nach oben«. Der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass tarifvertragliche Spannenklauseln als Inhaltsnormen grundsätzlich auch durch einen Arbeitskampf durchgesetzt werden können. Die damit zusammenhängenden Fragestellungen sind bislang allerdings – insbesondere in Bezug auf anders organisierte Arbeitnehmer:innen – erst wenig erforscht.³⁶

(2) Keine Überschreitung der Tarifmacht und keine Verletzung der Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgeber und nicht organisierten Arbeitnehmern

Das BAG meint im Urteil vom 23. März 2011³⁷, eine Spannenklausel sei »deshalb unwirksam, weil die Tarifvertragsparteien mit ihr die ihnen von Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zugewiesene, durch diese Bestimmung aber auch begrenzte Tarifmacht überschritten« hätten.³⁸ Eine Spannenklausel »bewirkt zwar keine absolute, aber eine relative Begrenzung der Arbeitsbedingungen der Außenseiter, indem sie es dem Arbeitgeber rechtlich-logisch unmöglich macht, die vertraglichen Arbeitsbedingungen der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer den tariflich normierten Arbeitsbedingungen der ver.di-Mitglieder anzugleichen, und damit dem Arbeitgeber zugleich eine im Wege der Gestaltung von individualvertraglichen Bedingungen nicht auflösbare »Ungleichstellung« zwingend auferlegt. Damit greift sie in unzulässiger Weise über den ihr zuste-

henden Regelungsrahmen hinaus und in die Vertragsfreiheit des Arbeitgebers und der nicht oder anders organisierten Arbeitnehmer ein.«³⁹ Weiter heißt es: »Eine Tarifregelung, die die Gestaltungsfreiheit des Arbeitgebers hinsichtlich der Arbeitsverträge mit nicht oder anders tarifgebundenen Arbeitnehmern in der Weise einschränkt, dass sie ihm eine vertraglich vereinbarte oder zu vereinbarenden Gleichstellung mit den an den Tarifvertrag normativ gebundenen Arbeitsverhältnissen rechtlich unmöglich macht, ist von der Rechtssetzungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht gedeckt.«⁴⁰ Eine Spannenklausel, so das BAG zuletzt, »schließt nicht nur eine faktische Gleichstellung der anders oder nicht organisierten Arbeitnehmer mit den ver.di-Mitgliedern bei der Beklagten aus, sondern verunmöglicht darüber hinaus grundsätzlich aus rechtlich-logischen Gründen die Einhaltung hierauf gerichteter, vorher eingegangener oder einzugehender arbeitsvertraglicher oder tarifvertraglicher Verpflichtungen gegenüber nicht oder anders organisierten Arbeitnehmern«⁴¹.

Diese Sichtweise, die nicht präzise zwischen der Überschreitung der Tarifmacht und einer Verletzung der Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitgebers und der nicht organisierten Arbeitnehmer:innen unterscheidet, überzeugt nicht. Die Tarifvertragsparteien beanspruchen gerade keine Tarifmacht für die Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und nicht organisierten Arbeitnehmer:innen.⁴² Die Spannenklausel ist eine Inhaltsnorm, welche die Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und organisierten Arbeitnehmer:innen gestaltet. Eine *faktische* Wirkung auf die Arbeitsverhältnisse zwischen Arbeitgeber und nicht organisierten Arbeitnehmer:innen besteht allerdings. Sie wird vom BAG dadurch beschrieben, dass

35 Heuschmid, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2016 (im Folgenden: Däubler TVG), § 1 Rn. 1065; Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2. Aufl., München 2013, § 1 Rn. 77; Löwisch/Rieble, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, § 1 Rn. 2153.

36 Siehe Waltermann (Fn. 6), S. 93 f.

37 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231, Rn. 38 ff.

38 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231, Rn. 38; in diese Richtung auch Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 35), § 1 Rn. 2155: Die »Arbeitsbedingungen von Tariffreien« dürften durch den Tarifvertrag nicht geregelt werden.

39 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231, Rn. 43; einen Verstoß gegen die Arbeitsvertrags- und Wettbewerbsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer:innen behaupten Hartmann/Lobinger, NZA 2010, 421 ff.

40 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231, Rn. 48.

41 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231, Rn. 52.

42 So auch Däubler TVG-Heuschmid (Fn. 35), § 1 Rn. 1083 ff.; Höpfner, RdA 2019, 146, 150; Jacobs, FS Bauer, 2010, S. 479, 486; Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert (Fn. 35), § 1 Rn. 77.

dem Arbeitgeber und den nicht organisierten Arbeitnehmer:innen eine Gleichstellung rechtlich-logisch unmöglich gemacht werde. Gleichwohl wird die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgeber und nicht organisierten Arbeitnehmer:innen nicht verletzt.

Zunächst ist festzuhalten, dass eine Spannenklausel nicht die Arbeitsvertragsfreiheit von einzelnen nicht organisierten Arbeitnehmer:innen faktisch beschränkt, die individuell eine Gleichstellung vereinbaren, sondern »nur« verhindert, dass die Arbeitgeberin tarifvertragliche Rechte durch *kollektive Gleichstellung* – etwa in allgemeinen Arbeitsbedingungen – sämtlichen nicht organisierten Arbeitnehmer:innen gewährt.⁴³ Wie die Entwurfsbegründung zu Recht hervorhebt, gefährdet nur eine solche kollektive Strategie die »Stabilität des Tarifverhandlungssystems«, weil sie den Anreiz zum Beitritt zu einer Gewerkschaft beseitigt.

Allerdings ist eine Gleichstellung mit organisierten Arbeitnehmer:innen im Arbeitsvertrag nur möglich, wenn auch die Arbeitgeberin die Gleichstellung akzeptiert. Das ist gerade nicht der Fall, wenn die Arbeitgeberin als Firmentarifvertragspartei eine Spannenklausel vereinbart oder wenn sie als Mitglied eines Arbeitgeberverbands über die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrags (§ 4 Abs. 1 S. 1 TVG) durch die Spannenklausel an der Gleichstellung gehindert wird und die Spannenklausel durch die (freiwillige) Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband legitimiert ist. Der nicht organisierte Arbeitnehmer ist dann in derselben Situation, in der er ist, wenn die Arbeitgeberin die Gleichstellung mit ihm *nicht* vereinbaren möchte. Die Arbeitsvertragsfreiheit des nicht organisierten Arbeitnehmers reicht nicht so weit, der Arbeitgeberin einen bestimmten Inhalt – hier: Gleichstellung mit organisierten Arbeitnehmer:innen – gegen deren Willen aufzwingen zu können.⁴⁴ Die Arbeitsvertragsfreiheit des nicht organisierten Arbeitnehmers ist durch die Spannenklausel also nicht verletzt.

Die Arbeitgeberin hat die Möglichkeit der Gleichstellung beim Firmentarifvertrag dadurch aufgegeben, dass sie die Spannenklausel tarifvertraglich vereinbart hat.⁴⁵ Das Verbot der kollektiven Gleichstellung entspricht damit ihrem Willen. Ihre Arbeitsvertragsfreiheit ist nicht verletzt.⁴⁶ Beim Verbandstarifvertrag ist sie – wie eben schon ausgeführt – wie bei allen anderen Arbeitsbedingungen, die im Tarifvertrag geregelt sind, unmittelbar und

zwingend an die Inhaltsnormen des Tarifvertrags gebunden. Wenn die Arbeitgeberin das nicht möchte, muss sie den Arbeitgeberverband, dem sie freiwillig angehört, verlassen. Ist sie aber Verbandsmitglied und bleibt es und ist somit an den Tarifvertrag tarifgebunden (§ 4 Abs. 1 TVG), ist das Verbot der kollektiven Gleichstellung durch ihre Mitgliedschaft legitimiert und entspricht jedenfalls mittelbar – vermittelt über die Mitgliedschaft – ihrem Willen. Auch insoweit wird die Arbeitsvertragsfreiheit nicht verletzt.⁴⁷ Dass die Arbeitgeberin zur Vereinbarung der Spannenklausel im Firmentarifvertrag möglicherweise durch einen Arbeitskampf gezwungen wird, spielt insoweit wie auch sonst bei tarifvertraglichen Inhaltsnormen keine Rolle. Entsprechendes gilt für eine Spannenklausel im Verbandstarifvertrag.

Dass der Arbeitgeberin und den nicht organisierten Arbeitnehmer:innen eine kollektive Gleichstellung durch die tarifvertragliche Spannenklausel »rechtlich-logisch« unmöglich wird, ist deshalb zwar im Ergebnis zutreffend. Ihre Vereinbarung überschreitet aber weder die Tarifmacht der Tarifvertragsparteien, noch verletzt sie die Arbeitsvertragsfreiheit *von* Arbeitgeberin und nicht organisierten Arbeitnehmer:innen.⁴⁸ Sie ist arbeitgeberseits beim Firmentarifvertrag durch den Vertragsschluss und beim Verbandstarifvertrag durch die Verbandsmitgliedschaft legitimiert. Arbeitnehmerseits besteht wie bei jedem möglichen Vertragsschluss nur eine *Chance*, eine (kollektive) Gleichstellung zu erreichen. Ist die Gleichstellung mangels Einverständnisses der Arbeitgeberin oder wegen der Spannenklausel im Tarifvertrag nicht möglich, hat sich der nicht organisierte Arbeitnehmer damit abzufinden. Eine Alternative für ihn besteht im Gewerkschaftsbeitritt.⁴⁹

43 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231, Rn. 31.

44 Däubler TVG-Heuschmid (Fn. 35), § 1 Rn. 1089; keine Betroffenheit nicht organisierter Arbeitnehmer in ihrer Vertragsfreiheit durch tarifvertragliche Spannenklauseln sieht auch Waltermann (Fn. 6), S. 72.

45 Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1, 6f.; vgl. auch Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert (Fn. 35), § 1 Rn. 78.

46 Däubler TVG-Heuschmid (Fn. 35), § 1 Rn. 1088.

47 Jedenfalls im Ergebnis ebenso Waltermann (Fn. 6), S. 72f.: »Einschränkung der Vertragsfreiheit«, die aber gerechtfertigt ist, S. 73 ff.; Waltermann, SR 2021, 177, 182; ebenso Pionteck (Fn. 16), S. 145 ff., 263 ff.

48 Im Ergebnis ebenso Waltermann (Fn. 6), S. 73 ff.; Waltermann, ZFA 2020, 211, 219 (im Kontext eines möglichen Eingriffs in die Vertragsfreiheit: Spannenklauseln sind »verhältnismäßig«).

49 DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 313.

Die Entwurfsbegründung argumentiert in eine ähnliche Richtung. Es existiere, so heißt es dort, keine verfassungsrechtlich geschützte Position des nicht organisierten Arbeitnehmers, dass der Arbeitgeber mit ihm das tarifvertragliche Niveau vereinbare.⁵⁰ Sie folge insbesondere nicht aus seiner Arbeitsvertragsfreiheit. Wenn ihm die Vereinbarung arbeitsvertraglicher Inhalte nur beschränkt gelinge, »weil der Arbeitgeber im Hinblick auf die ökonomischen Konsequenzen aus einer Differenzierungsklausel, an die er anderweitig gebunden ist, nur eingeschränkt abschlussbereit« sei, folge das daraus, »dass jedes Rechts-subjekt seinen potenziellen Vertragspartner mit den ökonomischen Möglichkeiten hinnehmen« müsse, die dieser habe.⁵¹ Eine Spannenklausel sei »mithin keine rechtliche, sondern nur eine wirtschaftliche Grenze der Gestaltung für die Arbeitsverhältnisse nicht organisierter Arbeitnehmer«.

(3) Negative Koalitionsfreiheit als Prüfungsmaßstab

Damit scheidet die Wirksamkeit der Spannenklausel weder an der fehlenden Tarifmacht der Tarifvertragsparteien noch an einer Verletzung der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Arbeitsvertragsfreiheit von Arbeitgeberin und nicht organisierten Arbeitnehmer:innen. Entscheidender Maßstab für die Prüfung der verfassungsrechtlichen Grenzen der gesetzlichen Ausgestaltung des Tarifvertragssystems im Hinblick auf Spannenklauseln ist deshalb, wie in der Entwurfsbegründung zu Recht ausgeführt wird, die negative Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG).⁵²

Das BAG hat sich im Urteil vom 23. März 2011 mit Blick auf die tarifvertragliche Vereinbarung einer Spannenklausel mit der negativen Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG) nicht näher befasst, sondern allein auf eine Überschreitung der Tarifmacht abgestellt.⁵³ Ein Teil des Schrifttums bejaht pauschal einen Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit, ohne dass es auf eine quantitative Betrachtung der Spannenklausel ankommt.⁵⁴ Andere differenzieren für die Frage der Zulässigkeit nach der Höhe der Zahlung, die den organisierten Arbeitnehmer:innen durch die Spannenklausel exklusiv gewährt wird. Jedenfalls sei eine Differenzierung bis zur Höhe eines durchschnittlichen monatlichen Gewerkschaftsbeitrags mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit unproblematisch.⁵⁵ Manche halten auch den doppelten Betrag für noch zulässig.⁵⁶ Dieser Sichtweise schließt sich im Grundansatz auch der Entwurf in § 1 Abs. 2 S. 6 TVG-E an. Der Ansatz überzeugt, im Einzelfall zu prüfen, ob die nega-

tive Koalitionsfreiheit verletzt ist.⁵⁷ Dabei ist die systemstabilisierende Wirkung von Spannenklauseln für das mitgliedschaftsbasierte Tarifvertragssystem im Blick zu behalten.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG ist die Grenze einer unzulässigen Regelung überschritten, wenn der aus der Spannenklausel folgende Anreiz in einen »faktischen Zwang« oder einen »erheblichen Druck« auf die nicht organisierten Arbeitnehmer:innen umschlägt, der tarifvertragschließenden Gewerkschaft beizutreten.⁵⁸ Mit anderen Worten: Die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft darf bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise die *einzig* vernünftige Handlungsoption für den nicht organisierten Arbeitnehmer sein.⁵⁹ Die Hürde, die insoweit überwunden werden muss, damit die negative Koalitionsfreiheit verletzt ist, ist hoch: Die Rechtsprechung des BVerfG hat eine Verletzung der negativen Koalitionsfreiheit, soweit ersichtlich, bislang in keinem einzigen Fall angenommen.⁶⁰

(4) Unangemessene Spannenklauseln

Der Entwurf formuliert dazu in § 1 Abs. 2 S. 3 TVG-E aus umgekehrter Perspektive, dass »Spannenklauseln nur ›in angemessenem Umfang‹ zusätzliche Rechte gewähren können«, damit der – verfassungsrechtlich zulässige – Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt nicht in einen – verfassungswidrigen – faktischen Zwang umschlägt. In § 1 Abs. 2 S. 4 TVG-E heißt es in einer generalklauselarti-

50 DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 313.

51 Ebd.

52 So im Ansatz schon Jacobs, FS Bauer, 2010, S. 479, 487 ff.; anders etwa Waltermann (Fn. 6), S. 68 ff.; Waltermann, ZFA 2020, 219: »Vertragsfreiheit«.

53 BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – BAGE 137, 231.

54 So etwa Henssler, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020, § 1 TVG Rn. 111; auch noch Jacobs, FS Bauer, 2010, S. 479, 487 ff.; in diese Richtung wohl auch Frieling, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), Gesamtes Arbeitsrecht, Baden-Baden 2016, § 1 TVG Rn. 181.

55 Etwa Kocher, NZA 2009, 119, 121; Krause, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert (Fn. 35), § 1 Rn. 79; Leydecker, Der Tarifvertrag als exklusives Gut, Berlin 2005, S. 180; Pionteck (Fn. 16), S. 259 f., 261 ff.

56 Etwa Däubler/Heuschmid, RdA 2013, 1, 7; Greiner, DB 2009, 398, 402.

57 Deinert, RdA 2014, 129, 134; Höpfner, RdA 2019, 146, 153; anders noch Jacobs, FS Bauer, 2010, S. 479, 491: stets zu bejahen.

58 BVerfG, 14.11.2018 – 1 BvR 1278/16 – AP Nr. 153 zu GG Art. 9, Rn. 4 f. (zu Stichtagsregelungen für Leistungen an Gewerkschaftsmitglieder); BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – AP Nr. 129 zu GG Art. 9, Rn. 66 f. (zur Berliner Tarifreuegung); aus dem Schrifttum etwa Deinert, RdA 2014, 129, 134.

59 Dazu Höpfner, FS Moll, 2019, S. 287, 294.

60 Höpfner, ZFA 2020, 178, 201 mwN. zur verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung.

gen Umschreibung: »Unangemessen sind Vorteile in Spannenklauseln, wenn von ihnen ein faktischer Zwang zum Beitritt zur Gewerkschaft ausgeht.«

Mit Blick auf die vielgestaltigen Formen von Differenzierungsklauseln lassen sich, wie in der Entwurfsbegründung ergänzend und zu Recht ausgeführt wird,⁶¹ präzise und allgemeingültige Maßstäbe nicht aufstellen, die für sämtliche Spannenklauseln die Grenze des unzulässigen faktischen Zwangs zum Beitritt zur Gewerkschaft definieren. Für Geldleistungen ist eine Grenze einfacher zu bestimmen als für immaterielle Leistungen. Insoweit ist der jährliche Beitrag zur Mitgliedschaft in der Gewerkschaft ein wichtiger Anhaltspunkt für das Umkippen von Anreizwirkung zu faktischem Zwang. Zudem hängen die Zulässigkeitsgrenzen von den Bedingungen ab, unter denen eine tarifvertragliche Spannenklausel vereinbart wird, und von den Auswirkungen auf die Arbeitnehmer:innen. In jedem Fall ist eine pauschale Grenzziehung nicht möglich. Es muss stets der Einzelfall betrachtet und beurteilt werden.

b) Kriterien zur Beurteilung der Angemessenheit und Fiktion der Angemessenheit

Insoweit sind die rechtlichen Grenzen von Spannenklauseln mit Blick auf die negative Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer:innen durch die Rechtsprechung zu konkretisieren. In § 1 Abs. 2 S. 5 und 6 TVG-E sind dazu verschiedene Parameter festgeschrieben. In § 1 Abs. 2 S. 5 TVG-E heißt es: »Bei der Beurteilung der Angemessenheit sind insbesondere zu berücksichtigen der Zweck der tariflichen Rechte und die finanzielle Bedeutung der Vorteile für die Arbeitnehmer.« § 1 Abs. 2 S. 6 TVG-E formuliert: »Vorteile, die das Doppelte des Jahresbeitrags eines Arbeitnehmers zu der tarifvertragschließenden Gewerkschaft nicht überschreiten, gelten als angemessen.«

§ 1 Abs. 2 S. 5 TVG-E enthält eine nicht abschließende Aufzählung von Parametern für die Beurteilung der Angemessenheit im Hinblick auf einen faktischen Beitrittszwang: den »Zweck der tariflichen Rechte« und »die finanzielle Bedeutung der Vorteile für die Arbeitnehmer«. Beim Zweck der tarifvertraglichen Rechte nennt die Entwurfsbegründung den praktisch wichtigen Fall der Unternehmenssanierung. Zugeständnisse seitens der Gewerkschaft werden insoweit oft auch durch die Vereinbarung einer Spannenklausel »erkauft«. Sie ist dann eine Gegenleistung für die Aufgabe tarifvertraglicher Rechte

im Rahmen von Sanierungstarifverträgen. Das ist bei der Prüfung der negativen Koalitionsfreiheit zugunsten der Angemessenheit der Spannenklausel zu berücksichtigen. Noch mehr wirkt sich die finanzielle Bedeutung der durch die Spannenklausel abgesicherten Vorteile für die Arbeitnehmer:innen auf die Beurteilung der Angemessenheit aus. Insbesondere kommt es, wie die Entwurfsbegründung zu Recht festhält,⁶² auf die Höhe der zugewendeten Leistung an. Dabei ist vor allem zu berücksichtigen, dass nur organisierte Arbeitnehmer:innen einen Beitrag zum »Tarifverhandlungssystem« leisten, indem sie einen Mitgliedsbeitrag zahlen.⁶³

Daran knüpft § 1 Abs. 2 S. 6 TVG-E an, indem er in Anlehnung an das Urteil des BAG vom 18. März 2009 zu einfachen Differenzierungsklauseln⁶⁴ Beträge, die das Doppelte des Beitrags eines Arbeitnehmers für die Mitgliedschaft in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft nicht überschreiten, im Weg einer Fiktion für angemessen erklärt.⁶⁵ Dass der gewerkschaftliche Jahresbeitrag ein wichtiger Parameter für die Beurteilung der Angemessenheit ist, liegt auf der Hand. Im Übrigen kommt es aber auf den Einzelfall und auf viele weitere Umstände an.⁶⁶ Es überzeugt deshalb nicht, eine gesetzliche Fiktion zu schaffen, von der die Gerichte im Einzelfall nicht abweichen können.⁶⁷ Insbesondere kann das Doppelte des Jahresbeitrags bei einer pauschalen Betrachtungsweise im Einzelfall zu hoch gegriffen sein, so dass der Beitrittsanreiz im Zusammenspiel mit weiteren Leistungen, die durch die Spannenklausel abgesichert werden, in einen faktischen Zwang zum Beitritt umschlägt. Umgekehrt kann der doppelte Jahresbeitrag im Einzelfall aber auch zu niedrig sein.⁶⁸ Nichtsdestotrotz ist der doppelte Jahresbeitrag des organisierten Arbeitnehmers insoweit jedenfalls eine Richtschnur, an der sich die Gerichte bei der Beurteilung der Angemessenheit der Spannenklausel im Einzelfall orientieren können.

61 DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 313 f.

62 DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 314.

63 Ebd.

64 BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG, Rn. 82.

65 Abweichend Höpfner, ZFA 2020, 178, 200 ff. in Bezug auf die von ihm vorgeschlagene Solidaritätsbeitragspflicht für Arbeitnehmer: Mitgliedsbeitrag als »verfassungsrechtlich zulässige Höchstgrenze«.

