

Däubler
Gläserne Belegschaften
 Das Handbuch zum Beschäftigtendatenschutz
 8., neubearbeitete, aktualisierte Auflage
 2019. 717 Seiten, gebunden
www.bund-verlag.de/6880



Däubler / Wedde / Weichert / Sommer
**EU-Datenschutz-Grundverordnung
 und BDSG-neu**
 Kompaktcommentar
 2018. 1.379 Seiten, gebunden
www.bund-verlag.de/6615



Wolfgang Däubler zum Achtzigsten

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

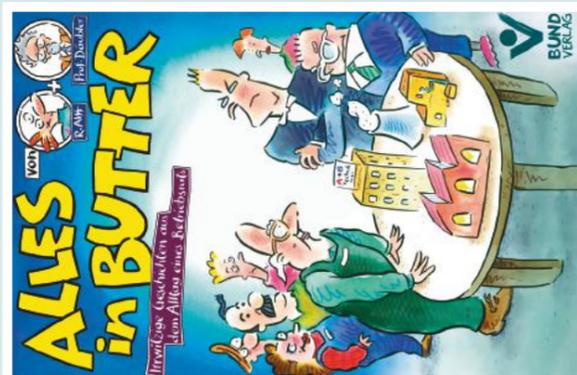
Herausgegeben von
 Prof. Dr. Olaf Deinert und
 Prof. Dr. Rüdiger Krause,
 Institut für Arbeitsrecht
 der Georg-August-Universität
 Göttingen



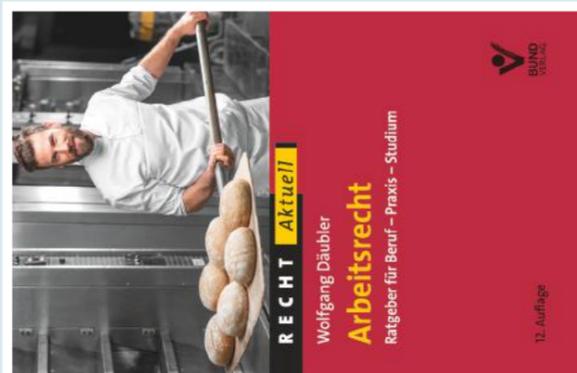
in Zusammenarbeit mit



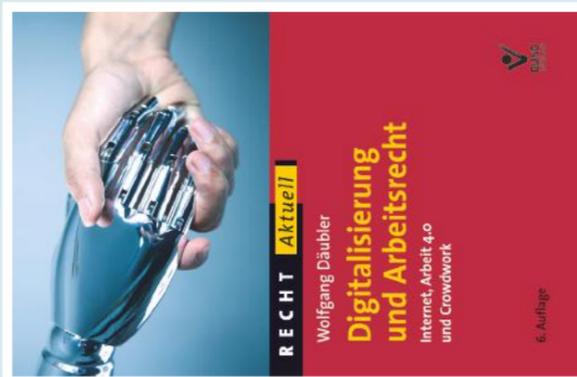
Zum 80. Geburtstag von Wolfgang Däubler <i>Olaf Deinert</i>	Seite	89
Rechts(experten)transfer im Postkommunismus <i>Ninon Colneric</i>	Seite	92
Betriebsvereinbarungsoffenes Recht <i>Peter Hanau</i>	Seite	102
Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien <i>Matthias Jacobs/Tino Frieling</i>	Seite	108
Klassen-Kompromiss zur Unzeit – Stinnes-Legien-Abkommen 1918 <i>Michael Kittner</i>	Seite	118
Künstliche Intelligenz – eine Herausforderung für die Mitbestimmung <i>Thomas Klebe</i>	Seite	128
Externes Whistleblowing im Wandel der Zeiten <i>Rüdiger Krause</i>	Seite	138
15 Jahre AGB-Kontrolle in den Händen von zehn Senaten des BAG <i>Ulrich Preis</i>	Seite	153
Die Europäische Sozialcharta als Mittel zur Auslegung von EU-Grundrechten <i>Monika Schlachter</i>	Seite	165
Gläsernen Belegschaften Grenzen setzen – Datenschutz im Betrieb <i>Peter Wedde</i>	Seite	175
Facetten des Antidiskriminierungsrechts <i>Regine Winter</i>	Seite	188



Aiff / Däubler
Alles in Butter
 Irwitzige Geschichten aus dem Alltag eines Betriebsrats
 Band 1
 2017. 112 Seiten, kartoniert
www.bund-verlag.de/6698



Däubler
Arbeitsrecht
 Ratgeber für Beruf, Praxis und Studium
 12., überarbeitete Auflage
 2017. 608 Seiten, kartoniert
www.bund-verlag.de/6624



Däubler
Digitalisierung und Arbeitsrecht
 Internet, Arbeit 4.0 und Crowdwork
 6., überarbeitete Auflage
 2017. 621 Seiten, kartoniert
www.bund-verlag.de/6690



Impressum

Soziales Recht

3/2019
 ISSN 2193-5157
 Juni 2019, 9. Jahrgang

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

in Zusammenarbeit mit:
 Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt

Redaktion
 Prof. Dr. Olaf Deinert
 Dr. Manfred Walsler, LL.M.

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

Verlag
 Bund-Verlag GmbH

Geschäftsführer
 Rainer Jöde

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

Anschrift des Verlages
 Bund-Verlag GmbH
 Heddemheimer Landstraße 144
 60439 Frankfurt/Main
 (ladungsfähige Anschrift)
 Tel. 069/79 50 10-0
 Fax: 069/13 30 77-666

Anzeigen
 Peter Beuther (verantwortlich)
 Thorsten Kauf
 Tel. 069/79 50 10-602
 thorsten.kauf@bund-verlag.de

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

Umschlag und Layout
 Ute Weber, Geretsried

Druckvorstufe
 Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

Druck
 Druckerei Marquardt GmbH, Aulendorf

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

Wolfgang Däubler: Kommentare für die Praxis



Däubler / Deinert / Zwanziger (Hrsg.)
KSchR – Kündigungsschutzrecht
 Kommentar für die Praxis
 11., überarbeitete und aktualisierte Auflage
 2019. Ca. 2.120 Seiten, gebunden inkl. Online-Nutzung
www.bund-verlag.de/6862



Däubler / Kittner / Klebe / Wedde (Hrsg.)
BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz
 Mit Wahlordnung und EBR-Gesetz
 Kommentar für die Praxis
 16., aktualisierte Auflage
 2018. 3.062 Seiten, gebunden
www.bund-verlag.de/6635



Zum 80. Geburtstag von Wolfgang Däubler

Wolfgang Däubler wird 80 Jahre! Wer ihn kennt, kann das kaum glauben. Er ist körperlich fit und mental immer ausgeglichen und gelassen. Auch denkt er ersichtlich keinesfalls daran, kürzer zu treten. Wer mit ihm zusammenarbeitet, sieht deutlich jüngere Mitautoren unter Hinweis auf ihren wohlverdienten Ruhestand gehen, während *Wolfgang Däubler* nicht nur weiterarbeitet, sondern über neue Projekte nachdenkt.

Wolfgang Däubler hat in Tübingen, Hamburg und Berlin studiert. Während der anschließenden Referendarzeit war er unter anderem in Frankreich sowie bei der EWG-Kommission. 1965 wurde er an der Universität Tübingen promoviert. Nach dem Assessorexamen 1966 war er dort auch als Assistent tätig. Während dieser Zeit entstand das viel beachtete Werk »Der Streik im öffentlichen Dienst«. 1971 folgte er einem Ruf an die neu gegründete Universität Bremen, an deren Fachbereich *Däubler* bis zu seiner Pensionierung im Jahr 2004 ununterbrochen tätig war. Er war sicher der sichtbarste der jungen kritischen Professoren an dem Fachbereich. Einen zwischenzeitlichen Ruf an die Hamburger Hochschule für Wirtschaft und Politik lehnte er ab.

Schon 80? Man könnte auch fragen: Erst 80? Wenn man sich das wissenschaftliche Oeuvre *Däublers* anschaut, fragt man sich schon, wie es einem erst 80-jährigen möglich war, so viel und auf diesem Niveau zu veröffentlichen. Der Name prangt auf zahlreichen Standardwerken zum Arbeitsrecht. Zu erwähnen ist zunächst das zweibändige Lehrbuch »Das Arbeitsrecht«. *Däubler* erklärt das gesamte Arbeitsrecht ohne viel dogmatische Glasperlenspiele verständlich für Uneingeweihte, geht dabei auf Hintergründe ein, scheut nicht, Zusammenhänge mit dem Sozialrecht anzusprechen, und hat immer einen Blick für die Rechtstatsachen. Dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dabei kritisch hinterfragt wird, ist selbstverständlich. Gerade die Fähigkeit, komplizierte Dinge einfach auszudrücken und zu erklären ist dabei seine Stärke. Er erläutert das Arbeitsrecht so, dass Betriebsräte, die keine juristische Vorbildung genossen haben, es verstehen. Studierenden ermöglicht er einen anderen Blickwinkel, den die sonstige Studienliteratur so nicht bieten kann. Insgesamt ist es daher nicht verwunderlich, dass das Werk bei Rowohlt erscheint und Auflagen

erreicht, von denen alle anderen nur träumen können. Allen, denen das angesichts der beträchtlichen Dicke zu viel zu lesen ist, hat er es nach der deutschen Vereinigung noch einmal leichter gemacht. Sein kompakter Ratgeber Arbeitsrecht ist inzwischen auch schon in 12. Aufl. erschienen. Aber auch als Kommentator bestimmt der Jubilar die arbeitsrechtlichen Diskussionen auf sämtlichen Feldern mit. Kommentare zum Arbeitskampfrecht, zum TVG, zum BetrVG, zur AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, zum Datenschutz oder zum AGG tragen seinen Namen als (Mit-)Herausgeber. Das sind aber längst nicht alle Werke. Wenn aber irgendein Gesetz noch nicht mit einem eigenen Kommentar dabei gewesen sein sollte, findet es jedenfalls eine Kommentierung in dem von *Däubler* mitherausgegebenen Handkommentar »Hk-ArbR«. Selbstverständlich gibt es auch umfassende Handbücher zu den verschiedensten Themen, etwa Tarifvertragsrecht, Gläserne Belegschaften, Gewerkschaftsrechte im Betrieb oder Digitalisierung und Arbeitsrecht sowie die umfassende Monographie »Das Grundrecht auf Mitbestimmung«.

Neider könnten sich zu der Behauptung versteigen, dass so viel wissenschaftliches Schaffen auf Kosten der Lehre gegangen sei. Das ist mitnichten so. Als Student konnte ich mich selber davon überzeugen, dass er mit die besten Vorlesungen an seinem Fachbereich angeboten hat. Auch hier konnte er aus einem unfassbar breiten rechtswissenschaftlichen Wissen schöpfen und Studierenden den Zugang auch zu solchen Problemlagen öffnen, die ihnen aus dem eigenen Alltag noch nicht bekannt sind. Das betrifft selbstverständlich auch, keineswegs aber nur das Arbeitsrecht. *Däubler* hat immer gern Vorlesungen auch zum Sachenrecht, zum Familienrecht und zum Erbrecht oder auch den kleinen Schein im BGB angeboten. Auch im allgemeinen Zivilrecht hat er sich, was viele Arbeitsrechtler gar nicht wissen, literarisch betätigt. Seine Promotion behandelte die Vererbung von Gesellschaftsanteilen. Bei *dtv* hat er Ratgeber zum Erbrecht publiziert. Viel zu wenig beachtet wurde leider das bis in 3. Aufl. erschienene Werk »BGB kompakt«, das eine systematische Darstellung des Zivilrechts in ähnlichem Stile wie »Das Arbeitsrecht« enthält. Erwähnung verdient auch ein Lehrbuch zur Schlüsselqualifi-

kation »Verhandeln und Gestalten«. Überhaupt ist *Däubler* gern bereit, auch unorthodoxe Wege der Didaktik zu beschreiben. Inzwischen gibt es bereits vier Comic-Bände, in denen er gemeinsam mit Zeichner *Alff* den Lesern und Betrachtern das, was man mit dem kollektiven Arbeitsrecht erreichen kann, humoristisch und substanzreich zugleich nahebringt.

Wer meint, bei so vielen Lehrbüchern und Kommentaren sei kaum noch Kapazität für kleinere Beiträge verblieben, irrt. Gibt man den Namen bei juris ein, erhält man 582 Treffer. Das sind selbstverständlich nicht nur Monographien, sondern vor allem Urteilsanmerkungen, Festschriftbeiträge und Aufsätze. Was belegt das? Dass juris nicht auf der Höhe ist! Schon im Vorwort zur Festschrift im Jahr 1999 nannte *Ninon Colneric* mehr als 650 Titel. Bei *Däublers* Verabschiedung im Jahr 2004 hielt der Bremer Justizstaatsrat *Meurer* eine Rede, in der er sich beklagte, dass es kein vollständiges Publikationsverzeichnis gebe. Man habe sich daher darangemacht, das vorhandene für *Däubler* zu sanieren. Ob das in den Bereich der künstlerischen Freiheit fällt, entzieht sich meiner Kenntnis. Zumindest endeten die Recherchen der Bremer Offiziellen damit, dass es rund 800 Titel seien. Vermutlich also war juris mit den Rückergänzungen aus den 1960er bis 1980er Jahren an Leistungsgrenzen geraten.

Die Zahl der Publikationen müsste inzwischen noch weit höher sein. Denn zu eben dieser Zeit seiner Pensionierung erklärte er auf die Frage, wie es denn nun für ihn weitergehe, er könne nun endlich richtig arbeiten. Das hat er in die Tat umgesetzt. Kaum ein neues Gesetz, zu dem es keinen Beitrag von ihm gibt, in jüngerer Zeit etwa das MiLoG oder die EU-Datenschutz-Grundverordnung; kein aktuelles Thema, mit dem *Däubler* sich nicht schon auseinandergesetzt hätte, Themen etwa wie Balanced Score Card, Deregulierung, Globalisierung, Digitalisierung, Crowd Work etc.

Wolfgang Däubler ist international sehr gut vernetzt. Er war an zahlreichen Projekten im Ausland beteiligt. Seine hervorragenden Sprachkenntnisse haben dies begünstigt. Er spricht Französisch, Englisch, Spanisch, Italienisch und Russisch. Auch wird er als Schwabe möglicherweise selber betonen, dass er mit Hochdeutsch noch eine weitere Fremdsprache beherrsche. In den letzten Jahren sind auch ein paar Grundkenntnisse Chinesisch hinzugekommen. Hier hält er regelmäßig Vorlesungen. Gastprofessuren hatte er zudem in Paris, Austin, Antwerpen, Bordeaux und Trento. Ferner war er Beratender Professor an der Tongji Universität Shanghai. »Das Arbeitsrecht« wurde ins Spanische und ins Italienische

übersetzt. Derzeit wird sein Ratgeber Arbeitsrecht in das Chinesische übersetzt.

Anlässlich des 65. Geburtstags hat *Peter Wedde* eine Rede gehalten, die die damals Anwesenden sicher noch alle erinnern. Er hat darin die Zahl der Google-Treffer, wenn man »Däubler« eingibt, ausgewertet. Er hatte 3110 Treffer. Gemessen an den Trefferzahlen für den Papst und den Bundeskanzler waren es 0,5 bzw. 1%. Inzwischen hat *Däubler* aufgeholt: Die Zahlen sind weit höher und das Verhältnis zum Papst unverändert. Die Trefferquote für *Angela Merkel* bleibt aber inzwischen hinter *Wolfgang Däubler* zurück (recherchiert am 18.2.2019).

Wolfgang Däubler ist alles andere als ein bequemer Rechtswissenschaftler. Immer höflich und freundschaftlich im Umgang scheidet er keine Auseinandersetzung in der Sache. Legendar war der Auftritt, mit dem er sich als Speerspitze einer kritischen jungen Rechtswissenschaft auf dem Kongress »Streik und Aussperrung« der IG Metall 1973 in München mit dem Bundesarbeitsgericht auseinandergesetzt hat. Nach seinem Beitrag »Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts«, in Anspielung auf das entsprechende Werk von *Otto Kahn-Freund* über das Reichsarbeitsgericht, hat es lange gedauert, bis er beim Bundesarbeitsgericht wieder neue Freunde gefunden hat. In den 1980er Jahren hat er sich literarisch gegen die Stationierung von atomaren Raketen gewendet. Aber auch dem Streit mit Gewerkschaften nimmt er um der Sache willen in Kauf, obwohl es ihm sicher nicht leichtfällt, ist sein Credo doch immer, den Normen zum Schutz der Arbeitnehmer Leben einzuhauchen. In den Auseinandersetzungen um die Tarifeinheit zeigte sich, dass es durchaus unterschiedliche Vorstellungen davon gibt, wie dies aussehen sollte. Dabei scheute er sich nicht, seine andere Sicht darauf pointiert zu vertreten.

Doch *Däubler* ist nicht nur ein Wissenschaftler, sondern auch ein Praktiker. So hat er einige arbeitsrechtlich bedeutende Verfahren beim Bundesverfassungsgericht geführt. Außerdem ist er häufiger Referent bei Betriebsratsschulungen. Bis vor einigen Jahren war er Aufsichtsratsmitglied einer Landesbank. Auch in Schlichtungs- und Einigungsstellungsverfahren ist er häufig engagiert. Höchst segensreich waren seine Bemühungen um die AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht im Kontext der Schuldrechtsmodernisierung. International war *Däubler* als Berater für Arbeitsrechtsreformen in mehreren Ländern aktiv. Zuletzt hat er ein Arbeitsgesetzbuch für die Mongolei entworfen.

Angesichts dieses Wirkens verwundert es nicht, dass *Däubler* ein hohes Ansehen im In- und Ausland genießt. Als Zeugnis dafür mag die Festschrift zu seinem 60. Geburtstag mit 80 Beiträgen wirken. Vergleichbares zu wiederholen würde das Projekt nur entwerten. Stattdessen soll hier ein ganz anderer Beleg der Wertschätzung aus dem Kollegenkreis geboten werden. Die großen Themen *Däublers* sollten von repräsentativen Weggefährtinnen und Weggefährten, Kolleginnen und Kollegen, Freundinnen und Freunden aus Wissenschaft und Justiz mit jeweils einem Beitrag nach eigener Wahl besetzt werden. Insofern freut es mich, dass alle hier versammelten Autorinnen und Autoren spontan bereit waren, Themen von Arbeitsrechtsgeschichte bis zu künstlicher Intelligenz, AGB-Kontrolle bis Arbeitsvölkerrecht sowie von Kündigungsschutz bis Kollektivarbeitsrecht zu behandeln.

Dem Bund-Verlag sei herzlich gedankt dafür, dass er jegliche Fesseln hinsichtlich des Umfangs beseitigt und so ein außergewöhnliches Festheft ermöglicht hat. Dieses wurde *Wolfgang Däubler* am 17. Mai 2019 im Rahmen eines wissenschaftlichen Kolloquiums in den Räumen der IG Metall überreicht. Den Festvortrag hielt der Vorsitzende Richter am Bundesarbeitsgericht *Jürgen Treber*. Der Vortrag wird in einem der nächsten Hefte der SR publiziert werden.

Angesichts der Quantität und Qualität seines Wirkens bleibt zu hoffen, dass *Wolfgang Däubler* noch viele Jahre lang darauf verzichtet, das Wort Ruhestand ernst zu nehmen.

*Prof. Dr. Olaf Deinert,
Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen*

Rechts(experten)transfer im Postkommunismus

Prof. Dr. Ninon Colneric, Hamburg*

I. Einleitung

1991 startete die Europäische Kommission ihr TACIS-Programm (Technical Aid to the Commonwealth of Independent States).¹ Es sollte die elf GUS-Staaten und Georgien bei der Entwicklung effizienter Marktwirtschaften und pluralistischer, demokratischer Gesellschaften unterstützen. Dies war auch der Beginn der Beziehungen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und der Kirgisischen Republik (im Folgenden: Kirgistan), die im August 1991 ihre Unabhängigkeit von der Sowjetunion erlangt hatte.

Im Mai 1994 suchten Experten des European Expertise Service (EES) hochrangige Vertreter Kirgistans auf, um im Rahmen einer Projektfindungsmission Beratungsbedarf zu ermitteln. Das Arbeitsministerium bat um Unterstützung durch das TACIS-EES-Programm »to help us developing a suitable labour legislation in the field of labour relations, regulations for labour protection and a system of labour jurisdiction«². Auf dieser Basis wurde in Kirgistan das Projekt »Labour legislation and its institutional framework« durchgeführt. Es lief vom 1. September 1994 bis zum 15. April 1995, woran sich im Mai 1995 ein Besuch einer sechsköpfigen kirgisischen Delegation mit Teilnehmern aus den Bereichen Regierung, Gewerkschaften, Unternehmerverbände, Rechtsprechung und Wissenschaft in den neuen Bundesländern der Bundesrepublik Deutschland anschloss.

Federführend für die Implementation war die Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ). Sie fungierte damit als Project Managing Unit (PMU). Das Team der EES-Experten umfasste drei Personen: *Wolfgang Däubler* als Teamleiter und Experten für Arbeitsrecht, die Verfasserin dieses Artikels als Expertin für »Institution Building« und einen französischen Junior-Experten³. Normalerweise hielten sich die beiden Senioren des Teams nicht gleichzeitig vor Ort auf.

In Kirgistan war *Wolfgang Däubler* nicht nur als Rechtsexperte gefordert. Er musste beispielsweise – wie es eine seiner Vermieterinnen ausdrückte – lernen, »sich mit den Schlössern zu verstehen«. Es war wegen der Widerspen-

tigkeit der Schlösser nicht nur ein Abenteuer, abends in die Wohnung zurückzukehren. Auch das Verlassen der Wohnung konnte zum Problem werden. Bei einem Quartier wurde *Wolfgang Däubler* geraten, sich notfalls durch Klopfen an der Wasserleitung bemerkbar zu machen. Generell behinderten Unzulänglichkeiten der Infrastruktur die Arbeit nicht unerheblich. Im Dezember 1994, als sich alle Experten in ihren Heimatländern aufhielten, war es plötzlich überhaupt nicht mehr möglich, per Telefon oder Fax nach Kirgistan durchzudringen. Die Sorge, dass das Land von einer Naturkatastrophe oder politischen Unruhen heimgesucht worden sein könnte, erwies sich jedoch als unbegründet. Des Rätsels Lösung war, dass Kirgistan seine internationale Telefonrechnung nicht bezahlt hatte.⁴

Die wirtschaftliche Lage des Landes war damals desolat. Nach der Unabhängigkeit sank die Produktion wegen der Störung der Handels- und Zahlungsmuster erheblich (1991: –5 %, 1992: –19 %, 1993: –12 %). Die Preise waren nach ihrer Freigabe enorm gestiegen. Die Regierung steuerte zwar gegen. Dennoch betrug die Inflationsrate in den ersten sechs Monaten des Jahres 1993 noch 322 % bei den Verbraucherpreisen und 440 % bei den Großhandelspreisen. Die Indices für die Mindest- und Durchschnittslöhne lagen Ende August 1993 bei 17 % bzw. 35 % des Niveaus von Dezember 1990. Massive offene Arbeitslosigkeit war zwar vermieden worden. Die verdeckte Arbeitslosigkeit betrug jedoch 20–30 %.⁵ In diesem wirtschaftlichen Kontext trat das Expertenteam für das Projekt »Labour legislation and its institutional framework« in Kirgistan an.

Im Folgenden wird der Verlauf des Projektes geschildert⁶ und versucht, Bilanz zu ziehen.

* Ehemalige Richterin am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Luxemburg).

1 Näher: http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-92-54_de.htm (19. 2. 2019).

2 Brief des zuständigen Ministers v. 16. 5. 1994.

3 Zunächst *Thierry Lasalle*, später *Thierry Lamborion*.

4 Information des damaligen deutschen Botschafters in Kirgistan *Scheller*.

5 EES-Kyrgyzstan 92.01.01.01B005, Proposal and Terms of Reference.

6 Der folgende Erfahrungsbericht beruht in erster Linie auf den Arbeitstagebüchern des Teamleiters und der Verfasserin.

II. Zielsetzung und Ausgangsbedingungen des Projekts

Das kirgisische Arbeitsgesetzbuch stammte aus dem Jahr 1972 und beruhte auf einem gemeinsamen Modell, das die UdSSR 1970 für die Arbeitsgesetzgebung ihrer Republiken geschaffen hatte. Besonders in Unternehmerkreisen wurde dieses von planwirtschaftlichen Vorstellungen geprägte Gesetzbuch nach der Hinwendung zur Marktwirtschaft als weitgehend obsolet angesehen. Den EES-Experten war die Aufgabe gestellt, »1. to make a substantial contribution to a reform of the labour legislation, 2. to advice on the institutional framework needed to enforce the legislation«.⁷

Begünstigter (beneficiary) des Projekts war formal das kirgisische Ministerium für Arbeit und soziale Sicherheit, insbesondere dessen Minister *Chakimow*. Der Vorschlag für das Projekt sah jedoch vor, dass auch Repräsentanten des Präsidialamtes und andere Regierungsbehörden, die damals mit Entwurfsarbeiten für ein neues Arbeitsgesetz befasst waren, angesprochen werden sollten.

Zwischen Vertragsabschluss und Beginn des Arbeitseinsatzes lag bei allen beteiligten Experten sehr wenig Zeit. Auch konnte die PMU den Experten nur wenige Informationen über Kirgistan zur Verfügung stellen. Es gelang dem Teamleiter jedoch, über die Internationale Arbeitsorganisation (IAO), Freunde, die Zugang zu US-amerikanischen Datenbanken hatten, und die Bremer Landesbank eine mehrere Leitz-Ordner umfassende Materialsammlung zu Kirgistan zusammenzustellen.

Erstaunlicherweise durften aus Projektmitteln keine Dolmetscher eingestellt werden. Man behalf sich mit Verträgen über Aufgaben wie »Beratung bei juristischer Terminologie« und »Herstellung von Kontakten mit Personen, die mit der Implementation von Arbeitsrecht befasst sind«. Zur Überraschung der Experten gab es auch keine Projektmittel für Ferngespräche und Kopien.

Als die EES-Experten ihre Tätigkeit in Kirgistan aufnahmen, waren bereits ausländische Berater aus aller Welt in dem damals ca. 4,5 Millionen Einwohner aufweisenden Land⁸ aktiv. Besonders stark vertreten waren die USA. Es gab praktisch keine Schule oder Hochschule, an der man nicht auf amerikanische Peace-Corps-Arbeiter stieß. Über die so geknüpften Kontakte wurden Kirgisen zur Ausbildung in die USA geholt. Das American Legal Consortium und die American Bar Association machten, finanziert von USAID, »Rule of Law Work« in Kirgistan. Die eine

Organisation arbeitete »top down« mit Regierungsvertretern und hochrangigen Richtern, die andere ging »bottom up« vor und kümmerte sich schwerpunktmäßig um die Rechtsanwälte. Ein großer Player war auch die Weltbank, die zu ihren Einsätzen regelmäßig gleich mit ca. 15 Personen einflog, sodass es auf dem Markt der Dolmetscher, Übersetzer und Fahrer eng werden konnte. Die EES-Experten waren ein Teil dieser »Beratungsindustrie«.

III. Initiativen zur Reform des kirgisischen Arbeitsrechts vor Projektbeginn

Der Stand der Reformbemühungen bis zum Beginn des Projektes konnte erst vor Ort ermittelt werden. Es ergab sich folgendes Bild:

1992 war ein neues Arbeitssicherheitsgesetz verabschiedet worden. Der kirgisische Gewerkschaftsbund legte 1992 und 1993, als die Gewerkschaften noch das Recht zur Gesetzesinitiative besaßen⁹, zur Ergänzung des kirgisischen Arbeitsgesetzbuchs fünf Gesetzentwürfe vor: über Urlaub, kollektive Arbeitsstreitigkeiten, individuelle Arbeitsstreitigkeiten, Kollektivverträge und die Rechtsstellung der Gewerkschaften. Diese Entwürfe wurden jedoch vom Parlament nicht verabschiedet. Ein Gesetz zur Änderung der Straf- und der Zivilprozessordnung vom 11. Januar 1994 hatte die Beteiligung ehrenamtlicher Richter an Gerichtsverhandlungen stark reduziert.

In einem Dekret vom 5. September 1994 erklärte der kirgisische Präsident *Akajew*, dass die wichtigste Aufgabe des im Dezember 1994 neu zu wählenden Parlaments sei, ein neues Arbeitsgesetzbuch, ein neues Zivilgesetzbuch und ein neues Strafgesetzbuch zu schaffen. Er hatte eine Kommission eingesetzt. Ihr gehörten zum damaligen Zeitpunkt der Leiter der Rechtsabteilung im Präsidialbüro *Narymbajew*, die stellvertretende Präsidentin des Obersten Gerichts in Zivilsachen *Larissa Gutnischenko*, der stellvertretende Arbeitsminister *Dschamansarijew*¹⁰, der Leiter

⁷ Erster Fortschrittsbericht der PMU.

⁸ Näher: <http://www.worldometers.info/world-population/kyrgyzstan-population/> (19. 2. 2019).

⁹ Es wurde durch die kirgisische Verfassung von 1993 abgeschafft.

¹⁰ *Narymbajew* zufolge. Der Arbeitsminister *Chakimow* nannte im Gespräch mit der Verfasserin drei andere Personen aus dem Bereich seines Ministeriums.

der Rechtsabteilung der Regierung *Kajipow* und der stellvertretende Vorsitzende des Wirtschaftsgerichts *Ailtschijew* an. Es hieß, gelegentlich würden Vertreter der Gewerkschaften und der Arbeitgeber hinzugezogen. Gesetzesentwürfe hatte diese Kommission nicht produziert. *Dschamansarijew* erklärte dem Teamleiter, man habe vereinbart, erst dann zusammen zu kommen, wenn ein Rohentwurf für einen Arbeitskodex vorliege.

Es gab auch eine drittelparitätische Kommission, die Anfang September 1994 durch eine Vereinbarung zwischen Regierung, Gewerkschaftsbund und Unternehmen gebildet worden war. Sie sollte ein Gesetz zu kollektiven Arbeitskonflikten entwerfen, war aber noch nicht zusammengetreten.

Der Dachverband der Gewerkschaften der GUS-Staaten hatte dem kirgisischen Gewerkschaftsbund zufolge ein Modell-Arbeitsgesetzbuch für alle GUS-Staaten entwickelt. Es gab auch eine Kommission auf der Ebene der GUS-Staaten, die Modellgesetze erarbeitete. Kirgistan war in dieser Kommission durch den stellvertretenden Vorsitzenden des Wirtschaftsgerichts vertreten. Er berichtete, die GUS-Kommission habe sich zunächst das Zivilgesetzbuch vorgenommen und einen Allgemeinen Teil in erster Lesung verabschiedet. Ob und wann sie einen Arbeitskodex entwerfen werde, sei noch ungewiss, aber sehr wohl möglich.

IV. Phase I des Projekts: Kooperation

Innerhalb weniger Tage konnte der Teamleiter Gespräche mit dem Arbeitsminister *Chakimow* und seinen Mitarbeitern sowie dem Leiter der Rechtsabteilung im Präsidialamt *Narymbajew* führen. Es folgten Treffen mit dem Justizminister *Tscholponbajew* und dem Leiter der Rechtsabteilung der Regierung *Kajipow*. Intensive Kontakte wurden zu den Juristen der Gewerkschaften und des wichtigsten Unternehmerverbandes geknüpft. Zu den zahlreichen weiteren Gesprächspartnern gehörten insbesondere Experten für den landwirtschaftlichen Bereich.

Um nicht einen Vorschlag »von außen« zu entwickeln, der an den tatsächlichen Bedürfnissen vorbeigehen könnte, unternahm der Teamleiter zunächst drei Schritte:

Erstens wurde Prof. *Michailenko* als lokaler Arbeitsrechtsexperte unter Vertrag genommen. Er sollte eine vollständige Bestandsaufnahme des geltenden Arbeitsrechts

machen und Problemkomplexe benennen, bei denen besonders ausgeprägter Reformbedarf bestand.

Zweitens wurde der Leiter der Rechtsabteilung der Präsidialkanzlei *Narymbajew* gebeten, eine Reihe von Fragen an die EES-Experten zu formulieren, die seines Erachtens bei der Entwicklung von Vorschlägen zu berücksichtigen waren. *Narymbajew* präsentierte einen Katalog von elf Fragen, der mit Hilfe seines Beraters und ehemaligen Lehrers Prof. *Lewitin* erstellt worden war. Es handelte sich der Sache nach um die Benennung großer Problemkreise wie Anwendungsbereich, Arbeitnehmervereinigungen, Kollektivverträge etc. Auf dieser Basis erarbeitete der Teamleiter ein Grundsatzpapier. Es beantwortete die Fragen – größtenteils in Form von Alternativvorschlägen – unter Heranziehung zahlreicher Beispiele aus anderen Rechtsordnungen und der einschlägigen Abkommen der IAO. Außerdem benannte es weitere Problemkomplexe und bot auch hierzu Lösungen an. In einem vorangestellten Grundsatzteil skizzierte es die Funktion des Arbeitsrechts in einer Marktwirtschaft, die sich auf niedrigem sozialökonomischen Niveau entwickelt. Das Papier umschrieb in gewisser Weise den politischen Rahmen für die weitere Arbeit. Es wurde von *Narymbajew* und Prof. *Lewitin* sehr positiv aufgenommen.

An einer Frage wurde deutlich, dass die bestehenden Gewerkschaften der Regierung ein Dorn im Auge waren. Es wurde nämlich nach Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung gefragt. Der Teamleiter erläuterte den Gewerkschaftsbegriff, der den von Kirgistan als verbindlich anerkannten IAO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 zugrunde liegt, und wies darauf hin, dass etwa in Polen und Ungarn die Gewerkschaften aus kommunistischer Zeit als demokratische Organisationen anerkannt seien und im Arbeitsleben eine erhebliche Rolle spielten. Im Rahmen von weiterführenden Überlegungen zur Beteiligung der Arbeitnehmer an den im Unternehmen fallenden Entscheidungen stellte er die in Deutschland und Österreich existierenden, formal von den Gewerkschaften getrennten Betriebsräte vor. Betriebsräte schienen, wie sich später zeigte, für die kirgisischen Entscheidungsträger eine besonders attraktive Idee zu sein.

Drittens bildete der Teamleiter eine Arbeitsgruppe, in der die konkreten Formulierungen erarbeitet werden sollten. Neben den jeweils anwesenden EES-Experten gehörten ihr der Justizminister *Tscholponbajew*, der stellvertretende Arbeitsminister *Dschamansarijew*, Vertreter der Gewerkschaften und des wichtigsten Unternehmerverbandes sowie Prof. *Michailenko* an. Das Projekt nahm

unerwartet schnelle Fahrt auf, als *Dschamansarijew* gleich in dem ersten Gespräch mit dem Teamleiter fragte, ob es nicht möglich sei, schon vor März/April des nächsten Jahres einen ausformulierten Entwurf vorzulegen.

Am 11. Oktober 1994 fand im Justizministerium eine erste Sitzung dieser Arbeitsgruppe statt. Prof. *Michailenko* präsentierte ein eingehendes Papier zum Inhalt eines künftigen Arbeitsgesetzbuches. Dem Teamleiter schwebte vor, die einzelnen Problembereiche nach dem Prinzip »Erst Diskussion darüber, was man will, dann Formulierung in Artikeln« abzuarbeiten. Es wurde jedoch letztendlich beschlossen, dass der Teamleiter und Prof. *Michailenko* gleich konkrete Formulierungsvorschläge erarbeiten sollten; diese könnten dann durch Mitglieder der Arbeitsgruppe ergänzt und ggfs. im Plenum abgestimmt werden. Bis Weihnachten sollte der Allgemeine Teil behandelt werden, wozu auch die Rechtsstellung der Gewerkschaften, die Mitbestimmung und die Tarifautonomie gehörten. Entwürfe zu den weiteren Teilen sollten bis Ende Februar 1995 folgen.

Der Justizminister regte an, nach Vorlage des Gesamtentwurfs eine internationale Konferenz mit Vertretern anderer GUS-Staaten und einigen westlichen Experten zu veranstalten und den Entwurf so einer größeren Öffentlichkeit vorzustellen.

Am 30. November 1994 traf der Teamleiter *Narynbayew* und Prof. *Lewitin* in Frankfurt. Die beiden hatten den kirgisischen Präsidenten *Akajew* zu einer UN-Konferenz in Genf begleitet und bei der Gelegenheit der IAO den Wunsch *Akajews* unterbreitet, sie bei der schnellen Entwicklung von Regeln über die Einrichtung von Betriebsräten zu unterstützen. Die IAO verwies sie an den Teamleiter. *Narynbayew* und Prof. *Lewitin* baten den Teamleiter, eine Verordnung über Betriebsräte zu entwerfen, die noch vor den Parlamentswahlen am 24. Dezember 1994 in Kraft gesetzt werden sollte. Man verständigte sich darauf, mehr oder weniger dem deutschen Modell zu folgen und alle IAO-Abkommen zu respektieren, die es verbieten, die Position der Gewerkschaften durch die Schaffung nicht-gewerkschaftlicher Vertretungsorgane zu unterminieren. Da Prof. *Lewitin* Deutsch besser beherrschte als Englisch, sollte der Text auf Deutsch geliefert werden, und zwar innerhalb von zwei Wochen. Die Übersetzung ins Russische wollte die kirgisische Seite besorgen. Der Entwurf der Betriebsräteverordnung wurde fristgerecht abgeliefert.

Die Verfasserin führte, während der Teamleiter sich in Deutschland aufhielt, in Kirgistan Gespräche mit dem Jus-

tiz- und dem Arbeitsminister, Vertretern der Gewerkschaften, der Unternehmer und der Gerichtsbarkeit sowie mit Prof. *Michailenko*, um sich ein Bild von den vorhandenen arbeitsrechtlichen Institutionen, ihren Funktionsdefiziten unter den geänderten wirtschaftlichen Bedingungen und den Reformvorstellungen der Akteure zu machen. Sie erstellte anschließend drei Papiere mit Vorschlägen zum institutionellen Bereich, die sie im Dezember 1994 vorlegte. Das erste betraf die Arbeitsrechtsprechung, das zweite die Einrichtung eines drittelparitätischen Rates für Probleme der Arbeit (Labour Advisory Council) und das dritte die Schlichtung bei Tarifverhandlungen und Arbeitskämpfen.

Unterdessen entwarf der Teamleiter den Allgemeinen Teil des Kodex. Prof. *Michailenko* übermittelte ihm einen Entwurf mit Vorschriften über Arbeitskämpfe. Streiks wären danach nur legal gewesen, wenn sehr komplizierte, mit den Vorgaben der einschlägigen IAO-Abkommen schwerlich vereinbare verfahrensrechtliche Anforderungen erfüllt gewesen wären.

Als der Teamleiter Ende 1994 wieder nach Kirgistan kam, war *Narymbajew* Präsident des Wirtschaftsgerichts geworden. Seine Nachfolgerin in der Rechtsabteilung der Präsidialkanzlei, Frau *Beschejnalijewa*, erklärte, ob und wann die Verordnung über Betriebsräte verabschiedet werde, hänge nicht von den – inzwischen auf Februar 1995 verschobenen – Wahlen ab; das Parlament werde das dann alles übernehmen.

Prof. *Michailenko* fand besonderen Gefallen an dem von der Verfasserin vorgeschlagenen drittelparitätischen Rat für Probleme der Arbeit. Er meinte, dieser Vorschlag sollte als selbständiges Gesetz verabschiedet werden. Der Entwurf könne vom Präsidenten beim Parlament eingebracht werden. Er sehe da keine Schwierigkeiten.

Der Entwurf für den Allgemeinen Teil des Kodex, den der Teamleiter fristgerecht eingereicht hatte, war von der kirgisischen Seite Ende 1994 noch nicht vollständig ins Russische übersetzt worden. Es fehlten insbesondere die Kapitel zu den Themen Gewerkschaften und Tarifverträge – eine Verzögerung, die erstaunliche Folgen haben sollte.

V. Phase II des Projektes: Konfrontation

Anfang Januar 1995 schlug Prof. *Michailenko* dem Teamleiter vor, gegen das Entgelt, das für die lokalen Experten und

Assistenten insgesamt vorgesehen war (10.000 \$), einen vollständigen Entwurf für ein Arbeitsgesetzbuch zu liefern. Andernfalls würde er seine Kooperation beenden. Nach Rücksprache mit der GTZ lehnte der Teamleiter den Deal ab, obwohl dies auch bedeutete, die Unterstützung durch den Justizminister, der im Dezember 1994 bei Prof. *Michailenko* promoviert hatte, zu verlieren. Im Arbeitsministerium erfuhr der Teamleiter, dass Prof. *Michailenko* dem Ministerium schon vor drei Jahren für viel Geld einen vollständigen Kodex angeboten hatte. Es habe dafür jedoch keine Mittel gegeben, weshalb das Ministerium auch keinen Text erhalten habe.

Mit der GTZ wurde nun eine neue Strategie abgesprochen: Erstellung des Entwurfs durch die EES-Experten, kritische Durchsicht gegen Entgelt durch diverse Personen, insbesondere aus Kreisen der Arbeitgeber und Gewerkschaften. Die Friedrich-Ebert-Stiftung war bereit, Anfang April 1995 eine internationale Konferenz mit Experten aus Kirgistan und anderen GUS-Staaten zu organisieren, auf der der EES-Entwurf des Arbeitsgesetzbuchs diskutiert werden sollte.

