

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Aktuelle Rechtsentwicklung der arbeitsvertraglichen
Bezugnahme auf Kollektivverträge

Stefan Greiner/Alexander Pionteck Seite 45

Gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben –
Impulse durch das Bundesteilhabegesetz

Katja Nebe Seite 61

Die Umsetzung der Entsenderichtlinie

Thomas Klein/Alexander Schneider Seite 72

Zusammenfassungen (Abstracts) | Vorschau

Seite 88

Aktuelle Rechtsentwicklung der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Kollektivverträge

Prof. Dr. Stefan Greiner/Alexander Pionteck, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn*

I. Einleitung

Die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Kollektivverträge fungiert als weiterer Geltungsgrund¹ für Tarifverträge neben der normativen, mitgliedschaftsanknüpfenden Tarifgeltung (§§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG). Durch die arbeitsvertragliche Bezugnahme wird ein in seiner Grundkonzeption mitgliedschaftsdifferenzierendes² Tarifvertragssystem praktikabler:³ Unternehmen haben regelmäßig ein beträchtliches Interesse daran, alle Arbeitnehmer einheitlich nach den Bedingungen eines einschlägigen Tarifvertrags zu behandeln – ein zuletzt im Kontext der Diskussion um die Tarifeinheit wieder deutlich formuliertes Anliegen.⁴ Gleichbehandlung auf Tarifniveau dient dem Betriebsfrieden.⁵ Mit der arbeitsvertraglichen Bezugnahme wird die für unzulässig gehaltene und in der Tat problematische Frage nach der Gewerkschaftszugehörigkeit⁶ entbehrlich. Administrationsaufwand und -kosten in der Personalverwaltung werden reduziert.⁷ Schließlich soll auch der ansonsten bestehende Beitrittsanreiz beseitigt werden.⁸ Wo alle schon arbeitsvertraglich in den Genuss der Segnungen des Tarifvertrags gelangen, besteht kein Anlass, durch teure Mitgliedschaft die normative Tarifbindung (vgl. §§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG) herbeizuführen und so die Gewerkschaft zu stärken.⁹

Andererseits können aber insbesondere dynamisch wirkende Bezugnahmen auf Tarifverträge ernstzunehmende Kostenfaktoren und Hemmnisse für die Unternehmensentwicklung darstellen. Unternehmenskäufe erweisen sich bei einer unübersichtlichen Bezugnahmesituation als Risikogeschäft. Die Rechtsentwicklungen auf dem Feld der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme von Kollektivverträgen sind daher von erheblicher Praxisrelevanz. Die Rechtsprechung erweist sich als ausgesprochen wandlungsreich und entwicklungs offen. Jüngste Leitentscheidungen sowohl des EuGH¹⁰ als auch der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit¹¹ verschieben die Perspektiven, sind nicht immer widerspruchsfrei und ändern die Handlungsempfehlungen für die Praxis. Insbesondere gilt dies infolge der *Asklepios*-Entscheidung¹² des

EuGH für die bereits lange diskutierte Frage der »dynamischen Ewigkeitsbindung« nach einem Betriebsübergang¹³ sowie für die nach dem Urteil vom 11. April 2018¹⁴ zwischen dem 1. und 4. BAG-Senat möglicherweise kontrovers gewordene Frage der »Betriebsvereinbarungsoffenheit«¹⁵ arbeits-

* Der Autor *Greiner* ist Direktor des Instituts für Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit, der Autor *Pionteck* wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl.

- 1 BAG, 7. 12. 1977 – 4 AZR 474/76 – AP Nr. 9 zu § 4 TVG Nachwirkung; BAG, 19. 3. 2003 – 4 AZR 331/02 – AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Aufl., München 2017, § 3 Rn. 510.
- 2 Grundlegend *Richardi*, NZA 2013, 408.
- 3 Vgl. *Hanau*, NZA 2012, 825.
- 4 Siehe hierzu *Fritz/Meyer*, NZA-Beil. 2010, 111 ff.; *Fischinger/Monsch*, NJW 2015, 2209 ff.; *Linsenmaier*, RdA 2015, 369 ff.
- 5 *Hromadka*, NZA 2018, 961, 964; *Meyer*, NZA 2006, 1387, 1391; auch die Gesetzesbegründung zur Tarifeinheit weist hierauf hin: BT-Drs. 18/4062, S. 1, 8, 12.
- 6 BAG, 28. 3. 2000 – 1 ABR 16/99 – AP Nr. 27 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; vgl. BAG, 18. 11. 2014 – 1 AZR 257/13 – AP Nr. 150 zu Art. 9 GG.
- 7 *Henssler*, in: *Henssler/Moll/Bepler* (Hrsg.), *Der Tarifvertrag*, 2. Aufl., Köln 2016, Teil 10 Rn. 4; *Krois*, in: *Boecken/Düwell/Diller/Hanau* (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016, § 3 TVG Rn. 89.
- 8 *Waltermann*, *Differenzierungsklauseln im Tarifvertrag in der auf Mitgliedschaft aufbauenden Tarifautonomie*, HSI-Schriftenreihe Bd. 15, Frankfurt aM. 2016, S. 22, abrufbar unter: https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Waltermann_Differenzierungsklauseln.pdf (25. 1. 2019); *Däubler*, NZA 1996, 225, 228; *Lorenz*, in: *Däubler* (Hrsg.), TVG, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 3 Rn. 217; *Greiner*, ZfA 2017, 309, 330.
- 9 Siehe für eine ökonomische Aufarbeitung dieser Interessenlage: *Waltermann*, *Differenzierungsklauseln* (Fn. 8), S. 21 f.; *Seiwert*, RdA 2014, 358, 360 ff.
- 10 EuGH, 27. 4. 2017 – C-680/15 ua. – AP Nr. 13 zu Richtlinie 2001/23/EG (*Asklepios*).
- 11 BAG, 22. 3. 2017 – 4 AZR 462/16 – AP Nr. 136 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 5. 7. 2017 – 4 AZR 867/16 – AP Nr. 138 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 30. 8. 2017 – 4 AZR 95/14 – AP Nr. 139 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.
- 12 EuGH, 27. 4. 2017 – C-680/15 ua. – AP Nr. 13 zu Richtlinie 2001/23/EG (*Asklepios*).
- 13 *Melot de Beauregard*, NJW 2006, 2522 ff.; *Zerres*, NJW 2006, 3533 ff.; *Möller*, NZA 2006, 579, 583; *Simon/Weninger*, BB 2007, 2125 ff.; *Müller-Bonanni/Mehrens*, NZA 2012, 195 ff.; *Kania/Seitz*, RdA 2015, 228 ff.; zuletzt *Willemssen/Krois/Mehrens*, RdA 2018, 151, 163 ff.
- 14 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.
- 15 Hierzu im Ausgangspunkt BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972.

vertraglicher Bezugnahmeklauseln. Beide genannten Problemfelder sind miteinander verbunden: Teile des Schrifttums¹⁶ sehen in der betriebsvereinbarungsoffenen Gestaltung von Arbeitsverträgen die vielleicht praxistauglichste Möglichkeit des Arbeitgebers, sich der »Ewigkeitsbindung« dynamischer Bezugnahmeklauseln durch Betriebsvereinbarung zu entledigen.

II. Entwicklung der EuGH-Rechtsprechung

Nach dem Paradigmenwechsel der viel beachteten BAG-Judikate von 2005¹⁷ und 2007¹⁸, die bekanntlich eine Abkehr von der früheren (unternehmensgünstigen) Klauselauslegung anhand des »Gleichstellungszwecks« der kleinen dynamischen Bezugnahmeklausel (Lehre von der Gleichstellungsabrede)¹⁹ mit sich brachten, rückte zunehmend der EuGH als Akteur in den Blickwinkel: Seine Kompetenz ist nur dann eröffnet, wenn es um Auslegungs- und Anwendungsfragen unionsrechtlicher Art geht. Daher war Gegenstand der Auseinandersetzungen vor dem EuGH stets das Betriebsübergangsrecht, weil hier mit der Betriebsübergangsrichtlinie²⁰ eine unionsrechtliche Grundlage der Bezugnahmeklauselproblematik vorhanden ist.²¹ Mit dieser Einschlägigkeit von sekundärem Unionsrecht ist zugleich die Anwendbarkeit des Primärrechts und damit der europäischen Grundrechtecharta (vgl. Art. 52 GRCh) gegeben. Der europarechtliche Blickwinkel auf die Klauselwirkungen in der Konstellation des Betriebsübergangs prägt somit heute faktisch die Diskussion um die Rechtswirkungen der Bezugnahmeklauseln, obwohl die Thematik eigentlich weit über diese spezifische Konstellation hinausreicht.

1. Die Rechtssache *Werhof*

Als Indiz für eine erneute, durch den EuGH erzwungene Richtungskorrektur wurde zunächst vielfach die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Werhof* gedeutet.²² Das vorliegende LAG Düsseldorf²³ äußerte im Hinblick auf die Betriebsübergangsrichtlinie unionsrechtliche Zweifel an der Auslegung der dynamischen Bezugnahmeklausel als Gleichstellungsabrede in einem Altfall (also nach der bis zum 1. Januar 2002 nach wie vor angewandten²⁴ Lehre von der der Gleichstellungsabrede). Der EuGH bestätigte allerdings die Vereinbarkeit dieser »Altfall«-Judikatur mit

Art. 3 Abs. 1 RL 2001/23/EG (bzw. der Vorgängerregelung)²⁵. Der damit bezweckte Arbeitnehmerschutz stehe einer Interpretation als nur noch statisch wirkende Klausel nicht entgegen. Es sei aus diesem Blickwinkel nicht zu beanstanden, wenn ein mitgliedstaatliches Gericht den Auslegungsgrundsatz aufstelle, dass eine Klausel, die auf einen Kollektivvertrag verweise, keine weitergehende Bedeutung haben könne als der Kollektivvertrag in seinem originären (dh. normativen) Wirkungsbereich selbst. Zweck der Richtlinie sei lediglich, die am Tag des Betriebsübergangs bestehenden Rechte und Pflichten der Arbeitnehmer zu wahren, nicht jedoch, auch bloße Erwartungen und somit hypothetische Vergünstigungen zu schützen, die sich aus künftigen Entwicklung der Kollektivverträge ergeben könnten.²⁶ Die Richtlinie nehme nicht allein die Arbeitnehmerinteressen in den Blick, sondern bringe diese in Ausgleich mit den Erwerberinteressen. Der Erwerber müsse in der Lage sein, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Die Geltung künftiger Tarifentwicklungen im Falle einer unbegrenzten Dynamik der Bezugnahmeklausel für den Erwerber könne das Grundrecht der negativen Vereinigungsfreiheit beeinträchtigen.²⁷

16 Insbesondere *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230 ff.; *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 223 ff.

17 BAG, 14.12.2005 – 4 AZR 536/04 – AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 19.

18 BAG, 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 45.

19 BAG, 4.8.1999 – 5 AZR 642/98 – AP Nr. 14 zu § 1 TVG Tarifverträge: Papierindustrie; BAG, 26.9.2001 – 4 AZR 544/00 – AP Nr. 21 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 21.8.2002 – 4 AZR 263/01 – AP Nr. 21 zu § 157 BGB; BAG, 19.3.2003 – 4 AZR 331/02 – AP Nr. 33 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

20 Richtlinie 2001/23/EG des Rates v. 12.3.2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben, oder Unternehmen- oder Betriebsteilen, ABl. 2001, L 82/16.

21 Siehe zur Dogmatik der Betriebsübergangsrichtlinie *Krause*, FS Willemsen, 2018, S. 257, 258.

22 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04 – Slg. 2006, I-2397 (Werhof).

23 LAG Düsseldorf, 8.10.2004 – 9 Sa 817/04 – NZA-RR 2005, 148 ff.

24 BAG, 14.12.2005 – 4 AZR 536/04 – AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 24; BAG, 18.4.2007 – 4 AZR 652/05 – AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 28 f.

25 Richtlinie 77/87/EWG des Rates v. 14.2.1977 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen, ABl. 1977, L 61/26.

26 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04 – Slg. 2006, I-2397 (Werhof), Rn. 29.

27 EuGH, 9.3.2006 – C-499/04 – Slg. 2006, I-2397 (Werhof), Rn. 19, 33 f.

Viele leiteten daraus eine Unionsrechtswidrigkeit der dynamischen Fortgeltung von Bezugnahmeklauseln nach einem Betriebsübergang ab.²⁸ Allerdings stellte das BAG dem schon alsbald seine eigene – überzeugende²⁹ – Interpretation gegenüber, wonach der EuGH verfahrensgegenständig lediglich über die Unionrechtskonformität einer statischen Weitergeltung in Altfällen entschieden habe, anderen Konzepten, insbesondere dem einer dynamischen Weitergeltung in Neufällen, damit aber keine Absage erteilt habe.³⁰

2. Die Rechtssache *Alemo-Herron*

Vermeintlich einen weiteren Kontrapunkt setzte dann allerdings die vor allem aus Arbeitgeberperspektive gefeierte,³¹ überwiegend aber kritisch bewertete³² und damit im Gesamtbild höchst kontroverse Entscheidung des EuGH in der Rs. *Alemo-Herron*.³³ Ausgangspunkt war ein englischer Rechtsstreit: Es ging um den Betriebsübergang eines öffentlichen Departments auf eine Gesellschaft privaten Rechts in London. Infolge einer arbeitsvertraglichen dynamischen Bezugnahmeklausel fanden die für den öffentlichen Dienst verhandelten Tarifverträge zunächst Anwendung. Der private Betriebserwerber konnte nicht Mitglied des Verhandlungsgremiums für den öffentlichen Dienst werden, also keinerlei mitgliedschaftlichen Einfluss auf die künftige Fortentwicklung des ihn kraft Bezugnahme bindenden Tarifvertrags nehmen. Speziell für diese Konstellation meinte der EuGH, Bezugnahmeklauseln könnten beim Erwerber nicht dynamisch die nach dem Zeitpunkt des Übergangs verhandelten und abgeschlossenen Tarifverträge erfassen. Aufgegriffen wurde dabei die Argumentation der *Werhof*-Entscheidung, dass die Richtlinie den gerechten Ausgleich zwischen den Arbeitnehmer- und Erwerberinteressen bezwecke. Der Erwerber müsse daher in der Lage sein, die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen.³⁴

Die in der *Werhof*-Entscheidung nur angedeuteten unionsgrundrechtlichen Erwägungen werden in der Rs. *Alemo-Herron* unter Berufung auf die zwischenzeitlich in Kraft getretene Grundrechtecharta (konkret die Unternehmerfreiheit, Art. 16 GRCh) fundiert: Der Wesensgehalt der Unternehmerfreiheit sei verletzt, wenn die Betriebsübergangsrichtlinie so ausgelegt würde, dass der Erwerber den fremden Kollektivverträgen ohne jede Einflussnahmemöglichkeit unterworfen bleibe. Nicht einge-

gangen wurde dabei auf das vom Generalanwalt *Cruz Villalon* in seinem Schlussantrag bereits deutlich betonte Argument, diese Bindung könne durch Änderungsmöglichkeiten auf Ebene des nationalen Arbeitsrechts (etwa durch Änderungsvertrag oder Änderungskündigung) beseitigt oder geschwächt werden, wobei es nach der Kompetenzordnung der Gerichte nicht Aufgabe des EuGH, sondern der nationalen Gerichte sei, diese Änderungsmöglichkeiten auf Ebene des nationalen Rechts festzustellen und zu bewerten.³⁵ Aus dem Schweigen des EuGH in dieser Frage wurde teilweise abgeleitet, dass ihm die Möglichkeit der individualvertraglichen Lösung von dynamischen Ewigkeitsbindungen nicht ausreiche.³⁶

Kritikwürdig scheint die Entscheidung in der Rs. *Alemo-Herron* vor allem, weil sie das Gewicht der privatautonomeren Entscheidung eines Betriebserwerbers, den Betrieb mit allen rechtlichen Bindungen, die aus der Betriebsübergangsrichtlinie herrühren, zu erwerben, überhaupt nicht beachtet und gewichtet.³⁷ In dieser eigenverantwortlichen Entscheidung liegt aber das stärkste Argument gegen eine Wesensgehaltsverletzung der Unternehmerfreiheit. Der Unternehmer hat sich schließlich sehenden Auges und kraft privatautonomer Entscheidung für die Betriebsübernahme trotz dynamischer Fortgeltung von Vertragsklauseln entschieden. *Volenti non fit iniuria*.

28 *Spielberger*, NZA 2007, 1086, 1089; *Moll*, RdA 2007, 47, 52 f.; *Melot de Beauregard*, NJW 2006, 2522, 2525; *Zerres*, NJW 2006, 3533, 3536 f.; vgl. *Simon/Weninger*, BB 2007, 2125, 2128.

29 Zustimmung: *Reichold/Ludwig*, Anm. zu BAG, 23.9.2009 – 4 AZR 331/08 – AP Nr. 71 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. III.2.; *Schöne*, SAE 2011, 26, 27; *Vietmeyer/Byers*, BB 2010, 1796, 1799; kritisch im Hinblick auf eine unterlassene Vorlage an den EuGH: *Sutschet*, RdA 2013, 28, 35; *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 117; vgl. auch *Lobinger*, NZA 2013, 945 f.

30 BAG, 23.9.2009 – 4 AZR 331/08 – AP Nr. 71 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 19 ff., 35 ff.

31 *Kempton*, BB 2014, 1785, 1787 f.; *Forst*, DB 2013, 1847, 1848 ff.; *Commandeur/Kleinebrink*, BB 2014, 181 ff.

32 *Jacobs/Frieling*, EuZW 2013, 737, 738 ff.; *Sutschet*, RdA 2013, 28, 33 ff.; vgl. auch *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140 ff.; differenzierend *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 13 ff.

33 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11 – AP Nr. 10 zu Richtlinie 2001/23/EG (*Alemo-Herron*).

34 EuGH, 18.7.2013 – C-426/11 – AP Nr. 10 zu Richtlinie 2001/23/EG (*Alemo-Herron*), Rn. 37.

35 GA *Villalón*, Schlussanträge EuGH, 19.2.2013 – C-426/11 – Slg. 2013, I-82, Rn. 56 f.

36 *Latzel*, RdA 2014, 110, 115; *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 121.

37 Vgl. bereits *Greiner*, in: Preis (Hrsg.), Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Köln 2015, II V 40 Rn. 109.

3. Die Rechtssache *Asklepios*

Es ist daher sehr zu begrüßen, dass der EuGH auf Vorlage des BAG in der Folgeentscheidung zur Rs. *Asklepios* genau diesen Aspekt der privatautonomen und damit eigenverantwortlichen Bindung des Erwerbers an die übernommenen Vertragsinhalte einschließlich dynamischer Bezugnahme Klauseln ins Zentrum seiner Erwägungen stellt:³⁸ In dieser Entscheidung führt der EuGH aus, frei vereinbarte dynamische Verweisungsklauseln gingen grundsätzlich infolge der Privatautonomie auf den Erwerber über.³⁹ Die Kontinuität zur Rs. *Alemo-Herron* und *Werhof* wird insofern gewahrt, als der Zweck der Betriebsübergangsrichtlinie, einen gerechten Ausgleich zwischen Arbeitnehmer- und Erwerberinteressen herzustellen, auch hier akzentuiert wird: Der Erwerber müsse daher in der Lage sein, die nach dem Übergang für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen der Arbeitsbedingungen zu vollziehen. Die praktische Konkordanz gebiete es, dass es dem Erwerber möglich sein müsse »im Rahmen eines zum Vertragsabschluss führenden Verfahrens, an dem er beteiligt ist, seine Interessen wirksam geltend zu machen und die die Entwicklung der Arbeitsbedingungen seiner Arbeitnehmer bestimmenden Faktoren mit Blick auf seine künftige wirtschaftliche Tätigkeit auszuhandeln.«⁴⁰

Mit Blick auf die Schlussanträge des Generalanwalts in der Rs. *Alemo-Herron*⁴¹ hatte das BAG im seinem Vorlagebeschluss klug insinuiert, dass das deutsche Arbeitsrecht entsprechende Anpassungsmöglichkeiten einvernehmlicher und auch einseitiger Art bereithalte. Gemeint sind offenbar in erster Linie Änderungskündigungen und Änderungsverträge. Der EuGH hinterfragt das nationale Niveau von Anpassungsmöglichkeiten nicht, sondern ordnet diese Frage – nun im Einklang mit den Ausführungen des Generalanwalts in der Rs. *Alemo-Herron* – klar der Kompetenz der nationalen Gerichte zu. Die Beurteilung, ob die unionsgrundrechtlich gebotenen Anpassungsmöglichkeiten tatsächlich bestehen und wirksam sind, falle in die Zuständigkeit des vorlegenden Gerichts und nicht in die Kompetenz des EuGH.⁴²

Mit der Entscheidung des EuGH in der Rs. *Asklepios* scheint die Frage der Europarechtskonformität der dynamischen Weitergeltung von arbeitsrechtlichen Bezugnahme Klauseln positiv beantwortet und damit die vom BAG in den Jahren 2005 und 2007 eingeschlagene Abkehr von der Gleichstellungsabrede auf eine tragfähige unionsrechtliche Grundlage gestellt.

Ganz so sicher ist das allerdings auf den zweiten Blick nicht: Im Schrifttum wird heute vielfach auf die geschickte Formulierung der Vorlagefragen durch das BAG (das natürlich keine echten Zweifel an der Europarechtskonformität seiner Judikatur hatte, sondern lediglich den Segen aus Luxemburg erhalten wollte) verwiesen. Mit seinen Darlegungen zu den im deutschen Arbeitsrecht bestehenden Anpassungsinstrumenten habe das BAG trickreich dem EuGH suggeriert, dass der Erwerber jederzeit die Dynamik beseitigen kann – und der EuGH sei in die Falle gegangen.⁴³ Diese Freiheit zur Beseitigung der Dynamik bestehe realiter jedoch nicht, da nach deutschem Arbeitsrecht ein Änderungsvertrag nur mit großen Konzessionen zu erzielen sei und es für eine Änderungskündigung bei Geltung des allgemeinen Kündigungsschutzes regelmäßig am betriebsbedingten Kündigungsgrund fehle; letzterer sei im Grunde nur bei Existenzgefährdung des Unternehmens gegeben.⁴⁴ Trotz dieser kritischen Einwände interpretiert das BAG in seiner Folgeentscheidung vom 30. August 2017 die *Asklepios*-Entscheidung des EuGH als umfassende Absicherung und Bestätigung seiner Judikatur zur unbegrenzten dynamischen Fortgeltung von Bezugnahme Klauseln – auch bei Verlust der Dynamik auf normativ-tarifvertraglicher Geltungsebene.⁴⁵

In der genannten BAG-Entscheidung klingt an, dass die Maßstäbe hinsichtlich der gegebenen Anpassungsmöglichkeiten des Betriebserwerbers möglicherweise zu mildern sind: So wird in Anlehnung an die skizzierten Rechts- bzw. Rechtsprechungsentwicklungen ausgeführt, eine akute Existenzgefährdung des Betriebs sei gerade nicht Voraussetzung für eine betriebsbedingte Ände-

38 Siehe für eine differenzierende Einordnung dieser Entscheidung Krause, FS Willemsen, 2018, S. 257, 261 f.

39 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15 ua. – AP Nr. 13 zu Richtlinie 2001/23/EG (*Asklepios*), Rn. 19.

40 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15 ua. – AP Nr. 13 zu Richtlinie 2001/23/EG (*Asklepios*), Rn. 23.

41 GA Villalón, Schlussanträge EuGH, 19.2.2013 – C-426/11 – Slg. 2013, I-82, Rn. 56 f.

42 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15 ua. – AP Nr. 13 zu Richtlinie 2001/23/EG (*Asklepios*), Rn. 27 f.

43 Sagan, ZESAR 2016, 116, 121; Busch/Gerlach, BB 2017, 2356, 2358; Wißmann/Niklas, NZA 2017, 697, 701.

44 Busch/Gerlach, BB 2017, 2356, 2359 ff.; Wißmann/Niklas, NZA 2017, 697, 701; kritisch auch Sagan, ZESAR 2016, 116, 120 f.; aA.: Bayreuther, NJW 2017, 2158, 2159, der eine theoretische Möglichkeit genügen lässt, sich einer dynamischen Bezugnahme zu entledigen; vgl. auch Wahlig/Brune, NZA 2018, 221, 223 ff.

45 BAG, 30.8.2017 – 4 AZR 95/14 – AP Nr. 139 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 44 f.

rungskündigung.⁴⁶ Eine Änderungskündigung zum Zwecke der Gehaltsanpassung komme schließlich schon in Betracht, wenn der betroffene Betrieb ansonsten stillzulegen oder die Belegschaft deutlich zu reduzieren wäre. Kritisiert wird in diesem Zusammenhang, dass diese feinsinnige Unterscheidung sich nicht erschließt. Gemessen an den in der Entscheidung zur Rs. *Asklepios* formulierten abstrakten Maßstäben lasse sich ein europarechtskonformes Ergebnis vielmehr nur dann erzielen, wenn valide, gangbare und auch in der tatsächlichen Umsetzung praktikable Instrumente zur Anpassung der Arbeitsbedingungen gegeben seien.⁴⁷

III. Dynamische Bezugnahme Klauseln: Vorsorge und Nachsorge

Welche Möglichkeiten zur Reaktion auf das Vorhandensein kleiner dynamischer Bezugnahme Klauseln in den Arbeitsverträgen des Veräußerers hat der Betriebserwerber? Im Folgenden wird insofern zwischen vorsorgenden Maßnahmen und nachsorgenden Anpassungsmöglichkeiten unterschieden.

1. Vorsorgemaßnahme: Verständige Vertragsgestaltung

Für Neuverträge löst eine verständige vorsorgende Gestaltung der Bezugnahme Klauseln das Problem umfassend. Hierzu sind die Situationen, in denen der Arbeitgeber ein dominierendes Interesse an der Beendigung der Dynamik hat, zu antizipieren.

a) Empfehlungen zur Klauselgestaltung in der Literatur

In der Literatur gibt es zahlreiche Gestaltungsvorschläge, die hier nur zusammengefasst werden sollen: Einer unter mehreren gangbaren Wegen, den Wechsel von Dynamik zu Statik immer dann durch transparente Vertragsgestaltung herbeizuführen, wenn er auf normativer Ebene qua Gesetz eintritt, könnte etwa die Verwendung folgender Klausel sein: »Auf das Arbeitsverhältnis finden die einschlägigen, am Einsatzort geltenden Tarifverträge der Metall- und Elektroindustrie in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Im Falle eines Betriebsübergangs zu einem nicht oder anders tarifgebundenen (§ 3 TVG) Betriebserwerber gelten die zu diesem Zeitpunkt gemäß Satz 1

anwendbaren Tarifverträge statisch in der zuletzt gültigen Fassung fort, soweit sie nicht durch andere Abmachungen ersetzt werden. Gleiches gilt, wenn jegliche Tarifbindung des Arbeitgebers entfällt oder der Tarifvertrag ihn nach einem Verbandsaustritt nur noch gemäß § 3 Abs. 3 TVG bindet.«

Die Klausel regelt transparent den automatischen Entfall der Dynamik bei Betriebsübergang sowie bei Beendigung der Tarifbindung, insbesondere durch Verbandsaustritt. Hinsichtlich der rechtlichen Beurteilung und Einordnung der jeweiligen Klauseln und anderen denkbaren Gestaltungsvarianten sei hier nur auf die ausführliche Klauselkommentierung an anderer Stelle verwiesen.⁴⁸

b) Großzügigere Maßstäbe der jüngsten BAG-Rechtsprechung

Verglichen damit setzt das BAG in seinen jüngsten Entscheidungen die Transparenzmaßstäbe geringer an als dies in der Literatur⁴⁹ vielfach erwogen wurde. In einer jüngst ergangenen und in der Beraterliteratur treffend unter dem Schlagwort »Gleichstellungsabrede leicht gemacht« gerühmten⁵⁰ Entscheidung vom 5. Juli 2017 erkennt das BAG einen solchen Wechsel von Dynamik zu Statik im Falle eines Betriebsübergangs zu einem nicht tarifgebundenen Betriebserwerber bereits dann an, wenn im Arbeitsvertrag eine Klausel nach folgendem Muster vorhanden ist: »Es gelten die Bestimmungen der für den Einsatzort einschlägigen Tarifverträge für die Beschäftigten im Einzelhandel – soweit sie für H verbindlich sind – sowie etwaige Betriebsvereinbarungen/-ordnungen in ihrer jeweils geltenden Fassung.«⁵¹

Zentrales Gestaltungselement, das konstitutiv den Wechsel von Dynamik zu Statik auf tarifvertraglicher Ebene nachzeichnet, ist hier die Formulierung »soweit sie für H verbindlich sind«. Als Konsequenz der Vertragsfreiheit sei es dem tarifgebundenen Arbeitgeber als Klauselverwender ohne weiteres möglich, eine Gleichstellungsabrede im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, die seine Tarifgebundenheit zur Bedingung für die Anwendbarkeit der Tarifverträge macht. Erforderlich sei allerdings Transparenz:

⁴⁶ Eylert/Schinz, RdA 2017, 140, 146 f.

⁴⁷ Busch/Gerlach, BB 2017, 2356, 2358; Willemsen/Krois/Mehrens, RdA 2018, 151, 162 f., 166.

⁴⁸ Greiner, in: Preis, Arbeitsvertrag (Fn. 37), II V 40 Rn. 99 ff.

⁴⁹ Siehe etwa: Preis/Greiner, NZA 2007, 1073, 1079; Greiner, in: Preis, Arbeitsvertrag (Fn. 37), II V 40 Rn. 8 ff.

⁵⁰ Flockenhaus, BB 2018, 125, 127; siehe auch Jacobs, juris PR-ArbR 2/2018 Anm. 2.

⁵¹ BAG, 5.7.2017 – 4 AZR 867/16 – AP Nr. 138 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 23 ff.

Das Regelungsziel der Gleichstellung müsse für den Vertragspartner mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommen. Allerdings bedürfe es – in Abgrenzung zu strengeren, in der Literatur vorgeschlagenen Klauselformulierungen – nicht der ausdrücklichen Nennung der entsprechenden Normen des Tarifvertragsgesetzes (§§ 3, 4 TVG) in der Klausel. Vielmehr könne die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers als Bedingung für die Anwendbarkeit des jeweiligen Tarifvertrags kraft einzelvertraglicher Bezugnahme schon dann deutlich genug zum Ausdruck kommen, wenn in der Bezugnahme Klausel obige Formulierung enthalten sei (»soweit sie für den Arbeitgeber verbindlich sind«). Denn diese Formulierung bringe in der Regel mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck, dass mit der Klausel nur die Gleichstellung nicht tarifgebundener Arbeitnehmer mit Gewerkschaftsmitgliedern bezweckt werde.