66 So wohl auch Deinert, RdA 2014, 129, 134.

67 Vgl. auch Kunz, FS Schmidt, 2021, S. 265, 274: »keine starre Formel« annehmen.

68 Zweifel an dieser Grenze auch bei Deinert, RdA 2014, 129, 134.

Zur finanziellen Bedeutung eines tarifvertraglichen Vorteils für die Arbeitnehmer:innen werden in der Entwurfsbegründung weitere Ausführungen gemacht.⁶⁹ Insbesondere werden die Entgelthöhe und die Höhe der Leistung, die durch die Spannenklausel abgesichert wird, ins Verhältnis zueinander gesetzt. Zu Recht wird aber darauf hingewiesen, dass die Angewiesenheit auf die Leistung auch bei »nicht geringen Einkommen unter Umständen einen Beitrittsdruck erzeugen« kann.⁷⁰ Im Beispiel, das die Entwurfsbegründung nennt, werden über gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) Fortbildungen angeboten, die am Markt sonst nicht oder nur zu sehr hohen Beiträgen zu bekommen sind. Auch weist die Entwurfsbegründung darauf hin, dass die Langfristigkeit der Leistung bei wiederkehrenden Leistungen oder dauerhaft wirkenden Rechten mit einer Tendenz der Spannenklausel korrespondiert, nicht organisierte Arbeitnehmer:innen dauerhaft von bestimmten Leistungen auszuschließen, was beispielsweise bei verlängerten Kündigungsfristen oder Betriebsrentenbausteinen bedeutsam sein kann.⁷¹

c) Benachteiligungsverbot

Nach § 1 Abs. 2 S. 7 TVG-E dürfen Arbeitnehmer:innen nicht benachteiligt werden, weil sie Rechte aus einer Spannenklausel geltend machen oder geltend gemacht haben. Nach der Entwurfsbegründung konkretisiert die Bestimmung das allgemeine Maßregelungsverbot des § 612a BGB und stellt klar, dass die Ausübung der Rechte aus einer Spannenklausel unter Maßregelungsschutz steht.⁷² § 1 Abs. 2 S. 7 TVG-E spricht damit eine Selbstverständlichkeit aus. Ein inhaltlicher Mehrwert gegenüber oder eine sonstige Konkretisierung von § 612a BGB ist nicht zu erkennen. § 1 Abs. 2 S. 7 TVG-E ist deklaratorisch und ist deshalb überflüssig.

d) Informationsanspruch

Eine weitere Regelung im Entwurf geht recht leichthändig mit dem Organisationsgrad der Arbeitnehmer:innen beim Arbeitgeber um. In § 1 Abs. 2 S. 8 TVG-E heißt es wörtlich: »Die tarifvertragschließende Gewerkschaft hat einen Arbeitgeber für den Fall der Vereinbarung einer Spannenklausel auf Verlangen darüber zu informieren, wie viele zur Belegschaft gehörende Arbeitnehmer zugleich Gewerkschaftsmitglieder sind.« § 1 Abs. 2 S. 8 TVG-E normiert damit einen Auskunftsanspruch des Arbeitgebers

gegen die tarifvertragschließende Gewerkschaft. Ist eine Spannenklausel tarifvertraglich vereinbart, soll der Arbeitgeber wissen dürfen, »wie viele zur Belegschaft gehörende Arbeitnehmer zugleich Gewerkschaftsmitglieder sind, damit er die finanziellen Risiken einer kollektiven Zusage bzw. Gewährung der exklusiven Leistung auch an die nicht organisierten Arbeitnehmer einschätzen kann«⁷³.

Dieser Regelungsvorschlag ist erstaunlich, weil die Ungewissheit der Arbeitgeberseite über die tatsächliche Durchsetzungskraft der Gewerkschaft in einer konkreten Verhandlungssituation grundlegend dafür ist, dessen Verhandlungsbereitschaft zu fördern und ihn zu einem angemessenen Interessenausgleich zu bewegen. Daher leitet das BAG aus Art. 9 Abs. 3 S. 1 GG zu Recht ab, dass eine Gewerkschaft der Arbeitgeberseite Angaben über ihren Organisationsgrad und die Verteilung ihrer Mitglieder in bestimmten Betrieben der Arbeitgeberseite in einer konkreten Verhandlungssituation vorenthalten darf.⁷⁴ Damit verträgt sich ein Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegen die tarifvertragschließende Gewerkschaft nicht. Das finanzielle Risiko, dass er durch die Vereinbarung einer tarifvertraglichen Spannenklausel trägt, kann man ihm nicht abnehmen. Man muss es ihm auch nicht abnehmen. Wenn keine arbeitsvertragliche Verweisung auf Tarifverträge beim Arbeitgeber existiert, trägt er ebenfalls das Risiko, dass er nicht weiß, wie viele Arbeitnehmer:innen Mitglied in der tarifvertragschließenden Gewerkschaft sind. Das entsprechende Risiko ist also in § 4 Abs. 1 S. 1 TVG angelegt. Nach alledem überzeugt § 1 Abs. 2 S. 8 TVG-E nicht.

e) Datenschutz

§ 1 Abs. 2 TVG-E enthält auch noch eine Regelung zum Datenschutz. Eine organisierte Arbeitnehmerin, welche die Leistung aus einer Spannenklausel beansprucht, muss nämlich ihre Gewerkschaftszugehörigkeit nachweisen. In diesem Fall verarbeitet der Arbeitgeber eine besondere Kategorie personenbezogener Daten (Art. 9 Abs. 1 DSGVO:

⁶⁹ DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 314.

⁷⁰ Ebd.

⁷¹ Ebd.

⁷² Ebd.

⁷³ Ebd.

⁷⁴ BAG, 18.11.2014 – 1 AZR 257/13 – NZA 2015, 306, Rn. 29 ff.; vgl. auch BVerfG, 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – NZA 2017, 915, Rn. 198.

»Gewerkschaftszugehörigkeit«). In § 1 Abs. 2 S. 9 TVG-E heißt es deshalb: »Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen über die Verarbeitung personenbezogener Daten von Arbeitnehmern, aus denen sich deren Gewerkschaftszugehörigkeit ergibt, bleiben unberührt.«

Wie schon entsprechend beim Maßregelungsverbot ist zu fragen, ob in das TVG eine datenschutzrechtliche Regelung aufzunehmen ist. Die Frage ist zu verneinen, zumal § 1 Abs. 2 S. 9 TVG-E keinen zusätzlichen Nutzen gegenüber den allgemeinen datenschutzrechtlichen Regelungen schafft. Nicht zufällig spricht deshalb auch die Entwurfsbegründung davon, dass die Regelung (nur) »verdeutlichen« soll, »dass die Anforderungen des Datenschutzes durch die Vereinbarung und Anwendung von Differenzierungsklauseln unberührt bleiben«⁷⁵. § 1 Abs. 2 S. 9 TVG-E ist deshalb überflüssig.

Die Verarbeitung des Datums »Gewerkschaftszugehörigkeit« durch den Arbeitgeber ist möglicherweise durch eine Einwilligung der Arbeitnehmerin (Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO) gedeckt, wenn sie den Anspruch aus der Spannenklausel selbst geltend macht und dabei ihre Gewerkschaftsmitgliedschaft offenbart, jedenfalls aber nach Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO als erforderliche Verarbeitung zulässig. Zu anderen Zwecken darf der Arbeitgeber das Datum der Gewerkschaftszugehörigkeit nicht verarbeiten (Grundsatz der Zweckbindung, Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO). Die Entwurfsbegründung weist zu Recht darauf hin, dass es sinnvoll sein kann, tarifvertraglich »spezifischere Vorschriften« (Art. 88 Abs. 1 DSGVO) zum Datenschutz im Kontext der Spannenklausel – etwa Regelungen zur innerbetrieblichen Datentrennung – zu vereinbaren, insbesondere um eine missbräuchliche Zweckentfremdung zu vermeiden.⁷⁶ In der Entwurfsbegründung wird sogar erwogen, »dass die Abwicklung der Spannenklausel durch die Gewerkschaft erfolgt, um eine Offenbarung dieser Daten gegenüber dem Arbeitgeber entbehrlich zu machen«⁷⁷. Ob sich ein Arbeitgeber auf eine solche tarifvertragliche Regelung einlässt, ist zweifelhaft. Zumindest sind dann seitens der Gewerkschaft die datenschutzrechtlichen Vorschriften zu beachten.

IV. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten: Das Anliegen des Entwurfs ist berechtigt, das deutsche Tarifvertragssystem, das

auf der Mitgliedschaft der Arbeitsvertragsparteien in Arbeitgeberverband und Gewerkschaft basiert, zu stabilisieren. Der Entwurf leistet dazu einen wertvollen Beitrag, indem er tarifvertragliche Spannenklauseln entgegen der Rechtsprechung des BAG für grundsätzlich zulässig erklärt, und gibt der Diskussion neue Impulse. Das ist zu begrüßen. Tarifvertragsparteien, die eine Spannenklausel vereinbaren, überschreiten weder ihre Tarifmacht, noch verletzen sie die Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitgebers und der nicht organisierten Arbeitnehmer:innen. Ob sie verfassungsrechtlich im Einzelfall unzulässig ist, entscheidet die negative Koalitionsfreiheit der nicht organisierten Arbeitnehmer:innen. Der Spielraum, den die Tarifvertragsparteien bei der Vereinbarung einer Spannenklausel haben, ist mit Blick auf ihre systemstabilisierende Wirkung für das mitgliedschaftsbasierte Tarifvertragssystem aber relativ groß. Nicht überzeugend ist es, einen eigenständigen Absatz mit neun einzelnen Sätzen in das TVG einzufügen, um ein einzelnes Rechtsproblem zu regeln. Hinzukommt, dass einzelne Regelungen des Entwurfs ohnehin nicht überzeugen (Anspruch des Arbeitgebers gegen die tarifvertragschließende Gewerkschaft auf Mitteilung des Organisationsgrads, Fiktion der Angemessenheit) oder mit Blick auf bereits vorhandene Rechtsprechung (einfache Differenzierungsklauseln) oder schon bestehende Gesetze (Benachteiligungsverbot, Datenschutz) überflüssig sind. Nach alledem ist aber zu hoffen, dass das BAG bei passender Gelegenheit das Anliegen des Entwurfs aufgreift, seine bisherige Linie überdenkt und seine Rechtsprechung zur Zulässigkeit tarifvertraglicher Spannenklauseln ändert. Es mag sein, dass die Zulassung tarifvertraglicher Spannenklauseln unter dem Strich nicht der breite Rettungsweg für die auf Mitgliedschaft aufbauende Tarifautonomie ist.⁷⁸ Sie ist aber immerhin ein ganz wichtiger Schritt in die richtige Richtung.

⁷⁵ Begründung zum DiffKlausG-E, AuR 2021, 310, 314.

⁷⁶ Ebd.

⁷⁷ Ebd.; in diese Richtung geht auch der Vorschlag von *Pionteck* (Fn. 16), S. 259, 261: »Verantwortung der Gewerkschaften zur praktischen Umsetzung«.

⁷⁸ So *Waltermann*, ZFA 2020, 211, 220; ähnlich *Franzen* (Fn. 1), S. 27: »kein Königsweg«.

Sozialrechtliche Folgefragen einer Energiewende in Übereinstimmung mit dem Paris-Abkommen

Prof. Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg/
Prof. Dr. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A./Ass. jur. Theresa Rath, Universität Rostock*

I. Problemstellung

Der Klimawandel als für die Menschheit existenzielles Problem, welches Nahrungs- und Wasserknappheit auslösen, militärische Auseinandersetzungen wahrscheinlicher machen und letztlich damit auch die offene Gesellschaft untergraben könnte, hat zuletzt wissenschaftlich, politisch und rechtlich verstärkte Beachtung erfahren.¹ Auf dieser Basis kam es zu der völkerrechtsverbindlichen Zielfestlegung in Art. 2 Abs. 1 Paris-Abkommen, nach welcher alle Staaten der Erde gemeinsam die globale Erwärmung – verglichen mit dem vorindustriellen Niveau – auf deutlich unter 2 °C und möglichst unter 1,5 °C begrenzen müssen. Dies impliziert zeitnahe globale Nullemissionen in allen klimaschädlichen Sektoren, tendenziell bis oder vor 2035.² Der damit verbundene vollständige und zeitnahe Verzicht auf fossile Brennstoffe in den Bereichen Strom, Wärme, Mobilität, Ernährung sowie bei weiteren Industrieemissionen jenseits von Strom und Wärme besonders bei Kunststoffen und Zement wirft erhebliche soziale Verteilungsfragen auf. Diese ergeben sich nicht zuletzt daraus, dass die Stärkung von erneuerbaren Energien und teilweise auch Energieeffizienz und Suffizienz direkt oder indirekt zunächst zu einer Verteuerung der Lebenshaltungskosten in den genannten Bereichen führen kann, auch wenn sich konsequente Klimapolitik als Ganzes gesehen im Ergebnis volkswirtschaftlich günstiger gestalten wird als eine Hin- und hergehende Bekämpfung des Klimawandels. Gleichzeitig würde der Klimawandel selbst erhebliche soziale Verteilungswirkungen haben, wie soeben bereits gesehen. Klima- und Sozialpolitik scheinen damit in völker-, europa- und bundesrechtlicher Perspektive auf eine aporetische Situation zuzusteuern, geprägt unter anderem durch gegenläufige Grundrechtspositionen, wobei das BVerfG diese Abwägungslage im Frühjahr 2021 erstmals explizit anerkannt hat und zugleich eine fairere

Verteilung der Freiheitschancen über die Zeit (und damit einen stärkeren Klimaschutz) eingefordert hat.³ Zugleich wurde dabei die zumindest völkerrechtliche Verbindlichkeit der Pariser 1,5 °C-Grenze anerkannt.

Die aktuelle Debatte über eine soziale Energiewende⁴ ist deshalb – so scheint es auf den ersten Blick – wenig überraschend geprägt von einem kompromisshaften Ringen um eine Balance, die mit einem Grundproblem konfrontiert ist: Jegliche soziale Maßnahme, die den Zugang zu fossilen Brennstoffen (etwa für Strom und Wärme) aufrechterhält, und sei es auch in effizienterer Form, steht in einem Span-

* Der Erstautor hat an der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg einen Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Sozialrecht inne. Der Zweitautor lehrt an der Universität Rostock Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie und leitet die Forschungsstelle Nachhaltigkeit und Klimapolitik (Leipzig/Berlin), wo die Drittautorin im vom BMWi finanzierten Forschungsprojekt »Kommunale Wärmenetze« tätig ist und promoviert.

1 Siehe zuletzt IPCC, Special Report, Global Warming of 1.5 °C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5 °C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, 2018; ferner für eine Gesamtdarstellung Ekardt/Klinski/Schomerus, Konzept für die Fortentwicklung des deutschen Klimaschutzrechts, Marburg 2015; Hennig, Nachhaltige Landnutzung und Bioenergie – Ambivalenzen, Governance, Rechtsfragen, Marburg 2017 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2017); Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit: Ethische, rechtliche, politische und transformative Zugänge – am Beispiel von Klimawandel, Ressourcenknappheit und Welthandel, 4. Aufl. = 3. Aufl. der Neuausgabe, Baden-Baden 2021 (zug. Rostock, Univ., Habil. 2003); Ekardt, Sustainability. Transformation, Governance, Ethics, Law, Dordrecht 2019; BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 ua. – juris, Rn. 3.

2 Im Einzelnen vorgerechnet in Auswertung des naturwissenschaftlichen Schrifttums und in Auseinandersetzung mit den Rechtsinterpretationsfragen bei Ekardt/Wieding/Zorn, Sustainability 2018, 2812; Wieding/Stubentrauch/Ekardt, Sustainability, Special Issue Climate Change and Human Reaction 2020, 8858.

3 Zum Existenzminimum in Deutschland insbesondere BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1, 3, 4/09 – BVerfGE 125, 175 ff.; zur Multipolarität des Grundrechtskonflikts zwischen klassischen ökonomisch-sozialen Anliegen einerseits und dem Klimaschutz andererseits näher Ekardt, Sustainability (Fn. 1); siehe auch Susnjarić, Proportionality, Fundamental Rights, and Balance of Powers, Leiden 2010 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2009); nunmehr explizit zur grundrechtlichen und staatszielhaften Klimaschutzverpflichtung BVerfG, 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 ua. – juris; im Einzelnen analysiert von den Rechtsvertretern der zuerst erhobenen Verfassungsbeschwerden: Ekardt/Heß, NVwZ 2021, 1421 ff.; Ekardt/Heß/Wulff, EurUP 2021, 212 ff.; Ekardt/Heß, ZUR 2021, 579 ff.

4 Dazu etwa Schmidt-De Caluwe/Schneller, ZfU 2019, 320 ff.

nungsverhältnis zu den rechtlich verbindlichen Klimaschutzzielen. Der vorliegende Beitrag möchte demgegenüber zweierlei zeigen. Zum einen kann ein klimaschutzrechtlicher Instrumenten-Ansatz gewählt werden, der den so umschriebenen Konflikt (gegenüber Betrieben und Einzelpersonen) von vornherein vermeidet. Zum anderen können aus dem gängigen sozialrechtlichen Diskurs im Lichte der Energiewende dennoch relevante Einsichten für den weiteren Umgang mit einer sozialen Energiewende gewonnen werden. Methodisch geht es im Folgenden ausgehend von der Darstellung einschlägiger gesetzlicher Regelungen und ihrer sozialen Verteilungswirkung um einen zweifachen Zugang, nämlich um Rechtsinterpretation im Sinne der klassischen juristischen Normauslegungsmethoden und zugleich um die Ermittlung der Wirkung von Normen, hier auf soziale Verteilungsfragen.⁵

II. Soziale Verteilungswirkungen des Klimaschutzrechts – aporetische Perspektiven und mengensteuernde Lösungsansätze

Es ist ein gängiger Einwand gegen ein ambitioniertes Klimaschutzrecht, dass es mit Nachteilen für die sozial weniger gut Gestellten verbunden sei. Dieser Einwand kann sich global auf die Entwicklungsländer beziehen, er kann sich aber auch unmittelbar auf die Lage in Deutschland und vergleichbaren Ländern beziehen. So steigern alle Instrumente klimaschutzrechtlicher Steuerung der Preise fossiler Brennstoffe (Emissionshandel, Energiesteuern, -umlagen und ähnliches), die Lebenshaltungskosten, und zwar nicht nur bezogen auf Strom, Wärme und Mobilität, sondern indirekt ebenfalls bezogen auf die Preise sonstiger Produkte. Klimaschutzrechtliche Maßnahmen besitzen eine potenziell regressive Wirkung.⁶ So treffen etwa Energiesteuern als Mehrkostenfaktor für Energie und Produkte weniger einkommensstarke Konsumenten tendenziell härter. Gleiches gilt für die EEG-Vergütungsumlage und die EEG-Ausnahmen bestimmter Industriesektoren, die im Gegenzug zu einer höheren EEG-Umlage aller anderen Stromkunden führen. Der finanzielle Spielraum einkommensschwächerer Gruppen wird wegen des prozentual größeren Anteils der Energiekosten an ihrem Einkommen wesentlich stärker

beschnitten als derjenige der Besserverdienenden, selbst wenn diese pro Kopf mehr Energie verbrauchen.

Dies kann dann auch bewirken, dass statt Konsistenz- oder Effizienz teilweise Suffizienzoptionen bei den betroffenen Betrieben und Personen ergriffen werden, also statt besserer Technik auf Verhaltensänderung respektive Verzicht gesetzt wird, unter anderem weil Investitionen für energieeffizientere Geräte für solche Personengruppen schwerer zu finanzieren sind. Zu berücksichtigen ist dabei, dass etwa klimapolitisch motivierte Förderprogramme (zB. Förderung der Wärmedämmung von Eigenheimen oder effizientere Heizanlagen) und Steuererleichterungen (etwa für energetische Sanierungen) vorwiegend nur denjenigen zu Gute kommen, die über ein gutes Einkommen verfügen, während Abgaben und Umlagen grundsätzlich von allen zu zahlen sind. Hinzuweisen ist ferner auf mögliche Verteilungswirkungen zwischen Regionen in Deutschland im EEG-Förderregime⁷ (da zB. Windstrom schwerpunktmäßig in Norddeutschland erzeugt wird, die EEG-Umlage aber in Gesamtdeutschland refinanziert wird), die allerdings schwierig zu erfassen sind, weil immer auch (zum Teil) parallel rückgebaute konventionelle Erzeugungskapazitäten sowie die zugunsten der Energiewende unterlassenen Investitionen in anderen Bereichen berücksichtigt werden müssten.

Allerdings ist die Fokussierung auf die sozialen Belastungswirkungen des Energie- und Klimaschutzrechts (und der möglichen sozialrechtlichen Kompensationen) nicht hinreichend differenziert. Sie berücksichtigt gegenläufige Faktoren, Gesichtspunkte und Argumente nicht hinreichend, vernachlässigt die sozialen Wirkungen mangelnden Klimaschutzes und übersieht, dass durchaus mehr als nur kompromisshafte Lösungsmöglichkeiten bereitstehen.⁸

⁵ Hennig, Nachhaltige Landnutzung und Bioenergie (Fn. 1); Ekardt, Sustainability (Fn. 1); von Bredow, Energieeffizienz als Rechts- und Steuerungsproblem. Unter besonderer Berücksichtigung der erneuerbaren Energien, Marburg 2013 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2013); Garske, Ordnungsrechtliche und ökonomische Instrumente der Phosphor-Governance, Marburg 2019 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2019); Stubenrauch, Phosphor-Governance in ländervergleichender Perspektive – Deutschland, Costa Rica, Nicaragua, Marburg 2019 (zugl. Rostock, Univ., Diss. 2019); Ekardt, Sustainability, (Fn. 1) – alle mwN.

⁶ Näher zum Folgenden Gawel/Korte, in: Müller/Kahl (Hrsg.), Energiewende im Föderalismus, Berlin 2015, S. 145 ff.; Ekardt, Sustainability (Fn. 1).