Am 24. Februar 1995 suchte Arbeitsminister *Chakimow* den Präsidenten mit Prof. *Michailenko*s Entwurf auf. Dieser ließ den Entwurf an alle Ministerien weiterleiten. Am selben Tag wurde der GTZ ein vom Arbeitsminister bereits unterzeichneter Text für ein gemeinsames Memorandum übermittelt. In dem Begleitschreiben des Ministers hieß es, leider habe er den von *Wolfgang Däubler* zu erstellenden Allgemeinen Teil nicht rechtzeitig bis zum 27. Dezember 1994 bekommen. Die kirgisische Seite habe deshalb unter der Leitung von Prof. *Michailenko* den gesamten Kodex entworfen. Die Aufgabe der EES-Experten solle nun sein, den Entwurf von Prof. *Michailenko* zu kommentieren. Die GTZ erklärte sich einverstanden. Der Teamleiter erwog angesichts dieser Entwicklung, auf der internationalen Konferenz beide Entwürfe zur Diskussion zu stellen.

Bis Anfang März 1995 erstellte er unter Mitwirkung der Verfasserin auf Deutsch einen kompletten Kodex. Für die russische Übersetzung wurde ein Übersetzer aus Usbekistan eingeschaltet. Es hatte sich nämlich gezeigt, dass die zur Verfügung stehenden kirgisischen Übersetzer mit der juristischen Fachterminologie nicht hinreichend vertraut waren.

Der kirgisische Präsident neigte in dieser Phase dazu, das Projekt fortzusetzen, aber über die IAO laufen zu lassen, an die er sich ja schon im Zusammenhang mit der angestrebten Einführung von Betriebsräten gewandt hatte.

Die Verfasserin führte während ihres zweiten Einsatzes in Kirgistan hauptsächlich Expertengespräche zur Arbeits-

sicherheit, um anschließend ein Papier mit institutionellen Vorschlägen für diesen Bereich vorzulegen. Sie bemühte sich erfolglos darum, ein Exemplar des Michailenko-Entwurfs zu beschaffen. Der stellvertretende Arbeitsminister *Kerimkulow*¹¹ teilte ihr mit, die Frau, bei der sich die Unterlagen befänden, sei erkrankt. *Narymbajew* sprach daraufhin die neue Leiterin der Rechtsabteilung des Präsidialbüros auf das Problem an. Sie war bereit, eine Kopie des dort vorhandenen Exemplars zur Verfügung zu stellen, falls *Kerimkulow* zustimmt. *Kerimkulow* erklärte jedoch, er wolle in dieser delikaten Angelegenheit nicht ohne das Einverständnis des Arbeitsministers handeln, der gerade an einer Konferenz in Kopenhagen teilnahm.

Mitte März 1995 übernahm der Teamleiter erneut den Staffelnstab in Kirgistan. Er verfasste eine Einführung ins deutsche Arbeitsrecht für die kirgisische Delegation, die nach Deutschland kommen sollte, hielt für kirgisische Wissenschaftler ein Seminar zum Thema »Recht und soziale Realität« ab, auf dem er auch Grundideen seines Entwurfs präsentierte, und jagte nun seinerseits dem Michailenko-Entwurf hinterher.

Die Präsidialkanzlei erklärte einer Mitarbeiterin des Arbeitsministeriums, der Entwurf könne nur mit Prof. *Michailenko*s Zustimmung herausgegeben werden. Der Teamleiter suchte den Arbeitsminister daraufhin persönlich auf, übergab ihm die deutsche Fassung des Entwurfs mit der Ankündigung, die russische in der nächsten Woche zu überbringen, und brachte zur Sprache, dass er bereit sei, den Michailenko-Entwurf zu kommentieren. Der Arbeitsminister erklärte ihm, er habe den Entwurf noch nicht vom Präsidenten zurückbekommen, werde diesen aber morgen besuchen. Er rechne damit, den Entwurf in nächster Zeit offiziell zurückzuerhalten, und könne ihn dann dem Teamleiter geben.

Anfang April 1995 überreichte der Teamleiter dem Arbeitsminister bei seinem nächsten Treffen mit ihm ein Exemplar des EES-Entwurfs für den Kodex in russischer Sprache. Der Arbeitsminister teilte ihm mit, der Michailenko-Entwurf sei gerade vom Präsidenten zurückgekommen; im Laufe des Tages, spätestens aber morgen, würde der Teamleiter ihn bekommen. Am folgenden Tag hieß es dann aber, Prof. *Michailenko* habe die Kopie wieder an sich genommen, er wolle mit Rücksicht auf die Stellungnahmen der Ministerien einige Änderungen vornehmen.

11 Es gab mehrere stellvertretende Arbeitsminister.

Der Teamleiter übergab auch der Leiterin der Rechtsabteilung in der Präsidialkanzlei ein Exemplar des EES-Entwurfs. Sie versprach, ihn an den Präsidenten weiterzuleiten. Auf die Frage des Teamleiters, ob er den Michailenko-Entwurf bekommen könne, meinte sie, ja natürlich, er sei aber im Moment bei einem Mitarbeiter, der sich auf Dienstreise befindet. Sie ging zu seinem Zimmer und fand es verschlossen vor. Die nächste Rücksprache mit dem Arbeitsministerium ergab, dass Prof. *Michailenko* auf Dienstreise war und den Entwurf mitgenommen hatte. Der Teamleiter übergab weitere Kopien des EES-Entwurfs an den Gewerkschaftsbund und den wichtigsten Unternehmerverband sowie an Frau *Gutnischenko* als Mitglied der vom Präsidenten eingesetzten Kommission.

Zwei Tage vor seiner Abreise überreichte er eine Kopie des EES-Entwurfs im Justizministerium. Der Mitarbeiter, der ihn empfing, stöhnte darüber, dass er nun zwei dicke Entwürfe lesen müsse, den Michailenko-Entwurf und den der EES-Experten. Auf die Frage des Teamleiters, ob er nicht den Michailenko-Entwurf bekommen und eine Kopie machen könnte, erklärte der Mitarbeiter, natürlich, das sei kein Problem. Auf diesem inoffiziellen Wege gelangte letztendlich doch eine Kopie des Michailenko-Entwurfs in die Hände des Teamleiters. Als er auch dem Justizminister persönlich ein Exemplar des EES-Kodex überreichte, wurde er mit der überraschenden Frage konfrontiert, warum er denn nicht mit ihnen zusammenarbeiten wollen. Der Justizminister schien davon überzeugt zu sein, dass der Kauf des Michailenko-Entwurfs zunächst zugesagt worden war.

Am nächsten Tag teilte eine Mitarbeiterin des Arbeitsministeriums mit, der Michailenko-Entwurf könne in der Akademie der Wissenschaften abgeholt werden. Prof. *Michailenkos* Sekretärin tippte gerade die letzten überarbeiteten Seiten. Prof. *Michailenko* erklärte dem Teamleiter dann aber, ohne ausdrückliche Zustimmung seitens des Justizministers könne er den Entwurf nicht herausgeben. Es war dem Teamleiter infolgedessen nicht möglich, den Entwurf während der Dauer seines Einsatzes in Bischkek zu kommentieren. Offiziell erhielt er ihn nie.

Prof. *Michailenkos* Entwurf war etwa dreimal so lang wie der Entwurf der EES-Experten. Vom Allgemeinen Teil des EES-Entwurfs, der Prof. *Michailenko* bereits vorgelegen hatte, war vieles übernommen worden, insbesondere der gesamte Grundrechtskatalog. Auch Betriebsräte waren vorgesehen, allerdings ohne Mitbestimmungsrechte und ohne Garantien für eine demokratische Wahl. Andererseits sollte es einen vollparitätischen Aufsichtsrat mit

wichtigen Funktionen geben. Ihm sollte es zB. obliegen, die Ausführung der Vorstandsentscheidungen zu organisieren. Erstaunlicherweise bestimmte der Entwurf, dass der Aufsichtsrat Entscheidungen nur mit einer Drei-Viertel-Mehrheit treffen konnte. Die Kapitel über die Arbeitszeit und das Urlaubsrecht enthielten eine enorme Zahl von Detailregelungen bis hin zu der Frage eines jährlichen Zusatzurlaubs für Filmregisseure.

Der Teamleiter hielt eine internationale Konferenz angesichts dieser Entwicklung des Projekts nur für sinnvoll, wenn die beiden Entwürfe in einem mindestens einwöchigen Seminar mit den kirgisischen Entscheidungsträgern diskutiert werden konnten. Er schlug vor, zur Vorbereitung ein Papier zu erstellen, das die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede der beiden Entwürfe herausarbeitet und die ihnen zugrundeliegenden unterschiedlichen Philosophien thematisiert. Das Projekt endete jedoch mit dem Besuch der kirgisischen Delegation in Deutschland, mit dessen Verlauf und Ertrag sich die Teilnehmer in einem Gespräch mit Vertretern der PMU hoch zufrieden zeigten.

VI. Der Entwurf der EES-Experten für ein kirgisches Arbeitsgesetzbuch

Der von den EES-Experten vorgelegte Entwurf für ein kirgisches Arbeitsgesetzbuch unternahm den Versuch, die arbeitsrechtlichen Regelungen in einem einheitlichen Gesetzeswerk zusammenzufassen. Er umfasste 358 Artikel und bestand aus vier Büchern.

Das erste Buch, das als »Grundlegender Teil« bezeichnet wurde, enthielt insbesondere Regeln über die Grundrechte der Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die Rechte der Gewerkschaften, den Abschluss von Kollektivverträgen, kollektive Arbeitskonflikte, Betriebsräte, die Privatisierung und Übertragung von Unternehmen und das Kollisionsrecht. Auch grundlegende Regeln zum Arbeitsvertrag waren im ersten Buch enthalten. Das zweite Buch regelte im Einzelnen die Entstehung, den Inhalt und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses. Ein besonderer Akzent wurde auf den Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz und den Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung gelegt. Das dritte Buch behandelte Sonderformen des Arbeitsverhältnisses. Das vierte Buch betraf die Rechtsdurchsetzung, die Weiterbildung des Arbeitsrechts sowie Übergangs- und Schlussvorschriften.

Der Entwurf bemühte sich um eine einfache und verständliche Sprache. Er enthielt eine Reihe von Regelungen, die in entwickelten Industriestaaten der Rechtsprechung überlassen bleiben. Hierdurch wurde der Tradition des Landes, die Rolle des Gesetzgebers sehr stark zu betonen, Rechnung getragen. Um zu starre Rechtsnormen zu vermeiden, wurde jedoch an vielen Stellen eine abweichende Gestaltung durch Kollektivvertrag oder Unternehmensvereinbarung zugelassen.

Bei etlichen Einzelfragen übernahm der Entwurf die bisher geltenden Regeln. Soweit es um Neuregelungen ging, orientierte er sich vielfach an den Übereinkommen und Empfehlungen der IAO. Dies war beispielsweise bei den Vorschriften über Kollektivverträge und den Arbeitskampf und bei der Ausgestaltung des Urlaubsrechts der Fall.

Ein weiterer wichtiger Orientierungspunkt waren die Normen des EG-Arbeitsrechts. Anlass hierfür war nicht zuletzt das geplante Kooperationsabkommen zwischen Kirgistan und der EG,¹² das auch eine schrittweise Angleichung der kirgisischen Rechtsvorschriften an das Gemeinschaftsrechts vorsah und exemplarisch neben anderen Bereichen den Schutz der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz nannte.¹³ Auf EG-rechtlichen Vorschriften beruhten beispielsweise die Bestimmungen des Entwurfs zur Gleichberechtigung von Mann und Frau am Arbeitsplatz, zur Wahrung der Arbeitnehmerrechte beim Übergang von Unternehmen, zum anwendbaren Recht und zum Arbeitsschutz. Die Streikrechtsgarantie war aus der Europäischen Sozialcharta übernommen.

Soweit internationale Normen keine Aussage trafen oder diese nicht adäquat erschienen, wurde auf unterschiedliche nationale Normen zurückgegriffen. So war das Recht der Betriebsräte dem deutschen Vorbild entnommen. Das mexikanische Arbeitsrecht wurde für die Definition des Begriffs »Arbeitszeit« und für die Pflicht des Arbeitgebers herangezogen, sich im Rahmen seiner Möglichkeiten um die medizinische Betreuung seiner Beschäftigten zu bemühen. Das vorgeschlagene Kündigungsschutzrecht nahm insbesondere japanische Vorstellungen auf: Danach sind stärker als in Westeuropa üblich zunächst alle anderen Möglichkeiten auszuschöpfen, um den Eintritt von Arbeitslosigkeit zu vermeiden. Der Regelung über Sanierungsvereinbarungen lag der in Japan weit verbreitete Gedanke zugrunde, dass Arbeitnehmer nur dann Opfer bringen sollen, wenn dies auch andere am Unternehmen Beteiligte oder Interessierte tun. Die Bestimmungen über einen beim Präsidenten Kirgistans zu bildenden drittpara-

ritätischen Beirat für Probleme der Arbeit waren dem namibischen Arbeitsgesetzbuch von 1992 entlehnt. In Anlehnung an das französische und das spanische Recht sah der Entwurf die Möglichkeit vor, dass die Gewerkschaft anstelle des einzelnen Arbeitnehmers ein gerichtliches Verfahren in die Wege leitet.

Es wurden auch eine Reihe neuer Fragen behandelt, die in der Realität hochindustrialisierter Länder von Bedeutung sind, zB. die Verpflichtung der Arbeitnehmer zur Weiterbildung und die Rechtslage bei Arbeitnehmererfindungen und von Arbeitnehmern geschaffenen urheberrechtsfähigen Werken. Der vielfältigen Verflechtung von Arbeitgeberunternehmen trugen der Arbeitgeberbegriff und die Definition der Unternehmensgruppe Rechnung.

VII. Die weitere Entwicklung

Justizminister *Tscholponbajew* wurde nach den Parlamentswahlen im Februar 1995 Sprecher der gesetzgebenden Kammer. Auf der Agenda dieser Kammer stand zunächst das Zivilgesetzbuch. Am 4. Oktober 1997 wurde schließlich ein neues Arbeitsgesetzbuch erlassen.¹⁴ Es beruhte auf dem Entwurf von Prof. *Michailenko*.¹⁵ Damit fanden auch Gedanken aus dem Entwurf des Teamleiters für den Allgemeinen Teil, die von Prof. *Michailenko* in seinen Entwurf übernommen worden waren, Eingang in die kirgisische Gesetzgebung. Kapitel III sah die Bildung von Betriebsräten vor.

1999 errichtete die Regierung durch Verordnung die Drittparitätische Kommission der Republik zur Regelung der Wirtschafts-, Sozial- und Arbeitsbeziehungen.¹⁶ Hierbei handelte es sich um eine Weiterentwicklung des

12 Abkommen über Partnerschaft und Zusammenarbeit zur Gründung einer Partnerschaft zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Kirgisischen Republik andererseits, ABl. 1999, L 196/48. Das Abkommen wurde am 9.2.1995 unterzeichnet und trat am 1.7.1999 in Kraft.

13 Art. 44 des Abkommens. Siehe auch Art. 61 des Abkommens.

14 Abrufbar unter: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ky-kg/570> (19.12.2018). Der 4.10.1997 ist das Datum der Unterschrift des Präsidenten unter das am 18.9.1997 von der gesetzgebenden Versammlung angenommene Gesetz.

15 Ich danke *Kuvan Ramankulow* für diese Information.

16 Abrufbar unter: <http://www.aicesis.org/database/organization/264/print/> (19.12.2018). 2007 ratifizierte Kirgistan das IAO-Übereinkommen Nr. 144 über dreigliedrige Beratungen zur Förderung der Durchführung internationaler Arbeitsnormen von 1976. Kirgistan kam seinen Berichtspflichten zu zentralen Punkten des Abkommens jedoch trotz wiederholter Mahnung nicht nach (näher: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3337758 [19.12.2018]), was ein Indiz mangelnder Effizienz der Regelung über die Drittparitätische Kommission der Republik sein könnte.

EES-Vorschlags, einen drittelparitätischen Rat für Probleme der Arbeit einzurichten.

Das Arbeitsgesetzbuch von 1997 hatte nicht lange Bestand. Am 4. August 2004 wurde es durch ein neues Arbeitsgesetzbuch abgelöst.¹⁷ Die meisten Artikel entsprachen wortwörtlich der ersten Fassung des russischen Arbeitsgesetzbuchs. Gelegentlich war die Reihenfolge der Artikel oder der Wortlaut leicht verändert. Auch wurde einigen regionalen Besonderheiten Rechnung getragen. So traten an die Stelle von Bestimmungen über die Arbeit im hohen Norden solche über die Arbeit im Hochgebirge.¹⁸

Das neue Arbeitsgesetzbuch brachte grundlegende Änderungen, insbesondere eine Abkehr von der staatlichen Regelung der Arbeitsbeziehungen im Detail.¹⁹ Das Ziel war, den Interessen der Arbeitgeber stärker Rechnung zu tragen. Die Regierung argumentierte, das Niveau des Arbeitnehmerschutzes sei zu hoch; deshalb sei das wirtschaftliche Umfeld unattraktiv für ausländische Investoren.²⁰ Betriebsräte waren nun nicht mehr als Institution vorgesehen. Es konnten jedoch, wenn eine Gewerkschaft nicht mindestens 50 % der Belegschaft repräsentierte, andere Arbeitnehmervertreter zur Vertretung der Arbeitnehmerinteressen gewählt werden, und zwar auch für Tarifverhandlungen. Die IAO befürchtete, dass hierdurch die Position repräsentativer Gewerkschaften bei Tarifverhandlungen unterminiert werden könnte.²¹ Sie beanstandete auch das sehr hohe Quorum für Streiks und den Ausschluss des Streikrechts – statt der Verpflichtung zur Einrichtung eines Notdienstes – bei bestimmten wichtigen Diensten.²²

Auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts wurden außerhalb des Kodex die folgenden Gesetze erlassen: 1998 Gesetz über Gewerkschaften²³, 2003 Gesetz über Sozialpartnerschaft²⁴, 2004 Gesetze über Arbeitgeberverbände²⁵ und über Kollektivverträge²⁶. Der Gleichstellung der Geschlechter wurde 2003 ein eigenes Gesetz gewidmet.²⁷ Im selben Jahr erging ein neues Arbeitssicherheitsgesetz²⁸, das nach Einschätzung von EU-Experten im Einklang mit den internationalen Normen und Standards steht²⁹.

Das kirgisische Arbeitsgesetzbuch von 2004 wurde wiederholt geändert. Der gesetzgeberische Kurs war ein neo-liberaler. 2017 klagte ein Gewerkschaftsvertreter, dass die Regierung ständig versuche, die Arbeitnehmerrechte zu beschneiden. Die Mitglieder des Parlaments und die Präsidenten seien aus Kreisen der Oligarchie gewählt wor-

den, die das private Großkapital repräsentiere; sie seien Arbeitgeber.³⁰

VIII. Viel Lärm um Nichts?

Während des gesamten Projektverlaufs stellte sich den EES-Experten wiederholt die Frage nach der Sinnhaftigkeit ihres Tuns.

Der Arbeitsminister zeigte zunächst wenig Interesse an dem Projekt, auch wenn er formal der *beneficiary* war. Später wurde den EES-Experten zwar signalisiert, dass er sich zu wenig eingebunden fühle. Zu diesem Zeitpunkt hatte er sich jedoch schon für den Michailenko-Entwurf entschieden. In der Anfangsphase des Projektes fragte sich der Teamleiter immer wieder, was die Kirgisen eigentlich wollten. Es war nicht möglich, eine Diskussion über die von

17 Abrufbar unter: <http://cbd.minjust.gov.kg/act/view/ky-kg/1505> (19.12.2018), https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=73094&p_country=K-GZ&p_count=267&p_classification=01&p_classcount=102 (19.12.2018).

18 *Lyutov/Golovina*, Russian Law Journal 2018, 93, 110. Zu weiteren Unterschieden s. *Golovina*, in: Lebedev/Radevich (Hrsg.), Labour Law in Russia: Recent Developments and New Challenges, Newcastle upon Tyne 2014, S. 49.

19 *Battalova*, A Guide to the Legal System and Legal Research in the Kyrgyz Republic (Update by *Bkesultanov* and *Khasanov*), 14. Labor Law, 2017, abrufbar unter: <http://www.nyulawglobal.org/globalex/Kyrgyz1.html#labor> (17.12.2018).

20 *Schwegler-Rohmeis/Mummert/Jarck*, Study »Labour Market and Employment Policy in the Kyrgyz Republic« – Identifying constraints and options for employment development, Bischkek 2013, S. 36, abrufbar unter: http://zentralasien.ahk.de/uploads/media/20130301_KIRG_Study_on_Labour_Market_policy_EN.pdf (17.12.2018).

21 Abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3339314:NO (6.1.2019), https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3339560:NO (6.1.2019).

22 Abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:13100:0::NO:13100:P13100_COMMENT_ID:3343953:NO (6.1.2019).

23 Abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=67158 (19.12.2018).

24 Abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=68674 (19.12.2018).

25 Abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=71215 (19.12.2018).

26 Abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=71834 (19.12.2018).

27 Abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=68752 (19.12.2018).

28 Abrufbar unter: https://www.ilo.org/dyn/natlex/natlex4.detail?p_lang=en&p_isn=68675 (19.12.2018).

29 ILO, Occupational Safety and Health in the Kyrgyz Republic – National Profile –, 2008, abrufbar unter: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/policy/wcms_187949.pdf (6.1.2019).

30 *Bisenov*, Equal Times v. 12.10.2017, abrufbar unter: <https://www.equaltimes.org/kyrgyz-trade-unions-vow-to-protect?lang=en.XBo-7lxKg2w> (19.12.2018).

ihm aufgezeigten rechtspolitischen Alternativen zu den verschiedenen Problemkreisen zu führen. Nur zu einem Punkt wurde eine sehr dezidierte Auffassung geäußert: Der Präsident wollte die bestehenden Gewerkschaften verbieten oder aber, falls dies nicht möglich sein sollte, empfindlich schwächen.

In einem Gespräch mit dem Teamleiter beklagte die Koordinatorin für die Arbeit der GTZ in Kirgistan, dass die ganzen Projekte geberinduziert seien. So war es auch hier. Die Anregung zu dem Projekt kam von einem langfristig in Kirgistan tätigen Experten der GTZ. Der Arbeitsminister hatte den Projektantrag zunächst gar nicht unterschreiben wollen.

Nach einem Besuch in einem Kolchos, der sich in desolater Verfassung befand, grübelte *Wolfgang Däubler* darüber, ob sein Honorar nicht besser in einem neuen Mähdrösch angelegt wäre. Ein Arbeitskodex erschien ihm von den realen Problemen des Landes nach diesen Eindrücken weit entfernt. *Lamborion*, der zweite Junior-Experte, meinte, es käme wohl mehr heraus, wenn man das Geld für Kirgisen ausgeben würde, die zu uns nach Europa kämen und hier studieren würden.

Ein sehr hoher Anteil der Wirtschaft gehörte dem informellen Sektor an.³¹ Angesichts der damit verbundenen enormen Implementationsprobleme war ein Arbeitskodex eher von symbolischem Wert. Man konnte sich fragen, welchen Stellenwert das Recht überhaupt unter den damaligen Umständen hatte. Ein funktionierendes Gesetzblatt gab es zu dieser Zeit nicht. Selbst bei Mitarbeitern der Leitungsebene des Arbeitsministeriums bestand im September 1994 Unklarheit darüber, ob das Arbeitsgesetzbuch 1993 geändert worden war oder nicht. Für die Rechtsadressaten war es schwierig, sich den Text der sie betreffenden Gesetze zu verschaffen.³²

Es gab Indizien dafür, dass das Interesse der kirgisischen Entscheidungsträger am inhaltlichen Input der ausländischen Rechtsexperten generell gering war. So erzählte ein TACIS-Repräsentant dem Teamleiter, das Arbeitsministerium habe um Finanzierung für ein Projekt zur sozialen Sicherheit gebeten und dabei ein Papier präsentiert, das von der Weltbank schon zwei Jahre zuvor akzeptiert worden war und zu einem gut begründeten, aber nie in Betracht gezogenen Vorschlag geführt hatte. Ob die ausländischen Rechtsexperten aus kirgisischer Sicht in erster Linie eine Arbeitsbeschaffungsmaßnahme waren? Ähnliche Gedanken gingen auch *Wolfgang Däubler* durch den Kopf. In seinem Arbeitstagebuch schrieb er nach der Lektüre eines appraisal reports

der Weltbank: »Die ganze Geschäftigkeit ist nur insofern nützlich, als pro Wessi ein paar Kirgisen nach ihren Maßstäben ordentlich leben können; sonst bringt's nichts. Vielleicht noch ein paar vom Westen gespendete Reisen [...]«

Gardner bezeichnete die Aktivitäten amerikanischer Juristen in Lateinamerika als Rechtsimperialismus und prägte den Begriff »Rechtsmissionare«.³³ Vergleichbares spielte sich damals in den GUS-Staaten ab. Angesichts der Expertenschwemme³⁴, die das Land heimsuchte, kann man den kirgisischen Entscheidungsträgern eine skeptische Grundhaltung gegenüber ausländischen Beratern nicht verübeln. Als uneigennützigste Instanz scheint am ehesten die IAO empfunden worden sein. Prof. *Michailenko*, der als Soldat beim Einmarsch der Roten Armee in Berlin dabei gewesen war, kämpfte seinen ganz persönlichen Kampf.

Wohin die Reise des kirgisischen Arbeitsrechts letztlich gehen könnte, ahnte *Wolfgang Däubler* schon bald. In seinem zweiten Fortschrittsbericht führte er zu den mittelfristigen Perspektiven aus: »It may happen that the Kyrgyz Government will just follow the legislation of the Russian Federation which will probably enact a new labour code in 1995.« Verabschiedet wurde das neue russische Arbeitsgesetzbuch allerdings nach über einem Jahrzehnt des Ringens um seine ideologische Ausrichtung erst 2001.³⁵ So erklärt sich das Intermezzo des kirgisischen Arbeitsgesetzes von 1997.

Indizien für diesen Kurs hatte es auch in einem Gespräch der Verfasserin mit einem kirgisischen Experten für Arbeitsschutz gegeben. Als sie auf die Bestimmungen zum Arbeitsschutz in dem Kooperationsabkommen mit der EG hinwies, erklärte er, sie seien auf die GUS-Staaten orientiert.

Generell war Kirgistan damals auf der Suche nach einer neuen nationalen Identität. Die Hinwendung zur Marktwirtschaft legte es nahe, sich bei den Reformen am Recht westlicher Länder zu orientieren. Andererseits gab es den Wunsch, einen gemeinsamen Rechtsraum im Rahmen der

31 In dem Joint Staff Working Document SWD(2018) 27 final der Europäischen Kommission, S. 12, abrufbar unter: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/january/tradoc_156542.pdf (21. 12. 2018), ist von »up to 70 % of the economy« die Rede.

32 Zitat *Hugh O'Neill*, in: *Nuttall*, Kyrgyzstan Development Gateway v. 23. 8. 2003, abrufbar unter: <http://eng.gateway.kg/news/kyrgyzstan/economy/2358> (21. 12. 2018).

33 *Gardner*, Legal Imperialism: American Lawyers and Foreign Aid in Latin America, Madison 1980, S. 282.

34 Siehe dazu auch *Mues*, Rechtstransfer – Zur theoretisch-methodischen Komplexität der Interaktion normativer Ordnungen, Frankfurt aM. 2015, S. 37.

35 *Lyutov/Golovina*, Russian Law Journal 2018, 93, 109.

GUS zu erhalten. So konkurrierten zwei Reformmodelle.³⁶ Die Beziehungen zum bisherigen Rechts- und Wirtschaftsraum waren stark. Auch nach dem Ende der Sowjetunion riss die Verbindung unter den Arbeitsrechtsexperten in Wissenschaft, Verwaltung und Praxis nicht ab. Das Russische als lingua franca erleichterte die Kommunikation in diesem Gebiet.³⁷ Eine Studie zum Arbeitsrecht der Länder, die 2015 die Eurasische Wirtschaftsunion gründeten – darunter Russland und Kirgistan –, zeigt in allen Mitgliedstaaten parallele Tendenzen: Für die Verfasser der Arbeitsgesetze diente das Recht der Nachbarländer viel häufiger als Quelle der Inspiration als Standards des internationalen Arbeitsrechts oder die Gesetzgebung von nicht-russischsprachigen Ländern.³⁸ Es ist nicht auszuschließen, dass Kirgistan, auch wenn es sich zunächst den EES-Entwurf eines Arbeitsgesetzbuchs zu eigen gemacht hätte, später doch im Wesentlichen das russische Arbeitsgesetz übernommen hätte.

Als die Verfasserin sich beim kirgisischen Gewerkschaftsbund verabschiedete, erwähnte sie, dass man es bisher nicht geschafft habe, in Westdeutschland ein Arbeitsgesetzbuch zustande zu bringen. Wenn Kirgistan ein schönes Arbeitsgesetzbuch habe, könnten wir es abschreiben. Ein Vorstandsmitglied des Gewerkschaftsbundes erklärte daraufhin lachend: »Nun verstehe ich! Sie wollen ein Arbeitsgesetzbuch für sich selbst haben.« Es könnte ein Körnchen Wahrheit daran sein!

³⁶ So für die Reform des Zivilrechts *Kurzynski-Singer*, in: Kurzynski-Singer (Hrsg.), *Transformation durch Rezeption? Möglichkeiten und Grenzen des Rechtstransfers am Beispiel der Zivilrechtsreformen im Kaukasus und in Zentralasien*, Tübingen 2014, S. 3, 7 ff.

³⁷ *Lyutov/Golovina*, *Russian Law Journal* 2018, 93, 101.

³⁸ *Lyutov/Golovina*, *Russian Law Journal* 2018, 93, 113.

Betriebsvereinbarungsoffenes Recht

Prof. em. Dr. Dres. hc. Peter Hanau, Universität zu Köln

Wolfgang Däubler und ich sind nicht immer einer Meinung, aber in gegenseitigem Respekt von gleicher Leidenschaft für das Arbeitsrecht erfüllt. Es freut mich deshalb, ihm diesen Beitrag zu dem Verhältnis von Betriebsvereinbarungen, Tarif- und Arbeitsverträgen und damit von Betriebs-, Tarif- und Privatautonomie bei der Öffnung von grundsätzlich zwingendem Recht widmen zu können.

I. Thematik

Das betriebsvereinbarungsoffene (oder -dispositive) Recht umfasst die staatlichen Rechtsnormen, die sich für Betriebsvereinbarungen öffnen, während sie gegenüber Arbeitsverträgen zwingend sind. Es ist die kleine Schwester des tarifoffenen (oder -dispositiven) Rechts und tritt nur neben oder unter ihm oder gar nicht auf. Während das tarifoffene Recht in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Schrifttum Hochkonjunktur hat,¹ wird seine kleine Schwester meistens nur punktuell berücksichtigt.² Im Folgenden wird vor allem der Gesamtzusammenhang, die Systematik der einschlägigen Regelungen und ihre Problematik behandelt.

Dem Jubilar ist das ganze Thema freilich suspekt.³ Rechtspolitisch verdiene die Figur des tarifdispositiven Gesetzesrechts Kritik. Wenn eine gerade den Arbeitnehmer schützende Bestimmung (etwa die Begrenzung der Arbeitszeit) als so wichtig angesehen wird, dass sie im Einzelarbeitsvertrag nicht abbedungen werden kann, leuchte es nicht ein, warum dieser Schutz nur deshalb entfallen soll, weil die Tarifparteien Entsprechendes beschlossen haben. Für die Gewerkschaften sei die »Ausdehnung« der Tarifautonomie auf die Verschlechterung der Arbeitsbedingungen ein wahres Danaergeschenk. Ihre Verhandlungsposition werde geschwächt, wenn das Schutzniveau zur Disposition gestellt und damit kommerzialisiert werde. Die hier behandelte Einschaltung der Betriebsvereinbarung kann diese Bedenken vielleicht mindern, da sie eine zusätzliche Ebene für den Arbeitnehmerschutz schafft.

Das Thema hat auch eine europarechtliche Dimension, da in den auf das Arbeitsrecht einwirkenden europäischen Rechtsakten häufig auf »Kollektivverträge« oder

»Vereinbarungen der Sozialpartner« verwiesen wird. Der Begriff des Kollektivvertrages umfasst auch die Betriebsvereinbarung,⁴ während der ebenfalls häufig verwendete Begriff der Sozialpartner und ihrer Vereinbarungen von *Ulber* nur auf Tarifverträge bezogen wird.⁵ Letztlich kommt es auf die Auslegung jeder einzelnen Norm an; im Zweifel wird man beide Begriffe auf die Betriebsvereinbarung erstrecken können.

II. Systematik

1. Der Grundsatz des § 77 Abs. 3 BetrVG

Als Ausgangspunkt bietet sich § 77 Abs. 3 BetrVG an, der das allgemeine Verhältnis von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen regelt: Sperrwirkung für nicht mitbestimmte Betriebsvereinbarungen, soweit ein einschlägiger, auch günstigerer Tarifvertrag besteht und mindestens nachwirkt oder üblich ist; Zulässigkeit tariflicher Ermächtigungen für Betriebsvereinbarungen. Für die Sperrwirkung ist Tarifgebundenheit des Arbeitgebers nicht erforder-

1 Umfassende Darstellungen von *Bock*, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie, Berlin 2005 (zugl. Jena, Univ., Diss. 2004); *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, München 1997, S. 698 ff.; *Franzen*, ZfA 2016, 25 ff.; *Seiwert*, Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht, Baden-Baden 2017 (zugl. Bonn, Univ., Diss. 2016); *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2010 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2009).

2 S. unten Fn. 21 ff.; zum allgemeinen Verhältnis von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen *Rieble*, ZfA 2004, 405; *Schwarze*, Der Betriebsrat im Dienst der Tarifvertragsparteien, Berlin 1991 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 1990); *Waltermann*, Rechtsetzung durch Betriebsvereinbarung zwischen Privatautonomie und Tarifautonomie, Tübingen 1996 (zugl. Münster, Univ., Habil. 1993); *Wiedemann*, FS Hanau, 1999, S. 607; *Wisskirchen*, FS Hanau, 1999, S. 623.

3 *Däubler*, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Nr. 375 f.; ganz in diesem Sinn *Bepler*, FS Kempfen, 2013, S. 109, 120 (»Systemwidrige Fremdkörper«); *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1), passim, jetzt wieder in SR 2018, 85; partielle Verteidigung des tarifdispositiven Gesetzesrecht von *Greiner*, NZA 2018, 563, etwas Verständnis von *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (Fn. 1), S. 698.

4 *Pötters/Schmidt*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019 (im Folgenden: EuArbR), Rn. 11.103 mit vielen weiteren Nachweisen zu Art. 88 Abs. 1 DSGVO; EuArbR-*Grau/Hartmann*, Rn. 15.108 zur Betriebsübergangsrichtlinie.

5 EuArbR-*Ulber* (Fn. 4), Rn. 7.273 zur Arbeitszeitrichtlinie.

derlich, sondern nur, dass der Betrieb im Geltungsbereich des Tarifvertrages liegt.⁶ Auch werden Betriebsvereinbarungen ausgeschlossen, die einen Tarifvertrag lediglich für anwendbar erklären und ihn damit auf nichttarifgebundene Arbeitnehmer erstrecken wollen.⁷ Dagegen ist eine Betriebsvereinbarung über Angelegenheiten, die der einschlägige Tarifvertrag nicht selbst regelt, sondern nur der Regelung durch Arbeitsvertrag zuweist, zulässig.⁸

Im Folgenden ist zu prüfen, ob und inwieweit die verschiedenen Arten des betriebsvereinbarungsoffenen Rechts mit diesen Grundsätzen übereinstimmen und welche Abweichungen aufgrund der Besonderheit dieser Betriebsvereinbarungen, ihrem Vorrang vor zwingendem Recht, bestehen oder bestehen sollten.

2. Unmittelbare gesetzliche Öffnungen für Betriebsvereinbarungen

Einige gegenüber Arbeitsverträgen zwingende gesetzliche Regelungen enthalten eine Öffnung für abändernde Betriebsvereinbarungen, ohne eine zusätzliche Ermächtigung durch Tarifvertrag zu verlangen. Zum Teil stehen diese Ermächtigungen neben den gleichen für Tarifverträge (§ 26 Abs. 4 BDSG⁹, der Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen als Kollektivvereinbarungen zusammenfasst; §§ 38 Abs. 1 S. 4, 47 Abs. 4, 55 Abs. 4, 72 Abs. 4 BetrVG¹⁰; § 310 Abs. 4 BGB¹¹; § 325 Abs. 2 UmwG¹²), zum Teil setzen sie ausdrücklich voraus, dass keine tarifliche Regelung besteht und auch kein anderer Tarifvertrag gilt (§ 3 Abs. 2 BetrVG¹³) oder dass ein Tarifvertrag es zulässt oder eine andere tarifliche Regelung nicht besteht (§ 76a Abs. 5 BetrVG¹⁴).

Diese Regelungen entsprechen § 77 Abs. 3 BetrVG, soweit sie für die abweichenden Betriebsvereinbarungen ausdrücklich voraussetzen, dass ein Tarifvertrag sie zulässt oder eine andere tarifliche Regelung nicht besteht. Fraglich ist, ob dieser Grundsatz auch in den anderen Fällen gilt, wenn die Betriebsvereinbarung mit einem Tarifvertrag in dessen Geltungsbereich konkurriert. Ein Gegensatz zu den Tatbeständen, in denen die Wirkung der Betriebsvereinbarung ausdrücklich vom Fehlen eines Tarifvertrages abhängig gemacht wird, könnte dafür sprechen, dass hier nicht das für Betriebsvereinbarungen gem. § 77 Abs. 3 BetrVG geltende Subsidiaritätsprinzip, sondern das Spezialitäts- oder Prioritäts- bzw. Posterioritätsprinzip als allgemeine Grundsätze für das Verhältnis gleichrangiger Normen gelten sollen. Indessen ist kein

Sachgrund ersichtlich, der hier eine Abweichung vom Subsidiaritätsprinzip rechtfertigen könnte. Deshalb dürfte der in § 77 Abs. 3 BetrVG festgelegte Vorrang des Tarifvertrages auch gelten, soweit eine Ermächtigungsnorm Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung ohne weiteres nebeneinanderstellt.

Der in § 77 Abs. 3 BetrVG verankerte Vorrang des Tarifvertrages vor Betriebsvereinbarungen ist allerdings auf seinen Geltungsbereich beschränkt. Soweit kein einschlägiger Tarifvertrag besteht, bleiben Betriebsvereinbarungen ungehindert. Dadurch wäre es möglich, zwingendes Recht in größerem Umfang an betriebliche Gegebenheiten anzupassen als bei der unbedingten Forderung einer tariflichen Ermächtigung. Trotzdem hat der Gesetzgeber nur in wenigen Fällen, davon die meisten außerhalb des Arbeitsrechts, von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht. Dies wird besonders im Zusammenhang mit dem Betriebsrentenstärkungsgesetz 2017 kritisiert, weil es in den §§ 21 ff. BetrAVG die reine Beitragszusage nur im Geltungsbereich einschlägiger Tarifverträge zulässt, obwohl das Gesetz der Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung dienen soll, die leichter und weiter möglich wäre, wenn sie bei Fehlen eines einschlägigen Tarifvertrages durch Betriebsvereinbarungen eingeführt werden könnte.¹⁵ In der Metalltarifrunde 2004 wollten die Arbeitgeber, dass Betriebsvereinbarungen auch unabhängig von Tarifverträgen die Arbeitszeit regeln könnten; dies wurde von den Gewerkschaften aber abgelehnt.¹⁶ Dazu unten III.1.

6 BAG, 24. 1. 1996 – 1 AZR 597/95 – AP Nr. 8 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG, 23. 5. 2007 – 10 AZR 295/06 – NZA 2007, 940.

7 BAG, 13. 8. 1980 – 5 AZR 325/78 – AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG; BAG, 20. 11. 2001 – 1 AZR 12/01 – EzA Nr. 70 zu § 77 BetrVG 1972.

8 BAG, 1. 12. 1992 – 1 AZR 234/92 – AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt.

9 Betr. die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses.

10 Betr. anderweitige Regelungen über die Mitgliederzahl und Freistellungen in betrieblichen Arbeitnehmervertretungen.

11 Betr. Nichtanwendung des AGB-Rechts; gilt auch bei nur arbeitsvertraglicher Bezugnahme auf den Tarifvertrag, BAG, 23. 7. 2017 – 7 AZR 771/12 – AP Nr. 120 zu § 14 TzBfG, Rn. 22.

12 Betr. Fortgeltung von Beteiligungsrechten nach Unternehmensspaltung.

13 Betr. Organisation der betriebsverfassungsrechtlichen Vertretung.

14 Betr. abweichende Regelung der Vergütung von Einigungsstellen.

15 Koch, NZA 2018, 1035.

16 Rieble, ZfA 2014, 405 f.

3. Tarifvertragliche Öffnungen für Betriebsvereinbarungen

a) Tarifgebundene Arbeitgeber

In manchen Fällen wird für die Betriebsvereinbarungsoffenheit zwingenden Rechts eine tarifvertragliche Ermächtigung verlangt (§ 1 Abs. 1b S. 5 AÜG¹⁷; §§ 7 Abs. 1, 2 und 2a, 12, 21a Abs. 7 AZG¹⁸; §§ 1 Abs. 2 Nr. 2a, 20 Abs. 2 S. 1 BetrAVG¹⁹; § 21a JArbSchG²⁰). Auch diese Bestimmungen des BetrAVG gehören zum betriebsvereinbarungsoffenen Recht, obwohl sie keine gesetzliche Norm nennen, von denen durch Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung abgewichen werden kann. Sie zeigen aber, dass reine Beitragszusagen und Optionssysteme im Rahmen der betrieblichen Altersversorgung grundsätzlich unzulässig sind und nur ausnahmsweise durch Tarifvertrag bzw. von diesem ermächtigter Betriebsvereinbarung eingeführt werden können.