Dieser Fall hätte vielleicht auch mit Anwendung der Vertrauensschutzregelung für Altverträge⁵² gelöst werden können – schließlich handelte es sich um einen 1992 geschlossenen und später (2002 und 2006) im Hinblick auf Arbeitszeit und Vergütung lediglich modifizierten Arbeitsvertrag.⁵³ Das BAG stützt sich nicht darauf, sondern möchte erkennbar die Klausel auch im Rahmen der für Neuverträge ab 1. Januar 2002 geltenden Judikatur als Dynamik-Statik-Wechselklausel billigen und damit möglicherweise eine generell großzügige Handhabung dieser Auslegungsfrage anzeigen. Ob es sich angesichts der Änderungsvereinbarungen von 2002/2006 um einen Neuvertrag im Sinne der jüngeren Rechtsprechung des Senats⁵⁴ handelt, könne offenbleiben, da die Rechtsprechung zu Neuverträgen ebenfalls nicht zur dynamischen Weitergeltung der in Bezugnahme genommenen Tarifverträge führe: Die Parteien hätten hier eindeutig eine ausdrückliche Gleichstellungsabrede vereinbart. Es handle sich erkennbar nicht um eine unbedingte, sondern nur eine bedingte zeitdynamische Verweisung.⁵⁵ Eine Gleichstellungsabrede setze voraus, dass die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers in einer für den Arbeitnehmer erkennbaren Weise zur auflösenden Bedingung der Vereinbarung gemacht worden sei. Das sei vorliegend der Fall. Wenn die §§ 3, 4 TVG in der Klausel genannt würden, ist das demnach zwar nicht erforderlich, aber jedenfalls ausreichend, um den Wechsel zur statischen »Gleichstellungswirkung« zu erzielen.⁵⁶

Die Innovation der vorliegenden Entscheidung liegt in der Klarstellung, dass der Hinweis auf die §§ 3, 4 TVG nicht notwendige Bedingung für den transparenten Wechsel von

Dynamik zu Statik ist. Es genügt vielmehr, dass der Gleichstellungszweck in der vorformulierten Vertragsklausel ausreichend zum Ausdruck kommt. Mit dem Rekurs auf die »Verbindlichkeit« der in Bezug genommenen Tarifverträge sei hier die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers in hinreichend erkennbarer, transparenter Weise zur auflösenden Bedingung der dynamischen Tarifpartizipation gemacht worden. Die Formulierung »soweit« lasse eine Einschränkung der zunächst zugesagten Dynamik deutlich erkennen. Die Begrifflichkeit »verbindlich« sei synonym mit »bindend« oder »verpflichtend«.⁵⁷ Aus unklaren Formulierungen in der Lohnabrechnung (etwa einem Verweis auf den Tarifvertrag) könne kein Indiz für eine unbedingte zeitdynamische Verweisung abgeleitet werden, da eine Lohnabrechnung bloße Wissenserklärung ohne rechtsgeschäftlichen Charakter sei.⁵⁸ Sie führe somit nicht zu einer Modifikation des Vertragsinhalts. Kein anderes Ergebnis ergebe sich aus der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB. Voraussetzung für ihre Anwendbarkeit sei, dass die Auslegung zu nicht behebbaren Zweifeln führe.⁵⁹ Das sei hier schon deshalb nicht der Fall, weil es an einer ernsthaft in Betracht kommenden anderen Bedeutung der Klausel fehle.

2. Vorsorgemaßnahme: Due diligence

Allen drei erörterten EuGH-Judikaten lässt sich entnehmen, dass bloße Ultima-ratio-Reaktionsmöglichkeiten zur Abwendung einer Existenzgefährdung des erworbenen Unterneh-

52 BAG, 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04 – AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 24; BAG, 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05 – AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 28 f.

53 Allerdings sprachen die Grundsätze, die das BAG in seinem Urteil v. 7. 12. 2016 – 4 AZR 414/14 – AP Nr. 153 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 31 aufgestellt hat, hier dafür, dass die Parteien den Arbeitsvertrag nach dem 1. 1. 2002 in hinreichend intensiver Weise »angefasst« hatten und somit die Grundsätze für Neuverträge ohnehin galten, so auch die Einschätzung bei *Jacobs*, juris PR-ArbR 2/2018 Anm. 2.

54 Vgl. BAG, 7. 12. 2016 – 4 AZR 414/14 – AP Nr. 135 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

55 BAG, 5. 7. 2017 – 4 AZR 867/16 – AP Nr. 138 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 20.

56 BAG, 5. 7. 2017 – 4 AZR 867/16 – AP Nr. 138 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 24; so bereits auch BAG, 21. 10. 2009 – 4 AZR 396/08 – AP Nr. 72 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; vgl. auch die Formulierungsvorschläge bei *Jacobs*, FS Birk, 2008, S. 243, 261 ff.

57 BAG, 5. 7. 2017 – 4 AZR 867/16 – AP Nr. 138 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 27.

58 BAG, 5. 7. 2017 – 4 AZR 867/16 – AP Nr. 138 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 29.

59 So bereits BAG, 17. 10. 2007 – 4 AZR 812/06 – AP Nr. 9 zu § 53 BAT, Rn. 23.

mens nicht ausreichend sind, sondern es auch deutlich unterhalb der Schwelle der Existenzgefährdung oder des massiven Personalabbaus Anpassungsmöglichkeiten geben muss.⁶⁰ Schon dahinter kann man freilich angesichts der privatautonomem Entscheidung für die Übernahme eines Unternehmens ein großes Fragezeichen setzen: Dass die Unternehmerfreiheit es gebietet, sich unter ganz leichten Voraussetzungen von Vertragsbindungen des Rechtsvorgängers lösen zu können, erschließt sich nicht.⁶¹ Richtiger scheint das Gegenteil: Viel spricht dafür, im Grundsatz der fortbestehenden Bindung an die vertraglich vereinbarte dynamische Bezugnahme auf Tarifverträge und seiner Durchbrechung durch eine nur ausnahmsweise bei deutlich überwiegenden unternehmerischen Interessen (Existenzgefährdung) eintretenden Entdynamisierung bereits den gebotenen Ausgleich zwischen Unternehmerfreiheit und Bindung an die betätigte Vertragsfreiheit zu sehen.

Die grundsätzliche Bindung ist dem Betriebserwerber auch zuzumuten und beeinträchtigt nicht seine Unternehmerfreiheit: Es liegt auf der Hand, dass vor einem Unternehmenskauf im Wege des *Asset Deal*, der einen Betriebsübergang mit sich bringen wird, größtes Augenmerk auf die Durchführung einer arbeitsrechtlichen *Due Diligence* zu legen ist. Wenn in den Arbeitsverträgen des Unternehmensveräußerers uneingeschränkte dynamische Bezugnahmen auf die beim Veräußerer einschlägigen Tarifverträge vorhanden sind und die Arbeitsverträge ab dem 1. Januar 2002 geschlossen wurden (oder es sich zwar um Altverträge handelt, aber eine rechtsgeschäftliche Willensneubetätigung nach dem 1. Januar 2002 stattgefunden hat),⁶² muss die damit verbundene rechtliche Problematik dem Berater des Erwerbers in der *Due Diligence* bewusst sein. Die bestehenden Risiken sollten dann im Unternehmenskaufpreis ihren Niederschlag finden. Ist dieser Umstand wirtschaftlich besonders stark zu gewichten, kann vom Unternehmenskauf insgesamt Abstand genommen werden.⁶³ Entscheidet sich der Erwerber nach Prüfung der Arbeitsverträge zur Übernahme, besteht grundsätzlich kein Anlass, ihn von der dann eigenverantwortlich übernommenen dynamischen Bindung an gleichfalls übernommene Bezugnahme Klauseln zu befreien: Gerade der Respekt vor der ursprünglich zwischen den Arbeitsvertragsparteien betätigten Privatautonomie und der erneut eigenverantwortlichen, privatautonomem Entscheidung des Erwerbers, den Betrieb in Kenntnis der bestehenden Verträge und des durch § 613a BGB angeordneten

Vertragsübergangs zu erwerben, gebietet, ihn an den ursprünglich privatautonom vereinbarten Bedingungen festzuhalten, wenn das klare Regelungsziel von Art. 3 RL 2001/23/EG, die Arbeitsverhältnisse zu gleichen Bedingungen fortzuschreiben,⁶⁴ nicht konterkariert werden soll. Wer dies negiert⁶⁵, missachtet letztlich die privatautonome Bindung.

3. Nachsorgemaßnahme: Änderungskündigung

Es bleibt die Frage nach Anpassungsmöglichkeiten, wenn es sich um einen nach dem 1. Januar 2002 neu abgeschlossenen oder hinreichend intensiv geänderten Arbeitsvertrag handelt, der nicht mehr unter das Altfall-Privileg zu fassen ist und in dem auch keine nach diesen großzügigen Maßstäben hinreichend transparente Dynamik-Statik-Wechselklausel enthalten ist. In diesen Fällen mangelnder »Vorsorge« bleiben allein »Nachsorgemaßnahmen«.

In diesem Zusammenhang ist zunächst die Änderungskündigung ein besonders naheliegendes Instrument. Das BAG hat diese Anpassungsmöglichkeit bereits in seinem Vorlagebeschluss zur Rs. *Asklepios* ins Spiel gebracht.⁶⁶ Dabei kann zunächst festgehalten werden, dass eine unbedingte zeitdynamische Bezugnahme keineswegs immer eine unzumutbare wirtschaftliche Belastung für den Erwerber darstellt – und auch an dieser Stelle sei zunächst auf den Grundsatz »*caveat emptor*« verwiesen.⁶⁷ Die teilweise dramatisierten Anforderungen hinsichtlich einer Änderungskündigung⁶⁸ lassen sich in der Rechtsprechung des BAG allerdings nur teilweise verifizieren. Die mitunter angeführte akute Existenzge-

60 Ebenso die Interpretation bei *Willemsen/Krois/Mehrens*, RdA 2018, 151, 162 f.; *Busch/Gerlach*, BB 2017, 2356, 2361; vgl. *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 226.

61 Vgl. *Krause*, FS Willemsen, 2018, S. 257, 265, 268.

62 BAG, 7. 12. 2016 – 4 AZR 414/14 – AP Nr. 135 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 31; BAG, 27. 3. 2018 – 4 AZR 151/15 – AP Nr. 141 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 29.

63 Hierauf wird auch verbreitet hingewiesen: *Forst*, DB 2013, 1847, 1850; *Kainer*, EuZA 2014, 230, 235; *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

64 Vgl. EuGH, 11. 9. 2014 – C-328/13 – NZA 2014, 1092 (Österreichischer Gewerkschaftsbund), Rn. 27; EuGH, 6. 9. 2011 – C-108/10 – Slg. 2011, I-07491 (*Ivana Scattolon*).

65 *Sutschet*, RdA 2013, 33 f.; *Möller*, NZA 2006, 579, 583.

66 BAG, 17. 6. 2015 – 4 AZR 61/14 (A) – AP Nr. 132 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 15.

67 Vgl. *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

68 So *Willemsen/Krois/Mehrens*, RdA 2018, 151, 162 f.; *Naber/Krois*, BB 2015, 1600.

fährdung des Betriebes⁶⁹ wird nicht in jedem Fall vorausgesetzt, sondern § 2 iVm. § 1 Abs. 2 KSchG postuliert allgemein eine Beschränkung der Änderungskündigung auf die zur Fortsetzung der Tätigkeit erforderlichen Anpassungen. Damit wird letztlich dem »Erforderlichkeits«-Maßstab aus der *Asklepios*-Rechtsprechung des EuGH entsprochen. Man kann also nicht pauschal konstatieren, die Änderungskündigung zum Zwecke der Abschaffung der Dynamik sei gänzlich aussichtslos oder nur theoretischer Natur.⁷⁰ Einzuräumen ist allerdings, dass sie einem strengen Verhältnismäßigkeitsgebot unterliegt und somit in der Praxis schwer umsetzbar ist.

Der 2. BAG-Senat hat die Voraussetzungen für eine arbeitnehmerungünstige und in das vertragliche Synallagma eingreifende Änderungskündigung spezifiziert. Sie muss zum einen nach den Maßstäben des § 1 KSchG sozial gerechtfertigt sein (vgl. § 2 S. 1 KSchG). Zum anderen muss die angebotene Vertragsänderung ihrerseits einer Verhältnismäßigkeitsbetrachtung standhalten.⁷¹ Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrags den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Hierfür genügt eine dargelegte Unrentabilität des Betriebs zu den bisherigen Bedingungen. Eine ansonsten drohende Betriebsstilllegung oder deutliche Personalreduzierung muss hierdurch abgewendet werden können.⁷² Die Maßstäbe sind dabei streng. Selbst bei quantitativ eher geringfügigen und im Hinblick auf das Synallagma randständigen Vergütungsbestandteilen (Fahrtkosten- oder Mietzuschuss) wendet das BAG den strengen Verhältnismäßigkeitsmaßstab an. In diesem Zusammenhang wird nicht zu Unrecht darauf hingewiesen, dass die vom BAG postulierten Voraussetzungen jedenfalls nicht weit von einer akut existenzgefährdenden Situation des Unternehmens entfernt sind.⁷³

Insgesamt sind die Maßstäbe für eine Änderungskündigung zweifelsfrei hoch: Das Beschäftigungsbedürfnis für den betreffenden Arbeitnehmer zu bisherigen Vertragsbedingungen muss entfallen sein, um eine betriebsbedingte Änderungskündigung rechtfertigen zu können.⁷⁴ Ferner dürfen nur solche Änderungen vorgeschlagen werden, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss.⁷⁵ Nicht erfüllt sind diese Anforderung durch ein bloßes – nach einem Betriebsübergang häufig gegebenes – Vereinheitlichungs- oder Nivellierungsinteresse des Arbeitgebers.⁷⁶ Selbst dann, wenn die Anforderung einer Unrentabilität des Betriebes und drohender Personalabbaumaßnahmen gege-

ben ist, bedarf es nach der Rechtsprechung eines umfassenden Sanierungsplans, der alle im Vergleich zur beabsichtigten Änderungskündigung milderen Mittel ausschöpft.⁷⁷ Ob man deswegen Mitleid mit dem Betriebserwerber haben muss, scheint zweifelhaft, denn Betriebserwerber werden schließlich nicht durch Hoheitsakt zur Übernahme eines Unternehmens gezwungen, sondern entschließen sich privatautonom dazu – mit allen daraus resultierenden Rechtsfolgen.⁷⁸ Zudem existieren wie gezeigt vielfältige Möglichkeiten der vorsorgenden Vertragsgestaltung für den gewünschten Wandel von Dynamik zu Statik.

4. Nachsorgemaßnahme: Änderungsvertrag

Die Literatur erwägt angesichts der hohen Voraussetzungen für eine Änderungskündigung andere Möglichkeiten, die Dynamik abzustreifen. Es gibt Überlegungen zum Abschluss konkludenter Änderungsverträge. Sie sollen so zustande kommen, dass der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmern ein Informationsschreiben zukommen lässt, in dem über das Ende der normativen Wirkung des Tarifvertrags und über den Umstand unterrichtet wird, dass angesichts der schwierigen wirtschaftlichen Situation zukünftige Tarifierhöhungen nicht weitergegeben werden sollen.⁷⁹ Die Arbeitnehmer nähmen dieses Vertragsänderungsangebot durch Schweigen und Weiterarbeiten konkludent an.⁸⁰ Dabei vermag die Annahme einer konkludenten

69 *Willemsen/Krois/Mehrens*, RdA 2018, 151, 162; *Naber/Krois*, BB 2015, 1600.

70 So aber *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230, 2231; *Willemsen/Krois/Mehrens*, RdA 2018, 151, 162 f.; *Willemsen/Grau*, NJW 2014, 12, 15; *Naber/Krois*, BB 2015, 1600; *Latzel*, RdA 2014, 110, 116; *Sagan*, ZESAR 2016, 116, 120.

71 BAG, 10. 9. 2009 – 2 AZR 822/07 – AP Nr. 142 zu § 2 KSchG 1969, Rn. 13.

72 BAG, 10. 9. 2009 – 2 AZR 822/07 – AP Nr. 142 zu § 2 KSchG 1969, Rn. 25; hierauf zu Recht hinweisend *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145 f.

73 *Busch/Gerlach*, BB 2017, 2356, 2361 f.; vgl. *Busch/Gerlach*, BB 2018, 1780, 1781; vgl. *Willemsen/Krois/Mehrens*, RdA 2018, 151, 162.

74 Siehe nur BAG, 26. 6. 2008 – 2 AZR 139/07 – AP NR. 138 zu § 2 KSchG 1969, Rn. 17.

75 BAG, 27. 3. 2003, – 2 AZR 74/02 – AP Nr. 72 zu § 2 KSchG 1969; BAG, 18. 11. 1999 – 2 AZR 77/99 – AP Nr. 55 zu § 2 KSchG 1969; BAG, 1. 7. 1999 – 2 AZR 826/98 – AP Nr. 53 zu § 2 KSchG 1969.

76 BAG, 1. 7. 1999 – 2 AZR 826/98 – AP Nr. 52 zu § 2 KSchG 1969.

77 BAG, 23. 6. 2005 – 2 AZR 642/04 – NZA 2006, 92, 96 (= AP Nr. 81 zu § 2 KSchG 1969); BAG, 20. 8. 1998 – 2 AZR 84/98 – NZA 1999, 255, 256 (= AP Nr. 50 zu § 2 KSchG 1969); BAG, 1. 7. 1999 – 2 AZR 826/98 – NZA 1999, 1336, 1338 (= AP Nr. 53 zu § 2 KSchG 1969).

78 *Eylert/Schinz*, RdA 2017, 140, 145.

79 Siehe hierzu *Kania/Seitz*, RdA 2015, 228, 229 ff.

80 *Kania/Seitz*, RdA 2015, 228, 230.

den Vertragsänderung bereits im Hinblick auf die rechtsgeschäftliche Konstruktion nicht zu überzeugen.⁸¹ Ebenso wenig ist ein in eine unbedingte Bezugnahme Klausel hineingelesenes, stillschweigend mit vereinbartes Widerrufsrecht des Arbeitgebers mit den Grundsätzen der Rechtsgeschäftslehre in Einklang zu bringen.⁸² Jeweils lässt sich einwenden, dass der Arbeitgeber grundsätzlich nicht davon ausgehen kann, der Arbeitnehmer werde einer für ihn nachteiligen Vertragsänderung ohne weiteres zustimmen.⁸³ Die Annahme einer konkludenten oder stillschweigenden Zustimmung des Arbeitnehmers mithilfe der beschriebenen rechtsgeschäftlichen Konstruktionen ist somit nicht mehr als bloße Fiktion.

Als zweiseitige Anpassungsmöglichkeit verbleibt allerdings die ausdrückliche Vereinbarung einer Entdynamisierung. Auch wenn ein entsprechender Änderungsvertrag idR. nicht ohne Konzessionen auf Arbeitgeberseite möglich sein dürfte, stellt er eine realisierbare Entdynamisierungsmöglichkeit dar.⁸⁴ Nicht zuletzt der »Abkauf« einer dynamischen Bezugnahme (etwa durch abfindungsähnliche Einmalzahlung oder in Gestalt einer dauerhaften Gehaltserhöhung) hat sich in der Praxis bereits als zweiseitige Anpassungsmöglichkeit etabliert.⁸⁵

5. Nachsorgemaßnahme: »Kettenverweisung«

Eine versteckte, aber durchaus erfolversprechende (und vor allem kostengünstige) nachsorgende Möglichkeit zur Entdynamisierung von Bezugnahme Klauseln fördert die Entscheidung des BAG vom 22. März 2018⁸⁶ in Gestalt der »Kettenverweisung« zutage. Dieser Entscheidung lag eine Insolvenzkonstellation zugrunde: Die Beklagte beabsichtigte die Übernahme eines insolventen Unternehmens, in dem der Kläger beschäftigt war. Bedingung war die vorübergehende Vergütungsabsenkung um 5%. Hierfür wurde die bislang im Arbeitsvertrag geregelte dynamische Bezugnahme auf den Flächentarifvertrag modifiziert. Der Kläger stimmte einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf einen Anerkennungstarifvertrag (»Firmen-Sanierungstarifvertrag«) zu, der seinerseits wiederum auf den Flächentarifvertrag verwies und gleichzeitig eine Vergütungsabsenkung von 5% des Bruttolohns für das Jahr 2010 anordnete. Das beklagte Unternehmen kündigte den Anerkennungstarifvertrag mit Wirkung zum 31. Dezember 2011. Das BAG erkannte eine Entdynamisierung der Bezugnahme auf den Flächentarifvertrag. Die Dynamik

des Flächentarifvertrags ende, sobald der gleichsam »zwischen geschaltete« Anerkennungstarifvertrag sie nicht mehr zu vermitteln vermag. Dies habe die Überführung des Anerkennungstarifvertrags in das Nachwirkungsstadium (§ 4 Abs. 5 TVG) infolge Kündigung bewirkt.⁸⁷

Findet sich also eine Gewerkschaft, die zum Abschluss eines derartigen modifizierenden »Anerkennungstarifvertrags« bereit ist (entweder in Unkenntnis der weitreichenden Rechtsfolgen oder vielleicht bewusst im Gegenzug zur Vereinbarung einer privilegierenden Differenzierungsregelung für Gewerkschaftsmitglieder),⁸⁸ liegt in seiner Vereinbarung und späteren Kündigung eine weitere versteckte und für den bereitwillig mitwirkenden Durchschnittsarbeitnehmer kaum erkennbare Möglichkeit zur Entdynamisierung von Bezugnahme Klauseln. Sie ist mit der genannten Entscheidung höchstrichterlich »abgesegnet«,⁸⁹ und auch im Schrifttum erntete das Urteil überwiegend Beifall.⁹⁰ Nicht erkannt wird allerdings, dass das BAG etablierte Auslegungs- (§§ 133, 157 BGB) und AGB-rechtliche Grundsätze (§§ 305 ff. BGB) außer Acht lässt: Der Arbeitnehmer wird bei der Änderung der Bezugnahme modalitäten (bewusst) im Unklaren gelassen: Das vermeintlich kleine Zugeständnis einer überschaubaren Vergütungsabsenkung für einen überschaubaren Zeitraum zieht eine intransparente dauerhafte Entdynamisierungswirkung nach sich. Die eher technisch scheinende Zwischenschaltung eines »Anerkennungstarifvertrags« führt gerade zur »Aberkennung« der dynamischen Tarifpartizipation. Die Bezeichnung des Bezugnahmeobjekts als »Anerkennungstarifvertrag« wirkt dabei (bewusst) irre-

81 LAG Hessen, 10. 12. 2013 – 8 Sa 538/13; *Busch/Gerlach*, BB 2017, 2356, 2363; *Löwisch/Rieble*, TVG (Fn. 1), § 3 Rn. 653; *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230, 2231.

82 So aber *Löwisch/Rieble*, TVG (Fn. 1), § 3 Rn. 655.

83 *Schwarz*, BB 2010, 1021, 1024f.; *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230, 2231.

84 Kritisch hierzu *Busch/Gerlach*, BB 2018, 1780, 1781; *Busch/Gerlach*, BB 2017, 2356, 2363; *Ubber/Massig*, BB 2017, 2230, 2231; vgl. auch *Kempton*, BB 2014, 1785, 1787; *Schwarz*, BB 2010, 1021, 1024.

85 *Wahlig/Brune*, NZA 2018, 221, 226.

86 BAG, 22. 3. 2017 – 4 AZR 462/16 – AP Nr. 136 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

87 BAG, 22. 3. 2017 – 4 AZR 462/16 – AP Nr. 136 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 18.

88 Gerade derartige Koppelungsgeschäfte in der Sanierungssituation zeigen die rechtliche Problematik der Differenzierungsklauseln, vgl. bereits *Greiner*, FS Willemsen, 2018, S. 159, 160f.; *Greiner*, NZA 2016, 10ff.

89 *Mückl/Götte*, DB 2017, 2172 weisen auf die Gestaltungsvorteile einer Kettenverweisung auf Tarifverträge sogar ausdrücklich hin.

90 *Ulber/Koch*, BB 2017, 2169ff.; *Jacobs*, jurisPR-ArbR 19/2017 Anm. 1.

führend. Ein verständiger Durchschnittsarbeitnehmer⁹¹ hätte der Vertragsänderung jedenfalls kaum zugestimmt, wäre er sich über die Tragweite der neuen Bezugnahme-konstellation bewusst gewesen.

Nach den Maßstäben des AGB-Rechts müsste die mit der Kettenverweisungstechnik verbundene Änderung des Bezugnahmeobjekts an sich für einen durchschnittlichen Arbeitnehmer klar und verständlich sein.⁹² Das gebietet bereits das AGB-rechtliche Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB).⁹³ Den betroffenen Arbeitnehmern wäre demnach klar vor Augen zu führen, dass die Partizipation an den Weiterentwicklungen des Flächentarifvertrags nunmehr vom Schicksal eines zwischengeschalteten Anerkennungstarifvertrags abhängig sein soll.⁹⁴ Aus der Vertragsänderung müsste deutlich hervorgehen, dass der Arbeitnehmer dem Risiko einer Entdynamisierung ausgesetzt ist, die einseitig durch den Arbeitgeber herbeigeführt werden kann.⁹⁵ Diesen Anforderungen trägt das BAG mit Blick auf die Kettenverweisungskonstruktion nicht hinreichend Rechnung. Es bleibt die Hoffnung, dass darin kein bewusst eröffneter Weg zur verdeckten Entdynamisierung zu sehen ist, sondern ein nicht bedachter Zufallseffekt, den das BAG bei nächster Gelegenheit revidiert. Bis dahin müssen Arbeitnehmervertreter im Hinblick auf eine vom Arbeitgeber angestrebte Änderung der Bezugnahme durch Zwischenschaltung eines »Anerkennungstarifvertrags« besonders misstrauisch sein.

6. Entdynamisierung durch Betriebsvereinbarung?

Taugt auch das Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit als Weg zur Entdynamisierung einer dynamischen Bezugnahme-Klausel? Teilweise verweist das Schrifttum darauf, dass die arbeitsvertragliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag geradezu das Musterbeispiel einer konkludent betriebsvereinbarungsoffenen Vertragsklausel sei. Eine Entdynamisierung könne daher auch ohne Beteiligung von Gewerkschaft und betroffenem Arbeitnehmer durch Betriebsvereinbarung erreicht werden.⁹⁶ Eine Entscheidung des LAG Düsseldorf billigte 2016 die Übertragung des Konzepts der konkludent vereinbarten »Betriebsvereinbarungsoffenheit« auf die arbeitsvertragliche Bezugnahme.⁹⁷ Jüngst erteilte der 4. Senat des BAG dem jedoch zu Recht eine klare Absage und hob auf die Revision des Klägers das Urteil des LAG Düsseldorf auf.⁹⁸

Im Einzelnen:

a) Die Entscheidung des BAG vom 5. März 2013 als Ausgangspunkt

Bekanntlich hat das BAG mit einem kontrovers diskutierten⁹⁹ Urteil vom 5. März 2013 judiziert, dass AGB in Arbeitsverträgen, sofern sie einen »kollektiven Bezug« aufwiesen, konkludent betriebsvereinbarungsoffen ausgestaltet seien.¹⁰⁰ Durch eine Neubetätigung des Kollektivwillens der Betriebsparteien könne folglich auch in AGB-Zusagen eingegriffen werden; sie könnten umstrukturiert und abgeändert werden. Auf diese Weise erlangte eine – im Wege der nach Abschluss des Arbeitsvertrags erfolgten Änderung einer Betriebsvereinbarung – eingeführte Altersgrenze (Vollendung des 65. Lebensjahres) Einfluss auf ein ohne Altersgrenze oder Befristung ausgestaltetes Arbeitsverhältnis. Im konkreten Fall war allerdings der Arbeitsvertrag ganz rudimentär ausgestaltet, woraus das BAG ableitete, dass dem Arbeitnehmer (nach seinem maßgeblichen objektivierten Empfängerhorizont) klar sein müsse, dass betriebliche und tarifliche Regelungen entscheidend für die Ausgestaltung des Arbeitsverhältnisses sein würden.¹⁰¹

Über diesen in rechtsgeschäftlicher Hinsicht einfach lösbaren Sonderfall hinaus enthält die Entscheidung jedoch ein sehr weitgehendes *obiter dictum*.¹⁰² Nach

91 Zur Figur des verständigen Durchschnittsarbeitnehmers zuletzt BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 265/17 – AP Nr. 144 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 17; BAG, 13. 5. 2015 – 4 AZR 244/14 – AP Nr. 130 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 17; vgl. auch BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – NZA 2006, 324, 327 f. (= AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG).

92 Vgl. BGH, 23. 2. 2011 – XII ZR 101/09 – NJW-RR 2011, 1144, Rn. 10.

93 BGH, 6. 10. 1999 – VIII ZR 125/98 – NJW 2000, 515, 519; BGH, 9. 5. 2001 – IV ZR 121/00 – NJW 2001, 2014, 2016; BGH, 6. 10. 2005 – VIII ZR 48/05 – NJW 2006, 996, 997.

94 Eine in dieser Hinsicht missverständliche Bezugnahme-Klausel ist nach Maßgabe von § 307 Abs. 1 S. 1, 2 BGB unwirksam.

95 Pionteck, »Kettenverweisung« auf Tarifverträge, AuR 2019, 67.

96 Wahlig/Brune, NZA 2018, 221, 223 ff.; Ueber/Massig, BB 2017, 2230, 2233 ff.

97 LAG Düsseldorf, 25. 10. 2016 – Sa 500/16, Rn. 49 ff.

98 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 42 ff.

99 Waltermann, RdA 2016, 296 ff.; Waltermann, SAE 2013, 94 ff.; Hromadka, NZA 2013, 1061 ff.; Preis/Ulber, NZA 2014, 6 ff.; Meinel/Kiehn, NZA 2014, 509 ff.