⁷ Zu den Grundsatzdiskussionen um das EEG in den letzten Jahren etwa Hennig, Nachhaltige Landnutzung und Bioenergie (Fn. 1); Ekardt/Valentin, Das neue Energierecht, Baden-Baden 2015.

⁸ Näher zum Folgenden Ekardt, Hennig, Nachhaltige Landnutzung und Bioenergie (Fn. 1); Gawel/Korte, in: Müller/Kahl (Fn. 6).

- Es ist bereits fraglich, wie groß der Anteil der bisher eher moderaten Kosten des Klimaschutzrechts tatsächlich für Phänomene wie vermehrte Stromsperrern verantwortlich gemacht werden können, für die auch eine Reihe weiterer Entwicklungen ursächlich sein können. Dass die Einzelheiten schwierig sind, zeigt ferner die wiederkehrende Diskussion über die Frage, ob die EEG-Umlage mehr von Unternehmen oder mehr von den stromverbrauchenden Bürgern getragen werden soll. Belastet man die Unternehmen stärker, werden diese zB. versuchen, ihre Produkte entsprechend zu verteuern, was es in gewisser Weise durchaus fraglich erscheinen lässt, inwieweit konkret den Industrieausnahmen Verteilungswirkungen zugeschrieben werden können.
 - Auch Instrumente, die nicht explizit einen Preisanreiz beabsichtigen und die anstelle ökonomischer Instrumente bislang teils eher genutzt werden, lösen soziale Verteilungswirkungen aus. Verboten man zB. ordnungsrechtlich ineffiziente Geräte oder Anlagen und löst damit einen Zwang hin zu technisch besseren, aber auch in der Anschaffung teureren Produkten aus, dann ist auch dies aus Endverbrauchersicht als Preis spürbar.
 - Mehr noch: Nicht nur energiepolitische Maßnahmen, sondern auch klassische Regelungselemente moderner Rechtssysteme wie zB. die Umsatzsteuer haben eine regressive Wirkung, ohne dass dafür bisher ein sozialer Ausgleich geschaffen worden wäre. Und bereits ohne irgendwelche rechtlichen Regelungen existiert ebenfalls bereits soziale Ungleichheit.
 - Ferner lassen sich Preissteigerungen trotz einer ernsthaften Energie- und Klimawende mindestens teilweise individuell abwenden, indem auf erneuerbare Energien und Energieeffizienz gesetzt, also beispielsweise der Stromanbieter gewechselt wird, entsprechende Geräte angeschafft, bei der Mobilität und der Ernährung entsprechende Entscheidungen getroffen werden und anderes mehr (zum Problem zB. der Anschaffungskosten von Geräten sogleich unten). Die Gesamtheit des energie- und klimaschutzrechtlichen Regulariums, unter anderem die schon genannten Elemente, wirken gerade darauf hin, dass solche Optionen kostengünstig bereitstehen. Dabei ist zu beachten, dass solche Maßnahmen – wie im Falle eines Wechsels zu einem Erneuerbare-Energien-Stromanbieter im ersten Moment auch teurer sein können, wiewohl sie langfristig die Effekte möglicher Preisspiralen der fossilen Brennstoffe abwenden mögen.
 - Außerdem könnten zB. die staatlichen Einnahmen aus ökonomischen Klimaschutzinstrumenten durchaus verstärkt zu Zwecken der sozialen Abfederung eingesetzt werden, etwa zur Erhöhung der entsprechenden Leistungen.
 - Unterbelichtet bleiben ferner die – in der Einleitung bereits angesprochenen – kurz-, mittel- und erst recht langfristigen positiven sozialen Verteilungswirkungen eines wirksamen Energie- und Klimaschutzrechts. Generell werden der Energiewende seit längerem positive Effekte auf den Arbeitsmarkt attestiert. So bremst eine wirksame Ressourcen- oder Senkenbepreisung (etwa von Treibhausgasemissionen) tendenziell die gesamtwirtschaftliche Rationalisierung der Produktion und stabilisiert damit den Arbeitsmarkt. Ohne wirksames Energie- und Klimaschutzrecht wären (konträr zur aktuellen Lage) langfristig ferner wenig soziale Preissteigerungen bei Gas und Öl aufgrund zunehmender Knappheit zu erwarten. Potenziell noch deutlich gravierender sind die drohenden Schäden aufgrund des Klimawandels, wenn man zwecks kurzfristiger Kostenvermeidung auf ein wirksames Energie- und Klimaschutzrecht verzichten würde; dies ist in der Klimaökonomik wiederholt vorgerechnet worden.⁹ Davon würden absehbar auch in Deutschland und der EU die sozial weniger gut Gestellten von Umweltproblemen wie dem drohenden Klimawandel potenziell überproportional stark betroffen sein – denn auch insoweit hätten sie aus finanziellen Gründen weniger Verhinderungs- und Ausweichoptionen. Dass der Klimawandel nicht allein hierzulande verhindert werden kann, versteht sich dabei von selbst.
 - Direkt daran anknüpfend: Unberücksichtigt bleibt in der Debatte über soziale Verteilungswirkungen regelmäßig zuletzt auch der Umstand, welche Verteilungswirkungen ein weniger wirksames Energie- und Klimaschutzrecht im globalen Maßstab hätte.
- Nach dem Gesagten liegt die Intention nahe, ein wirksames Klimaschutzrecht mit sozialem Ausgleich zu ver-

⁹ Klassisch dazu *Stern*, *The Stern Review*, London 2007; *Nordhaus*, *A Question of Balance*, New Haven 2008; zu den Chancen und Grenzen ökonomischer Berechnungen zum Klimawandel *Ekardt*, *Ökonomische Bewertung – Kosten-Nutzen-Analyse – ökonomische Ethik. Eine Kritik am Beispiel Klimaschutz*, Marburg 2018 (zugl. Leipzig, Univ., Diss. 2018).

knüpfen, nicht aber eine schwächere Klimapolitik als sozialen Ausgleich einzusetzen. Wer soziale Verteilungsprobleme minimieren will, muss den Klimawandel verhindern, er sollte aber auch über die Kostenverteilung der Klimapolitik sprechen. Kurzfristige wie langfristige, nationale wie globale Aspekte sozialer Gerechtigkeit wollen hierbei bedacht sein. Und entgegen einer landläufigen Auffassung ist genau das möglich, wenn man den adäquaten Klimaschutzrechtlichen Ansatz wählt. Der Schlüsselbegriff dazu ist die Mengensteuerung¹⁰ sämtlicher Treibhausgasemissionen, im Kern jener aus dem fossilen Brennstoffeinsatz bei Strom, Wärme, Mobilität, Agrarsektor, Kunststoffen und Zement sowie jener aus tierischen Nahrungsmitteln. Etabliert man etwa eine Ausweitung des EU-Emissionshandels auf sämtliche Sektoren respektive sämtliche fossilen Brennstoffe mit einer Mengengrenze (Cap) null in kurzer Zeit, tendenziell vor 2035, orientiert an Art. 2 Abs. 1 Paris-Abkommen (sowie ein niedriges Cap für tierische Produkte, einen Mechanismus zur Kompensation der Restemissionen aus dem Agrar- und prozessindustriellen Bereich sowie ein Border Adjustment für Im- und Exporte¹¹), dann wäre dies für die EU ein solches Mengensteuerungssystem.

Findet wie bislang keine klimaschutzrechtliche Mengensteuerung statt, ist jeglicher sozialrechtlicher Ausgleich (außer er beschränkte sich auf den Einsatz erneuerbarer Energien) potenziell mit einer teilweisen Konterkarierung der Klimaziele verbunden, weil er die Möglichkeit steigert, fossile Brennstoffe für Strom, Wärme und ähnliches zu verbrauchen. Findet umgekehrt eine klimaschutzrechtliche Mengensteuerung statt, dann ist sozialer Ausgleich ohne Abstriche beim Klimaschutz möglich (einerlei ob gegenüber Einzelpersonen oder zB. gegenüber Betrieben bestimmter Wirtschaftszweige). Der soziale Ausgleich wird dann schlicht zu einer Verteilungsfrage dahingehend, wer die Kosten des ambitionierten Klimaschutzes in welchem Ausmaß trägt – dann kann also jeglicher politisch gewünschter (oder grundrechtlich über Art. 12 und 14 GG als geboten angesehener) sozialer Ausgleich verwirklicht werden, ohne dass sich dies im geringsten auf die Effektivität des Klimaschutzes und damit auf den langfristigen Schutz auch sozialer Belange auswirken würde. Denn solange im Rahmen des Systems noch fossile Brennstoffe im Markt sind, kann deren Nutzung etwa für Strom und Wärme durch soziale Sicherungssysteme dann einkommensschwächeren Haushalten ermöglicht werden, ohne dass dies die Menge der insgesamt zulässigen Emissionen erhöhen würde – es blieben dann vielmehr weniger fossile Brennstoffe für Besserverdienende übrig. Und sobald alle fossilen Sektoren zu 100 % auf erneuerbare Energien umgestellt sind und auch sonst alle schädigenden Faktoren (etwa Pestizide) aus dem Markt genommen oder entsprechend reduziert wurden, sind mit sozialen Verteilungsmechanismen ohnehin keine Emissionen und ggf. auch sonst keine negativen Umweltwirkungen mehr verbunden.¹² Dieses gesamte Vorgehen dürfte zugleich der Herstellung praktischer Konkordanz beim Ausgleich der kollidierenden Grundrechtspositionen entsprechen. Der Ansatz bewegt sich auch keineswegs allein im Raum wissenschaftlich als wirksam identifizierter Konzepte. Vielmehr arbeitet die EU-Kommission aktuell im Rahmen eines geplanten European Green Deal intensiv daran, zum einen die EU-Klimaziele endlich im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Paris-Abkommen auszurichten und zum anderen dabei verstärkt auf den Emissionshandel zu setzen. Dabei wurde im Juli 2021 auch eine Verschärfung des EU-Emissionshandels in den Grundzügen vorgeschlagen. Es geht dabei um eine Integration des Wärme- und Verkehrssektors in den EU-Emissionshandel plus Verschärfung seines Ambitionsniveaus verbunden mit einem (noch nicht weiter konturierten) sozialen Ausgleichsfonds für weniger Begüterte, wenngleich ohne die – für die 1,5 °C -Grenze nötigen – ergänzenden Schritte, zugleich alle Altzertifikate zu streichen und Schlupflöcher zu schließen; zudem befindet sich auch das neu vorgeschlagene Cap noch nicht in Übereinstimmung mit der Pariser 1,5 °C Grenze.¹³ Auch das neue deutsche Brenn-

10 Näher zum gesamten Ansatz Weishaupt/Ekardt/Garske/Stubenrauch/Wieding, Sustainability 2020, 2053; Ekardt, Sustainability (Fn. 1); Hennig, Nachhaltige Landnutzung und Bioenergie (Fn. 1); von Bredow, Energieeffizienz als Rechts- und Steuerungsproblem (Fn. 5); Garske, Ordnungsrechtliche und ökonomische Instrumente der Phosphor-Governance (Fn. 5); Bosnjak, Ein Emissionshandelssystem der ersten Handelsstufe, Marburg 2015.

11 Näher dargestellt bei Ekardt, Sustainability (Fn. 1); Ekardt/Jacobs/Stubenrauch/Garske, Land 2020, 83. Dort auch dazu, warum der bisherige EU-Emissionshandel mit einem wenig ambitionierten Cap, der fehlenden Integration zentraler Sektoren sowie Schlupflöchern ergo einer substanziellen Revision bedürfen würde.

12 Dazu, wie ein solcher Ansatz durch ergänzende Mechanismen einen Run zur (nicht emissionsfreien und auch sonst nicht unproblematischen) Bioenergie verhindern könnte, siehe Hennig, Nachhaltige Landnutzung und Bioenergie (Fn. 1); von Bredow, Energieeffizienz als Rechts- und Steuerungsproblem (Fn. 5); Ekardt/Wieding/Garske/Stubenrauch, CCLR 2018, 316 ff.

13 Siehe zum Ganzen COM(2019) 640 final; COM(2021) 550 final; zu den kritischen Punkten Ekardt/Heß, NVwZ 2021, 1421 ff.

stoffemissionshandelsgesetz (BEHG) weist als – extrem – moderater nationaler Schritt zumindest tentativ in diese Richtung, weil es eine Erhöhung etwa der Heizkosten bewirkt.¹⁴

Auch bei einem solchen Vorgehen bliebe eine klimaschutzorientierte, insbesondere auf Energieeffizienz orientierte Ausrichtung des Sozialrechts notwendig, allein schon um das angestrebte Niveau an Sozialleistungen kosteneffizient bereitstellen zu können. Sie wäre sogar nötiger denn je: Die Kosten der Energiebereitstellung werden betriebswirtschaftlich für die Zahlenden (oder für die an ihre Stelle tretenden Sozialleistungsträger) mit der schrittweisen Umstellung der gesamten Energieversorgung auf erneuerbare Energien eher steigen als sinken (auch wenn die Vermeidung der Schäden des Klimawandels volkswirtschaftlich gesehen dies – wie erwähnt – überkompensieren mag). Noch wichtiger ist, dass die faktische Akzeptanz der Klimawende maßgeblich an der adäquaten Lösung der Verteilungsfragen hängen dürfte. Zudem geht es verfassungsrechtlich (und teils politisch) darum, Vorstellungen sozialer Gerechtigkeit zu realisieren.

Die entsprechenden Regelungen und teilweise auch Optionen *de lege ferenda* werden im Folgenden eingehend analysiert. Dabei liegt der Fokus auf Sozialleistungen für einkommensschwache Haushalte. Mit einem Mengensteuerungssystem wäre auch eine Steigerung sonstiger Sozialleistungen denkbar, ohne dass dies in puncto Klima zu vermehrten Emissionen führen würde.

III. Sozialer Ausgleich jenseits des Sozialrechts

Nicht nur im Sozialrecht (das im Folgenden im Zentrum steht), sondern bereits innerhalb des Energiewirtschaftsrechts wird teilweise auf die Frage sozialer Verteilungswirkungen reagiert, und zwar bei der Frage der Strompreisgestaltung. Dies hat eine EU-rechtliche Grundlage in der Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie, umgesetzt in Deutschland im Energiewirtschaftsgesetz (EnWG) und in der Stromgrundversorgungsverordnung (StromGVV).¹⁵ Seit 1998 haben diese Regularien zu einer Anbieter- und Tarifvielfalt (auch) in Deutschland geführt.¹⁶ Ungeachtet der empirisch eher limitierten Wechselneigung gegenüber dem Stromanbieter besteht jedenfalls rechtlich die Option,

als Endkunde hier Einfluss auf die Strompreissituation zu nehmen. Die StromGVV verpflichtet ferner – die genannte Marktfreiheit einschränkend – die Grundversorger zum Angebot eines Grundtarifs, was auch zugunsten sozial weniger gut Gestellter wirkt. Die Strombelieferung darf vom Lieferanten nur unter engen Voraussetzungen gesperrt (§ 19 StromGVV) oder gar gekündigt werden (§§ 20 Abs. 1, 21 StromGVV). Dies ermöglicht konzeptionell zwar die Sicherung einer Stromgrundversorgung für alle, hat in der Praxis freilich eher nicht zu besonders niedrigen Tarifen geführt. Die Elektrizitätsbinnenmarkttrichtlinie schließt rechtlich jedoch keinesfalls weitergehende Eingriffe in die Tarifgestaltung aus, auch aus sozialen Gründen. Damit besteht etwa die Möglichkeit, Sozialtarife verpflichtend einzuführen und für diese einen Zwangsrabatt vorzusehen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Tarifgestaltung in Deutschland im Kern erst einmal den Energieversorgern obliegt. Gleichwohl bestünde hier eine Möglichkeit für weitergehende gesetzliche Vorgaben.

Auch im Recht der Gebäudesanierung wird, ähnlich wie im Energiewirtschaftsrecht, bereits außerhalb des Sozialrechts schon heute auf soziale Verteilungsfragen reagiert. Dabei ist die Gebäudesanierung ein Sektor, in welchem Klimaschutz schon wegen der mittelfristigen Energiepreise und ggf. auch Energiesicherheitsfragen sogar betriebswirtschaftlich sehr oft sinnvoll ist. Die Hebung dieser Potenziale wird von der EnEV und dem EEWärmeG durch die starke Konzentration auf Neubauten bislang freilich nur bedingt betrieben. Eine wichtige Rolle spielt im Gebäudebereich für den sozialen Ausgleich, aber auch schon für die Verbesserung der energetischen Gebäudequalität, das Mietrecht.¹⁷ Vor dem Hintergrund, dass in Deutschland viele Menschen in Mietshäusern wohnen, besteht insoweit das bekannte

14 Siehe zum BEHG auch *Vollmer*, *Natur und Recht* 2020, 237; *von Oppen*, *ER* 2020, 3.

15 Vgl. dazu im Überblick *Döring*, *Energieerzeugung nach Novellierung des EEG*, Heidelberg 2015; *Kröger*, *Die Förderung erneuerbarer Energien im Europäischen Elektrizitätsbinnenmarkt*, Baden-Baden 2015.

16 Grundlegend dazu unverändert *Schneider*, *Liberalisierung des Strommarktes durch regulative Marktorganisation*, Baden-Baden 1999.

17 Vgl. zum Folgenden näher mwN. *Ekardt/Klinski/Schomerus*, *Konzept für die Fortentwicklung des deutschen Klimaschutzrechts* (Fn. 1); *Ekardt*, *Theorie der Nachhaltigkeit* (Fn. 1); ferner *Ekardt/Heitmann/Hennig*, *Soziale Gerechtigkeit in der Klimapolitik*, Düsseldorf 2010; *Klinski*, *Rechtskonzepte zur Beseitigung des Staus energetischer Sanierungen im Gebäudebestand*, Berlin 2009.

Investor-Nutzer-Dilemma. Für Klimaschutzmaßnahmen bei Gebäuden fallen zunächst Investitionskosten an; diese muss aber zunächst der Vermieter tragen, während eher der/die Mieter/-in durch eine niedrigere Betriebskostenabrechnung die Vorteile bei Energieeffizienz- oder Erneuerbare-Energien-Maßnahmen hat. § 559 BGB gestattet zwar, Investitionen zumindest in die Energieeffizienz prozentual und zeitlich unbegrenzt auf den/die Mieter/-in umzulegen. Offenbar löst dies aber nur bedingt einen Sanierungsanreiz aus, zumal offen ist, ob sich eine entsprechende Mierte überhaupt am Markt erzielen lässt. Umgekehrt kann man aber auch gerade die soziale Verteilungswirkung zu Lasten der Mieter/-innen kritisieren. Versucht man dies im bisherigen Klimaschutzrahmen durch eine Besserstellung der Mietenden zu lösen, verringert man den offenbar ohnehin nur sehr bedingt wirksamen Sanierungsanreiz noch weiter. Etabliert man dagegen eine klimaschutzrechtliche Mengensteuerung, wäre das allseitige Interesse an energetischen Sanierungen sprunghaft erhöht, und es könnten dann zugunsten der Mieter entsprechende Grenzen der Umlegbarkeit etabliert werden, ohne dass sich dies auf die Gesamtemissionsmenge auswirken würde. Denn dies würde die bisherigen *Mietnebenkosten* in einem Maße steigern, dass der Sanierungsstand einer Immobilie für die Nutzung, für Vermietbarkeit wie auch für das Anmieten plötzlich grundlegend andere Dimensionen annimmt.

IV. Sozialer Ausgleich im sozialrechtlichen Regularium der Wärme- und Stromversorgung

Der intensivste Blick bei möglichen Kompensationen sozialer Verteilungswirkungen des Energie- und Klimaschutzrechts fällt auf das Sozialrecht. Energierrelevante Sozialleistungen bzw. Bestandteile solcher Leistungen finden sich vor allem in den Kosten für Unterkunft und Heizung (KdU), daneben in den Bestandteilen für Haushaltsenergie im Regelbedarf bzw. im Mehrbedarf sowie in den Leistungen zur Anschaffung von energierelevanten Haushaltsgeräten. All diese Gewährleistungen werden im Rahmen der Leistungen zur Sicherung des Lebensunterhalts nach dem SGB II (Arbeitslosengeld II, Sozialgeld) und dem SGB XII (Sozialhilfe, Grundsicherung im Alter

und bei Erwerbsminderung) gewährt. Neben den skizzierten Bereichen der existenzsichernden Leistungen konkretisiert das Wohngeld das in § 7 SGB I statuierte soziale Recht auf einen Zuschuss für eine angemessene Wohnung (§ 1 WoGG).

1. Der Kreis der Leistungsberechtigten

Nach dem SGB II haben erwerbsfähige hilfebedürftige Personen und die Personen, die mit ihnen zusammen in einer Bedarfsgemeinschaft leben, Anspruch auf Sicherung des Lebensunterhalts (§ 7 SGB II). Sowohl das Arbeitslosengeld II (ALG II) für erwerbsfähige Leistungsberechtigte im Alter von 15 Jahren bis zur gesetzlich festgelegten Altersgrenze (zwischen 65 und 67 Jahren) als auch das Sozialgeld für nicht erwerbsfähige Leistungsberechtigte, die mit einem/einer ALG II-Empfänger/in in einer Bedarfsgemeinschaft leben, umfassen dabei neben dem Regelbedarf zur Sicherung des Lebensunterhalts (§§ 19, 20 SGB II) ggf. Mehrbedarfe sowie die Kosten für Unterkunft und Heizung (§§ 19, 21, 22 SGB II). Dies wird ergänzt durch die Sonderregelung für Mehrbedarfe bei dezentraler Warmwasserversorgung (§ 21 Abs. 7 SGB II) und einige Kosten mehr. Im Jahr 2019 lag die Zahl der ALG II-Empfänger bei knapp 3,9 Mio., die der Sozialgeldempfänger bei knapp 1,6 Mio. Die Zahl der Bedarfsgemeinschaften betrug 2019 5.765.651.¹⁸

Für Haushalte hilfebedürftiger Personen, in denen kein erwerbsfähiger Leistungsberechtigter lebt, gilt das Leistungssystem der Sozialhilfe nach dem SGB XII. Dieses hält einmal Leistungen der Hilfe zum Lebensunterhalt (§§ 27 ff. SGB XII) und zum anderen Leistungen der Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung (§§ 41 ff. SGB XII) bereit. Maßgebliche Grundlage für KdU-Leistungen ist in beiden Fällen § 35 SGB XII (iVm. § 42 Nr. 4 SGB XII). Im Aufbau weicht diese Bestimmung zwar von § 22 SGB II ab, in den inhaltlichen Grundzügen sind die Regelungen jedoch – abgesehen von wenigen SGB II-spezifischen Besonderheiten – gleich.¹⁹ Auch findet sich in § 30 Abs. 7 SGB XII eine dem § 21 Abs. 7 SGB II entsprechende Regelung für den Mehrbedarf bei dezentraler Warmwasserversorgung. Nach Angaben des Statisti-

¹⁸ Alle Angaben sind Statistiken der Bundesagentur für Arbeit.