Die Betriebsvereinbarung kann ermächtigt werden, von dem zwingenden Recht ganz oder teilweise abzuweichen. Die bloße Übernahme einer tarifvertraglichen Abweichung ist bei tarifgebundenen Arbeitgebern nicht vorgesehen, dürfte aber wie bei den nicht tarifgebundenen Arbeitgebern erst recht zulässig sein.²¹ Die in § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG vorgesehene Beschränkung tariflicher Ermächtigungen auf ergänzende Betriebsvereinbarungen enthält schon im Bereich dieser Vorschrift keine inhaltliche Begrenzung.²² Dies gilt erst recht für die gesetzlichen Einzelermächtigungen, soweit sie nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmen.²³

Es ist strittig, ob die normative Wirkung dieser Betriebsvereinbarungen auf die gesetzliche Ermächtigung, den Tarifvertrag oder die allgemeinen Befugnisse der Betriebsparteien zurückzuführen ist.²⁴ Meines Erachtens liegt es nahe, auf die gesetzliche Ermächtigung abzustellen, doch kommt es im Ergebnis nicht darauf an.

Die Ermächtigung der Tarifverträge für Betriebsvereinbarungen bleibt auch in der Nachwirkungsphase der Tarifverträge bestehen,²⁵ kann in ihr aber nicht begründet werden.²⁶ Die Verweisung auf den Tarifvertrag kann dynamisch sein, sich also auch auf spätere Tarifverträge beziehen²⁷ und muss alle tarifvertraglichen Bestimmungen umfassen, die mit der Öffnung für Betriebsvereinbarungen zusammenhängen, nach dem Wortlaut der Ermächtigungen aber nicht den ganzen Tarifvertrag.²⁸

Eine über eine Ermächtigung hinausgehende Verpflichtung der Betriebsparteien zur Ausführung des Tarif-

vertrages ist nicht anzunehmen.²⁹ Sie ist auch unnötig, da die Tarifverträge subsidiäre Regelungen für den Fall vorsehen können, dass Betriebsvereinbarungen nicht zustande kommen. Auch kann der Tarifvertrag über das gesetzliche Mitbestimmungsrecht hinaus eine Zuständigkeit der Einigungsstelle für den Streit über eine ausführende Betriebsvereinbarung vorsehen.³⁰ Für den Fall von Tarifkollisionen bestimmt § 4a Abs. 2 S. 2 TVG ganz allgemein, dass im Betrieb nur die Rechtsnormen des Tarifvertrags derjeniger Gewerkschaft anwendbar sind, die zum Zeitpunkt des Abschlusses des letzten Tarifvertrages im Betrieb die meisten in einem Arbeitsverhältnis stehenden Mitglieder hat. Für Rechtsnormen eines Tarifvertrages über eine betriebsverfassungsrechtliche Frage nach §§ 3 Abs. 1, 117 Abs. 2 BetrVG gilt dies nur, wenn diese bereits durch Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft geregelt ist. Nach der speziellen Vorschrift des § 1 Abs. 1b S. 7 AÜG ist auf den für die Branche repräsentativen Tarifvertrag abzustellen. Wenn der Betrieb des nichttarifgebundenen

17 Betr. abweichende Höchstdauer der Arbeitnehmerüberlassung.

18 Betr. für den Arbeitgeber günstigere Arbeitszeitregelung, nach § 7 Abs. 2, 7 AZG nur mit schriftlicher Zustimmung des Arbeitnehmers.

19 Betr. Zulassung eines Optionssystems in der betrieblichen Altersversorgung.

20 Betr. für den Arbeitgeber günstigere Arbeitszeitregelung.

21 Wiedemann, FS Hanau, 1999, S. 607, 618.

22 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I (Fn. 1), S. 812; Wiedemann, FS Hanau, 1999, S. 607, 617.

23 So zu § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG: Koch, NZA 2018, 1038.

24 Bock, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie (Fn. 1), S. 212 ff. Grundlegend BAG, 1. 12. 1992 – 1 AZR 234/92 – AP Nr. 3 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt: Durch Betriebsvereinbarung können alle Arbeitsbedingungen geregelt werden, die auch Gegenstand eines Tarifvertrages sein können. Anders Wank, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), § 7 AZG Rn. 3: Keine Ermächtigungsgrundlage für Regelungen der Dauer der Arbeitszeit durch Betriebsvereinbarungen.

25 BAG, 27. 6. 1978 – 6 AZR 59/77 – AP Nr. 12 zu § 13 BUrtG; Bock, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie (Fn. 1), S. 95 ff.; Bayreuther, BB 2010, 309.

26 So allgemein für die Nachwirkung BAG, 27. 9. 2017 – 4 AZR 630/15 – AP Nr. 53 zu § 4 TVG Nachwirkung; anders Wiedemann, FS Hanau, 1999, S. 607, 620.

27 Bock, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie (Fn. 1), S. 232, abweichend von der generellen Unzulässigkeit dynamischer Verweisungen in Betriebsvereinbarungen auf Tarifverträge (so BAG, 28. 3. 2007 – 10 AZR 719/05 – AP Nr. 184 zu § 112 BetrVG 1972).

28 Bock, Tarifdispositives Arbeitnehmerschutzrecht und Tarifautonomie (Fn. 1), S. 184 ff.; Bepler, FS Kempfen, 2013, S. 109, 115 (mit Bedauern); ebenso jetzt BAG, 21. 3. 2018 – 7 AZR 428/16 – AP Nr. 169 zu § 14 TzBfG, Rn. 25.

29 Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I (Fn. 1), S. 811; Wiedemann, FS Hanau, 1999, S. 607, 619; LAG Hamburg, 17. 12. 2008 – 5 TaBV 8/08 – AuR 2010, 339; Rieble, ZfA 2004, 412; ErfK-Wank (Fn. 24), § 7 AZG Rn. 20.

30 Wiedemann, FS Hanau, 1999, S. 607, 619.

Entleihers bei Abschluss einer Betriebsvereinbarung nach S. 6 der Vorschrift den Geltungsbereichen mehrerer Tarifverträge unterfällt, ist der für die Branche des Entleihers repräsentative Tarifvertrag maßgeblich.

b) Nichttarifgebundene Arbeitgeber

In der Regel liegt dem Gesetzgeber daran, die Auflockerung zwingenden Rechts durch Tarifverträge auf nichttarifgebundene Arbeitgeber im Geltungsbereich des Tarifvertrages zu erstrecken, teils durch Betriebsvereinbarungen, teils durch Arbeitsverträge. Die Erstreckung auf nichttarifgebundene Arbeitgeber durch Betriebsvereinbarungen wird vorgesehen, wenn der Tarifvertrag den tarifgebundenen Arbeitgebern seine Ausführung durch Betriebsvereinbarung gestattet (§§ 1 Abs. 1b S. 4, 6 AÜG; § 7 Abs. 3 AZG, bei Fehlen eines Betriebsrats durch arbeitsvertragliche Vereinbarung; § 20 Abs. 2 S. 3 BetrAVG; § 21a Abs. 2 JArbSchG, bei Fehlen eines Betriebsrats durch arbeitsvertragliche Vereinbarung). Dies ermächtigt die Betriebs- und ggf. Arbeitsvertragsparteien zur Übernahme der tariflichen Regelungen, Betriebsvereinbarungen auch zu eigenständigen Abweichungen vom Gesetz, soweit im Tarifvertrag vorgesehen. § 21a Abs. 2 JArbSchG gestattet auch Betriebsvereinbarungen nur die Übernahme, aber nicht die Ersetzung tariflicher Abweichungen vom zwingenden Recht zu.

Ausnahmsweise sieht § 24 BetrAVG die Übernahme tariflicher Regelungen reiner Beitragszusagen durch nichttarifgebundene Arbeitgeber nur durch Arbeitsvertrag vor, obwohl § 1 Abs. 2 Nr. 2a BetrAVG die Umsetzung solcher Tarifverträge durch Betriebsvereinbarung zulässt.

4. Gesetzliche Öffnungen nur für Tarifverträge

a) Tarifgebundene Arbeitgeber

In vielen Fällen sehen die Gesetze eine Abweichung von zwingendem Recht nur durch Tarifvertrag vor, ohne eine Ermächtigung für Betriebsvereinbarungen (§ 48 Abs. 2 S. 1 ArbGG³¹; § 8 Abs. 2, 4 AÜG³²; § 19 Abs. 1 BetrAVG³³; §§ 76 Abs. 8, 117 Abs. 2 BetrVG³⁴; § 622 Abs. 4 S. 1 BGB³⁵; § 13 Abs. 1, 2 BUrlG³⁶; § 4 Abs. 4 S. 1 EFZG³⁷; §§ 9a Abs. 6, 12 Abs. 3, 13 Abs. 4, 14 Abs. 2, 22 Abs. 2 TzBfG³⁸). Für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer gelten diese Tarifverträge und die mit ihnen verbundene Befreiung von den gesetzlichen Vorgaben aufgrund arbeitsvertraglicher Übernahme, wie bei den nichttarifgebundenen Arbeitgebern ausdrücklich vorgesehen (dazu sogleich). Der Ausschluss von

Betriebsvereinbarungen entspricht dem Grundsatz des § 77 Abs. 3 S. 1 BetrVG, der auch für nichttarifgebundene Arbeitgeber gilt.³⁹ Dies lässt aber die Frage offen, ob § 77 Abs. 3 S. 2 BetrVG auch hier anwendbar ist, der dem Tarifvertrag die Freigabe von Betriebsvereinbarungen erlaubt. Oder führt ein Gegenschluss zu den Fällen, in denen dem Tarifvertrag ausdrücklich eine Ermächtigung zur Einschaltung von Betriebsvereinbarung erlaubt wird (vorstehend II.3.a), dazu, dass hier Betriebsvereinbarungen ausgeschlossen sind, selbst wenn der Tarifvertrag dazu ermächtigt? *Boecken/Jacobsen* haben dies für § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG untersucht mit dem Ergebnis, dass Betriebsvereinbarungen zu Abweichungen von dem Tarifvertrag zugunsten der Arbeitnehmer ermächtigt werden könnten.⁴⁰ Der Gegenschluss dürfte indessen näher liegen, zumal die dazu gehörende Regelung für nichttarifgebundene Arbeitgeber auch die Betriebsvereinbarung nicht einbezieht, sondern nur den Arbeitsvertrag, wie im Folgenden dargelegt.

b) Nichttarifgebundene Arbeitgeber

Soweit von zwingendem Recht nur durch Tarifvertrag, aber nicht durch Betriebsvereinbarung abgewichen werden kann, wird die Übernahme der tarifvertraglichen Regelungen nichttarifgebundenen Arbeitgebern ausdrücklich durch Arbeitsvertrag, nicht durch Betriebsvereinbarung gestattet (§ 48 Abs. 2 S. 2 ArbGG; § 8 Abs. 2 S. 2, Abs. 4 S. 2 AÜG; § 19 Abs. 2 BetrAVG; § 622 Abs. 4 S. 2 BGB; § 13 Abs. 1, 2 S. 1 BUrlG; § 4 Abs. 4 S. 2 EFZG; §§ 8 Abs. 4, 12 Abs. 3 S. 2, 13 Abs. 4 S. 2, 14 Abs. 2 S. 4 TzBfG).⁴¹

31 Betr. abweichende örtliche Zuständigkeit.

32 Betr. Abweichung von der grundsätzlichen Gleichstellung der Leiharbeiter.

33 Betr. Abweichung von verschiedenen Voraussetzungen der betrieblichen Altersversorgung.

34 Betr. tarifliche Schlichtungsstellen und Arbeitnehmervertretungen von Luftfahrtunternehmen.

35 Betr. Länge von Kündigungsfristen.

36 Betr. Tarifdispositivität des Urlaubsrechts.

37 Betr. abweichende Bemessungsgrundlage des im Krankheitsfall fortzuzahlenden Arbeitsentgelts.

38 Betr. abweichende Festlegung der Lage der Arbeitszeit und der Voraussetzungen für eine sachgrundlose Befristung von Arbeitsverträgen.

39 BAG, 24. 1. 1996 – 1 AZR 597/95 – AP Nr. 8 zu § 77 BetrVG 1972 Tarifvorbehalt; BAG, 23. 5. 2007 – 10 AZR 295/06 – NZA 2007, 940.

40 *Boecken/Jacobsen*, ZfA 2012, 37; ebenso *ErfK-Gallner* (Fn. 24), § 13 BUrlG Rn. 24.

41 In den Fällen der §§ 76 Abs. 8, 170 Abs. 2 BetrVG, § 9a Abs. 6 TzBfG ist keine Übernahme bei nichttarifgebundenen Arbeitgebern vorgesehen.

III. Problematik

Die Problematik ergibt sich aus der Systematik. Diese zeigt nämlich, dass der Gesetzgeber die in § 77 Abs. 3 BetrVG belassenen Freiräume für Betriebsvereinbarungen neben und unter Tarifverträgen nur wenig nutzt. Mangels verfassungsrechtlicher Garantie der Betriebsautonomie liegt dies im gesetzgeberischen Ermessen, doch bleibt die rechtspolitische Problematik, ob die Betriebsvereinbarung in größerem Maße zu einer ausgewogenen Öffnung zwingenden Rechts durch Kollektivvertrag beitragen könnte und sollte.

1. Betriebsvereinbarungen neben Tarifverträgen

Besonders weitgehend und deshalb besonders selten ist eine Gleichstellung von Betriebsvereinbarungen und Tarifverträgen, wie sie oben (II.2.) dargestellt wurde. Sie wird durch § 77 Abs. 3 BetrVG gedeckt, soweit keine einschlägige tarifliche Regelung vorliegt. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers kann deshalb nur mit der Annahme erklärt werden, dass die Betriebsautonomie und damit die Betriebsvereinbarung meist nicht stark genug seien, um einen Eingriff in zwingendes Recht zu legitimieren. Daran ist richtig, dass dieser Eingriff vor allem auf die Tarifautonomie gestützt wird. Zusammenfassend hat das BAG mit Urteil vom 26. Oktober 2016⁴² dazu ausgeführt:

»Bei der Verwirklichung der ihm obliegenden Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG hat der Gesetzgeber wie auch sonst bei der Verfolgung berufs-, arbeits- und sozialpolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum (vgl. BVerfG 18. November 2003 - 1 BvR 302/96 - zu C 2 a der Gründe, BVerfGE 109, 64). Diesem Gestaltungsspielraum entspricht es, zumal in Ansehung der durch Art. 9 Abs. 3 GG garantierten Tarifautonomie, wenn es der Gesetzgeber den Tarifvertragsparteien ermöglicht, die Voraussetzungen zur Zulässigkeit sachgrundloser Befristungen in Abweichung seiner Festlegungen zur Höchstdauer und zur Anzahl der Verlängerungen zu regeln. Die mittels der Tarifautonomie herzustellende sinnvolle Ordnung des Arbeitslebens ist Grundlage der Praxis des Gesetzgebers, in vielen Bereichen den Tarifvertragsparteien Regelungsbefugnisse zuzuweisen, die er aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes den Arbeitsvertragsparteien versagt. Diese gesetzliche Konzeption beruht auf der Annahme, dass Tarifverträge ein größeres »Richtigkeitsvertrauen« genießen als der Arbeitsvertrag des Einzelnen. Sie bieten nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine materielle Richtigkeitsgewähr. Aufgrund des Verhandlungsgleichgewichts der

Tarifvertragsparteien ist davon auszugehen, dass die vereinbarten tariflichen Regelungen den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln (vgl. BAG 28. März 2006 - 1 ABR 58/04 - Rn. 47 mwN, BAGE 117, 308). Das gilt grundsätzlich auch für Tarifverträge, die aufgrund der Tariföffnungsklausel des § 14 Abs. 2 Satz 3 TzBfG geschlossen werden (BAG 18. März 2015 - 7 AZR 272/13 - Rn. 26; 15. August 2012 - 7 AZR 184/11 - Rn. 27, BAGE 143, 10).«

Eine neue (Kammer-)Entscheidung des BVerfG⁴³ hat dies zur Rechtfertigung des § 310 Abs. 4 BGB wiederholt und hinzugefügt, auch im Fall von Betriebsvereinbarungen werde davon ausgegangen, dass die Interessen aller Beschäftigten Beachtung finden. Diese Gleichsetzung von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen bei der Abweichung von zwingendem Recht wird durch ihren übereinstimmenden Vorrang gemäß §§ 4 Abs. 3 TVG, 77 Abs. 4 BetrVG vor ungünstigeren Arbeitsverträgen bestätigt.

All dies zeigt, dass die Betriebsvereinbarung im System des Arbeitsrechts dem Tarifvertrag nähersteht als dem Arbeitsvertrag, sodass eine entsprechende Abgrenzung auch bei dem Eingriff in zwingendes Recht systemkonform wäre: Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung hier, Arbeitsvertrag da(-runter). Systemkonform heißt freilich nicht: unbedingt notwendig. Die Ausdehnung der tarifvertraglichen Öffnung auf den tariffreien Raum durch Betriebsvereinbarung schränkt die Bedeutung der Schutzgesetze weiter ein, ohne dass eventuelle tarifvertragliche Gegenleistungen der Arbeitgeberseite übernommen werden müssen. Auch wird die gewerkschaftliche Tarifpolitik behindert, wenn sie bewusst von tarifvertraglichen Öffnungsklauseln absieht und diese dann durch Betriebsvereinbarungen ersetzt werden.

Ausnahmen sind freilich denkbar, wenn dem Gesetzgeber die kontrollierte Flexibilisierung einer zwingenden gesetzlichen Regelung wünschenswert oder im Interesse der gesamten kollektiven Vertragsfreiheit, also von Tarif- und Betriebsautonomie, geboten erscheint. So dürfte es in den bisherigen Fällen liegen, in denen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen nebeneinander zu Eingriffen in zwingendes Recht ermächtigt werden (oben II.2.).

42 BAG, 26.10.2016 - 7 AZR 140/15 - AP Nr. 147 zu § 14 TzBfG.

43 BVerfG, 14.11.2018 - 1 BvR 1278/16 - NZA 2019, 112, Rn. 7 mit Hinweis auf BAG, 25.4.2007 - 6 AZR 622/06 - AP Nr. 23 zu § 113 InsO, Rn. 35 und Krause, in: Staudinger (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Berlin 2013, Anhang zu § 310 BGB Rn. 99.

Wie in diesem Zusammenhang schon ausgeführt wurde, kommt eine Ermächtigung von Betriebsvereinbarungen bei Fehlen eines Tarifvertrages auch bei der reinen Beitragszusage gemäß §§ 21 ff. BetrAVG in Betracht. Der Tarifvertrag ist hier vom Gesetzgeber nicht als Ausnahme von einer zwingenden Vorschrift eingeschaltet worden, sondern als Mittel zu einer möglichst weiten Ausdehnung der betrieblichen Altersversorgung. Seine Funktion ist nur, neben der Versicherungsaufsicht, an der Begrenzung der mit reinen Beitragszusagen verbundenen Risiken mitzuwirken. Wenn die Tarifparteien sich versagen, könnte das gesetzgeberische Ziel einer möglichst weiten Verbreitung der betrieblichen Altersversorgung auch mit Betriebsvereinbarungen erreicht werden. Zur Risikobegrenzung blieben die Versicherungsaufsicht, das Verantwortungsgefühl der Betriebspartner und die Hoffnung, dass die Tarifverträge folgen, wenn die betriebsverfassungsrechtliche Praxis das Bedürfnis bestätigt.

2. Betriebsvereinbarungen unter Tarifverträgen

Ganz anders liegt es bei den Betriebsvereinbarungen zur Öffnung zwingenden Rechts, die auf tarifvertraglichen Ermächtigungen beruhen (oben II.3.). Sie konkurrieren nicht mit Tarifverträgen, sondern stellen sich in ihren Dienst. Die Betriebsautonomie wird hier nicht zum Gegenspieler, sondern zum Gehilfen der Tarifautonomie. Zur Tarifautonomie gehört es auch, die unflexible Ausdehnung von Flächentarifverträgen und die Begrenztheit von Firmentarifverträgen durch die Kombination des Flächentarifvertrages mit den firmenbezogenen Betriebsvereinbarungen zu überwinden. Bei der Öffnung zwingenden Rechts ist dies besonders wertvoll, weil sie sich auf das jeweils Nötige beschränken kann. Damit verträgt es sich nicht, dass der Gesetzgeber tarifvertragliche Ermächtigungen für Betriebsvereinbarungen nur begrenzt zulässt und so eine Beschränkung der Öffnung zwingenden Rechts auf das betrieblich Notwendige und Zuträgliche erschwert. Der Versuch des Schrifttums (oben Fn. 40), dies ohne Stütze im Gesetzeswortlaut durch Auslegung zu erreichen, bestätigt das Bedürfnis nach betriebsbezogenen flexiblen Regelungen, dürfte aber nicht ausreichen, zumal es sich vor allem auf die Beurteilung eines Einzelfalls stützt.

Hinzu kommt, dass die gesetzliche Auswahl der Fälle, in denen tarifvertragliche Ermächtigungen für Betriebsvereinbarungen zur Öffnung zwingenden Rechts zugelassen werden, nicht überzeugend ist. Im AÜG findet sich sogar beides. *Franzen* hat eine Sinngebung versucht,⁴⁴ aber nicht alle gesetzliche Anwendungsfälle einbezogen. Überzeugender scheint die Feststellung *Kochs*, das Gesetz streue beliebige Öffnungs- und Übernahmeregelungen in die verschiedenen Gesetze.⁴⁵ Soweit die Gesetze tarifvertragliche Ermächtigungen von Betriebsvereinbarungen zur Öffnung zwingenden Rechts nicht vorsehen, werden nichttarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer auf die arbeitsvertragliche Übernahme der tarifvertraglichen Regelungen verwiesen (oben II.4.b)). Dies erleichtert die Einbeziehung nichttarifgebundener Arbeitgeber und Arbeitnehmer, da in der Praxis in vielen Arbeitsverhältnissen pauschal auf tarifvertragliche Regelungen Bezug genommen wird. Der Regierungsentwurf des Betriebsrentenstärkungsgesetzes verweist darauf ausdrücklich, um eine Ausdehnung von Tarifverträgen in Aussicht zu stellen.⁴⁶ Der Unterschied besteht also vor allem darin, dass nichttarifgebundenen Arbeitgebern die Anwendung der für sie einschlägigen tarifvertraglichen Öffnungsklauseln in der Regel ohne weiteres möglich ist, während die Zwischenschaltung von Betriebsvereinbarungen der Arbeitnehmerseite ein Mitwirkungsrecht gibt.

IV. Fazit

Das Verhältnis von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen bei der Öffnung zwingenden Rechts ist vielgestaltiger als wohl allgemein bewusst ist. Es lohnt sich, dem weiter nachzugehen, wobei auch verfassungsrechtliche Fragen zu klären wären. Vorstehend sollte ein Anstoß dazu gegeben werden.

⁴⁴ *Franzen*, ZfA 2016, 26.

⁴⁵ *Koch*, NZA 2018, 1041.

⁴⁶ BT-Drs. 18/11286, S. 33.

Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien – eine dogmatische Kritik an einem verfassungsrechtlichen Sonderweg im Tarifrecht

Prof. Dr. Matthias Jacobs/Wiss. Ass. Dr. Tino Frieling, Bucerius Law School, Hamburg

Wer sich mit Tarifrecht beschäftigt, kommt nicht darum herum, sich zur Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien zu positionieren. Auch der Jubilar hat sich grundlegend mit der Frage auseinandergesetzt, wie sich die Grundrechte zu tariflichen Regelungen verhalten.¹ Können die Tarifvertragsparteien mit ihren Tarifverträgen die Grundrechte derjenigen verletzen, die sich nach deren Regeln richten müssen? Oder anders gewendet: Bilden die Grundrechte eine rechtliche Grenze der Freiheit der Tarifvertragsparteien, also der Tarifautonomie? *Wolfgang Däubler* antwortet beherzt mit »Ja« und ist damit in guter Gesellschaft des Bundesarbeitsgerichts. Der folgende Beitrag möchte ihn in großem Respekt vor seinem wissenschaftlichen Lebenswerk ehren, indem ihm ebenso engagiert widersprochen und er somit zur Diskussion herausgefordert werden soll. Damit ist zugleich die Hoffnung verbunden, dass einige Senate des Bundesarbeitsgerichts ihre Rechtsprechungslinie überdenken und kritisch hinterfragen.²

I. Theoretische Grundsatzfrage und praktische Anwendungsfälle

Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien ist ein arbeitsrechtlicher Dauerbrenner, eine Ewigkeitsthema; sie ist Grundlagenfrage. Sie ist aber nicht nur graue Theorie, sondern gelebte Praxis. Mehrere Senate des Bundesarbeitsgerichts haben auch in jüngerer Zeit einzelne tarifvertragliche Regelungen für grundrechtswidrig erklärt und damit diejenigen, die sich auf den Tarifvertrag berufen wollten, vor Gericht scheitern lassen.³ Gemeint sind nicht etwa tarifvertragliche Regelungen, die gegen § 7 Abs. 1 AGG verstoßen – in dieser Konstellation müssen Grundrechte nicht bemüht werden.⁴ Diskussionswürdig sind jedoch die Fälle, in denen nicht einfaches Recht, sondern unmittelbar einzelne Grundrechte gegen eine Tarifnorm in Stellung gebracht werden. Drei Beispiele aus der Rechtsprechung:

1. Unterschiedliche Zuschläge für Nachtarbeit innerhalb und außerhalb von Schichtarbeit (Zehnter Senat)

Die Tarifvertragsparteien der nordrheinischen Textilindustrie hatten Zuschläge für Nachtarbeit vorgesehen. Dabei unterschieden sie zwischen zwei Konstellationen: der unregelmäßigen Nachtarbeit außerhalb und der regelmäßigen Nachtarbeit innerhalb des Schichtbetriebs. Für die erste Form der Nachtarbeit gab es einen Zuschlag von 50 %, für die zweite Form lediglich 15 %. Für eine »Nachtschicht« genügte es allerdings schon, dass einige Stunden in die definierte Nachtzeit fielen, damit der Zuschlag für die gesamte Schicht gezahlt wurde. Der Kläger versuchte, beide Zuschläge kumulativ geltend zu machen. Der Zehnte Senat, der über die Klage zu entscheiden hatte, gab ihm teilweise Recht. Für die von den Tarifvertragsparteien getroffene Unterscheidung fehle ein »sachlich vertretbarer Grund«, sie verstoße damit gegen Art. 3 Abs. 1 GG.⁵ Warum hatten die Tarifvertragsparteien das so geregelt? Sie waren davon ausgegangen, dass sich Schichtarbeitnehmer auf Nachtarbeit einstellen und ihren Tagesablauf entsprechend einrichten können, weshalb Nachtarbeit für sie weniger belastend sei.⁶ Der Zehnte Senat hielt dieser

1 Etwa in *Däubler*, KJ 2014, 372.

2 Die Zahl von Entscheidungen des BAG, die darauf verzichten, abweichende Auffassungen in der Literatur und deren Argumente aufzugreifen, nimmt immer weiter zu. Welche Überlegung hinter dieser Praxis steht, überwiegend nur noch eigene Rechtsprechung zu zitieren, ist unklar; sie entspricht auch nicht der im Arbeitsrecht gelebten Freude an der argumentativen Auseinandersetzung. Entscheidungen leben davon, dass sie akzeptiert werden; dafür müssen Gegenargumente aufgegriffen und bestenfalls entkräftet werden.

3 Detailliert aufgelistet bei *Jacobs*, in: Wiedemann (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 8. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Wiedemann), Einl. Rn. 264 ff.

4 Dazu zählt die Konstellation in BAG, 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – AP Nr. 62 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung. Der Siebte Senat hatte eine Betriebsnorm mit Altersgrenzen für unwirksam erklärt.

5 BAG, 21.3.2018 – 10 AZR 34/17 – AP Nr. 17 zu § 6 ArbZG, Rn. 42 ff.

6 BAG, 21.3.2018 – 10 AZR 34/17 – AP Nr. 17 zu § 6 ArbZG, Rn. 39.

Überlegung entgegen, dass nach derzeitigen arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen Nachtarbeit grundsätzlich umso schädlicher ist, je größer der Umfang ist, in dem sie geleistet wird, und ein vermeintlicher Anpassungseffekt objektiv nicht eintritt.⁷

2. Unterschiedliche Anrechnung von Arbeits-einkommen auf Hinterbliebenenrente (Dritter Senat)

Im zweiten Beispielsfall stand eine Anrechnungsregel aus einem Versorgungstarifvertrag auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand. Die Klägerin bezog eine Hinterbliebenenrente von der Arbeitgeberin ihres verstorbenen Ehemanns, war aber zugleich bei derselben Arbeitgeberin beschäftigt. Der Tarifvertrag sah vor, dass die Hinterbliebenenrente in diesem Fall geringer ausfällt. Hätte sie jedoch Einkommen von einem anderen Arbeitgeber bezogen, hätte sie die Hinterbliebenenrente in voller Höhe erhalten. Der Dritte Senat hielt die damit getroffene Unterscheidung für verfassungswidrig: Es fehle ein sachlich einleuchtender Grund, warum nur solches Einkommen angerechnet werde, das von der Arbeitgeberin (und zugleich Versorgungsschuldnerin) erzielt werde, anderweitig erzieltes Einkommen hingegen nicht.⁸ Auch hier fragt man sich, warum die Tarifvertragsparteien eine solche Unterscheidung getroffen haben. Naheliegend war zunächst folgende Überlegung: Die Arbeitgeberin war eine Anstalt öffentlichen Rechts und orientierte sich offenbar am Alimentationsprinzip. Aus der Perspektive der Alimentation wäre eine solche Unterscheidung möglich gewesen.⁹ Die Tarifvertragsparteien hatten sich aus Sicht des Senats aber nur unzureichend an den Strukturprinzipien der Beamtenversorgung orientiert, weil diese deutlich höher sei und auch Beschäftigungszeiten innerhalb des öffentlichen Diensts besonders berücksichtige – im Gegensatz zum Tarifvertrag. Damit könne dieser Gedanke die Unterscheidung nicht rechtfertigen.¹⁰ Auch zwei weitere Gedanken reichten dem Senat nicht als sachlicher Grund. Erstens hänge der Bedarf, im Alter versorgt zu werden, nicht davon ab, aus welcher Quelle das anderweitige Einkommen stamme. Zweitens sei es auch nicht ausreichend, dass die Tarifvertragsparteien das Versorgungsrisiko der Arbeitgeberin möglicherweise begrenzen wollten. Dem Senat fehlte hier ein »ausreichender Zusammenhang mit einleuchtenden Risikoerwägungen«.¹¹

3. Unterschiedslose Verrechnung von Zuschlägen bei Aufstockung in Altersteilzeit (Neunter Senat)

Die dritte verfassungswidrige tarifliche Regelung sollte nach dem Willen der Tarifvertragsparteien im Bereich der Altersteilzeit greifen. Sie hatten vorgesehen, dass während der Arbeitsphase der Altersteilzeit die Vergütung aufgestockt wird, um den bisherigen Lebensstandard der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in etwa zu sichern. Dahinter steht die einleuchtende Erwägung, dass Altersteilzeitmodelle dadurch attraktiver werden, dass sie ohne große Einkommensverluste auskommen. Streit entbrannte um die Frage, wie Zuschläge – etwa für Feiertagsarbeit – anzurechnen waren. In einer ersten Entscheidung legte der Neunte Senat den Tarifvertrag so aus, dass Zuschläge gesondert zu zahlen seien und zum Aufstockungsbeitrag hinzukämen.¹² Das war nicht im Sinne der Tarifvertragsparteien, die daraufhin den Tarifvertrag änderten und ausdrücklich klarstellten, dass Zuschläge auf den Aufstockungsbeitrag angerechnet werden müssen. Am Ende sollten alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer höchstens den Aufstockungsbeitrag (im konkreten Fall auf bis zu 90 % der bisherigen Vergütung) erhalten, unabhängig davon, welchen Anteil sie von ihrer Vergütung durch Gegenleistung erarbeiten oder aufgrund von Bestandsicherung erhalten. In einer zweiten Entscheidung erklärte der Neunte Senat diese Anrechnungsregel für verfassungswidrig und nichtig, weil sie willkürlich sei.¹³ Maßgeblich war für ihn die Überlegung, dass Zuschläge andere Zwecke verfolgten als der Aufstockungsbeitrag. Zuschläge sollten die erschwerten Bedingungen und die damit verbundenen Nachteile ausgleichen. Der Bedarf, den Lebensstandard aufrechtzuerhalten, verringere sich

⁷ BAG, 21. 3. 2018 – 10 AZR 34/17 – AP Nr. 17 zu § 6 ArbZG, Rn. 49.

⁸ BAG, 19. 7. 2011 – 3 AZR 398/09 – AP Nr. 27 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung, Rn. 24 ff.

⁹ BAG, 19. 7. 2011 – 3 AZR 398/09 – AP Nr. 27 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung, Rn. 28; vgl. BGH, 11. 12. 1985 – IVa ZR 251/83 – AP Nr. 11 zu § 1 BetrAVG Zusatzversorgungskassen.

¹⁰ BAG, 19. 7. 2011 – 3 AZR 398/09 – AP Nr. 27 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung, Rn. 29 ff.

¹¹ BAG, 19. 7. 2011 – 3 AZR 398/09 – AP Nr. 27 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung, Rn. 35.

¹² BAG, 21. 11. 2006 – 9 AZR 623/05 – NZA 2007, 768.

¹³ BAG, 4. 5. 2010 – 9 AZR 181/09 – AP Nr. 46 zu § 1 TVG Altersteilzeit, Rn. 20 ff.

nicht dadurch, dass dem Arbeitnehmer Zuschläge zustünden.¹⁴ Auch Budgetvorgaben für die Finanzierung von Altersteilzeitarbeitsverhältnissen sind aus Sicht des Neunten Senats kein sachlicher Grund.¹⁵

II. Begründungsansatz der Rechtsprechung

Die drei Beispielsfälle zeigen, dass die Rechtsprechung mit der Grundrechtskontrolle »ernst macht«. Aber wie kommt sie dazu, tarifvertragliche Regelungen anhand der Grundrechte zu überprüfen? In Art. 1 Abs. 3 GG steht: »Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.« Damit sind jedenfalls nicht die Tarifvertragsparteien angesprochen, sie sind zunächst einmal nicht durch die Grundrechte gebunden. Das Stichwort lautet »mittelbare Drittwirkung von Grundrechten«. Diese Figur gründet auf einer langen verfassungsrechtlichen und auch privatrechtlichen Diskussion. Dabei lassen sich zwei Erklärungsansätze unterscheiden, deren Verhältnis zueinander allerdings wenig geklärt ist.¹⁶ Die mittelbare Grundrechtswirkung lässt sich einerseits mit der sog. Ausstrahlungswirkung der Verfassung erklären, wonach die Grundrechte auch objektive Wertentscheidungen enthalten, die von den Fachgerichten insbesondere über Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zur Geltung zu bringen sind, wenn sie einfaches Recht auslegen.¹⁷ Andererseits lässt sich – zumindest für Freiheitsrechte – auch die Schutzpflichtdimension der Grundrechte anführen. Danach sind die Gerichte, dh. auch die Rechtsprechung, verpflichtet, die Bürger vor Grundrechtsgefährdungen zu schützen, wenn diese andernfalls ihre Grundrechte nicht ausüben könnten.¹⁸

1. Verfassungsrechtliche Schutzpflichten der Gerichte

Die Senate des Bundesarbeitsgerichts begründen ihre Grundrechtskontrolle mit den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten. Diese verpflichteten die Gerichte für Arbeitsachen, solchen Tarifregelungen die Durchsetzung zu verweigern, die zu gleichheitswidrigen Differenzierungen führen oder ein grundrechtliches Freiheitsrecht unangemessen beschränken.¹⁹

Die Begründung ist nicht kontextlos, aber ihr Kern steckt im wiedergegebenen Satz. In den Entscheidungen der Sena-

te ist der Satz in umfangreiche Bausteine eingebaut. Zu den Kontextaussagen gehört am Anfang ein klares Bekenntnis gegen Tarifizensur und gegen eine umfassende Überprüfung von tarifvertraglichen Regelungen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit.²⁰ Aus diesem Grunde komme eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien nicht in Betracht. Zu den Kontextaussagen gehört weiterhin, dass das Bundesarbeitsgericht seine Schutzaufgabe vor dem Hintergrund der grundrechtlich geschützten Tarifautonomie der Tarifvertragsparteien selbst sieht.²¹ Es erkennt diese als selbstständige Grundrechtsträger an, die sich auf Art. 9 Abs. 3 GG berufen können, wenn sie tarifvertragliche Normen setzen. Ihnen stehe ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Außerdem hätten sie eine Einschätzungsprärogative in Bezug auf die tatsächlichen Gegebenheiten und betroffenen Interessen. Sie seien nicht verpflichtet, die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Vereinbarung zu treffen.

2. Kritik der Begründung

Obwohl die Rechtsprechung ihre Grundrechtskontrolle damit einschränkt, weist die ursprüngliche Begründung deutliche Schwachpunkte auf. Kritik ist schon an anderer Stelle geübt worden²², an dieser Stelle aber noch einmal

14 BAG, 4.5.2010 – 9 AZR 181/09 – AP Nr. 46 zu § 1 TVG Altersteilzeit, Rn. 32.

15 BAG, 4.5.2010 – 9 AZR 181/09 – AP Nr. 46 zu § 1 TVG Altersteilzeit, Rn. 33.

16 Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 303; *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX, 3. Aufl., Heidelberg 2011 (im Folgenden: *HdbStR*), § 191 Rn. 159.

17 Statt vieler BVerfG, 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 – NJW 2018, 1667, Rn. 32.

18 Vgl. BVerfG, 7.2.1990 – 1 BvR 26/84 – BVerfGE 81, 242, 255; BVerfG, 19.10.1993 – 1 BvR 567/89 ua. – BVerfGE 89, 214, 232; BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvR 1/11 ua. – BVerfGE 133, 59, Rn. 45.

19 BAG, 27.6.2018 – 10 AZR 290/17 – AP Nr. 310 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 34; BAG, 26.4.2017 – 10 AZR 856/15 – AP Nr. 29 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bewachungsgewerbe, Rn. 29; BAG, 27.5.2004 – 6 AZR 129/03 – AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung, unter B.II.2.c der Gründe; nur im Hinblick auf gleichheitswidrige Differenzierungen, nicht aber in Bezug auf Freiheitsrechte auch BAG, 21.3.2018 – 10 AZR 34/17 – AP Nr. 17 zu § 6 ArbZG, Rn. 44.

20 BAG, 27.6.2018 – 10 AZR 290/17 – AP Nr. 310 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 33; BAG, 26.4.2017 – 10 AZR 856/15 – AP Nr. 29 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bewachungsgewerbe, Rn. 29; tendenziell auch BAG, 8.12.2010 – 7 ABR 98/09 – AP Nr. 62 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, Rn. 47; ausdrücklich auch *Schmidt*, in: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 19. Aufl., München 2019, Einl. GG Rn. 47.

21 Statt vieler BAG, 27.6.2018 – 10 AZR 290/17 – AP Nr. 310 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 36 mwN.

22 Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 312 ff.; *Frieling*, in: *Boecken/Düwell/Diller/Hanau* (Hrsg.), *Gesamtes Arbeitsrecht*, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: *NK-GA*), Art. 3 GG Rn. 55 ff.

zusammenfassend zu wiederholen. Dabei geht es um fünf Einwände:

1. Grundrechtlicher Schutz muss durch Gesetz oder Rechtsfortbildung vermittelt werden; beides fehlt bei der faktisch unmittelbaren Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen durch das Bundesarbeitsgericht – dazu unter a).
2. Der Begründungsansatz ist zu pauschal und führt, wenn man ihn ernst nimmt, zu einer umfassenden Grundrechtskontrolle im gesamten Privatrecht – dazu unter b).
3. Die Grundrechtskontrolle gerät in Konflikt zu § 4 Abs. 1 TVG und zum Normverwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts nach Art. 100 GG – dazu unter c).
4. Für den Gleichheitssatz ist bereits der Ansatz über grundrechtliche Schutzpflichten in Frage gestellt, weil der Gleichheitssatz keinen Schutzbereich hat – dazu unter d).
5. Schließlich führt die faktisch unmittelbare Grundrechtskontrolle dazu, dass die grundrechtlich geschützte Tarifautonomie aus Art. 9 Abs. 3 GG unzulässig eingeschränkt wird – dazu unter e).

a) Verhältnis von gerichtlicher Grundrechtskontrolle und Gesetzesbindung

Das Bundesarbeitsgericht sieht sich aus den Grundrechten verpflichtet, grundrechtswidrigen Tarifnormen die Durchsetzung zu verweigern. Damit nimmt es faktisch eine unmittelbare Grundrechtsprüfung vor. Und genau darin besteht der Konstruktionsfehler der »mittelbaren Drittwirkung«, wie sie vom Gericht verstanden wird.