100 BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972; BAG, 21. 8. 2013 – 5 AZR 581/11 – AP Nr. 124 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 47; vgl. BAG, 10. 3. 2015 – 3 AZR 56/14 – AP Nr. 68 zu § 1 BetrAVG Ablösung, Rn. 31; BAG, 24. 10. 2017 – 1 AZR 846/15 – AP Nr. 110 zu § 77 BetrVG 1972; siehe auch etwas modifizierend BAG, 17. 2. 2015 – 1 AZR 599/13 – AP Nr. 65 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung.

101 BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 57.

102 BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 58 ff.

Ansicht des BAG wird durch die Verwendung von AGB mit inhaltlichem Kollektivbezug regelmäßig konkludent vereinbart, dass eine Abänderung durch betriebliche Regelungen möglich sein soll. Schon die Verwendung von AGB mache hinreichend deutlich, dass betriebseinheitliche Vertragsbedingungen gelten sollen. Anderenfalls seien die Gestaltungsmöglichkeiten der Betriebsparteien hinsichtlich zukünftiger Anpassungen der Arbeitsbedingungen mit kollektivem Bezug sehr beschränkt. AGB und Betriebsvereinbarungen seien gleichermaßen auf die Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen im Betrieb gerichtet. Aus Perspektive eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers könne nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den vom Arbeitgeber gestellten Arbeitsbedingungen um betriebsvereinbarungsoffene Arbeitsbedingungen handle, mag das zentrale Gestaltungsinstrument zunächst auch der Arbeitsvertrag sein. Etwas anderes gelte nur dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Arbeitsbedingungen vereinbart haben, die unabhängig von einer im Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.¹⁰³

b) Reaktionen aus dem Schrifttum

Gedanklich liegen zwischen dieser Argumentation und der 2005/2007 erfolgten Abkehr von der Gleichstellungsabrede¹⁰⁴ Welten: Mit gleicher Argumentation hätte man ohne weiteres auch den Gleichstellungsaspekt in die Gedankenwelt eines verständigen und redlichen Arbeitnehmers hineinlesen können. Insofern zeigt die Entscheidung des BAG vom 5. März 2013 sehr deutlich, dass nach weniger als einer Dekade der Trend zum Schutz der Individualrechte und der Individualfreiheit des einzelnen Arbeitnehmers wieder deutlich zu kollektiven Schutzzwecken und zur Instrumentalisierung des Einzelarbeitsvertrages für kollektive Zwecke verschoben wird.¹⁰⁵ Vielleicht korreliert dies mit einem allgemeinen gesellschaftlichen Trend, in dem vereinheitlichende Regulierung durch einen »starken Staat« wieder attraktiver und eine »individualistische« Segmentierung der Arbeitsbedingungen suspekter scheint als noch vor wenigen Jahren.¹⁰⁶ Auch das Tarifeinheitsgesetz¹⁰⁷ weist programmatisch in diese Richtung.¹⁰⁸

Zu Recht wurde die Entscheidung von 2013 im wissenschaftlichen Schrifttum nahezu einhellig kritisiert, teils scharf als »abseitige« Ausschaltung des Günstigkeitsprinzips und der Unklarheitenregel verurteilt,¹⁰⁹ teils eleganter, aber mit gleicher Zielrichtung als kritikwürdige Koor-

dinatenverschiebung im System von Kollektiv- und Individualarbeitsrecht eingeordnet.¹¹⁰ Auch mit den etablierten Maßstäben der Vertragsauslegung (vgl. §§ 133, 157 BGB) sei das Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit kaum in Einklang zu bringen.¹¹¹

Insbesondere im unternehmernahen Berater-Schrifttum stößt die Entscheidung dagegen auf große Zustimmung.¹¹² Frappierend ist dabei die Asymmetrie der Bewertungsmaßstäbe. Während die (nur infolge einer eigenverantwortlichen privatautonomen Erwerbsentscheidung eintretende)¹¹³ fortgeltende dynamische Bindung an künftige Tarifabschlüsse nach einem Betriebsübergang als großes Unrecht betrachtet wird,¹¹⁴ wird die Durchbrechung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* zulasten des Arbeitnehmers und seine damit verbundene Unterwerfung unter die eingreifende Rechtsetzungsmacht der Betriebsparteien unter dem Gesichtspunkt der »Flexibilität« nachdrücklich begrüßt.¹¹⁵ Argumentativ wird der generalisierende Charakter von AGB ins Feld geführt.¹¹⁶ Diese stünden auf der Schwelle zwischen individuellen und kollektiven Regelungen. Der generalisierende Charakter bleibe dem Arbeitnehmer typischerweise auch nicht verborgen. Der Gegenstand allgemeiner Arbeitsbedingungen habe eine große Nähe zu den Regelungsgegenständen des Betriebsverfassungsrechts. Der einzelne Arbeitnehmer müsse bei einer generalisierenden arbeits-

103 BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 60.

104 BAG, 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04 – AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 19; BAG, 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05 – AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 45.

105 Vgl. Waltermann, RdA 2016, 296, 302 f.

106 Vgl. Hanau, NZA 2012, 825, 830.

107 BGBl. 2015 I, S. 1130.

108 Kritisch dazu Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 1), § 4a Rn. 24, 31 ff.; Rieble, in: Giesen/Junker/Rieble (Hrsg.), Neue Tarifpolitik?, München 2014, S. 67, 95.

109 Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 1), § 4 Rn. 550; Creutzfeldt, NZA 2018, 1111 ff.

110 Preis/Ulber, NZA 2014, 6, 7 ff.

111 Creutzfeldt, NZA 2018, 1111, 1113 ff.

112 Meinel/Kiehn, NZA 2014, 509 ff.; Neufeld/Flockenhaus, BB 2016, 2357, ff.; jüngst auch Wahlig/Brune, NZA 2018, 221, 223 ff. und Ubber/Massig, BB 2017, 2230, 2233 ff.

113 S. o. III.2.

114 Melot de Beauregard, NJW 2006, 2522 ff.; Zerres, NJW 2006, 3533 ff.; Simon/Weninger, BB 2007, 2125 ff.; Müller-Bonanni/Mehrens, NZA 2012, 195 ff.; zuletzt Willemsen/Krois/Mehrens, RdA 2018, 151 ff.

115 Ubber/Massig, BB 2017, 2230, 2233; Neufeld/Flockenhaus, BB 2016, 2357, 2358; Wahlig/Brune, NZA 2018, 221, 223 ff.

116 Linsenmaier, RdA 2014, 336, 343 f.; zustimmend Ubber/Massig, BB 2017, 2230, 2235.

vertraglichen Zusage ohne weiteres damit rechnen, dass diese durch eine abweichende (und ebenfalls generalisierende) Betriebsvereinbarung ersetzt werden könne. Dies benachteilige den Arbeitnehmer nicht unangemessen (vgl. § 307 Abs. 1, 2 BGB), sodass auch den Grundsätzen der Inhaltskontrolle entsprochen werde.¹¹⁷ Es gehe um den Erhalt eines »Mindestmaßes an Flexibilität«.¹¹⁸ Insbesondere im Zusammenhang mit Bezugnahme Klauseln trage das Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit diesem Bedürfnis Rechnung.¹¹⁹ Auf diese Weise könne der »Versteinerung«¹²⁰ der Arbeitsbedingungen auf individualvertraglicher Ebene entgegengewirkt werden. Diese Flexibilisierungs- und Harmonisierungsmöglichkeit müsse sogar als arbeitsrechtliche Besonderheit im Sinne von § 310 Abs. 4 S. 2 BGB Anerkennung finden und erlange auf diese Weise Einfluss auf die AGB-rechtlichen Maßstäbe.¹²¹

c) Stellungnahme

Nicht zu verkennen ist allerdings, dass damit die Regelungsbefugnisse auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene ganz erheblich ausgebaut und der verhängnisvolle Trend zu einer Allzuständigkeit der Betriebsparteien im Hinblick auf Regelungen, die die Rechtsposition des Arbeitnehmers verschlechtern, fortgeschrieben wird.¹²² Die dadurch entgrenzte Regelungshoheit der Betriebspartner wartet überdies mit einem Legitimationsdefizit auf. Auf betriebsverfassungsrechtlicher Ebene kommt weder das privatautonome Eigenverantwortungsprinzip der individualvertraglichen Ebene noch das Legitimationsprinzip durch Mitgliedschaft (»kollektiv ausgeübte Privatautonomie«) und die daraus resultierende Richtigkeitsgewähr¹²³ von Tarifabschlüssen zum Tragen. Vielmehr handelt es sich bei der Betriebsverfassung um ein von Zwangselementen gekennzeichnetes »Fremdbestimmungssystem«,¹²⁴ das gerade wegen seiner Zwangswirkung eine vereinheitlichende, generalisierende Wirkung innerhalb eines Betriebes entfaltet.¹²⁵ Das System des Betriebsverfassungsrechts korrespondiert – anders als das Tarifvertragsrecht – gerade nicht mit dem Rechtsgedanken von der »kollektiv ausgeübten Privatautonomie«.¹²⁶ Es fehlt ein die Normsetzung legitimierender (Beitritts-) Akt; der Betriebsrat ist zwar durch Wahl und Mehrheitsprinzip zweifellos zur Rechtssetzung legitimiert, die Mehrheit diktiert dabei aber die Bedingungen auch mit Wirkung für Minderheiten.¹²⁷ Richtigkeitsgewähr durch unabhängige, organisatorisch getrennte, sozial mächtige Organisationen ist damit gerade nicht gewährleistet.

Aus diesem Grund scheint es höchst zweifelhaft, die individualvertragliche Ebene zulasten der Arbeitnehmer durch kollektivierende Umverteilungs- und Eingriffskompetenzen der Betriebsparteien zu schwächen. Betriebsvereinbarungen sind auch nicht deshalb in § 310 Abs. 4 BGB von der AGB-Kontrolle ausgenommen, weil ihnen allumfassende Richtigkeitsgewähr zukäme, sondern allein deshalb, weil mit § 75 BetrVG eine speziellere Grundlage der richterlichen Inhaltskontrolle von Betriebsvereinbarungen existiert, die somit *lex specialis*-Vorrang gegenüber den §§ 305 ff. BGB genießt.¹²⁸ Dass das darüber geltende Verhältnismäßigkeitsprinzip den Arbeitnehmer hinsichtlich der Eingriffe durch die Betriebspartner hinreichend schützt, scheint indes zweifelhaft. Die zu § 75 BetrVG entwickelten Maßstäbe sind bis zur Unkenntlichkeit dehnbar.¹²⁹ Beispielhaft für eine solche Marginalisierung steht die Rechtsprechung des BAG zu Stichtagsklauseln mit außen-seiterdifferenzierender Wirkung.¹³⁰

117 Linsenmaier, RdA 2014, 336, 344.

118 Ueber/Massig, BB 2017, 2230, 2234.

119 Ebd.

120 Ueber/Massig, BB 2017, 2230, 2233; Neufeld/Flockenhaus, BB 2016, 2357, 2358.

121 So der Argumentationsgang von Ueber/Massig, BB 2017, 2230, 2234.

122 Zu Recht kritisch Waltermann, SAE 2013, 94, 96; Waltermann, RdA 2016, 296, 302 f.

123 BAG, 24.9.2008 – 6 AZR 76/07 – AP Nr. 11 zu § 305c BGB, Rn. 49; BAG, 28.3.2006 – 1 ABR 58/04 – AP Nr. 4 zu § 2 TVG Tariffähigkeit, Rn. 47; BAG, 21.11.2012 – 4 AZR 27/11 – AP Nr. 16 zu § 3 TVG Verbandsaustritt, Rn. 14; BAG, 19.6.2012 – 1 AZR 775/10 – AP Nr. 177 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Rn. 16; BAG, 4.6.2008 – 4 AZR 419/07 – AP Nr. 38 zu § 3 TVG, Rn. 65, 68.

124 Preis/Ulber, RdA 2013, 211, 212, 215, 220; Franzen, NZA-Beil. 2006, 107; Richardi, in: Richardi (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Richardi), § 77 Rn. 72; vgl. Waltermann, RdA 2016, 296, 303.

125 Vgl. Waltermann, RdA 2016, 296, 303.

126 Grundlegend: Bayreuther, Tarifaautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2005), passim; mittlerweile ständige Rechtsprechung: BAG, 25.2.1998 – 7 AZR 641/96 – NZA 1998, 715, 716 (= AP Nr. 11 zu § 1 TVG Tarifverträge: Luftfahrt); BAG, 30.8.2000 – 4 AZR 563/99 – NZA 2001, 613, 615 (= AP Nr. 25 zu § 4 TVG Geltungsbereich); BAG, 15.4.2015 – 4 AZR 796/13 – AP Nr. 57 zu § 3 TVG, Rn. 44; BAG, 26.4.2017 – 10 AZR 856/15 – AP Nr. 29 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bewachungsgewerbe, Rn. 28.

127 Vgl. Linsenmaier, RdA 2008, 1, 4 f.; Preis/Ulber, RdA 2013, 211, 212, 215.

128 Preis, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019, § 310 BGB Rn. 9; BAG, 1.2.2006 – 5 AZR 187/05 – AP Nr. 28 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung, Rn. 26 f.

129 Vgl. Wiedemann, RdA 2017, 333, 335; sa. Greiner, NZA 2016, 10, 12.

130 So wird der in § 75 BetrVG verankerte betriebsverfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz etwa bei der Frage nach der Zulässigkeit einer Stichtagsregelung nur sehr rudimentär geprüft: BAG, 15.4.2015 – 4 AZR 796/13 – AP Nr. 57 zu § 3 TVG, Rn. 59 ff.; teilweise wird auf § 75 BetrVG aber auch gar nicht eingegangen: BAG, 18.3.2009 – 4 AZR 64/08 – AP Nr. 41 zu § 3 TVG; BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – AP Nr. 147 zu Art. 9 GG.

Dass mit der Anerkennung einer konkludent vereinbarten »Betriebsvereinbarungsoffenheit« auch das betriebsverfassungsrechtliche Günstigkeitsprinzip (analog § 4 Abs. 3 TVG) ignoriert wird,¹³¹ liegt auf der Hand: Mit der eröffneten betriebsverfassungsrechtlichen Kompetenz zum Eingriff in AGB-rechtliche Zusagen auf arbeitsvertraglicher Ebene ist den Betriebsparteien letztlich die Macht eröffnet, Höchsttarbeitsbedingungen zu setzen, die in darüber hinausgehende Zusagen auf arbeitsvertraglicher Ebene einschneiden. Diese Setzung kollektiver Höchsttarbeitsbedingungen ist systemfremd und durch verfassungskonforme Anerkennung des Günstigkeitsprinzips auch im Kontext des § 77 BetrVG eigentlich ausgeschlossen; das Günstigkeitsprinzip wirkt in der Betriebsverfassung letztlich als verfassungsrechtlich gebotener Bevormundungsschutz.¹³²

Nicht zuletzt steht die mit dem Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit verbundene Abbedingung des Günstigkeitsprinzips in einem offenen Widerspruch zur Ratio der §§ 305 ff. BGB.¹³³ Das AGB-rechtliche Regelungsregime bezweckt den Schutz der gegenüber dem Klauselverwender unterlegenen Vertragspartei, die keinen gestaltenden Einfluss auf die Vertragsbedingungen nehmen kann.¹³⁴ Übertragen auf das Arbeitsrecht soll der Arbeitnehmer hinsichtlich der vom Arbeitgeber einseitig gestellten (Arbeits-) Vertragsbedingungen geschützt werden. Im Zusammenspiel mit dem Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit führt die Qualifikation von Vertragsbedingungen als AGB hingegen zu einer deutlichen Verschlechterung der Rechtsposition des Arbeitnehmers. Sie hat den paradoxen Effekt, dass die Bindungswirkung des Vertrags zulasten des Arbeitnehmers stark relativiert wird, obwohl diesen die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB genau umgekehrt in seiner Privatautonomie schützen und unterstützen soll.¹³⁵

Denkt man die Auslegungsmaßstäbe des 1. Senats konsequent weiter, müsste man mit gleicher Begründung in jede formulararbeitsvertragliche Regelung möglicherweise auch eine konkludent vereinbarte *Tarifvertragsoffenheit* »hineinlesen«. Dies wird zwar für die Auslegung von dynamischen Bezugnahme Klauseln auf Tarifverträge, die entsprechend ihrem Regelungsgegenstand immer auf die tarifliche Ebene verweisen, nicht relevant; sie erklären sich gewissermaßen ausdrücklich für »tarifvertragsoffen«. Wohl aber gilt dies für jede andere Arbeitsvertragsklausel: Wie die Betriebsvereinbarung ist auch der Tarifvertrag vom Ziel der Vereinheitlichung der Arbeitsbedingungen geleitet. Indem das BAG in einer jüngst ergangenen Ent-

scheidung die vereinheitlichende Wirkung des Tarifvertrags verneint und einem zur Tarifvertragsoffenheit führenden Erst-recht-Schluss eine Absage erteilt,¹³⁶ leugnet es die ordnende Funktion der Tarifautonomie. Der Tarifvertrag entfaltet jedenfalls für diejenigen Arbeitsverhältnisse eine vereinheitlichende Wirkung, für die er Kraft mitglied-schaftlicher Legitimation Geltung beansprucht (§§ 4 Abs. 1, 3 Abs. 1 TVG). Insoweit spräche auf Basis der dargestellten Rechtsprechung einiges dafür, dass sich auch eine die Rechtsposition des Arbeitnehmers verschlechternde tarifliche Regelung gegenüber einer arbeitsvertraglichen Regelung mit gleichem Regelungsgegenstand durchsetzen müsste – zumindest im beidseitig normativ tarifgebundenen Arbeitsverhältnis. Damit einhergehen würde allerdings eine massive Entwertung der individualvertraglichen Regelung sowie eine faktische Abschaffung des Günstigkeitsprinzips, insofern in seiner ausdrücklich in § 4 Abs. 3 TVG normierten, tarifrechtlichen Ausprägung. Im Ergebnis ist daher der Rechtsprechung des BAG beizupflichten, wonach eine Bezugnahme Klausel nicht konkludent tarifvertragsoffen ausgestaltet ist.

d) Kehrtwende? – Die Entscheidung des 4. BAG-Senats vom 11. April 2018

Die Entscheidung des 4. BAG-Senats vom 11. April 2018, deren Entscheidungsgründe jüngst veröffentlicht wurden, greift die verbreitete Kritik am Urteil vom 5. März 2013 im Wesentlichen auf. Sie begrenzt den Gedanken einer Entdynamisierung unter Rückgriff auf das Konzept der konkludenten Betriebsvereinbarungsoffenheit deutlich.¹³⁷ Bemerkenswert ist dabei zunächst, wie offen der 4. Senat die Entscheidung des 1. Senats vom 5. März 2013 kritisiert. Die konkludente Vereinbarung einer »Betriebsvereinbarungsoffenheit« formulararbeitsvertraglicher Klauseln

131 Creutzfeldt, NZA 2018, 1111, 1116; Preis/Ulber, RdA 2013, 211, 223 ff.; Löwisch/Rieble, TVG (Fn. 1), § 4 Rn. 550f.; Waltermann, RdA 2016, 296, 300, 302.

132 Vgl. Richardi-Richardi (Fn. 124), § 77 Rn. 160.

133 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 51; vgl. Creutzfeldt, NZA 2018, 1111, 1114, 1116.

134 BGH, 7. 7. 1976 – IV ZR 229/74 – NJW 1976, 2345, 2346.

135 Basedow, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 7. Aufl., München 2015, Vor §§ 305 ff. BGB Rn. 4.

136 BAG, 16. 5. 2018 – 4 AZR 209/15 – AP Nr. 145 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 30.

137 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 42 ff.

wird massiv in Frage gestellt. Für einen verständigen Arbeitnehmer sei ohne einen entsprechenden Hinweis nicht ersichtlich, dass der Arbeitsvertrag unter dem Vorbehalt einer (seine Rechtsposition verschlechternden) Betriebsvereinbarung steht. Die Annahme einer betriebsvereinbarungsoffenen Gestaltung des Arbeitsvertrags bezeichnet der 4. Senat sogar als »bloße Fiktion«.¹³⁸ Auch im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit dem in § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verankerten AGB-rechtlichen Transparenzgebot äußert das BAG zu Recht »erhebliche Bedenken«.¹³⁹ Ähnliche Einwände richten sich allerdings bei Lichte betrachtet auch gegen das bereits vorgestellte »Kettenverweisungsurteil«¹⁴⁰ des 4. Senats: Die jeweils zugrunde gelegten Auslegungs- und AGB-Maßstäbe trennen Welten.

Ob der 4. Senat im Hinblick auf das Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit eine Kehrtwende eingeleitet hat, kann nicht abschließend geklärt werden. Er sah sich nämlich nicht gezwungen, über die Frage der betriebsvereinbarungsoffenen Gestaltung von Arbeitsverträgen abschließend zu entscheiden. Ohne das Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit gänzlich zu verwerfen, verneinte das BAG jedenfalls die konkludent betriebsvereinbarungsoffene Gestaltung dynamischer arbeitsvertraglicher Bezugnahme Klauseln. Dafür nutzte der 4. Senat eine bereits in der Entscheidung vom 5. März 2018 formulierte Ausnahme: »Etwas anderes gilt nur dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer ausdrücklich Vertragsbedingungen vereinbaren, die unabhängig von einer für den Betrieb geltenden normativen Regelung Anwendung finden sollen.«¹⁴¹ Eine solche Regelung erblickte das BAG in einer dynamischen Bezugnahme auf einen Tarifvertrag. Die ausdrückliche Bezugnahme auf einen Tarifvertrag müsse stets so verstanden werden, dass dessen Regelungen die vom Arbeitgeber angestrebte Vereinheitlichung gewährleisten sollen. Dieses Vereinheitlichungsziel schwebte dem Arbeitnehmer vor Augen, sodass die arbeitsvertragliche Bezugnahme Klausel notwendigerweise betriebsvereinbarungsfest verstanden werden müsse. Die Nachrangigkeit einer konkludent getroffenen Betriebsvereinbarungsoffenheitsabrede ergibt sich danach sowohl aus dem Vorrang der Vereinbarungsform (ausdrücklich vor konkludent) als auch aus dem Vorrang der in Bezug genommenen dynamischen Rechtsquelle des Tarifvertrags gegenüber der Betriebsvereinbarung.¹⁴²

Eine generelle Grenze betriebsvereinbarungsoffener Ausgestaltungen hält der 4. Senat überdies dann für

erreicht, wenn eine Klausel ausdrücklich Arbeitsvertragsbedingungen betriebsvereinbarungsoffen stellt, zugleich aber regelt, dass Betriebsvereinbarungen nur »im Übrigen« gelten oder nur, »soweit keine anderen Vereinbarungen getroffen worden sind«.¹⁴³ Gleiches muss für die Reichweite einer »Tarifvertragsoffenheit« bei Bezugnahme auf die tarifvertragliche Regelungsebene mit entsprechenden Formulierungen gelten. Praktiker der Vertragsgestaltung müssen die durch diese üblichen Formulierungen bewirkte Begrenzung der Kollektivvereinbarungsoffenheit künftig bei der Klauselgestaltung beachten.

e) Bewertung

Die Entscheidung des 4. Senats verdient – über die bereits vorgestellte Kritik am Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit hinaus – in zweierlei Hinsicht Zustimmung: Zum einen kann sie als Rückbesinnung auf die etablierten Auslegungsgrundsätze (§§ 133, 157 BGB) verstanden werden, wonach ein gerechter Interessenausgleich herbeizuführen ist, der eine umfassende Abwägung »beider« Parteiinteressen gewährleistet.¹⁴⁴ Für einen verständigen Durchschnittsarbeitnehmer ist bei einer (dynamischen) arbeitsvertraglichen Bezugnahme nicht erkennbar, dass die Partizipation an den Weiterentwicklungen des Tarifvertrags vom Schicksal einer betrieblichen Regelung abhängig sein soll. Sie muss im Grundsatz als betriebsvereinbarungsfeste Regelung verstanden werden. Anderenfalls würde in eine ausdrücklich geregelte Bezugnahme Klausel eine (konkludente) Schlechterstellung des Arbeitnehmers »hineingelesen«, derer dieser sich bei Vertragsschluss nicht bewusst sein kann.¹⁴⁵ Insbesondere fehlt es an einem – für die Annahme einer konkludenten Willensäußerung aber notwendigen – schlüssigen Verhalten des Arbeitnehmers, das auf den Abschluss eine

138 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 51.

139 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 55.

140 BAG, 22. 3. 2017 – 4 AZR 462/16 – AP Nr. 136 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

141 BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 60.

142 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 58.

143 BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 59.

144 BGH, 9. 5. 2003 – V ZR 240/02 – NJW-RR 2003, 1053, 1054.

145 Vgl. Creutzfeldt, NZA 2018, 1111, 1113 ff.

betriebsvereinbarungsoffenen Regelung gerichtet ist.¹⁴⁶ Die (konkludent) betriebsvereinbarungsoffene Auslegung einer dynamischen arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung würde einseitig die Rechtsposition des vertrags-schließenden Arbeitnehmers verschlechtern.

Zum anderen stärkt diese Entscheidung die arbeitsvertragliche Regelung als zentrales Instrument für die Gestaltung des Arbeitsverhältnisses.¹⁴⁷ Sie befreit den Arbeitsvertrag aus der kollektivrechtlichen Umklammerung einer zunehmend entgrenzten Regelungshoheit legitimationsarmer Betriebsparteien.

Diejenigen, die in der (konkludent vereinbarten) betriebsvereinbarungsoffenen Gestaltung arbeitsvertraglicher Bezugnahmeregelungen eine Möglichkeit der Entdynamisierung erblickten, wurden bitter enttäuscht. Vor allem die Änderungskündigung dürfte damit wieder stärker in den Fokus etwaiger Entdynamisierungsbestrebungen rücken. Gleichwohl darf nicht verkannt werden, dass bislang immer nur von der »konkludent« vereinbarten Betriebsvereinbarungsoffenheit die Rede war. Die Betriebsvereinbarung stellt jedenfalls dann ein taugliches Entdynamisierungsinstrument dar, wenn die Betriebsvereinbarungsoffenheit einer arbeitsvertraglichen Bezugnahmeregelung ausdrücklich vereinbart wird. Eine solche ausdrückliche Vereinbarung müsste allerdings – insbesondere im Hinblick auf das AGB-rechtliche Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) – so formuliert sein, dass ein verständiger Durchschnittsarbeitnehmer sich der Tragweite der Regelung bewusst ist. Es muss für ihn erkennbar sein, dass die (dynamische) Bezugnahme unter dem Vorbehalt einer – seine Rechtsposition verschlechternden – Betriebsvereinbarung steht. Die Regelung muss also deutlich machen, dass die Partizipation an etwaigen Weiterentwicklungen des dynamisch in Bezug genommenen Tarifvertrags vom betätigten Willen der Betriebsparteien abhängig ist. Die ausdrückliche Vereinbarung einer betriebsvereinbarungsoffenen (dynamischen) Bezugnahmeregelung könnte etwa wie folgt lauten: »Der Tarifvertrag X findet in seiner jeweils geltenden Fassung Anwendung auf dieses Arbeitsverhältnis, soweit künftig keine hiervon abweichende betriebliche Regelung getroffen wird.«

IV. Rück- und Ausblick

Eine Einordnung der vorgestellten Rechtsentwicklung macht es erforderlich, noch einmal auf die Doppelnatur

der arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklausel zurückzublicken. Die Bezugnahmeklausel pendelt zwischen individual- und kollektivrechtlichen Polen. Ihr individualvertraglicher Charakter dominiert das Arbeitsverhältnis dann, wenn die dynamische Wirkung der Bezugnahme von etwaigen Veränderungen der kollektivrechtlichen Wirkungsbedingungen unabhängig ist. Umgekehrt überwiegt ihr kollektivrechtlicher Vereinheitlichungs- und Gleichstellungszweck, wenn tarifliche Veränderungen oder gar restrukturierende Betriebsvereinbarungen auf die arbeitsvertragliche Ebene durchschlagen.

Ordnet man die dargestellte Rechtsentwicklung in dieses Wertungssystem ein, erlebte die arbeitsvertragliche Bezugnahmeklausel im Grundsatz, eingeleitet durch die Rechtsprechungswende des 4. Senats in den Jahren 2005/2007,¹⁴⁸ zunächst unter dem Eindruck des kodifizierten AGB-Rechts, eine Besinnung auf ihren individualvertraglichen Charakter. Zwischenzeitlich schien das Pendel, insbesondere mit der EuGH-Entscheidung *Alemo-Herron* und dem BAG-Judikat vom 5. März 2013, in die Gegenrichtung zu schwingen. Sowohl die Entscheidung des EuGH in der Rs. *Asklepios* als auch die jüngst ergangene Entscheidung des 4. BAG-Senats vom 11. April 2018 haben etwaigen Entdynamisierungsbestrebungen allerdings eine deutliche Absage erteilt, die 2005/2007 eingeleitete Grundtendenz bestätigt und damit gleichzeitig den Grundsatz *pacta sunt servanda* wieder stark gemacht. Beide Judikate unterstreichen die Unabhängigkeit der dynamischen Bezugnahmeklausel von Veränderungen auf kollektivvertraglicher Ebene und betonen ihren individualrechtlichen Ursprung. Die einmal individualvertraglich garantierte Partizipation an den Weiterentwicklungen eines Tarifvertrags kann nicht ohne weiteres kollektivrechtlich abbedungen werden.

Wagt man einen Ausblick, muss man sich mit den zuletzt durch den EuGH in der Rs. *Asklepios* bestätigten Postulaten, betreffend die Anpassung der Arbeitsbedingungen nach nationalem Recht, auseinandersetzen. Diese Postulate sind Ausdruck unionsgrundrechtlich fundierter praktischer Konkordanz: Die in Art. 16 GRCh verbürgte Unternehmerfreiheit gebietet, dass das nationale Recht

¹⁴⁶ Creutzfeldt, NZA 2018, 1111, 1113 f., 1119 f.

¹⁴⁷ Siehe hierzu auch Creutzfeldt, NZA 2018, 1111, 1115 f.