¹⁹ *Lauterbach*, Die Bedarfe für Unterkunft und Heizung im SGB II, Bonn 2015, Rn. 2.

schen Bundesamtes erhielten Ende 2018 rund 370.000 Personen Hilfe zum Lebensunterhalt, wovon jedoch 67 % der Leistungsbezieher in Wohn- und Pflegeheimen lebten; die restlichen 33 % lebten überwiegend in Einpersonenhaushalten. Ende 2018 empfangen ca. 561.969 Personen Leistungen der Grundsicherung im Alter und ca. 523.074 Personen Leistungen der Grundsicherung wegen Erwerbsminderung. Von den Grundsicherungsempfängern/-innen leben ca. 27 % in Einrichtungen, 83 % außerhalb solcher.

Aus rechtlicher und tatsächlicher Sicht ergibt sich mithin für die Existenzsicherungsleistungen das folgende Bild: Die für Wohnungs-, Heizungs-, Haushalts- und Energiekosten relevanten Regelungen des SGB II und des SGB XII sind im Wesentlichen gleich. Insgesamt ist dieses Regelungssystem also für mindestens ca. 6 Mio. Menschen in den unterschiedlichen Leistungsbezügen relevant.

Eine Wohngeldberechtigung wiederum ist abhängig von der Anzahl der zu berücksichtigenden Haushaltsmitglieder, dem Gesamteinkommen (zur Berechnung vgl. §§ 13 ff. WoGG) und der Miethöhe bzw. der Höhe der Belastung bei selbstgenutztem Wohneigentum (vgl. § 4, §§ 9 ff. WoGG) bis zu den je nach Mietenstufe zu berücksichtigenden Höchstbeträgen gemäß § 12 WoGG. Die konkrete Höhe des Anspruchs errechnet sich aus der Wohngeldformel des § 19 WoGG iVm. den Werten der Anlage 1 zu § 19 Abs. 1 WoGG. In der Korrelation der Berechnungsfaktoren steigt der Wohngeldanspruch beim Sinken des Gesamteinkommens oder beim Steigen der Mietkosten und umgekehrt. Recht genaue Annäherungswerte lassen sich in den vom BMI auf Grundlage der Berechnungsformel für unterschiedliche Haushaltsgrößen erstellten Wohngeldtabellen ablesen.²⁰ Am Jahresende 2018 bezogen in Deutschland rund 548.047 Haushalte (1,3 % der privaten Haushalte) Wohngeld.

Bei der für die Zuschussberechnung anzusetzenden Miete handelt es sich um die Bruttokaltmiete (Mietzins einschließlich kalte Betriebskosten iSd. § 9 Abs. 1 WoGG: »Umlagen, Zuschläge und Vergütungen«). Hierzu gehören nach § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 WoGG nicht die Kosten für Heizung und Warmwasser. Auch Kosten für Haushaltsenergie und Vergütungen für die Überlassung einer Garage bleiben bei der Berechnung der Miete außer Betracht (§ 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und 4 WoGG). Auch bei

selbstgenutztem Wohnungseigentum bleiben Energiekosten außen vor (§§ 8 ff. WoGV).

In Form des Wohngeldstärkungsgesetzes (WoGStärkG) trat zum 1. Januar 2020 eine Reform des Wohngeldes in Kraft. Durch das WoGStärkG werden die Wohngeldleistungen deutlich erhöht und ab 2022 eine Dynamisierung des Wohngeldes eingeführt. Mit der Reform wird so auf die steigenden Miethöhen sowie die veränderten Einkommensverhältnisse reagiert. Außerdem werden Anreize gesetzt, das eigene Einkommen zu erhöhen, indem zusätzliches Einkommen in geringerem Maße mit dem Wohngeld verrechnet wird. Der Anteil der Heiz- und Warmwasserkosten wird nach wie vor grundsätzlich durch einen nicht besonders ausgewiesenen Anteil im Wohngeld berücksichtigt. Allerdings ist in Umsetzung des Klimaschutzprogramms 2030 der Bundesregierung, durch welches seit 1. Januar 2021 eine CO₂-Bepreisung für die Sektoren Wärme und Verkehr durchgesetzt wird, mit dem Wohngeld-CO₂-Bepreisungsentlastungsgesetz zusätzlich ein nach Haushaltspersonen gestaffelter Heizkostenentlastungsbetrag in § 12 Abs. 6 WoGG eingeführt worden²¹. Seit 2021 wird er zusätzlich zum errechneten Wohngeld pauschal als Heizkostenzuschlag zu der höchstmöglichen Miete bzw. Belastung hinzugerechnet, womit zugleich das höchstmögliche Einkommen angehoben und der Kreis der Anspruchsberechtigten erweitert wird. Für besonders angespannte Wohnungsmärkte wird eine neue Mietenstufe eingeführt.

Bereits durch die Wohngeldreform zum 1. Januar 2016 (Gesetz zur Reform des Wohngeldrechts und zur Änderung des Wohnraumförderungsgesetzes [WoGRefG] vom 2. Oktober 2015, BGBl. 2015 I, S. 1610) wurde bewirkt, dass sich insbesondere die Wanderbewegung von Wohngeldempfängerhaushalten in die Grundsicherung mit KdU-Leistungen bis 2015 partiell umkehrte. Hintergrund ist, dass ein Nebeneinander von SGB II/SGB XII-Leistungen und Wohngeld gesetzlich ausgeschlossen wird (§ 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 5 und 6 WoGG; § 9 Abs. 1 SGB II, § 2 Abs. 1 SGB XII). Der Leistungsberechtigte muss das Wohngeld als vorrangige Sozialleistung in Anspruch nehmen, wenn dadurch die Hilfebedürftigkeit aller Mitglieder

20 BMI, Wohngeldtabellen 2020, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/bauen-wohnen/stadt-wohnen/wohnraumfoerderung/wohngeld/wohngeld-node.html> (11.11.2021).

21 Gesetz zur Entlastung bei den Heizkosten im Wohngeld im Kontext der CO₂-Bepreisung v. 15.5.2020 (BGBl. 2020 I, S. 1015).

der Bedarfsgemeinschaft für einen zusammenhängenden Zeitraum von mindestens drei Monaten beseitigt wird (§ 12a SGB II). Durch die Kombination eines durch Festpreise zur Zeit als Abgabe wirkenden nationalen Emissionshandels mit einem sozialen Ausgleich werden indes just die ambivalenten Steuerungswirkungen möglich, die in Kapitel II. beschrieben wurden.

Im vorliegenden Untersuchungsrahmen ist allerdings auf eine Besonderheit hinzuweisen: Adressiert an die Gruppe der Leistungsberechtigten, die ALG II neben dem eigenen Einkommen aufstockend in Anspruch nehmen, weicht § 8 Abs. 2 WoGG von dieser Entweder-oder-Regel ab und eröffnet eine Dispositionsmöglichkeit. Danach kann auf Grundsicherungsleistungen verzichtet werden, um so zu einem Wohngeldanspruch zu gelangen. Dies kann insbesondere für Familien mit Kindern interessant sein, weil dann – neben dem Kindergeld – noch ein Anspruch auf Kinderzuschlag nach § 6a BKGG (bis zu 185 € je Kind) in Betracht kommt, wenn damit zusammen mit dem Einkommen der Familie und dem Wohngeldanspruch ein Anspruch auf Grundsicherung vermieden wird. Für Familien im hier relevanten Grenzeinkommensbereich, sind die Heizungs- und Warmwasserkosten ein entscheidungserheblicher Faktor. Diese Kosten werden nur bei den Grundsicherungsleistungen nach dem SGB II bzw. SGB XII in tatsächlicher Höhe erstattet, nicht aber beim Wohngeld. Dies wird bei hohen Energiekosten aufgrund eines energetisch schlechten Zustands der Wohnung tendenziell dazu führen, nicht für einen eventuell möglichen Wechsel zum Wohngeld zu optieren. Ob und inwieweit sich die soeben genannte CO₂-Heizkostenpauschale hier auswirken wird, bleibt abzuwarten (dazu weiter unten).

2. Grundsicherung für Arbeitssuchende (SGB II) und ihre Energierrelevanz

Die Ausführungen im Folgenden konzentrieren sich auf die Bestimmungen zu den SGB II-Leistungen, sie gelten jedoch für den Sozialhilfereich weitgehend entsprechend. Soweit etwaige Abweichungen für den Bereich des SGB XII wichtig werden, wird im Kontext darauf hingewiesen.

Im Recht der Grundsicherung für Arbeitssuchende finden sich, wie bereits kurz angesprochen, verschiedene Leistungsbestandteile, die mit energierelevanten Kosten

der Leistungsempfänger/-innen korrespondieren. Es geht um die Kosten für Unterkunft und Heizung, um den Mehrbedarf bei Energiekosten für dezentrale Warmwasserversorgung, um die Haushaltsenergiekosten als Bestandteil des Regelbedarfs und um die Kosten für die Erst- oder Ersatzanschaffung von Haushaltsgeräten. Schließlich sind auch die Regelungen zur Schuldenübernahme bei Zahlungsrückständen eines Leistungsberechtigten in den Blick zu nehmen, weil es dabei nicht selten um Energielieferungsschulden geht.

a) Kosten der Unterkunft und Heizung

Kosten für Unterkunft und Heizung werden in Höhe der tatsächlichen Aufwendungen anerkannt, soweit diese angemessen sind (§ 22 Abs. 1 S. 1 SGB II). Berücksichtigt werden dabei grundsätzlich folgende Bereiche: Miete; Betriebskosten; Kosten der Reparatur der Wohnung; Kosten der Schönheitsreparaturen; Kosten für einen erforderlichen Umzug; Kosten für eine Kautions- oder einen Genossenschaftsanteil; Kosten der Beheizung und der Warmwasserbereitung. Keine Unterkunfts-kosten sind solche Bedarfe, die bereits von dem Regelbedarf oder besonderen Mehrbedarfsregelungen umfasst sind. Hierzu zählen insbesondere die Haushaltsenergie und die Kosten für die Aufbereitung von Warmwasser bei dezentraler Versorgung (§ 21 Abs. 7 SGB II).

Erfasst werden auch KdU bei selbst genutztem Wohneigentum. Hierbei geht es um die tatsächlichen Aufwendungen für Wohneigentum iSd. § 12 Abs. 3 Nr. 4 SGB II bis zur Höhe der angemessenen Kosten für eine Mietwohnung.²² Anhaltspunkte dazu, welche Aufwendungen dabei berücksichtigt werden können, entnimmt das BSG unter anderem den Kosten, die § 7 Abs. 2 Durchführungsverordnung zu § 82 SGB XII zur Erfassung von berücksichtigungsfähigen Mieteinnahmen nennt.²³ Diese umfassen etwa Schuldzinsen und dauernde Lasten; Steuern vom Grundbesitz; sonstige öffentliche Abgaben und Versicherungsbeiträge; Leistungen auf Hypothekengewinnabgabe oder Kreditgewinnabgabe iSd. § 211 Abs. 1 Nr. 2 Lastenausgleichsgesetz und den Erhaltungsaufwand. Kosten des Betriebs der Heizungsanlage sind separat als Teil der Heizkosten zu berücksichtigen.²⁴ Nach § 22 Abs. 2 SGB II

22 BSG, 15.4.2008 – B 14/7b AS 34/06 R – BSGE 100, 186–196.

23 BSG, 24.2.2011 – B 14 AS 61/10 R – SozR 4–4200 § 22 Nr. 44.

24 BSG, 7.7.2011 – B 14 AS 51/10 R – juris.

gelten als anzuerkennender Bedarf auch unabweisbare Aufwendungen für Instandhaltung und Reparatur des selbstgenutzten Wohneigentums. Unabweisbarkeit idS. ist aber nur anzunehmen, wenn ansonsten Baufälligkeit oder Unbewohnbarkeit drohen würde und die Arbeiten unaufschiebbar sind.²⁵ Reparaturen zu einer – auch energetischen – Verbesserung des Wohnstandards werden nicht anerkannt. Die Bildung einer Investitionsrücklage ist ebenfalls nicht berücksichtigungsfähig²⁶, es sei denn, es besteht eine entsprechende vertragliche Verpflichtung innerhalb einer Wohnungseigentümergeinschaft²⁷.

Der Begriff der Angemessenheit ist ein unbestimmter Rechtsbegriff, der gerichtlich voll überprüfbar ist.²⁸ Dabei sind bisher die Angemessenheit der Unterkunftskosten (Grundmiete, kalte Betriebskosten) und die Angemessenheit der Heizkosten getrennt festzustellen, weil das BSG der Auffassung ist, ein abstrakt angemessener Wert für die Heizkosten pro Quadratmeter lasse sich nicht nachvollziehbar ermitteln.²⁹

Mit § 22 Abs. 10 SGB II (idF. des 9. SGB II-ÄndG, in Kraft seit 1. Januar 2016, BGBl. 2016 I, S. 1824, 2718) ist allerdings eine Neuregelung eingeführt worden, die es dem Leistungsträger zukünftig erlaubt, zur Beurteilung der Angemessenheit der Kosten für Unterkunft und Heizung auch eine Gesamtangemessenheitsgrenze (Bruttowarmmiete) zu bilden. Hierauf wird weiter unten im Einzelnen eingegangen. Zum besseren Verständnis wird jedoch zunächst die bisherige Praxis der getrennten Angemessenheitsfeststellungen erläutert.

Die Angemessenheit der Unterkunftsbedarfe ist nach den Vorgaben der Rechtsprechung in einem nachvollziehbar gestuften Verfahren zu ermitteln. Zunächst sind für die abstrakt angemessenen Kosten die angemessene Wohnungsgröße und der maßgebliche örtliche Vergleichsraum zu ermitteln. Angemessen ist eine Wohnung, wenn sie nach Ausstattung, Lage und Bausubstanz einfachen und grundlegenden Bedürfnissen entspricht und keinen gehobenen Wohnstandard aufweist.³⁰ Die Wohnung muss danach im unteren Segment der nach der Größe in Betracht kommenden Wohnungen in dem jeweiligen räumlichen Bezirk liegen. Ohne hier auf Einzelheiten eingehen zu müssen, wird auf dieser Grundlage sodann eine Referenzmiete bestimmt, die nach der so genannten »Produkttheorie«³¹ zu errechnen ist.³² Hiernach ist die Referenzmiete das Produkt aus der abstrakt angemessenen Quadratmeterzahl und dem abstrakt angemessenen Qua-

dratmeterpreis für einen einfachen Wohnungsstandard mit im unteren Segment liegenden Ausstattungsgrad. Die Höhe der Vergleichsmiete muss sich an den Bedingungen des regionalen Wohnungsmarkts (Vergleichsraum) ausrichten und nach einem »schlüssigen Konzept« ermittelt sein. Diese Berechnungsmethode lässt dem/der Leistungsempfänger/-in die Wahl, zu Gunsten oder zu Lasten eines Kriteriums (zB. Wohnungsgröße) abzuweichen, wenn er dies bei dem anderen Kriterium (zB. Mietpreis) ausgleicht. Entscheidend ist allein die ermittelte Gesamtsumme.

Ist die abstrakt ermittelte Referenzmiete überschritten, wird nach § 22 Abs. 1 S. 3 SGB II eine konkret-individuelle Prüfung notwendig, bei der es darauf ankommt, ob Besonderheiten in den Lebensumständen des Leistungsempfängers gegeben sind, die einen höheren Bedarf legitimieren. Ein solcher ergibt sich, wenn dem Leistungsberechtigten eine Kostensenkung, unter Umständen auch in Form des Umzugs, subjektiv nicht zumutbar oder objektiv nicht möglich ist.

Auch der Anspruch auf Berücksichtigung der Aufwendungen für die Heizung als Bedarf besteht nach § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II grundsätzlich in Höhe der jeweils geltend gemachten Aufwendungen, unterliegt jedoch ebenso dem Kriterium der Angemessenheit. Die Angemessenheitsprüfung der Heizkosten hat nach bisher ständiger Rechtsprechung grundsätzlich getrennt von der Prüfung der Angemessenheit der Unterkunftskosten zu erfolgen (zu den Neuerungen des § 22 Abs. 10 SGB II idF. des 9. SGB II-ÄndG sogleich).³³

Ausgangspunkt zur Bestimmung der Angemessenheit der Heizkosten ist jedoch anders als bei den Unterkunftskosten keine abstrakte Angemessenheitsgrenze, sondern anzulegen ist ein konkret-individueller Maßstab. Die

25 *Susnjär*, in: Hohm (Hrsg.), *Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch Zweites Buch*, 66. EL, München 2020 (im Folgenden: GK SGB II), § 22 Rn. 243.

26 BSG, 3.3.2009 – B 4 AS 38/08 R – SozR 4–4200 § 22 Nr. 17.

27 Sächs. LSG, 26.11.2009 – L 7 AS 219/08 – juris.

28 BSG, 19.10.2010 – B 14 AS 2/10 R – juris.

29 BSG, 2.7.2009 – B 14 AS 36/08 – BSGE 104, 41–48.

30 BSG, 22.8.2012 – B 14 AS 13/12 R – SozR 4–4200 § 22 Nr. 64.

31 Vgl. ausführlich dazu *Susnjär*, GK SGB II (Fn. 25), § 22 Rn. 84 ff.

32 Vgl. BSG, 20.8.2009 – B 14 AS 41/08 R – NZS 2010, 149; BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 18/09 R – BSGE 104, 192–199.

33 BSG, 22.9.2009 – B 4 AS 08/09 R – BSGE 104, 192–199.

zuverlässige Bestimmung eines abstrakten Wertes für die Heizkosten ist kaum möglich, weil neben dem individuellen Heizverhalten sehr vielfältige weitere Faktoren den Verbrauch bestimmen, die nicht verallgemeinerungsfähig sind und sich nicht als »typischerweise« ermitteln lassen (Art der Beheizung, technischer Zustand der Heizungsanlage, Lage der Wohnung im Gebäude, Qualität der Wärmedämmung, klimatische Bedingungen, Preisentwicklung der Brennstoffe, Verweildauer in der Wohnung etc.).

Dennoch geht die Rechtsprechung des BSG aus Gründen der praktischen Handhabbarkeit und zur Verfahrenserleichterung von einer indiziellen Grenzwertbestimmung aus. Danach wird für den Regelfall einer mit Öl, Erdgas oder Fernwärme beheizten Wohnung auf den von der co2online-GmbH in Kooperation mit dem Deutschen Mieterbund erstellten und durch das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit geförderten jeweiligen Kommunalen Heizspiegel, hilfsweise den Bundesweiten Heizspiegel rekuriert.³⁴

Die Heizspiegel unterscheiden hinsichtlich des Energieverbrauchs zwischen den Kategorien niedrig, mittel, erhöht und zu hoch. Den maßgeblichen indiziellen Grenzwert der Angemessenheit bildet danach das Produkt aus der für den Haushalt des Leistungsberechtigten abstrakt angemessenen Wohnfläche und dem Wert ab, ab dem, bezogen auf den jeweiligen Energieträger und die Größe der Wohnanlage, die Werte »zu hoher« Heizkosten überschritten werden.³⁵ Dann bestehe Anlass für die Annahme, dass diese Kosten unangemessen hoch iSd. § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II sind. Dies wird damit begründet, dass diese Grenze bereits unwirtschaftliches und tendenziell unökologisches Heizverhalten berücksichtigt und darüberhinausgehende Heizkosten prima facie aus einem Verbrauch herrührten, der dem allgemeinen Heizverhalten in der Bevölkerung nicht mehr entspricht. Der Grenzwert auf Grundlage der Verbrauchskategorie »zu hoch« trage zudem dem Gesichtspunkt Rechnung, dass die Heizkosten im Einzelfall von Faktoren abhängen können, die dem Einfluss des Leistungsberechtigten weitgehend entzogen sind.³⁶

Die Verwendung der Heizspiegel im vorliegenden Zusammenhang ist seit längerem in der Kritik. Selbst die Herausgeberin der Heizspiegel, die co2online GmbH, spricht sich gegen deren Verwendung aus (co2online 2012). Zweck von Heizspiegeln ist es, den Heizenergieverbrauch und die Heizkosten eines Wohngebäudes einzu-

stufen. Die Einordnung eines Wohngebäudes erlaubt aber keine verlässlichen Rückschlüsse auf das Heizverhalten der Bewohner einer Wohnung. Heizspiegel sind zudem nur für zentral beheizte Wohngebäude und nicht für die Einstufung einzeln beheizter Wohnungen (Erdgas, Strom) geeignet. Ebenso kann keine Bewertung der tatsächlichen Heizkosten einer Wohnung erfolgen. Trotz dieser Kritik und einiger einschränkender Judikate³⁷ hält die Rechtsprechung überwiegend dennoch an dem Maßstab fest.