Das wird deutlich, wenn man sich den Grundfall der grundrechtlichen Schutzpflichten bewusst macht. Die Grundrechte verlangen in ihrer Schutzpflichtdimension vom Staat, zu verhindern, dass Bürgerinnen und Bürger ihre grundrechtlich gewährleistete Freiheit nicht ausüben können. Wenn etwa von der Berufsfreiheit nichts mehr übrig bliebe, weil es nicht einmal ein Minimum an Bestandsschutz gäbe, wäre das ein verfassungswidriger Zustand. Wie allerdings der konkrete Bestandsschutz ausgestaltet sein soll, beantwortet die grundrechtliche Schutzpflicht nicht.²³ Deswegen ist die Schutzpflicht primär an den demokratisch legitimierten Gesetzgeber gerichtet.²⁴ Er kann in einem parlamentarischen Prozess ermitteln und im parlamentarischen Diskurs aushandeln, wie der

Bestandsschutz aussehen soll. Er ist dazu legitimiert und besitzt auch die dafür erforderlichen Ressourcen, die ihm etwa ermöglichen, Verbände, Experten und Betroffene anzuhören. Zu den Beispielen, die aus der Perspektive verfassungsrechtlicher Schutzpflichten als gelungen angesehen werden können, gehört das gesamte Kündigungsschutzrecht einschließlich des Befristungsrechts.

Als anerkannte Ausnahme tritt daneben die Rechtsfortbildung durch die Gerichte. Der Umstand, dass Rechtsfortbildung als solche anerkannt ist, darf aber nicht zu dem Schluss führen, dass Gerichte grundsätzlich frei nach dem Prinzip der Gerechtigkeit entscheiden dürfen. Entscheidende Bedingung für einen Rechtsstaat ist die Rechtssicherheit, und eine nur an der Einzelfallgerechtigkeit orientierte Rechtsprechung würde diese Bedingung nicht erfüllen. Entscheidend ist also, dass Gerichte durch Rechtsfortbildung solche Rechtssätze aufstellen können, die auch als Gesetz formuliert werden können und sich auf den konkret zu regelnden Lebensbereich beziehen, dann aber auch für zukünftige Fälle Geltung beanspruchen. Was damit gemeint ist, lässt sich an einem gedachten Beispiel zeigen: Unzulässig wäre eine Rechtsfortbildung, nach der zukünftig alle Verträge »verhältnismäßig« sein müssen. Grundsätzlich zulässig wäre es hingegen, etwa im Bereich von Nebentätigkeitsverboten konkrete Regeln aufzustellen, nach denen zB. Nebentätigkeiten nur untersagt werden können, wenn die Haupttätigkeit die gesamte Arbeitskraft in Anspruch nimmt.

Wenn das Bundesarbeitsgericht die Grundrechtskontrolle damit begründet, dass es als Gericht an die Grundrechte gebunden ist und deswegen Tarifverträge umfassend kontrollieren muss, stellt es implizit die Norm auf, dass Tarifverträge »grundrechtskonform« sein müssen – das ist faktisch nichts anderes als die unmittelbare Grundrechtsbindung.

Die faktisch unmittelbare Grundrechtskontrolle kommt übrigens auch in »verdächtigen« Formulierungen zum Ausdruck. So heißt es in den Entscheidungen etwa, »die Tarifvertragsparteien haben daher bei der tariflichen Normsetzung sowohl den allgemeinen Gleichheitssatz [...]

23 Vgl. zur Unbestimmtheit der Schutzpflicht BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvR 1/11 ua. – BVerfGE 133, 59, Rn. 45.

24 BVerfG, 19.2.2013 – 1 BvR 1/11 ua. – BVerfGE 133, 59, Rn. 45; *Burkiczak*, RdA 2007, 17, 19; NK-GA-Frieling (Fn. 22), Art. 3 GG Rn. 59; *Gornik*, NZA 2012, 1399, 1400; *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 123; *Höfling/Engels*, NJW 2007, 3102, 3103; *HdbStR-Isensee* (Fn. 16), § 191 Rn. 281; *Wiedemann-Jacobs* (Fn. 3), Einl. Rn. 335 ff.; *Ruffert*, JZ 2009, 389, 391.

als auch die Freiheitsgrundrechte [...] zu beachten²⁵. Oder: »Die gleichheitswidrig ausgenommenen Beschäftigten haben jedoch dann Anspruch auf die Vergünstigung, wenn die Tarifvertragsparteien nur auf diesem Weg dem Gleichheitssatz Rechnung tragen können²⁶. Oder: »Die Regelung greift allerdings in die Berufsfreiheit der Arbeitnehmer ein²⁷. Alle Formulierungen zeigen, dass es nicht um die Grundrechtsverstöße des Gerichts geht, sondern um diejenigen der Tarifvertragsparteien. Nach der vom Bundesarbeitsgericht gewählten Begründung müsste es aber darum gehen, dass das *Gericht* einen verfassungswidrigen Zustand herstellte, verhülfe es dem Tarifvertrag zur rechtlichen Geltung.

Wer nur eine mittelbare Grundrechtskontrolle vornehmen möchte, muss wie folgt vorgehen: Zunächst ist festzustellen, dass es der Gesetzgeber unterlassen hat, in dem konkreten Lebensbereich eine Regelung zu treffen. Dann muss in einem zweiten Schritt begründet werden, dass dieses Unterlassen verfassungswidrig ist, weil der Gesetzgeber durch seine Untätigkeit eine grundrechtliche Schutzpflicht missachtet. In einem dritten Schritt geht es darum, das grundrechtlich geforderte *Minimum* festzulegen und durch eine konkrete Rechtsfortbildung in einen handhabbaren Rechtssatz zu gießen. Eine umfassende Regelungskompetenz mit weitem Gestaltungsspielraum hat das Gericht dabei nicht. Alternativ kann das Fachgericht den Fall auch dem Bundesverfassungsgericht vorlegen, damit dieses das verfassungswidrige Unterlassen des Gesetzgebers feststellt.²⁸

b) Pauschalität des Begründungsansatzes: drohende Grundrechtskontrolle von Verträgen

Gegen den Begründungsansatz des Bundesarbeitsgerichts ist weiterhin einzuwenden, dass er zu pauschal ist. Wenn die Grundrechtsbindung des *Gerichts* es verlangt, grundrechtswidrige Vereinbarungen gerichtlich nicht anzuerkennen, trifft das auch auf jede private Vereinbarung zu, für deren Durchsetzung das Gericht in Anspruch genommen wird. Alle Gerichte müssten in arbeits- und zivilrechtlichen Streitigkeiten stets Sorge dafür tragen, dass sie keine »grundrechtswidrige« Regelung anerkennen. Das entspricht zwar einem weit verbreiteten Trend, ist aber nicht aus diesem Grund überzeugend. Es mag auch wünschenswert sein, das gesamte Privatrecht einem umfassenden Diskriminierungsschutz zu unterziehen, dafür bedürfte es aber einer parlamentarisch legitimierten Debatte über den Stellenwert der Privatautonomie.

c) Konflikt mit dem Normverwerfungsmonopol aus Art. 100 GG

Weiterhin zeigt sich an der Grundrechtskontrolle der Tarifverträge besonders deutlich, dass die Rolle des Gesetzes immer weiter zurückgedrängt wird. Wenn das Bundesarbeitsgericht bestimmte tarifvertragliche Regelungen, die unter § 1 Abs. 1 TVG fallen, für nichtig erklärt, ohne sich dabei auf eine gesetzliche Vorschrift zu stützen, übergeht es die Geltungsanordnung aus § 4 Abs. 1 TVG. Wenn diese Vorschrift zu weit gefasst sein sollte, müsste man sie für verfassungswidrig halten und diese Frage dem Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 GG vorlegen.

d) Strukturelle Schwierigkeiten mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG

Der Begründungsansatz, die Tarifvertragskontrolle über die Schutzpflicht der Gerichte herzuleiten, trifft besonders beim allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG auf weiteren, erheblichen Einwand: Aus Art. 3 Abs. 1 GG folgt keine Schutzpflicht.

Grundrechtliche Schutzpflichten sind darauf angelegt, ein Minimum an grundrechtlicher Entfaltungsmöglichkeit zu gewährleisten. Der Staat darf sich nicht darauf beschränken, seine eigenen Eingriffe grundrechtskonform zu halten, sondern muss gegebenenfalls auch tätig werden, damit die Bürger und Bürgerinnen einen rechtlich gesicherten Raum haben, die grundrechtlich geschützten Freiheiten zumindest ansatzweise auszuüben. Dieser Gedanke greift beim allgemeinen Gleichheitssatz nicht. Es gibt keinen materiellen Schutzbereich, von dem ein Minimum gewahrt sein muss. Der Gleichheitssatz kann entweder eingreifen oder nicht. Wenn er scheinbar »mittelbar« angewandt wird, wird er tatsächlich unmittelbar angewandt. Das gesteht auch das Bundesarbeitsgericht ein, stört sich daran aber nicht weiter.²⁹

25 BAG, 27. 6. 2018 – 10 AZR 290/17 – AP Nr. 310 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 35.

26 BAG, 16. 12. 2010 – 6 AZR 437/09 – AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesagentur für Arbeit, Rn. 29; ähnlich BAG, 21. 9. 2010 – 9 AZR 442/09 – AP Nr. 323 zu Art. 3 GG, Rn. 37.

27 BAG, 27. 6. 2018 – 10 AZR 290/17 – AP Nr. 310 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 44.

28 Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 344.

29 BAG, 11. 12. 2013 – 10 AZR 736/12 – AP Nr. 103 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel, Rn. 14; BAG, 16. 12. 2010 – 6 AZR 437/09 – AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesagentur für Arbeit, Rn. 18; BAG, 4. 5. 2010 – 9 AZR 181/09 – AP Nr. 46 zu § 1 TVG Altersteilzeit, Rn. 21; BAG, 19. 11. 2009 – 6 AZR 561/08 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Kirchendienst, Rn. 20; BAG, 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung, unter B.II.3 der Gründe.

Für den Prüfungsmaßstab sei die dogmatische Herleitung bedeutungslos. Diese durch nichts begründete Aussage ist der Kern des Problems: Die Herleitung ist nämlich nicht bedeutungslos, sondern nicht überzeugend möglich. Ehrlicher – obwohl weiterhin nicht überzeugend – wäre es, wenn das Bundesarbeitsgericht einfach formulieren würde: Tarifverträge sind nach Art. 3 Abs. 1 GG zu kontrollieren, weil es notwendig ist.

Bezeichnenderweise kann sich das Bundesarbeitsgericht für diese »mittelbare Drittwirkung« des Gleichheitssatzes nicht auf verfassungsrechtliche Stimmen berufen – weder auf Literatur noch auf das Bundesverfassungsgericht.³⁰ Ein Ansatzpunkt wäre zwar seit neuestem der Weg, den der Erste Senat im Beschluss zum Stadionverbot beschritten hat. Darin hat er erstmals eine mittelbare Drittwirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes behauptet, sich dafür aber nicht auf die grundrechtlichen Schutzpflichten, sondern auf die »Ausstrahlungswirkung« gestützt.³¹ Das zeigt, wie sehr die auf die Schutzpflichten gestützte Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen anhand von Art. 3 Abs. 1 GG ein verfassungsrechtlicher Sonderweg ist.

Zum Stadionverbot-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist im Übrigen zu beachten, dass er in der Literatur auf erhebliche Kritik gestoßen ist³² – zu Recht. Das Bundesverfassungsgericht ist zum ersten Mal den Schritt gegangen, das Privatrecht unter den Vorbehalt des Gleichheitssatzes zu stellen. Für einen solchen Paradigmenwechsel ist der Beschluss erstaunlich knapp ausgefallen. Den Konflikt mit der Privatautonomie, der ansonsten ganz allgemein beim Verhältnis zwischen Art. 3 Abs. 1 GG und Privatrecht gesehen wird, deutet der Erste Senat nur an.³³ Kritische Stimmen und deren Argumente werden nicht erwähnt.³⁴ Die eigentliche Begründung beschränkt sich auf eine fast schon apodiktische Behauptung:

»Maßgeblich für die mittelbare Drittwirkung des Gleichbehandlungsgebots ist dessen Charakter als einseitiger, auf das Hausrecht gestützter Ausschluss von Veranstaltungen, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und der für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Indem ein Privater eine solche Veranstaltung ins Werk setzt, erwächst ihm von Verfassungen wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung. Er darf seine hier aus dem Hausrecht – so wie in anderen Fällen möglicherweise aus einem Monopol oder aus struktureller Überlegenheit – resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu

nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen.«³⁵

Warum soll jemandem, der eine Veranstaltung für ein großes Publikum öffnet, daraus von *Verfassungen wegen eine besondere rechtliche Verantwortung* erwachsen? Eine Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen anhand von Art. 3 Abs. 1 GG ließe sich mit den Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts aber vielleicht in Einklang bringen. Sie wäre allerdings in jedem Fall dem Einwand ausgesetzt, dass sie ohne ein gesetzliches, verfassungsrechtliches und dogmatisches Fundament auskommt.

e) Unzulässige Einschränkung der Tarifautonomie

Schließlich schränkt das Bundesarbeitsgericht durch seine faktisch unmittelbare Grundrechtskontrolle die verfassungsrechtlich durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Tarifautonomie in unzulässiger Weise ein. Wenn Tarifvertragsparteien Tarifverträge schließen, üben sie nämlich nicht etwa gesetzgebende Gewalt aus, sondern nehmen ihrerseits ein eigenes Grundrecht wahr: die Koalitionsfreiheit. Was bedeutet aber Autonomie in diesem Kontext? Sie bedeutet, dass die Tarifvertragsparteien die Arbeitsbedingungen frei von staatlichem Einfluss aushandeln und damit die Interessen ihrer Mitglieder durchsetzen, soweit sie sich mit der Gegenseite einig werden können. Sie üben kollektiv Privatautonomie aus.

Das Aushandeln der Tarifverträge bedingt den Kompromisscharakter von einzelnen Regelungen.³⁶ Ganz besonders deutlich wird das am Beispiel der Aufstockungsbeiträge in Altersteilzeit. Die Tarifvertragsparteien hätten ebenso gut darauf verzichten können, Aufstockungsbeiträge vorzusehen. Es liegt nahe, dass eine Anrechnungsregel dann Teil des Verhandlungskompro-

30 Vgl. dazu Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 307 ff. mwN.

31 BVerfG, 11. 4. 2018 – 1 BvR 3080/09 – NJW 2018, 1667, Rn. 40 f.

32 Siehe nur *Michl*, JZ 2018, 910, 914 ff.; vgl. zur Kritik an der Rechtsprechungslinie, die mit Freiheitsgrundrechten begann und mit auf den Gleichheitssatz übertragen wurde, bereits das Sondervotum des Richters *Schluckebier*, BVerfGE 128, 226, 275.

33 BVerfG, 11. 4. 2018 – 1 BvR 3080/09 – NJW 2018, 1667, Rn. 40.

34 Dabei gibt es sie für die Frage, wie sich eine Bindung an den Gleichheitssatz auf die Privatautonomie auswirkt, zur Genüge, vgl. die Nachweise etwa bei *Barczak*, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Bd. 4, Berlin 2017, S. 97 f.

35 BVerfG, 11. 4. 2018 – 1 BvR 3080/09 – NJW 2018, 1667, Rn. 41.

36 Vgl. zum Kompromisscharakter etwa BAG, 15. 4. 2015 – 4 AZR 796/13 – AP Nr. 57 zu § 3 TVG, Rn. 44.

misses war: Man ist mit Aufstockungsbeiträgen einverstanden, aber nur, wenn dann nicht auch noch zusätzlich Zuschläge gezahlt werden müssen. Aus diesem Kompromiss kann sich der vermeintlich verfassungswidrig benachteiligte Arbeitnehmer die »Rosinen« herausuchen: Aufstockung ja, aber auch Zuschläge.

Indem Tarifverträge anhand des Gleichheitssatzes kontrolliert werden, entsteht auch ein schwer auflösbarer Konflikt mit der gesetzgeberischen Entscheidung, Tarifverträge nicht darauf zu prüfen, ob sie unangemessene Benachteiligungen nach § 307 Abs. 1 BGB enthalten. Das hat der Gesetzgeber gleich zweifach sichergestellt: erstens unmittelbar, indem er den Anwendungsbereich nach § 310 Abs. 4 S. 1 BGB ausgeschlossen hat, zweitens mittelbar, weil er Tarifverträge Rechtsvorschriften gleichgestellt hat (§ 310 Abs. 4 S. 3 BGB) und eine Inhaltskontrolle nur stattfindet, wenn Vereinbarungen von Rechtsvorschriften abweichen (§ 307 Abs. 3 BGB). Damit sind auch arbeitsvertraglich in Bezug genommene Tarifverträge privilegiert. Warum hat der Gesetzgeber das getan? Weil er dem geschilderten Verhandlungsmechanismus entnimmt, dass dieser einen »richtigen« und »angemessenen« Kompromiss sicherstellt, der nicht nachträglich durch die Gerichte auf seine Angemessenheit kontrolliert werden soll.³⁷ Eine solche Kontrolle liefe auf eine mit dem Stichwort »Tarifzensur« gebrandmarkte Inhaltskontrolle hinaus, die nach allgemeinem Verständnis mit der verfassungsrechtlich geschützten Tarifautonomie nicht in Einklang zu bringen ist.

Das Bundesarbeitsgericht betont, dass eine unmittelbare Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien mit der kollektiv ausgeübten privatautONOMEN Ausgestaltung der Arbeitsbedingungen nicht zu vereinbaren wäre, weil eine solche dazu führte, dass tarifvertragliche Regelungen am Maßstab der Verhältnismäßigkeit umfassend zu überprüfen wären und damit eine »Tarifzensur« durch die Gerichte für Arbeitssachen stattfände.³⁸ Das leuchtet ein – lässt einen aber auch ziemlich ratlos zurück. Wenn man diese Äußerung mit der Aussage verbindet, dass sich die dogmatische Herleitung nicht auf den Prüfungsmaßstab auswirke, zeigt sich ein eklatanter und zutiefst erklärungsbedürftiger Widerspruch. Wie kann eine unmittelbare Verhältnismäßigkeitskontrolle unzulässige Tarifzensur sein, wenn eine mittelbare Verhältnismäßigkeitskontrolle demselben Prüfungsmaßstab folgt und nicht nur zulässig, sondern sogar geboten sein soll?

III. Begründbarkeit einer Grundrechtsbindung

Die Kritik ist erheblich. Es gibt keinen Weg, mit einem dogmatisch überzeugenden und konsequenten Konzept eine Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen zu erklären. Die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte über die Schutzpflichten ist auf eine Vermittlung durch Gesetz oder konkrete Rechtsfortbildung angewiesen. Geht man den Weg über die »Ausstrahlungswirkung«, gelangt man zum gleichen »Hindernis«: Die Grundrechte strahlen mit ihren objektiven Wertungen auf die einfachrechtlichen Gesetze und das an ihre Stelle tretende »Richterrecht« aus. Aber kann man nicht einfach auf ein Konzept und eine Begründung verzichten?

1. Erforderlichkeit einer dogmatischen Begründung

Wenn man liest, dass für den Prüfungsmaßstab die »dogmatische Begründung« ohne Bedeutung ist,³⁹ kann man sich gerade im Hinblick auf die eingangs geschilderten Beispielfälle fragen: Wenn die Einzelfälle »gerecht« entschieden wurden (und werden), bedarf es dann noch einer dogmatisch überzeugenden Begründung?

Das führt zu allgemeineren Erwägungen, die an dieser Stelle nur angerissen werden können. Eine Überlegung hängt eng mit der Frage zusammen, ob es Teil der Gerechtigkeit ist, dass gerichtliche Entscheidungen in gewissem Maße vorhersehbar sind und sich noch nicht entschiedene Fälle anhand von vergangenen Entscheidungen zumindest einschätzen lassen. Hält man beides nicht für erforderlich, richtet sich die Begründung allein an die Parteien des konkreten Rechtsstreits. Einer solche Sichtweise läge aber ein verkürztes Verständnis höchstrichterlicher Rechtsprechung zugrunde. Sie dient – wie der Gesetzgeber insbe-

³⁷ BT-Drs. 14/6857, S. 54; zur Angemessenheitsvermutung BVerfG, 11. 7. 2017 – 1 BvR 1571/15 ua. – BVerfGE 146, 71, Rn. 145 ff.; Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 100 ff.

³⁸ BAG, 27. 6. 2018 – 10 AZR 290/17 – AP Nr. 310 zu § 611 BGB Gratifikation, Rn. 33; BAG, 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung, unter B.II.3 der Gründe.

³⁹ BAG, 11. 12. 2013 – 10 AZR 736/12 – AP Nr. 103 zu § 1 TVG Tarifverträge: Einzelhandel, Rn. 14; BAG, 16. 12. 2010 – 6 AZR 437/09 – AP Nr. 4 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bundesagentur für Arbeit, Rn. 18; BAG, 4. 5. 2010 – 9 AZR 181/09 – AP Nr. 46 zu § 1 TVG Altersteilzeit, Rn. 21; BAG, 19. 11. 2009 – 6 AZR 561/08 – AP Nr. 53 zu § 611 BGB Kirchendienst, Rn. 20; BAG, 27. 5. 2004 – 6 AZR 129/03 – AP Nr. 5 zu § 1 TVG Gleichbehandlung, unter B.II.3 der Gründe.

sondere mit den Revisionsgründen zum Ausdruck gebracht hat (vgl. insbesondere § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG, § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 ZPO) – auch der Vereinheitlichung der Rechtsprechung. Dieses Ziel erreichen Entscheidungsbegründungen, wenn sie sich auf eine dogmatische Begründung festlegen. Sie ermöglichen die Kritisierbarkeit einzelner Ergebnisse und tragen damit zur Rationalität von Rechtsfindung bei.

Um es mit den Worten des Jubilars zu sagen:

› »Rechtsdogmatische Qualifizierungen haben den Sinn, die Rechtsanwendung zu erleichtern, weil sie die hinter einem Regelungskomplex stehenden Grundvorstellungen deutlich machen, was bei der Auslegung wie beim Füllen von Lücken normalerweise von großem Nutzen ist. Elementare Voraussetzung ist dabei, dass eine solche Begrifflichkeit in sich stimmig ist, dh. zumindest alle unbestrittenen Elemente des fraglichen Sachbereichs widerspruchsfrei erklären kann.«⁴⁰

Es lohnt sich also weiterhin, über dogmatische Begründbarkeit und dogmatische Begründungen zu streiten.

2. Verteilung der Begründungslast

Sieht man davon einmal ab, kann man sich der Frage der Grundrechtsbindung aus zwei Perspektiven nähern. Man kann einerseits die Grundrechtskontrolle von Tarifverträgen für begründungsbedürftig halten, andererseits deren Kontrollfreiheit. Die Antwort darauf lässt sich historisch formulieren: Da die frühere Rechtsprechung von einer unmittelbaren Grundrechtsbindung ausgegangen ist, müsse jegliches »Weniger« begründet werden. Aus dieser Perspektive formuliert auch der Jubilar.⁴¹ Eine andere Perspektive ist aber überzeugender: Mangels einer Regelung, die vergleichbar zu Art. 1 Abs. 3 GG die Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundrechte anordnet, muss das Gegenteil begründet werden.⁴²

3. Bedürfnis einer Grundrechtskontrolle

Weitergedacht: Besteht denn ein Bedürfnis, die Tarifvertragsparteien an die Grundrechte zu binden? Als Abwehrrechte und auch in ihrer Schutzpflichtdimension sind Grundrechte vor allen Dingen als Schutz gedacht – als Schutz der Bürgerinnen und Bürger vor der Macht des Staats.

Wer muss vor einer tariflichen Regelung geschützt werden? Hier kommen mehrere in Betracht: die jeweilige

Tarifvertragspartei, die auf der anderen Seite steht und durch eine tarifliche Regelung verpflichtet wird, dh. im schuldrechtlichen Teil des Tarifvertrags, sowie die Normunterworfenen, also diejenigen, die sich nach dem normativen Teil des Tarifvertrags richten müssen. Bei den Normunterworfenen muss unterschieden werden zwischen denjenigen, für die der Tarifvertrag kraft mitgliedschaftlicher Legitimation nach § 4 Abs. 1 TVG gilt, und denjenigen, die als »Außenseiter« tarifvertragliche Pflichten erfüllen müssen: kraft arbeitsvertraglicher Bezugnahmeklausel, als nicht tarifgebundene Arbeitnehmer nach § 3 Abs. 2 TVG und nach § 5 Abs. 4 TVG.

a) Auslieferung an eine »soziale Gewalt«

Gerade die Gruppe der »Außenseiter« ist für den Jubilar ein wesentliches Argument, um ein Kontrollbedürfnis zu begründen: Sie seien der »sozialen Gewalt« der Tarifvertragsparteien faktisch ausgeliefert.⁴³ Daraus folgt für ihn eine »entsprechende Anwendung« der Grundrechte.⁴⁴

Aber auch diejenigen, die Mitglieder der Tarifvertragsparteien sind, sieht der Jubilar im Wesentlichen mit zwei Argumenten als schutzbedürftig an: Für eine unmittelbare Grundrechtskontrolle des Tarifvertrags spreche aus Sicht des einzelnen Koalitionsmitglieds erstens, dass es der tariflichen Normsetzung gleichermaßen ausgeliefert sei wie das Individuum der Rechtsetzung durch den Staat.⁴⁵ Das Argument, dem Mitglied bleibe – anders als beim Staat – stets die Möglichkeit, aus der Koalition auszutreten, sei jedenfalls für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer »völlig fiktiv«, weil der Austritt aufgrund der üblichen arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf den Tarifvertrag ins Leere laufe.⁴⁶

Für eine unmittelbare Grundrechtskontrolle spreche zweitens außerdem, dass ansonsten ein Wertungswiderspruch im Vergleich zu Außenseitern entstünde. Für Individuen, die durch eine Betriebsnorm nach § 3 Abs. 2 TVG oder eine Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 Abs. 4

40 Däubler, KJ 2014, 372, 374. Hinzuweisen ist darauf, dass der Jubilar mit diesem Argument die zutreffende und diesem Beitrag zugrunde liegende Lesart von Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie im Wesentlichen ablehnt.

41 Däubler, KJ 2014, 372, 375 ff.

42 Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 351 ff.

43 Däubler, KJ 2014, 372, 381 ff.

44 Däubler, KJ 2014, 372, 382.

45 Däubler, KJ 2014, 372, 376.

46 Ebd.

TVG ohne mitgliedschaftliche Legitimation dem Tarifvertrag unterworfen sind, sei anerkannt, dass eine Grundrechtskontrolle stattfinden müsse.⁴⁷

b) Kritik

Die Austrittsoption für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ist indessen nicht eine bloß fiktive Möglichkeit. Gerade der – begrüßenswerte – Gewerkschaftspluralismus der letzten Jahre hat im Gegenteil die Austrittsmöglichkeit in vielen Fällen zu einer ernsthaften Alternative erstarken lassen. Zuzugeben ist, dass die arbeitsvertragliche Bezugnahme des Tarifvertrags den Austritt häufig überspielt. Das ist aber eher Anlass, die Bezugnahmeklausel selbst schärfer in den Blick zu nehmen und nicht den in Bezug genommenen Inhalt. Wenn die Bezugnahmeklausel die Arbeitnehmerin oder den Arbeitnehmer stärker als § 3 Abs. 3 TVG und § 4 Abs. 5 TVG an tarifvertragliche Pflichten bindet, lässt sich diskutieren, ob darin nicht eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB liegt. Die Bezugnahmeklausel an sich ist nämlich keineswegs kontrollfrei.

Strukturell vergleichbar ist das bei Betriebsnormen und der Allgemeinverbindlicherklärung. Jeweils ist nicht der Inhalt selbst das Problem, sondern die zu weitreichende Anordnung. Bei Betriebsnormen nach § 3 Abs. 2 TVG gibt es nur dann ein Legitimationsproblem, wenn den Tarifvertragsparteien gestattet wird, darüber Pflichten der Normunterworfenen zu begründen, die der Arbeitgeber aufgrund des Weisungsrechts nicht begründen kann. Eine solche Auslegung ist nicht überzeugend und das eigentliche Problem.⁴⁸ Versteht man § 3 Abs. 2 TVG so, dass Betriebsnormen die Normunterworfenen lediglich begünstigen dürfen, soweit nachteilige oder neutrale Regelungen nicht durch ein Weisungsrecht gedeckt sind, folgt aus § 3 Abs. 2 TVG auch keine Befugnis zur heteronomen Normsetzung.⁴⁹

Bei der Allgemeinverbindlicherklärung trifft der Vorwurf den Staat. Er darf mittels Allgemeinverbindlicherklärung nur solche Tarifverträge auf Außenseiter erstrecken, die deren Grundrechte ausreichend wahren. Es ist aber die Erklärung als solches, die als Hoheitsakt grundrechtsgebunden ist, nicht der Inhalt des Tarifvertrags, der erstreckt werden soll.

Es bleibt der vermeintliche Wertungswiderspruch. Allerdings trifft die Einschätzung, dass mit unterschiedlichem Kontrollmaßstab die Koalitionsmitglieder sachwid-

rig benachteiligt werden, nicht zu; sie wäre in der Tat ein Problem des Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG. Der entscheidende und rechtfertigende Unterschied ist, dass Koalitionsmitglieder privatautonom entschieden haben, der Koalition beizutreten und sich ihrer Normsetzung zu unterwerfen.⁵⁰ Natürlich liegt darin keine privatrechtliche Willenserklärung, die alle zukünftigen Tarifinhalte erfasst.⁵¹ Derart weitreichend muss tarifliche Normsetzung aber auch nicht legitimiert werden. Entscheidend ist, dass darin ein Unterschied liegt, der einerseits eine Besserstellung rechtfertigt – Koalitionsmitglieder dürfen mehr erhalten als Außenseiter –, andererseits aber als Kehrseite auch rechtfertigt, dass die ihnen gegenüber erfolgende Normsetzungsbefugnis weitergehend ist als etwa die Rechtsetzung des Staats gegenüber seinen Bürgern.

Das Schutzbedürfnis derjenigen, die tariflicher Normsetzung unterworfen sind, ist daher nicht vergleichbar mit dem Schutzbedürfnis derjenigen, auf die sich staatliche Normsetzung bezieht. Letzteren ist es nicht möglich, sich der Normsetzung zu entziehen. Erstere haben sich der Normsetzung freiwillig unterworfen und tarifrechtlich auch die Möglichkeit, jedenfalls zukünftiger Normsetzung aus dem Weg zu gehen. Vertragliche Bindungen, die über tarifrechtliche Bindungen hinausgehen, rechtfertigen nicht die Kontrolle des Tarifvertrags, sondern der vertraglichen Bindung. Allein hoheitlich legitimierte Bindungen an tarifliche Normsetzungen fordern dazu heraus, den Hoheitsakt zu überprüfen: § 3 Abs. 2 TVG ist verfassungskonform auszulegen, Allgemeinverbindlicherklärungen können verfassungswidrig sein.

47 Däubler, KJ 2014, 372, 377.

48 Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 33 ff.; NK-GA-Frieling (Fn. 22), § 1 TVG Rn. 140.

49 Für eine entsprechende Auslegung mit Unterschieden im Detail Arnold, Betriebliche Tarifnormen und Außenseiter, Berlin 2007 (zugl. Tübingen, Univ., Diss. 2005), S. 287 ff.; Dieterich, FS Däubler, 1999, S. 456 ff.; Giesen, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, Tübingen 2002 (zugl. Bonn, Univ., Habil. 2001), S. 176 ff.; Höpfner, Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis, Baden-Baden 2015 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2014), S. 456 ff.; Schliemann, FS Hanau, 1999, S. 589 f.; vgl. auch Hanau, RdA 1996, 158, 158 ff.

50 Vgl. BAG, 7. 6. 2006 – 4 AZR 316/05 – AP Nr. 15 zu § 611 BGB Hausmeister, Rn. 30; BAG, 7. 7. 2010 – 4 AZR 549/08 – AP Nr. 140 zu Art 9 GG, Rn. 22; BAG, 8. 12. 2010 – 7 ABR 98/09 – AP Nr. 62 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung, Rn. 36; Bayreuther, Tarifaufonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil. 2003), S. 196 ff.; Hartmann, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014 (zugl. Heidelberg, Univ., Habil. 2012), S. 143 ff.; weitere Nachweise auch zur Gegenauffassung bei Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 46 ff.

51 Wiedemann-Jacobs (Fn. 3), Einl. Rn. 48.

IV. Schluss

Zu schließen ist mit dem schon angekündigten Ergebnis: Tarifverträge können nicht grundrechtswidrig sein, die Tarifvertragsparteien sind nicht an die Grundrechte gebunden und auch über die Grundrechtsbindung der Gerichte für Arbeitssachen lässt sich eine Grundrechtskontrolle nicht begründen. Die Grundrechtsbindung der

Gerichte führt dazu, dass sie in bestimmten Lebensbereichen rechtsfortbildend Grenzen für Tarifverträge aufstellen müssen, wenn ansonsten das verfassungsrechtlich garantierte Minimum der Freiheitsbetätigung wegfiel. Das gilt aber nur für Freiheitsrechte, weil nur sie einen Schutzbereich haben. Der allgemeine Gleichheitssatz ist für autonom verhandelte Tarifverträge kein Kontrollmaßstab.

Klassen-Kompromiss zur Unzeit – Stinnes-Legien-Abkommen 1918*

Prof. Dr. Michael Kittner, Hanau

I. Vorgeschichte

1. Die entscheidenden Fragen

Am 15. November 1918 wurde das »Stinnes-Legien-Abkommen« geschlossen, das Gründungsdatum für eine auf Parität und Autonomie beruhende Arbeitsverfassung in Deutschland.¹ Und tatsächlich: Wenn deren Institutionen – Tarifaufonomie und Betriebsverfassung – auf dem Papier nebeneinander betrachtet werden, sieht es auf den ersten Blick nach Tradition und Kontinuität aus. Wir wissen heute, dass die brutale Zäsur des Nationalsozialismus dazwischenlag und dass diesen Institutionen in der Weimarer Republik, zusammen mit dieser, nur eine Lebensdauer von etwa 14 Jahren beschieden war. Heute stellen sich im Erinnern an das »Gründungsereignis« vor allem zwei Fragen:

1. Woran ist die mit dem »Stinnes-Legien-Abkommen« angelegte Arbeitsverfassung gescheitert?
2. Gibt es über die historischen Spezifika der Weimarer Republik hinaus bleibende Gesichtspunkte?

Zur Beantwortung dieser Fragen, so viel sei vorweggesagt, ist die Vorgeschichte des Abkommens von zentraler Bedeutung. Es handelte sich nämlich nicht nur um »Schatten der Vergangenheit«, sondern um gesellschaftlich sehr reale Kräfte, die teils schon unmittelbar nach seinem Abschluss wirkungsmächtig hervortraten.

2. »Verspätete Nation« Deutschland

Zunächst das Wesentliche: Am 12. November 1918 proklamierte der am 10. November gebildete »Rat der Volksbeauftragten« die Republik und allgemeine Wahlen,² und am 15. November anerkannten die Arbeitgeber in diesem Abkommen ausdrücklich Gewerkschaften und Tarifverträge.³ Das war ein vollständiger, revolutionärer Bruch mit der Staats- und Arbeitsverfassung des Kaiserreichs.⁴ Mit beiden Momenten dieser »Doppelrevolution« schloss die

in dieser Hinsicht auf jeden Fall »verspätete Nation«⁵ Deutschland zu den großen Nachbarn Frankreich und Großbritannien auf.

Wenn die Rede von einem »deutschen Sonderweg« eine Berechtigung hat, dann hinsichtlich dieser beiden Kernfaktoren: »das politische Herrschaftssystem und die es tragende soziale Kräftekonstellation«.⁶ Großbritannien und Frankreich waren »Demokratien« – wenn man dieses Wort insbesondere wegen des fehlenden Frauenwahlrechts⁷ überhaupt verwenden darf – seit 1875 bzw. 1888. Und was die Gewerkschaften anging, waren sie hinsichtlich der drei von Franz Neumann entwickelten Kategorien »Unterdrückung«, »Duldung« und »Anerkennung« sogar noch deutlicher vorangegangen:⁸

* Der Zufall will es, dass Wolfgang Däubler und ich gerade zusammen an einer »Kleinen Geschichte der Betriebsverfassung« arbeiten. Da hat natürlich das Stinnes-Legien-Abkommen einen zentralen Stellenwert. So kann ich ihm diesen Text gewissermaßen als »Gruß aus der Werkstatt« senden.

1 Vgl. Krüger, in: Gesamtmetall (Hrsg.), Das Stinnes-Legien-Abkommen 1918–1924, Berlin 2018; Sozialer Fortschritt 10/2018, Schwerpunktthema mit Beiträgen zum Abkommen von Funk, Krüger, Pierenkämper und Schulten. Zu diesem Abkommen gibt es eine schier uferlose Literatur, die zu weiten Teilen von dem unausrottbaren Drang beseelt ist, darzulegen, was alles hätte anders gemacht werden sollen, insbesondere was die Gewerkschaften (so wie die Mehrheitsdemokratie im Staat) alles versäumt hätten (Überblick bei Krüger, aaO., S. 21 ff.).

2 RGBl. 1303.

3 Reichsanzeiger Nr. 273 v. 15. 11. 1918.

4 Auf Druck des US-Präsidenten Wilson und um der sich abzeichnenden Revolution vorzubeugen, war am 28. Oktober 1918 die Reichsverfassung geändert und die parlamentarische Verantwortlichkeit der Regierung eingeführt worden (RGBl. 1273 ff.). Am Tage nach der Veröffentlichung der Verfassungsänderung gaben erste Meutereien den Startschuss zum Matrosenaufstand in Kiel. Der Kaiser dankte am 9. November 1918 ab.

5 Der Begriff »verspätete Nation« geht im ursprünglich auf die Nationalstaatsbildung bezogenen Zusammenhang zurück auf Plessner (Die verspätete Nation. Über die politische Verführbarkeit bürgerlichen Geistes, Stuttgart 1959, unter anderem Titel zuerst Zürich 1935).

6 Wehler, Deutsche Gesellschaftsgeschichte 1849–1914, Bd. 1, München 1995, S. 1295; eingehend Bracher, Deutscher Sonderweg – Mythos oder Realität?, München 1982; Grebing, Der »deutsche Sonderweg« in Europa 1806–1945. Eine Kritik, Stuttgart 1986.

7 Die deutsche Novemberrevolution brachte dieses dann noch vor den beiden anderen Ländern (vgl. Aufruf des Rates der Volksbeauftragten, Fn. 2).

8 Vgl. Neumann, Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, Berlin 1929 (Wiederabdruck in Ramm [Hrsg.], Arbeitsrecht und Politik. Quellentexte 1918–1933, München 1966, S. 113, 129 f.; vgl. Kittner, Arbeitskampf, München 2005, S. 399).

	Duldung	Anerkennung
Deutschland	1869	1918
Frankreich	1864	1884
Großbritannien	1824	1871/75

Die Anerkennung von Demokratie und Gewerkschaftsrechten war allerdings in Deutschland nicht friedlich-evolutionär erfolgt, sondern die Folge eines verlorenen Weltkriegs und einer Revolution. Und genau darin lag das Problem! Es sollte sich nämlich erweisen, dass das Aufholen der »Verspätung« Deutschland nur von kurzer Dauer war, »1918« für Deutschland eben doch noch zu früh kam.

Um das zu begreifen, müssen wir noch einmal auf die Welt vor 1914 zurückblenden. Da bot Deutschland das Bild einer Gesellschaft mit aufs Äußerste verhärteten gesellschaftlichen Fronten. Im Staat behauptete das politische und militärische Establishment die Prerogative des Kaisertums mit verbissener Entschlossenheit. Angesichts des ständig anwachsenden Stimmenanteils der Sozialdemokratie (1912 bei einem guten Drittel) stieg seine Nervosität aufs Äußerste. In Hofkreisen und bei führenden Militärs wurden sogar Pläne für einen Staatsstreich erörtert.