¹⁴⁸ BAG, 14. 12. 2005 – 4 AZR 536/04 – AP Nr. 39 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 19; BAG, 18. 4. 2007 – 4 AZR 652/05 – AP Nr. 53 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag, Rn. 45.

sowohl einvernehmliche als auch einseitige Anpassungsmöglichkeiten für den Erwerber bereithält.¹⁴⁹ Ob die vertragliche Bindung damit hinreichend gewichtet wird, scheint zwar fraglich. Akzeptiert man aber die Grundsätze des EuGH, ist insbesondere über Anpassungen im Recht der heute ungeliebten, weil risikoreichen und wenig praktikablen Änderungskündigung nachzudenken. Nur mit ihr kann der Arbeitgeber weitgehend ohne Mitwirkung des Arbeitnehmers eine Entdynamisierung erreichen. Die Änderungskündigung kann immerhin als eine »quasi-einseitige« Anpassungsmöglichkeit verstanden werden, wird der Arbeitnehmer zur Abwendung einer ansonsten drohenden Beendigungskündigung doch in der Regel der Vertragsänderung zustimmen.¹⁵⁰ Da sie derzeit das einzige valide »einseitige« Entdynamisierungsinstrument dar-

stellt, muss verstärkt darüber nachgedacht werden, ihre Voraussetzungen im Falle einer nach Betriebsübergang fortgeltenden dynamischen Bezugnahme in europarechtskonformer Weise weiterzuentwickeln.¹⁵¹ Insofern ist ein altes und zugleich neues Diskussionsfeld eröffnet.¹⁵²

149 EuGH, 27.4.2017 – C-680/15 ua. – AP Nr. 13 zu Richtlinie 2001/23/EG (Asklepios).

150 Eylert/Schinz, RdA 2017, 140, 145; aA. Willemsen/Krois/Mehrens, RdA 2018, 151, 162.

151 Krause, FS Willemsen, 2018, S.257, 266; Busch/Gerlach, BB 2017, 2356, 2361; vgl. Jacobs/Frieling, EuZW 2013, 737, 740; kritisch hierzu: Eylert/Schinz, RdA 2017, 140, 145; Wahlig/Brune, NZA 2018, 221, 223 Fn. 16.

152 Vgl. auch die höchstrichterliche »Einladung zum Diskurs« zur Änderungskündigung: Niemann, RdA 2016, 339 ff.

Gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben – Impulse durch das Bundesteilhabegesetz

Prof. Dr. Katja Nebe, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg*

I. Von Exklusion zur Inklusion – ein dringend notwendiger Leitbildwechsel

Mit dem Bundesteilhabegesetz (BTHG)¹ sollen die Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen gestärkt und ein inklusiver Arbeitsmarkt geschaffen werden.² Das sind angesichts der aktuellen Datenlage hohe Herausforderungen, die der Gesetzgeber an alle Verantwortlichen stellt. Noch ist der deutsche Arbeitsmarkt für behinderte Menschen wenig zugänglich, was hier anhand einiger Daten kurz verdeutlicht werden soll.

Positiv zu beobachten ist, dass in den letzten Jahren zumindest in absoluten Zahlen ein Anstieg der Beschäftigung von schwerbehinderten und gleichgestellten Menschen von 916.000 im Jahr 2005 auf mehr als 1 Mio. im Jahr 2010 hin zu 1,2 Mio. im Jahr 2014 zu verzeichnen ist.³ Bei genauerem Hinsehen werden die Teilhabesituationen deutlich. Als problematisch für beeinträchtigte Menschen erweisen sich vor allem

- ihre vergleichsweise höhere Erwerbslosenquote,
- ihre vergleichsweise deutlich längere Dauer der Arbeitslosigkeit,
- ihre deutlich häufigere Beschäftigung unter Qualifikationsniveau, dh. zu geringeren Stundenlöhnen und in Teilzeit und
- die steigende Zahl beschäftigter Personen im Arbeitsbereich der Werkstätten für behinderte Menschen.⁴

Und so kommt die Bundesregierung auch im Nationalen Aktionsplan 2.0 vom 28. Juni 2016⁵ zu dem Fazit, dass sich Beeinträchtigungen als »erhebliches Risiko [erweisen,] ... von der Teilhabe an Erwerbsarbeit ausgeschlossen zu werden« und folgert, dass die Arbeitsmarktintegration von »einer barrierefreien Arbeitsumgebung« abhängt. Deutlich drastischer bewertet der Ausschuss zur Sicherung der Rechte der Menschen mit Behinderung im Rahmen des Staatenprüfverfahrens zur Umsetzung der Behindertenrechtskonvention der Vereinten Nationen (UN-BRK) die Lage am deutschen Arbeitsmarkt⁶. Der Ausschuss äußert sich besorgt über

- die Segregation auf dem Arbeitsmarkt des Vertragsstaates,
- finanzielle Fehlanreize, die Menschen mit Behinderungen am Eintritt oder Übergang in den allgemeinen Arbeitsmarkt hindern und
- den Umstand, dass segregierte Behindertenwerkstätten weder auf den Übergang zum allgemeinen Arbeitsmarkt vorbereiten noch diesen Übergang fördern.⁷

Der Gesetzgeber will mit dem BTHG insbesondere auch die Anlässe für diese Kritik abbauen. Der genaue Blick in das BTHG müsste sich demnach lohnen. Der folgende Beitrag beschäftigt sich daher vor allem mit den durch das BTHG verbesserten oder neu installierten Instrumenten zur gleichberechtigten Erwerbsteilhabe und mit den hier von zu erwartenden Wirkungen. Doch bevor Einzelheiten im Bereich des Arbeitsrechts und des Sozialrechts zur Stärkung der Teilhabe am Arbeitsleben näher beleuchtet werden, seien wichtige Grundprämissen vorweggeschickt.

* Dieser Aufsatz basiert auf einem Vortrag anlässlich der 10. Tagung »Blickpunkt Sozialrecht in der Privatrechtspraxis«, die unter dem Thema »Kick-down oder Holperstart – Ist die Teilhabe durch das BTHG (endlich) selbst barrierefrei?« am 26. 4. 2018 in Göttingen stattfand.

1 Gesetz zur Stärkung der Teilhabe und Selbstbestimmung von Menschen mit Behinderungen v. 23. 12. 2016, BGBl. I, S. 3234.

2 BT-Drs. 18/9522, S. 1, 193.

3 BMAS, Zweiter Teilhabebericht der Bundesregierung über die Lebenslagen von Menschen mit Beeinträchtigungen, Bonn 2016, S. 160 ff., abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/480512/6b249c2a22eb-36f7a1ffb1f2029543b9/2017-01-18-teilhabebericht-2016-data.pdf?download=1> (27. 2. 2019).

4 Ebd.

5 BMAS, Unser Weg in eine inklusive Gesellschaft – Nationaler Aktionsplan 2.0 der Bundesregierung zur UN-BRK, S. 34, abrufbar unter: www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/inklusion-nationaler-aktionsplan-2.pdf?__blob=publicationFile&v=4 (27. 2. 2019).

6 Dazu Eikötter, Inklusion und Arbeit, Weinheim, 2017 (zugl. Vechta, Univ. Diss. 2016), S. 270 ff.

7 Abrufbar unter: https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/user_upload/PDF-Dateien/UN-Dokumente/CRPD_Abschliessende_Bemerkungen_ueber_den_ersten_Staatenbericht_Deutschlands.pdf (27. 2. 2019); vgl. auch die Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der Fraktion Die Linke zu »Soziale Menschenrechte von Menschen mit Behinderung und Diskriminierungen beim Zugang zum Arbeitsmarkt«, BT-Drs. 18/7467.

Exkludierende Mechanismen werden sich nur überwinden und das noch weit entfernte Ziel der Inklusion nur erreichen lassen, wenn alle Verantwortlichen die Notwendigkeit eines vollständigen Leitbildwechsels erkennen.⁸ Nach bisherigem Verständnis bzw. bisheriger Rechtspraxis wurde auf gesundheitliche, körperliche, geistige, seelische oder Sinnesbeeinträchtigungen von Menschen durch Ausschluss und (bescheidene) Versorgung zur Existenzsicherung reagiert; Arbeitsrecht galt für »Normalarbeitnehmer« auf der einen Seite und Sozialrecht für sozial bedürftige und vom Arbeitsmarkt ausgeschlossene Menschen auf der anderen Seite.⁹ An der Grenze dieser beiden Rechtswelten – oft ist auch die Rede von sogenannten »Schnittstellen« – verwirklichen sich im Einzelfall soziale und Teilhabesituationen. Ein solches fürsorgliches, aber exkludierendes Verständnis widerspricht heute sämtlichen übergeordneten Rechtsquellen¹⁰ und zwar nicht nur der UN-BRK, sondern ebenso den verschiedenen Vorgaben des EU-Rechts wie auch unserem Verfassungs- und einfachen Gesetzesrecht.¹¹ Die Vergewisserung auf das heute normativ geltende Leitbild eines

- präventiven Schutzes vor Diskriminierung durch selbstbestimmte Teilhabe
- mithilfe komplementär wirkender arbeits- und sozialrechtlicher Regelungen für menschengerechte Erwerbsbiografien und
- aktiver Unterstützung beim Passieren von Nahtstellen

ist unverzichtbar. Es bedarf der fortwährenden Besinnung auf diese grundlegenden Prämissen, um im oft kleinteiligen Prozess der alltäglichen Rechtsfindung und untergesetzlichen Normkonkretisierung nicht unreflektiert auf überkommene Exklusionsmechanismen zurückzufallen.

II. Der BTHG-Prozess – ein kurzer Überblick

Über den Prozess bis zur Verabschiedung des BTHG ist bereits intensiv berichtet worden.¹² Für das Verständnis dieses Beitrages muss auch nicht weit ausgeholt werden. Nur zur Vermeidung immer wieder zu beobachtender Missverständnisse sei darauf hingewiesen, dass es sich beim BTHG nicht um ein Einzelgesetz, sondern vielmehr um ein Artikelgesetz, allerdings in bemerkenswertem Umfang handelt. Das Ende 2016 verabschiedete BTHG

reformiert zahlreiche Gesetze, wobei die wesentlichen Änderungen vor allem das Sozialgesetzbuch (SGB) und dabei das SGB IX und die bisher im SGB XII geregelte Eingliederungshilfe (EGH) betreffen.¹³ Verkompliziert wird die Rechtsanwendung bzw. der Überblick zudem durch das gestufte Inkrafttreten des BTHG.¹⁴ Zwei Reformstufen liegen bereits in der Vergangenheit und dabei handelt es sich auch um die für diesen Beitrag entscheidenden Teile des BTHG; dazu sogleich. Zu zwei künftigen Zeitpunkten werden die Teile des BTHG in Kraft treten, die sich mit der Eingliederungshilfe befassen: Die bisher noch im SGB XII verankerte Eingliederungshilfe (vgl. noch §§ 53 ff. SGB XII) wird als echtes Leistungsgesetz mit Wirkung zum 1. Januar 2020¹⁵ in das SGB IX und zwar als dessen neuer zweiter Teil überführt. Dieses »Hinüberwandern« als neuer 2. Teil des SGB IX führt auch dazu, dass das bisher im 2. Teil verankerte Schwerbehindertenrecht schon seit dem 1. Januar 2018 komplett zum neuen 3. Teil des SGB IX geworden ist und sich die bekannten Regelungen um 83 Paragraphen nach hinten verschoben haben.

Da bis zur Verabschiedung des BTHG intensiv um die im künftigen § 99 SGB IX¹⁶ neu geregelten Voraussetzungen für die Leistungen der Eingliederungshilfe¹⁷ gestritten worden ist und Zweifel an einer möglichen Verschlechterung

8 Ausführlich Degener/Diehl (Hrsg.), Handbuch Behindertenrechtskonvention, Bonn 2015.

9 Vgl. zum grundlegenden Wandel des »Normalarbeitsverhältnisses« als Leitbild für menschengerechte Erwerbsbiografien Kohle, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des 68. DJT, Band II/1, München 2011, M 25–31; Kocher/Groskreutz/Nassibi/Paschke/Schulz/Welti/Wenckebach/Zimmer (Hrsg.), Das Recht auf eine selbstbestimmte Erwerbsbiografie, Baden-Baden 2013.

10 Vgl. Wansing/Welti/Schäfers (Hrsg.), The Right to Work for Persons with Disabilities, Baden-Baden 2018.

11 Zu den verschiedenen Rechtsquellen für die Gestaltung einer inklusiven Arbeitswelt Frehe, in: Bieker (Hrsg.), Teilhabe am Arbeitsleben, Stuttgart 2005, S. 62 ff.; Becker, in: Becker/Wacker/Banafsche (Hrsg.), Homo faber disabilis?, Baden-Baden 2015, S. 13.

12 Vgl. statt vieler nur Schmachtenberg, NZS 2018, 337; zur Umsetzungsbegleitforschung Japing/Steinmüller/Löwe, NDV 2018, 1 sowie unter <https://www.reha-recht.de/monitoring> (27.2.2019) die Onlinediskussionsbeiträge iRD. DVfR-Forschungsprojektes »Partizipatives Monitoring der aktuellen Entwicklung des Rehabilitations- und Teilhaberechts bis 2021«.

13 Kompakter Überblick bei Siefert, jurisPR-SozR 8/2017, Anm. 1.

14 Dazu Art. 26 BTHG, BGBl. 2016 I, S. 3340.

15 Einige Regelungen des neuen 2. Teils (§§ 123–134 BTHG – das Vertragsrecht der Eingliederungshilfe betreffend – sowie § 94 Abs. 1 BTHG – die Länderzuständigkeit, die Träger der Eingliederungshilfe zu bestimmen, betreffend) sind schon zum 1.1.2018 in Kraft getreten, vgl. Art. 26 Abs. 1 BTHG, BGBl. 2016 I, S. 3340, interessieren für den Fokus dieses Beitrages allerdings nicht.

16 Normiert in Art. 25a BTHG, BGBl. 2016 I, S. 3339.

17 Dazu BT-Drs. 18/9522, S. 198 ff., 275 ff.

nung zum Nachteil der behinderten Menschen blieben¹⁸, tritt dieser Einzelparagraf des neuen zweiten Teils frühestens zum 1. Januar 2023 nach einer modellhaften Erprobung¹⁹ in Kraft²⁰. Natürlich sind auch die Regelungen der Eingliederungshilfe für die Teilhabe behinderter Menschen am Arbeitsleben²¹ bedeutsam. Gleichwohl sind von dieser dritten und vierten Reformstufe des BTHG keine nennenswerten arbeitsmarktrelevanten Neuerungen zu erwarten. Insoweit steckt das Reformpotenzial in den ersten beiden, bereits in Kraft gesetzten Reformschritten. Um diese soll es auch im Weiteren gehen.

III. Erster Reformschritt: Stärkung der Rechte der Schwerbehindertenvertretung

1. Verbesserte Bedingungen für die Arbeit der Schwerbehindertenvertretung

Unmittelbar nach Verkündung des BTHG im Bundesgesetzblatt trat die erste Reformstufe in Kraft.²² Diese enthielt vor allem wesentliche Neuregelungen zur Stärkung der Rechte der Schwerbehindertenvertretung (SBV). Hintergrund ist die berechnete Annahme des Gesetzgebers, mit einer gestärkten Interessenvertretung direkt in den Betrieben und Dienststellen die Barrieren und Inklusionshemmnisse effektiver abbauen und dazu die spezifischen Kompetenzen und Netzwerke der Vertrauensleute nutzen zu können.²³ Mit den Neuregelungen bzw. Rechtsänderungen wurden zum Teil auch Diskussionen aus der Rechtspraxis aufgegriffen und geklärt, zum Teil aber auch bestehende Rechte durch die Absenkung von Schwellenwerten deutlich gestärkt. So wurde der Vertretungsfall geklärt²⁴, vgl. jetzt § 177 Abs. 1 SGB IX. Es wurde klar geregelt, wann die Vertrauensperson weitere und nicht nur einen Stellvertreter heranziehen kann²⁵, vgl. jetzt § 178 Abs. 1 S. 4–6 SGB IX. Wegen der erwarteten größeren Aufgaben wurde der Schwellenwert für die Freistellung halbiert²⁶, vgl. jetzt § 179 Abs. 4 SGB IX. Die Pflicht zur Kostentragung durch den Arbeitgeber wurde konkretisiert, vgl. jetzt § 179 Abs. 8 SGB IX und der praktisch bedeutsame Fortbildungsanspruch²⁷ für Stellvertreter*innen verankert, vgl. jetzt § 179 Abs. 4 S. 3 SGB IX.

2. Stärkung der arbeitsrechtlichen Rolle der SBV

Mit diesen Verbesserungen wird die SBV auch in ihrer arbeitsrechtlichen Rolle als ein Organ der Betriebsverfassung²⁸ gestärkt. Schon vor Geltung des BTHG hatte die Schwerbehindertenvertretung zahlreiche allgemeine und besondere Informations- und Beteiligungsrechte in allen Phasen der Beschäftigung schwerbehinderter Menschen, einschließlich der Bewerbung. Diese Rechte beginnen mit detaillierten Informations- und Beteiligungsrechten ab der Besetzung freier Arbeitsplätze, vgl. § 164 SGB IX, erstrecken sich auf die Unterrichtungs-, Anhörungs- und Mitteilungspflichten zugunsten der SBV in Bezug auf Angelegenheiten, die schwerbehinderte Menschen berühren, vgl. § 178 Abs. 2 S. 1 und 2 SGB IX, und umfassen spezielle Beteiligungsrechte in den Präventionsverfahren, dh. im Rahmen der Konfliktprävention, vgl. § 167 Abs. 1 SGB IX, sowie im Rahmen der Gesundheitsprävention, vgl. § 167 Abs. 2 SGB IX – das betriebliche Eingliederungsmanagement (BEM). In all diesen Auswahlprozessen und Verfahren muss zur Vermeidung einer Diskriminierung die Möglichkeit geklärt werden, wie der Arbeitgeber seiner Pflicht zur behinderungsgerechten Beschäftigung entsprechen kann. Auf die in diesem Zusammenhang regelmäßige Wechselwirkung von Arbeits- und Sozialrecht wird an späterer Stelle zurückzukommen sein.

18 Dazu BT-Drs. 19/4500, S. 4.

19 Zu den inzwischen vorliegenden Ergebnissen ebenfalls BT-Drs. 19/4500, S. 91 mit Änderungsvorschlägen für § 99 SGB IX.

20 Inkrafttreten gem. Art. 26 Abs. 5 BTHG.

21 Heute insb. § 140 SGB XII.

22 Vgl. Art. 26 Abs. 2 BTHG, BGBl. 2016 I, S. 3340.

23 BT-Drs. 18/9522, S. 3, 199, 315; dazu auch *Kohte/Liebsch*, Beitrag D54-2016 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-d54-2016/> (27. 2. 2019); *Kleinebrink*, DB 2017, 126.

24 Zum beschränkten unpraktischen Verhinderungsbegriff BAG, 22. 8. 2013 – 8 AZR 574/12 – AP Nr. 21 zu § 81 SGB IX.

25 Nach § 95 Abs. 1 S. 4 SGB IX aF. war die Heranziehung auf die zwei mit den höchsten Stimmzahlen gewählten Stellvertreter beschränkt, so bestätigt durch BAG, 7. 4. 2004 – 7 ABR 35/03 – AP Nr. 2 zu § 95 SGB IX; für die nun nach oben offen gestaffelte Heranziehungsmöglichkeit in Abständen von jeweils 100 schwerbehinderten Beschäftigten, dh. proportionale Heranziehung, BT-Drs. 18/9522, S. 315.

26 Nach bisheriger Rechtslage lagen die Schwellenwerte für die volle Freistellung bei 200 schwerbehinderten Beschäftigte, nun gesenkt auf 100 schwerbehinderte Beschäftigte und proportionale Freistellung in 100er Schritten.

27 Zur Frage der Erforderlichkeit einer Fortbildung vgl. BAG, 8. 6. 2016 – 7 ABR 39/14 – AP Nr. 4 zu § 96 SGB IX; LAG Frankfurt aM., 12. 10. 2006 – TaBV 57/06 – NZA-RR 2007, 640; LAG Frankfurt aM., 14. 1. 2010 – 9 TaBV/Ga 229/09 – BehR 2011, 26; dazu *Porsche*, Beitrag B9-2010 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/diskussionsbeitrag-09-2010-1/> (27. 2. 2019).

28 Dazu *Paul*, Die Schwerbehindertenvertretung als ein Organ der Betriebsverfassung, Berlin 2018 (zugl. Halle [Saale], Univ., Diss. 2018).

Da die SBV nicht über dieselben Zwangsmittel wie der Betriebsrat verfügt, hängt die effektive Gewährung dieser Beteiligungsrechte von anderen Faktoren ab. Durch das BTHG ist zumindest für die Beteiligung bei Kündigungen eine effektive Sanktion eingeführt worden. Vergleichbar der Regelung in § 102 BetrVG erklärt nun § 178 Abs. 2 S. 3 SGB IX die Kündigung eines schwerbehinderten Menschen für unwirksam, wenn die SBV nicht vor Einholung der Kündigungszustimmung des Integrationsamts²⁹ beteiligt worden ist. An der fehlenden Erzwingbarkeit einer Inklusionsvereinbarung (so die umbenannte bisherige Integrationsvereinbarung) hat sich nichts geändert. Mögliche Blockaden zwischen Arbeitgeber und SBV beim Abschluss einer Inklusionsvereinbarung sollen nun durch die Moderation des Integrationsamtes überwunden werden, vgl. § 166 Abs. 1 S. 5 SGB IX. Insoweit ist die Verantwortung der Integrationsämter für die innerbetrieblichen Kommunikationsprozesse und die Unterstützung der SBV gestärkt worden.³⁰ Die praktische Wirkung dieser begrüßenswerten Regelungen wird letztlich auch von den personellen Kapazitäten der Integrationsämter abhängen. Allein mit neuen Aufgabenzuweisungen ist es nicht getan.

Die Anwendung der Neuregelungen im Bereich der Schwerbehindertenvertretung hat bereits ein beachtliches Literaturecho ausgelöst. Da die zum Teil diffizilen rechtlichen Detailfragen hier an dieser Stelle nicht vertieft werden können, werden Leser*innen insoweit auf andere Stellen verwiesen.³¹

3. Die sozialrechtliche Stellung der SBV

Die besseren Organisationsbedingungen für die SBV werden sich auch auf ihre herausragende Rolle für die Realisierung von Sozialleistungen auswirken. Die SBV fungiert ihrem gesetzlichen Auftrag nach als Berater und Helfer für die schwerbehinderten Beschäftigten, auch bei der Beantragung von Teilhabeleistungen, vgl. § 178 Abs. 1 SGB IX. Die SBV unterstützt Beschäftigte bei Anträgen auf Feststellung einer Behinderung sowie bei Anträgen auf Gleichstellung, § 178 Abs. 1 S. 3 SGB IX. Und nicht zuletzt ist die SBV Verbindungsperson zur Bundesagentur für Arbeit und zum Integrationsamt und von diesen Stellen zu unterstützen, vgl. § 182 Abs. 2 SGB IX. Die praktischen Erfahrungen zeigen, dass die SBV regelmäßig über eine breite Expertise für die Realisierung von Sozialleistungsansprüchen verfügen. Von den durch das BTHG gestärkten Arbeitskapazitäten der SBV ist zu erwarten, dass damit die sozialrechtliche

Expertise den schwerbehinderten Menschen im Betrieb zügiger und umfassender zu Gute kommt. Werden Sozialleistungsansprüche im Bedarfsfall strukturiert umgesetzt, sollten sich wiederum positive Effekte über den Einzelfall hinaus ergeben und sich damit die Bedingungen für behinderte Menschen in der Arbeitswelt insgesamt verbessern und Barrieren losgelöst vom Einzelfall erkannt, abgebaut und damit inklusive Strukturen geschaffen werden können.

IV. Unverzichtbar: Betriebliche Kooperationen

Auch wenn die SBV in ihren Ressourcen und ihren Rechten gestärkt worden ist, werden betriebliche Kooperationen damit nicht verzichtbar. Ganz im Gegenteil sind sie vielmehr unvermindert notwendig für ein tatsächliches Gelingen der mit dem BTHG versprochenen Reform. Als anschauliches Beispiel gilt nach wie vor das Zusammenwirken von Betriebsrat und SBV bei personellen Maßnahmen. Die SBV selbst hat, abgesehen von der neu geregelten Unwirksamkeit einer Kündigung bei verletzter Anhörung (dazu oben), nur sehr begrenzte Möglichkeiten, ihre Beteiligungsrechte effektiv durchzusetzen. Will die SBV verhindern, dass der Arbeitgeber eine vorgesehene Maßnahme vollzieht, an der er die SBV vorher nicht beteiligt hat, ist dies durch Aussetzung auf der Grundlage von § 178 Abs. 2 S. 2 SGB IX möglich. Allerdings setzt die Inanspruchnahme gerichtlichen Rechtsschutzes für die Aussetzung voraus, dass die SBV überhaupt von der Maßnahme wusste. Eine nachträgliche Unwirksamkeit der Maßnahme wegen Verletzung der Beteiligungsrechte wird von der Rechtsprechung versagt.³² Umso wichtiger ist daher die Achtsamkeit des Betriebsrates für die Wahrung der Beteiligungsrechte der SBV. Immerhin kann der Betriebsrat im Rahmen seines

29 LAG Chemnitz, 8.6.2018 – 5 Sa 458/17 – juris, zust. Anm. Sachadae, jurisPR-ArbR 35/2018 Anm. 4.

30 Insgesamt zur Rolle der Integrationsämter nach dem BTHG Wuschech/Beyer, BehR 2018, 133.

31 Ausführlich Kohte/Liebsch, AuR 2019, 4; Kleinebrink, DB 2017, 126; Däubler, in: Deinert/Welti (Hrsg.), StichwortKommentar Behindertenrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Stichworte SBV – Arbeitsbedingungen und SBV – Überblick und Aufgaben.

32 BAG, 28.7.1983 – 2 AZR 122/82 – AP Nr. 1 zu § 22 SchwbG; krit. Düwell, in: Dau/Düwell/Joussen (Hrsg.), Lehr- und Praxiskommentar SGB IX, 5. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: LPK-SGB IX), § 178 Rn. 68; Krämer, in: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol (Hrsg.), SGB IX, 4. Aufl., Frankfurt aM. 2018 (im Folgenden: Feldes/Kohte/Stevens-Bartol), § 178 Rn. 34 ff.

Mitwirkungsrechtes gem. § 99 Abs. 2 BetrVG die Zustimmung zu einer personellen Maßnahmen verweigern, wenn die SBV vom Arbeitgeber nicht, wie von § 178 Abs. 2 S.1 SGB IX verlangt, zuvor über die personelle Maßnahme unterrichtet oder dazu angehört worden ist. Dem Arbeitgeber bleibt dann nur der Weg, das Arbeitsgericht anzurufen.³³

Diese exemplarische Kooperationsmöglichkeit zugunsten behinderter Menschen findet mit den Aufgaben in § 80 BetrVG einen allgemeinen Regelungshintergrund. Der allgemeine Aufgabenkatalog des § 80 Abs. 1 BetrVG wurde durch das BTHG in Nr. 4 erweitert. Danach hat der Betriebsrat wie bisher schon »die Eingliederung schwerbehinderter Menschen und sonstiger besonders schutzbedürftiger Personen« und hierzu nunmehr auch den »Abschluss von Inklusionsvereinbarungen nach § 166 SGB IX« zu fördern. Der Gesetzgeber macht damit deutlich, dass der Betriebsrat mit dem ihm zur Verfügung stehenden Mitteln die Arbeit der SBV unterstützen muss.

V. Komplementarität von Arbeits- und Sozialrecht – ein Konzept zur Vermeidung behinderungsbedingter Diskriminierungen

1. Beitrag des BTHG: Mobilisierung bereits bestehender Rechte

Das BTHG verspricht schon von seinem Titel her viel: selbstbestimmte Teilhabe behinderter Menschen. In der Gesetzesbegründung ist das Ziel, das Recht auf gleichberechtigte Teilhabe zu verwirklichen, unzählige Male formuliert. Damit verbinden sich natürlich hohe Erwartungen. Für die Teilhabe am Arbeitsleben finden sich dann allerdings vergleichsweise wenige Neuerungen (dazu sogleich detailliert). Heißt dies nun, die Rechtsänderungen sind unzureichend oder war das bisher schon geltende Recht schlicht nicht effektiv genug, um die eingangs geschilderten Teilhabedefizite behinderter Menschen tatsächlich abzubauen? Letzteres ist der Fall. Im hier zur Verfügung stehenden, begrenzten Rahmen lässt sich zur Rechtslage und Rechtswirkung Folgendes zusammenfassen: Es mangelte dem nationalen Sozialrecht schon vor Verabschiedung des BTHG nicht an dem erforderlichen Spektrum von Leistungsansprüchen, um (schwer-)behinderte Menschen durch Sozialleistungen in ihrer gleichbe-

rechtigten Teilhabe am Arbeitsleben zu unterstützen (zu den Reformen im Detail unten VI.).³⁴ Es mangelte auch dem Arbeitsrecht nicht an Rechtsnormen, die auf gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben zielen. Die rechtssystematischen Grundlagen für das Recht (schwer-)behinderter Menschen auf gleichberechtigte berufliche Teilhabe sind bereits feinmaschig gestrickt³⁵ und eine wesentliche Lücke – die fehlende Verankerung der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen (dazu sogleich unter 3.) – ist im geltenden nationalen Recht inzwischen durch die Rechtsprechung geschlossen³⁶. Die große Herausforderung liegt in der Mobilisierung dieser Rechte und zwar in dreifacher Hinsicht:

- die Mobilisierung der Sozialleistungsansprüche,
- die Mobilisierung der arbeitsrechtlichen Ansprüche und insbesondere
- die verschränkte Mobilisierung, dh. die Inanspruchnahme von privatrechtlichen Ansprüchen (Arbeitsrecht) unter Zuhilfenahme von sozialen Leistungsansprüchen (Sozialrecht).

Der anspruch- und leistungsberechtigte Mensch muss im Bedarfsfall seine Rechte gegenüber verschiedenen Verpflichteten und nach systematisch unterschiedlichen und diffizilen Rechtsgrundlagen kennen, geltend machen und zügig durchsetzen. Das zeigt, dass sich diskriminierende Barrieren auch durch die Komplexität der Rechtsgewährung ergeben können. Spannend ist daher die Frage, welche Lösungen das BTHG vorsieht.

33 Vgl. LAG Mainz, 5.10.2011 – 8 TaBV 9/11 – BehR 2013, 198; dazu *Porsche*, Beitrag B8-2012 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/diskussionsbeitrag-b8-2012/> (27. 2. 2019).

34 *Eikötter*, Inklusion und Arbeit (Fn. 6), S. 266 ff.