Für die Praxis bedeutet dies: Nur wenn die Heizkosten über dem je nach Energieart maßgeblichen Grenzbetrag »zu hoch« des einschlägigen Heizspiegels liegen, besteht für den Leistungsträger zwingender Anlass, in die Einzelprüfung einzusteigen. Es obliegt in solchen Fällen dann aber dem Leistungsberechtigten, konkrete Gründe darzulegen, warum seine Heizaufwendungen höher liegen, im Einzelfall aber gleichwohl noch als angemessen anzusehen sind.³⁸

Schon vom Ansatz der Grenzwertbildung her sind energetisch nachteilige Bedingungen oder Ausstattungen der Wohnung selbst (Lage der Wohnung im Gebäude, unbeheizte Nachbarwohnungen, mangelnde Dämmung etc.) sowie sonstige externe Gründe (zB. unvorhersehbare Preisausschläge bei Energiekosten, extreme Witterumstände) nicht geeignet, eine Überschreitung der indiziellen Angemessenheitsgrenze im Einzelfall zu rechtfertigen.

In der Praxis der anerkannten Bedarfe wird mithin deutlich, dass dem SGB II energierelevante Impulse bisher fast vollständig fehlen (und wie gesehen, ist ein solcher Befund aktuell ökologisch relevant, und im Rahmen eines Klimaschutzrechtlichen Mengensteuerungssystems wäre er zumindest noch kostenrelevant). So wird das Heizverhalten der Leistungsempfänger/-innen nur insoweit leistungsbegrenzend berücksichtigt als es den durchschnittlich ermittelten Energieverbrauch mehr als extrem überschreitet. Ist hingegen ein hoher Energieverbrauch

34 BSG, 2.7.2009 – B 14 AS 36/08 R – BSGE 104, 41–48; BSG, 16.4.2013 – B 14 AS 28/12 R – SozR 4–4200 § 22 Nr. 67; BSG, 12.6.2013 – B 14 AS 60/12 R – BSGE 114, 1–11.

35 Vgl. ebenda u. LSG Berlin-Brandenburg, 9.4.2014 – L 34 AS 1050/13 – juris, mwN.

36 BSG, 2.7.2009 – B 14 AS 36/08 R – BSGE 104, 41–48.

37 Etwa SG Lüneburg, 16.2.2010 – S 45 AS 34/10 ER – juris; SG Stuttgart, 22.6.2012 – S 18 AS 2968/12 ER – juris.

38 BSG, 19.10.2010 – B 14 AS 15/09 R – juris; BSG, 12.6.2013 – B 14 AS 60/12 R – BSGE 114, 1–11.

durch die Leistungsempfänger/-innen wegen des Zustandes der Wohnung nicht beeinflussbar, so zeigt dies auf der Leistungsebene keine Folgen. Dies ist insofern nicht zu beanstanden, als der/die Leistungsempfänger/-in nicht für den schlechten energetischen Zustand der Wohnung »sanktioniert« werden sollte. Ansetzen könnte gleichwohl eine sozialverträgliche Lösung am energetischen Zustand der Wohnung und an Möglichkeiten für energiebewusstes Alternativverhalten der Leistungsempfänger. Beides würde voraussetzen, KdU-Leistungen als Gesamtunterkunftsbudget zu verstehen, was nicht zwingend zu einer höheren finanziellen Belastung der Kommune führen muss.³⁹ Ob § 22 Abs. 10 SGB II idF. des 9. SGB II-ÄndG insoweit Lösungsmöglichkeiten eröffnet, ist sogleich zu erörtern.

b) Folgeprobleme und Kostensenkungsverfahren

Im vorbeschriebenen Zusammenhang der getrennten Bedarfsermittlung von Wohnungs- und Heizungskosten ergibt sich ein weiteres Problem, wenn die energiepolitisch intendierten Bestimmungen des Mietrechts in die Betrachtung mit einbezogen werden. Die Vorgaben zur Duldung von Maßnahmen der energetischen Modernisierung nach §§ 555b Nr. 1, 555 d Abs. 1 BGB und zur Mieterhöhung nach Modernisierungsmaßnahmen gemäß § 559 BGB können sich bei dem jetzigen Modell der KdU-Berechnung negativ für den/die Leistungsempfänger/-in auswirken. Zieht die energetische Modernisierung eine Mieterhöhung nach sich, die die Angemessenheitsgrenze für den Wohnraum im einschlägigen Vergleichsraum überschreitet⁴⁰, hilft die dadurch bedingte Reduktion der Heizkosten dem Betroffenen bei dem bisherigen Modell der getrennten Berechnung nicht weiter. Eine erhöhte Bruttokaltmiete, welche die Referenzmiete übersteigt, wird dennoch nur bis zur deren Höhe übernommen. Da die gesunkenen Heizkosten in tatsächlichem Umfang erstattet werden, verbleibt die Differenz bei den Unterkunftskosten als Negativsaldo beim Leistungsberechtigten und muss aus dem Regelbedarf gedeckt werden. Leistungsberechtigte der Grundsicherungssysteme werden dadurch tendenziell aus energetisch verbessertem Wohnraum gedrängt⁴¹ (und gerade mit einer Klimaschutzrechtlichen Mengensteuerung würden solche Sanierungen naturgemäß massiv zunehmen).

Die Anwendung der genannten Regelungen kann dann zur Akzeptanz höherer Unterkunftskosten führen, wenn diese zusammen mit den im Einzelfall niedrigeren Heizkosten nicht über den Gesamtbetrag hinausgehen, der für eine

neue Wohnung mit niedrigeren Unterkunfts-, aber idR. höheren – noch angemessenen – Heizkosten zu erstatten wären.⁴² Es geht also um einen Warmmietenvergleich zwischen der aktuell bewohnten Wohnung und einer zumutbaren Alternativwohnung, auf die der/die Leistungsberechtigte ansonsten verwiesen werden könnte. Eine solche Verweisung, und damit auch eine so begründete Mietkostenabsenkung, ist für die Betroffenen in diesen Fällen kaum zumutbar, weil keine öffentlichen Interessen erkennbar sind, die eine solche Belastung legitimieren können.⁴³ Zudem wären auch die vom Leistungsträger zu zahlenden Umzugskosten und Neubezugskosten wegen des mangelnden Einspareffektes unwirtschaftlich iSd. § 22 Abs. 1 S.4 SGB II.⁴⁴ Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert bereits, dass in diesen Fällen von einem Kostensenkungsverfahren mit Umzugsverlangen abgesehen wird. Diese Folge ist nunmehr auch durch den neuen § 22 X SGB II quasi gesetzlich vorgegeben, wenn danach die Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze der KdU ohnehin zulässig ist.

Durch das Anfügen eines Absatzes 10 an § 22 SGB II durch das »Neunte Gesetz zur Änderung des Zweiten Buches Sozialgesetzbuch - Rechtsvereinfachung«⁴⁵ stellt sich der Gesetzgeber der zuvor beschriebenen bisherigen Rechtsprechung des BSG entgegen. Hiernach war die Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze (Bruttowarmmiete) unter Berücksichtigung sowohl des Unterkunfts- als auch des Heizungsbedarfs bei der Prüfung der Angemessenheit der KdU grundsätzlich unzulässig.

Eine solche Gesamtangemessenheitsbildung war bisher nur im Rahmen einer kommunalen Satzung nach § 22b Abs. 1 S.3 SGB II möglich.⁴⁶ Entsprechende Modelle, wie insbesondere die Berliner Wohnaufwendungsverordnung vom 3. April 2012⁴⁷, sind jedoch bisher gescheitert. Zum

39 Anderer Ansicht *Knickrehm*, NZM 2013, 602, 606.

40 Detailliert zur Rechtslage *Knickrehm/Hahn*, in: Eicher/Luik (Hrsg.), SGB II, Grundsicherung für Arbeitsuchende, 3. Aufl., München 2013, S. 604 f.

41 Vgl. in der Konsequenz ebenso *Flatow/Knickrehm*, WuM 2018, 465, 491.

42 Vgl. BSG, 12.6.2013 – B 14 AS 60/12 R – BSGE 114, 1–11; *Knickrehm/Hahn*, in: Eicher/Luik (Fn. 40), S. 606.

43 *Susnjar*, in: GK SGB II (Fn. 25), § 22 Rn. 190.

44 *Luik*, in: Eicher/Luik (Fn. 40), § 22 Rn. 133; *Krauß*, in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB II, Berlin 2020, § 22 Rn. 165.

45 Zur Gesetzesbegründung siehe BT-Drs. 18/8041, S. 41 f.

46 Zu Vor- und Nachteilen vgl. *BMVBS*, Arbeitshilfe zur Bestimmung der Aufwendungen der Unterkunft im Rahmen kommunaler Satzungen, Bonn 2013, S. 26 ff.

47 GVBl 2012, S. 99.

einen stelle die Addition von bruttokalter Angemessenheitsgrenze und der vom BSG als Nichtprüfgrenze ausgewiesenen Heizspiegelkategorie keine zulässige abstrakte Gesamtangemessenheitsgrenze dar.⁴⁸ Zum anderen würden die typisierenden abstrakten Angemessenheitsgrenzen im Hinblick auf atypische Bedarfslagen den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht, »die soziale Wirklichkeit im Hinblick auf den Unterkunftsbedarf zeit- und realitätsgerecht« abzubilden und zugleich mögliche Besonderheiten des Einzelfalles (konkrete Angemessenheit) unter der Vorgabe der Sicherung des Existenzminimums zu berücksichtigen.⁴⁹

Nach einer Untersuchung des Instituts für Energie und Umweltforschung Heidelberg zu Regelungen zur Heizkostenübernahme bei ALG II und Sozialhilfehaushalten lassen sich jedoch auf kommunaler Ebene dennoch unterschiedliche Modelle finden, die zum Teil energiepolitische sinnvolle Komponenten individueller Brutto-Warmmieten-Konzepte enthalten und typisierend auf konkrete Wohncharakteristika abstellen.⁵⁰ So wird zB. die Angemessenheitsgrenze der Bruttokaltmiete abhängig vom Energieeffizienzstandard der Wohnung (Energieausweis) um einen bestimmten Prozentsatz angehoben (vgl. zB. Bielefeld, Bremen, Gießen). Allerdings war bisher die Rechtsgrundlage solcher Modelle für den SGB II-Bereich prekär. Im Gegensatz zum Sozialhilfebereich (§ 35 Abs. 3 u. 4 SGB XII) existiert hier keine direkte Ermächtigung zu abstrakten Regelungen von Angemessenheitsgrenzen für die Leistungsträger, die eventuell auch solche Modelle noch decken könnten; § 22a Abs. 2 S.3 SGB II eröffnet eine entsprechende Möglichkeit nur durch kommunale Satzung nach entsprechender Ermächtigung durch das Land.

Der neu eingeführte § 22 Abs. 10 SGB II bildet für die angesprochene Praxis zukünftig eine mögliche gesetzliche Grundlage. Der Gesetzgeber will mit der Neuregelung erreichen, dass die Leistungsträger ohne die Grundlage einer kommunalen Satzung eine Gesamtrechnung aufmachen können, bei der »höhere Aufwendungen für die Unterkunft durch geringere Aufwendungen für die Heizung ausgeglichen werden können und umgekehrt«.⁵¹

Eine Gesamtangemessenheitsgrenze besteht sonach aus den Summanden »angemessene Aufwendungen für die Unterkunft« und »angemessene Aufwendungen für die Heizung«. Der erste Faktor soll nach wie vor der Rechtsprechung des BSG zum »schlüssigen Konzept« zur abstrakten

Angemessenheit der Unterkunftskosten folgen. Der zweite Faktor soll sich jedoch anders als bisher nicht mehr ausschließlich an den Verhältnissen des Einzelfalles orientieren, sondern ebenfalls abstrakt erfolgen können. Der bisher nur als Indiz einer Unangemessenheit geltende maßgebliche Grenzwert des »Kommunalen Heizspiegels« bzw. des »Bundesweiten Heizspiegels« kann nach dem Willen des Gesetzgebers im Rahmen des § 22 Abs. 10 SGB II als abstrakter Angemessenheitswert bei der Gesamtberechnung herangezogen werden.

Wenn sich mithin die Kosten für Unterkunft und Heizung zusammengenommen in dem Rahmen halten, der durch die abstrakte Unterkunftsangemessenheitsgrenze zusammen mit einer festgelegten Grenze für Heizungskosten bestimmt wird, ist von einer Gesamtangemessenheit auszugehen. Folglich sind in diesen Fällen die Kosten zu erstatten. Solange der Leistungsträger kein eigenes taugliches Verfahren zur verfassungskonformen Bestimmung der Angemessenheit der Heizkosten entwickelt, wird diese Angemessenheit, in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung des BSG, der Kategorie der »zu hohen« Kosten der Heizspiegel zu entnehmen sein.⁵² Im Ergebnis wird diese Kalkulation nach Ansicht des Gesetzgebers grundsätzlich zu einer Begünstigung der Leistungsberechtigten führen, da höhere Gesamtaufwendungen aufgrund des großzügigen Ansatzes für die an den Heizspiegeln orientierten Heizkosten noch als angemessen angesehen werden können. Dies sei aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung gerechtfertigt.⁵³

Mit dieser Neuregelung, die den Leistungsträgern fakultativ eine Gesamtberechnungsmöglichkeit eröffnet, kann den oben angesprochenen Problemen der parzellierten KdU-Berechnung entgegengewirkt werden. Wenn in der Gesetzesbegründung zu § 22 Abs. 10 SGB II unmittelbar auch allein auf den Aspekt der Verwaltungsvereinfachung abgestellt wird, so verfolgt die Regelung doch auch weitere Ziele und Zwecke. So soll nach der Begründung

48 Vgl. BSG, 4.6.2014 – B 14 AS 53/13 R – BSGE 116, 94–112, Rn. 46.

49 BSG, 17.10.2013 – B 14 AS 70/12 R – BSGE 114, 257–273; LSG Berlin-Brandenburg, 25.4.2013 – L 36 AS 2095/12 NK – juris.

50 Eisenmann/Gigli/Schönberger/Münch, Kommunale Regelungen zur Heizkostenübernahme bei Alg-II- und Sozialhilfehaushalten: Bestandsaufnahme, Handlungsmöglichkeiten und Praxishilfen, Heidelberg 2010, S. 12 ff.

51 BT-Drs. 18/8041, S. 41.

52 Vgl. hierzu Groth/Siebel-Huffmann, NJW 2016, 3404, 3407.

53 BT-Drs. 18/8041, S. 42.

der Bund-Länder-AG »Rechtsvereinfachung im SGB II« auch die Flexibilität der Leistungsberechtigten bei der Wohnungssuche erhöht werden, weil bei Maßgeblichkeit der Bruttowarmmiete mehr angemessene Wohnungen zur Verfügung stünden.⁵⁴ Insbesondere taucht die Neuregelung bereits im »Aktionsprogramm Klimaschutz 2020« der Bundesregierung auf. Schon danach sollte im Rahmen der geplanten Rechtsvereinfachung im SGB II und SGB XII eine Ergänzung geprüft werden, wonach die Angemessenheit der Unterkunfts- und Heizungskosten in einem Gesamtkonzept festgelegt werden darf, um Grundsicherungsempfängern/-innen besser die Anmietung energetisch sanierten Wohnraums zu ermöglichen.⁵⁵

Die damit zugelassene Bildung einer Gesamtangemessenheitsgrenze greift zugunsten des Leistungsempfängers auch im Fall einer schlechten Energiebilanz, wenn nur die Kaltmiete niedrig genug ist.⁵⁶ Zudem stellt sich grundsätzlich die Frage, ob es sinnvoll ist, die Werte der rechten Spalte der Heizkostenspiegel (»zu hohe Energiekosten«) als zulässigen abstrakten Faktor in die Kalkulation einzustellen. Ganz abgesehen davon kann diese Lösung die zu erbringenden KdU-Leistung kurzfristig durchaus ansteigen lassen⁵⁷ und auch das Mietniveau jedenfalls insgesamt negativ beeinflussen.⁵⁸ Dies könnte ein Gesichtspunkt für die Kommunen sein, gerade nicht für das Konzept einer Gesamtangemessenheitsgrenze zu optieren, womit es bei den alten, oben beschriebenen Problemen bliebe. In einem Forschungsprojekt hat sich das Institut Wohnen und Umwelt mit der Frage zu einem klareren Konzept der »Ermittlung der existenzsichernden Bedarfe für die Kosten der Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII)« befasst.⁵⁹ Dort wird favorisiert, die Heizkosten im Rahmen einer Gesamtangemessenheitsgrenze rechnerisch als den Wert zu berücksichtigen, der sich als Mittelwert der warmen Nebenkosten aus den regionalen SGB II-Daten ergibt.⁶⁰

3. Kosten für dezentrale Warmwasserbereitung

Nach gesetzgeberischen Korrekturen⁶¹ in Reaktion auf Vorgaben des BVerfG fallen die Kosten für die zentrale Warmwasserzubereitung seit 2011 unter die Aufwendungen für Unterkunft und Heizung gemäß § 22 Abs. 1 SGB II. Die Kosten für eine dezentrale Warmwasseraufbereitung

durch einen Boiler oder eine Therme werden als Mehrbedarf nach § 21 Abs. 7 SGB II erfasst. Im Recht der Sozialhilfeleistungen sind die Anteile der Haushaltsenergie, die zur Erzeugung von Warmwasser notwendig sind, bei einer zentralen Aufbereitung gemäß § 35 Abs. 4 SGB XII Bestandteil der KdU und bei einer dezentralen Warmwasseraufbereitung als Mehrbedarf gemäß § 30 Abs. 7 SGB XII zu berücksichtigen.

Soweit die Kosten für die Warmwasserbereitung bei zentraler Versorgung in den Kosten der Heizung mitenthalten sind, wird eine gesonderte Angemessenheitsprüfung nicht durchgeführt. Eine nach einzelnen Verbrauchsposten getrennte Ermittlung ist auch technisch meist nicht machbar.

Nach der bis 2011 geltenden Rechtslage waren die Warmwasserkosten noch im Regelbedarf enthalten. In diesem Zusammenhang hatte das BSG unter Bezugnahme auf eine Empfehlung des Deutschen Vereins aus dem Jahr 1991 die Kosten der Warmwasserbereitung auf 30 % der in den Regelleistungen für Energiekosten veranschlagten Kosten angesetzt, wenn die Kosten für die Warmwasserbereitung nicht separat ermittelt werden können. Dieser Grundsatz wurde bis Ende 2010 im Rahmen des § 22 Abs. 1 S. 1 SGB II so angewendet, dass 30 % der zu übernehmenden Heizkosten abgezogen wurden, da diese Kosten zur Warmwasserbereitung bereits durch die Regelleistungen gedeckt waren.

Anscheinend hat sich der Gesetzgeber bei den Mehrbedarfspauschalen des § 21 Abs. 7 SGB II für die Kosten der Warmwasserzubereitung bei dezentraler Versorgung an diese 30 %-Marke gehalten. Die Staffelung der dazu angegebenen Prozentsätze je nach Alter des Leistungsempfängers entspricht annähernd den 30 % des Regelleis-

54 Bericht der AG Rechtsvereinfachung im SGB II v. 2.7.2014, S. 5.

55 Bundesregierung, Aktionsprogramm Klimaschutz, Berlin 2014, S. 42.

56 Ebenfalls zur Ambivalenz der Regelung unter Klimagesichtspunkten *Flatow/Knickrehm*, WuM 2018, 465, 491.

57 BMVBS (Fn. 46), S. 27.

58 *Knickrehm/Hahn*, in: Eicher/Luik (Fn. 40), S. 605; vgl. bereits BMVBS/BBSR/BBR, Kosten der Unterkunft und die Wohnungsmärkte, Berlin/Bonn 2009, S. 104.

59 IWU, Ermittlung der existenzsichernden Bedarfe für die Kosten der Unterkunft und Heizung in der Grundsicherung für Arbeitsuchende nach dem Zweiten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II) und in der Sozialhilfe nach dem Zwölften Buch Sozialgesetzbuch (SGB XII), BMAS Forschungsbericht 478, Berlin 2017.

60 IWU (Fn. 59), S. 249 ff.

61 RBEG u. SGB II, SGB XII ÄndG, BGBl 2011 I, S. 453.

tungsanteils für Haushaltsenergie.⁶² Der Mehrbedarf wird je nach Lebensalter des Leistungsempfängers zwischen 0,8 und 2,3 % des jeweils geltenden Regelbedarfs pauschaliert.

§ 21 Abs. 7 S. 2. 2. Hs. 1. Alt. SGB II enthält eine Öffnungsklausel, die ein Abweichen von den normierten Prozentsätzen zulässt, soweit im Einzelfall ein abweichender Bedarf besteht.⁶³ Die Pauschalprozentsätze zeigen sich vor diesem Hintergrund als Instrument der Vereinfachung, wenn der genaue Verbrauch an Energie zur Warmwasserbereitung nicht ermittelt werden kann. Sie stellen jedoch keine gesetzlich normierte Angemessenheitsgrenze für den Mehrbedarf dar. Dies kann aus Gründen der Gleichbehandlung auch nicht anders sein. Denn für die Kosten für zentrale Warmwasserbereitung im Anwendungsbereich des § 22 Abs. 1 SGB II gilt ein konkret-individueller Maßstab, der einer Pauschalisierung entgegensteht. Eine feste Grenzziehung bei der Angemessenheit des § 21 Abs. 7 SGB II würde daher zu einer Ungleichbehandlung zwischen Leistungsempfängern mit zentraler und solchen mit dezentraler Warmwasserbereitung führen.⁶⁴

Dennoch werfen die Pauschalprozentsätze in § 21 Abs. 7 SGB II verfassungsrechtlich Fragen auf. Einmal führt es bereits zu einer Ungleichbehandlung, dass eine über der Pauschale liegende Kostenlast vom Leistungsberechtigten besonders begründet und dargelegt werden muss. Zur Darlegung eines im Einzelfall erhöhten Bedarfs muss der Leistungsempfänger nach den fachlichen Anweisungen der Bundesagentur für Arbeit zu § 21 SGB II (Stand 20. Dezember 2018, S. 14) eine aufgeschlüsselte Abrechnung vorlegen, was sich oftmals sehr schwierig gestaltet. Zum anderen sind die Prozentsätze in ihrer Entstehungsgeschichte eher geschätzt und nicht transparent dargestellt, was nicht den vom BVerfG⁶⁵ angenommenen Anforderungen entspricht.