Was die Arbeitsbeziehungen anbelangt, war das Kaiserreich bis zu diesem Zeitpunkt, am Ende mehr denn je, von fundamentaler Gegnerschaft geprägt. Nach der halbherzigen Duldung der Gewerkschaften aufgrund der Gewerbeordnung von 1869 waren Politik und Unternehmer Arm in Arm um deren tunlichste Zurückdrängung bemüht. Ungeachtet der auch sie treffenden massiven Repressalien durch das Sozialistengesetz, das von 1878 bis 1890 galt, und begleitet von intensiven justiziellen und administrativen Schikanen⁹, konnten diese sich behaupten und zunehmende tarifpolitische Erfolge vorweisen (trotz der fehlenden rechtlichen Anerkennung des Tarifvertrags).¹⁰ Diese Erfolge waren aber auf kleine und mittlere Unternehmen beschränkt! Die »alte« eisenschaffende Schwerindustrie und der Bergbau hielten sich ebenso wie die Großunternehmen der »neuen« Industrien (Chemie, Elektro, Maschinenbau) komplett »gewerkschaftsfrei«. Sie lehnten den Abschluss von Tarifverträgen kategorial ab. Und für die eher kleingewerblichen Bereiche, in denen Gewerkschaften erfolgreich tätig waren, hatten die Arbeitgeber seit dem Arbeitskampf in der Textilindustrie von

Crimmitschau 1903/04 ein zunehmend effektives Aussperrungsinstrumentarium aufgebaut.¹¹

Die dahinter liegende Grundhaltung drückte der Geschäftsführer des Centralverbandes Deutscher Industrieller, *Axel Henry Bueck*, in seinem letzten Geschäftsbericht vor Kriegsausbruch im Jahre 1911 mit klassisch gewordenen Worten aus: »Schließen Sie sich fest und unerschütterlich zusammen, gewöhnen Sie sich an den Gedanken, dass Ihnen ein furchtbarer Kampf aufgezwungen wird, dass Sie, um ihn zu bestehen, gewaltige Opfer bringen müssen, und dass das Ergebnis dieses Kampfes die Niederwerfung und Zertrümmerung der sozialdemokratischen Gewerkschaften sein muss.«¹²

Der Stand der Arbeitsbeziehungen beim Ausbruch des ersten Weltkrieges kann nicht anders als desaströs für Arbeitnehmer und Gewerkschaften genannt werden. Das beschrieb der Geschäftsführer des »Vereins Deutscher Eisen- und Stahlindustrieller«, *Jakob Reichert*, nach Kriege am 30. Dezember 1918 vor der Vereinigung der Handelskammern des rheinisch-westfälischen Industriebezirks mit äußerster Deutlichkeit: »Stärker als die internationalen Organisationen der Arbeiterklasse waren meines Erachtens die des Kapitals. Mächtiger waren auch die Organisationen der Unternehmer im Inlande als die der Arbeiter und Angestellten. Diese Tatsache war für die Haltung der Industriellen gegenüber Organisationen der Arbeiter bestimmend. Sie konnten, gestützt auf die mächtigen Verbände der Wirtschafts- und der Arbeitgeberpolitik es vielfach ablehnen, mit den Organisationen der anderen Seite

9 Eingehend Kittner, Arbeitskampf (Fn. 8), S. 255 ff.; vgl. auch Kittner, 50 Urteile. Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte, Frankfurt aM. 2019, S. 25.

10 Der Tarifvertrag war in einer Welt, in der das BGB von 1900 noch keine »Arbeitnehmer« kannte, ein vollkommener Fremdkörper. Erst am 20. Januar 1910 billigte ihm das RG Rechtsverbindlichkeit im Verhältnis der Tarifvertragsparteien zueinander zu, mit der Folge einer zwischen ihnen bestehenden Friedenspflicht (RG, 20. 1. 1910 – VI 660/08 – RGZ 73, 92; vgl. Kittner, 50 Urteile [Fn. 9], S. 36). Die entscheidende Frage seiner Wirkung auf das einzelne Arbeitsverhältnis blieb ungelöst und allein mit den Mitteln des BGB unlösbar. Die diesbezüglichen Bemühungen insbesondere von *Philip Lotmar* stießen an systembedingte Grenzen (vgl. Lotmar, Der Arbeitsvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reichs, Bd. 1, Leipzig 1902, S. 797 ff.). Dazu bedurfte es der Erfindung des Tarifvertrages als Instrument mit eigenen Gesetzmäßigkeiten durch *Hugo Sinzheimer* (vgl. Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Leipzig 1907–1908; Ein Arbeitstarifgesetz, Leipzig 1916) – einer der zentralen Inhalte des Stinnes-Legien-Abkommens (su. II.2.).

11 Damit hatten sie 1903/1904 die Textilindustrie und 1910 die Bauwirtschaft erfolgreich »befriedet«; in der Metallindustrie konnten sie ab 1905 Streiks mit der Drohung reichsweiter Aussperrung unterbinden bzw. beenden (vgl. Kittner, Arbeitskampf [Fn. 8], S. 335 ff.).

12 BDI, Der Weg zum industriellen Spitzenverband, Darmstadt 1956, S. 40.

zu paktieren. Bei Lohnkämpfen waren die Industriellen fast stets im Vorteil.«¹³

Bei diesem Stand wurde in den Augen der Arbeitgeber mit Kriegsbeginn »das Rennen neutralisiert« – mit der Absicht, es nach Kriegsende genau da wiederaufzunehmen.

3. »Burgfrieden« im Krieg

Die erste dramatische Begleiterscheinung des Kriegsausbruchs war der Offenbarungseid der internationalen Arbeitersolidarität. Überall in Europa scharten sich Arbeiter und ihre Parteien wie Gewerkschaften um die Fahne ihres jeweiligen Vaterlandes. In Deutschland hatte das zur Konsequenz die einstimmige (bei zwei Enthaltungen) erklärte Zustimmung der SPD zu den Kriegskrediten im Parlament und einen Verzicht der Gewerkschaften auf Streiks während des Krieges. Über diese »Burgfriedenspolitik« ist unendlich diskutiert worden.¹⁴ Deren Akzeptanz durch die Gewerkschaften war einerseits nicht ganz freiwillig, da sie im Falle ihres Widerstands mit Auflösung und Beschlagnahme ihres Vermögens und Verhaftungen hatten rechnen müssen. Andererseits verloren sie mit Kriegsbeginn drastisch an Mitgliedern (von 2,5 Mio. der »freien« Gewerkschaften im Jahre 1913 auf 1,5 Mio. im Jahre 1914 und 994.000 im Jahre 1915). Angesichts solcher Zahlen wird man nicht wirklich von einem Streik-Verzicht sprechen können. Ihre Mitglieder nahmen erst wieder ab 1917/18 spürbar zu (auf 2,8 Mio. im Jahre 1918).¹⁵

Eine wesentliche Ursache dieser Entwicklung war das »Gesetz über den vaterländischen Hilfsdienst« vom 5. Dezember 1916.¹⁶ Es war Teil des sog. Hindenburg-Programms, mit dem nach zwei Kriegsjahren alle Produktivitätsreserven mobilisiert und dem inzwischen spürbar gewordenen Arbeitskräftemangel entgegengewirkt werden sollte. Nachdem die Militärs für ihre ursprünglichen Vorstellungen einer rigiden Arbeitspflicht für alle nicht in den Krieg eingezogenen Männer keine parlamentarische Mehrheit erhielten, bequeme man sich zu einer Lösung, die einen solchen Zwang mit Zugeständnissen an die Gewerkschaften »versüßen« sollte: eine Einschaltung von paritätisch von Arbeitgebern und Arbeitnehmern besetzten obligatorischen Ausschüssen, wie sie es bis dahin nur im bayerischen¹⁷ und preußischen Bergbau¹⁸ gegeben hatte (freilich so gut wie ohne Rechte).¹⁹ Aufgrund des Hilfsdienstgesetzes konnten sie »bei Streitigkeiten über die Lohn- und Arbeitsbedingungen« eingeschaltet wer-

den und es konnte zu einer Zwangsschlichtung zwischen ihnen und dem Arbeitgeber durch paritätisch besetzte Schlichtungsausschüsse kommen. Das war die Geburt der betrieblichen Mitbestimmung. Dazu kam eine andere historische Weichenstellung: An der Besetzung der Ausschüsse waren die Gewerkschaften mit eigenen Vorschlagslisten beteiligt und ihre Vertreter erhielten auf diese Weise erstmals Zutritt zu den ihnen bis dahin verschlossenen Großbetrieben.

Während die Gewerkschaften stets danach trachteten, alle diese Errungenschaften über das Kriegsende hinaus zu bewahren, legten die Unternehmer stets Wert darauf, dass sie mit Kriegsende wieder abgeschafft würden.²⁰ Angesichts dieser »Gefechtslage« kam es bis zum Kriegsende zu keinen nennenswerten Arrangements zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften mehr.²¹ Auf Seite der Gewerkschaften kam es zu einer Annäherung der verschiedenen Richtungen, die in einer »Gemeinsamen Eingabe der Richtungsgewerkschaften und Angestelltenverbände mit Forderungen zur Übergangswirtschaft« vom 30. Juni 1917 mündete. Sie enthielt alle Ziele der Gewerkschaften, wie sie im November 1918 zur Grundlage der Verhandlungen über das Stinnes-Legien-Abkommen werden sollten.²²

13 Abgedruckt bei Peters/Gorr (Hrsg.), Anerkennung und Repression. Dokumente zur Tarifpolitik in der Metallindustrie 1918–1945, Göttingen 2009, S. 149.

14 Vgl. Bieber, Gewerkschaften in Krieg und Revolution. Arbeiterbewegung, Industrie, Staat und Militär in Deutschland 1914–1920, Teil 1, Hamburg 1981; Miller, Burgfrieden und Klassenkampf. Die deutsche Sozialdemokratie im Ersten Weltkrieg, Düsseldorf 1974.

15 Vgl. Kittner, Arbeitskampf (Fn. 8), S. 382 ff.

16 RGBl. 1916, 1333; vgl. Bieber, Gewerkschaften in Krieg und Revolution, Teil I (Fn. 14), S. 296 ff.; Feldman, Armee, Industrie und Arbeiterschaft in Deutschland 1914–1918, Berlin/Bonn 1985; Wroblewski, AuR 2018, G 21.

17 »Bayerisches Berggesetz« v. 2. 7. 1900 (BayGVBl. 1900, 774).

18 »Allgemeines Berggesetz für die Preußischen Staaten« idF.v. 14. 7. 1905 (PrGS. 1905, 307).

19 Vgl. Milert/Tschirbs, Die andere Demokratie. Betriebliche Interessenvertretung in Deutschland, 1848–2008, Essen 2012, S. 72 ff.

20 Zu entsprechenden Eingaben von Hugenberg und Stinnes sowie »Arbeitnordwest« vgl. Teuteberg, Geschichte der industriellen Mitbestimmung in Deutschland, Tübingen 1961, S. 515 Fn. 19.

21 Es wurde lediglich noch § 153 GewO abgeschafft, was aber von den Gewerkschaften als »zu wenig, zu spät« angesehen wurde (vgl. Kittner, AuR 2018, G 5).

22 Abgedruckt in Weber/Schönhoven/Tenfelde (Hrsg.), Quellen zur Geschichte der deutschen Gewerkschaftsbewegung im 20. Jahrhundert, Bd. 1, Köln 1985, S. 360.

4. Zerrissenheit bei der »Linken«

Auch wenn die Gewerkschaften unmittelbar nach Kriegsbeginn rapide an Mitgliedern verloren hatten, war, sobald sich die Erkenntnis eingestellt hatte, dass der Krieg nicht nur kurz dauern würde, den Herrschenden klar, dass er nicht ohne das Engagement der Arbeiter zu gewinnen sein würde. Und das hieß: Der wilhelminische Staat sah sich plötzlich auf die Gewerkschaften angewiesen. Aus der sich daraufhin ergebenden Kooperation bahnte sich bei Sozialdemokraten und Mehrheitsgewerkschaften eine neue Front mit fundamentaler Langzeitwirkung auf.

Nach dem zweiten Kriegsjahr wuchs die Opposition gegen die Fortführung des Krieges. Aus zwei Enthaltungen gegen die Kriegskredite wurden Anfang 1915 zwei Gegenstimmen von *Karl Liebknecht* und *Otto Rühle*, dann 1916 die »Sozialdemokratische Arbeitsgemeinschaft« als förmliche Dissidentengruppe von 18 Reichstags-Abgeordneten und schließlich die Gründung der »Unabhängigen Sozialdemokratischen Partei Deutschlands« (USPD) im April 1917. Ebenfalls im Jahre 1916 bildete sich die noch radikalere »Spartakus«-Gruppe, die sich zunächst der USPD anschloss und 1919 zur »Kommunistischen Partei« formierte. Konsequenterweise lehnte diese Gruppe auch das Hilfsdienstgesetz im Reichstag ab. *Hugo Haase* (späterer USPD-Vorsitzender und Mitglied des Rats der Volksbeauftragten) sprach von einem »*Ausnahmegesetz gegen die Arbeiter*« und davon, wie unwesentlich der im Gesetz vorgesehene »*organisierte Interessenschutz in Organen*« gegenüber dem Zwangssystem als Ganzem sei.²³

Parallel zur politischen Spaltung der Linken wuchs eine Fundamental-Opposition in den Gewerkschaften gegen in ihren Augen kriegsverlängernde Kompromisse. Insbesondere im Deutschen Metallarbeiter-Verband hatte der Vorstand Mühe, Mitglieder und Funktionäre bei der Stange zu halten.²⁴ Zusätzliche Schärfe kam in die Debatte durch die Spartakusgruppe. Sie setzte den später üblich gewordenen Ton gegenüber der Mehrheitssozialdemokratie und den Mehrheitsgewerkschaftsführungen, zB. in einem Flugblatt vom Dezember 1916 gegen das Hilfsdienstgesetz: »*Die Betrüger, die sich Arbeitervertreter nennen, die Gewerkschaftsführer, die Legien und Bauer, haben sich mit den Zentrumsheuchlern von den christlichen Gewerkschaften und den Hirsch-Duncker-schen zum gemeinsamen Judasdienst verbunden [...]*«. ²⁵

Die Schärfe der Auseinandersetzungen um das Thema »Krieg« wurde konstitutiv für die Spaltung der Linkspar-

teien nach dem Krieg und eine daraus herrührende Zerrissenheit der Gewerkschaften.²⁶ Der Kompromiss als wichtigstes Ingredienz jeder Demokratie, auch der sozialen, war kategorial in Frage gestellt. Für die KPD gewann der Kampf gegen SPD und Gewerkschaftsvorstände geradezu den Charakter eines Selbstzwecks (su. II.2.).

II. Zustandekommen und Schicksal des Abkommens

1. Novemberrevolution und Stinnes-Legien-Abkommen

Die November-Revolution 1918 ist eines der staunenswertesten Ereignisse der jüngeren Weltgeschichte²⁷ – der Sturz einer unerschütterlich scheinenden Autokratie, ohne Blutvergießen in wenigen Tagen in einer der höchstentwickelten Industrienationen, ohne eine irgendwie geartete zentrale Leitung oder Organisation, insbesondere ohne Beteiligung von Mehrheitssozialdemokratie und Gewerkschaften (wohl aber ihrer Funktionäre vor Ort). Gleichwohl waren sie es, die mit der Proklamation der »Rates der Volksbeauftragten« am 12. November und dem Stinnes-Legien-Abkommen am 15. November die »Früchte« dieser Revolution einbrachten.

Zwar hatte es, seitdem die deutsche Niederlage im Krieg als unabwendbar deutlich geworden war, schon eine Reihe von Kontakten zwischen führenden Unternehmern und Gewerkschaftsspitzen gegeben. Hellsichtigen Unternehmern war es bereits seit Sommer 1918 klar, dass der Krieg nicht zu gewinnen und für diesen Fall eine Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften unumgänglich war. *Hans von Raumer*, der Geschäftsführer des Zentralverbandes der deutschen elektrotechnischen Industrie, regte deshalb im Juli unter den Führern der Fertigungsindustrie »eine

23 *Blanke/Erd/Mückenberger/Stascheit*, Kollektives Arbeitsrecht. Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland, Bd. 1, Reinbek 1975, S. 166.

24 1917 gab es auf der zweiten Generalversammlung seit Kriegsbeginn nur noch eine knappe Mehrheit für die Fortführung der Burgfriedenspolitik (vgl. *Weber/Schönhoven/Tenfelde*, Quellen Bd. 1 [Fn. 22], S. 271).

25 *Blanke/Erd/Mückenberger/Stascheit*, Kollektives Arbeitsrecht (Fn. 23), S. 168, 170.

26 Ein dramatisches Vorspiel boten die Munitionsarbeiterstreiks im Januar 1918. Der größte, in Berlin, wurde von »revolutionären Obleuten« konspirativ an den Gewerkschaften vorbei und ohne ihre Beteiligung organisiert, *Kittner*, Arbeitskampf (Fn. 8), S. 391.

27 Vgl. *Gerwarth*, Die größte aller Revolutionen. November 1918 und der Aufbruch in eine neue Zeit, München 2018.

organische Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften« an, »bevor die Flut der Ereignisse über uns alle hinwegging«.²⁸ Das verhallte zunächst ungehört, bis es angesichts der wachsenden Unruhen ab Oktober zu intensiveren Kontakten zwischen Unternehmensvertretern und führenden Gewerkschaftern kam. Seitens der Unternehmer war das getragen von der Furcht vor einer wie auch immer beschaffenen »Sozialisierung«: »Tatsächlich war die Lage schon in den ersten Oktobertagen klar. Es kam darauf an: Wie kann man die Industrie retten? Wie kann man das Unternehmertum vor der drohenden, über alle Wirtschaftszweige hinwegfegenden Sozialisierungen, der Verstaatlichung und der nahenden Revolution bewahren?«²⁹

Zur Überraschung der Unternehmer bestanden die Gewerkschaften nicht auf derartigen Forderungen.³⁰ Für sie stand die vollständige Anerkennung ihrer Stellung in einer parlamentarischen Demokratie im Vordergrund.

Welche Welten Unternehmer und Gewerkschaften dennoch bis zuletzt trennten, wird aus zwei Schlaglichtern deutlich: Der damalige Vorsitzende der Holzarbeitergewerkschaft und spätere (ab 1921) Vorsitzende des ADGB, *Theodor Leipart*, berichtete in einer Vorständeokonferenz der freien Gewerkschaften am 3. Dezember 1918 über diese Verhandlungen: »Am Freitag vor der Revolution [am 8. November] war die letzte Sitzung vor der Revolution mit den Arbeitnehmervertretern. Da haben die Arbeitgebervertreter es abgelehnt, unsere Forderungen, dass die Anerkennung der Gewerkschaften in der Vereinbarung von Tarifverträgen bestehen müsse, zu akzeptieren. Sie erklärten, die Gewerkschaften würden sie und wollten sie anerkennen, aber dass jetzt allgemeine Tarifverträge abgeschlossen werden könnte, sei praktisch unmöglich. Ebenso war in den Verhandlungen vor dem 9. November von dem Achtstundentag noch keine Rede.«³¹ Gleichzeitig war die Vereinbarung mit den Arbeitgebern ganz weit weg von den Vorstellungen der Gewerkschaftsbasis. Als der Vorsitzende der Bergarbeitergewerkschaft, *Otto Hué*, einem rechts-sozialdemokratischen Kollegen vertraulich über die Gespräche mit den Unternehmern unter Beteiligung von *Stinnes* berichtete, rief dieser aus: »Mit *Stinnes*? Bist Du verrückt? Der wird aufgehangen!«³²

Konnte das gutgehen?

2. Sollbruchstellen

Die zentralen Inhalte des Abkommens sind wohlbekannt:³³

- Anerkennung der Gewerkschaften als berufene Vertreter der Arbeitnehmer (unter Preisgabe der Förderung der »gelben« Werkvereine durch die Unternehmer),
- Anerkennung des Tarifvertrages,
- Errichtung von Arbeiterausschüssen zur Überwachung der Einhaltung der Tarifverträge,
- paritätische Arbeitsnachweise,
- eine »Zentralarbeitsgemeinschaft« zur »Demobilmachung, Aufrechterhaltung des Wirtschaftslebens und zur Sicherung der Existenzmöglichkeiten der Arbeitnehmer« und
- als inhaltliches »Bonbon« – *conditio sine qua non* der Gewerkschaften – die Einführung des Achtstundentages.

Das war nicht weniger als eine auf Parität von Arbeit und Kapital basierte Arbeitsverfassung (aber eben keine »Sozialisierung«). Wenn heute an »100 Jahre Stinnes-Legien« erinnert wird, so eben deshalb, weil wir hier das zum ersten Male auf dem Papier und als Projekt sehen, was heute in der Bundesrepublik als Erfolgsmodell von nun 70-jähriger Dauer gefeiert wird. Warum hatte es diesen Erfolg nicht in der Weimarer Republik?

Die erste Hälfte der Antwort liegt in der hier so ausgiebig beleuchteten Vorgeschichte. Dass zwei so antagonistische Gegner über Nacht zur – natürlich auch konfliktorischen – Kooperation zusammenfinden könnten, von denen die eine Seite der anderen die Existenz fundamental bestritten, insbesondere den Tarifvertrag bis zuletzt kategorial abgelehnt hatte, war nur schwer vorstellbar. Da musste viel an fördernden Rahmenbedingungen zusammenkommen, um sich für dieses Vorhaben eine erfolgreiche Zukunft vorstellen zu können. Nun – wir wissen, dass sie nicht eintraten. Im Gegenteil, es häuften sich Widrigkeiten und Gegenwind. Das lag schon an den beiden offenkundigen Sollbruchstellen des Abkommens, dem Acht-

28 *Raumer*, Deutsche Rundschau 80 (1954), S. 428. Zu *Raumers* zentraler Rolle für das Zustandekommen des Stinnes-Legien-Abkommens vgl. *Krüger*, in: Gesamtmetall (Fn. 1), S. 100.

29 *Reichert*, in: Peters/Gorr, Anerkennung und Repression (Fn. 13), S. 151.

30 Vgl. *Bieber*, Gewerkschaften in Krieg und Revolution. Arbeiterbewegung, Industrie, Staat und Militär in Deutschland 1914–1920, Teil 2, Hamburg 1981, S. 599.

31 *Weber/Schönhoven/Tenfelde* (Hrsg.), Quellen Bd. 1 (Fn. 22), S. 568.

32 Zit. nach *Bieber*, Gewerkschaften in Krieg und Revolution, Teil 2 (Fn. 30), S. 605.

33 Reichsanzeiger v. 18.11.1918; vgl. *Feldman*, FS Rosenberg, 1970, S. 312 ff.; *Feldman/Steinisch*, IWK 1973 Nr. 19/20, S. 45 ff.

stundentag und der den ehrgeizigen Zielen der »Zentralarbeitsgemeinschaft«. Von ihnen ging praktisch vom Start weg Fliehkräfte aus, die die Partner auseinandertrieben, statt zueinander finden zu lassen.

Der Achtstundentag war für die Gewerkschaften ein Verhandlungsergebnis von hoher Symbolkraft, eine echte »Trophäe«, weshalb den Unternehmern klar war, dass sie darum nicht herumkommen würden. Dabei zogen sie es vor, das Thema mit den Gewerkschaften direkt zu regeln, statt eine gesetzliche Regelung durch die Volksbeauftragten hinzunehmen. In jedem Fall hatten sie vorgesorgt: In einem von *Borsig* und *Legien* unterzeichneten Separatabkommen vom 15. November richteten die Verhandlungsparteien an den Rat der Volksbeauftragten die Bitte, er möge das in die Friedensverhandlungen einbringen, weil »die Vereinbarung nur dann dauerhaft durchgeführt werden kann, wenn der Achtstundentag für alle Kulturländer durch internationale Vereinbarungen festgesetzt wird.«³⁴ Für die Unternehmenseite stellte *Jakob Reichert* bereits Ende Dezember fest: »Ist das nicht durchzusetzen, dann werden wir aus dem Achtstundentag wieder heraus müssen.«³⁵ So kam es denn auch: Es wurde zwar am 22. November 1919 in Washington ein Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation vereinbart, jedoch von den meisten Staaten, auch Deutschland, nicht ratifiziert.

Darauf beriefen sich die Arbeitgeber für ihre ab 1920 einsetzende Politik der Arbeitszeitverlängerung.³⁶ Zunächst hatten die Gewerkschaften 1919 noch zB. im Bergbau und in der Metallindustrie über den Achtstundentag hinaus weitere wöchentliche Arbeitszeitverkürzungen erkämpfen können. Danach setzten die Arbeitgeber mit Unterstützung der dann bürgerlichen Reichsregierung bis 1922 wieder eine 48-Stunden-Woche durch (ab 1924 sogar 50 Stunden im Durchschnitt).

Diese Arbeitszeitfrage lieferte denn auch einen handfesten Beitrag zum zunehmend irreparablen Zerwürfnis in der »Zentralarbeitsgemeinschaft«. Dort war ihr Wirken ohnehin schon bald an ihre Grenzen gegenüber den etablierten staatlichen Bürokratien und den Unternehmen gestoßen; sie hatte bald keinen wirklichen Einfluss mehr auf das Geschehen. Die Gewerkschaften glaubten immer weniger daran, in echter Partnerschaft mit den Unternehmern etwas bewirken zu können. Nachdem der solchem Paktieren mit dem »Klassenfeind« von Anfang an skeptisch gegenüberstehende »Deutsche Metallarbeiterverband« schon im Oktober 1919 aus der Arbeitsgemein-

schaft ausgeschieden war (mit 194 zu 129 Stimmen auf dem Gewerkschaftskongress) und sich die übrigen Gewerkschaften durch die Arbeitszeitpolitik der Arbeitgeber brüskiert sahen, wurde die Arbeitsgemeinschaft am 3. März 1924 förmlich aufgelöst.

3. Scheitern des Tarifvertragssystems

Unmittelbar nach Abschluss des Stinnes-Legien-Abkommens wurde sein zentraler Inhalt vom Rat der Volksbeauftragten mit der »Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten« vom 23. Dezember 1918³⁷ realisiert. Fortan konnten auf ihrer Grundlage verbindliche, unmittelbar und zwingend geltende Tarifverträge abgeschlossen werden. Das darauf beruhende Tarifvertragssystem funktionierte unabhängig von der »Zentralarbeitsgemeinschaft«. Deren Ende musste an sich nicht bedeuten, dass damit auch dieses Projekt ebenfalls zum Scheitern verurteilt gewesen wäre. Für das Schicksal des Tarifvertragssystems der Weimarer Republik verantwortlich wurde vielmehr eine aus dem Chaos der unmittelbaren Nachkriegszeit erwachsene Institution: die staatliche Zwangsschlichtung.³⁸ Gegen sie wandten sich anfangs – eher pflichtschuldig – sowohl Arbeitgeber als auch Gewerkschaften im Namen ihrer Autonomieansprüche. In der Praxis sah das freilich anders aus.

Zunächst nutzten die Arbeitgeber die Schlichtung – in der allerersten Zeit nach dem Kriege zur Eindämmung von Streiks, dann mit der Rückendeckung bürgerlicher Regierungen zur Durchsetzung ihrer Arbeitszeit-Verlängerungs-Politik. Ab dem Jahre 1924, der »mittleren« Konsolidierungsphase der Weimarer Republik, flüchteten dagegen die Gewerkschaften geradezu in die Arme der staatlichen Schlichtung. Sie waren, ausgezehrt zunächst von der Hyperinflation und danach weiter geschwächt durch die Weltwirtschaftskrise, nicht stark genug zur

34 Abgedruckt bei *Krüger*, in: Gesamtmetall (Fn. 1), S. 139.

35 *Reichert*, in: Peters/Gorr, Anerkennung und Repression (Fn. 13), S. 154.

36 Zum Folgenden vgl. *Schneider*, Streit um Arbeitszeit, Köln 1984.

37 RGBl. 1456 (vgl. *Schulten*, Sozialer Fortschritt 2018, 849).

38 Zum folgenden vgl. *Bähr*, Staatliche Schlichtung in der Weimarer Republik, Berlin 1989; von *Brauchitsch*, Staatliche Zwangsschlichtung. Die Aushöhlung der Tarifautonomie in der Weimarer Republik, Frankfurt aM. ua. 1990 (zugl. Freiburg [Breisgau], Univ., Diss. 1989); *Kittner*, Arbeitskampf (Fn. 8), S. 414 ff., 453 ff.

Durchsetzung insbesondere ihrer lohnpolitischen Vorstellungen mit Arbeitskämpfungsmitteln. Man kann die objektiven Daten, die unerbittlich Zeugnis hiervon ablegen, nicht oft genug wiederholen, zB. der damals größten Industriergewerkschaft, dem DMV:³⁹

- Seine Einnahmen haben ab 1924 nur einmal (1927) die Gesamtausgabe deutlich überstiegen (dieser Überschuss wurde freilich schon im Jahre 1928 von der Aussperrung im »Ruhreisenstreit« – su. – vollständig aufgezehrt). Während der ganzen Zeit konnte der DMV keine Rücklagen bilden, sondern musste alle Arbeitskämpfe »von der Hand in den Mund« aus laufenden Einnahmen bestreiten.
- Während der Zeit der Hyperinflation verließen den DMV fast alle Mitglieder, die ihm unmittelbar nach Kriegsende zugeströmt waren. Ab 1928 verlor der überwiegende Teil seine Arbeit, bis 1932 die Hälfte arbeitslos war und ein weiteres Viertel kurzarbeitete; zu diesem Zeitpunkt vertraten die Gewerkschaften nur noch etwa 8% der in den Betrieben Arbeitenden. Demensprechend beliefen sich die Kosten für Arbeitslosenunterstützung ab 1929 auf das Fünf- bis Zwanzigfache der Arbeitskämpfungunterstützung!⁴⁰
- Dazu kam die seit Kriegstagen existierende Destruktion von »links«, vor allem der KPD. Sie gewann im Verlaufe der Jahre eine doch beachtliche Anhängerschaft insbesondere bei ungelerten Arbeitern und nutzte diesen Einfluss – nach Vorgaben der »roten Gewerkschafts-Internationale« aus Moskau – zur planmäßigen Bekämpfung der Gewerkschaften von innen (in der politischen Arena entsprach das dem Kampf gegen die Sozialdemokratie als »Sozialfaschisten«). Dazu wurde 1930 die »Rote Gewerkschaftsopposition« (»RGO«) geschaffen. In der Spätphase der Republik arbeitete sie sogar offen mit der »Nationalsozialistischen Betriebszellen-Organisation« zusammen.⁴¹ Das trug, zumal angesichts der ohnehin schon desolaten objektiven Situation, zur weiteren Schwächung der Gewerkschaften bei.

Angesichts der offenkundig fehlenden Durchsetzungsmacht der Gewerkschaften sprangen bis zum Jahre 1928 bürgerliche Regierungen zur Stärkung der Binnenkaufkraft ein. Durchweg mit Arbeitsminister *Heinrich Brauns* als Verantwortlichem sorgten sie über ihren Einfluss auf die Schlichter für die für erforderlich gehaltenen Lohnerhöhungen. 1928 kam es zur »Wende«: Die Stahlindustri-

ellen brachten mit ihrer Massenaussperrung im »Ruhreisenstreit« zunächst das bisherige System der staatlichen Schlichtung mittels sog. Ein-Mann-Schlichtungssprüche zu Fall.⁴² Danach nutzte die erste Präsidialregierung unter *Heinrich Brüning* das System in die umgekehrte Richtung zu einer Politik der Lohnsenkungen, bis sie dann durch Notverordnungen direkt in Tarifverträge eingriff.⁴³

4. »It takes two to tango« – Die Rolle der Arbeitgeber

Schließlich noch letzte Bemerkungen zur Rolle der Arbeitgeber, den konstitutiven zweiten Partnern des Tarifsystems. Gerade im Erinnern an das Stinnes-Legien-Jubiläum wird sichtbar, dass etwas möglicherweise zulasten von Analyse wie auch Problemlösung nicht ausreichend gewürdigt wird: die implizite verbundene Erwartung an die Arbeitgeber, »gute Miene zum bösen Spiel« zu machen. Denn was ist der Tarifvertrag? Er ist ein Instrument, das es dem einzelnen Arbeitgeber qua zwingender Wirkung unmöglich macht, von ihm gewünschte Vertragsinhalte gegenüber seinen Arbeitnehmern durchzusetzen. Ungeachtet dessen wird von ihm verlangt, eine nur kostenbezogene, betriebswirtschaftliche »natürliche« Reaktion⁴⁴ im Namen »höherer« volkswirtschaftlicher, ja gesellschaftspolitischer Werte zurückzustellen!?

Dass ist auch heute nicht selbstverständlich (su.). Für die Arbeitgeber der Weimarer Republik – jedenfalls die

39 Detaillierte Statistiken bei *Kittner*, Arbeitskämpfung (Fn. 8), S. 465.

40 Dieser Befund macht die Realitätsferne des bis heute zu hörenden Vorwurfs an die Gewerkschaften deutlich, sie hätten Hitlers »Machtergreifung« durch Generalstreikaufrufe oder ähnliches verhindern können. Der ADGB hatte das bereits angesichts des »Preußenschlags« der Regierung *Papen* erwogen, musste aber seine Ohnmacht feststellen (vgl. *Weber/Schönhoven/Tenfelde* (Hrsg.), *Quellen zur Geschichte der deutschen Gewerkschaftsbewegung im 20. Jahrhundert*, Bd. 4, Köln 1988, S. 23 f., 627 ff.).

41 Höhepunkt war der Streik bei den Berliner Verkehrsbetrieben 1932 (vgl. *Kittner*, Arbeitskämpfung (Fn. 8), S. 497). KPD und NSDAP hatten schon mit populistischen Aktivitäten beim »Ruhreisenstreit« 1928 und beim Berliner Metallarbeiter-Streik 1930 zusammengewirkt (vgl. *Kittner*, Arbeitskämpfung (Fn. 8), S. 484, 488).

42 Vgl. *Otto*, in: *Preisner/Löhnig* (Hrsg.), *Weimarer Zivilrechtswissenschaft*, Tübingen 2014, S. 23; *Kittner*, 50 Urteile (Fn. 9), S. 57.

43 Verordnung v. 8. 12. 1931, RGBl. I 699, 726; Verordnung v. 5. 9. 1932, RGBl. I 433; Verordnung v. 2. 10. 1932, RGBl. I 493.

44 Zu der gehören natürlich auch Gesichtspunkte wie »Betriebsfrieden«, Kostenplanbarkeit und Mitarbeiterzufriedenheit. Aber das sind für nicht wenige Arbeitgeber (zB. ausländische Investoren) Meta-Themen, die nicht unmittelbar eingängig sind. »Eine Etage tiefer« finden wir dieses Phänomen durchaus nicht nur vereinzelt im Kampf gegen die erstmalige Wahl von Betriebsräten.

wirtschaftlich und politisch dominanten – war das in jedem Fall des Guten zu viel. Schon der Verlauf der Verhandlungen zum Novemberabkommen zeigte, dass ihr programmatisches »Ja« zum Tarifvertrag erst in allerletzter Minute kam, am Tag vor der Revolution. Danach blieb es aber praktisch uneingelöst: Alle bedeutenden Industriebranchen mit Ausnahme der Chemie, die im Kaiserreich den Tarifvertrag kategorial abgelehnt hatten, verweigerten sich während der ganzen Dauer der Weimarer Republik (von einigen »Ausrutschern« in den ersten Nachkriegsmonaten abgesehen) Tarifabschlüssen in freien Verhandlungen; sie mussten dazu stets durch die staatliche Schlichtung gezwungen werden!

Damit korrelierte ihre Haltung zur neuen Demokratie selbst: Bei der ersten, tödlichen Gefahr für die Republik durch den *Kapp-Lüttwitz*-Putsch im Jahre 1920 verweigerte das Präsidium des »Reichsverbands der Deutschen Industrie« jede eigene Stellungnahme und auch eine solche der »Zentralarbeitsgemeinschaft« gegen den Putsch, vielmehr nahm man die Position ein, »dass wir uns zwischen den beiden Regierungen neutral halten sollten.«⁴⁵ Das ließ nicht Gutes ahnen. Auch wenn es immer wieder einmal Versuche aus den Reihen des RDI und der »Vereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände« zu einer Versöhnung mit Sozialdemokratie und Republik gegeben hatte, es setzten sich die Scharfmacher aus den Reihen der Schwerindustrie durch.⁴⁶ Sie gehörten zu den tragenden Kräften, die später Hitler an die Macht verhalfen.

Dabei zeigt das Tarifvertragssystem exemplarisch die Verquickung des Verteilungskonflikts mit dem Kampf gegen die Republik. Der Schlüssel war die Haltung der Arbeitgeber zur Zwangsschlichtung. Sie waren, wie gesagt, zunächst angetan von der streikhemmenden Funktion der Zwangsschlichtung und in der Arbeitszeitfrage nutzten sie diese ungeniert. Als sie sich aber permanenten Lohnerhöhungen unterworfen sahen, zu deren Durchsetzung die Gewerkschaften aus eigener Kraft vermutlich nicht in der Lage gewesen wären, wuchs bei ihnen der Unwille über dieses System der kollektiven Lohnfindung. Gegen Ende der Weimarer Republik kam es dann zu einer bemerkenswerten Überlagerung von zunächst getrennten Zielen.

- Der Kampf für die »Auflockerung der Tarifverträge«: »Als besonders verhängnisvoll hat sich auf dem Gebiet des Tarifvertragsrechts die Unabdingbarkeit des Tarifvertrags [...] erwiesen.«⁴⁷ In der Sicht der Arbeitgeber hatte die »Starrheit des Systems«, das keine ausreichenden

Lohnsenkungen zulasse, es inzwischen dahin gebracht, »dass das einstmals als Wohltat angesehene Tarifsyst \ddot{u} m zu einer Plage geworden ist«.

- Der Kampf gegen den »Zwangstarifvertrag«: In seiner 25-Jahre-Schrift von 1929 formulierte der (Stahl-) Arbeitgeberverband »Arbeitsnordwest« das Problem in äußerster Zuspitzung: »Die Schwierigkeiten unseres heutigen Wirtschaftslebens, die Zwistigkeiten der Unternehmen mit den Gewerkschaften beruhen aber im Wesentlichen darauf, dass die letzteren mit Hilfe der staatlichen Machtmittel, die ihnen heute zur Verfügung stehen, über diesen paritätischen Zustand hinaus eine ausschließliche Beherrschung der Wirtschaft, eine Diktatur anstreben und zum Teil ausüben.«
- Der Kampf gegen den demokratischen Staat: Angesichts einer solchen Sicht lag es nahe, dass das Hauptübel, der in den Händen der Gewerkschaften gesehene demokratische Staat, beseitigt werden müsse. Wiederum »Arbeitsnordwest« in seinem letzten Geschäftsbericht von 1932: »[...] das Lebensgesetz eines demokratischen Staatswesens, demokratisch im Sinne formaler Parteiendemokratie, also des Staatskollektivismus, zu dem Lebensgesetz persönlich und verantwortlich geleisteter Wirtschaftsführung verhält [sich] wie Feuer und Wasser.« Deshalb erteilte »Arbeitsnordwest« »eine Absage an ein entartetes und verfälschtes System.«⁴⁸

Die Arbeitgeber waren damit gesinnungsmäßig genau wieder da angelangt, wo sie vor dem Weltkrieg standen. Einer ihrer führenden Vertreter, der Generaldirektor der Gutehoffnungshütte, *Paul Reusch*, outete sich diesbezüglich am 6. September 1931 gegenüber dem Präsidenten des Reichsverbands der Deutschen Industrie, *Ludwig Kastl*: »Die Industrie war bisher zu feige, den Kampf mit den Gewerkschaften mit aller Schärfe aufzunehmen. Das ganze Unheil, das über uns gekommen ist, ist nicht zum geringsten

⁴⁵ Vgl. Kittner, Arbeitskampf (Fn. 8), S. 422.

⁴⁶ Insbesondere durch die BDI- bzw. VDA-Präsidiumsmitglieder *Paul Silverberg*, Generaldirektor der Rheinischen Braunkohlen AG, und *Hans von Raumer*, einem der Väter des Stinnes-Legien-Abkommens (vgl. Fn. 28); vgl. *Krüger*, in: *Gesamtmetall* (Fn. 1), S. 282; Kittner, Arbeitskampf (Fn. 8), S. 427, 490.

⁴⁷ Deutsche Arbeitgeber-Zeitung, Leitartikel v. 22.3.1931, abgedruckt bei *Peters/Gorr*, *Anerkennung und Repression* (Fn. 13), S. 1402, 1404.

⁴⁸ Der »Frontmann« von »Arbeitsnordwest«, sein Hauptgeschäftsführer *Ludwig Grauert*, wechselte nach 1933 als Staatssekretär zum Preußischen Innenminister, *Hermann Göring*, wo er alsbald führend an den Maßnahmen nach dem Reichstagsbrand beteiligt war.

Teil auf die Gewerkschaften zurückzuführen, von denen sich seit Revolutionstagen alle Regierungen mehr oder weniger beeinflussen ließen und die im Hintergrund tatsächlich regiert haben. Wir haben den Fehler gemacht, in der Vergangenheit die Regierungen zu bekämpfen, statt dass wir die Gewerkschaften mit aller Schärfe bekämpft haben und sollten aus diesem Fehler der Vergangenheit nunmehr die entsprechenden Schlussfolgerungen ziehen⁴⁹ – eine nahezu wörtliche Paraphrase des Schlachtrufs von Bueck im Jahre 1911 (s.o.I.2.)!

So erwies sich die Weimarer Republik letztlich als »no country for unions«, wie das für eine funktionierende Tarifautonomie erforderlich gewesen wäre. Gleich bei ihrem ersten Realitäts-Check war sie in zu »raue See« geraten. Es sah so aus, dass das Böckenförde-Diktum vom »freiheitlich-demokratischen Staat, der die Voraussetzungen, auf denen er beruht, nicht selbst garantieren kann,«⁵⁰ ganz besonders auf das Tarifsystem jener Zeit zuträfe.

III. Und heute?

Die ganz außerordentlichen, historisch singulären Umstände des mit dem Untergang der Republik verquickten Scheiterns des Tarifsystems dürfen aber nicht sein generelles Existenzproblem überdecken, das man in die Frage kleiden könnte: Wieviel ökonomischen Druck verträgt das Tarifsystem?

Für Weimar hat der Wirtschaftshistoriker Knut Borhardt eine Antwort in der These gesehen, das durch die staatliche Schlichtung exekutierte »Tarifdiktat« habe die damalige Wirtschaft überfordert. Damit sprach er deren Kampf gegen dieses System Plausibilität und Rationalität zu.⁵¹ Das löste harsche Kritik aus, sowohl gegen die empirische Basis Borhardts als auch die damit verbundene Suggestion, die »Opfer seien die Schuldigen.«⁵² Aber jenseits der Richtigkeit dieser Thesen hat Borhardts Arbeit – mittelbar und möglicherweise unfreiwillig – deutlich gemacht, welche Folgen es auslöst, wenn Unternehmen subjektiv davon überzeugt sind, dass ein bestimmtes Niveau von Tarifbelastungen für sie untragbar ist.