35 Vgl. exemplarisch das Verbot der Diskriminierung gem. §§ 1, 7 AGG, § 164 Abs. 2 SGB IX, die Verpflichtungen im Bewerbungsverfahren zugunsten schwerbehinderter Menschen gem. §§ 164 f. SGB IX, die Pflicht zur behinderungsgerechten Beschäftigung schwerbehinderter Menschen gem. § 164 Abs. 4 SGB IX, die Pflicht zur behinderungsgerechten Ausbildung gem. §§ 64 ff. BBiG; zu Letzterem *Kalina*, Betriebliche Realisierung beruflicher Ausbildung behinderter Menschen, Baden-Baden 2019 (zugl. Halle [Saale], Univ., Diss. 2018).

36 Grundlegend BAG, 19.12.2013 – 6 AZR 190/12 – AP Nr. 3 zu § 2 AGG, Rn. 50 ff.; BAG, 20.11.2014 – 2 AZR 664/13 – AP Nr. 53 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit, Rn. 60; LAG Berlin-Brandenburg, 5.6.2014 – 26 Sa 427/14 – NZA-RR 2015, 74; *Beyer/Wocken*, DB 2013, 2270; *Rosendahl*, Beitrag B3-2013 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/diskussionsbeitrag-b3-2013/> (27. 2. 2019).

2. BEM-koordinierter Suchprozess zur systematischen Verknüpfung von Arbeits- und Sozialrecht

Während für die Gestaltung und Gewährung des Arbeitsrechts die Arbeitsvertragsparteien, die Kollektivvertragsparteien und die Interessenvertretungen verantwortlich sind, sind für die Gewährung sozialer Rechtsansprüche vor allem die Sozialleistungsträger zuständig, die sich aber wiederum nicht selten der Dienste und Einrichtungen Dritter bedienen. Und natürlich können auch Sozialleistungen, insbesondere Teilhabeleistungen³⁷, grundsätzlich nur mit den Berechtigten gemeinsam verwirklicht werden. Allein dieser Blick auf die im Einzelfall für eine behinderungsgerechte Beschäftigung zu Beteiligten lässt schon vermuten, dass mit getrennten Perspektiven auf Arbeitsrecht einerseits und Sozialrecht andererseits wenig gewonnen sein wird. Ein einfaches Beispiel mag das veranschaulichen: Nach längerer Arbeitsunfähigkeit kann eine Beschäftigte ihre Arbeit nicht mehr wie bisher vertraglich geschuldet verrichten. Selbst durch Ausübung des Weisungsrechts lässt sich die Pflichterfüllung nicht bewerkstelligen. Gesundheitsbedingt müssen erhebliche technische Anpassungen am Arbeitsplatz vorgenommen werden. Die Beschäftigte erfüllt die sozialrechtlichen Voraussetzungen, um von der gesetzlichen Rentenversicherung Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben für die fortgesetzte Beschäftigung am bisherigen Arbeitsplatz zu erhalten.³⁸ Schon lange vor dem BTHG war bekannt, dass der Arbeitsplatz am besten erhalten werden kann, wenn ein arbeitsvertraglicher Anspruch auf befähigungsgerechte Beschäftigung mit den individuell bereitstehenden Sozialleistungen systematisch verknüpft wird. Menschen müssen möglichst noch im bestehenden Arbeitsverhältnis beim Erhalt ihres Arbeitsplatzes unterstützt werden, andernfalls steigen Exklusionsrisiken erheblich. Vor dem Hintergrund dieser Erkenntnis ist im Jahr 2004 die Pflicht zum Betrieblichen Eingliederungsmanagement ins SGB IX eingeführt worden³⁹, jetzt im Zuge des BTHG ohne inhaltliche Änderung in § 167 Abs. 2 SGB IX zu finden. Das Prinzip lautet: Arbeitgeber und, wenn gewählt, Interessenvertretung suchen mit Zustimmung der arbeitsunfähigen Person nach Möglichkeiten, den/die Beschäftigte leistungs- und gesundheitsgerecht weiter zu beschäftigen, und beziehen dabei im Bedarfsfall die Sozialleistungsträger ein, vgl. § 167 Abs. 2 S. 4 SGB IX. Der verpflichtende Such-

prozess⁴⁰ ist von der Rechtsprechung zügig durch Sanktionen bei Verletzung dieser Regelung gestärkt worden. Im korrekt durchgeführten BEM-Verfahren werden arbeitsvertragliche Pflichten und Sozialleistungsansprüche systematisch zusammengeführt.⁴¹ Das BEM-Verfahren folgte damit schon deutlich vor dem BTHG dem Verständnis der Komplementarität von Arbeits- und Sozialrecht. An diesem Grundsatz hat das BTHG nichts geändert. Vielmehr versucht der Gesetzgeber, wie noch zu zeigen sein wird, durch weitere Effizienzsteigerungen in den kooperativen Verfahren zu erreichen, dass Reha-Bedarfe zügig erkannt werden und auf die rechtzeitige Gewährung der Teilhabeleistungen hingewirkt wird (dazu unter 4.).

3. Inklusion durch angemessene Vorkehrungen – Schutzlücke im geschriebenen Recht

Arbeits- und Sozialrecht lassen sich im hier interessierenden Zusammenhang noch in einer zweiten Weise systematisch verknüpfen und zwar durch die Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen. Ein ausdrücklicher Rechtssatz, durch angemessene Vorkehrungen Diskriminierungen zu vermeiden, findet sich bislang im nationalen Recht nicht. Schon bei Erlass des AGG hat es der deutsche Gesetzgeber versäumt, die in Art. 5 RL 2000/78/EG verankerte Pflicht des Arbeitgebers in das deutsche Recht umzusetzen. Nach Art. 5 RL 2000/78/EG muss der Arbeitgeber Diskriminierungen behinderter Menschen durch angemessene Vorkehrungen vermeiden. Hierzu muss er die geeigneten und im konkreten Fall erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um den behinderten Menschen den Zugang zur Beschäftigung, die Ausübung eines Berufes, den beruflichen Aufstieg und die Teilnahme an Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen zu ermöglichen. Unverhältnismäßige Maßnah-

37 Vgl. nur das Wunsch- und Wahlrecht gem. § 8 SGB IX, insbesondere aber auch § 8 Abs. 4 SGB IX.

38 Die Voraussetzungen bemessen sich anhand §§ 9 ff. SGB VI sowie §§ 49 f. SGB IX.

39 BT-Drs. 15/1783, S. 1 und 16.

40 Grundlegend BAG, 10.12.2009 – 2 AZR 198/09 – AP Nr. 3 zu § 84 SGB IX. Zur Anerkennung eines individuellen Anspruchs auf Durchführung des BEM-Verfahrens schon Nebe, Beitrag B18-2011 unter www.reha-recht.de = ASR 2012, 17; bejahend auch Beck, NZA 2017, 81, 86; Deinert, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), KSchR, 10. Aufl., Frankfurt aM. 2017, SGB IX § 84 Rn. 29; v. Stein, in: v. Stein/Rothe/Schlegel (Hrsg.), Gesundheitsmanagement und Krankheit im Arbeitsverhältnis, München 2015, Kap. 5 § 5 Rn. 6 ff.

41 Nebe, in: Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, 5. Aufl., München 2018, § 20 Rn. 22.

men können vom Arbeitgeber nicht verlangt werden. Eine Belastung ist wiederum dann nicht unverhältnismäßig, wenn sie durch staatliche Maßnahmen im Rahmen der Behindertenpolitik ausreichend kompensiert wird.⁴² Trotz unionsrechtlicher Umsetzungspflicht und trotz Ratifikation der UN-BRK, die im Unterlassen angemessener Vorkehrungen ebenfalls eine unzulässige Diskriminierung sieht, hat Deutschland die allgemeine Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen bislang nicht ausdrücklich kodifiziert.⁴³ Unter dem Einfluss der dynamischen Rechtsprechung des EuGH⁴⁴ zum Behinderungsbegriff und der Reichweite der Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen⁴⁵ hat sich inzwischen auch in der deutschen Rechtsanwendung das Verständnis gewandelt. Im Wege der unionsrechtskonformen Auslegung des deutschen Rechts sind Arbeitgeber auch nach nationalem Recht verpflichtet, behinderungsbedingte Benachteiligungen durch zu ergreifende angemessene Vorkehrungen zu vermeiden bzw. zu beseitigen. Die höchstrichterliche Rechtsprechung sieht § 241 Abs. 2 BGB mit der darin verankerten allgemeinen Schutzpflichtdimension einer Vertragspartei als die geeignete Generalklausel, in die mittels unionsrechtskonformer Auslegung auch die Pflicht des Arbeitgebers zu angemessenen Vorkehrungen zugunsten behinderter Menschen hineinzulesen ist.⁴⁶

4. BTHG-Lösung: Verbesserte Zusammenarbeit zwischen Leistungsträgern und Arbeitgebern

Aus der engen systematischen Verknüpfung von Diskriminierungsverbot und Pflicht zu angemessenen Vorkehrungen bei gleichzeitiger Einbeziehung staatlicher Kompensationen folgt ein unverzichtbarer Zusammenhang zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht. In nicht wenigen Fallkonstellationen⁴⁷ wird für behinderte oder von Behinderung bedrohte Menschen die gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben nur dann erreicht werden, wenn beide Rechtsgebiete in wechselseitiger Ergänzung zur Wirkung gebracht werden.⁴⁸ Anhand der verschiedenen Teilhabeleistungen, die im Sozialrecht vorgesehen sind⁴⁹, lässt sich das praktisch⁵⁰ gut veranschaulichen (dazu unter VI.).

Auch wenn sich im Wortlaut des BTHG der Terminus »angemessene Vorkehrungen« nicht findet, so hatte der BTHG-Gesetzgeber dieses Wechselwirkungsprinzip zwischen Diskriminierungsschutz, gestaltender Arbeitgeberpflicht und unterstützenden Sozialleistungen erneut und

deutlich vor Augen und hat es aufbauend auf der bestehenden Systematik verstärkt kodifiziert. Ganz prominent finden sich nun gleich eingangs des SGB IX deutliche Hinweise darauf, dass alle Verantwortlichen zum frühestmöglichen Zeitpunkt Teilhabebedarfe im Zusammenhang mit der Gefährdung des Arbeitsplatzes bzw. der Erwerbsfähigkeit erkennen und feststellen und unter Einbeziehung der Arbeitgeber Risiken für die Teilhabe am Arbeitsleben effektiv entgegenwirken müssen.⁵¹ Auch die gem. § 12 Abs. 1 S. 3 SGB IX einzurichtenden Ansprechstellen⁵² sollen Leistungsberechtigte und Arbeitgeber bei der Gewinnung der notwendigen Informationen unterstützen.

42 Vgl. das Diskriminierungsverbot zum Schutz behinderter Menschen in der UN-BRK: Gem. Art. 2 Abs. 4 UN-BRK sind angemessene Vorkehrungen »notwendige und geeignete Änderungen und Anpassungen, die keine unverhältnismäßige oder unbillige Belastung darstellen und die, wenn sie in einem bestimmten Fall erforderlich sind, vorgenommen werden, um zu gewährleisten, dass Menschen mit Behinderungen gleichberechtigt mit anderen alle Menschenrechte und Grundfreiheiten genießen oder ausüben können.«

43 Umfassender Überblick bei *Eichenhofer*, in: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, Berlin 2018, S. 47, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/Rechtsgutachten/Rechtsgutachten_Angemessene_Vorkehrungen.pdf?__blob=publicationFile&v=6 (27. 2. 2019).

44 Vgl. nur EuGH, 11. 4. 2013 – C-335/11 ua. – NZA 2013, 553 (Ring, Skouboe Werge); EuGH, 4. 7. 2013 – C-312/11 – DB 2013, 1736 (Italien).

45 Ausführlich *Colneric*, FS Kohte, 2016, S. 243.

46 Grundlegend BAG, 19. 12. 2013 – 6 AZR 190/12 – AP Nr. 3 zu § 2 AGG; dazu Anm. *Wenckebach*, Beitrag B15-2014 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/diskussionsbeitrag-b15-2014/> (27. 2. 2019).

47 Zum Beispiel bei einer besonders kostenintensiven technischen Umgestaltung des Arbeitsplatzes oder bei dauerhaft benötigter Arbeitsassistenz oder bei einer beruflichen Weiterbildung.

48 Dazu *Nebe*, in: Bieback/Bögemann/Igl/Welti (Hrsg.), Der Beitrag des Sozialrechts zur Realisierung des Rechts auf Gesundheit und des Rechts auf Arbeit für behinderte Menschen, Berlin ua. 2016, S. 177.

49 Vgl. nur *Waldenburger*, Beiträge A21–A24-2018 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-a21-2018/> mit Verweis auf zugehörige Artikel (27. 2. 2019); *Kalina*, Beitrag B4-2012 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/diskussionsbeitrag-b4-2012/> (27. 2. 2019).

50 Zum Beispiel der Unterstützten Beschäftigung *Doose*, Unterstützte Beschäftigung: Integration auf lange Sicht, 3. Aufl., Marburg 2012 (zugl. Bremen, Univ., Diss 2006); aktuell *Waldenburger*, Unterstützte Beschäftigung nach § 55 SGB IX, Baden-Baden 2019 (zugl. Bremen, Univ., Diss. 2018).

51 Vgl. die Ergänzungen/Neuregelungen im SGB IX in § 3 Abs. 1 (hebt schon an dieser Stelle die Kooperationsverantwortungen im Rahmen der BEM-Pflicht gem. § 167 Abs. 2 hervor) oder in § 11 Abs. 4 und 5 die Verpflichtungen, schon frühzeitig bei medizinischen Reha-Maßnahmen immer auch die Gefährdung des Arbeitsplatzes zu bedenken und auf die Inanspruchnahme möglicher Leistungen zur Teilhabe am Erwerbsleben hinzuwirken; dazu BT-Drs. 18/9522, S. 227 f., 230 ff.

52 Diese lösen die zuvor in § 23 SGB IX aF. geregelten Servicestellen ab, die nur an wenigen Orten im Bundesgebiet tatsächlich eingerichtet worden waren und ihrem Auftrag entsprechend gearbeitet haben; dazu BT-Drs. 18/9522, S. 196.

Trotz umfangreicher Beratungs-, Unterstützungs- und Hinwirkungspflichten belegen die Daten anhaltend hohe Reserven hinsichtlich der rechtzeitigen Inanspruchnahme von Teilhabeleistungen zum Erhalt, zur Besserung und zur Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit von behinderten bzw. von Behinderung bedrohten Menschen.⁵³ Mit dem BTHG ist der Weg für sehr finanzstarke Modellprojekte geebnet worden, vgl. § 11 SGB IX, um nach geeigneten Wegen zu suchen, wie insbesondere im Verantwortungsbereich der SGB II-Leistungsträger und der gesetzlichen Rentenversicherung die gesetzlich verankerten Grundsätze »Prävention vor Reha« und »Reha vor Rente« in der Praxis deutlich gestärkt werden können.⁵⁴ Über die auf der Grundlage von § 11 SGB IX und einer BMAS-Förderrichtlinie initiierten sogenannten »rehapro-Projekte« ist noch nicht viel bekannt. Hier wird die rehabilitationswissenschaftliche Literatur aufmerksam zu beobachten sein.

VI. (Neue) Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben

1. Transformation: personenzentrierte statt institutionszentrierte Versorgung

Über die Bedeutung der BTHG-Reform für die gesetzlichen Leistungsansprüche der behinderten oder von Behinderung bedrohten Menschen gegen die Sozialleistungsträger ist hier noch nicht viel gesagt worden. Für den gleichberechtigten Zugang zum Arbeitsleben hieß es oben⁵⁵, dass doch ein breites Spektrum an Sozialleistungen bereits vor Erlass des BTHG zur Verfügung stand. Das bestätigte sich auch unter dem kritischen Blick des Ausschusses zur Sicherung der Rechte der Menschen mit Behinderung im Rahmen des Staatenprüfverfahrens zur Umsetzung der UN-BRK. Kritisiert wurde nicht ein Mangel an Sozialleistungen, als vielmehr die starke Trennung zwischen einem eher unzugänglichen allgemeinen Arbeitsmarkt einerseits und Sonderarbeitswelten andererseits, in denen behinderte Menschen beschäftigt werden. Vor diesem Hintergrund verfolgen die materiellen Rechtsänderungen innerhalb der Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben vor allem ein Ziel – die Transformation von einer institutionszentrierten hin zu einer personenzentrierten Versorgung, bei der nicht die Einrichtungen und Dienste sondern die Menschen mit ihren individuellen

Teilhabebedarfen im Mittelpunkt stehen.⁵⁶ Deshalb sind auch die meisten Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben, die bisher in den §§ 33 ff. SGB IX aF. normiert waren, unverändert in die seit dem 1. Januar 2018 geltenden §§ 49 ff. SGB IX überführt worden. Die wenigen Neuerungen sind allerdings von großem Stellenwert, zumindest ist mit ihnen die gesetzgeberische Erwartung verbunden, durch »passgenaue Leistungen« die größtmögliche Teilhabe behinderter Menschen am allgemeinen Arbeitsmarkt zu fördern.⁵⁷ Insoweit sind als deutlichster Ausdruck einer personen- statt institutionszentrierten Versorgung das Budget für Arbeit und die Zulassung anderer Leistungsanbieter zu nennen.

2. Das Budget für Arbeit, § 61 SGB IX

a) Alternative zur Beschäftigung in der WfbM

Mit der Diskussion darüber, wie in Deutschland der Verpflichtung in Art. 27 UN-BRK entsprechend auch für behinderte Menschen der Zugang zu einem inklusiven Arbeitsmarkt gleichberechtigt und frei gestaltet werden kann, sind die Werkstätten für behinderte Menschen (WfbM) intensiv in den Fokus gerückt. Im Staatenbericht werden sie als negatives Beispiel für die zu überwindende Trennung zwischen allgemeinem Arbeitsmarkt und abgeschotteten Sonderarbeitswelten angeführt.⁵⁸ Dieser Kritik ließe sich zwar der gesetzliche Auftrag der WfbM entgegenhalten, denn immerhin sind die WfbM gem. § 219 SGB IX verpflichtet, Personen auf die Beschäftigung am allgemeinen Arbeitsmarkt vorzubereiten und Übergänge dahin zu fördern. Allerdings zeigen die Daten, dass die WfbM starken Zuwachs erfahren und kaum Abgänge verzeichnen können. So steigt die Zahl derer, die in der WfbM ausgebildet werden oder dauerhaft arbeiten, seit Jahren. Zum einen wechseln Schüler direkt aus der Förderschule in die WfbM; aber auch nach bereits längerfristiger

53 Vgl. Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage, BT-Drs. 19/2041, S. 14 ff.

54 Die diesen Grundsätzen bislang gegenläufigen Praktiken zeigen sich anschaulich anhand der Entscheidung BSG, 19.8.2015 – B 14 AS 1/15 R – BSGE 119, 271; dazu krit. Anm. Bieback, jurisPR-SozR 6/2016 Anm. 3; vgl. BT-Drs. 18/589.

55 Unter V.1.

56 BT-Drs. 18/9522, S. 193.

57 BT-Drs. 18/9522, S. 194.

58 Vgl. deutlich die Kritik des Ausschusses zum Schutz der Rechte behinderter Menschen im Rahmen der Staatenprüfung; dazu Giese, RP-Reha 3/2015, 51 f.

Erwerbsarbeit am allgemeinen Arbeitsmarkt kommen Menschen dann doch in die Werkstatt, derzeit meist wegen psychischer Beeinträchtigungen.⁵⁹ Der Übergang auf den allgemeinen Arbeitsmarkt hingegen gelingt bislang fast nicht.⁶⁰ Mögliche Ursachen dieser Entwicklung sind eine verstärkte Ausgrenzung behinderter Menschen, unzureichende Anreize im allgemeinen Arbeitsmarkt für behinderungsgerechte Beschäftigungen, Fehlsteuerungen zu Lasten der Eingliederungshilfe und offensichtlich unzureichende Anreize für die Förderung des gesetzlichen Überleitungsauftrages.⁶¹ Mit dem Budget für Arbeit (BfA) soll die Integration von behinderten Menschen in den allgemeinen Arbeitsmarkt verbessert und deren Beschäftigung am allgemeinen Arbeitsmarkt nachhaltig gesichert werden. Vorbild für die neue Leistung waren die in den Bundesländern und deren Modellprojekten⁶² gewonnenen Erfahrungen mit dem »Budget für Arbeit«.⁶³

b) Voraussetzungen und Leistungsinhalt des BfA

§ 61 hat keine Vorläufernorm und ist mit dem BTHG erstmals im SGB IX verankert. Das in § 61 SGB IX normierte BfA darf weder mit dem Persönlichen Budget gem. § 29 SGB IX noch mit den in den Bundesländern praktizierten Modellprojekten gleichgesetzt werden. Der Regelungsinhalt des § 61 SGB IX ist gegenüber den Modellprojekten⁶⁴ vergleichsweise schmal. Inhalt und Umfang des BfA ergeben sich aus § 61 Abs. 2 SGB IX. Danach umfasst das BfA einen Lohnkostenzuschuss sowie Aufwendersatz für die behinderungsbedingte Anleitung und Begleitung am Arbeitsplatz. Der Lohnkostenzuschuss ist gem. § 61 Abs. 2 S. 2 SGB IX begrenzt und beträgt bis zu 75 % des vom Arbeitgeber regelmäßig gezahlten Arbeitsentgelts, höchstens jedoch 40 % der monatlichen Bezugsgröße nach § 18 Abs. 1 SGB IV. Durch Landesrecht kann gem. § 61 Abs. 2 S. 2 HS. 2 SGB IX von dem Prozentsatz der Bezugsgröße nach oben abgewichen werden. Aber auch bei landesrechtlicher Erhöhung der auf die Bezugsgröße bezogenen Kapazitätsgrenze kommt im Einzelfall eine höhere Bezuschussung als mit 75 % des gezahlten Arbeitsentgelts nicht in Betracht.⁶⁵

§ 61 Abs. 1 SGB IX verweist für die Leistungsvoraussetzungen zum einen auf die Personengruppe, die auch Leistungen im Arbeitsbereich einer WfbM beanspruchen kann, also auf § 58 SGB IX. Außerdem muss ihnen von einem privaten oder öffentlichen Arbeitgeber ein sozial-

versicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis mit einer tarifvertraglichen oder ortsüblichen Entlohnung angeboten worden sein. Der Verweis auf § 58 SGB IX verdeutlicht, dass mit dem BfA eine Alternative zur Beschäftigung in der WfbM ermöglicht werden soll. Bei der Rechtsanwendung ist allerdings Vorsicht vor unpräzisen Parallelen geboten. Wie schon § 58 SGB IX den Status der Erwerbsminderung nicht zur Zugangsvoraussetzung für die Aufnahme in die WfbM erklärt, ist ein solcher Status auch nicht für den Bezug eines BfA erforderlich.⁶⁶ Dass die Rechtsprechung bei tatsächlicher Beschäftigung im Arbeitsbereich einer WfbM vom Vorliegen einer Erwerbsminderung ausgeht, heißt nicht, dass die Feststellung dieses Status auch Zugangsvoraussetzung für die Leistung ist.⁶⁷

c) Bewertung des § 61 SGB IX

Das BfA wird, wie es in § 61 SGB IX geregelt ist, dh. den Lohnkostenzuschuss und den Aufwendersatz für die Jobbegleitung umfassend, allein noch nicht die Zugangsbarrieren zum allgemeinen Arbeitsmarkt senken.⁶⁸ Schon bisher standen im Rahmen der Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben Eingliederungszuschüsse beim Zugang

59 Anschaulich die Kleine Anfrage an die Bundesregierung zur »Qualifizierung in Werkstätten für behinderte Menschen und Übergangsmöglichkeiten auf den allgemeinen Arbeitsmarkt« und die Antwort v. 7. 6. 2017 unter BT-Drs. 18/12680; für aktuelle Zahlen siehe Bundesarbeitsgemeinschaft der überörtlichen Träger der Sozialhilfe (Hrsg.), Kennzahlenvergleich 2016, Münster 2018, S. 35 ff., abrufbar unter: http://www.lwl.org/spur-download/bag/05_2018an.pdf (27. 2. 2019).

60 Soweit gemessen lag die Übergangsquote im zu vernachlässigenden Promillebereich von 0,16 %; dazu *Detmar* ua., in: Gesellschaft für Integration, Sozialforschung und Betriebspädagogik gGmbH (Hrsg.), Entwicklung der Zugangszahlen zu WfbM, ISB Bericht, Berlin 2008, S. 11, 111.

61 *Becker*, Teilhabe 2/2017, 56 ff.

62 Überblick bei *Wuschech/Bruère/Beyer*, br 2016, 10 ff.; ausführlich untersucht von *Nebe/Waldenburger*, in: Landschaftsverband Rheinland (Hrsg.), Budget für Arbeit, Köln 2014, https://www.lvr.de/media/www/lvrde/soziales/menschenmit-behinderung/arbeitundausbildung/dokumente_229/15_0456_Forschungsbericht_barrierefrei.pdf (27. 2. 2019).

63 BT-Drs. 18/9522, S. 190, 194, 255.

64 Dazu *Nebe/Waldenburger*, in: Landschaftsverband Rheinland, Budget für Arbeit (Fn. 62).

65 Inzwischen haben verschiedene Bundesländer abweichende Höchstgrenzen geregelt, siehe dazu der Überblick von *Falk*, Beitrag A2-2019 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-a2-2019/> (27. 2. 2019).

66 Ausführlich dazu *Schaumberg*, Beitrag A8-2018 unter www.reha-recht.de, S. 6 f., abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-a8-2018/> (27. 2. 2019) sowie LPK-SGB IX-*Deutsch* (Fn. 32), § 61 Rn. 4.

67 Ausführlich zur Diskussion über die Voraussetzungen des BfA gem. § 61 Abs. 1 SGB IX auch *Feldes/Kohte/Stevens-Bartol-Nebe* (Fn. 32), § 61 Rn. 6 ff.

68 Dazu schon *Nebe*, PersR 2018, 13 ff.

zu Erwerbsarbeit⁶⁹ und Unterstützung am Arbeitsplatz⁷⁰ zur Verfügung. Dennoch waren Übergänge aus der WfbM nicht messbar.⁷¹ Einen nicht zu unterschätzenden Mehrwert hat die Neuregelung dennoch. Sie bietet erstmals eine Rechtsgrundlage, damit die Rehabilitationsträger Lohnkostenzuschüsse unbefristet gewähren können. Damit wird durch das BTHG ein wichtiger Kritikpunkt an der bisherigen Rechtslage beseitigt.⁷²

Ob die mit der Neuregelung erwarteten Ziele auch praktisch erreicht werden, hängt von verschiedenen Faktoren ab. Die Erfahrungen in den Modellprojekten haben gezeigt, wie wichtig die Abstimmung zwischen den verschiedenen in Betracht kommenden Leistungsträgern zur Bündelung sämtlicher in Betracht kommender Leistungen (einschließlich zB. Hilfsmittel, Fahrkosten ua.) ist. Unverzichtbar ist auch, dass Arbeitgeber fortlaufend einen Ansprechpartner für die Umsetzung der Leistungen haben und dass alle Beteiligten, einschließlich das familiäre Umfeld und die neuen Kolleg*innen, für gelingende Übergänge sensibilisiert werden und in Konfliktsituationen professionelle Hilfe direkt zur Verfügung steht.⁷³ Ein deutlicher Rückschritt hinter diese Erfahrungen und Praktiken wäre es, würden Leistungsberechtigte allein auf § 61 SGB IX verwiesen und sich zudem die gegenüber der Eingliederungshilfe vorrangigen Leistungspflichtigen von vornherein aus der Verantwortung ziehen.⁷⁴ Der Gesetzgeber sollte im Zuge der angekündigten Kodifizierung eines Budgets für Ausbildung sogleich auch dafür sorgen, dass Budgetbeschäftigte auch sozialversicherungsrechtlich mit den übrigen Beschäftigten gleichberechtigt behandelt werden. Der in der Gesetzesbegründung begründete, aber normativ nicht unterlegte Ausschluss der Budgetbeschäftigten aus der Arbeitslosenversicherung stünde nicht nur im deutlichen Widerspruch zum mit dem BTHG verfolgten Inklusionsanliegen, sondern wäre zudem als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gem. § 33c SGB I ohnehin unwirksam.⁷⁵

Jede Teilhabeleistung, die auf Verwirklichung der Teilhabe am allgemeinen Arbeitsmarkt ausgerichtet ist, braucht aufnahmebereite Betriebe, inklusionsbereite Vorgesetzte und Kolleg*innen. Wer mit einem BfA am allgemeinen Arbeitsmarkt bestehen will, ist auf vielfältige Unterstützung angewiesen. Hier können bzw. müssen Schwerbehindertenvertretungen, Betriebsräte, Behindertenbeauftragte, Gewerkschaften und jede(r) einzelne Beschäftigte seinen/ihren Beitrag für einen inklusiven Arbeitsmarkt leisten.

3. Andere Leistungsanbieter, § 60 SGB IX

Mit der Zulassung anderer Leistungsanbieter gem. § 60 SGB IX wird behinderten Menschen eine weitere Wahlmöglichkeit eröffnet. Sie können typische Werkstatt-Leistungen bzw. Teile davon auch außerhalb der WfbM in Anspruch nehmen. Es können sämtliche Leistungen, die die Werkstätten ihrem gesetzlichen Auftrag entsprechend anbieten, künftig auch von sog. Anderen Leistungsanbietern erbracht werden.⁷⁶ Mit der Zulassung anderer Leistungsanbieter werden Wahlmöglichkeiten für eine personenzentrierte Leistungsgewährung eröffnet. Andere Leistungsanbieter können ihre Bildungs- und Beschäftigungsangebote direkt in den Betrieben und Dienststellen erbringen. Gesetzgeberisch soll damit den Empfehlungen nach der Staatenprüfung zur Umsetzung der UN-BRK entsprochen werden.⁷⁷ Das Gelingen dessen wird auch davon abhängen, inwieweit es den verantwortlichen Leistungsträgern gelingt, durch attraktive und transparente Vertragsgestaltungen inklusionsorientierte Anbieter zu motivieren, Leistungen vergleichbar dem Berufsbildungsbereich oder dem Arbeitsbereich der WfbM außerhalb der institutionellen Strukturen passgenau und im Interesse der behinderten Menschen zu erbringen. Aus der Praxis erfahrener Dienstleister werden ernst zu nehmende Hinweise formuliert, die Vorgaben

69 Vgl. nur §§ 33 Abs. 3 Nr. 1, 34 Abs. 1, 3 SGB IX aF, jetzt inhaltsgleich in § 49 Abs. 3 Nr. 1 SGB IX: »Hilfen zur Erhaltung eines Arbeitsplatzes« sowie Eingliederungszuschüsse gem. § 50 Abs. 1, 4 SGB IX, die im Zuständigkeitsbereich sämtlicher Träger von Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben zu leisten sind, dh. durch Bundesagentur, gesetzliche Rentenversicherung oder Eingliederungshilfe.