4. Energierrelevante Bestandteile des Regelbedarfs – Anschaffung von Haushaltsgeräten

Energie- und klimarelevant sind neben den KdU vor allem die Bestandteile des pauschalierten Regelbedarfs iSd. § 20 SGB II zu den Bedarfsgruppen »Wohnen, Energie, Wohninstandhaltung« und »Innenausstattung, Haushaltsgeräte und -gegenstände«.

a) Haushaltsenergie

Die nachfolgend wiedergegebenen Bedarfswerte für diese Gruppen werden auf Grundlage der Einkommens- und Verbrauchsstichprobe (EVS) 2018 zur Regelbedarfsbestimmung angesetzt. Dazu werden die für 2018 ermittelten Werte entsprechend der Regelung des § 28a SGB XII mit einer jährlich zu ermittelnden Veränderungsrate auf Basis des Mischindex fortgeschrieben (§ 7 Abs. 1 RBEG 2021)⁶⁶. Bei Familienhaushalten erfolgt die Bestimmung der Werte auf einzelne Familienmitglieder je nach Altersstufe ausgehend von den Erhebungsergebnissen aufgrund normativer Bewertungen.

Haushaltsenergie – außer derjenigen zur Warmwasserbereitung – ist also mit den genannten Anteilen im Regelbedarf enthalten. Grundlage für die Regelbedarfsermittlung sind die durch die EVS 2018 ermittelten tatsächlichen Verbrauchsausgaben unterer Einkommensgruppen. Dem Regelbedarf liegen die regelbedarfsrelevanten durchschnittlichen Verbrauchsausgaben von Ein-Personen- und Familienhaushalten zugrunde. Rechtsgrundlage hierfür ist das Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz (RBEG), durch das nach den Vorgaben des § 28 SGB XII die Regelbedarfsstufen ermittelt wurden. Die Regelbedarfsstufen werden in den Zeiträumen zwischen den EVS jeweils zum 1. Januar eines Jahres in der Regel nach § 28a SGB XII iVm. der Verordnung nach § 40 S. 1 Nr. 1 SGB XII (Regelbedarfsstufen-Fortschreibungsverordnung) fortgeschrieben.

Preissteigerungen werden bei der Festsetzung des Regelbedarfs jährlich berücksichtigt, die Anpassung erfolgt damit zeitverzögert um ein Jahr und nach einem Mischindex, der sich aus dem regelbedarfsrelevanten Preisindex (70 %) und der Steigerung der Nettolöhne und -gehälter (30 %) zusammensetzt (§ 28a Abs. 2 SGB XII). Der regelbedarfsrelevante Preisindex fließt also nur teilweise in die Fortschreibung ein.

Relevante Einsparpotentiale entweder durch entsprechendes Marktverhalten (einem Anbieterwechsel stehen oft Schufa-Einträge entgegen) oder insbesondere durch energiesparendes Verhalten sind den Leistungsempfän-

62 LSG NRW, 28.5.2013 – L 9 AS 541/13 B – juris.

63 Die höheren Bedarfe müssen tatsächlich anfallen und dürfen nicht unangemessen sein; auf besondere Gründe kommt es nicht an, vgl. auch *Schifferdecker*, NZS 2018, 509.

64 LSG NRW, 28.5.2013 – L 9 AS 541/13 B – juris.

65 BVerfG, 9.2.2010 – BvL 1/09 – BVerfGE 125, 175–260.

66 Hierzu erläuternd BT-Drs. 19/22750.

gern/-innen kaum eröffnet. Vielmehr zeigt sich die mangelnde Ausnutzbarkeit von Energiesparpotentialen als strukturelles Problem. Die insofern grundsätzlich denkbaren Variablen (Art der Verbrauchsgeräte) sind in der Regel nicht beeinflussbar. Zwar kann auch sparsames Nutzungsverhalten die Energiekosten reduzieren, doch liegen die maßgeblichen Potenziale meist dort, wo Einsparungen zunächst Investitionen verlangen (Austausch des Kühlschranks, der Waschmaschine etc.). SGB II/SGB XII-Haushalte können daher signifikante Verbrauchseinsparungen kaum erschließen.⁶⁷

Nach Auswertung des Caritas-Verbandes zeigt sich das Energieverbrauchsverhalten nicht als überdurchschnittlich, wenn auch durchaus optimierbar.⁶⁸ Wenn etwa für 2015 eine Diskrepanz von durchschnittlich fast 20 % zwischen dem annäherungsweise bestimmten Regelbedarfsanteil für Haushaltsenergie und den tatsächlichen Energiekosten festgestellt wird,⁶⁹ trägt dies sicher nicht zur Akzeptanzerhöhung der Energiewende bei. Auch eine Analyse des Zentrums für europäische Wirtschaftsforschung⁷⁰ kommt zu dem Ergebnis, dass die Kosten für Haushaltsenergie in den Ansätzen des Regelbedarfs fast durchgehend nicht hinreichend abgebildet sind.

Nach verschiedenen Berechnungsmodellen kommt die Studie zu dem Ergebnis, dass je nach Haushaltstyp eine Lücke zwischen 1,4 und 2,7 % des Regelbedarfs besteht.⁷¹ Zwar gehen diese Studien noch von den auf Grundlage des EVS 2008 fortgeschriebenen Daten aus, dennoch liegen die ermittelten Kosten für die Durchschnittsverbräuche der SGB II/XII-Haushalte auch signifikant über den oben beschriebenen aktuellen Regelbedarfsansätzen für Haushaltsenergie. Fakt ist, dass sich der Strompreis für private Haushalte in Deutschland von ca. 14 ct/kWh im Jahr 2000 auf 31,37 ct/kWh im Jahr 2020 erhöht hat.⁷²

Es geht hier nicht darum, einen möglichen Verstoß gegen die Pflicht zur Gewährleistung des Existenzminimums aufzuzeigen; das BVerfG hat die Höhe des Regelbedarfs auch in Ansehung der stark gestiegenen Strompreise als noch mit der Verfassung vereinbar angesehen⁷³. Es ist jedoch zu beachten, dass sich der Gesetzgeber hier sicher in einem Grenzbereich befindet und die gerichtliche Feststellung, dass die Gesamtpauschale des Regelbedarfs nicht evident zu niedrig bemessen ist, ändert nichts an der Tatsache, dass ein Großteil der Leistungsempfänger⁷⁴ mit dem in der Regelbedarfsberechnung angesetzten Kostenrahmen für Haushaltsenergie nicht auskommt.

b) Darlehensansprüche bei Energieschulden und besonderer Mehrbedarf

In den Fällen einer Unterdeckung des Bedarfs für Haushaltsenergie zeigen sich leistungsrechtliche Weiterungen. In der Praxis kommt es immer häufiger zu Zahlungsrückständen bei den Energieversorgungsunternehmen; der Anstieg angedrohter und umgesetzter Stromsperren nach §§ 19, 21 StromGVV findet jedenfalls zum Teil auch hier seine Ursache. In einer solchen Situation kann ein Darlehensanspruch nach § 22 Abs. 8 SGB II, § 36 Abs. 1 SGB XII in Betracht kommen.

Die genannten Bestimmungen stellen die Übernahme von Energie- und Stromschulden in das Ermessen des Leistungsträgers, wenn ansonsten der Verbleib in der Unterkunft gefährdet ist oder es – wie insbesondere bei Sperrung der Energie- oder Stromversorgung – um die Behebung einer vergleichbaren Notlage geht. Geht es demgegenüber nicht um eine derart dringende Notsituation, sondern darum, dass aktuell ein vom Regelbedarf umfasster unabweisbarer Bedarf im Einzelfall nicht gedeckt werden kann, so kommt eine Darlehensgewährung nach § 24 Abs. 1 SGB II bzw. § 37 Abs. 1 SGB XII in Betracht.

Prämisse ist, dass grundsätzlich davon ausgegangen wird, dass die erforderlichen Kosten aus dem Regelbedarf zu bestreiten sind und die aufgelaufenen Schulden in den Verantwortungsbereich des/der Leistungsempfängers/-empfängerin fallen. Vom Leistungsempfänger wird verlangt, dass er zunächst seinen Vermögensgrundfreibetrag aufbraucht und sodann das Darlehen in monatlichen

67 Gawe/Korte/Tews, Energiewende im Wunderland: Mythen zur Sozialverträglichkeit der Förderung erneuerbarer Energien durch das EEG, Leipzig 2015, S. 14 ff., die allerdings KdU und Kosten für Haushaltsstrom unrichtig zusammen behandeln und offenbar auch erstere – unzutreffend – der Regelbedarfsversorgung zuordnen.

68 Sans/Schäferbarthold, Stromspar-Check Plus beugt Energiearmut vor, 2013, abrufbar unter: <https://www.caritas.de/neue-caritas/heftarchiv/jahrgang2013/artikel/stromspar-check-plus-beugt-energiearmut-> (11.11.2021).

69 DCV, Position des Deutschen Caritasverbandes zur Bekämpfung von Energiearmut, Freiburg 2015.

70 Aigeltinger/Heindl/Liessem ua., Zum Stromkonsum von Haushalten in Grundsicherung. Eine empirische Analyse für Deutschland, Mannheim 2015.

71 Aigeltinger/Heindl/Liessem ua., Zum Stromkonsum von Haushalten in Grundsicherung (Fn. 70), Tabelle 7.

72 BDEW, BDE, Strompreisanalyse. Haushalte und Industrie, Berlin 2020, S. 2.

73 BVerfG, 23.7.2014 – 1 BvL 10/12 – BVerfGE 137, 34–103, Rn 111.

74 Singlehaushalte ca. 60 %, Alleinerziehende ca. 70 %; vgl. Aigeltinger/Heindl/Liessem ua., Zum Stromkonsum von Haushalten in Grundsicherung (Fn. 70), Tabelle 7.

Raten in Höhe von 10 % des Regelbedarfs durch Aufrechnung mit dem Regelbedarfsanspruch zurückzahlt. Dies zehrt wiederum den im Regelbedarf konzeptionell enthaltenen Ansparbetrag für einmalige Anschaffungen auf. Somit kann es bei etwaig notwendigen Geräteanschaffungen zu neuen Darlehen und damit zur Kontinuität des verminderten Regelbedarfsanspruchs kommen, da kein Vermögen mehr vorhanden ist.⁷⁵

Für den Bereich des SGB XII ermöglicht dessen § 36 Abs. 1 auch eine Schuldenübernahme in Form der Beihilfe; in der Praxis wird dies jedoch dann in der Regel nicht in Betracht gezogen, wenn und soweit noch einzusetzendes Schonvermögen vorhanden ist. Wird zur Schuldenübernahme ein Darlehen gewährt, kann der Sozialhilfeträger die Schuld mit den laufenden Leistungen bis zur Grenze des zum Leben Unerlässlichen aufrechnen, wenn mit der Gewährung ein Bedarf gedeckt wird, für den bereits zuvor Leistungen erbracht worden sind (§ 26 Abs. 3 SGB XII). Ist dies nicht der Fall, sind die Rückzahlungsregeln im Darlehensvertrag zu vereinbaren, wobei § 37 Abs. 4 SGB XII eine Orientierung gibt. Sozialleistungsimmanent könnte ferner überlegt werden, ob angesichts feststellbarer Unterdeckung der Energiekosten bei einem Teil der Leistungsempfänger ein Rückgriff auf § 21 Abs. 6 SGB II in Betracht kommen kann, was eine Zuschussgewährung ermöglichen würde.

Die Einführung der besonderen Mehrbedarfsregelung beruhte auf der Entscheidung des BVerfG vom 9. Februar 2010⁷⁶, die aus Gründen der Sicherung des Existenzminimums eine Systemergänzung bei nicht nur einmaligen besonderen Bedarfslagen verlangt, weil das Konzept des Regelbedarfs nur den durchschnittlichen Bedarf im Auge hat.⁷⁷ Voraussetzungen des Anspruchs auf Mehrbedarf ist ein atypischer, unabweisbarer, laufender und nicht durch Einsparungen finanzierbarer Bedarf. Erfasst werden damit grundsätzlich nicht nur Bedarfe, die von den Regelleistungen gar nicht abgedeckt sind, sondern auch Bedarfe, die zwar in den Regelleistungen abgebildet werden, bei denen sich aber aufgrund von Sondersituationen individuell ein überdurchschnittlicher Bedarf ergibt.⁷⁸

Ob diese Bestimmung, wie in der Literatur diskutiert, auf möglicherweise kontinuierlich unterdeckte Haushaltsenergiekosten anwendbar ist, erscheint fraglich. Im Visier hatte das Urteil individuelle Sondersituationen. Anwendungsfälle, die die Härteklausele des § 21 Abs. 6 SGB II im Blick hat, sind etwa dauerhaft benö-

tigte Hygienemittel bei bestimmten Erkrankungen (HIV, Neurodermitis) oder Kosten einer Haushaltshilfe für Rollstuhlfahrer/-innen.⁷⁹ Vor diesem Hintergrund fiele eine strukturelle Unterdeckung der Stromkosten für Haushaltsenergie nicht in den Anwendungsbereich des § 21 Abs. 6 SGB II. Sie bezieht sich nicht auf einen atypischen individuellen Bedarf, sondern fordert vom Gesetzgeber vielmehr eine realitätsgerechte Anpassung des Regelbedarfs.

Für den Bereich der Sozialhilfe (und so auch für die Grundsicherung im Alter und bei Erwerbsminderung) enthält § 27a Abs. 4 S. 1 Nr. 2 SGB XII eine etwas weitere Öffnungsklausel. Hiernach wird der individuelle Bedarf im Einzelfall abweichend festgelegt, wenn dieser ganz oder teilweise unabweisbar erheblich von einem durchschnittlichen Bedarf abweicht. Eine Abweichung zugunsten des/der Hilfeempfängers/-empfängerin kommt mithin im Wesentlichen unter den gleichen Bedingungen wie im SGB II-Bereich in Betracht.

Auch hier wird klar, dass es um atypische Einzelfälle gehen muss. Die Gesetzesmaterialien zum SGB XII stellen beispielhaft auf die Notwendigkeit von Über- oder Untergrößen⁸⁰ oder auf die Erforderlichkeit alternativer Verhütungsmittel, wie etwa bei Pillenunverträglichkeit⁸¹, ab. Zwar wird angenommen, dass von einer »erheblichen Abweichung« bei einer atypischen Fallgestaltung immer dann auszugehen ist, wenn es den Hilfeempfänger/-innen nach Billigkeitsgrundsätzen nicht zugemutet werden kann, den höheren Bedarf durch den Regelsatz zu decken. Dies ergibt sich im atypischen Fall daraus, dass der Bedarf außerhalb üblicher Schwankungen liegt und der Regelbe-

75 *Armborst*, info also 2006, 58, 60.

76 BVerfG, 9.2.2010 – 1 BvL 1/09 – BVerfGE 125, 175–260.

77 Hierzu ausführlich *Susnjar/Greiser*, DVBl 2018, 1329 ff.; *Greiser/Susnjar*, ZFSH 2018, 256; zur Rezeption der Dogmatik des Existenzminimums anlässlich dieses Urteils in der Literatur beispielhaft *Merold*, Freiheit durch den Staat, Hamburg 2016, 273, 338; *Aubel*, in: Emmenegger/Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd. 2, München 2011, S. 272, 280; *Berlit*, info also 2013, 195, 197; *Burkiczak*, SGB 2012, 324, 325; *Kingreen*, NVwZ 2010, 558; kritisch dazu, dass die Judikatur demgegenüber beim Recht auf Leben und Gesundheit im Umweltschutz selbst auf einen bloßen Durchschnittsmenschen abstellt *Böhm*, Der Normmensch, Tübingen 1996.

78 BSG, 23.3.2010 – B 14 AS 81/08 R – SozR 4–4200 § 20 Nr. 8.

79 Überblick zur Rechtsprechung bei *Knickrehm/Hahn*, in: Eicher/Luik (Fn. 40), Rn. 73 f.

80 BT-Drs. 15/1514, S. 59; vgl. auch LSG Berlin-Brandenburg, 14.4.2011 – L 15 SO 41/11 – juris.

81 BT-Drs. 17/3982, S. 4.

darf deshalb das nach Abwägung mit anderen verfassungsrechtlichen Belangen festgestellte soziokulturelle Existenzminimum nicht mehr effektiv gewährleisten kann.⁸² Allerdings soll es schon an der erforderlichen Atypik fehlen, wenn der Gesetzgeber entsprechende Aufwendungen des Sozialhilfeempfängers ausdrücklich mit dem Regelsatz abgegolten wissen will.⁸³ Da dies hinsichtlich der Haushaltsenergie der Fall ist, sind wohl im Hinblick auf eventuell unterdeckte Stromkosten auch im SGB XII-Bereich keine entsprechenden Ansprüche auf Mehrbedarf zu reklamieren.

Hier hilft deshalb auch § 73 SGB XII nicht weiter. Diese – grundsätzlich subsidiär auch für den SGB II-Bereich geltende – Auffangklausel, wonach Leistungen »auch in sonstigen Lebenslagen erbracht werden, wenn sie den Einsatz öffentlicher Mittel rechtfertigen«, kann dann nicht herangezogen werden, wenn es um unzureichende Bedarfe geht, die jedoch dem Grunde nach von der Regelleistung erfasst sind.⁸⁴

c) Erst- und Ersatzanschaffungen von Haushaltsgeräten

Gemäß § 24 Abs. 3 SGB II stehen ALG II-Beziehern Leistungen für die »Erstausrüstung einer Wohnung einschließlich Haushaltsgeräten« als atypische Sonderleistungen zu. Diese Leistungen sind – im Gegensatz zur Ersatzbeschaffung von Haushaltsgeräten (dazu sogleich) – nicht im Regelsatz enthalten, werden jedoch aufgrund des Sachzusammenhangs im vorliegenden Zusammenhang mit behandelt. Die Erstausrüstung einer Wohnung umfasst sämtliche Gegenstände, die für eine geordnete Haushaltsführung und ein an den herrschenden Lebensgewohnheiten orientiertes Wohnen erforderlich sind.⁸⁵ Hierzu gehören im Regelfall insbesondere die Elektrogeräte Kühlschrank, Herd, Waschmaschine und die Beleuchtungsvorrichtungen.

Besteht ein entsprechender Bedarf, so können nach § 24 Abs. 3 S. 5 und 6 SGB II entsprechende Leistungen als Sachleistung oder Geldleistung und auch in Form von Pauschalbeträgen erbracht werden. Die Ermächtigung zur Leistung von Pauschalbeträgen für Bedarfe ist nicht im Sinne einer Befugnis zur Budgetierung zu verstehen. Die Maßgaben des § 24 Abs. 3 S. 6 SGB II zur Bemessung der Pauschalbeträge zeigen, dass keine Ermächtigung zu einer generellen Leistungsbegrenzung besteht. Eröffnet ist auch die Gewährung von Sachleistungen, also etwa von (gebrauchten) Haushaltsgeräten aus eigenem Bestand des kommunalen Leistungsträgers.

Solange die Entscheidungen des Leistungsträgers allein von den Erwägungen der unmittelbaren Bedarfsdeckung und der Sparsamkeit öffentlicher Haushalte determiniert werden, können Fragen der Energieeffizienz keine oder allenfalls eine untergeordnete Rolle spielen. In der Folge wird bereits mit der Anschaffung preisgünstiger, gebrauchter Ware, die in der Regel den unteren Energieeffizienzklassen angehört⁸⁶, ein dem/der Leistungsempfänger/-in grundsätzlich mögliches Einsparpotential im Umgang mit der Haushaltsenergie geschmälert. Wenn auch Aspekte der Ressourcenschonung für die Weiterverwendung gebrauchter Geräte sprechen können, wird sich bei solcher Praxis das Energieeinsparpotential moderner Haushaltsgeräte nur sehr zeitverzögert und abgeschwächt mobilisieren lassen. Soweit der Verwaltung wie im Rahmen des § 24 Abs. 3 SGB II Entscheidungsspielräume offenstehen, müssen daher Aspekte der Energieeffizienz allein schon wegen der eingangs dieses Artikels erwähnten grundrechtlichen Kollisionslage berücksichtigt werden. Überlegungen de lege ferenda könnten hingegen weitergehen. Die Klimaschutzrechtliche Mengensteuerung mit den dadurch ausgelösten höheren Energiepreisen würde indes die Motivationslage der Behörden ohnehin von Grund auf verändern.

Wie § 20 Abs. 1 S. 3 und S. 4 Hs. 1 SGB II mittlerweile ausdrücklich formuliert, wird der Regelbedarf als Pauschale gewährt, über deren Verwendung die Leistungsberechtigten grundsätzlich eigenverantwortlich entscheiden. Da der Regelbedarf neben den laufenden Bedarfen auch alle einmaligen Bedarfe – mit Ausnahme der in § 24 Abs. 3 SGB II aufgezählten Sonderbedarfe – umfasst, sind die Leistungsberechtigten gehalten, einen Teil der bezogenen Grundsicherungsleistungen als Anspargbudget zurück zu legen, aus dem die in unregelmäßigen oder größeren Abständen anfallenden Bedarfe gedeckt werden sollen. Dies erfasst insbesondere die Ersatzbeschaffung für defekte Haushaltsgeräte. Die Ansparungen sind gemäß

82 Coseriu, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 4. Aufl., München 2015, § 27 a Rn. 9.

83 Coseriu, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 82), ebd. m. Hinweis auf BSG, 16.12.2010 – B 8 SO 7/09 R – BSGE 107, 169–176.

84 Kaiser, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg.), Beckscher Online-Kommentar Sozialrecht, 42. Ed., München 2015, § 73 SGB XII Rn. 2.

85 BSG, 19.9.2008 – B 14 AS 64/07 R – BSGE 101, 268–273.

86 Vgl. LSG Sachsen-Anhalt, 14.2.2007 – L 2 B 261/06 AS ER – juris, mwN.; LSG Berlin-Brandenburg, 3.4.2008 – L 19 AS 1116/06 – juris.