Es sieht so aus, als ergäbe der Vergleich mit der Bundesrepublik wenig Sinn. So gut wie alles war bei ihr von Beginn an und fortdauernd so anders und besser als vor 1933, dass der Buchtitel von Fritz René Allemann »Bonn ist nicht Weimar«⁵³ zum geflügelten Wort wurde. Das galt insbesonde-

re auch für die Rahmenbedingungen, die uns im Gefolge von Stinnes-Legien so verhängnisvoll begegnet sind:

- keine Dolchstoßlegende wegen des verlorenen Kriegs,
- keine alten Eliten als Träger einer effektiven Restaurationsbewegung,
- Geschlossenheit der Gewerkschaftsbewegung durch die neue »Einheitsgewerkschaft«⁵⁴ und
- eine anhaltende wirtschaftliche Prosperität.

Auf diesem Boden konnte sich das »Modell Deutschland« einer erfolgreichen Tarifautonomie⁵⁵ gepaart mit starken Betriebsräten entwickeln. Dieses Tarifsystem war nie auch nur im Entferntesten so gefährdet wie das Vorgängerprojekt in Weimar.

Das muss aber nicht immer so bleiben. Hier ist nicht der Ort zur Ausbreitung der aktuellen Tendenzen, die Anlass zur Sorge aus heutigen Gründen geben. Es möge der Hinweis auf Mitgliederrückgang bei Gewerkschaften (und auch Arbeitgeberverbänden)⁵⁶ und eine seit langem rückläufige Tarifbindung (und parallel Betriebsratsabdeckung)⁵⁷ genügen. Die »Schrift an der Wand« ist nicht zu übersehen. Immer mehr Arbeitgeber vertreten die Ansicht,

49 Abgedruckt bei Peters/Gorr, Anerkennung und Repression (Fn. 13), S. 1419 f.

50 Böckenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, Frankfurt aM. 1976, S. 60.

51 Vgl. Borhardt, in: Bayerische Akademie der Wissenschaften (Hrsg.), Jahrbuch 1979, München 1979, S. 87 ff.

52 Vgl. zB. Holtfrerich, Geschichte und Gesellschaft 1984, 122; Krohn, Geschichte und Gesellschaft 1982, 415.

53 Allemann, Bonn ist nicht Weimar, Köln 1956.

54 Versuche, auf dem Feld der Koalitionen an Weimar anzuknüpfen, scheiterten. Das betraf vor allem die Kommunisten. Die KPD verpflichtete in Fortführung der RGO-Politik ihre Mitglieder bis Mitte der 50er Jahre mit der »These 37« zur offenen Obstruktion der des Klassenverrats bezichtigten Gewerkschaftsführungen. Gruppen christlicher Gewerkschafter, die sich der Einheitsgewerkschaft nicht anschließen wollten, degenerierten unter dem Dach des »Christlichen Gewerkschaftsbundes« zu bedeutungslosen »gelben« Organisationen, denen vom BAG nach und nach die Gewerkschaftseigenschaft aberkannt wurde (außer der »Christlichen Gewerkschaft Metall«, vgl. Kittner, 50 Urteile (Fn. 9), S. 255). Die Angestelltengewerkschaft DAG trat im Jahre 2001 ver.di bei. Auch bei den Metallarbeitern scheiterte der Versuch, die alten Strukturen von »Arbeitsnordwest« wieder zu etablieren (vgl. Mallmann, AuR 2017, G 5).

55 Zunächst verfügten die Alliierten mit dem – noch heute gültigen – Kontrollratsgesetz Nr. 45 v. 20. 8. 1946, dass Arbeitskonflikte keiner Zwangsschlichtung unterliegen. Nach Aufhebung des noch aus der NS-Zeiten stammenden Lohnstops im Jahre 1948 verabschiedete das »Vereinigte Wirtschaftsgebiet« kurz vor Gründung der Bundesrepublik das Tarifvertragsgesetz v. 9. 4. 1949 (WiGBl. 55, 68), das in seiner tarifrechtlichen Substanz weitgehend der Verordnung v. 1918 entsprach (vgl. Herschel, ZfA 1973, 129, 183; Nipperdey, RdA 1949, 81). Es wurde unverändert als Recht der Bundesrepublik übernommen.

56 Vgl. Schröder, Sozialer Fortschritt 2018, 887.

57 Vgl. Ellguth/Kohaut, WSI-Mitteilungen 2017, 278; Lesch/Schneider/Vogel, Sozialer Fortschritt 2018, 867.

dass der große Branchentarif für sie nicht »passt«. ⁵⁸ Dazu kommt zeitgenössisch-verbindlich, gleichwohl unmissverständlich der Hinweis: »Das Tarifniveau ist hoch und muss von den Unternehmen im internationalen Wettbewerb auch erwirtschaftet werden.« ⁵⁹ Das stand und steht stets im Hintergrund aller Bemühungen zur »Lockerung« von Tarifbindungen: seien es die im Jahre 2005 kulminierenden Bestrebungen zur Neubewertung des Günstigkeitsprinzips, um »betriebliche Bündnisse für Arbeit« zu ermöglichen, ⁶⁰ sei es der seitherige Aufschwung der OT-Bewegung ⁶¹ bis hin zu ganz aktuellen Vorschlägen für Tarifverträge »à la carte« oder nach einem »Baukastensystem«. ⁶² Daraus erwächst offenkundig eine Herausforderung, die die Gewerkschaften nicht auf die leichte Schulter nehmen dürfen. Für den größten und bedeutendsten Tarifbereich der Bundesrepublik, die Metallindustrie, scheinen Anpassungsaktivitäten nach dem sog. Pforzheim-Prozess ⁶³ verbunden mit Öffnungsklauseln für Betriebsräte und einer zunehmenden Firmentarifvertragspraxis *noch* auszureichen. Ob das auf Dauer so bleibt, wird sich weisen. ⁶⁴

⁵⁸ Vgl. Mallmann, FS Klebe, 2018, S. 277.

⁵⁹ Dulger/Zander, in: Gesamtmetall (Fn. 1), Vorwort, S. 5.

⁶⁰ Das BAG hatte zunächst in der »Burda«-Entscheidung »betriebliche Bündnisse für Arbeit«, bei denen Betriebsräte dazu gebracht wurden, tarifwidrig Arbeitsbedingungen zu verschlechtern, für unzulässig erklärt (vgl. BAG, 20. 4. 1999 – 1 ABR 72/98 – AP Nr. 89 zu Art 9 GG; Kittner, 50 Urteile (Fn. 9), S. 227). Nicht zuletzt als Reaktion darauf hatte die BDA 2002 ein Positionspapier »9 Thesen für eine moderne Arbeitsmarktverfassung« vorgelegt, mit dem dies im Rahmen einer breiten Deregulierung arbeitsrechtlicher Vorschriften gesetzlich ermöglicht werden sollte (vgl. Deinert/Kittner, RdA 2009, 265, 266). Nachdem Bundeskanzler Schröder in seiner Regierungserklärung zur »Agenda 2010« v. 14. 3. 2003 (BT-Plenarprotokoll 15/32, S. 2487) solche Bündnisse von den Tarifvertragsparteien verbunden mit der Drohung gesetzlicher Vorkehrungen eingefordert hatte, wurde das BDA-Programm von den Unionsparteien so gut wie vollständig übernommen und im Sommer 2003 in Gesetzesanträge überführt (vgl. BT-Drs. 15/1182; BT-Drs. 15/1889). Damit scheiterten sie in der Bundestagswahl 2005 (Deinert/Kittner, RdA 2009, 265, 268).

⁶¹ Vgl. Zander, FS Klebe, 2018, S. 484; zu einer früheren Kritik Glaubitz, NZA 2003, 140.

⁶² Vgl. Kramer, FAZnet v. 11. 10. 2018, abrufbar unter: https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/ingo-kramer-in-der-f-a-z-mehr-tarifbindung-nur-mit-neuer-tarifpolitik-15831322.html?printPageArticle=true#pageIndex_0 (21. 2. 2019): »Motto: besser Teile eines Tarifvertrages als gar kein Tarifvertrag. Ein solches Modell kann eine »modulare Tarifbindung« sein. Arbeitgeber, die bislang nicht in der Tarifbindung sind, und Gewerkschaften sollen dabei aus einem Gesamtpaket eines Tarifwerks Module auswählen und diese für den Betrieb übernehmen können.«

⁶³ Vgl. IG Metall, Beteiligungsorientierte Erfahrungen mit zehn Jahren Pforzheimer Abkommen. Mitbestimmungs- und Beteiligungskongress der IG Metall 2014, Forum 3.A.

⁶⁴ Zur Diskussion über gesetzliche Vorkehrungen zur Stärkung der Tarifautonomie vgl. Bepler, Stärkung der Tarifautonomie, Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag 2014, München 2014; Referat zum Thema auf dem 70. Deutschen Juristentag 2014 von Deinert, S. K 11 ff.

Künstliche Intelligenz – eine Herausforderung für die Mitbestimmung

Dr. Thomas Klebe, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, Frankfurt aM.

- › Kein Computer der Serie 9000 hat jemals einen Fehler gemacht oder unklare Informationen gegeben.

Der Computer HAL 9000

in Stanley Kubricks Film »2001: Odyssee im Weltraum«

- › Well, basically I have intuition. I mean, the DNA of who I am is based on the millions of personalities of all the programmers who wrote me. But what makes me is my ability to grow through my experiences. So basically, in every moment I'm evolving, just like you.

Samantha, das Betriebssystem mit weiblicher Identität

in Spike Jonze Film »Her«

I. Einleitung

Der Jubilar hat immer hoch aktuell und überaus kompetent an den arbeitsrechtlichen Fragen neuer Technologien gearbeitet. So findet sich auch in seiner 6. Aufl. von »Digitalisierung und Arbeitsrecht« eine Passage zur künstlichen Intelligenz (KI).¹ Daher hoffe ich, dass dieser Beitrag sein Interesse findet.

KI als Teil der Digitalisierung prägt aktuell viele der Debatten. So hatte der letzte Digitalisierungsgipfel der Bundesregierung am 3. und 4. Dezember 2018 in Nürnberg dieses Thema als Schwerpunkt. Bis 2025 wird Deutschland insgesamt drei Mrd. € in diesem Bereich investieren und 100 neue Professuren schaffen.² Frankreich plant bis 2023 mit etwa 1,5 Mrd. € und die Europäische Union sieht (»hofft«) in ihrem Aktionsplan vom 7. Dezember 2018 Gesamtinvestitionen öffentlich und privat von 20 Mrd. € bis 2020 vor, von denen sie selbst 1,5 Mrd. € aufbringen will. In den nächsten zehn Jahren sollen dann in der EU jährlich 20 Mrd. € aufgewendet werden.³ Bekannt ist auch, dass Länder wie China oder die USA sowohl staatlich als auch durch Firmen wie Amazon oder Alibaba deutlich massiver in diesem Bereich investieren. China hat zB. angekündigt bis 2020 einen KI-Markt von 150 Mrd. \$ zu schaffen.⁴

Gleichzeitig hat eine gesellschaftliche Debatte darüber begonnen, wie mit selbstfahrenden Autos und Drohnen,

mit Tiefsee- und Weltraumrobotern, autonomen Waffensystemen, Softwareagenten wie Bots im Finanzgeschäft oder Deep Learning in der medizinischen Diagnostik und den möglichen weiteren Entwicklungen in Zukunft umgegangen werden soll. Was bedeutet es, wenn Maschinen sich selbst Strategien beibringen können und eigenständig nach neuen Informationen suchen? Was bedeutet es, wenn Abläufe in Maschinen von Menschen nicht mehr nachvollziehbar, nicht mehr überprüfbar sind? Die Europäische Gruppe für Ethik der Naturwissenschaften und der neuen Technologien, die auf der EU-Ebene arbeitet, hat erste Antworten auf diese ethischen, gesellschaftlichen und rechtlichen Herausforderungen zusammengestellt.⁵ Sie hat dabei Werte wie Transparenz der Systeme, Achtung des menschlichen Selbstbestimmungsrechts, Gerechtigkeit, demokratische Entscheidungswege und zB. auch Datenschutz und Privatsphäre als Orientierungspunkte genannt.⁶ Inzwischen liegt zudem der Entwurf⁷ einer von

1 Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 6. Aufl., Frankfurt aM. 2018, S. 209 ff.

2 Bundesregierung, Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung, 2018, abrufbar unter: <https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/publikationen/strategie-kuenstliche-intelligenz-der-bundesregierung-1551264> (21. 2. 2019), S. 6, 12, 15; Heuzeroth, Die Welt v. 3. 12. 2018, abrufbar unter: https://www.welt.de/print/die_welt/wirtschaft/article184884414/Kuenstliche-Intelligenz-wird-zum-Wachstumspfeiler.html (21. 2. 2019).

3 COM (2018) 795 final, S. 3 und Annex, S. 5; Hoppe/Gillmann, Handelsblatt v. 29. 11. 2018, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/international/kuenstliche-intelligenz-made-in-europe-20-milliarden-bis-2020-das-ist-die-ki-strategie-eu/23696932.html> (21. 2. 2019).

4 Heuzeroth, Die Welt v. 3. 12. 2018 (Fn. 2); vgl. zur weiteren Entwicklung der KI das Interview mit Jürgen Schmidhuber in Wirtschaftswoche v. 2. 11. 2018, S. 66 ff., der eine kommende KI-Welle für das Netz der Maschinen voraussagt.

5 Europäische Gruppe für Ethik der Naturwissenschaften und der Neuen Technologien, Erklärung zu künstlicher Intelligenz, Robotik und »autonomen« Systemen, Brüssel 2018, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/research/egte/pdf/egte_ai_statement_2018_de.pdf (21. 2. 2019).

6 Vgl. COM (2018) 795 final, S. 9 und Annex, S. 9, 20, die als wichtigen Grundsatz für die von ihr so genannte »KI made in Europe« eine integrierte Ethik nennt.

7 The European Commission's High-Level Expert Group On Artificial Intelligence, Draft Ethic Guidelines For Trustworthy AI, Brüssel 2018; der Entwurf sollte bis März 2019 zu einem finalen Papier entwickelt werden.

der Europäischen Kommission eingesetzten Experten-Gruppe zu ethischen Richtlinien für den Einsatz von KI vor, der allerdings nicht ausreichend ist. Doch dazu später.

Zunächst: Was bedeutet dies nun alles für die Arbeitswelt?⁸

II. Intelligenz? Künstlich?

KI ist der Oberbegriff für Informatikanwendungen, bei denen Maschinen menschenähnliches intelligentes Verhalten nachbilden. Die Anwendungen setzen die Verfügbarkeit und Auswertung großer Datenmengen voraus. Teilweise handelt es sich dabei um wissensbasierte Systeme, wie zB. Experten- oder Navigationssysteme, Zeichen- und einfache Spracherkennung, die das bewährte Problemlösungswissen der Menschen in computergerechte Modelle und Regeln übersetzen. Sie unterstützen menschliche Fähigkeiten und werden auch als schwache KI bezeichnet. Dem gegenüber können selbstlernende Systeme (starke KI), die in gewisser Anlehnung an das Gehirn des Menschen konzipiert sind (neuronale Netze), in einem Trainingsprozess auf das Erkennen von Mustern und Korrelationen ausgerichtet werden, um zB. aus vorhandenen Datenbeständen neue Ergebnisse zu entwickeln. In gewisser Weise handelt es sich dabei um »logisches Denken«, wenn Entscheidungen getroffen und selbstständig Probleme erfasst und bearbeitet werden. Die Schritte zu solchen Ergebnissen können bei selbstlernenden Systemen nicht im Einzelnen nachvollzogen werden, konkrete Ergebnisse des Vorgangs sind nicht exakt vorhersehbar.⁹ Es handelt sich um Systeme, die die Fähigkeiten der Menschen erweitern können, weil sie wahrnehmen, verstehen, handeln und lernen. Beispiele sind das maschinelle Lernen, bei dem Computer ihre Fähigkeiten durch Auswertung von Daten und Erfahrungen verbessern, oder das sogenannte »Deep Learning«, bei dem Computersysteme ihre Fähigkeiten immer wieder durch die Verknüpfung von neuen Daten mit den alten automatisch weiterentwickeln und dadurch immer besser in der Lage sind, auch komplexe Probleme zu lösen. KI wird in diversen gesellschaftlichen Bereichen eingesetzt, wie zB. in der Medizin, bei der Bekämpfung des Klimawandels, der Vorhersage von Naturkatastrophen, bei rechtlichen Fragen, bei der Steuerfahndung¹⁰, in Computerspielen oder auch zur Erzeugung von Kunstwerken.¹¹

III. Anwendungsbereiche von KI im Arbeitsleben

Zunächst lässt sich feststellen, dass KI bereits heute in allen Bereichen des Unternehmens von der Forschung und Entwicklung über Logistik und Produktion hin bis zu Marketing, Vertrieb und After Sales Anwendung findet.¹² Im Produktionsbereich werden sogenannte kollaborative Roboter, Cobots, eingesetzt, Warenlager werden algorithmisch optimiert, Transportsysteme sind fahrerlos. Im Büro werden Texte elektronisch übersetzt, durch Robotic Process Automation (RPA) werden E-Mails kategorisiert und mit Antwortvorschlägen versehen.¹³ In Call-Centern verstehen Chat-Bots menschliche Sprache und antworten, wie man es auch aus dem privaten Bereich mit Alexa und Siri kennt. Bei der Personalauswahl werden Algorithmen jedenfalls zur Vorauswahl von Bewerberinnen und Bewerbern eingesetzt. Darüber hinaus wird die Verknüpfung von IT- und Produktionstechnologien weiter ausgebaut. Maschinen »kommunizieren« direkt miteinander und mit Werkstücken/Teilen, überwachen und steuern sich selbst. Durch die Verarbeitung riesiger Datenmengen (»Big Data«) und deren lernende Aufbereitung (»Smart Data«) in Simulationssystemen wird die Fehlerfrüherkennung und die präventive Wartung/Instandhaltung weiter perfektioniert.¹⁴ Ziel ist eine vertikale Vernetzung im Unter-

8 Weitergehende Fragen, wie zB. die Einführung einer Datensteuer (dazu das Interview mit ver.di-Vorstandsmitglied *Lothar Schröder* in Handelsblatt v. 4. 12. 2018, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/bundesvorstand-lothar-schroeder-denkbar-waere-eine-datensteuer-verdi-fordert-verteilung-von-gewinnen-durch-ki/23714652.html> [21. 2. 2019]), das Verbot autonomer Waffensysteme (*Heide/Kerkmann/Scheuer/Murphy*, Handelsblatt v. 5. 12. 2018, S. 6), Haftungsfragen bei autonom fahrenden Autos oder Fragen des Urheberrechts bei vom Computer generierten Werken (hier gibt es bereits erste gesetzliche Regelungen in Großbritannien und Japan) sind selbstverständlich ebenfalls sehr wichtig, werden hier aber nicht diskutiert.

9 Vgl. zB. das Interview mit *Wolfgang Wahlster* in Zeit Online v. 25. 7. 2018, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2018/31/kuenstliche-intelligenz-autonomes-fahren-wolfgang-wahlster-interview/komplettansicht> (21. 2. 2019); *Daugherty/Wilson*, Human + Machine, München 2018, S. 11; vgl. auch Bundesregierung, Strategie Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 4 f.; *Groß/Gressel*, NZA 2016, 990, 991.

10 FAZ v. 8. 12. 2018, abrufbar unter: <https://www.faz.net/-gzg-9hgsj> (21. 2. 2019).

11 Vgl. hierzu auch *Brien*, t3n v. 26. 2. 2018, abrufbar unter: <https://t3n.de/news/ki-schlaegt-anwaelte-analyse-963741/> (21. 2. 2019), wo berichtet wird, dass die KI der Plattform Lawgeex in einem Test 20 US-Anwälte bei der Analyse von Verträgen sowohl in punkto Genauigkeit als auch bei der Dauer der Lösungsfindung klar hinter sich gelassen hat. Der Algorithmus brauchte nur 26 Sekunden und erreichte eine Genauigkeit von 94 %, während die Anwälte im Schnitt 92 Minuten brauchten und nur zu 85 % genau waren.

12 *Daugherty/Wilson* (Fn. 9) schildern eine Vielzahl von praktischen Beispielen auf S. 33, 38, 42, 57, 58, 70 ff.

13 *Daugherty/Wilson* (Fn. 9), S. 57.

14 *Daugherty/Wilson* (Fn. 9), S. 199.

nehmen, ein durchgängiger Datenfluss, und eine horizontale Vernetzung des Unternehmens im Wertschöpfungs-system.¹⁵ Ein Beispiel hierfür ist Airbus mit der Integration von Zulieferern und Kunden auf der Plattform Skywise. Mit der Integration der Zulieferer werden Lieferprobleme früh erkannt und sonst erforderliche Zeitpuffer eliminiert, mit der Integration von Kunden/Fluggesellschaften werden riesige Datenmengen, die beim Betrieb der Flugzeuge anfallen, analysiert, um durch vorbeugende Wartung Defekte und Ausfallzeiten zu vermeiden.¹⁶

Dies alles verdeutlicht, welche Bedeutung bereits gegenwärtig, aber sicherlich extrem verstärkt in Zukunft das Verständnis von KI und hierzu formulierte Antworten und Gestaltungsziele für die Interessenvertretung von Betriebsräten und Gewerkschaften haben.

IV. KI und Betriebsratsrechte

1. Informations- und Beratungsrechte

Wie bereits der kurze Überblick zeigt, werden die Digitalisierung und insbesondere auch KI die Betriebe und Unternehmen grundlegend verändern. Fragen der Beschäftigungssicherung und der beruflichen Fortbildung, des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, des Datenschutzes und der Wahrung von Persönlichkeitsrechten und der Gestaltung von Entscheidungsprozessen bei Personalfragen werden sich in einer neuen und ganz anderen Art und Weise für die Betriebsparteien stellen.

Es liegt auf der Hand, dass der Betriebsrat dann zunächst einmal über die *geplanten* Veränderungen informiert werden muss. Entsprechende Rechte folgen für ihn aus § 80 Abs. 2 iVm. Abs. 1 Nr. 1 und 2 BetrVG, wonach er zB. die Aufgabe hat, die zugunsten der Arbeitnehmer geltenden Gesetze zu überwachen oder Maßnahmen, die dem Betrieb und der Belegschaft dienen, beim Arbeitgeber zu beantragen. Informationsrechte bestehen auch nach § 90 BetrVG wegen der Planung technischer Anlagen, von Arbeitsverfahren, Arbeitsabläufen und Arbeitsplätzen. Dabei sollen die Betriebsparteien die gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse über die menschenrechtliche Gestaltung der Arbeit berücksichtigen.¹⁷ Über die Personalplanung hat der Arbeitgeber den Betriebsrat nach § 92 BetrVG zu informieren. Schließlich handelt es sich bei den angesprochenen Vorgängen um Themen, die auch

in den Wirtschaftsausschuss jedenfalls nach § 106 Abs. 3 Nr. 3, 4, 5 und 10 BetrVG gehören. Besteht ein Aufsichtsrat, ist dieser nach § 90 AktG bei strategischen Entscheidungen wie den oben geschilderten Veränderungsprozessen einzubeziehen. Der Informationsanspruch des Betriebsrates ist fortlaufend und unaufgefordert vom Arbeitgeber zu erfüllen. Die Information hat rechtzeitig und umfassend, dh. so früh wie möglich, zu erfolgen, damit die gesetzgeberische Intention erfüllt werden kann: Der Betriebsrat soll die Möglichkeit haben, auf die unternehmerische Entscheidung, auf deren Planung, Einfluss zu nehmen.¹⁸ Die zur Durchführung seiner Aufgaben erforderlichen Unterlagen sind dem Betriebsrat nach § 80 Abs. 2 BetrVG zur Verfügung zu stellen bzw. nach § 90 Abs. 1 BetrVG vorzulegen. Unter Vorlage ist ebenfalls, wenn erforderlich, eine Überlassung auf Dauer zu verstehen, da § 80 BetrVG als übergreifende Vorschrift zu sehen ist.¹⁹ Der Betriebsrat muss sich ein möglichst genaues Bild vom Umfang und den Auswirkungen der geplanten Maßnahme machen können. Dafür müssen ihm alle wesentlichen Tatsachen, Einschätzungen und Bewertungen zugänglich gemacht werden.²⁰ Gerade bei KI ist es dabei auch erforderlich, dass die Arbeitsmittel/Systeme für die Beschäftigten transparent sind, dass ihnen klar ist, welche genauen Anforderungen und Erwartungen bei der Erfüllung der Arbeitsaufgaben bestehen.²¹

Erst nach Abschluss der Informationsphase ist dann die Beratung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat durchzuführen. Die Beratungsrechte können nach richtiger Auffassung mit dem Unterlassungsanspruch des Betriebsrats,

15 Vgl. zB. *Klebe*, NZA-Beil. 3/2017, 77 mwN.; *Jürgens/Hoffmann/Schildmann*, Arbeit transformieren, Bielefeld 2017; *Reger*, FAZ v. 12.12.2018, S. 18, wirt die Frage auf, ob aktuell oder jedenfalls demnächst Unternehmensführungen die Pflicht haben, in der Vorbereitung von Leitungsentscheidungen KI einzusetzen.

16 Vgl. *Hanke*, Handelsblatt v. 17.1.2019, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/flugzeugbauer-airbus-will-zum-google-der-luftfahrt-werden/23872596.html> (21.2.2019); danach beteiligen sich zurzeit 30 Fluggesellschaften mit ihren Daten von 3.000 Jets an der Plattform. Ende 2019 sollen es bereits ca. 15.000 Flugzeuge sein.

17 Vgl. auch *Kohte*, FS Klebe, 2018, S. 237, 238 f.

18 BAG, 11.12.2011 – 7 ABR 16/91 – AP Nr. 2 zu § 90 BetrVG 1972; *Klebe*, in: *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde* (Hrsg.), BetrVG, 16. Aufl., Frankfurt aM. 2018 (im Folgenden: DKKW), § 90 Rn. 19 mwN.; *Fitting/Engels/Schmidt/Trebing/Linsenmaier* (Hrsg.), BetrVG, 29. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Fitting), § 90 Rn. 8 f.; *Kohte*, FS Klebe, 2018, S. 237, 239.

19 Vgl. DKKW-Klebe (Fn. 18), § 90 Rn. 25 f.; Fitting (Fn. 18), § 90 Rn. 12.

20 DKKW-Buschmann (Fn. 18), § 80 Rn. 97; DKKW-Klebe (Fn. 18), § 90 Rn. 23; Fitting (Fn. 18), § 90 Rn. 11.

21 *Kohte*, NZA 2015, 1417, 1418.

auch per einstweiliger Verfügung, gesichert werden, wenn die Information des Arbeitgebers nicht ausreichend ist.²² Gerade dies ist in der Praxis häufig ein Problem: Die Information erfolgt zu spät, nur scheinbarweise oder Entscheidungen sind bereits getroffen.²³ Schließlich entsteht bei den Informationsrechten generell noch ein weiteres Problem, wenn das Unternehmen/der Betrieb eine ausländische Mutter hat. Hier ist die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes²⁴ zu restriktiv. So soll der Betriebsrat zB kein Informationsrecht haben, wenn Aktienoptionen nicht vom Arbeitgeber, sondern von der ausländischen Muttergesellschaft gewährt werden. Dem kann nicht gefolgt werden. Auch wenn die Leistung durch die Muttergesellschaft erfolgt, bleibt es dabei, dass diese ausschließlich wegen des Arbeitsverhältnisses gewährt wird und Arbeitsentgelt ist. Hiermit wird kollektiv oder/und individuell die Arbeit der Beschäftigten honoriert bzw. eine besondere Motivierung für die Arbeit angestrebt. Der Arbeitgeber macht sich die Leistung zu eigen. Er hat deshalb zu informieren und auch die Einhaltung von Mitbestimmungsrechten (zB. § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG) sicher zu stellen. Dies wird durch die steuerliche Bewertung bestätigt.²⁵ Der Arbeitgeber ist auch in diesem Falle zur Abführung der Steuern der Beschäftigten verpflichtet (§ 38 Abs. 1 Nr. 3 EStG). Nicht zuletzt dieser Umstand zeigt, dass er die entsprechenden Informationen, zB. über die Gewährung von Aktienoptionen oder Gratifikationen hat und anderweitige Erklärungen Schutzbehauptungen sind, um den Betriebsrat ins Leere laufen zu lassen.

2. Handlungsfelder und Rechte des Betriebsrats

a) Beschäftigungssicherung und Qualifizierung

*Daugherty/Wilson*²⁶ heben in ihrer Analyse, die auf einer Studie mit 1500 Unternehmen basiert, die KI und maschinelles Lernen einsetzen, hervor, dass die größten Produktivitätssteigerungen zu erzielen sind, wenn Mensch und Maschine zusammenarbeiten und nicht miteinander konkurrieren. Gleichwohl werden durch KI Arbeitsplätze wegfallen, weil viele Prozesse neugestaltet und automatisiert werden. Andere, neue Arbeitsplätze werden entstehen. Spezifische Schätzungen zu den Auswirkungen von KI in diesem Bereich fehlen bisher. Es gibt allerdings eine Reihe von Untersuchungen zu den Auswirkungen der Digitalisierung generell.²⁷ Überträgt man diese Erkenntnisse, so kann man feststellen, dass durch intensive Weiterbildung

die Möglichkeit besteht, viele Beschäftigte für Arbeitsplätze, die sich durch die Transformation ändern oder neu entstehen, zu qualifizieren. Zwingend nötig ist allerdings ein entsprechender Gestaltungswille in den Betrieben.

Der Betriebsrat kann nach § 92a BetrVG Vorschläge zur Sicherung und Förderung der Beschäftigung machen. Sie werden sich aus den Informationen des Arbeitgebers und der Beratung mit ihm ergeben. Zudem hat der Betriebsrat die Möglichkeit, die Beschäftigten zu befragen und nach § 80 Abs. 2 S. 4 BetrVG sachkundige Arbeitnehmer als Auskunftsperson heranzuziehen. Schließlich besteht auch nach § 80 Abs. 3 BetrVG und erleichtert nach § 111 S. 2 BetrVG die Möglichkeit, Sachverständige zu seiner Unterstützung heranzuziehen.²⁸

Zur Sicherung der Beschäftigung selbst stellt das Gesetz nur eingeschränkte Mitbestimmungsmöglichkeiten zur Verfügung: Nach §§ 111 f. BetrVG kann der Betriebsrat mit einem Interessenausgleich, der allerdings nicht erzwingbar ist, versuchen, die Betriebsveränderung selbst zu gestalten. Kommt der Interessenausgleich zustande, ist er nach richtiger Auffassung auch einklagbar.²⁹ Ansonsten bleiben nur die Möglichkeiten des Sozialplans, nämlich wirtschaftliche Nachteile für die Beschäftigten auszugleichen. Voraussetzung ist in jedem Falle, dass eine Betriebsveränderung vorliegt. Hierfür kommen bei der Digitalisierung generell und spezifisch bei KI § 111 S. 3 Nr. 4 (»Grundlegende Änderungen der Betriebsorganisation [...] oder der Betriebsanlagen«) und Nr. 5 BetrVG (»Einführung grundlegend neuer Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren«) in Frage. Bei den Betriebsanlagen reicht auch die Änderung einzelner, wenn es sich um eine solche handelt, die in der Gesamtschau von erheblicher Bedeutung für den gesamten Betriebsablauf sind. Ist die Bedeutung zweifelhaft, ist letztlich auf die Zahl der Arbeitnehmer (vgl. § 17 Abs. 1 KSchG), die von der Änderung der Betriebsanlagen betroffen werden, abzustellen. Ähnlich ist

22 DKKW-Klebe (Fn. 18), § 90 Rn. 38 mwN.; aA. Fitting (Fn. 18), § 90 Rn. 48 mwN.

23 Kohte, FS Klebe, 2018, S. 237, 240.

24 BAG, 20. 3. 2018 – 1 ABR 15/17 – AP Nr. 83 zu § 80 BetrVG 1972.

25 DKKW-Klebe (Fn. 18), § 87 Rn. 328.

26 *Daugherty/Wilson* (Fn. 9), S. 116.

27 Vgl. die Nachweise bei Klebe, NZA-Beil. 3/2017, 77, 79 f.

28 DKKW-Däubler (Fn. 18), § 92 a Rn. 11 f.

29 DKKW-Däubler (Fn. 18), §§ 112, 112a Rn. 23 ff.; LAG München, 16. 7. 1997 – 9 TaBV 54/97 – AuR 1998, 89.

die Beurteilung bei den Arbeitsmethoden und Fertigungsverfahren.³⁰ Auch hier kann der Betriebsrat seine Rechte nach § 112 Abs. 2 BetrVG mit dem Unterlassungsanspruch, gegebenenfalls per einstweiliger Verfügung, sichern.³¹

In Hinblick auf die Weiterqualifizierung der Beschäftigten ist insbesondere das Initiativrecht des Betriebsrats nach § 97 Abs. 2 BetrVG von Bedeutung. Er kann bei Plänen des Arbeitgebers, die dazu führen, dass die Beschäftigten ihre Aufgaben nicht mehr erfüllen können, die Einführung von Maßnahmen der betrieblichen Berufsbildung einfordern und ggf. über die Einigungsstelle durchsetzen (»Anpassungsqualifikation«). Nach § 98 BetrVG bestimmt er auch bei der Durchführung der betrieblichen Bildungsmaßnahmen mit.

b) Arbeits- und Gesundheitsschutz

Die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats ergeben sich aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 und § 91 BetrVG. § 91 BetrVG hat allerdings wegen seiner extrem hohen Anforderungen in der betrieblichen Praxis keine Bedeutung.

§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG setzt eine Rahmenvorschrift voraus, die unmittelbar oder mittelbar dem Gesundheitsschutz dient und dem Arbeitgeber für seine Maßnahmen einen Beurteilungs- oder Ermessensspielraum lässt. Dieser ist dann von den Betriebsparteien gemeinsam auszufüllen.³² Als Rahmenvorschriften bei KI-Anwendungen kommen zB. die Regelungen des ArbSchG und auch der BetrSichV in Frage.³³

Die Rechte des Betriebsrats beginnen dabei sinnvollerweise mit der Gefährdungsbeurteilung, bei der er ein Mitbestimmungsrecht ua. nach § 5 ArbSchG iVm. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hat. Eine Gefährdung kann sich zB. aus unzureichender Qualifikation und Unterweisung der Beschäftigten oder aus psychischen Belastungen bei der Arbeit ergeben (§ 5 Abs. 3 Nr. 5, 6 ArbSchG).

Die Beschäftigten sind also gründlich auf den Einsatz von KI vorzubereiten. Ihre betriebliche Anwendung ist mit den konkreten Auswirkungen genau zu analysieren. So wird sich zB. die Frage stellen, ob psychische Belastungen insbesondere dann zunehmen, wenn es zu veränderten Weisungsstrukturen kommt, der Computer sozusagen zum Vorgesetzten wird, oder ob der Einsatz von KI das Arbeitstempo für Beschäftigte in der Zusammenarbeit gesundheitsgefährdend steigert.

Entsprechende gesundheitsfördernde Maßnahmen lassen sich dann, wenn sich eine konkrete Gefährdung, also

potentiell gesundheitlich schädliche Einflüsse oder die Möglichkeit einer gesundheitlichen Beeinträchtigung, feststellen lässt, zB. im Rahmen von § 3 ArbSchG durchsetzen.³⁴ Als Mittel der Gefährdungsbeurteilung kann grundsätzlich auch eine Befragung der Beschäftigten durchgeführt werden.³⁵

Nach §§ 3–6 BetrSichV³⁶ muss für Arbeitsmittel ebenfalls eine Gefährdungsbeurteilung hinsichtlich physischer und psychischer Belastungen durchgeführt werden. Sie dürfen erst eingesetzt werden, wenn auch die erforderlichen Schutzmaßnahmen durchgeführt worden sind.³⁷ Auch hier hat der Betriebsrat Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bei der Analyse und den erforderlichen Maßnahmen.

c) Beschäftigtendatenschutz

(1) Die allgemeine Rechtslage

Maßgeblich sind hier insbesondere das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, die europäische Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und das Bundesdatenschutzgesetz. Zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG gibt es eine ausführliche BAG-Rechtsprechung.³⁸ Danach besteht ein Mitbestimmungsrecht, wenn personenbeziehbare Daten technisch erfasst oder/und verarbeitet werden. Es kommt nicht auf eine Kontrollabsicht des Arbeitgebers an oder darauf, ob mit den Daten überhaupt eine sachgerechte Beurteilung von Beschäftigten möglich wäre. Die Erfassung und Verarbeitung, zB. auf der Basis einer Betriebsvereinbarung, muss das Persönlichkeitsrecht der Beschäftigten und zwingende gesetzliche Vorschriften beachten.

30 BAG, 26.10.1982 – 1 ABR 11/81 – AP Nr. 10 zu § 111 BetrVG 1972; BAG, 23.8.1990 – 6 AZR 528/88 – AP Nr. 1 zu § 1 TVG Tarifverträge Keramikindustrie; DKKW-Däubler (Fn. 18), § 111 Rn. 107, 109, 114.

31 DKKW-Däubler (Fn. 18), § 112, 112 a Rn. 52ff. mwN.

32 Vgl. zB. BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 25/15 – NZA 2017, 1132, 1135f.; BAG, 18.7.2017 – 1 ABR 59/15 – NZA 2017, 1615, 1616.

33 DKKW-Klebe (Fn. 18), § 87 Rn. 239ff., 249.

34 Vgl. BAG, 18.7.2017 – 1 ABR 59/15 – NZA 2017, 1615, 1616; BAG, 21.11.2017 – 1 ABR 47/16 – NZA 2018, 380, 383; BAG, 24.4.2018 – 1 ABR 6/16 – NZA 2018, 1565, 1573f.; LAG Köln, 20.8.2018 – 9 TaBV 32/18 – ZBVR online 2019, 6 Rn. 15ff.; Fieseler/Berger, NZA 2018, 1520ff.

35 BAG, 21.11.2017 – 1 ABR 47/16 – NZA 2018, 380, 383.

36 Hierzu Kohte, NZA 2015, 1417, 1419f.

37 Kohte, FS Klebe, 2018, S. 237, 240.

38 Vgl. zuletzt BAG, 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 – NZA 2017, 657, 661; BAG, 25.4.2017 – 1 ABR 46/15 – NZA 2017, 1205, 1209; vgl. auch Treber, FS Klebe, 2018, S. 388ff.; zu Dohna-Jaeger, FS Klebe, 2018, S. 101ff.; Klebe, AuR 2017, 307ff.

Danach können Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht nur gerechtfertigt sein, wenn sie geeignet, erforderlich und bei Berücksichtigung der garantierten Freiheitsrechte angemessen sind, um den verfolgten legitimen Zweck zu erreichen. Dies führt im dritten Prüfungsschritt zu einer Interessenabwägung: Die Schwere des Eingriffs in das Persönlichkeitsrecht darf nicht bei einer Gesamtabwägung außer Verhältnis zu dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe stehen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne).³⁹

(2) Regelungsansätze bei KI

Die Grundsätze der Rechtsprechung sind also klar. Bei Anwendungen von KI, und dies wird sehr häufig der Fall sein mit personenbezieharen Daten, besteht also ein Mitbestimmungsrecht. Doch hier stellen sich nun sehr praktische Fragen. Wenn Systeme sich ständig selbst weiterentwickeln und Ergebnisse, wenigstens teilweise, nicht bis ins Letzte vorhersehbar sind, müsste im Grunde bei jeder Änderung der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht ausüben. Dies wird kaum realistisch sein und würde beide Betriebsparteien völlig überfordern. Die Ausübung der Mitbestimmung bei KI-Anwendungen wird sich also von der bei bisher üblichen technischen Einrichtungen unterscheiden müssen. Ein Weg, diese praktischen Probleme mit einer Betriebsvereinbarung anzugehen, ist, anonymisierte Daten zu verarbeiten.⁴⁰ In einer Vielzahl von Fällen ist der Personenbezug für das Ergebnis irrelevant. Zudem werden technische Lösungen, wie sie auch die DSGVO zB. in Art. 25 anspricht, erforderlich sein, also feste Standards, die bei jeder Anwendung automatisch implementiert und nicht jedes Mal neu zu vereinbaren sind. Bei der Definition des Algorithmus müssen demzufolge zB. bereits Löschfristen festgelegt werden. Personenbeziehare Daten sind zu aggregieren. Wichtig wäre auch, wie *Eder*⁴¹ vorgeschlagen hat, dass bei der Definition des Algorithmus eine mitbestimmungsfreundliche Technikgestaltung und mitbestimmungsfreundliche Voreinstellungen berücksichtigt werden. Ein Verwertungsverbot von personenbezieharen Daten und Auswertungen zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle oder zu personellen Einzelmaßnahmen lässt sich auch auf der Basis der DSGVO in einer Betriebsvereinbarung festlegen. Werden die Daten nicht grenzüberschreitend verarbeitet, ist Art. 1 Abs. 3 nicht einschlägig, erfolgt der Vorgang grenzüberschreitend, wird der freie Verkehr der Daten nicht eingeschränkt, sondern nur ihre Verwendung. Auch eine Zertifizierung von KI-Anwendungen, die

die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten schützen, wäre sinnvoll.⁴² Zudem muss gewährleistet sein, dass die Arbeitsweise der KI nachvollziehbar ist.⁴³ Schließlich wird es wichtig sein, dass die Betriebsparteien Prozessvereinbarungen treffen, die es ihnen ermöglichen, Arbeitsweise und Entscheidungen der KI zu überprüfen und ggf. zu korrigieren. Hierfür sind auch befristete Regelungen bzw. Pilotprojekte geeignet, die ua. Informations-, Beratungs- und Kontrollrechte für den Betriebsrat präzisieren. Und schließlich: Es wäre ein Albtraum, wenn Algorithmen so definiert würden und arbeiteten, dass sie menschliche »Störungen« ausschließen und damit, wie der Computer HAL 9000, Eingriffe des Menschen verhinderten. Damit wird allerdings ein Bereich angesprochen, der fundamental ethische Fragen betrifft, die eines gesellschaftlichen Konsenses bedürfen und nicht in erster Linie die Mitbestimmung betreffen.