70 Zum Beispiel durch die Unterstützte Beschäftigung gem. § 38a SGB IX aF, nunmehr § 55 SGB IX, oder die begleitenden Leistungen gem. § 33 Abs. 6 SGB IX aF, nunmehr § 49 Abs. 6 SGB IX.

71 Dazu oben Fn. 60.

72 Vgl. Giese/Nebe, RP-Reha, 2015, 55 sowie Eikötter, Inklusion und Arbeit (Fn. 6), S. 271 zur Kritik des CRPD-Ausschusses in der Rs. Gröninger v. 4. 4. 2014 – CRPD/C/D/2/2010, abrufbar unter: www.gemeinsam-einfach-machen.de/SharedDocs/Downloads/DE/AS/UN_BRK/Individualbeschwerde_Groeninger.pdf (27. 2. 2019).

73 Ausführlich Nebe/Waldenburger, in: Landschaftsverband Rheinland, Budget für Arbeit (Fn. 62), S. 181 f.

74 Zu den Risiken einer Fehlsteuerung ausführlich Feldes/Kohte/Stevens-Bartol-Nebe (Fn. 32), § 61 Rn. 23 ff., 32 ff.

75 Schimank/Nebe, Beitrag D60-2016 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/nc/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-d60-2016> (27. 2. 2019); Feldes/Kohte/Stevens-Bartol-Nebe (Fn. 32), § 61 Rn. 41 ff.; krit. insoweit auch LPK-SGB IX-Deusch (Fn. 32), § 61 Rn. 4.

76 Speziell zu Inklusionsbetrieben als andere Anbieter: Wörmann, Beitrag A10-2018 unter www.reha-recht.de, abrufbar unter: <https://www.reha-recht.de/fachbeitraege/beitrag/artikel/beitrag-a10-2018/> (27. 2. 2019).

77 BT-Drs. 18/9522, S. 194, 253.

aus der WMVO, die über den Verweis in § 60 Abs. 2 SGB IX auch für die Anderen Leistungsanbieter gelten, im Sinne der personenzentrierten Leistungsgewährung zu flexibilisieren.⁷⁸ Wie schon zum BfA ist auch hier gewiss, dass die neuen Leistungsformen aufnahmebereite Betriebe mit inklusionssensiblen Arbeitsstrukturen brauchen.⁷⁹

VII. Resümee

Und damit schließt sich der Kreis. Mit dem BTHG hat der Gesetzgeber das Inklusionsziel klar betont. Die hierfür unternommenen Rechtsänderungen dienen der Annäherung an dieses Ziel. Wie lange der Weg dauern wird, hängt von zahlreichen Bedingungen ab. Natürlich lässt sich auch gesetzlich noch einiges optimieren. Doch schon de lege lata sind Rechte und Pflichten im Sozial- und Arbeitsrecht klar formuliert. Entscheidend werden die Prozesse sein, innerhalb derer die jeweiligen Verantwortlichkeiten im Einzelfall geklärt werden. Hierzu müssen Verfahrensordnungen aufgestellt werden, wie zB. Betriebsvereinbarungen zum BEM oder Inklusionsvereinbarungen über angemessene Vorkehrungen und positive Maßnahmen. Vor allem aber müssen die Sozialleistungsträger die nach wie vor für viele Leistungsbeeinträchtigte und Akteure schwer durchschaubaren Schnittstellen des gegliederten Systems durch konstruktive Koordinierung abbauen.

VIII. Ausblick – kollektive Verantwortung

Das Recht auf Arbeit behinderter Menschen lässt sich nur realisieren und ein inklusiver Arbeitsmarkt nur verwirklichen, wenn Sozialrecht und Arbeitsrecht im wechselseitigen Zusammenwirken ihren Beitrag zur betriebsnahen und betrieblichen (Re)Habilitation leisten. Die Gestaltung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen ist gem. Art. 9 Abs. 3 GG vornehmstes Recht der Koalitionen. Nach dem Vorbild der EU-Rahmenvereinbarung über integrative Arbeitsmärkte (2010) sollten Tarifvertragsparteien ihre verfassungsrechtlich geschützte Gestaltungsfreiheit verantwortungsvoll ausfüllen, sollten diskriminierende Regelungen in ihren Vertragswerken beseitigen⁸⁰ und Übergänge ermöglichende Tarifbestimmungen schaffen. Der Wandel im staatlichen Arbeitsrecht zeigt die Perspektive – die Tarifverantwortung beschränkt sich nicht auf den altklassischen »Normalarbeitnehmer«, sondern erstreckt sich auf Beschäftigte (vgl. §§ 2 ArbSchG, 6 AGG ua.), Rehabilitanden und andere von Erwerbsteilhabe Exkludierte.⁸¹

⁷⁸ Ausführlich dazu *Becker*, RP-Reha, 2019, 36.

⁷⁹ Zum Beispiel durch einen behinderungsgerechten Arbeitsschutz, vgl. § 4 Nr. 6 ArbSchG; dazu *Blume/Faber*, in: Kohte/Faber/Feldhoff (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsschutzrecht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, § 4 ArbSchG Rn. 106.

⁸⁰ Vgl. nur EuGH, 19.9.2018 – C-312/17 – NZA 2018, 1268 (Bedi) und dazu Anm. von *Nebe*, RP-Reha 4/2018, 53.

⁸¹ *Nebe*, FS Klebe, 2018, S. 292 ff.

Die Umsetzung der Entsenderichtlinie

Akad. Rat Dr. Thomas Klein/Alexander Schneider,
Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU), Trier

Mit der Änderungs-RL 2018/957/EU wurden zahlreiche Änderungen in der Entsende-RL 96/71/EG vorgenommen, die von den Mitgliedstaaten bis zum 30. Juli 2020 in nationales Recht umzusetzen sind. In Deutschland erfordert dies Änderungen im Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG). Der Beitrag untersucht ohne Anspruch auf Vollständigkeit den Anpassungsbedarf im Hinblick auf die Erweiterung des »harten Kerns« der zu erstreckenden Arbeitsbedingungen (I.), die Änderungen in Bezug auf die Erstreckung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen (II.), die Änderungen im Bereich der grenzüberschreitenden Leiharbeit (III.) sowie die neuen Regelungen für längerfristige Entsendungen (IV.). Anlässlich der Änderungen in Bezug auf die Erstreckung von Tarifverträgen widmet sich die Abhandlung zudem der Frage nach der Zulässigkeit vergaberechtlicher Tarifregelungen unter den Vorzeichen der geänderten Entsende-RL sowie im Lichte der jüngeren Rechtsprechungsentwicklung (II.4.). Die Verfasser knüpfen mit dem Beitrag an ihren in Heft 1/2019 veröffentlichten Überblick¹ zu den Änderungen der Entsende-RL an und führen die dortigen Überlegungen mit Blick auf das deutsche Recht fort.

I. Erweiterung des »harten Kerns« zu erstreckender Arbeitsbedingungen

Zentraler Regelungsgehalt der Entsende-RL ist die Erstreckung eines »harten Kerns« klar definierter Schutzbestimmungen des Aufnahmemitgliedstaats auf die entsandten Arbeitnehmer. Die im Einzelnen zu erstreckenden Regelungsgegenstände werden in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL enumerativ aufgezählt. Im deutschen Recht wurde dieser Katalog in § 2 AEntG für die Erstreckung von in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften festgelegten Arbeitsbedingungen – in leicht veränderter Reihenfolge, aber ansonsten wortgleich – übernommen. Für die Erstreckung von Tarifverträgen wurde der Katalog des Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL indes modifiziert: Nach § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG können die Mindestentgeltsätze in Tarifverträgen nach Art der

Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differieren. § 5 S. 1 Nr. 2 AEntG sieht anstelle der in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b Entsende-RL vorgesehenen Erstreckung der Regelungen zum bezahlten Mindesturlaub die Erstreckung von Tarifregelungen über die Dauer des Erholungsurlaubs, das Urlaubsentgelt oder ein zusätzliches Urlaubsgeld vor. § 5 S. 1 Nr. 3 AEntG enthält über den Katalog des Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL hinausgehend eine spezielle Erstreckungsmöglichkeit, aufgrund derer die Entsendeunternehmen in die Urlaubsverfahren der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien (Urlaubskassen) einbezogen werden können. Bezüglich der übrigen Arbeitsbedingungen wird in § 5 S. 1 Nr. 4 AEntG auf den Katalog des § 2 AEntG verwiesen.

Mit der Änderungs-RL wurde zum einen der Begriff der Mindestlohnsätze in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c durch den Begriff Entlohnung ersetzt; zum anderen wurde der Katalog um die lit. h und i ergänzt. Diese Änderungen können grundsätzlich durch eine Ergänzung bzw. Änderung der Kataloge in §§ 2 und 5 AEntG umgesetzt werden. Der in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Entsende-RL neu aufgenommene Entlohnungsbegriff wirft allerdings die Frage auf, ob es der speziellen Regelung in § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG noch bedarf (1.). Zudem stellt sich die Frage, ob der Begriff durch Regelbeispiele konkretisiert werden kann (2.). Im Zusammenhang mit dem Entlohnungsbegriff ist außerdem zu klären, inwiefern die Neuregelungen zur Anrechnung von Entsendungszulagen in Art. 3 Abs. 7 UAbs. 2 und 3 Entsende-RL eine Änderung im deutschen Recht erfordern (3.). Schließlich ist zu erörtern, wie die beiden neuen Katalogtatbestände in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h und i Entsende-RL in die Kataloge der §§ 2 und 5 AEntG zu integrieren sind (4.)

¹ Klein/Schneider, SR 2019, 21 ff.; ebenfalls zu den Änderungen der Entsende-RL: Kellerbauer, EuZW 2018, 846 ff.; Mävers, ArbRAktuell 2018, 463 ff.; Riesenhuber, NZA 2018, 1433 ff.; Franzen, EuZA 2019, 3 ff.

1. Erstreckung differenzierter Entgeltregelungen

Der neue Begriff der »Entlohnung« in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Entsende-RL umfasst in Anknüpfung an die EuGH-Rechtsprechung in der Rechtssache *Sähköalojen ammattiliitto*² die Einteilung der Arbeitnehmer in Lohngruppen auf der Grundlage verschiedener Kriterien (wie etwa der Qualifikation, der Ausbildung und der Erfahrung der Arbeitnehmer und/oder der Art der von ihnen ausgeübten Tätigkeit).³ Das AEntG sieht eine solche Differenzierung aktuell speziell für tarifliche Mindestentgeltsätze vor. Nach § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG können in einem Tarifvertrag Mindestentgeltsätze geregelt werden, die nach Art der Tätigkeit, Qualifikation der Arbeitnehmer und Regionen differieren können. Wird in Umsetzung der geänderten Entsende-RL der Begriff »Mindestentgeltsätze« im AEntG durch den Begriff »Entlohnung« ersetzt, stellt sich die Frage, ob es der speziellen Regelung in § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG noch bedarf. Dies könnte allenfalls im Hinblick auf regionale Differenzierungen in Erwägung gezogen werden, da der EuGH dieses Kriterium nicht ausdrücklich nennt. Das Urteil enthält allerdings nur eine beispielhafte Aufzählung. Abstrakter Bezugspunkt sind »die Vorschriften über die Einteilung der Arbeitnehmer in Lohngruppen, die im Aufnahmemitgliedstaat auf der Grundlage verschiedener Kriterien angewandt werden.«⁴ Der EuGH rekurriert also bezüglich der Differenzierungskriterien auf die nationalen Vorschriften. Diesem Ansatz ist der europäische Gesetzgeber in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 3 Entsende-RL gefolgt: Maßgeblich für den Entlohnungsbegriff sind die nationalen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten sowie die allgemeinverbindlichen Tarifverträge des Aufnahmestaats. Sehen diese eine Einteilung der Arbeitnehmer in Lohngruppen nach Regionen vor, sind diese Bestimmungen als Entlohnungsregelung iSv. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Entsende-RL anzusehen.⁵ Der Entlohnungsbegriff erfasst folglich auch die bisher in § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG enthaltene Differenzierung nach Regionen. Mit der Umsetzung des Entlohnungsbegriffs wird die spezielle Regelung des § 5 S. 1 Nr. 1 AEntG also obsolet.

2. Konkretisierung des Entlohnungsbegriffs durch Regelbeispiele

Der Entlohnungsbegriff umfasst neben der Grundvergütung auch alle weiteren die Entlohnung ausmachenden Bestandteile (insbesondere Zulagen, Zuschläge und Sonderzahlun-

gen), die neben dem regulären Entgelt gezahlt werden und somit das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung verändern.⁶ In Deutschland werden diese weiteren Bestandteile zumeist in Tarifverträgen geregelt. Aus § 6 Abs. 5 ArbZG kann sich allerdings auch ein gesetzlicher Anspruch auf einen Zuschlag ergeben.⁷ In allgemeinverbindlichen Tarifverträgen lassen sich insbesondere Zulagen und Zuschläge zum Ausgleich von Mehrarbeit⁸, Nachtarbeit⁹, Sonn- und Feiertagsarbeit¹⁰ bzw. besonderer Erschwernisse¹¹ sowie Sonderzahlungen und Gratifikationen¹² ausmachen. Angesichts der Vielfalt der tariflichen Regelungen ist eine abschließende Bestimmung der weiteren Entlohnungsbestandteile zwar ausgeschlossen; zur Vereinfachung der Rechtsanwendung ließen sich – ausgehend von den in der Tarifpraxis verbreiteten Sondervergütungsarten – jedoch Regelbeispiele bilden. Der Entlohnungsbegriff könnte demnach wie folgt konkretisiert werden: »die Entlohnung einschließlich aller die Entlohnung ausmachenden Bestandteile, insbesondere Vergütungen für den Ausgleich von Mehrarbeit, Nachtarbeit, Sonn- und Feiertagsarbeit oder besonderer Erschwernisse sowie Sonderzahlungen und Gratifikationen.«

2 EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto).

3 Klein/Schneider, SR 2019, 21, 26; vgl. EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto), Rn. 43; vgl. auch Heuschmid/Schierle, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019 (im Folgenden: Preis/Sagan), Rn. 16.133, 16.142.

4 EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto), Rn. 43.

5 So auch bereits Bayreuther, EuZW 2015, 308, 313 auf Grundlage der Entscheidung *Sähköalojen ammattiliitto*.

6 Klein/Schneider, SR 2019, 21, 26.

7 Siehe dazu Baeck/Deutsch (Hrsg.), ArbZG, 3. Aufl., München 2014, § 6 ArbZG Rn. 82 ff.; Raab, ZfA 2014, 237 ff.

8 ZB.: § 3 Nr. 6.1 (iVm. § 3 Nr. 5.1) Bundesrahmentarifvertrag für das Baugewerbe für Arbeiter v. 4.7.2002 idFv. 24.11.2015, AVE v. 4.5.2016 mWz. 1.1.2016, BAnz AT 9.5.2016 B4 (BRTV Bau); § 13 Abs. 1 lit. a (iVm. § 10) Rahmentarifvertrag für gewerbliche Arbeitnehmer im Dachdeckerhandwerk v. 27.11.1990 idFv. 5.10.2016, AVE v. 1.8.2017 mWz. 1.1.2017, BAnz AT 15.8.2017 B3 (RTV Dachdeckerhandwerk).

9 ZB.: § 3 Nr. 6.2 (iVm. § 3 Nr. 5.2) BRTV Bau; § 13 Abs. 1 lit. b (iVm. § 11) RTV Dachdeckerhandwerk; § 6 Entgelttarifvertrag für Sicherheitsdienstleistungen in Berlin und Brandenburg v. 31.1.2017, AVE v. 31.7.2017 mWz. 1.1.2017, BAnz AT 16.8.2017 B5 (TV Sicherheit Ber-Bra).

10 ZB.: § 3 Nr. 6.3 (iVm. § 3 Nr. 5.3) BRTV Bau; § 13 Abs. 1 lit. c (iVm. § 12) RTV Dachdeckerhandwerk; § 6 TV Sicherheit Ber-Bra.

11 ZB.: § 33 Abs. 2, 3 RTV Dachdeckerhandwerk.

12 ZB.: § 11 Rahmentarifvertrag für das Gerüstbauer-Handwerk v. 4.7.2015 mWz. 1.9.2015, AVE v. 8.7.2016, BAnz AT 14.7.2016 B4; § 9 Manteltarifvertrag für das Gaststätten- und Hotelgewerbe des Landes Nordrhein-Westfalen v. 20.4.2016, AVE v. 20.9.2016 mWz. 1.5.2016, BAnz. AT 13.10.2016 B7.

3. Anrechnung von Entsendungszulagen

In der Vergangenheit war mitunter unklar, inwiefern Entsendungszulagen, die dem entsandten Arbeitnehmer gezahlt wurden, auf den ihm im Aufnahmemitgliedstaat zustehenden Mindestlohnanspruch angerechnet werden können.¹³ Die Änderungs-RL hat diesbezüglich Neuerungen in Art. 3 Abs. 7 UAbs. 2 und 3 Entsende-RL gebracht. Zwar bleibt es bei dem Grundsatz, dass Entsendungszulagen als Bestandteil der Entlohnung gelten, soweit sie nicht als Erstattung tatsächlich entstandener Kosten gezahlt werden. Legen die für das Arbeitsverhältnis geltenden Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen aber nicht fest, ob und wenn ja welche Bestandteile einer Entsendungszulage als Erstattung tatsächlich entstandener Kosten gezahlt werden oder welche Teil der Entlohnung sind, wird nun unwiderleglich vermutet¹⁴, dass die gesamte Zulage als Erstattung von infolge der Entsendung entstandenen Kosten gezahlt wird, also nicht anrechenbar ist. Maßgeblich sind insofern ausweislich des Erwägungsgrundes 20 der Änderungs-RL die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen, die sich aus den auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Rechts- und Verwaltungsvorschriften, Tarifverträgen, Schiedssprüchen oder vertraglichen Vereinbarungen ergeben.¹⁵ Welche Rechts- und Verwaltungsvorschriften bzw. Tarifverträge dies sind, richtet sich nach dem anwendbaren Vertragsstatut, das nach Art. 8 Rom-I-VO zu bestimmen ist. In den allermeisten Fällen dürften danach die Rechts- und Verwaltungsvorschriften sowie die Tarifverträge des Entsendestaats (als Recht des Staats des gewöhnlichen Arbeitsorts iSv. Art. 8 Abs. 2 Rom-I-VO) maßgebend sein.¹⁶ Die vorübergehende Entsendung des Arbeitnehmers in einen anderen Mitgliedstaat ändert an dessen gewöhnlichem Arbeitsort in seinem Herkunftsstaat nichts (Art. 8 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO). Auch die Entsende-RL und die dazu erlassenen nationalen Umsetzungsbestimmungen lassen das Vertragsstatut unberührt; sie qualifizieren lediglich die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des »harten Kerns« als Eingriffsnormen iSv. Art. 9 Abs. 1 Rom-I-VO.¹⁷ Da Entsendungszulagen jedoch nicht zu diesem »harten Kern« gehören, gilt für sie unverändert das Vertragsstatut.

Für die Vermutung nach Art. 3 Abs. 7 UAbs. 3 Entsende-RL sind somit das Vertragsstatut und die vertraglichen Vereinbarungen zwischen dem entsandten Arbeitnehmer und seinem Arbeitgeber entscheidend. Die Regelungen, aus

denen sich ein etwaiger Anspruch auf die Zahlung einer Entsendungszulage ergeben kann, sind demzufolge auch für die Vermutungsregel des Art. 3 Abs. 7 UAbs. 3 Entsende-RL maßgebend. Legen sie nicht fest, welcher Anteil der Entsendungszulage als Ersatz für tatsächlich entstandene Kosten oder als Entlohnung gezahlt wird, ist davon auszugehen, dass die gesamte Zulage als Erstattung von infolge der Entsendung entstandenen Kosten gezahlt wird.

Die Vermutungsregelung ist ins deutsche Recht umzusetzen. Systematisch bietet sich die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in den 5. Abschnitt des AEntG an. Weitergehender Handlungsbedarf besteht im deutschen Recht mangels eines gesetzlichen Anspruchs auf die Zahlung einer Entsendungszulage allenfalls für die Tarifvertragsparteien, sofern diese Regelungen über die Zahlung von Entsendungszulagen getroffen haben. Die Anrechnung von Entsendungszulagen, die nach Deutschland entsandten Arbeitnehmern auf Grundlage ihres Heimatrechts oder einer vertraglichen Vereinbarung mit ihrem Arbeitgeber gezahlt werden, richtet sich indes nach den Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des jeweiligen Vertragsstatuts bzw. nach den vertraglichen Vereinbarungen.

4. Integration der neuen Katalogtatbestände

Nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. h Entsende-RL sind künftig die Bedingungen für Unterkünfte, die vom Arbeitgeber für Arbeitnehmer, die von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz entfernt sind, zur Verfügung gestellt werden, auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Der Regierungsentwurf (RegE) zu einem Gesetz gegen illegale Beschäftigung und Sozialleistungsmissbrauch v. 25. März 2019 (BT-Drs. 19/8691) sieht zur Umsetzung dieser Neuregelung eine Ergänzung des § 5 AEntG vor (Art. 2 Nr. 2 lit. b RegE). Damit wären wegen der Regelung in § 5 AEntG lediglich die betreffenden Bestimmungen in Tarifverträgen iSv. § 3 AEntG auf entsandte Arbeitnehmer anwendbar.¹⁸ Bedingungen für die Unterkünfte von Arbeitnehmern sind allerdings auch in Nr. 4.4

13 *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433, 1436.

14 Dazu *Klein/Schneider*, SR 2019, 21, 26.

15 AA. *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433, 1436, der auf die Tarifverträge und Gesetze des Aufnahmestaats abstellt.

16 AA. *Riesenhuber*, NZA 2018, 1433, 1436, der auf die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmestaats abstellt.

17 *Klein/Schneider*, SR 2019, 21, 22.

18 ZB.: § 7 Nr. 4.2 BRTV Bau.

des Anhangs der ArbStättV geregelt. Letztere ließen sich bei einem weiten Verständnis des Merkmals »Arbeitsplatz« zwar als Regelungen über die Sicherheit, den Gesundheitsschutz und die Hygiene am Arbeitsplatz unter § 2 Nr. 5 AEntG subsumieren;¹⁹ vorzugswürdig ist jedoch eine Aufnahme in den Katalog des § 2 AEntG und eine entsprechende Ergänzung der Verweisung in § 5 S. 1 Nr. 4 AEntG.

Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. i Entsende-RL verlangt ferner die Erstreckung von Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten für Arbeitnehmer, die aus beruflichen Gründen nicht zu Hause wohnen. Die Bestimmung gilt ausschließlich für die Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten, die entsandten Arbeitnehmern entstehen, wenn sie zu und von ihrem regelmäßigen Arbeitsplatz in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sie entsandt wurden, reisen müssen oder von ihrem Arbeitgeber vorübergehend von diesem regelmäßigen Arbeitsplatz an einen anderen Arbeitsplatz gesandt werden (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 2 Entsende-RL). Ein gesetzlicher Anspruch auf Erstattung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten kann sich in Deutschland aus dem Aufwendungsersatzanspruch des § 670 BGB ergeben.²⁰ Daneben enthalten allgemeinverbindliche Tarifverträge Regelungen zur Erstattung von Reise-²¹, Unterbringungs-²² und Verpflegungskosten²³. Es bietet sich daher auch bezüglich der Zulagen oder Kostenerstattungen zur Deckung von Reise-, Unterbringungs- und Verpflegungskosten eine Aufnahme in den Katalog des § 2 AEntG und eine entsprechende Ergänzung der Verweisung in § 5 S. 1 Nr. 4 AEntG an.

II. Erstreckung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen

Neben den in Gesetzen und Verwaltungsvorschriften festgelegten Arbeitsbedingungen (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 1. Spstr. Entsende-RL, § 2 AEntG) werden auch in Tarifverträgen festgelegte Arbeitsbedingungen unter bestimmten Voraussetzungen auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr., Art. 3 Abs. 8 Entsende-RL, §§ 3–7a AEntG). Auf Grundlage der alten Fassung der Entsende-RL waren zwingend nur die allgemeinverbindlichen Tarifverträge des Baugewerbes (iSd. Anhangs der Entsende-RL) auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken (Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr. Entsende-RL aF.). Dieser

Vorgabe kam das AEntG durch die Erstreckung der Rechtsnormen der nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten bundesweiten Tarifverträge des Bauhauptgewerbes und des Baunebengewerbes nach (vgl. §§ 3 S. 1 Alt. 1 iVm. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AEntG).

Allgemeinverbindliche Tarifverträge anderer Branchen konnten die Mitgliedstaaten optional auf entsandte Arbeitnehmer erstrecken (Art. 3 Abs. 10 Entsende-RL aF.). Der deutsche Gesetzgeber machte von dieser Möglichkeit Gebrauch. Durch Rechtsverordnung können bundesweite Tarifverträge anderer Branchen auf alle Arbeitsverhältnisse zwischen einem Arbeitgeber mit Sitz im Ausland und seinen im räumlichen Geltungsbereich des jeweiligen Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmern erstreckt werden (§ 3 S. 1 Alt. 2 AEntG). Für den Erlass einer solchen Rechtsverordnung sieht das AEntG zwei Verfahren vor: Die Rechtsnormen der Tarifverträge der in § 4 Abs. 1 AEntG abschließend aufgezählten Branchen können durch Erlass einer Rechtsverordnung nach § 7 AEntG erstreckt werden. Für alle anderen Branchen gelten die strengeren Voraussetzungen des § 7a AEntG.²⁴

Die geänderte Entsende-RL erfordert in Bezug auf die Erstreckung tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen zwingende Anpassungen im AEntG und eröffnet darüber hinaus neue Optionen. Obligatorisch umzusetzen ist die nunmehr vorgegebene branchenunabhängige Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge (1.). Die in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL eröffnete Möglichkeit, neben allgemeinverbindlichen auch allgemein wirksame (2.) sowie die von den repräsentativsten Organisationen geschlossenen (3.) Tarifverträge auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken, steht indes im Ermessen der Mitgliedstaaten. Es stellt sich daher die Frage, ob für diese Möglichkeiten im deutschen Recht ein sinnvoller Anwendungsbereich besteht. Da sich Gestaltungspotentiale am ehesten im

¹⁹ Vgl. BT-Drs. 19/8691, S. 56.

²⁰ Siehe dazu iE. Koch, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017, § 82 Rn. 1 ff.; Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), § 611a BGB Rn. 553 ff.

²¹ ZB.: § 7 Nr. 3.1 BRTV Bau (Fahrkostenabgeltung bei Arbeitsstellen mit täglicher Heimfahrt); § 7 Nr. 4.4 BRTV Bau (Fahrkostenabgeltung bei Wochenendheimfahrt); § 36 Nr. 2 RTV Dachdeckerhandwerk.

²² ZB.: § 36 Nr. 1 RTV Dachdeckerhandwerk.

²³ ZB.: § 7 Nr. 3.2 BRTV Bau.

²⁴ Zu den geltenden RVO siehe die Nachweise bei ErfK-Schlachter (Fn. 20), § 4 AEntG Rn. 2–5, 10.

Bereich vergaberechtlicher Tariftreueklauseln abzeichnen, besteht Anlass, insbesondere diese Möglichkeiten im Lichte der geänderten Vorgaben zu betrachten (4.).

1. Branchenunabhängige Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge

Die Entsende-RL sieht in ihrer geänderten Fassung vor, dass die Mitgliedstaaten den in ihr Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmern die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen festgelegt sind und die in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a–h Entsende-RL genannten Gegenstände (»harter Kern«) betreffen. Die Beschränkung auf Tarifverträge, welche die im Anhang der Richtlinie genannten Tätigkeiten betreffen, wurde durch die Änderungs-RL ersatzlos gestrichen. Die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge sind künftig demnach branchen- und tätigkeitsunabhängig zu erstrecken.

Unter für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen iSd. Entsende-RL sind nach deren Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Tarifverträge zu verstehen, die von allen in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden Unternehmen einzuhalten sind. Aus unionsrechtlicher Perspektive ist es folglich unerheblich, ob die Allgemeinverbindlichkeit eines Tarifvertrags auf einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder auf einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a AEntG beruht.²⁵ Es handelt sich in allen Fällen um für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge iSd. Entsende-RL. Dieses Begriffsverständnis vorausgeschickt, ist festzustellen, dass das deutsche Recht den Vorgaben der geänderten Entsende-RL *de lege lata* nur teilweise entspricht. Nur die aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a AEntG allgemeinverbindlichen Tarifverträge sowie die nach § 5 TVG allgemeinverbindlichen Tarifverträge des Bauhaupt- und -nebgewerbes iSv. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AEntG werden durch § 3 AEntG automatisch auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt. Andere nach § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge finden nach § 3 AEntG keine Anwendung.²⁶ Zur Behebung dieses Defizits bedarf es einer Streichung der Beschränkung auf allgemeinverbindliche Tarifverträge iSv. § 4 Abs. 1 Nr. 1 AEntG in § 3 AEntG.

Die Ausweitung des § 3 AEntG auf die allgemeinverbindlichen Tarifverträge aller Branchen rückt ein weiteres, bisher wenig beachtetes Problem in den Blick. Nach § 3

S. 1 AEntG finden nur die Rechtsnormen eines *bundesweiten Tarifvertrags* auf entsandte Arbeitnehmer Anwendung. Eine Ausnahme hiervon gilt nach § 3 S. 2 AEntG, soweit die tarifvertraglichen Regelungen Arbeitsbedingungen iSd. § 5 Nr. 2 oder 3 AEntG (Regelungen über Urlaub und Urlaubsentgelt bzw. über Urlaubskassenverfahren) zum Gegenstand haben. Für die Anwendung solcher Tarifnormen auf entsandte Arbeitnehmer reicht es aus, dass die betreffenden Tarifverträge zusammengefasst räumlich das gesamte Bundesgebiet abdecken. Diese Sonderregelung ist durch die bei Erlass des § 3 AEntG im Jahr 2009 vorhandenen Urlaubsregelungen des Baugewerbes zu erklären, auf die der Gesetzgeber Rücksicht nehmen wollte.²⁷

Die Vereinbarkeit des § 3 S. 1 AEntG mit der Entsende-RL wurde in der Vergangenheit nur vereinzelt in Frage gestellt.²⁸ Dies mag vor allem darauf zurückzuführen sein, dass die Richtlinie bislang nur die Erstreckung der allgemeinverbindlichen Tarifverträge des Baugewerbes zwingend verlangte, deren räumlicher Geltungsbereich sich in der Praxis – mit Ausnahme der in § 3 S. 2 AEntG gesondert geregelten Urlaubstarifverträge – auf das gesamte Bundesgebiet erstreckt. Mit der Einbeziehung aller Branchen durch die Änderungs-RL wird diese Frage nun jedoch praktisch relevant, da viele allgemeinverbindliche Tarifverträge nicht bundesweit gelten.