§ 12 Abs. 2 Nr. 4 SGB II in Höhe von bis zu 750 € je Leistungsberechtigtem geschützt. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass in der Regel ein entsprechendes Ansparziel zur Ersatzanschaffung von Geräten nicht realisiert wird. Besteht dennoch ein Bedarf zum Austausch eines Haushaltsgerätes, so bleibt nur die Möglichkeit des Darlehens nach § 24 Abs. 1 SGB II. Hinsichtlich Art und Höhe der Leistungen kann hier auf die Ausführungen zu § 24 Abs. 3 SGB II zur Erstbeschaffung verwiesen werden. Da hier allerdings – vergleichbar der Situation bei den Energieschulden – nur eine darlehensweise Gewährung zulässig ist, ist wiederum § 42a SGB II mit in die Betrachtung einzubeziehen. Danach kommt eine Darlehensgewährung nur in Betracht, wenn der Leistungsberechtigte die Anschaffung nicht aus seinem Schonvermögen tätigen kann und die Tilgung erfolgt ebenso durch monatliche Aufrechnung in Höhe von 10 % des maßgebenden Regelbedarfs.

Dies führt dazu, dass der/die Leistungsempfänger/-in schon rein wirtschaftlich ein Interesse an einem möglichst kostengünstigen Haushaltsgerät hat, um die Kürzungszeit des Regelbedarfs so gering wie möglich zu halten. Impulse für die Berücksichtigung der Energieeffizienz der Geräte sind bei dieser Rechtslage kaum zu erwarten. »Rechnen« würde sich die Anschaffung eines teureren, aber auch energieeffizienteren Haushaltsgerätes erst dann, wenn die damit mögliche Kosteneinsparung im Bereich des Bedarfs für Haushaltsenergie auch im Zeitraum der Darlehensrückzahlung die Kürzung des Gesamtregelbedarfs spürbar ausgleichen würde. Die Möglichkeit, energieeffiziente Ersatzanschaffung sozialverträglicher zu gestalten (teilweise Zuschussgewährung, Streckung der Tilgungsfrist mit moderateren Aufrechnungsraten) ist derzeit im Grundsicherungssystem nicht vorgesehen, könnte jedoch *de lege ferenda* ins Auge gefasst werden.

5. Wohngeld und seine Energierrelevanz

Das zweite Sozialleistungssystem mit Energierrelevanz ist das Wohngeld. Hierbei wird weiterhin auf die Bruttokaltmiete abgestellt. Demnach spielen Heizkosten, Kosten für Warmwasser und Haushaltsenergie bei der Berechnung der für einen Wohngeldanspruch maßgeblichen Miethöhe nur mittelbar eine Rolle. Allerdings setzt selbst die mittelbare Berücksichtigung voraus, dass von einer regelmäßigen Anpassung des Wohngeldes an die Kosten ausgegan-

gen wird. Im Rahmen dieser Anpassung muss die heizkostendeterminierte Aufstockung der Tabellenwerte, wie bei der Wohngelderhöhung zum 1. Januar 2016, ebenfalls entsprechend fortgeschrieben werden. Im Rahmen dieser Novelle wurde auf Initiative des Bundesrates § 39 WoGG neu gefasst, der nun zur Überprüfung der Höchstbeträge für Miete und Belastung (§ 12 Abs. 1), der Mietenstufen (§ 12 Abs. 2) und der Höhe des Wohngeldes (§ 19) alle zwei Jahre verpflichtet. Der bundesdurchschnittlichen und regionalen Entwicklung der Wohnkosten sowie der Veränderung der Einkommensverhältnisse und der Lebenshaltungskosten ist dabei Rechnung zu tragen. Dass die Bestimmung sich dahingehend interpretieren ließe, dass mit dem Verweis auf § 19 WoGG insbesondere die jetzigen Tabellenwerte und damit auch ihr »Warmkostenanteil« notwendig fortgeschrieben werden soll, ist zweifelhaft. Ob dies geschieht, liegt jeweils im gesetzgeberischen Ermessen. Transparent ist eine solche mittelbare Berücksichtigung der Energiekosten überdies nicht und auch in der Gesetzesbegründung zu § 39 Abs. 1 WoGG ist von Energiekosten nicht die Rede.

Eine energiepolitisch steuernde Wirkung zur Unterstützung des Klimaschutzes (bereits ohne klimaschutzrechtliche Mengensteuerung) kann der Wohngeldleistung in seiner jetzigen Ausgestaltung unter dem Gesichtspunkt zugebilligt werden, dass durch die Unabhängigkeit der Anspruchsberechnung von den individuellen tatsächlichen Heizkosten keine Fehlanreize zum Energieverbrauch bei den Empfängerhaushalten induziert werden, wie sie bei den KdU im Grundsicherungssystem auftreten können.⁸⁷

Andererseits wird angesichts der Tatsache, dass mittlerweile die »warmen« Nebenkosten ca. ein Drittel der Mietbelastungen ausmachen, unter sozialen Aspekten und auch aus Gründen der Transparenz vielfach die Wiedereinführung einer Energiekomponente in das Wohngeldsystem gefordert⁸⁸. Darauf hat die Bundesregierung durch die Einführung des bereits erwähnten Heizkostenentlastungsbetrages reagiert. Dadurch können mehr Wohngeldhaushalte energetisch sanierte Wohnungen anmieten oder nach einer energetischen Modernisierung und anschließenden Erhöhung der Nettokaltmiete darin

⁸⁷ Henger, Handlungsempfehlungen zur Umsetzung der Energiewende im Gebäudesektor, Köln 2014, S. 4.

⁸⁸ Stellungnahmen der Caritas und des DMB im Rahmen der Sachverständigenanhörung zur Wohngeldnovelle, BT-Ausschuss-Drs. 18(16)222-E.

wohnen bleiben.⁸⁹ Die Steuerungswirkung greift zum einen mit Blick auf die Wohngeldhaushalte, denen die Optionsmöglichkeit für energetisch vorteilhafte Wohnungen erleichtert wird.⁹⁰ Zum anderen ist sie mit Blick auf die Wohnungswirtschaft relevant, da die Nachfrage nach energetisch sanierten Wohnungen mit höherer Kaltmiete steigt und so entsprechende Anreize geschaffen werden.

Im Mai 2020 trat das Gesetz zur Entlastung bei den Heizkosten im Wohngeld im Kontext der CO₂-Bepreisung in Kraft.⁹¹ Das Gesetz ist eine Umsetzungsmaßnahme zum Klimaschutzprogramm 2030 der Bundesregierung. Je nach Anzahl der Haushaltsmitglieder wird ein pauschaler Betrag unter Anlegung der für die Haushaltsmitglieder maßgeblichen Richtfläche auf die zu berücksichtigende Miete angerechnet, um so auf die wegen des BEHG erwarteten (minimal) steigenden Heizkosten zu reagieren, freilich unabhängig vom energetischen Zustand der Wohnung⁹². Die Notwendigkeit eines solchen Ansatzes würde mit einer ernsthaften klimaschutzrechtlichen Mengensteuerung naturgemäß stark steigen. Dass der bisherige Ansatz sowohl klimapolitisch als auch sozialrechtlich eher zu kurz greift, wurde in Kapitel II. bereits deutlich. Auf Kritik stößt aktuell auch, dass die Heizkostenentlastung unabhängig davon stattfindet, ob der Haushalt tatsächlich von der CO₂-Bepreisung betroffen ist oder nicht⁹³.

V. Fazit

Nach alledem erweist sich der angebliche aporetische Gegensatz von Klimaschutz und sozialem Ausgleich als Schimäre. Findet zunächst (anders als überwiegend bislang) eine klimaschutzrechtliche Mengensteuerung statt, werden soziale Ausgleichsmaßnahmen in großem Umfang möglich, ohne damit den Klimaschutz zu minimieren – und dessen wiederum gravierende soziale Verteilungseffekte in Kauf zu nehmen. Zu einem solchen Ansatz lassen sich wie gesehen sinnvolle sozialrechtliche Ergänzungen de lege ferenda bzw. rechtsinterpretativ de lege lata formulieren.

89 Bundesregierung, Aktionsprogramm Klimaschutz (Fn. 55), S. 42.

90 Hierzu BBSR, Machbarkeits- und Umsetzungsstudie für eine Klimakomponente im Wohngeld, Bonn 2017.

91 BGBl. 2020 I, S. 1015.

92 Vgl. dazu BT-Drs. 19/17588.

93 GdW, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung bei den Heizkosten im Wohngeld im Kontext der CO₂-Bepreisung (Wohngeld-CO₂-Bepreisungsentlastungsgesetz - WoGCO₂BepreEntlG), Berlin 2019.

L'organisation internationale du travail et le BIT

Monografie von Georges Scelle, 2020, Dalloz, Paris, 370 S.
(ISBN: 9782247195749), 45 €

Der französische Verlag *Dalloz* hat ein Jahr nach dem hundertjährigen Bestehen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) eines der wichtigsten Werke des international renommierten französischen Völkerrechtlers *Georges Scelle* mit dem Titel »L'organisation internationale du travail et le BIT« (zu Deutsch: Die Internationale Arbeitsorganisation und das Internationale Arbeitsamt) nachgedruckt. Die erste Auflage der Monografie erschien 1930 bei der *Librairie des sciences politiques et sociales Marcel Rivière* und galt über Jahrzehnte als ein Meisterwerk für alle, die sich mit der IAO und deren Arbeitsnormen beschäftigten. *Achim Seifert*, Jena, der die Initiative für die Neuauflage gegeben hat und dem Verlag gebühren großer Dank dafür, dass es jetzt wieder zugänglich gemacht wurde und seinen Platz im Kreis der aktuellen Monografien¹ und Sammelwerke² zur IAO finden kann.

I. Zum Inhalt des Werkes

Das Buch, dem ein lesenswertes Geleitwort des Ersten Direktors des Internationalen Arbeitsamts *Albert Thomas* vorangestellt ist, gliedert sich in drei Teile, bestehend jeweils aus sechs Kapiteln, und endet mit einer knappen Zusammenfassung. Hinzu kommt noch ein Anhang (S. 310–324), der den Teil XIII des Friedensvertrages von Versailles vom 28. Juni 1919 enthält.

Teil I befasst sich mit allgemeinen Informationen über die IAO, Teil II behandelt ihre Organisation und Funktionsweise. Das Werk endet mit einem dritten Teil zur Arbeit der IAO und stellt dabei die bisherigen sozialen Fortschritte in den Vordergrund.

1. Wissenswertes über die IAO

Von der Wahl des Sitzes über die Entstehungsgeschichte, die internationale Tragweite, die Zusammensetzung, das Verhältnis zur »Société des Nations« (Völkerbund) bis zu den Kompetenzen, werden die Grunddaten der IAO eingängig

dargelegt. Mit viel Fantasie beschreibt der Verfasser die Stadt Genf als »internationale Hauptstadt« und stellt die Organe und die wichtigsten Persönlichkeiten der damals ansässigen internationalen Organisationen vor, Völkerbund und IAO (S. 8–14). Bei letzterer geht er anhand einer metaphorischen Gedankenführung bis in die kleinsten Details und beschreibt etwa die für den Bau der Verwaltungsbäude verwendeten Materialien, Räume, Gemälde und schildert die Biografie der zwei Hauptakteure (Präsident des Verwaltungsrates und Direktor des Internationalen Arbeitsamtes).

Ein Blick in die Entstehungsgeschichte der IAO zeigt, dass diese bis in die Zeit der industriellen Revolution aus dem 19. Jahrhundert zurückreicht und durch verschiedene Faktoren beeinflusst wurde. Der Verfasser nennt unter anderem die nationalen Gesetzgebungen, die kollektiven Maßnahmen der Arbeiterorganisationen und den Einsatz einiger Philanthropen – insbesondere von *Robert Owen* und *Daniel Legrand*. Hervorgehoben werden hier die von der Internationalen Vereinigung für den gesetzlichen Arbeiterschutz geleisteten Vorarbeiten, so dass diese Vereinigung als »große Schwester« der IAO bezeichnet wird (S. 22).

Daran anschließend behandelt der Verfasser die internationale Tragweite sowie die Zusammensetzung und die Rechtsnatur der IAO. Er betrachtet die Organisation als Bestandteil des Völkerbundes, der die Begründung des Weltfriedens zum Ziel hatte. Dieses Ziel wäre aber ohne die soziale Gerechtigkeit, die die IAO verfolgt, nur unzureichend. Denn durch ihren Einsatz ermögliche die IAO den Ländern, soziales Dumping zu beseitigen (S. 35), und gelte somit als Sicherheitsinstrument zur Gewährleistung des Wettbewerbs zwischen Unternehmen auf dem Weltmarkt. Bezugnehmend auf § 3 der Präambel der Verfassung der IAO, wonach »die Nichteinführung wirklich menschenwürdiger Arbeitsbedingungen durch eine Nation die Bemühungen anderer Nationen um Verbesserung des Loses der Arbeitnehmer in ihren Ländern hemmen [würde]«, betont er die Universalität der Organisation (S. 38–39) und somit die Notwendigkeit, Beitrittsvoraus-

1 Siehe nur *Blanchard*, *L'organisation internationale du travail: De la guerre froide à un nouvel ordre mondial*, Paris 2004; *Casale/Sivananthiran*, *Les fondamentaux de l'administration du travail*, Genève 2011; *Louis*, *L'organisation internationale du travail et le travail décent. Un agenda pour le multilatéralisme*, Paris 2011; *Servais*, *Droit international du travail*, Bruxelles 2015.

2 Siehe ua. *Lespinet-Moret/Viet* (Hrsg.), *L'organisation internationale du travail: Origine, développement et avenir*, Rennes 2011.

setzungen so flexibel wie möglich zu gestalten. Nur dadurch könne das verfolgte Ziel erreicht werden. Das Fernhalten einiger Beitrittskandidaten aus politischen Gründen stünde diesem Ziel entgegen. erinnert wird hier an die Diskussionen um den Beitritt Deutschlands und Österreichs (S. 40–41) oder auch um den Mitgliedsstatus Spaniens und Brasiliens nach dem Austritt beider Länder aus dem Völkerbund (S. 42–44). Die anfängliche Nichtbeteiligung der USA und von Russland sieht der Verfasser zwar als ein Hemmnis für eine effiziente Arbeit der IAO (S. 53). In Anbetracht dessen, dass die IAO aber auf dem Prinzip des Tripartismus aufgebaut wurde und sich zwei von drei Parteien aus Delegierten von international tätigen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen zusammensetzen, hält er den Schaden jedoch für nicht erheblich (S. 54–55).

Genau diese Beteiligung der Delegierten von Berufsverbänden an der Seite der Vertreter von Regierungen der Mitgliedstaaten zählt zu den Merkmalen, die die IAO vom Völkerbund unterscheiden. Trotz zahlreicher Parallelen zwischen beiden Organisationen weist der Verfasser darauf hin, dass die IAO zwar als Sonderorganisation des Völkerbundes (heute: UNO) für Arbeitsfragen fungiert, aber eine eigenständige internationale Organisation bleibt, die letzterem gleichgestellt ist (S. 58–60). Diese Autonomie war allerdings in Finanz- und Budgetfragen begrenzt: Zuständig für die Bewilligung des Haushaltsplans der IAO war die Versammlung des Völkerbundes, was der Verfasser für fragwürdig hält (S. 61). Anhand einer detaillierten Darstellung der Kompetenzen der IAO (S. 72 ff.) gelingt es dem Verfasser, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten zwischen beiden Organisationen deutlich zu machen.

2. Organisation und Funktionsweise der IAO

In Teil II seines Werkes stellt der Verfasser die Organe der IAO dar und erläutert ihre normative Funktion sowie den Kontrollmechanismus. Dabei zieht er stets Parallelen zu entsprechenden Organen des Völkerbundes, nämlich zu Sekretariat, Rat und Versammlung.

Als erstes Organ der IAO wird das Internationale Arbeitsamt (IAA) im Innen- und Außenverhältnis vorgestellt. Der Verfasser führt den Leser in die ersten Jahre der Organisation zurück. Er schildert die Entwicklung der verschiedenen Abteilungen des Internationalen Arbeitsamts und hält die wachsenden Aufgaben dieses Organes als

Hauptgrund für dessen ständigen Aufbau. Das Augenmerk richtet er auf internationale Beamtinnen und Beamte, die im Mittelpunkt der Arbeit des IAA stehen. Von ihrer Einstellung über ihre Rechte und Verpflichtungen, Vorrechte und diplomatische Befreiungen bis hin zu Würdigung ihrer Arbeit, geht der Verfasser auf alle Einzelheiten ein.

Darüber hinaus schildert er nicht nur die Beziehungen zwischen dem Internationalen Arbeitsamt und den Regierungen sowie Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, entsprechend dem Prinzip des Tripartismus, sondern auch die Zusammenarbeit mit Kirchen und philanthropischen Vereinen, etwa mit dem Internationalen Roten Kreuz. Er betont dabei die Bemühungen der Leitung des Internationalen Arbeitsamts, Kontakte mit sämtlichen Regierungen aufrechtzuerhalten und zu pflegen, selbst mit sogenannten autoritären Regimen (S. 112). Im Verhältnis zu Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen weist er darauf hin, dass das Internationale Arbeitsamt nicht auf die Herstellung von Gleichgewicht zwischen beiden Gruppen abziele. Vielmehr sei es als »Anwalt« der Arbeitnehmerschaft (S. 113) und nicht als unparteiisch anzusehen. Dies könnte der Grund dafür sein, dass die Organisation zu Beginn ihrer Arbeit auf Misstrauen und Vorbehalte der Arbeitgeberseite stieß.

Bei dem zweiten Organ, dem Verwaltungsrat, erinnert der Verfasser an die anfänglichen Schwierigkeiten bei seiner Zusammensetzung (S. 126 f.). Als Streitpunkte zählt er die Frage nach der besonderen industriellen Bedeutung eines Staates³, die Größe des Rates sowie die Forderung der nicht-europäischen Länder nach einer gerechten Sitzverteilung auf. Die Lösung der ersten Frage, die auf Kriterien materieller Art beruht, hält der Verfasser für unzureichend. Nach seiner Ansicht sollten weitere Gesichtspunkte berücksichtigt werden. Dagegen begrüßt er die Lösungen der beiden letzten Fragen, selbst wenn die Erweiterung des Rates wegen Nichterreicherung der notwendigen Zahl der Ratifizierungen von Änderungsanträgen immer wieder verzögert wurde. Deshalb erwägt er eine stillschweigende Ratifizierung als Sanktion gegen Regierungen, die keine Einwände gegen die Änderungsanträge der IAO-Verfassung innerhalb der angegebenen Frist eingelegt haben (S. 129). Nach der Vorstellung der einzelnen Mitglieder des

³ Diese Frage spielte eine große Rolle bei der Sitzverteilung im Verwaltungsrat. Die Anerkennung eines Staates als solcher mit besonderer industrieller Bedeutung erhöht seine Chance, einen Sitz zu bekommen.

Verwaltungsrats in der Zusammensetzung von 1928 behandelt der Verfasser am Rande die Zuständigkeiten sowie die Organisation der Sitzungen dieses Organes.

Das dritte und letzte Organ ist die Internationale Arbeitskonferenz (im Folgenden: Konferenz). Die Regel des Tripartismus wird hier noch besonders erklärt. Der Verfasser erinnert an die Entstehungsgeschichte dieser wichtigen Regel der Funktionsweise der IAO, insbesondere an die Meinungsverschiedenheiten zwischen jenen Staaten, die eine paritätische Besetzung der Delegationen befürworteten,⁴ und weiteren Staaten, die die Regierungsguppe doppelt besetzen wollten, um bei eventuellen kontroversen Fragen die Fronten zwischen den Vertretern der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen ausbalancieren zu können (S. 139). Er betont auch den repräsentativen Charakter der Konferenz, indem er die Besonderheiten der Mandate der Delegierten mit denen anderer ähnlicher Gremien vergleicht. Er weist darauf hin, dass sich die Mehrheitsverhältnisse nach professionellen Interessen richten, unabhängig von nationalem Hintergrund.

Am Beispiel des Falls *Serrarens*, einer niederländischen Delegierten der Arbeitnehmergruppe, schildert der Verfasser die Problematik der Auslegung der Bestimmung der IAO-Verfassung, wonach die Bezeichnung der Nichtregierungsvertreter eine Vereinbarung mit den jeweiligen maßgebenden Organisationen voraussetzt. Er kritisiert die Entscheidung des Gerichtshofes, der diese Bestimmung weit ausgelegt hätte, indem er von einer Vereinbarung mit sämtlichen repräsentativen Organisationen ausging (S. 149).

Als höchstes beschlussfassendes Gremium der IAO beschließt die Arbeitskonferenz die internationalen Arbeitsnormen, die anschließend im zweiten Teil des Werkes behandelt werden. Der Verfasser erklärt den Hintergrund der Existenz von Empfehlungen neben Übereinkommen im Normengefüge der IAO und zeigt zugleich die Folgerung einer solchen Kategorisierung, nämlich die Bindungswirkung für die Mitgliedstaaten. Außerdem nennt der Verfasser die wichtigsten Gründe, die für die Einführung eines speziellen Verfahrens bei der Unterzeichnung der von der Konferenz beschlossenen Instrumente sprechen (S. 179–181).

Zum Verhältnis der internationalen Arbeitsnormen zu den nationalen Rechtsordnungen erwägt der Verfasser die unmittelbare Anwendung und Geltung und bezieht sich dabei auf die monistische Doktrin (S. 176 mit ausführlichen Begründungen in Fn. 1). Demnach bedürfte ein rati-

fiziertes IAO-Übereinkommen keiner Umsetzung in das nationale Recht. In Anbetracht dessen, dass eine solche Lösung wegen möglicher Vorbehalte der Mitgliedstaaten zu praktischen Schwierigkeiten bei der Normenanwendung führen kann, bevorzugt er demgegenüber die in Art. 19 Abs. 5 lit. d) der IAO-Verfassung vorgesehene Lösung, welche eine Anpassung der nationalen Regelungen an internationale Normen durch erforderliche Maßnahmen der zuständigen Staatsorgane vorsieht (S. 177).