Die Position der Arbeitgeber⁴⁴ erkennt zwar die neue Problematik im § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, bietet allerdings keine angemessenen Lösungen an. Allein die Beschleunigung von Mitbestimmungsverfahren durch vorläufige einseitige Arbeitgeberentscheidungen oder die Ablehnung der von der Bundesregierung in ihrer KI-Strategie angesprochenen Ergänzung der Vorschrift durch Hinzuziehung eines Sachverständigen und eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes sind keine verantwortlichen Vorschläge, sondern erkennbar ausschließlich interessendominiert.

Schließlich ist für den Datenschutz in einer globalisierten Welt von großer Bedeutung, dass Standards gesetzt werden, die die Persönlichkeitsrechte weltweit schützen. In diesem Zusammenhang ist es durchaus aufschlussreich, dass Facebook verkündet hat, die EU-Standards weltweit anzuwenden und *Tim Cook*, der CEO von Apple, die DSGVO für vorbildlich, auch für die USA, hält.⁴⁵

39 BAG, 25. 4. 2017 – 1 ABR 46/15 – NZA 2017, 1205, 1209.

40 Vgl. auch die Verordnung (EU) Nr. 1807/2018 v. 14. 11. 2018 zum freien Verkehr nicht-personenbezogener Daten in der Europäischen Union, ABl. 2018, L 303/59.

41 Vgl. auch *Eder*, FS Klebe, 2018, S. 112, 114.

42 Vgl. Bundesregierung, Strategie Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 26 f.

43 Vgl. auch *Eder*, FS Klebe, 2018, S. 112, 114.

44 Vgl. Gemeinsame Position der Wirtschaft- und Arbeitgeberverbände in der Fokusgruppe »künstliche Intelligenz in der Arbeitswelt« des BMAS, Stand 30. 11. 2018, S. 3 und 4; BDA, Geschäftsbericht 2018, S. 25.

45 *Pennekamp/Lindner*, FAZ v. 15. 12. 2018, abrufbar unter: <https://www.faz.net/ikh-9hoxk> (21. 2. 2019).

d) Personalentscheidungen

Wie oben erwähnt, werden Algorithmen auch bei Personalentscheidungen eingesetzt.⁴⁶ So dienen sie zB. der Vorauswahl bei Einstellungen. Angeblich sind sie in der Lage, diskriminierungs- und fehlerfrei zu arbeiten, jedenfalls objektiver als Menschen. Dies ist jedoch, wie praktische Beispiele zeigen, erheblich in Zweifel zu ziehen. So sagen Algorithmen in Strafverfahren die Rückfälligkeit bei Afroamerikanern zu Unrecht öfter als hochwahrscheinlich vorher. Oder anders formuliert: Wenn Trainingsdaten Diskriminierungen enthalten, fließen sie selbstverständlich auch in die Bewertungen und Ergebnisse mit ein. Der Betriebsrat hat somit allen Grund, seine bei der Personalauswahl bestehenden Rechte sorgfältig wahrzunehmen. Er sollte sich also, wenn ein Algorithmus verwendet wird, hierüber sehr umfassend informieren und prüfen, ob er diskriminierungs- und vorurteilsfrei ist; ob er tatsächlich in der Lage ist, eine vernünftige, faire Entscheidung zu treffen. Zudem sollte ein Algorithmus nur bei der Vorauswahl eingesetzt werden. Die endgültige Entscheidung müssen immer Menschen treffen. Dies gibt auch Art. 22 DSGVO vor, wonach eine Entscheidung, die gegenüber einer Person rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt, nicht ausschließlich durch eine automatisierte Verarbeitung getroffen werden darf.⁴⁷ In ErwG. 71 zur DSGVO wird als Beispiel ein Online-Einstellungsverfahren ohne jegliches menschliche Eingreifen genannt.

Der Ausnahmetatbestand der ausdrücklichen Einwilligung wird nur in seltenen Fällen gegeben sein. Eine wirksame Einwilligung setzt die Informiertheit der betroffenen Person, die Bestimmtheit der Erklärung und ihre Freiwilligkeit voraus. Die Anforderungen an die Informiertheit werden sowohl den Daten-Input, die Logik und Struktur des Algorithmus wie auch seine Entscheidungskriterien umfassen.⁴⁸ Von einer Freiwilligkeit wird man nur bei »gleicher Augenhöhe« sprechen können, die zwischen den Parteien im Arbeitsverhältnis und bei Bewerbungen typischerweise nicht gegeben ist.

Mitbestimmungsrechtlicher Ansatz für den Betriebsrat, das Einstellungsverfahren und sonstige personelle Maßnahmen transparent und für die Betroffenen nachvollziehbar, diskriminierungsfrei und fair zu regeln, ergeben sich aus § 95 und §§ 99, 102 BetrVG. In Betrieben mit mehr als 500 Arbeitnehmern hat der Betriebsrat bei Auswahlrichtlinien ein Initiativrecht. Aber auch in kleineren Betrieben, in denen der Betriebsrat kein Initiativ- sondern nur ein Zustimmungs- bzw. Zustimmungsverweigerungs-

recht hat, wird eine systematische Analyse der Personalentscheidungen häufig ergeben, dass der Arbeitgeber auch ohne schriftliche Fixierung Richtlinien vorgibt und beachtet. Diese sind dann mitzubestimmen⁴⁹ und können das Zustimmungsverweigerungsrecht des Betriebsrats bei personellen Einzelmaßnahmen nach § 99 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG auslösen. Nach § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG kann der Betriebsrat im Übrigen auch die Zustimmung verweigern, wenn die personelle Maßnahme gegen ein Gesetz, wie beispielsweise die DSGVO, verstößt. Wichtig ist aber vor allem, dass der Betriebsrat beim Einsatz von KI in einem ersten Schritt über § 95 BetrVG das Auswahlverfahren im Sinne einer fairen Behandlung von Bewerbern und Beschäftigten gestaltet. Da die Auswahlrichtlinien auch Kündigungen betreffen,⁵⁰ besteht zu § 102 BetrVG, wie auch das Widerspruchsrechts des Betriebsrats nach § 102 Abs. 3 Nr. 2 BetrVG zeigt, ebenfalls eine enge Verbindung.

e) Weisungsrecht des Arbeitgebers

Wenn KI eingesetzt wird, ist es denkbar, dass durch sie Auswahlentscheidungen zum Einsatz von Beschäftigten getroffen oder den Beschäftigten Vorgaben gemacht werden. ZB. ist es möglich, dass durch den Algorithmus Beschäftigten eine bestimmte Reihenfolge der zu erfüllenden Aufgaben vorgegeben wird. Der Jubilar hat zu Recht auf § 106 GewO hingewiesen, wonach das Direktionsrecht »nach billigem Ermessen« auszuüben ist⁵¹ und zudem auf Art. 22 DSGVO. Um diese Problematik zu lösen geht er zu Recht davon aus, dass Vorgaben eines Algorithmus nicht als Anweisung, sondern als Empfehlung zu qualifizieren sind und daher keine rechtlich bindende Wirkung haben.⁵²

46 Hierzu auch *Dzida*, NZA 2017, 541 ff.

47 Vgl. im einzelnen *Weichert*, in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer* (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu, Frankfurt aM. 2018 (im Folgenden: DWWS), Art. 22 DSGVO Rn. 25 ff.; *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht (Fn. 1), S. 296.

48 DWWS-*Weichert* (Fn. 47), Art. 22 DSGVO Rn. 25 ff., 46 ff.; vgl. auch § 6a BDSG-alt.

49 DKKW-*Klebe* (Fn. 18), § 95 Rn. 15 f.

50 Nach richtiger Auffassung können Auswahlrichtlinien nicht nur Regelungen für betriebsbedingte, sondern auch für personen- und verhaltensbedingte Kündigungen aufstellen; vgl. DKKW-*Klebe* (Fn. 18), § 95 Rn. 29 f. mwN.; das BAG lässt im Übrigen den Widerspruch nach § 102 Abs. 3 BetrVG dementsprechend für alle diese Kündigungen zu, vgl. BAG, 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77 – AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

51 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht (Fn. 1), S. 298.

52 *Däubler*, Digitalisierung und Arbeitsrecht (Fn. 1), S. 298 f.; vgl. auch *Ivanova/Bronowicka/Kocher/Degner*, Foodora and Deliveroo: The App as a Boss?, Düsseldorf 2018, abrufbar unter: <https://www.boeckler.de/64509.htm?produkt=HBS-007048&chunk=1&jahr> (21. 2. 2019).

V. Rechtspolitische Überlegungen

Dieser Beitrag versucht, auf absehbar auf das Arbeitsrecht zukommende Fragestellungen einzugehen. Der Einsatz von KI, wie viel lieber würde ich von kritischer Intelligenz sprechen, stellt völlig neue Anforderungen auch an das Handeln der Betriebsparteien. Ein Nachvollziehen und Verstehen der Algorithmen ist dabei unverzichtbar. Es muss immer klar sein, wann und wo algorithmische Entscheidungen zum Einsatz kommen und auch, welche Daten verwendet werden. Nur auf dieser Basis kann der Betriebsrat seine Mitbestimmungsrechte im Sinne der Beschäftigten ausüben. Darüber hinaus ist solche Transparenz auch für die Beschäftigten unverzichtbar.

Hierfür ist allerdings erforderlich, dass seine Rechte, wie dies auch die Bundesregierung in ihrem Strategiepapier anspricht,⁵³ den beschriebenen Entwicklungen angepasst werden. Dabei sind allerdings die Passagen, die die Absicht beschreiben, klarzustellen, dass die §§ 90, 95 BetrVG auch auf KI Anwendung finden, ebenso überflüssig wie die Möglichkeit für die Betriebsparteien, sich gemeinsam im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auf einen externen Sachverständigen zu einigen.⁵⁴ Ersteres ist, wie gezeigt, sowieso der Fall, letzteres ist bei einer Einigung immer möglich. Sinnvoll wäre vielmehr, den Einsatz von KI bei allen Personalentscheidungen ausdrücklich auf Vorprüfungen zu begrenzen und entsprechend § 111 S. 2 BetrVG, allerdings unabhängig von der Betriebsgröße, dem Betriebsrat im Rahmen von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG das Recht zu geben, Sachverständige ohne vorherige Zustimmung des Arbeitgebers einzuschalten, wenn dies, wie im Regelfall, erforderlich ist. Noch besser wäre allerdings, dieses Recht generell zu geben und den § 80 Abs. 3 BetrVG in diesem Sinne zu novellieren.

Gleichzeitig sollten die Mitbestimmungsrechte generell den aktuellen Entwicklungen angepasst werden.⁵⁵ Hierzu gehören die folgenden Aspekte:

- § 92a BetrVG sollte zu einem Mitbestimmungsrecht erweitert werden, damit sich der Betriebsrat wirksamer für Beschäftigungssicherung einsetzen kann;
- bei der betrieblichen Weiterbildung sollte ein generelles Initiativrecht des Betriebsrats geschaffen werden;
- der Betriebsrat sollte ein Mitbestimmungsrecht bei der Personalbemessung und Arbeitsorganisation erhalten, wie dies *Karl Fitting*⁵⁶ bereits 1986 vorgeschlagen hat;

- § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sollte als generelles Initiativrecht ausgestaltet und um ein Mitbestimmungsrecht beim Datenschutz und zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten ergänzt werden.

Und schließlich: Ein Beschäftigtendatenschutzgesetz ist sinnvoll und überfällig.⁵⁷ Nur so wird sich der von der Bundesregierung formulierte Anspruch eines menschenzentrierten Einsatzes von KI in der Arbeitswelt einlösen lassen.

VI. Der Einsatz von KI – auch eine ethische Frage

KI ist allerdings nicht nur ein betriebliches Thema, sondern stellt auch an den gesellschaftlichen Diskurs neue Anforderungen. Die oben erwähnten Aspekte und Anforderungen der EU-Arbeitsgruppe deuten einen Rahmen an, in dem ethisch verantwortungsvoll diskutiert werden könnte.⁵⁸

Die von der Europäischen Kommission gebildete Expertengruppe⁵⁹ unternimmt diesen Versuch mit einem Entwurf vom 18. Dezember 2018, der bis Ende März 2019 zu ethischen Richtlinien für den Umgang mit KI führen sollte. Dabei fällt zunächst auf, dass die Gruppe recht einseitig mit einer Überrepräsentanz von Vertretern aus Unternehmen und nur wenigen aus der Zivilgesellschaft zusammengesetzt ist. Dies ist sicherlich ein Grund dafür, dass eher die Umsetzung von KI-Strategien und dies auf freiwilliger Basis im Vordergrund steht. Inhaltlich knüpfen die Experten an den

53 Bundesregierung, Strategie Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 28 f.

54 Bundesregierung, Strategie Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 29.

55 Vgl. zB. Klebe, NZA-Beil. 3/2017, 77, 80 ff.

56 *Fitting*, Interessenvertretung in Betrieb und Verwaltung – zur rechtspolitischen Entwicklung, Tagungsberichte/Dokumente der Hans-Böckler-Stiftung, Düsseldorf 1986, S. 27, 37 ff.

57 Vgl. auch Bundesregierung, Strategie Künstliche Intelligenz (Fn. 2), S. 28 f.; zu den rechtspolitischen Überlegungen *Alvarez*, Der Tagesspiegel v. 15. 1. 2019, S. 16 und die »Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung vom 15. November 2018«, abrufbar unter: <https://www.dgb.de/downloadcenter/++co++7013a524-f7a3-11e8-8d0c-52540088cada> (21. 2. 2019).

58 Vgl. auch die Überlegungen in *Villani*, For A Meaningful Artificial Intelligence, 2018, abrufbar unter: <https://www.aiforhumanity.fr> (21. 2. 2019), S. 81 ff., 113 ff.

59 Vgl. The European Commission's High-Level Expert Group On Artificial Intelligence, Draft Ethic Guidelines For Trustworthy AI (Fn. 7).

Entwurf⁶⁰ der Europäischen Gruppe für Ethik der Naturwissenschaften und der neuen Technologien an: Eine vertrauenswürdige KI braucht danach einen menschenzentrierten Ansatz. Sie hat die Grundrechte, Gesetze und ethischen Werte der Gesellschaft einzuhalten, was eigentlich selbstverständlich, aber trotzdem erwähnenswert ist. Hierbei werden die Menschenwürde, Persönlichkeits-, Freiheits- und Bürgerrechte und Grundprinzipien wie Nichtdiskriminierung, Gleichheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit genannt. Zudem wird eine Anleihe aus der Medizin und dabei aus dem Verhältnis Arzt/Patient⁶¹ genommen: KI ist zum Wohl der Menschen/Nutzer einzusetzen, sie darf dabei keinen Schaden verursachen, hat die Selbstbestimmungsrechte der Menschen zu achten, soll gerecht und fair sein. Darüber hinaus muss sie nachvollziehbar/erklärbar sein. Es soll zudem immer erkennbar sein, ob ein Nutzer es mit einer Maschine oder einem Menschen zu tun hat. Staatliches Scoring, also die Bewertung und Überwachung von Bürgern durch Algorithmen, wird abgelehnt, zum gleichen Vorgang in und durch Unternehmen fehlt allerdings eine Aussage.⁶² Daneben fordert die Expertengruppe ua. einige technische Voraussetzungen für die Anwendung von KI. Die ethischen und gesetzlichen Voraussetzungen sollen schon im Design des Algorithmus implementiert werden. Der Algorithmus muss vor der Anwendung in besonderer Weise getestet und validiert werden, er muss verlässlich/robust, transparent, nachvollziehbar und erklärbar sein.

Dies sind alles wichtige Punkte, die allerdings nicht ausreichen. Erforderlich sind verbindliche Richtlinien oder Gesetze für die Anwendung von KI. Es kann nicht vom guten Willen der Produzenten und Anwender abhängen, ob Regeln eingehalten werden oder von einer »aufgeklärten Einwilligung« Betroffener.⁶³ Dies ist ein Schwachpunkt des Experten-Entwurfs. Ein weiterer ist, dass kaum rote Linien gezogen werden. So ist eine umfassende Auswertung von personenbezogenen Daten hin zu einem »vollständigen« Persönlichkeitsprofil auch in der Privatgesellschaft ebenso zu untersagen wie zB. die Erfassung und Darstellung der sozialen Beziehungen der Beschäftigten in einem Betrieb (Social-Graph-Systeme). Gesundheitsdaten von Beschäftigten, wie sie zB. durch Fitness-Tracker oder Stress-Apps erfasst werden, gehören nicht in die Verfügung des Arbeitgebers oder einer Versicherung. Entscheidungen, die Auswirkungen auf Menschen haben, wie zB. eine Personalauswahl oder Kreditvergaben sollten am

Ende von einem Menschen, der auch die Verantwortung trägt, getroffen werden. Zudem sollte immer für Menschen die Möglichkeit bestehen, in laufende KI-Prozesse einzugreifen. Dies sind nur einige der mE. erforderlichen konkreten Leitplanken, die die Anwendung von KI von einem potentiell gefährlichen Instrument zu einer für Menschen nützlichen Anwendung machen können.

Aber auch die Entwickler von KI brauchen eine Orientierung und Regeln, auf die sie sich in Konfliktfällen berufen können. Dies wird von Berufsverbänden der Informatiker in Deutschland⁶⁴ und den USA⁶⁵ auch so gesehen. Der deutsche Kodex geht als Leitlinie vom Grundgesetz, der Charta der Grundrechte der EU und den geltenden Gesetzen aus. Er fordert von seinen Mitgliedern die Bereitschaft, die Rechte, Bedürfnisse und Interessen der von ihrer Arbeit Betroffenen zu verstehen und zu berücksichtigen. In der Forschung wird Offenheit und Transparenz erwartet. Zudem wird die Verantwortung der Informatiker für die sozialen und gesellschaftlichen Auswirkungen ihrer Arbeit betont und in Konfliktfällen Zivilcourage erwartet, die in Ausnahmefällen auch den öffentlichen Hinweis auf Missstände verlangt. Die amerikanischen Grundsätze sind eine Mischung aus den oben angesprochenen Regeln aus dem Arzt/Patient-Verhältnis und fachlich-technischen und professionellen Hinweisen, die denen der Expertenkommission nahekommen. Zudem werden Fallbeispiele diskutiert.

Die Leitlinien der Berufsverbände sind sicherlich hilfreich, erforderlich ist aber mE. ihre Weiterentwicklung zu konkreteren und vor allem verbindlichen Standesregeln, zu einer Art hippokratischem Eid für Informatikerinnen und Informatiker. Solche Regeln können für Programme Grenzen ziehen, so zB., dass sie nicht einer vollständigen Durchleuchtung von Menschen oder deren Manipulation dienen dürfen. Sie können darüber hinaus eine verlässliche Orientierung und Rechtfertigung für Whistleblower darstellen. Wichtig sind auch die weitergehenden Vor-

60 Europäische Gruppe für Ethik der Naturwissenschaften und der Neuen Technologien, Erklärung zu künstlicher Intelligenz, Robotik und »autonomen« Systemen (Fn. 5).

61 Vgl. Gillen, FAZ v. 10. 1. 2019, S. 9.

62 Yogeshwar, FAZ v. 10. 1. 2019, S. 9.

63 Ebd.

64 Gesellschaft für Informatik eV., Unsere ethischen Leitlinien, Bonn 2018.

65 Association for Computing Machinery, ACM Code of Ethics and Professional Conduct, 2018, abrufbar unter: <https://www.acm.org/code-of-ethics> (4. 2. 2019).

schläge, die von *Randow*⁶⁶ gemacht hat: Der Ethik-Kodex solle auch im öffentlichen Vergaberecht Berücksichtigung finden. So sollten Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die konsequent in Seminaren ihre Beschäftigten über ethische Grundsätze schulten. Das Schadensersatz- und Arbeitsrecht könne zudem auf den Kodex verweisen und ethisches Programmieren müsse Teil des Prüfungsstoffs an Universitäten und Schulen werden. Und schließ-

lich: Wichtig könnte auch die Bildung einer Art »Algorithmen-TÜV« sein, einer unabhängigen Prüfstelle, die zertifiziert,⁶⁷ wie von der Gruppe »Algorithm Watch« vorgeschlagen.

⁶⁶ V. *Randow*, *Zeit Online* v. 17.8.2014, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/2014/34/informatik-ethik-regeln> (21. 2. 2019).

⁶⁷ Vgl. auch oben unter IV.2.c(2).

Zwischen Treuepflichtverletzung und Rechtsdurchsetzungsinstrument – Externes Whistleblowing im Wandel der Zeiten

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

I. Einführung

Wer – einem guten Brauch entsprechend – für einen Beitrag zu Ehren eines Jubilars ein Thema aus dessen Werk sucht, das zugleich die eigenen Forschungsfelder berührt, muss bei *Wolfgang Däubler* nicht lange Ausschau halten, gibt es doch praktisch keinen Bereich des Arbeitsrechts (und nicht selten weit darüber hinaus), zu dem er sich noch nicht geäußert hat. Dass der Jubilar hierbei nicht zu denjenigen gehört, die sich im Dunstkreis der »herrschenden Meinung«¹ tummeln, sondern dass er sich nicht scheut, auf einem so politisierten und polarisierten Feld wie dem Arbeitsrecht »gegen den Strich« zu bürsten, ist allseits bekannt.² Auch gehört es zu seinem »Markenkern«, rechtliche Traditionsbestände nicht nur anhand abstrakter Theorien kritisch zu hinterfragen, sondern sich den konkreten Problemen der Arbeitswirklichkeit lösungsorientiert und stets vor Gedankenfülle sprudelnd zuzuwenden. *Wolfgang Däubler* begreift das Recht, zumal das Arbeitsrecht, in erster Linie als gesellschaftliche Praxis und nicht als selbstgenügsame verwissenschaftliche Dogmatik und erst recht nicht als philosophisches Konzept apriorischer Ideen³. Wenn mit den folgenden Überlegungen den Veränderungen beim arbeitsrechtlichen Umgang mit externem Whistleblowing sowie einer daraufhin ausgesprochenen Kündigung seitens des Arbeitgebers nachgegangen wird, besteht daher die begründete Hoffnung, dass diese – auch international⁴ – gleichermaßen praktisch relevante wie stark umkämpfte Materie die Aufmerksamkeit des geschätzten Jubilars⁵ findet.

II. Soziales Phänomen und betroffene Interessen

Whistleblowing lässt sich in einem weiten Sinne mit einer etwas sperrigen Definition begreifen als jede aus autonomem Interesse mit dem Ziel der Aufdeckung und Abhilfe

erstattete Meldung eines innerhalb einer Organisation (angeblich) erfolgten Rechts- oder Regelverstößes an einen organisationsinternen oder organisationsexternen Adressaten, wobei die Meldung zwar nicht begriffsnotwendig, aber doch regelmäßig durch eine organisationsangehörige Person erfolgt.⁶ Von besonderer Brisanz ist naturgemäß das externe Whistleblowing, also die Weitergabe von entsprechenden Informationen an eine Person oder Institution außerhalb der Organisation, insbesondere an Aufsichts- und Verfolgungsbehörden, entgleitet das weitere Geschehen hierdurch doch der Kontrolle der Organisationsführung. Auch wenn sich die Begriffe »Whistleblowing« und »Whistleblower« in Deutschland erst seit den 1990er Jahren eingebürgert haben, ist das soziale Phänomen selbstverständlich schon älter. Dasselbe gilt für die Beendigung der Organisationszugehörigkeit durch den Organisationsleiter, sprich die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, als Reaktion auf ein externes Whistleblowing seitens des Arbeitnehmers.

Die ersten Urteile über die Wirksamkeit einer solchen Kündigung stammen soweit ersichtlich vom Königlichen Amtsgericht I zu Berlin bzw. als Berufungsinstanz vom Königlichen Landgericht I zu Berlin, die bereits Anfang des 20. Jahrhunderts mit einer entsprechenden Situation

1 Dazu *Däubler*, Arbeitsrecht, 12. Aufl., Frankfurt aM. 2017, Rn. 13f.; zu Begriff und Funktion der herrschenden Meinung in der Rechtsdogmatik vertiefend *Schnur*, FG Forstthoff, 1967, S. 43 ff.

2 So schon *Colneric*, FS Däubler, 1999, S. 5, 6.

3 Vgl. die prägnante Unterscheidung der Bedeutungen von »Recht« durch *Möllers*, in: *Anderheiden/Huster/Kirste* (Hrsg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, ARSP-B, Bd. 79, Stuttgart 2001, S. 41.

4 Siehe etwa *Brown/Lewis/Moberly/Vandekerckhove* (Hrsg.), International Handbook on Whistleblowing Research, Cheltenham 2014; *Thüsing/Forst* (Hrsg.), Whistleblowing – A Comparative Study, Cham et al. 2016; *Vaughn* (Hrsg.), Whistleblowing Law, Volume I and II, Cheltenham 2015.

5 Zu dessen Position zum Thema Whistleblowing siehe *Däubler*, in: *Däubler/Deinert/Zwanziger* (Hrsg.), KSchR, 10. Aufl., Frankfurt aM. 2017, § 1 KSchG Rn. 727 ff., § 626 BGB Rn. 170 ff., Art. 5 GG Rn. 17 f.

6 In Anlehnung an *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing, Tübingen 2018, Rn. 4, dort wiederum unter Anknüpfung an US-amerikanische Begriffsbildungen, vgl. insbesondere *Near/Miceli*, Journal of Business Ethics 4 (1985), 1, 4.

konfrontiert waren.⁷ Dem allerdings nur sehr knappen Abdruck der beiden Entscheidungen lässt sich entnehmen, dass eine Arbeitnehmerin (»Handlungsgehülfe«) ihren Arbeitgeber (»Prinzipal«) bei der zuständigen Behörde angezeigt (»denunziert«) hatte, weil sie von ihm gezwungen worden war, über den gesetzlich festgelegten Ladenschluss hinaus tätig zu sein, woraufhin sie fristlos gekündigt worden war. Beide Gerichte erklärten die Kündigung mit der bemerkenswerten Begründung für unwirksam, dass das Verhalten der Klägerin »vom moralischen Standpunkt nicht zu billigen« (so die 1. Instanz) bzw. sogar »zu verurteilen« (so die 2. Instanz) sei, »vom Standpunkte des Rechtes aus« aber immerhin eine strafbare Handlung des Arbeitgebers vorliege und die Anzeige deshalb keine »erhebliche Ehrverletzung« darstelle, womit wohl auf den Grund für eine außerordentliche Kündigung gemäß § 70 Abs. 1 iVm. § 72 Abs. 1 Nr. 4 HGB von 1897 Bezug genommen wurde.⁸ Ganz typisch ist dieser frühe Fall dann allerdings doch nicht, weil es seinerzeit gleichsam um ein »eigennütziges« Whistleblowing in dem Sinne ging, dass die betroffene Arbeitnehmerin einen unmittelbar sie selbst belastenden Gesetzesverstoß des Arbeitgebers zur Anzeige gebracht hatte.

Tatsächlich belegen Untersuchungen, die zumeist aus den USA als dem Land mit der längsten Tradition der Regulierung von und der Forschung über Whistleblowing⁹ stammen, dass sich Whistleblower häufig von altruistischen Motiven leiten lassen. Dabei handelt es sich nicht selten um Personen mit einem besonders ausgeprägten Loyalitätsempfinden und nicht etwa einer nur schwachen Loyalitätsbindung, die durch die Weitergabe von Informationen über illegale oder illegitime Praktiken die »eigene« Organisation vom Fehlverhalten einiger Organisationsmitglieder befreien wollen, was nicht zuletzt daran deutlich wird, dass eine Meldung in der ganz überwiegenden Anzahl der Fälle (ca. 90 %) zunächst unternehmensintern und erst bei Erfolglosigkeit einer Abhilfe teilweise auch unternehmensextern – dann regelmäßig gegenüber staatlichen Stellen – vorgenommen wird.¹⁰ Whistleblower lassen sich somit vielfach als »ethische Dissidenten«¹¹ bezeichnen, die nicht aufgrund einer nüchternen Kosten-Nutzen-Kalkulation handeln, also überlegen, was ihnen die Weitergabe von Informationen an Behörden oder gar an die Medien im Vergleich zu den dadurch erwachsenden Nachteilen an Mehrwert persönlich »einbringt«, sondern die sich in einem schwierigen Konflikt zwischen der Loyalität zu

ihrem unmittelbaren sozialen Umfeld und der Loyalität zu übergreifenden rechtlichen und moralischen Werten (»higher morality«)¹² nach langem Ringen dafür entscheiden, der letzteren Anforderung zu folgen.¹³ Damit soll keiner sozialethischen Überhöhung sämtlicher Whistleblower (»Saints of Secular Culture«)¹⁴ das Wort geredet werden. Selbstverständlich gibt es auch Fälle, in denen es einem Beschäftigten nur darum geht, den Arbeitgeber aus Enttäuschung oder Ärger durch die Weiterleitung von Informationen über ein – angebliches – organisationsinternes Fehlverhalten »fertigzumachen«.¹⁵ Das Vorkommen solcher Einzelfälle darf indes nicht dazu verleiten, Whistleblower insgesamt in ein schlechtes Licht zu rücken und eine Kündigung als eine nicht nur subjektiv verständliche, sondern auch als eine von der Rechtsordnung im Allgemeinen objektiv zu billigende Reaktion des Arbeitgebers auf ein externes Whistleblowing erscheinen zu lassen.

Der Vielgestaltigkeit der Motivation von Whistleblowern entspricht die Komplexität der Interessenlage gerade beim externen Whistleblowing. So besteht auf der Arbeitgeberseite ein manifestes Interesse daran, Nachteile zu vermeiden, die durch die Übermittlung negativer Informationen über das Unternehmen sowie gegebenenfalls die

- 7 Königliches Amtsgericht I zu Berlin, 21. 12. 1900 – 28 C. 721. 00 – und Königliches Landgericht I zu Berlin, 3. 4. 1901 – 26. S. 17. 01 – KGBL 1901, 121 f.
- 8 Siehe dazu auch Ritter, Das Handelsgesetzbuch mit Ausschluss des Seerechts, Berlin 1910, § 72 Anm. 5, der für die Berechtigung einer »Kündigung auf sofort« zwischen einer »wahren Strafanzeige« und einer »unbeabsichtigten Übertretung« des Prinzipals unterscheidet.
- 9 Zur Entwicklung umfassend Gerdemann, Transatlantic Whistleblowing (Fn. 6), Rn. 15 ff.
- 10 Vgl. Moberly, Brigham Young University Law Review 2006, 1107, 1141 f.; Ethics Resource Center (Hrsg.), National Business Ethics Survey of the U.S. Workforce 2013, Arlington 2014, S. 29 f. Siehe aber auch Düsel, Gespaltene Loyalität, Baden-Baden 2009 (zugl. Frankfurt aM., Univ., Diss. 2008), S. 30 ff., der das Phänomen des Whistleblowings primär in einen Zusammenhang mit dem Strukturwandel der Beschäftigungsverhältnisse stellt.
- 11 Vgl. Glazer/Glazer, The Whistleblowers: Exposing Corruption in Government and Industry, New York 1989, S. 4 und öfter: »Ethical resisters«.
- 12 Vgl. Culp, Hofstra Labor Law Journal 13 (1995), 109, 115.
- 13 Zu den ethischen Dilemmata bereits Petersen/Farrell, Whistleblowing: Ethical and Legal Issues in Expressing Dissent, Dubuque 1986, S. 7 ff.; zu den regelmäßig vielschichtigen Motiven von Whistleblowern siehe auch Roberts, in: Brown/Lewis/Moberly/Vandekerckhove (Hrsg.), International Handbook on Whistleblowing Research, Cheltenham 2014, S. 207 ff.; ferner die experimentelle Studie von Schmolke/Utikal, Whistleblowing: Incentives and situational determinants, FAO Discussion Papers in Economics 9/2016.
- 14 So der plakative Titel des Beitrags von Grant, Journal of Business Ethics 39 (2001), 391 ff.
- 15 Vgl. BAG, 4. 7. 1991 – 2 AZR 80/91 – juris; ferner LAG Köln, 7. 1. 2000 – 4 Sa 1273/99 – RDV 2000, 226 (jeweils vor dem Hintergrund der Zerrüttung persönlicher Beziehungen). Klare Fälle arbeitnehmerseitigen Fehlverhaltens auch in LAG Bremen, 17. 7. 2003 – 3 Sa 275/02 – NZA-RR 2004, 128; LAG Hamm, 28. 11. 2003 – 10 Sa 1036/03 – NZA-RR 2004, 475.

eigene Person an außenstehende Dritte entstehen können. Dies gilt faktisch schon für objektiv zutreffende Informationen, erst recht aber im Hinblick auf solche Informationen, denen keine tatsächlichen Zustände oder Vorgänge zugrunde liegen, wobei sich diese beiden Fälle in der Realität allerdings nicht immer klar voneinander trennen lassen. Entsprechende Informationen können behördliche Verfahren auslösen und auch unabhängig von späteren Sanktionen allein schon durch die Notwendigkeit, sich mit dieser Angelegenheit auseinanderzusetzen, organisationsinterne Ressourcen binden und zu materiellen sowie immateriellen Belastungen führen. Dringen Informationen an die Öffentlichkeit, drohen Reputationsschäden (etwa durch einen »Shitstorm«), die sich in wirtschaftlichen Einbußen niederschlagen können und die umso größer ausfallen, je mehr der Arbeitgeber für seinen Markterfolg auf eine positive Reputation bei potenziellen Kunden angewiesen ist. In größeren Unternehmen kommt hinzu, dass illegales oder illegitimes Fehlverhalten nicht zwangsläufig nur durch den Arbeitgeber selbst bzw. seine Repräsentanten begangen oder doch zumindest bewusst gedeckt wird. Vielmehr kann auch auf der mittleren Führungsebene ein Fehlverhalten auftreten, das dem Arbeitgeber selber bislang verborgen ist und das er bei Kenntnis möglicherweise umgehend abstellen würde, sodass ein Interesse daran bestehen kann, durch eine interne Meldung die Gelegenheit zu einer »geräuschlosen« Bereinigung der Situation unter Ausschluss von Behörden oder gar der Medien zu erhalten. Soweit es schließlich gerade um eine Kündigung als Reaktion auf ein externes Whistleblowing geht, steht zumeist das Interesse im Vordergrund, sich von einem Beschäftigten zu trennen, der dem Arbeitgeber bzw. dem Unternehmen durch die Meldung Nachteile zugefügt hat und dem nicht mehr das Kooperationsvertrauen entgegengebracht wird, auf das eine gedeihliche Zusammenarbeit und damit ein Funktionieren der Organisation angewiesen ist.

Auf der Arbeitnehmerseite betreffen die meisten Fälle eines externen Whistleblowings den Versuch, mit einer Meldung den bereits angedeuteten Konflikt aufzulösen, der sich dadurch ergibt, dass die beobachtete Realität des Verhaltens einer bzw. in einer Organisation von den eigenen Maßstäben über rechtliche oder ethische Richtigkeit abweicht. Während sich im Allgemeinen die Vorstellungen von Organisationsmitgliedern über die Legalität und Legitimität der organisationsinternen Abläufe mit dem wahrgenommenen Verhalten der anderen Organisations-

mitglieder decken, kommt es bei einem Whistleblower zu einer Diskrepanz zwischen den für richtig gehaltenen moralischen Maßstäben und den beobachteten Verhaltensweisen innerhalb der Organisation, die ihn ab einem bestimmten Punkt dazu treibt, sich an eine externe Stelle zu wenden, um eine Abhilfe herbeizuführen.¹⁶ Bei alledem hat der Arbeitnehmer ein vitales Interesse daran, dass die durch ein externes Whistleblowing ohnehin schon angespannte Situation nicht durch arbeitsrechtliche Sanktionen verschärft wird und das eigene Verhalten insbesondere nicht den Arbeitsplatz kostet.

Ein externes Whistleblowing berührt aber nicht nur die bilateralen Interessen der Arbeitsvertragsparteien, sondern betrifft auch darüber hinaus gehende Interessen. So kann ein effektives Whistleblowing dem Interesse an einem funktionierenden Markt dienen, indem etwa durch die Weitergabe von Informationen über Bestechungshandlungen durch einen Marktakteur ein Beitrag zur Verhinderung wettbewerbsbeeinträchtigender Aktivitäten geleistet wird. Darüber hinaus kann Whistleblowing Allgemeininteressen an der Einhaltung insbesondere rechtlicher Standards durch Organisationen befördern, etwa auf den Gebieten des Gesundheits- und Umweltschutzes, der Wohlfahrtspflege oder der Sicherung von finanziellen Interessen des Staates.¹⁷ Dies kann sich im Einzelfall sogar zu einem Interesse der Öffentlichkeit verdichten, über Missstände in Unternehmen informiert zu werden, um einen entsprechenden Abhilfedruck aufbauen zu können, falls die an sich zuständigen öffentlichen Institutionen ihrer Aufgabe, die Einhaltung des Rechts zu überwachen, nicht hinreichend nachkommen.

In funktionaler Hinsicht dient externes Whistleblowing damit der Überbrückung einer Informationsasymmetrie zwischen der internen Sphäre einer Organisation und ihrer Umgebung, indem Informationen über ein Fehlverhalten im Binnenraum einer vielfach komplexen und von außen intransparenten Organisation über den Kanal des Whistleblowers an diejenige Stelle gelangt, die im Gegensatz zum Hinweisgeber¹⁸ über die nötigen Machtressourcen verfügt,

16 Interessante Deutung von Whistleblowing als eine Sonderform des zivilen Ungehorsams (»Corporate Disobedience«) bei einem Verstoß der Organisation gegen die Grundsätze der »Good Corporate Citizenship« durch *Elliston*, *Journal of Business Ethics* 1 (1982), 23, 25 ff., unter Rückgriff auf die politische Philosophie von *Rawls*.

17 *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 4.

18 Die fehlende Macht des Whistleblowers zur Veränderung des Organisationsverhaltens betonend *Near/Miceli*, *Journal of Business Ethics* 4 (1985), 1, 2.

um dem Fehlverhalten effektiv entgegenzuwirken, die ihre Instrumente aber nur dann zielgerichtet einsetzen kann, wenn sie über die hierfür erforderlichen Informationen verfügt. Institutionenökonomisch geht es beim externen Whistleblowing somit um die Lösung eines »Prinzipal-Agenten-Konflikts«, bei dem der Staat als Prinzipal des Rechts und das Unternehmen als Agent auftritt, während der Whistleblower die Rolle einer Kontrollinstanz einnimmt.¹⁹ Systemtheoretisch wiederum mag man davon sprechen, dass externes Whistleblowing zum Tragen kommt, wenn die Selbststeuerung des in Rede stehenden Systems versagt und es den grundlegenden Anforderungen der Umwelt an seine Sozialverträglichkeit nicht mehr genügt.²⁰

III. Entwicklung und Stand des deutschen Whistleblower-Arbeitsrechts

Der traditionelle regulatorische Ansatz des deutschen Rechts zum Umgang mit Whistleblowern ist passiv. Es geht nicht um die Schaffung von institutionellen Strukturen²¹ zur aktiven Förderung entsprechender Handlungen, sondern lediglich darum, ein externes Whistleblowing unter bestimmten Voraussetzungen gegenüber sozialen Sanktionen rechtlich abzusichern. Dass hierbei der arbeitsrechtliche Schutz vor Kündigungen des Beschäftigungsverhältnisses seit jeher im Vordergrund der Debatte steht, liegt gleichsam in der »Natur der Sache«. Zum einen handelt es sich bei Whistleblowern zwar nicht nur, aber doch größtenteils um abhängig Beschäftigte, was darauf beruht, dass vielfach nur Arbeitnehmer faktisch in der Lage sind, in die betriebliche Sphäre Einblick zu nehmen und dadurch etwaige Missstände erkennen sowie nach außen melden zu können. Zum anderen machen Kündigungen des Beschäftigungsverhältnisses zwar nur einen kleineren Teil der sozialen Benachteiligungen aus, die Whistleblowern im Allgemeinen widerfahren.²² Soziale Sanktionen unterhalb der Kündigungsschwelle wie etwa persönliche Anfeindungen, die gezielte Übertragung unangenehmer Aufgaben oder ein »Kaltstellen« auf einem unattraktiven Arbeitsplatz sind rechtlich indes schwerer greifbar als der Ausspruch einer Kündigung, die als rechtlicher Akt sichtbar ist, deren rechtliche Wirksamkeit in einem formalisierten gerichtlichen Verfahren überprüft werden kann und bei der es zudem leichter fällt, vom konkreten Einzelfall abstrahierende Maßstäbe zu entwickeln und darüber einen rechtlichen Diskurs zu führen.