Die Entsende-RL enthält weder in ihrer alten noch in ihrer neuen Fassung eine Grundlage für die Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge. In der Legaldefinition in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-RL wird lediglich darauf abgestellt, dass die Tarifverträge von allen in den *jeweiligen geographischen Bereich* fallenden Unternehmen einzuhalten sind. Dass damit nicht das gesamte Hoheitsgebiet des Mitgliedstaats gemeint ist, ergibt sich aus Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 2. Spstr. Entsende-RL. Danach können Tarifverträge zur Anwendung gebracht werden, die von den auf *nationaler Ebene* repräsentativsten Organisationen der

25 Preis/Sagan-Heuschmid/Schierle (Fn. 3), Rn. 16.125.

26 Im Jahr 2016 waren in Deutschland insgesamt 443 Tarifverträge für allgemeinverbindlich erklärt (Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Verzeichnis der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge, Stand: 1.7.2017).

27 Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler (Hrsg.), AEntG, 3. Aufl., München 2011, § 3 AEntG Rn. 13; ErfK-Schlachter (Fn. 20), § 3 AEntG Rn. 4; Bayreuther, DB 2009, 678; vgl. auch BT-Drs. 16/10486, S. 18 und 20.

28 Rödl, WSI-Mitteilungen 2012, 517, 521; dem folgend Deinert, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht Bd. 7, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: Schlachter/Heinig), § 10 Rn. 65.

Tarifvertragsparteien geschlossen wurden und *innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets* zur Anwendung kommen. Aus dem Umstand, dass die Geltung im gesamten nationalen Hoheitsgebiet in dieser Bestimmung explizit als Voraussetzung genannt wird, ist der Umkehrschluss zu ziehen, dass diese Einschränkung für die Erstreckung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 oder Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL nicht gilt.

Die Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge lässt sich auch nicht auf den nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Entsende-RL einzuhaltenden Gleichbehandlungsgrundsatz stützen. Dieser Grundsatz verlangt, dass nationale Unternehmen in einer vergleichbaren Lage am betreffenden Ort oder in der betreffenden Sparte denselben Anforderungen unterworfen sind und dass sie dieselben Anforderungen mit derselben Wirkung erfüllen müssen (vgl. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 3 Entsende-RL). Die Erstreckung regionaler Tarifverträge auf ausländische Arbeitgeber gerät mit diesem Grundsatz nicht zwangsläufig in Konflikt. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz läge nur vor, wenn inländische Unternehmen mit Sitz außerhalb des regionalen Geltungsbereichs des Tarifvertrags, die Arbeitnehmer in den Geltungsbereich des Tarifvertrags entsenden, nicht an die Rechtsnormen des Tarifvertrags gebunden wären.²⁹ Selbst in einem solchen Fall würde der Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz die Bundesrepublik jedoch nicht von ihrer Pflicht entbinden, allgemeinverbindliche Tarifverträge, die Aspekte des in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Entsende-RL definierten »harten Kerns« zum Gegenstand haben, unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Die Richtlinie ist vielmehr nach Art. 288 Abs. 3 AEUV hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich und überlässt den Mitgliedstaaten lediglich die Wahl der Form und der Mittel, um dieses Ziel zu erreichen.

Eine Ausnahme von der aus Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr. Entsende-RL folgenden Pflicht zur Erstreckung auch der regionalen allgemeinverbindlichen Tarifverträge wäre allenfalls zu erwägen, wenn die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes anderenfalls nicht möglich wäre. Letzteres trifft jedoch nicht zu. Arbeitgeber mit Sitz im Inland, die innerhalb Deutschlands Arbeitnehmer in den Geltungsbereich eines regionalen Tarifvertrags entsenden, wären – die Streichung des Merkmals »bundesweit« in § 3 S. 1 AEntG unterstellt – schon nach geltendem Recht an

diesen Tarifvertrag gebunden. Der Wortlaut des § 3 S. 1 AEntG mag zwar zunächst auf ein anderes Verständnis hindeuten, weil nur die Arbeitsverhältnisse zwischen einem *Arbeitgeber mit Sitz im Ausland* und seinen im räumlichen Geltungsbereich des Tarifvertrags beschäftigten Arbeitnehmern explizit genannt werden. Die Norm ordnet jedoch lediglich an, dass die Tarifverträge »auch« für diese Arbeitsverhältnisse gelten. Aus der Verwendung des Adverbs »auch« kann geschlossen werden, dass die Tarifverträge ebenso für im Inland ansässige Arbeitgeber gelten.³⁰ Dieses Verständnis wird durch § 8 Abs. 1 S. 1 AEntG bestätigt, wonach *Arbeitgeber mit Sitz im In- oder Ausland*, die unter den Geltungsbereich eines für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags oder einer Rechtsverordnung fallen, verpflichtet sind, ihren Arbeitnehmern mindestens *die in dem Tarifvertrag für den Beschäftigungsort vorgeschriebenen Arbeitsbedingungen* zu gewähren.

Die Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge ist nach alledem mit den verbindlich umzusetzenden Richtlinienvorgaben unvereinbar und muss ersatzlos gestrichen werden.³¹ Erstreckt werden damit künftig nicht nur bundesweite, sondern auch regionale Tarifverträge, sofern sie allgemeinverbindlich sind.

2. Ausdehnung auf allgemein wirksame Tarifverträge

Nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL nF. besteht nun auch für die Bundesrepublik die Möglichkeit, *allgemein wirksame Tarifverträge* auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. In Abgrenzung zu allgemeinverbindlichen Tarifverträgen, die von den unter ihren Geltungsbereich fallenden Unternehmen verbindlich einzuhalten sind, geht es bei allgemein wirksamen Tarifverträgen um solche, die – ohne staatliche Allgemeinverbindlicherklärung – tatsächlich auf alle von ihrem Regelungsbereich erfassten Arbeitsverhältnisse angewendet werden.³² Inwiefern die Umsetzung dieser Option ins deutsche Recht sinnvoll ist, erscheint fraglich und ist deshalb im Folgenden näher zu beleuchten.

²⁹ Vgl. Koberski/Asshoff/Eustrup/Winkler, AEntG (Fn. 27), § 3 AEntG Rn. 12.

³⁰ Waas, in: Thüsing (Hrsg.), MiLoG und AEntG, 2. Aufl., München 2016, § 3 AEntG Rn. 10.

³¹ Ebenso Rödl, WSI-Mitteilungen 2012, 517, 521.

³² Vgl. Klein/Schneider, SR 2019, 21, 28.

a) Regelmäßig keine allgemeine Wirksamkeit kraft Tarifbindung in Deutschland

Abseits allgemeinverbindlicher bzw. durch Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG erstreckter Tarifverträge gelten die Tarifnormen in Deutschland nach § 4 Abs. 1 TVG nur für beiderseits tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Eine allgemeine Wirksamkeit von Tarifverträgen würde demnach eine allgemeine Tarifgebundenheit voraussetzen, die in Deutschland in keiner Branche gegeben ist. Selbst wenn man für die allgemeine Wirksamkeit eine weit überwiegende Wirksamkeit genügen ließe, dürfte angesichts einer Tarifbindung von nur 27 % aller Betriebe³³ kein praktischer Anwendungsbereich für die Erstreckung allgemein wirksamer Tarifverträge bestehen. Auch die Berücksichtigung der nicht durch Tarifbindung, sondern lediglich durch arbeitsvertragliche Bezugnahme vermittelten Tarifgeltung, dürfte an diesem Befund nichts ändern, da sich nur 39 % der nicht tarifgebundenen Betriebe an einem Tarifvertrag orientieren³⁴.

b) Allgemeine Wirksamkeit durch vergaberechtliche Tarifreueregelungen

Unabhängig von der durch Tarifbindung oder vertragliche Bezugnahme begründeten Tarifgeltung könnte sich die allgemeine Wirksamkeit eines Tarifvertrags aus einer vergaberechtlichen Tarifreueregelung ergeben, nach der Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nur berücksichtigt werden, wenn sie sich zur Anwendung des einschlägigen Tarifvertrags verpflichten. Die Tarifreueregelung begründet für potentielle Auftragnehmer zwar keine unmittelbare und zwingende Geltung des Tarifvertrags. Sie verhindert aber, dass Bieter den Auftrag erhalten, die sich nicht selbst zur Anwendung des Tarifvertrags verpflichten, und gewährleistet damit faktisch dessen Wirksamkeit. Da Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL keine normative Tarifgeltung, sondern lediglich die tatsächliche Wirksamkeit des Tarifvertrags verlangt, muss eine solche Regelung im Vergabegesetz genügen.

Der EuGH hat die allgemeine Wirksamkeit eines Tarifvertrags aufgrund einer Tarifreueregelung in einem *obiter dictum* zu Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL aF. allerdings aus einem anderen Grund verneint. Die Wirkung des Tarifvertrags erstreckte sich nur auf einen Teil der in den geographischen Bereich des Tarifvertrags fallenden Tätigkeiten, da die vergaberechtliche Tarifreueregelung

nur auf die Vergabe öffentlicher Aufträge anwendbar sei und nicht für die Vergabe privater Aufträge gelte.³⁵

Da sich die Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL – abgesehen von der Ausweitung des Anwendungsbereichs auf alle Mitgliedstaaten – nicht geändert haben,³⁶ scheint es zunächst naheliegend, dass der EuGH an seiner Interpretation auch nach Inkrafttreten der Änderungs-RL festhalten wird. Letzteres ist jedoch nicht zwingend. Die mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs der Norm verbundene Aufhebung des Alternativverhältnisses von allgemeinverbindlichen und allgemein wirksamen Tarifverträgen könnte eine Neubewertung rechtfertigen. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL aF. sollte den Mitgliedstaaten, die nicht über ein System der Allgemeinverbindlichkeit verfügen, die Möglichkeit der Erstreckung »quasi allgemeinverbindlicher« Tarifverträge ermöglichen und damit das fehlende System der Allgemeinverbindlichkeit kompensieren.³⁷ Dieser Zusammenhang sprach für eine Orientierung an der Definition der Allgemeinverbindlichkeit in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-RL, um zumindest vergleichbare Voraussetzungen für alle Mitgliedstaaten zu gewährleisten. Der Neufassung liegt jedoch ein abweichender Normzweck zugrunde. Sie beschränkt das Instrument der allgemein wirksamen Tarifverträge nicht mehr allein auf Rechtsordnungen, in denen ein funktionaler Ersatz für das System der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen benötigt wird. Stattdessen tritt das Instrument nun als weitere Option neben die Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge. Vor diesem Hintergrund ist eine Orientierung am Begriff der allgemeinverbindlichen Tarifverträge künftig nicht mehr notwendig. Soll Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL in seiner geänderten Fassung tatsächlich auch in Mitgliedstaaten Anwendung finden, die über ein System der Allgemeinverbindlichkeit verfügen, muss die Norm fortan vielmehr im Lichte ihres geänderten Funktionszusammenhangs interpretiert werden. Letzteres könnte den

33 Im Jahr 2017 lag die Tarifbindung der Betriebe laut IAB-Betriebspanel insgesamt bei 27 %, wobei auf Branchentarifverträge 25 % und auf Haustarifverträge 2 % entfielen; keiner Tarifbindung unterlagen 73 %, s. Kohaut, IAB-Forum v. 24.5.2018, abrufbar unter <https://www.iab-forum.de/tarifbindung-der-abwaertstrend-haelt-an> (1.3.2019).

34 Kohaut, IAB-Forum v. 24.5.2018 (Fn. 33).

35 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 29.

36 Franzen, EuZA 2019, 3, 11.

37 Klein/Schneider, SR 2019, 21, 27 f. mwN.

EuGH auch im Hinblick auf vergaberechtliche Tarifregelungen zu einer Neubewertung veranlassen.

Neben den Änderungen der Entsende-RL gibt die neuere Rechtsprechung des EuGH Anlass für eine Überprüfung der Interpretation des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL.

In der Rechtssache *RegioPost*³⁸ hat der EuGH entgegen seiner Rechtsprechung in den Rechtssachen *Rüffert*³⁹ und *Bundesdruckerei*⁴⁰ anerkannt, dass die mit einer vergaberechtlichen Mindestlohnregelung verbundene Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt werden kann, obwohl der vergaberechtliche Mindestlohn nur für Tätigkeiten gilt, die bei der Ausführung öffentlicher Aufträge erbracht werden.⁴¹ Den Grund für die Zulässigkeit des partiellen Arbeitnehmerschutzes im Vergaberecht sieht der EuGH in den Regelungen der Vergabe-RL (damals Art. 26 RL 2004/18/EG), die es den Mitgliedstaaten nach Ansicht des EuGH erlauben, für die Ausführung öffentlicher Aufträge ein Mindestmaß an Schutz vorzusehen.⁴²

Mit dieser Beurteilung des Vergabemindestlohns im Lichte der Vergabe-RL trägt der EuGH – anders als noch in der Rechtssache *Rüffert* – dem vergaberechtlichen Regelungskontext Rechnung. Dieser Ansatz kann auch bei der Auslegung des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL fruchtbar gemacht werden. Nach dessen Wortlaut kommt es darauf an, dass die Tarifverträge für alle in den jeweiligen geographischen Bereich fallenden und die betreffende Tätigkeit oder das betreffende Gewerbe ausübenden gleichartigen Unternehmen allgemein wirksam sind. Als *Tätigkeit* iSd. kann die Ausführung öffentlicher Aufträge verstanden werden, für welche die öffentlichen Auftraggeber nach Art. 70 RL 2014/24/EU (Vergabe-RL 2014) besondere Bedingungen festlegen können, die ua. soziale Belange umfassen. Dass die vergaberechtliche Regelung im Bereich privater Auftragsvergabe keine Anwendung findet, wäre dann unerheblich, weil es allein auf die allgemeine Wirksamkeit des Tarifvertrags bei der Ausführung der öffentlichen Aufträge ankäme. Mit einer solchen Interpretation der Entsende-RL im Lichte der Besonderheiten des Vergaberechts und insbesondere des Art. 70 Vergabe-RL 2014 könnte eine systematisch stimmige Lösung erzielt werden, welche die eigenständige Ausgestaltung des öffentlichen Vergaberechts anerkennen würde, der Unterschiede gegenüber der privaten Auftragsvergabe immanent sind.

c) Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Änderung der Entsende-RL und die auf das europäische Vergaberecht gestützte Argumentation des EuGH in der Rechtssache *RegioPost* dafür sprechen, eine allgemeine Wirksamkeit iSd. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL anzunehmen, wenn ein Tarifvertrag aufgrund einer vergaberechtlichen Tarifregelung bei der Ausführung öffentlicher Aufträge allgemein Anwendung findet. Inwiefern sich auf dieser Grundlage tatsächlich neue Möglichkeiten für vergaberechtliche Tariftreueklauseln in Deutschland ergeben, ist noch näher zu beleuchten (4.).

3. Ausdehnung auf Tarifverträge der repräsentativsten Organisationen

Neben der Möglichkeit der Erstreckung allgemein wirksamer Tarifverträge eröffnet Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL in seinem zweiten Spiegelstrich die Möglichkeit der Erstreckung von Tarifverträgen, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien geschlossen wurden und innerhalb des gesamten nationalen Hoheitsgebiets zur Anwendung kommen.

a) Bundesweite Anwendung

Der Anwendungsbereich der Vorschrift erfährt für Deutschland durch das Merkmal der Geltung der Tarifverträge im gesamten nationalen Hoheitsgebiet eine wesentliche Einschränkung. In Branchen mit einer Vielzahl regionaler Tarifverträge kommt aufgrund dieser Voraussetzung eine Erstreckung nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 2. Spstr. Entsende-RL nicht in Betracht. Fraglich ist, ob dies auch gilt, wenn zwar kein bundesweiter Tarifvertrag existiert, aber einzelne Regionaltarifverträge derselben Tarifvertragsparteien das gesamte Bundesgebiet abdecken. Nach dem Wortlaut ist ein solches Verständnis aufgrund der Verwendung des Plurals (*Tarifverträge*) keineswegs zwingend. Unter Berücksichtigung des gesamten Regelungsgefüges der Entsende-RL kann das Tatbestandsmerkmal lediglich sicherstellen, dass die repräsentativ-

38 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (*RegioPost*), Rn. 63 ff.

39 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (*Rüffert*), Rn. 38 ff.

40 EuGH, 18. 9. 2014 – C-549/13 – NZA 2014, 1129 (*Bundesdruckerei*), Rn. 32.

41 S. iE. u. II.4.

42 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (*RegioPost*), Rn. 65 f.

ten Organisationen die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen für das gesamte Hoheitsgebiet geregelt haben. Die Geltung einheitlicher Bedingungen im gesamten Hoheitsgebiet ist indes, selbst wenn nur ein einziger Tarifvertrag im gesamten Hoheitsgebiet gilt, nicht gewährleistet, da die Richtlinie im Hinblick auf die Entlohnung regionale Differenzierungen innerhalb eines Tarifvertrags zulässt.⁴³ Das Erfordernis der Geltung der Tarifverträge im gesamten Hoheitsgebiet kann folglich nicht verhindern, dass die repräsentativsten Organisationen regional unterschiedliche Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen festlegen. Es gewährleistet lediglich, dass in allen Regionen tarifliche Regelungen gelten, die von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen festgelegt wurden. Für diesen Zweck ist es allerdings unerheblich, ob die tariflichen Regelungen in einem bundesweit geltenden Tarifvertrag enthalten sind, der regionale Differenzierungen vorsieht, oder in mehreren Regionaltarifverträgen, die von den repräsentativsten Organisationen abgeschlossen wurden und deren Geltungsbereiche zusammen das gesamte Bundesgebiet abdecken.

b) Repräsentativste Organisationen der Tarifvertragsparteien auf Bundesebene

Erstreckt werden können nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 2. Spstr. Entsende-RL nur die Tarifverträge der *auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen der Tarifvertragsparteien*. Nach welchen Kriterien die Repräsentativität zu bestimmen ist, regelt die Richtlinie nicht. Klar ist nach dem Wortlaut lediglich, dass ein relativer Maßstab anzulegen und auf die nationale Ebene abzustellen ist. Ungewiss ist hingegen, ob die Repräsentativität branchenbezogen oder nur für den Geltungsbereich eines Tarifvertrags zu bestimmen ist. Ebenso unklar ist, anhand welcher Kriterien die Repräsentativität zu bestimmen ist. Da diese Fragen sehr eng mit der Ausgestaltung des Koalitions- und Tarifvertragsrechts verbunden sind, ist eine einheitliche unionsautonome Auslegung des Repräsentativitätsbegriffs nicht zweckmäßig.⁴⁴ Vielmehr legt der Verzicht auf eine nähere Ausgestaltung eine Beurteilung nach nationalen Vorschriften und Gepflogenheiten nahe. In Deutschland könnte die Repräsentativität folglich in Anlehnung an die bestehenden Regelungen in § 7 Abs. 2 AEntG bestimmt werden.

c) Gleichbehandlung von in- und ausländischen Unternehmen

Die Erstreckung eines Tarifvertrags nach Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL ist nur zulässig, wenn gewährleistet ist, dass in- und ausländische Unternehmen, die sich in einer vergleichbaren Lage befinden, gleichbehandelt werden. Dies setzt voraus, dass die inländischen Unternehmen entweder ebenfalls an den Tarifvertrag der repräsentativsten Organisationen oder an einen gleichwertigen Tarifvertrag anderer Organisationen gebunden sind. Mangels tatsächlicher Tarifbindung ließe sich ein solches Ergebnis in Deutschland nur im Wege einer Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG oder einer Rechtsverordnung nach § 7 oder § 7a AEntG erreichen. In diesen Fällen ergibt sich die Erstreckung auf entsandte Arbeitnehmer allerdings ohnehin bereits aus Art. 3 Abs. 1 iVm. Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-RL.⁴⁵

Alternativ kommt eine Erstreckung auf inländische Unternehmen im Wege einer vergaberechtlichen Tarifreuegung in Betracht. Eine solche kann nach hier vertretener Ansicht allerdings unabhängig von den strengeren Voraussetzungen des zweiten Spiegelstrichs auf den ersten Spiegelstrich des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL gestützt werden.⁴⁶

d) Zwischenfazit

Angesichts der hohen Anforderungen des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 2. Spstr. Entsende-RL ist dessen potentieller Anwendungsbereich in Deutschland gering. Insbesondere auf der Arbeitgeberseite dürfte es häufig am Abschluss bundesweit anwendbarer Tarifverträge durch die auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen fehlen, da die Arbeitgeberverbände überwiegend dezentral organisiert sind und die Tarifverträge in der Regel von regionalen Verbänden geschlossen werden.⁴⁷ Dass allein der bundesweite Zusammenschluss dieser regionalen Verbände in Fachspitzenverbänden oder der BDA es rechtfertigen könnte, auf diese Spitzenverbände abzustellen, scheint

⁴³ S. o. I. 1.

⁴⁴ Exemplarisch zu den unterschiedlichen Kriterien zur Bestimmung der Repräsentativität von Gewerkschaften am Beispiel von Belgien und Frankreich s. *Kamanabrou*, FS Willemsen, 2018, S. 225 ff.

⁴⁵ S. dazu o. II. 1.

⁴⁶ S. dazu o. II. 2.

⁴⁷ Vgl. zur Organisation der Arbeitgeberverbände: *Müller-Jentsch*, Soziologie der Industriellen Beziehungen, 2. Aufl., Frankfurt 1997, S. 175 ff., insb. S. 186.

zweifelhaft, denn Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 2. Spstr. Entsender-RL verlangt, dass die Tarifverträge von den auf nationaler Ebene repräsentativsten Organisationen und nicht nur von deren Mitgliedsverbänden geschlossen werden. Letztlich kommt es auf diese Frage jedoch nicht entscheidend an, da selbst die von den repräsentativsten Organisationen geschlossenen Tarifverträge, die bundesweit Anwendung finden, wegen des zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatzes auf ausländische Arbeitgeber nur erstreckt werden können, wenn sie zugleich für deutsche Arbeitgeber verbindlich gemacht werden. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 2. Spstr. Entsender-RL eröffnet daher keine über die in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr. Entsender-RL ohnehin vorgesehene Erstreckung allgemeinverbindlicher Tarifverträge hinausgehende Möglichkeit der Tarifierstreckung.

Mit anderen Worten: Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr. Entsender nF. eröffnet den Mitgliedstaaten, die wie die Bundesrepublik über ein System der Allgemeinverbindlicherklärung verfügen, unabhängig von den strengen Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 2. Spstr. Entsender-RL die Möglichkeit, repräsentative Tarifverträge auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Es bedarf hierzu lediglich einer Allgemeinverbindlicherklärung dieser Tarifverträge bzw. einer entsprechenden Rechtsverordnung nach §§ 7, 7a AEntG. Die Erstreckung repräsentativer Tarifverträge scheitert folglich nicht an unionsrechtlichen Hürden, sondern allenfalls an den hohen Hürden, die das nationale Recht in § 5 TVG und in §§ 7, 7a AEntG vorsieht. Rechtspolitisch erscheint es daher zweckmäßiger, über eine Anpassung der Voraussetzungen der nationalen Bestimmungen nachzudenken, als eine weitere – auf Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 2. Spstr. Entsender-RL gestützte – Erstreckungsmöglichkeit im deutschen Recht zu schaffen, für die es praktisch kaum Anwendungsfälle gibt.

4. Vergaberechtliche Tariftreueregelungen

Wie sich unter II.2. gezeigt hat, dürfte die geänderte Entsender-RL vor allem auf dem Gebiet des Vergaberechts neue Gestaltungsoptionen eröffnen. In der Vergangenheit waren solche Regelungen mitunter an der Rechtsprechung des EuGH zur Dienstleistungsfreiheit gescheitert (a). In seinem Urteil in der Rechtssache *RegioPost* hat der Gerichtshof jedoch tragende Elemente seiner früheren Argumentation verworfen (b). Überdies hat sich der regulative Rahmen auf europäischer Ebene durch die Vergabe-RL 2014

maßgeblich verändert (c). Es bedarf daher einer Neubewertung auf Grundlage der geltenden Rechtslage (d).

a) Rechtsprechung in den Rechtssachen *Rüffert* und *Bundesdruckerei*

Die Vereinbarkeit vergaberechtlicher Tariftreueregelungen mit dem Unionsrecht beschäftigte den EuGH erstmals in der Rechtssache *Rüffert*.⁴⁸ Das vorliegende OLG Celle hatte im zugrundeliegenden Ausgangsverfahren Zweifel an der Unionsrechtsmäßigkeit des niedersächsischen Landesvergabegesetzes. Letzteres sah in seiner damaligen Fassung vor, dass Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen *mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt* zu bezahlen. Die Regelung hatte also zur Folge, dass die tariflichen Entgeltbestimmungen – unabhängig von der Tarifbindung des Auftragnehmers oder einer etwaigen Allgemeinverbindlichkeit des Tarifvertrags – bei der Ausführung öffentlicher Aufträge einzuhalten waren.

Die Entscheidung des EuGH, die im Ergebnis die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht verneint, stützt sich auf zwei Argumentationslinien. Zunächst prüft der Gerichtshof, ob das tarifliche Entgelt, zu dessen Zahlung sich der Auftragnehmer verpflichten muss, als Mindestlohnsatz iSd. Art. 3 Abs. 1 der Entsender-RL anzusehen ist.⁴⁹ Diese Frage wird verneint, weil es sich bei dem zu beachtenden Tarifvertrag nach Auffassung des EuGH weder um einen allgemeinverbindlichen Tarifvertrag iSv. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Entsender-RL, noch um einen allgemein wirksamen Tarifvertrag iSd. – für Deutschland auf Grundlage der alten Richtlinie ohnehin nicht geltenden – Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsender-RL aF. handelte.⁵⁰ Auch als für die Arbeitnehmer günstigere Beschäftigungs- und Arbeitsbedingung iSv. Art. 3 Abs. 7 Entsender-RL könne der im niedersächsischen Vergabegesetz vorgesehene tarifvertragliche Lohnsatz nicht angesehen werden, da diese Bestimmung sich nicht dahin auslegen lasse, dass sie es einem Aufnahmemitgliedstaat erlaube, die Erbringung einer Dienstleistung in seinem Hoheitsgebiet davon abhängig zu machen, dass Arbeits- und Beschäftigungsbe-

48 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (*Rüffert*).

49 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (*Rüffert*), Rn. 23 ff.

50 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (*Rüffert*), Rn. 25 ff.

dingungen eingehalten werden, die über das nach der Entsende-RL zwingende Maß an Schutz hinausgehen.⁵¹ Für den in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL definierten »harten Kern« sehe die Richtlinie »ausdrücklich den Grad an Schutz vor, den der Aufnahmemitgliedstaat in anderen Mitgliedstaaten ansässigen Unternehmen zugunsten der von diesen in sein Hoheitsgebiet entsandten Arbeitnehmer abzuverlangen berechtigt ist.«⁵² Das Schutzniveau für die entsandten Arbeitnehmer im Aufnahmemitgliedstaat sei auf dieses Schutzniveau beschränkt, es sei denn, die entsandten Arbeitnehmer genössen nach den Gesetzen oder Tarifverträgen in ihrem Herkunftsmitgliedstaat günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen.⁵³

Die zweite Argumentationslinie stützt sich auf die Dienstleistungsfreiheit. Der EuGH sieht in der Verpflichtung der in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Auftragnehmer zur Zahlung des tariflichen Entgelts eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit.⁵⁴ Eine Rechtfertigung dieser Beeinträchtigung durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes lehnt der Gerichtshof ab. Die Regelungen des Landesvergabegesetzes seien nicht geeignet, dieses Ziel zu erreichen, weil nicht ersichtlich sei, dass ein im Bausektor tätiger Arbeitnehmer nur bei einer Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags und nicht auch bei einer Tätigkeit im Rahmen eines privaten Auftrags des Schutzes bedürfe, der sich aus dem tarifvertraglichen Lohnsatz ergibt.⁵⁵

In der Rechtssache *Bundesdruckerei* bestätigte der EuGH seine zweite Begründungslinie und lehnte eine Rechtfertigung des streitgegenständlichen Vergabemindestlohns durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes ebenfalls mangels Geeignetheit ab.⁵⁶ Die erste Begründungslinie war in dieser Rechtssache indes mangels Anwendbarkeit der Entsende-RL nicht einschlägig.⁵⁷

b) Änderung der Rechtsprechung in der Rechtssache *RegioPost*

In der Rechtssache *RegioPost*⁵⁸ schlug der EuGH unter Berücksichtigung des europäischen Vergaberechts eine neue Rechtsprechungslinie ein.⁵⁹ Anlass der Entscheidung war eine Regelung im Landestariftreuegesetz Rheinland-Pfalz, wonach öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden durften, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt von

mindestens 8,50 € pro Stunde zu zahlen. Das OLG Koblenz hatte angesichts der Entscheidung in der Rechtssache *Rüffert* Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Regelung mit dem Unionsrecht.⁶⁰ Der EuGH teilte diese im Ergebnis nicht.