Die Passage über Organisation und Funktionsweise der IAO endet mit Ausführungen zur Kontrolle der Anwendbarkeit der internationalen Arbeitsnormen. Erläutert werden hier die damals geltenden Beschwerde- und Klageverfahren, die gegen einen Mitgliedstaat für Verstöße gegen ein von ihm ratifiziertes Übereinkommen eingeleitet werden konnten. Der Verfasser nimmt unter anderem die Rolle des Sekretariats des Völkerbundes bei der Einberufung und der Besetzung des Untersuchungsausschusses in den Blick und begründet diese Einmischung damit, dass ein Streit zwischen Mitgliedstaaten bezüglich der Anwendbarkeit der IAO-Übereinkommen eskalieren und somit den Weltfrieden gefährden könne. Da diese Frage über den Rahmen der IAO hinausgehe, sollte sie auch für den Völkerbund sehr relevant sein (S. 191). Zum Schluss bewertet er die Wirksamkeit der gegen eine schuldig befundene Regierung vorgesehenen Sanktionen.

3. Die Leistung der IAO

Im dritten Teil des Werkes von *Scelle* geht es ausschließlich um die Arbeit, die von der IAO im ersten Jahrzehnt ihres Bestehens geleistet wurde. Allerdings verzichtet der Verfasser auf eine reine mathematische Bewertung oder Evaluation der Organisation. Vielmehr zieht er die Bilanz der jeweiligen Sitzungen der Internationalen Arbeitskonferenz bezüglich der beschlossenen Instrumente und legt den Wert auf die Akzeptanz und die Wirksamkeit der dort produzierten Arbeitsnormen (S. 196 f.).

Alles in allem geht der Verfasser in diesem Teil seines Werkes der Frage der Umsetzung der internationalen Arbeitsnormen, einschließlich der von den Mitgliedstaaten erlebten Durchführungsschwierigkeiten, sowie der Bilanz der IAO nach. Er kommt zu dem Ergebnis, dass die IAO trotz anfänglicher Schwierigkeiten nennenswerte Erfolge

⁴ Ua. Frankreich und USA.

im Sinne von sozialen Fortschritten zu verzeichnen hat. Erzielte Fortschritte betreffen unter anderem Regelungen über die Förderung geeigneter Arbeitsbedingungen für Frauen, Jugendliche und Migranten, den Zugang zur Arbeit, das Verbot der Zwangsarbeit, die Festsetzung einer menschenwürdigen Arbeitszeit, die Arbeitssicherheit, die Bestimmung der Löhne und die Sozialversicherungen. Die Koalitionsfreiheit, die in der IAO-Verfassung einen besonderen Platz einnimmt, konnte dagegen trotz ihrer Aufnahme in die Tagesordnung der zehnten Sitzung der Konferenz nicht geregelt werden. Als wichtigste Errungenschaften nennt der Verfasser die Begrenzung der täglichen Höchstarbeitszeit auf acht Stunden, die Gewährleistung der wöchentlichen Ruhezeiten sowie die Einführung von Mindeststandards über die Sozialversicherungen. Zugleich beschreibt er den Umgang der Mitgliedstaaten mit den entsprechenden Regelungen. Während die Ratifizierung bzw. die Umsetzung des Übereinkommens Nr. 1 über die Arbeitszeit durch das Zögern bzw. die Umgehungsversuche vieler Länder besonders schwierig erschienen (S. 258–266), ergab sich bei der Normierung der Sozialversicherungen eine hohe Zustimmungquote (S. 291–294). Der Verfasser geht davon aus, dass die hohe Akzeptanz der Sozialversicherungsnormen bei den Mitgliedstaaten auf das in einigen Ländern – insbesondere in Deutschland – bereits bestehende und gut funktionierende Sozialversicherungssystem zurückzuführen sei.

II. Würdigung

Das Buch mag auf den ersten Blick veraltet sein. Doch inhaltlich hat es noch viel zu bieten, nicht nur aufgrund des hohen Verdienstes und Ansehens seines Verfassers⁵, der als Augenzeuge und einer der wichtigsten Akteure in der Geburtsstunde der IAO gilt, sondern auch wegen seiner besonderen Ausgestaltung, die über die Zeit hinaus ihre wissenschaftliche Konsistenz behält. Allein deshalb ist die durch den Neudruck geschaffene Möglichkeit, auch heute noch über die Analyse eines Insiders der IAO wichtige Erkenntnisse über die Arbeit und die Herausforderungen dieser Organisation im ersten Jahrzehnt ihres Bestehens zu gewinnen, zu begrüßen.

Schon der Titel des Buchs zeigt, dass es sich keineswegs um ein rechtsdogmatisches Werk handelt. Vielmehr geht es

um eine Darstellung der Internationalen Arbeitsorganisation, einschließlich ihrer Entstehungsgeschichte. Mit einer an Fantasie und Metaphern reichen Sprache gelingt es dem Verfasser, den Leser in die Entstehungsgeschichte und die Entwicklung der IAO hineinzuführen und die Lektüre zu einem spannenden Erlebnis zu machen. Ein Beispiel dafür sind die Passagen zur Wahl von Genf als Sitz der nach dem Ersten Weltkrieg gegründeten Organisationen (S. 7–8). Bei der Darstellung der Organe der IAO weist der Verfasser zu Recht auf die Gefahr hin, das Internationale Arbeitsamt mit der IAO zu verwechseln und somit einen Teil der Organisation für das Ganze zu betrachten (S. 12).

Allerdings trifft man auch oft auf Überlegungen, die nicht allein deskriptiver Natur sind, sondern auch eine klare Meinung des Verfassers zu Einzelproblemen oder Fragen der Arbeitswelt beinhalten und gegebenenfalls Lösungsansätze entwickeln. Zu erwähnen sind unter anderem seine Stellungnahme zur Problematik der Nominierung der zu entsendenden Nichtregierungsvertreter zur Internationalen Arbeitskonferenz (S. 146–152), die Auseinandersetzung mit dem Verhältnis der internationalen Normen zur nationalen Rechtsordnung (S. 175–177) oder auch seine Meinung zu Einwänden einiger Mitgliedstaaten gegen den eingeführten Kontrollmechanismus (S. 193 f.). Das Gleiche gilt auch für die Ausführungen zu der Zuständigkeit des ständigen internationalen Gerichtshofes für die Auslegung der IAO-Normen (S. 219 f.) und zur Problematik der parallelen Geltung eines Übereinkommens sowohl in der herkömmlichen als auch in der revidierten Fassung (S. 225).

Berücksichtigt man die seit der Erscheinung des Werkes von *Scelle* vorgenommenen Reformen, stellt man fest, dass einige von ihm gewünschte Veränderungen angenommen wurden. Dies ist etwa der Fall beim Verhältnis zwischen IAO und Völkerbund, insbesondere bei der Haushaltszuständigkeit (S. 61) und beim Kontrollmechanismus (S. 190 f.). Während der Haushaltsplan der IAO früher von der Versammlung des Völkerbundes abgestimmt werden sollte, fällt diese Aufgabe nun nicht unter die Zuständigkeiten des entsprechenden Organes der Nachfolgerorganisation des Völkerbunds, sondern wird von der Internationalen Arbeitskonferenz der IAO selbst nach Vorlage durch den Verwaltungsrat entschieden (Art. 13 Abs. 2c) der IAO-Verfassung). Damit konnte die

5 Der Verfasser wurde in der gängigen Literatur über die IAO vielfach zitiert.

IAO ihre Autonomie in Finanz- und Budgetfragen vollständig zurücknehmen und der Befürchtung einer Beeinflussung ihrer Arbeit durch die finanzielle Einmischung der UNO vorbeugen. Das Gleiche gilt auch für die Entwicklung des Kontrollmechanismus, an dem der UNO-Generalsekretär nicht mehr beteiligt ist.

III. Fazit

Das Werk von *Scelle* ist zugleich von historischem Interesse und von hoher aktueller Bedeutung, gerade unter besonderer Berücksichtigung der gegenwärtigen Debatte über die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen in

verschiedenen Arbeitsbereichen. Es belegt in eindrucksvoller Weise die zentrale Bedeutung der IAO und der von ihr verabschiedeten Arbeitsnormen für eine multilaterale Gestaltung angemessener sozialer Arbeits- und Lebensbedingungen.

Prof. Dr. Yves-Junior Lumingo Manzanza, D.E.S. (Kinshasa), LL.M. Eur./

*Prof. Dr. Dr. hc. Christoph Weber**

* *Yves-Junior Lumingo Manzanza* ist Professeur associé an der Universität Kikwit und an der Katholischen Universität Kongos (Demokratische Republik Kongo) und Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht der Universität Würzburg (Prof. Dr. Dr. hc. Christoph Weber); *Christoph Weber* ist Professor an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg und Inhaber des dortigen Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht.

Zusammenfassungen

Jacobs/Malorny: Tarifvertragliche Spannenklauseln im Entwurf eines Differenzierungsklauselgesetzes

SR 1/2022, S. 1–10

In ihrer Abhandlung analysieren die Autoren kritisch den Entwurf eines Gesetzes über Differenzierungsklauseln in Tarifverträgen (Differenzierungsklauselgesetz – DiffKlausG). Dabei kommen sie zum Ergebnis, dass der Entwurf insgesamt ein wertvoller Beitrag zur Stabilisierung des nationalen Tarifvertragssystems sei. Dies begründen die Autoren vor allem damit, dass im angesprochenen Entwurf tarifvertragliche Spannenklauseln (§ 1 Abs. 2 TVG-E) – entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BAG – grundsätzlich für zulässig erklärt werden. Kritik üben die Autoren unter anderem an der »Gesetzesästhetik« des § 1 Abs. 2 TVG-E mit seinen neun Sätzen. Das TVG sei ein kompaktes Gesetzeswerk, sodass die ausführliche und detaillierte Regelung des § 1 Abs. 2 TVG-E, ausschließlich zur Zulässigkeit von Spannenklauseln, als »veritabler Fremdkörper« im TVG anmute. Darüber hinaus überzeugten einige Regelungen des Entwurfes nicht (Anspruch des Arbeitgebers gegen die tarifvertragschließende Gewerkschaft auf Mitteilung des Organisationsgrads, Fiktion der Angemessenheit). Andere Regelungen seien vor dem Hintergrund bestehender Rechtsprechung (wie zu einfachen Differenzierungsklauseln) oder bestehenden Gesetze (zum Benachteiligungsverbot und Datenschutz) überflüssig.

Schmidt-De Caluwe/Ekardt/Rath: Sozialrechtliche Folgefragen einer Energiewende in Übereinstimmung mit dem Paris-Abkommen

SR 1/2022, S. 11–29

Dieser Beitrag diskutiert aktuelle Rechtsfragen und Konzepte für mehr sozialen Ausgleich in der Energiewende in Bezug auf Strom- und Heizkosten. Dies müsse gerade nicht mit Abstrichen an der Realisierung der klimavölkerrechtlichen 1,5-Grad-Grenze aus dem Paris-Abkommen verbunden sein. Fände zunächst eine klimaschutzrechtliche Mengensteuerung für fossile Brennstoffe und Tierhaltung statt, eröffneten sich für sozialrechtliche Maßnahmen zugunsten von Menschen mit geringem Einkommen erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten, die dann auf das Maß des gesellschaftlich realisierten Klimaschutzes keinen signifikanten Einfluss mehr hätten. Auf diese Weise

Abstracts

Jacobs/Malorny: Proportionality clauses in collective agreements in the draft Differentiation Clauses Act

SR 1/2022, pp. 1–10

In their article, the authors critically analyse the draft act on differentiation clauses in collective agreements (Differentiation Clauses Act). They conclude that the draft is a valuable contribution to stabilise the national collective agreement system. The authors justify this primarily by the fact that the draft declares proportionality clauses admissible (§ 1 (2) Collective Bargaining Act-Draft) – contrary to the previous case law of the Federal Labour Court. The authors criticise, among other things, the »legal aesthetics« of § 1 (2) Collective Bargaining Act-Draft with its nine sentences. The Collective Bargaining Act is a compact law, so that the extensive and detailed regulation of § 1 (2) Collective Bargaining Act-Draft, exclusively on the admissibility of proportionality clauses, appears to be a »out of place« in the Collective Bargaining Act. Furthermore, some regulations of the draft are not convincing (employer's claim against the trade union concluding the collective agreement for information on the degree of organisation, fiction of adequacy). Other regulations are redundant against the background of existing jurisdiction (such as simple differentiation clauses) or existing laws (on the prohibition of discrimination and data privacy).

Schmidt-De Caluwe/Ekardt/Rath: Follow-up questions under social law of an energy transition in accordance with the Paris Agreement

SR 1/2022, pp. 11–29

This contribution discusses current legal issues and concepts for balancing socially the energy transition with regard to electricity and heating costs. This does not have to result lowering the goals in the realisation of the 1.5-degree limit under international climate law from the Paris Agreement. If the first step was to be a quantity control for fossil fuels and stockbreeding under climate protection law, this would open up considerable scope for social law measures in favour of people with low incomes, which would then no longer have any significant influence on the degree of climate protection realised by society. In this way, the social distribution effects of climate change

könnte auch die sozialen Verteilungswirkungen des Klimawandels sinnvoll gesteuert werden. Eine klimaschutzorientierte, insbesondere an Energieeffizienz orientierte Ausrichtung des Sozialrechts bleibe ergänzend dennoch aus drei Gründen notwendig: Zunächst müsse das zu sichernde Sozialleistungsniveau weiterhin finanzierbar bleiben. Noch wichtiger sei, dass die faktische Akzeptanz der Klimawende maßgeblich an der adäquaten Lösung der Verteilungsfragen hängen dürfte. Zudem gehe es verfassungsrechtlich darum, Vorstellungen sozialer Gerechtigkeit zu realisieren. Die mit alledem zusammenhängenden sozialrechtlichen Fragen diskutiert der vorliegende Beitrag, primär mit Blick auf den bestehenden Rechtsrahmen, teils aber auch de lege ferenda.

could also be meaningfully controlled. A climate protection-oriented, in particular energy efficiency-oriented focus of social law nevertheless remains necessary for three reasons: First of all, securing the level of social benefits must remain financially viable. Even more important is that the de facto acceptance of the climate change will depend significantly on the adequate solution of the distribution issues. In addition, it is constitutionally important to realise ideas of social justice. This article discusses the social law issues connected with all of the above, primarily with a view to the existing legal framework, but also partly de lege ferenda.

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

Abhandlungen

- *Thomas Mann*: **Betrieb und Arbeitsverhältnis im Fokus der Gefahrenabwehr**
- *Philipp S. Fischinger*: **Die Reaktion des Arbeitsrechts auf pandemiebedingte Störungen**
- *Wolfgang Kozak*: **Reaktionen des österreichischen Arbeitsrechts auf die Pandemie**

Rezensionsaufsätze

- Jan Armin Gärtner: **Koalitionsfreiheit und Crowdwork – Zur Kollektivierung der Beschäftigungsinteressen solselbständiger Crowdworker**
(*Martin Gruber-Risak*)



Betriebsverfassungsgesetz Mitbestimmung gestalten

Der bei Betriebsräten, Anwälten im Arbeitsrecht und Arbeitsrichtern anerkannte und geschätzte Kommentar erläutert das gesamte Betriebsverfassungsrecht umfassend und praxisbezogen. Die Änderungen des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes werden in allen Details erläutert. Auch die seit 15.10.2021 geltende neue Wahlordnung ist bereits umfassend kommentiert. Damit leistet das Werk die erforderliche Hilfe für die Umsetzung in der Praxis und bietet Hintergrundwissen zur Durchsetzung aller Rechte und Anforderungen. Wie gut das Werk ist, zeigt sich besonders in seinem Umgang mit den komplexen Themen der digitalisierten Arbeitswelt. Die Autoren des »DKW« denken voraus. Sie entwickeln Lösungen und geben Empfehlungen für die neuen Betriebswelten.

Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.)

BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz

mit Wahlordnung und EBR-Gesetz

Kommentar für die Praxis

18., neu bearbeitete und aktualisierte Auflage 2022.

3.228 Seiten, gebunden

inklusive Zugriff auf die Online-Ausgabe mit regelmäßigen Aktualisierungen.

€ 119,-

ISBN 978-3-7663-7163-8

bund-shop.de/7163

Die Schwerpunkte der Neuauflage:

- › Umfassende Kommentierung der neuen Wahlordnung
- › Rahmenbedingungen für Betriebsratssitzungen per Video- und Telefonkonferenz
- › Mitbestimmung bei den aktuellen Regelungen der Kurzarbeit
- › Mitbestimmung bei Künstlicher Intelligenz
- › Mitbestimmung beim Arbeits- und Gesundheitsschutz, insbesondere bei Covid-19
- › Homeoffice und die Mitbestimmung des Betriebsrats bei mobiler Arbeit
- › Mitbestimmung des Betriebsrats beim Angebot von Aufhebungsverträgen durch den Arbeitgeber
- › Arbeitnehmerbegriff nach der Crowd-Worker-Entscheidung des BAG

Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf bund-shop.de/7163 2. Daten eingeben 3. Absenden
oder Coupon ausfüllen und abschicken:

Expl.	Best.-Nr. 978-3-7663-	Autor / Kurztitel	Preis / €
	7163-8	Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.) Betriebsverfassungsgesetz	119,-

Absender: Frau Herr

Name / Vorname: _____

Firma / Funktion: _____

Straße / Nr.: _____

PLZ / Ort: _____

Telefon: _____

E-Mail: _____

Datum / Unterschrift: _____



Bund-Verlag GmbH
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:
069 / 79 50 10-20

Fax:
069 / 79 50 10-11

E-Mail:
kontakt@bund-verlag.de

www.bund-verlag.de

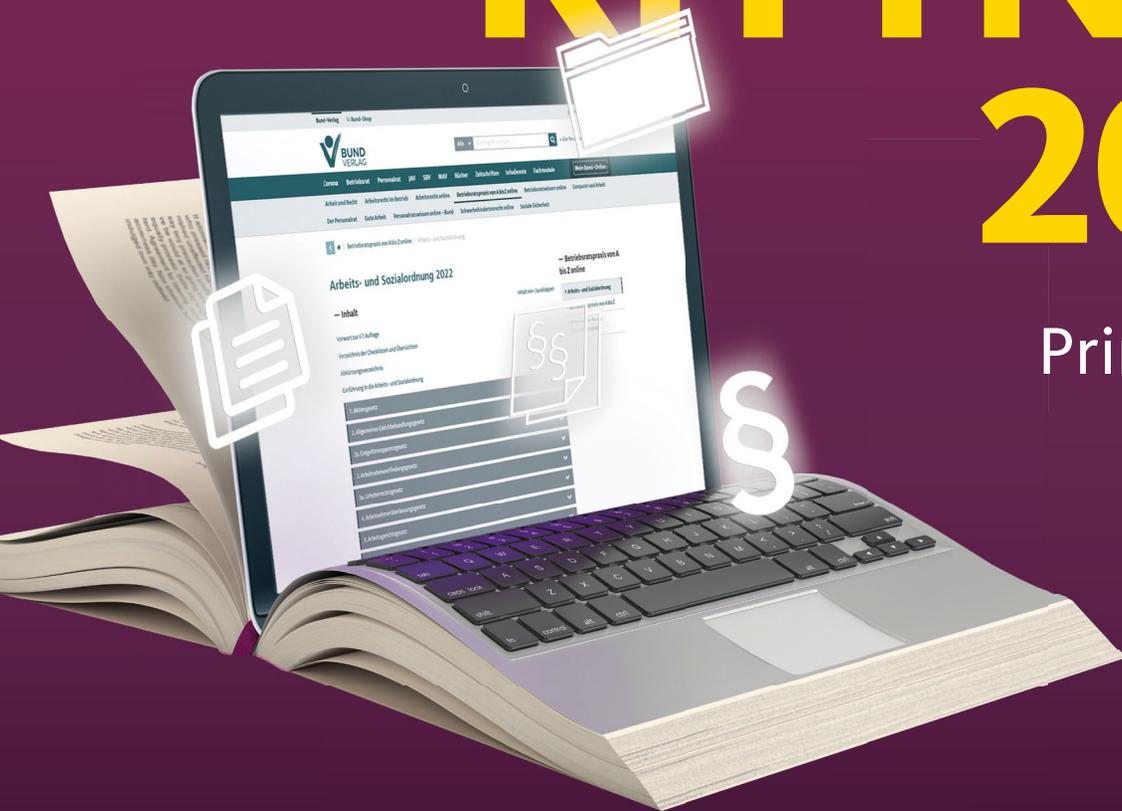
Immer topaktuell informiert sein

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

NEUE HERAUSFORDERUNGEN

– NEUER KITTNER 2022

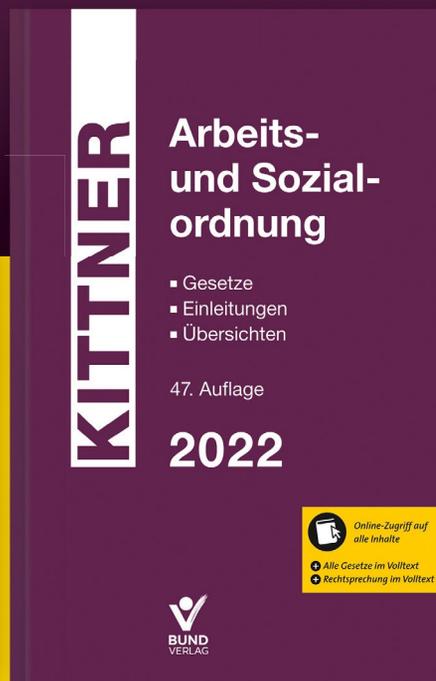
Print + Online



**Jetzt
vorbestellen!**

www.mein-kittner.de
kontakt@bund-verlag.de
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20

Lieferbar ab 14. Februar 2022



Arbeits- und Sozial- ordnung

- Gesetze
- Einleitungen
- Übersichten

47. Auflage

2022

 Online-Zugriff auf
alle Inhalte
 Alle Gesetze im Volltext
 Rechtsprechung im Volltext


BUND
VERLAG