Der Gerichtshof prüfte die vom OLG Koblenz vorgelegten Fragen in erster Linie anhand des einschlägigen Art. 26 RL 2004/18/EG (Vergabe-RL 2004).⁶¹ Nach dieser Bestimmung konnten öffentliche Auftraggeber zusätzliche Bedingungen, insbesondere solche, die soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen, für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar waren. Der EuGH ordnet die Bestimmung im Tariftreuegesetz Rheinland-Pfalz als eine zusätzliche Bedingung iSd. Vorschrift ein und prüft – wie in Art. 26 Vergabe-RL 2004 vorgesehen – deren Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht.⁶²

Wie in der Rechtssache *Rüffert* misst der EuGH die landesvergaberechtlichen Regelung auch in der Rechtssache *RegioPost* zunächst an den Vorschriften der Entsende-RL. Da das Tariftreuegesetz die Höhe des Mindestlohns unmittelbar selbst festgelegt und zum maßgeblichen Zeitpunkt keine andere nationale Regelung einen niedrigeren Mindestlohn vorsah, stufte der EuGH den nach dem Gesetz zu zahlenden Vergabemindestlohn als Mindestlohnsatz iSv. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Entsende-RL aF. ein.⁶³ Dass die Regelung nur auf öffentliche und nicht auf private Aufträge anwendbar ist, hält der EuGH für unerheblich. Die in Art. 3 Abs. 8 UAbs. 1 Entsende-RL aufgestellte Voraussetzung der Allgemeinverbindlichkeit gelte nur für Tarifverträge und nicht für Rechts- oder Verwaltungsvorschriften.

51 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 32 f.

52 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 33.

53 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 34.

54 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 37.

55 EuGH, 3. 4. 2008 – C-346/06 – Slg. 2008, I-1989 (Rüffert), Rn. 40.

56 EuGH, 18. 9. 2014 – C-549/13 – NZA 2014, 1129 (Bundesdruckerei), Rn. 32.

57 EuGH, 18. 9. 2014 – C-549/13 – NZA 2014, 1129 (Bundesdruckerei), Rn. 24.

58 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost).

59 Siegel, EuZW 2016, 101, 102; Schmieders, NVwZ 2016, 212, 217.

60 OLG Koblenz, 19. 2. 2014 – 1 Verg 8/13 – NZBau 2014, 317.

61 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 47, 53.

62 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 54, 58 ff.

63 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 62; zweifelnd hinsichtlich des Rechtsnormcharakters: OLG Koblenz, 19. 2. 2014 – 1 Verg 8/13 – NZBau 2014, 317, 319; Bonitz, NZBau 2016, 418, 419.

ten.⁶⁴ Überdies könne nicht gefordert werden, dass sich die Maßnahme über den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe hinaus erstreckt und allgemein für alle Aufträge einschließlich privater Aufträge gilt, da sich die Regelung des Tarifreuegesetzes in den Rahmen von Art. 26 Vergabe-RL 2004 einfüge, der unter bestimmten Voraussetzungen die Vorgabe eines Mindestlohns bei öffentlichen Aufträgen gestatte.⁶⁵ Die Beschränkung des Geltungsbereichs der nationalen Maßnahme auf öffentliche Aufträge sei die bloße Folge des Umstands, dass nur für diesen Bereich die speziellen Regeln des Unionsrechts aus der Vergabe-RL 2004 gelten.⁶⁶ Art. 26 Vergabe-RL 2004 iVm. der Entsende-RL erlaube es dem Aufnahmemitgliedstaat, im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags eine zwingende Bestimmung über das nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Entsende-RL erforderliche Mindestmaß an Schutz vorzusehen, nach der Unternehmen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten verpflichtet sind, ihren zur Ausführung dieses öffentlichen Auftrags in das Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats entsandten Arbeitnehmern einen Mindestlohn zu zahlen.⁶⁷ Eine solche Bestimmung gehöre zu dem Schutzniveau, das diesen Arbeitnehmern garantiert werden muss.⁶⁸

Eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit, wie er sie in der Rechtssache *Rüffert* angenommen hatte, verneint der EuGH in der Rechtssache *RegioPost*. Zwar wird – in Übereinstimmung mit den Urteilen *Rüffert* und *Bundesdruckerei* – von einer Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit ausgegangen.⁶⁹ Entgegen seiner früheren Rechtsprechung bejaht der EuGH jedoch eine Rechtfertigung dieser Beeinträchtigung durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes.⁷⁰ Dies stützt er auf zwei Unterschiede, die er zwischen der Regelung im Tarifreuegesetz Rheinland-Pfalz und derjenigen des niedersächsischen Landesvergabegesetzes in der Rechtssache *Rüffert* ausmacht: Zum einen habe das niedersächsische Vergabegesetz einen nur für die Baubranche geltenden Tarifvertrag betroffen, der sich nicht auf private Aufträge erstreckte und nicht für allgemein verbindlich erklärt worden war, während der im Tarifreuegesetz Rheinland-Pfalz vorgeschriebene Mindestlohnsatz in einer Rechtsvorschrift festgelegt werde, die als zwingende Bestimmung über ein Mindestmaß an Schutz grundsätzlich allgemein und branchenunabhängig für die Vergabe aller öffentlichen Aufträge gilt.⁷¹ Zum anderen habe der nach dem niedersächsischen Vergabegesetz geltende tarifvertraglich festgelegte Lohnsatz den für die betreffende Branche nach dem AEntG geltenden

Mindestlohnsatz überschritten, wohingegen der Mindestlohn nach dem Tarifreuegesetz Rheinland-Pfalz nur ein Mindestmaß an sozialem Schutz gewähre, der nicht über ein nach dem AEntG oder einer anderen nationalen Regelung bestehendes Schutzniveau hinausgeht.⁷²

c) Änderung des vergaberechtlichen

Regulierungsrahmens durch die Richtlinie 2014/24/EU

Durch das Inkrafttreten der Vergabe-RL 2014 und den Ablauf der Umsetzungsfrist dieser Richtlinie hat sich der Regulierungsrahmen auf europäischer Ebene gegenüber der für die Beurteilung der Rechtssache *RegioPost* maßgeblichen Rechtslage verändert. Nach Art. 70 Vergabe-RL 2014, der im Wesentlichen Art. 26 Vergabe-RL 2004 entspricht, können öffentliche Auftraggeber besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und im Aufruf zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen können wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen. Über den Regelungsgehalt der Vergabe-RL 2004 hinaus sieht zudem Art. 18 Abs. 2 Vergabe-RL 2014 vor, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen treffen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die ILO-Kernarbeitsnormen festgelegt sind. Soziale Aspekte sind also nicht mehr allein zusätzliche Bedingungen, die vorgeschrieben werden können, sondern – soweit sie durch Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die ILO-Kernarbeitsnormen festgelegt sind – bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zwingend zu gewährleisten.⁷³

64 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 63.

65 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 64.

66 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 65.

67 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 66.

68 Ebd.

69 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 69.

70 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 70 ff.

71 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 74 und 75.

72 EuGH, 17. 11. 2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost), Rn. 74 und 76.

73 Vgl. ErwG. 37–39 der Vergabe-RL 2014.

d) Auswirkungen der Änderungs-RL und Folgerungen für künftige Tariftreueregelungen

Angesichts der unter b) und c) beschriebenen Entwicklungen und unter Zugrundelegung der geänderten Entsende-RL eröffnen sich für die Mitgliedstaaten neue Möglichkeiten im Hinblick auf vergaberechtliche Tariftreueregelungen.

Wie sich aus dem Urteil *RegioPost* ergibt, steht der Umstand, dass vergaberechtliche Regelungen nur für die Ausführung öffentlicher Aufträge gelten, einer Rechtfertigung dieser Regelungen durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes nicht entgegen. Der EuGH erkennt das gesetzgeberische Ziel an, den Schutz der Arbeitnehmer im Rahmen der durch die öffentliche Hand vergebenen Aufträge speziell zu gewährleisten.⁷⁴ Diese vom EuGH bereits im Lichte der Vergabe-RL 2004 begründete Sichtweise wird durch Art. 18 Abs. 2 Vergabe-RL 2014 bekräftigt: Die Mitgliedstaaten können den Schutz der Arbeitnehmer bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht nur berücksichtigen, sondern müssen ihn – in dem in Art. 18 Abs. 2 Vergabe-RL festgelegten Umfang – sogar gewährleisten.

Aus der *RegioPost*-Entscheidung lässt sich darüber hinaus folgern, dass ein gesetzlicher Vergabemindestlohn, der durch das Gesetz selbst festgelegt wird und nicht über einen durch andere Rechtsvorschriften festgelegten (niedrigeren) Mindestlohn hinausgeht, unionsrechtlich zulässig ist. Die Zulässigkeit einer Tariftreueregelung stützen diese Aussagen freilich noch nicht. Der EuGH sah vielmehr gerade in den genannten Umständen wesentliche Unterschiede, die eine andere Beurteilung als in der Rechtssache *Rüffert* rechtfertigten. Angesichts der Vergabe-RL 2014 und der geänderten Entsende-RL ist aber auch die Zulässigkeit einer vergaberechtlichen Tariftreueklausel, wie sie der Rechtssache *Rüffert* zugrunde lag, neu zu bewerten. Die Beurteilung der Rechtssache *Rüffert* beruhte ausschließlich auf der Entsende-RL in ihrer damals geltenden Fassung. Dieser Prüfungsmaßstab und das Verständnis der Entsende-RL als Vollharmonisierungsrichtlinie⁷⁵ waren ausschlaggebend für die Annahme eines Verstoßes gegen Unionsrecht.

Berücksichtigt man die Änderungen der Entsende-RL und interpretiert man diese – wie in der Rechtssache *RegioPost* – im Lichte der Vergabe-RL, stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: Mit der Verpflichtung der Auftraggeber zur Einhaltung bestimmter tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen werden diese tarifvertraglichen Regelungen – nach hier vertretener Auffassung – für die Aus-

führung öffentlicher Aufträge allgemein wirksam iSv. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL.⁷⁶ Die tarifvertraglichen Arbeitsbedingungen gehen damit zwar nach wie vor über das nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Entsende-RL zwingend zu gewährleistende Mindestniveau hinaus. Die Möglichkeit über diesen Mindestschutz hinauszugehen, wird durch Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2 Entsende-RL aber ausdrücklich anerkannt (»oder zusätzlich zu einem solchen System«); die Richtlinie kann also zumindest in diesem Punkt nicht mehr als Vollharmonisierungsrichtlinie verstanden werden.

Vor diesem Hintergrund ist es – anders als vom EuGH in der Rechtssache *RegioPost* noch angenommen – unerheblich, ob die tarifvertraglichen Bedingungen über das nach anderen Rechtsvorschriften geltende Mindestniveau hinausgehen. Die Entsende-RL erlaubt es vielmehr, zusätzlich zu den allgemeinverbindlichen Tarifverträgen andere allgemein wirksame Tarifverträge auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken. Für den Bereich des Entgelts ergibt sich zudem aus dem in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. c Entsende-RL anstatt des Begriffs Mindestlohnsätze eingefügten Begriffs Entlohnung, dass den entsandten Arbeitnehmern nicht nur der niedrigste Mindestlohnsatz zu gewährleisten ist, sondern auch darüber hinausgehende Entlohnungsregelungen.⁷⁷ Auch Art. 18 Abs. 2 und Art. 70 Vergabe-RL 2014 liefern keine Anhaltspunkte dafür, dass von den Wirtschaftsteilnehmern bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nur die Einhaltung des niedrigsten Mindestlohns verlangt werden kann.

Auf Grundlage der geltenden unionsrechtlichen Vorschriften ist es zudem nicht erforderlich, dass der Mindestlohn – wie in der dem *RegioPost*-Urteil zugrundeliegenden Bestimmung des Tariftreuegesetzes Rheinland-Pfalz – unmittelbar im Gesetz festgelegt wird. Dies folgt erstens aus Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr., 3. Alt. iVm. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL, wonach die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass die in einem allgemein wirksamen Tarifvertrag festgelegten Arbeitsbedingungen auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden.

⁷⁴ Heuschmid, AuR 2016, 165.

⁷⁵ Dazu kritisch: Schlachter/Heinig-Deinert (Fn. 28), § 10 Rn. 35.

⁷⁶ S. o. II.2.b.

⁷⁷ S. o. I.1.; idS. auf Grundlage des Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL aF. unter Bezugnahme auf EuGH, 12.2.2015 – C-396/13 – NZA 2015, 345 (Sähköalojen ammattiliitto) auch bereits Heuschmid, AuR 2016, 165, 166; Gerner, NZS 2018, 302, 304.

Zweitens ergibt sich dieses Ergebnis aus Art. 18 Abs. 2 Vergabe-RL 2014, wonach die Mitgliedstaaten auch dafür Sorge tragen, dass die geltenden arbeitsrechtlichen Verpflichtungen aus Tarifverträgen eingehalten werden. Schließlich spricht auch die Anerkennung der Normsetzung durch die Tarifvertragsparteien im Primärrecht (vgl. Art. 153 Abs. 3 AEUV, Art. 28 GRCh) gegen das Erfordernis einer Regelung des Mindestlohns unmittelbar im Gesetz. Zu verlangen ist lediglich, dass der geltende Tarifvertrag in der Tariftreueregelung eindeutig bestimmt ist. Zudem bestehen für den Mitgliedstaat die Informationspflichten aus Art. 3 Abs. 1 UAbs. 4 Entsende-RL sowie aus Art. 5 RL 2014/67/EU.

e) Zwischenfazit

Zusammenfassend lässt sich im Hinblick auf vergabebezogene gesetzliche Tariftreueregelungen festhalten, dass die mit dem Urteil in der Rechtssache *RegioPost* eingeleitete Abkehr von der früheren Rechtsprechung in den Rechtsachen *Rüffert* und *Bundesdruckerei* durch die Vergabe-RL 2014 sowie die geänderte Entsende-RL bekräftigt wurde. Auf Grundlage des geltenden europäischen Rechts sind über den in der *RegioPost*-Entscheidung anerkannten gesetzlichen Vergabemindestlohn hinaus auch gesetzliche Tariftreueklauseln unionsrechtlich zulässig. Die betreffenden Tarifverträge werden – nach hier vertretener Auffassung – durch die gesetzliche Tariftreueregelung allgemein wirksam iSv. Art. 3 Abs. 8 UAbs. 2, 1. Spstr. Entsende-RL und können nach Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1, 2. Spstr., 3. Alt. Entsende-RL auf entsandte Arbeitnehmer erstreckt werden. Die mit der Erstreckung der tarifvertraglichen Regelungen einhergehende Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 AEUV) der entsendenden Unternehmen wird durch das Ziel des Schutzes der mit der Ausführung öffentlicher Aufträge betrauten Arbeitnehmer gerechtfertigt.

III. Grenzüberschreitende Leiharbeit

Die grenzüberschreitende Leiharbeit erfährt durch die Änderungs-RL zwei Neuregelungen, die zwingend umzusetzen sind: Eine Änderung betrifft Kettenentsendungen im Rahmen der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerüberlassung (1.), die andere betrifft die Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes (2.).

1. Neuregelung zur Kettenentsendung

Nach dem durch die Änderungs-RL neu eingefügten Art. 1 Abs. 3 UAbs. 2 Entsende-RL gilt im Falle der Entsendung eines Leiharbeitnehmers durch den Entleiher das Verleihunternehmen als entsendendes Unternehmen, das die Pflichten aus der Entsende-RL erfüllen muss. Anlass für diese Änderung war eine Lücke in der Entsende-RL, deren Anwendungsbereich durch die in Art. 1 Abs. 3 UAbs. 1 lit. a–c Entsende-RL abschließend definierten Entsendesituationen bestimmt wird.⁷⁸ Das AEntG setzt demgegenüber keine Entsendesituation, sondern lediglich die Beschäftigung des Arbeitnehmers im Inland voraus (vgl. §§ 2, 3 AEntG).⁷⁹ In Deutschland entsteht daher auch bei einer Entsendung eines Leiharbeitnehmers durch den Entleiher keine Schutzlücke. Nach §§ 2, 3 und 8 AEntG trifft schon *de lege lata* den Verleiher als Arbeitgeber des Leiharbeitnehmers die Pflicht, dem Leiharbeitnehmer die auf entsandte Arbeitnehmer erstreckten Arbeitsbedingungen zu gewähren. Insofern entspricht das deutsche Recht bereits den Vorgaben der geänderten Entsende-RL.

Fraglich ist, ob dies auch für Art. 1 Abs. 3 UAbs. 3 Entsende-RL gilt, wonach der Entleiher den Verleiher rechtzeitig vor Beginn der Entsendung des Leiharbeitnehmers zu unterrichten hat. Diese Richtlinienvorgabe wird nicht für Entsendungen aus dem Ausland nach Deutschland relevant, sondern für Entsendungen aus Deutschland ins Ausland, denn die Unterrichtung soll vor Beginn der Entsendung erfolgen und muss daher im Entsendestaat geregelt werden. Nach § 12 Abs. 1 S. 4 AÜG hat der Entleiher im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit dem Verleiher ua. anzugeben, welche besonderen Merkmale die für den Leiharbeitnehmer vorgesehene Tätigkeit hat. Diese Vorschrift kann (richtlinienkonform) dahingehend ausgelegt werden, dass die Ausübung der Tätigkeit im Ausland ein besonderes Merkmal der für den Leiharbeitnehmer vorgesehenen Tätigkeit ist, das der Entleiher im Überlassungsvertrag (und damit rechtzeitig vor Beginn der Tätigkeit im Ausland) anzugeben hat. Es besteht daher kein zwingender Anpassungsbedarf.

Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang, dass die Entsendung eines Leiharbeitnehmers durch einen Entleiher nach Deutschland nur im Rahmen eines Dienst- oder

⁷⁸ S. iE.: Klein/Schneider, SR 2019, 21, 24f.

⁷⁹ ErfK-Schlachter (Fn. 20), § 2 AEntG Rn. 1.

Werkvertrags oder innerhalb eines Konzerns (vgl. § 1 Abs. 3 Nr. 2 AÜG) rechtlich zulässig ist. Ein Weiterverleih des Leiharbeitnehmers durch den Entleiher an einen anderen Entleiher in Deutschland scheidet an § 1 Abs. 1 S. 3 AÜG, wonach die Überlassung und das Tätigwerdenlassen von Arbeitnehmern als Leiharbeiter nur zulässig ist, soweit zwischen dem Verleiher und dem Leiharbeiter ein Arbeitsverhältnis besteht.

2. Geltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes

Nach Art. 3 Abs. 1b Entsende-RL sind die Mitgliedstaaten nun verpflichtet, zu bestimmen, dass die in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Leiharbeitsunternehmen den entsandten Leiharbeitnehmern die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen garantieren, die nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung in Art. 5 Leiharbeits-RL für Leiharbeiter gelten, die von im Aufnahmestaat niedergelassenen Leiharbeitsunternehmen zur Verfügung gestellt werden. Bisher war im deutschen Schrifttum umstritten, ob der in § 8 AÜG in deutsches Recht umgesetzte Gleichbehandlungsgrundsatz von den nach § 2 Nr. 4 AEntG auf entsandte Arbeitnehmer erstreckten »Bedingungen für die Überlassung von Arbeitskräften« umfasst ist.⁸⁰ Auf Grundlage des neuen Art. 3 Abs. 1b Entsende-RL muss diese Frage künftig bejaht werden.

Ob mit einer solchen richtlinienkonformen Auslegung von § 2 Nr. 4 AEntG den Anforderungen des Art. 3 Abs. 1b Entsende-RL bereits vollständig Rechnung getragen wird, ist allerdings fraglich. Die Richtlinie verlangt, dass die Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen gelten, die für Leiharbeiter gelten, die von im Mitgliedstaat der Leistungserbringung (also im Aufnahmestaat) niedergelassenen Leiharbeitsunternehmen zur Verfügung gestellt werden. Für die von einem in Deutschland niedergelassenen Leiharbeitsunternehmen überlassenen Leiharbeiter gilt nach § 8 Abs. 1 S. 1 AÜG zwar ebenfalls der Grundsatz der Gleichbehandlung. Nach § 8 Abs. 2–4 AÜG kann von diesem Grundsatz jedoch in einem gesetzlich festgelegten Rahmen durch Tarifvertrag abgewichen werden. Zwar würde diese tarifliche Abweichungsmöglichkeit auch für ausländische Leiharbeitsunternehmen gelten, wenn man § 8 AÜG als »Bedingung für die Überlassung von Arbeitskräften« iSv. § 2 Nr. 4 AEntG versteht. Unternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat und deren Arbeitnehmer werden jedoch kaum an einen der

deutschen Leiharbeitstarifverträge gebunden sein. Auch eine Anwendung der Heimattarifverträge löst das Problem nicht – selbst wenn man eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch diese Tarifverträge zulässt⁸¹. Wenn das Heimatrecht überhaupt eine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz durch Tarifvertrag erlaubt und ein entsprechender Tarifvertrag besteht, wird dieser inhaltlich von den in Deutschland geltenden Tarifverträgen abweichen, sodass dennoch nicht dieselben Bedingungen gelten würden. Ob im Ausland ansässige Leiharbeitsunternehmen die deutschen Tarifverträge gemäß § 8 Abs. 2 S. 3 oder Abs. 4 S. 3 AÜG durch arbeitsvertragliche Bezugnahme zur Anwendung bringen können, ist umstritten.⁸² Um die von Art. 3 Abs. 1b Entsende-RL geforderte Gleichbehandlung mit den in Deutschland ansässigen Leiharbeitsunternehmen zu gewährleisten, wird man § 8 Abs. 2 S. 3 und Abs. 4 S. 3 AÜG künftig zwingend dahingehend auslegen müssen, dass auch Leiharbeitsunternehmen mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat die vom Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 8 AÜG abweichenden deutschen Tarifverträge arbeitsvertraglich in Bezug nehmen können.⁸³

Eine Grenze findet die Gleichbehandlung von ausländischen und deutschen Leiharbeitsunternehmen in der Günstigkeitsregel des Art. 3 Abs. 7 UAbs. 1 Entsende-RL. § 8 AÜG findet demnach keine Anwendung, wenn sich aus den Bestimmungen des Herkunftsstaats für den Arbeitnehmer günstigere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen ergeben. Lässt das Recht des Entsendestaats etwa keine Abweichung vom Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 5 Leiharbeits-RL zu, kann auch durch Bezugnahme auf einen deutschen Tarifvertrag iSv. § 8 Abs. 2 oder 4 AÜG nicht zuungunsten des Arbeitnehmers von den beim Entleiher geltenden Arbeitsbedingungen abgewichen werden.

Die in Art. 3 Abs. 1b UAbs. 2 Entsende-RL vorgesehene Pflicht des Entleihers, den Verleiher über die im Einsatzun-

80 Befürwortend: ErfK-Schlachter (Fn. 20), § 2 AEntG Rn. 3; Schlachter/Heinig-Deinert (Fn. 28), § 10 Rn. 50; Bayreuther, DB 2011, 706, 709; Lakies, in: Däubler (Hrsg.), TVG mit AEntG, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, § 2 AEntG Rn. 9; ablehnend: Franzen, EuZA 2011, 451, 464 ff.; Brors, in: Schüren/Hamann (Hrsg.), AÜG, 5. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Schüren/Hamann), Einl. Rn. 657 ff.

81 So Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen zu § 8 AÜG unter 8.5 Nr. 9.

82 Ablehnend: Schüren/Hamann-Schüren (Fn. 80), § 8 Rn. 112 mwN.; befürwortend: Ulrici, AÜG, Baden-Baden 2017, § 8 AÜG Rn. 59 mwN.

83 So bereits bisher: Bundesagentur für Arbeit, Fachliche Weisungen zu § 8 AÜG unter 8.5 Nr. 10.

ternehmen geltenden Arbeitsbedingungen zu unterrichten, ergibt sich in Deutschland schon *de lege lata* aus § 12 Abs. 1 S. 4 AÜG, weshalb es insofern keiner Anpassung bedarf.

IV. Längerfristige Entsendungen

Änderungsbedarf ergibt sich für das deutsche Recht aus Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL, wonach bei einer Entsendungsdauer von mehr als zwölf Monaten (bzw. in Ausnahmefällen von mehr als 18 Monaten) über den in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a–i Entsende-RL definierten harten Kern hinaus weitere Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen des Aufnahmestaats auf die entsandten Arbeitnehmer erstreckt werden müssen.⁸⁴ Zur Umsetzung dieser Bestimmung bietet sich eine eng am Richtlinientext orientierte Formulierung an, die der Regelungssystematik der Richtlinie (Verweis auf sämtliche in Rechts- oder Verwaltungsvorschriften oder allgemeinverbindlichen Tarifverträgen festgelegten Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen und Definition eines Ausnahmekatalogs) folgt. Die praktischen Auswirkungen der Regelung im deutschen Recht sind überschaubar. Im Hinblick auf die gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen dürfte vor allem die Anwendung der von § 2 AEntG bisher nicht erfassten Vorschriften des EFZG über die Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall spürbare Verbesserungen für die längerfristig entsandten Arbeitnehmer bringen.⁸⁵

V. Fazit

Zusammenfassend lassen sich aus den vorstehenden Überlegungen für die Umsetzung der durch die Änderungs-RL geänderten Entsende-RL ins deutsche Recht folgende Kernaussagen formulieren:

1. Die Erweiterung des »harten Kerns« in Art. 3 Abs. 1 Entsende-RL erfordert Anpassungen in den §§ 2 und 5 AEntG (I.). Hinsichtlich der Anrechnung von

Entsendungszulagen auf die Entlohnung ist die in Art. 3 Abs. 7 UAbs. 3 Entsende-RL neu aufgenommene Vermutungsregel im AEntG zu verankern (I.3.).

2. Tarifliche Arbeitsbedingungen sind nach der geänderten Entsende-RL branchenunabhängig auf entsandte Arbeitnehmer zu erstrecken, sofern der Tarifvertrag allgemeinverbindlich ist. Die Beschränkung auf allgemeinverbindliche Tarifverträge der Bauwirtschaft in § 3 S. 1 AEntG ist deshalb zu streichen (II.1.). Dasselbe gilt für die in § 3 S. 1 AEntG enthaltene Beschränkung auf bundesweite Tarifverträge, die nicht mit der Richtlinie zu vereinbaren ist (II.1.). Tarifverträge können in Deutschland demnach künftig einfach im Wege der Allgemeinverbindlicherklärung für entsandte Arbeitnehmer verbindlich gemacht werden. Das Erfordernis einer einzelfallbezogenen Prüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit, das in Art. 3 Abs. 10, 2. Spstr. Entsende-RL aF. vorgesehen war, ist durch die vom europäischen Gesetzgeber in Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 Entsende-RL nF. auf abstrakter Ebene vorweggenommene Abwägung zugunsten des Arbeitnehmerschutzes entfallen.⁸⁶
3. Auf Grundlage der geänderten Entsende-RL und der neueren Rechtsprechung des EuGH sind neue Möglichkeiten im Hinblick auf vergaberechtliche Tarifregelungen (II.2. und 4.) entstanden.
4. Die Änderungen in Bezug auf die grenzüberschreitende Leiharbeit erfordern keine zwingenden gesetzgeberischen Anpassungen in Deutschland, sondern können im Wege richtlinienkonformer Interpretation des AEntG und des AÜG umgesetzt werden.
5. Für Entsendungen mit einer Dauer von mehr als zwölf Monaten ist zur Umsetzung des Art. 3 Abs. 1a Entsende-RL eine Ergänzung im AEntG erforderlich.

⁸⁴ Ausf. dazu Klein/Schneider, SR 2019, 21, 30 ff.

⁸⁵ Vgl. dazu BAG, 18. 4. 2012 – 10 AZR 200/11 – AP Nr. 14 zu § 2 EntgeltFG.

⁸⁶ S. dazu Klein/Schneider, SR 2019, 21, 27.

Zusammenfassungen

Greiner/Pionteck: Aktuelle Rechtsentwicklung der arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf Kollektivverträge

SR 2/2019, S. 45–60

Die Autoren stellen zunächst die EuGH-Rechtsprechung zu arbeitsvertraglichen Bezugnahmeklauseln im Zusammenhang mit Betriebsübergängen dar. Im Folgenden unterscheiden sie zwischen Vor- und Nachsorgemaßnahmen im Umgang mit dynamischen Bezugnahmeklauseln. Schließlich wird das Konzept der Betriebsvereinbarungsoffenheit zur Entdynamisierung dieser Klauseln besprochen und – dem BAG folgend – abgelehnt.

Nebe: Gleichberechtigte Teilhabe am Arbeitsleben – Impulse durch das Bundesteilhabegesetz

SR 2/2019, S. 61–71

Der Beitrag beschäftigt sich mit den durch das BTHG verbesserten oder neu installierten Instrumenten zur gleichberechtigten Erwerbsteilhabe. Nach einer Einführung in die Grundlagen werden die zu erwartenden Wirkungen dieser Instrumente beleuchtet. Um dem Inklusionsziel gerecht werden zu können bedürfte es auch der verantwortungsvollen Gestaltung durch die Tarifvertragsparteien.

Klein/Schneider: Die Umsetzung der Entsenderichtlinie

SR 2/2019, S. 72–87

Mit der Änderungs-RL 2018/957/EU wurden zahlreiche Anpassungen an der Entsende-RL vorgenommen, die bis zum 30. Juli 2020 ins deutsche Recht umzusetzen sind. Der Beitrag untersucht, welche Änderungen im deutschen Recht zwingend erforderlich sind und zeigt neue Optionen für vergaberechtliche Tariftreueklauseln auf, die sich aufgrund der geänderten Entsende-RL und der neueren Rechtsprechung des EuGH ergeben.

Abstracts

Greiner/Pionteck: Recent legal developments regarding contractual references to collective agreements

SR 2/2019, pp. 45–60

The authors first approach the ECJ case law on contractual reference clauses in connection with transfers of undertakings. In the following, they differentiate between preventive and aftercare measures in dealing with dynamic reference clauses. Finally, the concept of openness to works agreements in order to de-dynamise these reference clauses is discussed and – following the Federal Labour Court – rejected.

Nebe: Equal participation in working life – stimuli given by the Federal Participation Act

SR 2/2019, pp. 61–71

The article deals with the tools for equal participation that have been improved or newly installed by the BTHG. After an introduction to the basics, the author examines the expected effects of these tools. In order to meet the inclusion goal, it is also up to the social partners to make responsible use of their regulating power.

Klein/Schneider: The implementation of the Posting of Workers Directive

SR 2/2019, pp. 72–87

The amending Directive 2018/957/EU introduced numerous amendments to the Directive on the posting of workers, which must be transposed into German national law by 30 July 2020. The article examines necessary changes in German national law and points out new options for obligations under public procurement law resulting from the amended Posting Directive and the recent case law of the ECJ.

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

Abhandlungen

- *Antoine T.J.M. Jacobs*: Die Problematik der Solo-Selbständigen im niederländischen Arbeitsrecht
- *Nadine Absenger/Jens Schubert*: Beamtenstreik
- *Eberhard Eichenhofer*: Sozialversicherungsregress

Rezensionsaufsätze

- Michael Kittner, 50 Urteile aus dem Arbeitsrecht (*Peter Hanau*)