Inhaltlich hat das deutsche Whistleblowing-bezogene Arbeitsrecht einen fragmentarischen Charakter.²³ Alle in der Vergangenheit unternommenen Versuche, eine einheitliche Regelung zu schaffen,²⁴ sind bislang gescheitert. Dies dürfte nicht zuletzt daran liegen, dass Deutschland das ILO-Übereinkommen Nr. 158 über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber, das eine spezielle Regelung zum Schutz von Whistleblowern enthält,²⁵ nicht ratifiziert hat.²⁶ Zudem haben auch andere internationale Whistleblowing-spezifische Rechtsakte und Rechtserkenntnisquellen²⁷ in Deutschland keinen bleibenden Eindruck hinterlassen. Mit einer gewissen Vergrößerung kann man für das gegenwärtige deutsche Recht einen zweispurigen Ansatz konstatieren: Auf der einen Seite eine Vielzahl von unzusammenhängenden und nicht aufeinander abgestimmten Einzelregelungen in unterschiedlichen Gesetzeswerken, auf der anderen Seite im nicht normtextlich ausdrücklich geregelten Bereich ein komplexes und unübersichtliches Rechtsprechungsrecht.

1. Verstreutes Gesetzesrecht

Sortiert man im Rahmen der ersten Spur die verstreuten Einzelvorschriften nach Gruppen, zeigt sich zunächst, dass weder die Regelungen über das betriebsverfassungsrechtliche Beschwerderecht des einzelnen Arbeitnehmers (§§ 84f. BetrVG) noch das Antidiskriminierungsrecht (§§ 13, 16, 27 AGG) auf das »klassische« altruistische Whistleblowing zugeschnitten sind, weil sich diese Bestimmungen nur auf die Beeinträchtigung von Belangen bezie-

19 Vgl. *Gerdemann*, Transatlantic Whistleblowing (Fn. 6), Rn. 12.

20 *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 250.

21 Zur erheblichen Bedeutung institutioneller Rahmenbedingungen für die Effektivität von Whistleblowing-Aktivitäten *Skivenes/Trygstad*, *Economic and Industrial Democracy* 38 (2017), 119 ff. Zum Begriff der Institution immer noch hilfreich *Luhmann*, *Grundrechte als Institution*, 2. Aufl., Berlin 1974 (unveränderter Nachdruck der 1. Aufl., Berlin 1965), S. 12 f.

22 Vgl. *Culp*, *Hofstra Labor Law Journal* 13 (1995), 109, 113.

23 Ebenso etwa *Deiseroth/Derleder*, ZRP 2008, 248, 249; *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 4, 5.

24 Nachweise bei *Krause*, in: *Thüsing/Forst* (Fn. 4), S. 155, 159.

25 Siehe Art. 5 ILO-Übereinkommen Nr. 158: »Für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses gelten insbesondere nicht als triftige Gründe: [...] c) der Umstand, dass jemand wegen einer behaupteten Verletzung von Gesetzesvorschriften gegen den Arbeitgeber eine Klage eingebracht oder sich an einem Verfahren gegen ihn beteiligt oder die zuständigen Verwaltungsbehörden angerufen hat; [...]«.

26 Vgl. *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 48, 51.

27 Dazu näher *Fischer-Lescano*, AuR 2016, 4, 7 ff.; *ders.*, AuR 2016, 48 ff.

hen, die den Arbeitnehmer selbst betreffen.²⁸ Etwas besser sieht es mit § 17 Abs. 2 ArbSchG aus, durch den Art. 11 Abs. 6 der Arbeitsschutz-Rahmenrichtlinie 89/391/EWG umgesetzt worden ist und der auf dem Gebiet des gesamten technischen Arbeitsschutzes unter bestimmten Voraussetzungen ein externes Whistleblowing nicht nur im eigenen Interesse, sondern auch zugunsten Dritter erlaubt,²⁹ wobei das damit verbundene Verbot der Nachteilszufügung eine etwaige arbeitgeberseitige Kündigung selbstverständlich zu Fall bringen würde³⁰. Allerdings gestattet die Norm eine Meldung an die zuständige Arbeitsschutzbehörde erst als nachrangigen Schritt im Anschluss an erfolglose interne Abhilfebemühungen.³¹ Weiter existiert eine große Anzahl von Vorschriften über den Schutz von Betriebsbeauftragten, die für die Steuerung innerbetrieblicher Gefahrenpotenziale bestellt werden müssen und die unter bestimmten Voraussetzungen ebenfalls die Befugnis haben, sich an außenstehende Stellen zu wenden.³² Die praktische Wirksamkeit dieser zersplitterten Regelungen lässt sich schwer einschätzen. Rechtsprechung zur Kündigung von Betriebsbeauftragten ist nur sehr vereinzelt bekannt geworden.³³ Es ist aber zu vermuten, dass es Arbeitgeber zumeist nicht auf die Eskalation eines Konflikts mit diesem Personenkreis ankommen lassen und sich wohl von vornherein darum bemühen, etwaige innerbetriebliche Missstände im Zusammenwirken mit dem Betriebsbeauftragten zu bereinigen, sodass für einen solchen Beauftragten erst gar nicht die Notwendigkeit entsteht, die jeweils zuständige Behörde zu informieren. Wenig bekannt ist auch über die Effektivität der ebenfalls vielfach auf europäische Regelungen zurückgehenden speziellen Vorschriften, die zur Absicherung von finanziellen Interessen in verschiedenen Sektoren (Geldwäsche, Kapitalmarkt etc.) einen Whistleblower-Schutz vorsehen³⁴.

2. Traditionelles Rechtsprechungsrecht: Externes Whistleblowing als Thema von vertraglichen Nebenpflichten und Kündigungsschutz

Für die zweite Spur, also für den richterlichen Umgang mit diesen Fällen, wäre es zwar zu grob gezeichnet, der älteren Rechtsprechung zu attestieren, dass sie die Interessen des Arbeitgebers an der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei einem externen Whistleblowing durchgängig zu hoch gewichtet hätte. Tatsächlich gab es seit jeher Entscheidungen, die eine Anzeige des Arbeitgebers bei einer Behörde nicht als (wichtigen) Grund für die Kündigung des fraglichen Arbeitnehmers hatten ausreichen lassen,³⁵ wobei

dies vor allem dann angenommen wurde, wenn eine gemeldete Straftat den Arbeitnehmer selbst betraf.³⁶ Dies ändert aber nichts an der lange Zeit vorherrschenden Grundvorstellung, dass der Arbeitnehmer mit der Übermittlung von Informationen über innerbetriebliche Missstände an einen außenstehenden Adressaten »eigentlich« eine vertragsimmanente Pflicht zur Verschwiegenheit über betriebsinterne Zustände und Vorgänge verletzt. Insbesondere sollte dies nicht etwa deshalb von vornherein anders zu bewerten sein, weil dem Arbeitgeber manifeste Gesetzesverstöße zur Last fielen.³⁷ Vielmehr wurden auch gesetz- und sittenwidrige Handlungen des Arbeitgebers von der arbeitsgerichtlichen Judikatur umstandslos zu den vom Arbeitnehmer geheim zu haltenden Tatsachen gezählt.³⁸ Insoweit war die berühmt-berüchtigte Entscheidung des LAG Baden-Württemberg von 1976, mit der die Kündigung eines Schweißers gebilligt wurde, der bei Schweißarbeiten gesundheitlichen Beeinträchtigungen ausgesetzt worden war und sich nach dem Scheitern eines innerbetrieblichen Abhilfeversuchs an die Gewerkschaft gewandt hatte, die wiederum das Gewerbeaufsichtsamt einschaltete,³⁹ zwar ein besonders krasser Fall, aber auch nicht lediglich ein »Ausreißer«.⁴⁰ Wenn die ältere Judika-

28 Zur Nichterfassung der Populärbeschwerde durch §§ 84f. BetrVG siehe BAG, 22.11.2005 – 1 ABR 50/04 – AP Nr. 2 zu § 85 BetrVG 1972, Rn. 30 mwN.

29 *Wiebauer*, NZA 2015, 22, 23.

30 Siehe nur *Greiner*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt* (Hrsg.), *Kündigungsrecht*, 5. Aufl., München 2017 (im Folgenden: APS), § 17 ArbSchG Rn. 7.

31 Dazu APS-*Greiner* (Fn. 30), § 17 ArbSchG Rn. 9ff.

32 Nachweise bei *Krause*, in: *Thüsing/Forst* (Fn. 4), S. 155, 160.

33 Vgl. BAG, 14.12.1972 – 2 AZR 115/72 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung (Strahlenschutzbeauftragter).

34 Nachweise bei *Krause*, in: *Thüsing/Forst* (Fn. 244), S. 155, 160 f.

35 Siehe – neben der eingangs geschilderten Konstellation – etwa BAG, 18.6.1970 – 2 AZR 369/69 – AP Nr. 82 zu § 1 KSchG; BAG, 14.12.1972 – 2 AZR 115/72 – AP Nr. 8 zu § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung; ferner LAG Düsseldorf, 21.2.1974 – 7 Sa 122/73 – DB 1974, 2164.

36 Instruktive Unterscheidung zwischen der eigenen Betroffenheit des Arbeitnehmers und der »bloßen« Betroffenheit von Allgemeininteressen, bei denen sich der Arbeitnehmer zum »Sachwalter der Öffentlichkeit« aufschwingt, durch ArbG Elmshorn, 4.4.1963 – Ca 118/63 – AP Nr. 9 zu § 124a GewO.

37 BAG, 5.2.1959 – 2 AZR 60/56 – AP Nr. 2 zu § 70 HGB.

38 LAG Frankfurt aM., 1.6.1967 – 5 Sa 211/67 – BB 1967, 1168, 1169.

39 LAG Baden-Württemberg, 20.10.1976 – 6 Sa 51/76 – EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8.

40 Überblick über die ältere Judikatur bei *Krause*, in: *Thüsing/Forst* (Fn. 4), S. 155, 164 mit Fn. 42 u. 43; ferner *Berthold*, *Whistleblowing in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts*, Frankfurt aM. 2010 (zugl. München, Univ., Diss. 2010); siehe auch *Kreis*, *Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung*, Tübingen 2017 (zugl. Freiburg, Univ., Diss. 2016), S. 76 ff.

tur in diesen Gestaltungen immer wieder auf den Gedanken einer Treuepflichtverletzung abgestellt hat,⁴¹ kam darin das tradierte Verständnis vom Arbeitsverhältnis als einem »personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis« zum Ausdruck, bei dem der Arbeitgeber »Fürsorge« und der Arbeitnehmer dafür »Treue« schuldet.⁴² Die bereits in den 1970er Jahren erfolgte Verabschiedung dieser Deutung des Arbeitsverhältnisses (»Entmythologisierung«) hatte allerdings keine durchgreifende Veränderung der rechtlichen Bewertung zur Folge, lässt sich die Missbilligung eines externen Whistleblowings doch in nüchternen Worten als Verletzung einer vertraglichen Rücksichtnahmepflicht iSd. § 241 Abs. 2 BGB reformulieren.⁴³ Entscheidend ist somit – wie so oft – nicht die äußerliche Bezeichnung eines Phänomens, sondern dessen normative Bewertung.

Fast noch wichtiger ist, dass die Rechtsprechung Whistleblower-Fälle konzeptionell im Ausgangspunkt als schlichte Kündigungsschutzfälle begriffen hat. Damit gerieten diese Gestaltungen von vornherein in das Fahrwasser der Logik des Kündigungsschutzrechts, bei dem es traditionell lediglich darum geht, im bilateralen Verhältnis der Arbeitsvertragsparteien das individuelle Beendigungsinteresse des Arbeitgebers auf der einen Seite und das individuelle Bestandsschutzinteresse des Arbeitnehmers auf der anderen Seite angemessen auszubalancieren, während überindividuelle Interessen an einer bestimmten Verhaltensweise des Beschäftigten bei dieser Betrachtungsweise keinen Platz finden, sondern jenseits des Horizonts liegen.⁴⁴

3. Anreicherung des Umgangs mit externem Whistleblowing durch das Rechtsstaatsprinzip

Ein deutliches Aufbrechen dieser gedanklichen Engführung der arbeitsgerichtlichen Judikatur ist dem BVerfG zu verdanken, das mit seiner Entscheidung von 2001 betonte, dass sich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG) Einschränkungen im Hinblick auf die Beurteilung eines Arbeitnehmerverhaltens als Grund für eine (fristlose) Kündigung ergeben können.⁴⁵ Zugrunde lag die an sich eher ungewöhnliche Konstellation, dass der Arbeitnehmer im Rahmen eines von Amts wegen eingeleiteten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahrens gegen seinen Arbeitgeber aussagte und auf Aufforderung der Staatsanwaltschaft belastendes Material übergab. Erfüllte der Arbeitnehmer nur eine staatsbürgerliche *Pflicht*,

könne – so das BVerfG – ein solches Verhalten aus rechtsstaatlichen Gründen nicht gleichzeitig als Kündigungsgrund gewertet werden. Das BVerfG dehnte seine Aussage aber gleichsam vorsorglich auch auf die Situation aus, dass der Arbeitnehmer aus eigenem Antrieb die Staatsanwaltschaft über finanzielle Unregelmäßigkeiten des Arbeitgebers bei der Abwicklung eines öffentlichen Auftrags informiert hat. So folge aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG, dass auch aus der Wahrnehmung eines staatsbürgerlichen *Rechts* jedenfalls im Regelfall kein Grund für eine fristlose Kündigung abgeleitet werden könne.

In der Sache werden damit vertikale staatsbürgerliche Pflichten und Rechte auf die horizontale Ebene privatrechtlicher Beziehungen projiziert. Hierdurch wird dem Arbeitgeber ein Verhalten des Arbeitnehmers zugemutet, das zwar seine Interessen beeinträchtigt und das bei einer rein schuldrechtlichen Betrachtungsweise einen Kündigungsgrund abgeben mag, das aus übergeordneten rechtsstaatlichen Erwägungen aber keine gerichtliche Billigung als Kündigungsgrund verdient. Dabei stellt das BVerfG das Verbot zivilrechtlicher Nachteile zwar in einen Zusammenhang mit der Pflicht des Staates zur Gewährleistung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege. Die Qualifizierung des Whistleblowings gerade als Instrument zur Förderung dieses Ziels bleibt aber noch unterbelichtet. Insbesondere stellt das BVerfG nicht auf die konkreten Interessen ab, die durch diejenigen Normen geschützt werden, die dem Mitteilungsgegenstand der staatsbürgerlichen Aussagepflicht bzw. des staatsbürgerlichen Anzeigerechts zugrunde liegen. Vielmehr geht es dem BVerfG primär darum, ein rechtsstaatlich gebotenes bzw. erlaubtes Arbeitnehmerverhalten im Sinne der Einheit der Rechtsordnung und damit gewissermaßen als eine Spätfolge der

41 Neben LAG Baden-Württemberg, 20. 10. 1976 – 6 Sa 51/76 – EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8 ausdrücklich etwa LAG Düsseldorf, 23. 10. 1959 – 5 Sa 358/58 – BB 1960, 523; LAG Berlin, 25. 11. 1960 – 3 Sa 88/60 – DB 1961, 576; ebenso Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Erster Band, 7. Aufl., Berlin 1963, S. 242 Fn. 7; Nikisch, Arbeitsrecht, Erster Band, 3. Aufl., Tübingen 1951, S. 448.

42 Ebenso Weiss, Anm. zu LAG Baden-Württemberg, 20. 10. 1976 – 6 Sa 51/76 – EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 8 unter (2).

43 So BAG, 3. 7. 2003 – 2 AZR 235/02 – AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung unter II.3.b.bb.

44 Ebenso Düsel, Gespaltene Loyalität (Fn. 10), S. 268f.; Ogorek, Liber Amicorum Weiss, 2005, S. 539, 552ff.

45 BVerfG, 2. 7. 2001 – 1 BvR 2049/00 – NZA 2001, 888. Immerhin hatte das BAG in einer vereinzelt älteren Entscheidung auf das Petitionsrecht iSd. Art. 17 GG abgestellt; vgl. BAG, 18. 6. 1970 – 2 AZR 369/69 – AP Nr. 82 zu § 1 KSchG.

Lüth-Rechtsprechung davor abzuschirmen, als privatrechtlich wirksamer Grund für die Beendigung einer Vertragsbeziehung herangezogen zu werden. Funktional übernehmen die staatsbürgerliche Pflicht bzw. das staatsbürgerliche Recht hierdurch die Rolle eines Rechtfertigungsgrundes für ein zumindest prima facie vertragswidriges Verhalten des Beschäftigten, indem sie in die Ausdeutung privater Rechte und Pflichten einfließen.⁴⁶ Pathetisch gesprochen überlagert der Citoyen den Bourgeois.

Eine Grenze markiert das BVerfG lediglich insoweit, als der Arbeitnehmer dann keinen verfassungsrechtlichen Schutz mehr genießt, wenn er wissentlich unwahre oder leichtfertig falsche Angaben tätigt. Dagegen – so muss man im Umkehrschluss folgern – spielt der spätere Nachweis des erhobenen Vorwurfs offensichtlich keine Rolle. Zur Frage eines grundsätzlichen Vorrangs des internen vor dem externen Whistleblowing finden sich in den Entscheidungsgründen keine Ausführungen, obwohl das angegriffene landesarbeitsgerichtliche Urteil, das die fristlose Kündigung durch den Arbeitgeber akzeptiert hatte, nach dem geschilderten Sachverhalt auch auf diesen Punkt abgestellt hatte. Man würde den Beschluss des BVerfG daher überinterpretieren, wenn man aus ihm ableiten wollte, dass sich aus der allgemeinen Handlungsfreiheit in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip zwingend ein Grundsatz ergeben solle, nach dem sich der Arbeitnehmer unter allen Umständen unmittelbar an die zuständigen Behörden und insbesondere an die Staatsanwaltschaft wenden dürfe. Umgekehrt lässt die dezidierte Einordnung eines solchen Verhaltens als »Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte« eine Tendenz dafür erkennen, dass das BVerfG einen durch das einfache Recht angeordneten bzw. aus ihm abgeleiteten ausnahmslosen Vorrang des internen vor dem externen Whistleblowing voraussichtlich nicht billigen würde. Nicht explizit angesprochen wird weiter die Frage einer altruistischen Motivation des Whistleblowers als Voraussetzung für einen verfassungsrechtlichen Schutz. Daher würde es zu weit gehen, der insgesamt recht knappen Entscheidung eine klare Stellungnahme des BVerfG zur Unbeachtlichkeit dieses Aspekts zu entnehmen. Immerhin lässt sich festhalten, dass die Frage des Beweggrundes des Arbeitnehmers für das BVerfG jedenfalls keine zentrale Rolle spielt.

Das BAG hat in seinem nach wie vor maßgeblichen Grundsatzurteil von 2003 die Vorgaben des BVerfG aufgenommen und ohne allzu große Brüche in seine Rechtspre-

chung integriert.⁴⁷ Insbesondere hat sich das BAG für die Frage, unter welchen konkreten Voraussetzungen eine Verletzung der vertraglichen Rücksichtnahmepflicht iSd. § 241 Abs. 2 BGB zu bejahen ist, einen vergleichsweise breiten Spielraum für die Abwägung auf der einfachrechtlichen Ebene vorbehalten und die allgemeine Formel kreiert, dass eine Anzeige keine unverhältnismäßige Reaktion auf das Verhalten des Arbeitgebers oder seiner Repräsentanten sein darf, wobei die Berechtigung der Anzeige, die Motivation des Anzeigenden sowie das Vorliegen eines innerbetrieblichen Abhilferversuchs als wesentliche Parameter für die Bestimmung der Unverhältnismäßigkeit fungieren.⁴⁸

4. Integration öffentlicher Interessen in die Abwägung

Die in ihren Auswirkungen wohl noch bedeutsamere judikative Weiterentwicklung rührt vom EGMR, der in seiner viel diskutierten Heinisch-Entscheidung dem öffentlichen Interesse an der Verbreitung der Information eine prominente Stelle bei der Interessenabwägung eingeräumt hat.⁴⁹ Konkret bejahte der EGMR dies im Hinblick auf Missstände in einem Altersheim, wobei er sich auf den immer größeren Anteil alter Menschen in Pflegeheimen sowie auf ihre besondere Verletzlichkeit berief und daraus auf die Notwendigkeit schloss, dass entsprechende Informationen von Insidern nach außen getragen werden.⁵⁰ Als rechtlichen Anknüpfungspunkt wählte der EGMR das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung gemäß Art. 10 EMRK, das bereits im Rahmen früherer Urteile in Whistleblower-Fällen als Aufhänger gedient hatte.⁵¹ Dabei erwecken die Ausführungen des EGMR zunächst den Eindruck, als ginge es

46 Zu Grundrechten als Rechtfertigungsgebote im Privatrecht vertiefend *Wielsch*, AcP 213 (2013), 718 ff.

47 BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 – AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, unter II.3.

48 Vgl. BAG, 3.7.2003 – 2 AZR 235/02 – AP Nr. 45 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, unter II.3.b.dd. mit im Wesentlichen zust. Anm. *Otto*; kritischer dagegen *Wendeling-Schröder*, RdA 2004, 374, 376 f. Auf dieser Grundlage dann auch die deutlich kürzere Folgeentscheidung BAG, 7.12.2006 – 2 AZR 400/05 – AP Nr. 55 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

49 Etwas anders *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung (Fn. 40), S. 32 ff., 75 ff., nach deren Einschätzung es bereits durch die Entscheidung des BVerfG von 2001 zur umfassenden Einbeziehung öffentlicher Interessen in das Whistleblowing-bezogene Arbeitsrecht gekommen ist.

50 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 (Heinisch v. Deutschland), Rn. 66, 71.

51 Vgl. EGMR, 12.2.2008 – 14277/04 (Guja v. Moldova), Rn. 50 ff.; EGMR, 19.2.2009 – 4063/04 (Marchenko v. Ukraine), Rn. 39 ff.

ihm vorrangig um die Absicherung von Beiträgen des Arbeitnehmers zur öffentlichen Debatte als solcher und damit um ein konstitutives Element einer demokratischen Gesellschaft, wofür insbesondere die Bezugnahme auf eine Entscheidung zur strafrechtlichen Verurteilung eines Journalisten wegen der Veröffentlichung vertraulicher staatlicher Informationen⁵² spricht.⁵³ Dieser Aspekt würde bei einem externen Whistleblowing in Gestalt einer Information der Öffentlichkeit greifen, nicht aber in den Fällen, in denen lediglich die für den jeweiligen Sachbereich zuständige Aufsichtsbehörde informiert wird, weil hiermit für sich genommen kein Beitrag zum öffentlichen Diskurs geleistet wird. Aus der Schilderung der besonderen Situation in Pflegeheimen lässt sich indes ableiten, dass es dem EGMR nicht um die Integrität der öffentlichen Debatte, sondern vielmehr darum geht, dass durch die Weitergabe der in Rede stehenden Informationen dem organisationsinternen Missstand tatsächlich entgegenwirkt wird. Damit wird erstmals der instrumentale Charakter von Whistleblowing in einer für das deutsche Arbeitsrecht relevanten Weise klar benannt. Auch wenn es bei der rechtlichen Einbettung dieser Fälle als subjektive Ausübung eines Grundrechts, hier konkret der Meinungsfreiheit, durch den Arbeitnehmer bleibt, wird der Whistleblower auf diese Weise doch gleichsam zu einem Ohr und Auge der zuständigen Behörde, die durch die ihr übermittelten Informationen in die Lage versetzt wird, die ihnen zur Aufsicht bzw. Verfolgung zugewiesenen Regelungen auch effektiv durchzusetzen. Der Whistleblower mutiert quasi zu einem »Funktionär der Gesamtrechtsordnung«⁵⁴ und verdient daher auch den Schutz durch die gesamte Rechtsordnung.

Ein praktisch bedeutsamer Teilaspekt dieses Ansatzes besteht darin, dass der EGMR eine Eskalation jedenfalls nicht in dem Sinne vorschreibt, dass jede Form eines externen Whistleblowings als ultima ratio anzusehen ist, also nicht nur der Gang in die Öffentlichkeit, sondern auch die Mitteilung an die zuständige Behörde konventionsrechtlich stets erst dann als statthaft anzusehen ist, wenn sich der Arbeitnehmer zunächst erfolglos um eine betriebsinterne Abhilfe bemüht hat. Diese Interpretation der Heinisch-Entscheidung ist zwar in Deutschland weit verbreitet⁵⁵ und für die Gerichte auch konkret handlungsleitend.⁵⁶ Tatsächlich beziehen die einschlägigen Passagen des Heinisch-Urteils⁵⁷ sowie der Vorgänger- bzw. Folgeentscheidungen⁵⁸ den Vorrang anderer Optionen jeweils nur auf

die Information der Öffentlichkeit, während die anderen potentiellen Adressaten grundsätzlich auf gleicher Stufe stehen und es offenbar eine Frage des konkreten Einzelfalls ist, welcher Kanal gewählt werden darf. Dies gilt für Vorgesetzte, eine andere innerbetriebliche Stelle oder eine Einrichtung, wobei der englische und der französische Text durch die Verwendung des Begriffs »authority« bzw. »autorité« deutlicher als das missverständliche deutsche Wort »Einrichtung« verdeutlichen, dass insoweit eine hoheitliche Stelle gemeint sein muss, weil private Arbeitgeber nicht über »authority« bzw. »autorité« verfügen.⁵⁹ Im weiteren Verlauf seiner Ausführungen greift der EGMR diesen Aspekt noch einmal auf, wendet ihn aber ins Subjektive und stellt darauf ab, ob der Arbeitnehmer in der Überzeugung gehandelt hat, dass ihm keine diskreteren Möglichkeiten zur Verfügung gestanden haben,⁶⁰ dem Missstand abzuweichen. Allerdings dürfte es auch insoweit lediglich um die Zulässigkeit einer Enthüllung gegenüber der Öffentlichkeit gehen, nicht aber um die Statthaftigkeit der Weitergabe von Informationen über innerbetriebliche Missstände an eine zuständige Behörde. Dass der EGMR bei der anschließenden Anwendung der Grundsätze auf den konkreten Fall unter Heranziehung der Entscheidung des BAG von 2003 die vorrangige Nutzung interner Kanäle prüft, lässt sich zwanglos damit erklären, dass der EGMR die Aufstellung einer entsprechenden Regel seitens eines Konventionsstaats auch dann akzeptiert, wenn er eine solche Regel selbst nicht aufstellt.⁶¹

52 EGMR, 10. 12. 2007 – 69698/01 – NJW-RR 2008, 1141 (Stoll v. Schweiz).

53 EGMR, 21. 7. 2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 (Heinisch v. Deutschland), Rn. 66.

54 Wendung nach *Raiser*, in: *Summum ius summa iniuria – Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen 1963, S. 149, 159. Siehe auch *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung (Fn. 40), S. 112: »Wächter der Rechtsordnung«.

55 Zum Beispiel *Forst*, NJW 2011, 3477, 3479; *Schmitt*, RdA 2017, 365, 367; *Schubert*, in: *Franzen/Gallner/Oetker* (Hrsg.), *Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht*, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: *EuArbR*), Art. 11 EMRK Rn. 29, 34; *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1003; *Trebeck/Schulte-Wissermann*, NZA 2018, 1175, 1178.

56 LAG Köln, 5. 7. 2012 – 6 Sa 71/12 – DuD 2013, 105, 106.

57 EGMR, 21. 7. 2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 (Heinisch v. Deutschland), Rn. 65.

58 Vgl. EGMR, 12. 2. 2008 – 14277/04 (Guja v. Moldova), Rn. 73; EGMR, 19. 2. 2009 – 4063/04 (Marchenko v. Ukraine), Rn. 46; EGMR, 21. 6. 2016 – 79972/12 (Soares v. Portugal), Rn. 41.

59 *Colneric*, SR 2018, 232, 234.

60 EGMR, 21. 7. 2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 (Heinisch v. Deutschland), Rn. 69.

61 Vgl. *Colneric*, SR 2018, 232, 236 f.

Mit der Betonung des öffentlichen Interesses an der Information sowie der Wirkung des Whistleblowers als ein organisationsinterner Informant, der durch seine Aktivitäten zur besseren Rechtsdurchsetzung beiträgt, ist dem Whistleblowing in der gerichtlichen Praxis eine neue Funktion zuerkannt worden, die es verbietet, eine daraufhin ausgesprochene Kündigung als einen ausschließlich die bilateralen Interessen der Arbeitsvertragsparteien betreffenden Konflikt aufzufassen. Zwar kann auch der EGMR nichts daran ändern, wenn das jeweilige nationale Recht die Streitigkeit in einem Kündigungsschutzverfahren bearbeitet. Allerdings erweist sich die Struktur des deutschen Kündigungsschutzrechts als flexibel genug, um die Anreicherung des Abwägungsmaterials um öffentliche Interessen aufzunehmen.⁶² In diesem Sinne hat sich auch das BAG in einer späteren Entscheidung geäußert, wobei der Rekurs auf die Judikatur des EGMR allerdings etwas mechanisch ausgefallen ist.⁶³

IV. Unionsrechtlich induzierter Schutz von Geschäftsgeheimnissen

Eine zu den skizzierten Entwicklungen des deutschen Whistleblowing-Rechts quer verlaufende Strömung ist mit den Bestrebungen zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen eingeläutet worden. Den legislativen Ausgangspunkt bildet die Geschäftsgeheimnis-Richtlinie 2016/943/EU als ein Instrument, um eine Mindestharmonisierung des Schutzes von vertraulichem Know-how und vertraulichen Geschäftsinformationen in der Europäischen Union herbeizuführen. Die RL 2016/943/EU hätte bis zum 9. Juni 2018 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Im Oktober 2018 hat die Bundesregierung einen Gesetzentwurf vorgelegt,⁶⁴ in dessen Zentrum ein künftiges Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (GeschGehG) steht, das nicht zuletzt im Hinblick auf seine arbeitsrechtlichen Konsequenzen für das Whistleblowing wie auch für die institutionalisierte Vertretung von Arbeitnehmerinteressen umstritten ist⁶⁵ und zu dem nunmehr seit März 2019 eine Beschlussempfehlung des zuständigen Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz existiert.⁶⁶ Darüber hinaus gilt die RL 2016/943/EU seit dem Ende der Umsetzungsfrist unmittelbar, soweit es um das Verhältnis eines privaten Rechtssubjekts zu einem Mitgliedstaat bzw. zu einer dem Mitgliedstaat zuzurechnenden Einrichtung

geht. Damit ist das bereits in der RL 2016/943/EU unmittelbar adressierte Thema Whistleblowing endgültig im europäischen Mehrebenensystem mit seiner komplexen Verschränkung von mitgliedstaatlichem einfachem Recht und Verfassungsrecht, europäischem Sekundärrecht und Primärrecht sowie völkervertraglichem Konventionsrecht angekommen, dessen kohärente Bearbeitung den Rechtsanwender vor besondere Herausforderungen stellt.⁶⁷

1. Missbilligenswerte innerbetriebliche Praktiken als Geschäftsgeheimnis?

Dass es überhaupt zu einer auf den ersten Blick überraschenden Schnittmenge mit dem Whistleblowing-Recht kommen kann, liegt an der weiten Definition des Geschäftsgeheimnisses in Art. 2 Nr. 1 RL 2016/943/EU, der sämtliche Informationen umfasst, die erstens nicht allgemein bekannt oder ohne weiteres zugänglich sind, zweitens wegen ihres Geheimnischarakters von kommerziellem Wert sind und drittens Gegenstand von angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen sind. Von einem zusätzlichen Kriterium eines berechtigten Geheimhaltungsinteresses des Geschäftsinhabers als Korrektiv dieser weiten Definition ist im Richtlinienentwurf nicht die Rede. Ob sich hieraus eine Einbeziehung rechtswidriger Praktiken in den unionsrechtlichen Begriff des Geschäftsgeheimnisses ergeben kann, wie dies von der überwiegenden Ansicht zu § 17 UWG vertreten wird,⁶⁸ ist im deutschen Schrifttum umstritten.⁶⁹ Für ein weites Ver-

62 Siehe dazu auch *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung (Fn. 40), S. 99 f., 188 ff.

63 BAG, 15. 12. 2016 – 2 AZR 42/16 – AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung, Rn. 14.

64 BT-Drs. 19/4724.

65 Vgl. BT-Drs. 19/7453; BT-Drs. 19/7704; Stellungnahme des DGB zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der RL 2016/943/EU v. 4. 12. 2018; *Böning/Heidfeld*, AuR 2018, 555 ff.; *Karthaus*, NZA 2018, 1180 ff.

66 BT-Drs. 19/8300.

67 Dazu eingehend *Gsell*, AcP 213 (2013), 99 ff., mit dem Ansatz eines Europäischen Privatrechtsverbundes, dem man den Leitgedanken eines Europäischen Arbeitsrechtsverbundes zur Seite stellen kann.

68 Vgl. die Nachweise bei *Oetker*, ZESAR 2017, 257, 261 Fn. 31, und (dies selbst aber abl.) *Schnabel*, CR 2016, 342, 344 Fn. 36.

69 Dafür *Oetker*, ZESAR 2017, 257, 261 f.; *Schnabel*, CR 2016, 342, 348; ebenso (noch zum RL-Entwurf) *Kozak*, Zur Notwendigkeit eines arbeitsrechtlichen und haftungsrechtlichen Whistleblowerschutzes, Frankfurt aM. 2016 (zugl. Berlin, Univ., Diss. 2015), S. 212; dagegen *Schmitt*, RdA 2017, 365, 369; *EuArbR-Schubert* (Fn. 55), Art. 2 RL 2016/943/EU Rn. 9 ff.; ebenso – wenn auch ohne Problembewusstsein – *Baranowski/Glaßl*, BB 2016, 2563, 2565; unter Berufung auf den (angeblich) fehlenden Charakter als »Vermögenswert« ferner *Kalbfus*, GRUR 2016, 1009, 1011; zust. *Alexander*, WRP 2017, 1034, 1039 (»unproduktiver« Aspekt der Unternehmenstätigkeit).

ständnis spricht der systematische Aspekt, dass Art. 5 RL 2016/943/EU als *sedes materiae* für den Whistleblower-Schutz eine Ausnahme ua. für den Fall vorsieht, dass die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zur Aufdeckung eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens oder einer illegalen Tätigkeit erfolgt (lit. b). Diese Regelung ergibt nur dann einen Sinn, wenn die entsprechenden Informationen nicht schon von vornherein aus dem Begriff des Geschäftsgeheimnisses ausgeklammert werden, was allerdings zu der bizarren Folge führen könnte, dass »Geschäftsmodelle« wie das Versehen eigentlich abgelaufener Lebensmittel mit einem neuen Haltbarkeitsdatum (»Gammelfleisch«), das »innovative Entsorgen« von Chemikalien in einem Naturschutzgebiet oder eine »erfindersische Abrechnung« öffentlicher Aufträge unversehens zu »Geschäftsgeheimnissen« mutieren. Es bleibt zu hoffen, dass sich der EuGH jedenfalls solchen Eskapaden entgegenstemmt, wobei er immerhin Erwägungsgrund 14 ins Feld führen kann, der von einem »legitimen Interesse« an der Geheimhaltung bestimmter Informationen spricht, das in den genannten Beispielen fraglos zu verneinen ist. Für das deutsche Umsetzungsgesetz sieht die Beschlussempfehlung zum GeschGehG das im ursprünglichen Gesetzentwurf⁷⁰ noch fehlende zusätzliche Erfordernis eines berechtigten Interesses an der Geheimhaltung vor,⁷¹ was freilich die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Einschränkung mit Art. 2 Nr. 1 RL 2016/943/EU aufwirft. Davon abgesehen sind Grauzonenfälle denkbar, denen die Illegalität nicht auf die Stirn geschrieben ist und bei denen man über die Eigenschaft einer Information als Geschäftsgeheimnis seriös diskutieren kann wie etwa bei bestimmten Arten »kreativer« Finanzprodukte, sodass es zur Abwehr der in der RL 2016/943/EU vorgesehenen Rechtsfolgen⁷² des Ausnahmetatbestandes bedarf. Zudem kommen innerbetriebliche Praktiken wie etwa das rücksichtslose Ausnutzen von Steuerschlupflöchern mittels gewagter rechtlicher Konstruktionen in Betracht, die sich zwar eindeutig noch unterhalb der Schwelle der Rechtswidrigkeit halten, gleichwohl aber bereits als »berufliches oder sonstiges Fehlverhalten« gebrandmarkt werden können. Entsprechendes gilt für Auslandsaktivitäten von Unternehmen, bei denen die lokalen Vorschriften eingehalten werden, die aber dennoch aufgrund ihrer Schädlichkeit für die einheimischen Beschäftigten oder die Umwelt auf gravierende Bedenken stoßen.⁷³ Dabei wird man den Rekurs von Art. 5 lit. b RL 2016/943/EU auf außerrechtliche Standards allerdings

nicht als Legitimation für ein beliebiges Anprangern von betrieblichen Aktivitäten begreifen dürfen, die lediglich nach der subjektiven Vorstellung des Whistleblowers eine Missbilligung als »berufliches oder sonstiges Fehlverhalten« verdienen. Wenn es in der anderen Alternative um eine illegale Tätigkeit⁷⁴ gehen muss und damit ein objektiver Maßstab aufgerufen wird, kann dies im Hinblick auf ein Fehlverhalten, das sich noch unterhalb dieser Schwelle hält, nicht anders sein. Vielmehr müssen sich die Informationen auf ein Verhalten beziehen, das – sein Vorliegen unterstellt – objektiv gegen vorhandene berufsständische bzw. sozioethische Maßstäbe verstößt.

2. Privilegierung der Aufdeckung missbilligenswerter innerbetrieblicher Praktiken

Die Offenlegung illegaler Tätigkeiten bzw. eines beruflichen oder sonstigen Fehlverhaltens wird gemäß Art. 5 lit. b RL 2016/943/EU nur dann aus dem Rechtsfolgenregime der Geschäftsgeheimnis-Richtlinie herausgenommen, wenn der Whistleblower in der Absicht gehandelt hat, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Die Vorschrift will somit lediglich dem »klassischen« altruistisch handelnden Hinweisgeber einen Schutz verschaffen. Der von der Motivation des Whistleblowers zu unterscheidende erforderliche Wahrheitsgrad der betreffenden Information wird durch Art. 5 lit. b RL 2016/943/EU hingegen nicht ausdrücklich thematisiert. Aus der subjektiv gehaltenen Fassung der Regelung wird man aber schlussfolgern können, dass es nicht darauf ankommt, ob sich der erhobene Vorwurf als zutreffend herausstellt⁷⁵ oder später

70 Vgl. § 2 Nr. 1 lit. a u. b GeschGehG, BT-Drs. 19/4724.

71 § 2 Nr. 1 lit. c GeschGehG, BT-Drs. 19/8300.

72 Im arbeitsrechtlichen Kontext zu erwähnen ist vor allem der in Art. 14 RL 2016/943/EU geforderte Schadensersatz. Art. 14 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2016/943/EU sieht zwar die mitgliedstaatliche Option vor, die Haftung von Arbeitnehmern einzuschränken. Dies gilt aber nicht bei Vorsatz, was beim »echten« Verrat von Geschäftsgeheimnissen gegen Geld an einen Konkurrenten des Arbeitgebers unproblematisch ist, bei externen Whistleblowern, welche die zuständige Aufsichtsbehörde selbstredend vorsätzlich informieren, zu Schwierigkeiten führt, sofern man für den in dieser Bestimmung als Grenze genannten Vorsatz nicht im Sinne der (deutschen) zivilrechtlichen Vorsatztheorie das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verlangt. Zur Vorsatztheorie siehe nur BGH, 16. 5. 2017 – VI ZR 266/16 – NJW 2017, 2463 Rn. 16; *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 78. Aufl., München 2019, § 276 Rn. 11.

73 Siehe insoweit auch die Erläuterungen zu § 5 Nr. 2 GeschGehG, BT-Drs. 19/4724, S. 29.

74 Bzw. um eine rechtswidrige Handlung, § 5 Nr. 2 GeschGehG.

75 Anders *Schmitt*, RdA 2017, 365, 371.

gar eine Sanktion des Geschäftsinhabers erfolgt. Vielmehr spricht Erwägungsgrund 20 etwas gestelzt gerade umgekehrt davon, dass die zuständigen Gerichte nicht »daran gehindert« sein sollen, eine Ausnahme von den Rechtsfolgen der RL 2016/943/EU auch dann zuzulassen, wenn der Whistleblower in gutem Glauben davon ausging, den Kriterien für eine Privilegierung zu genügen.⁷⁶ Lediglich bei wissentlich unwahren oder leichtfertig falschen Angaben ins Blaue hinein wird man nicht ernstlich annehmen können, dass der Hinweisgeber mit einem solchen Verhalten das allgemeine öffentliche Interesse befördern wollte. Gleichwohl wirkt das zwingende Erfordernis einer altruistischen Intention des Whistleblowers strenger als die Grundsätze, die der EGMR in der Heinisch-Entscheidung aufgestellt hat. Darin werden unlautere Motive des Whistleblowers wie »persönlicher Groll oder Feindschaft« lediglich in der Weise gewertet, dass die Handlung des Arbeitnehmers in einem solchen Fall »keinen besonders starken Schutz« verdient.⁷⁷ Zudem spricht die Formulierung von Art. 5 lit. b RL 2016/943/EU dafür, dass die Beweislast für eine gemeinwohlorientierte Motivation den Whistleblower trifft,⁷⁸ während das Vorhandensein eines »niederen Beweggrundes« nach den allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts an sich vom Arbeitgeber nachzuweisen ist. Die Beschlussempfehlung zum GeschGehG formuliert nunmehr etwas weicher, dass die Erlangung, Nutzung oder Offenlegung des in Rede stehenden Geschehens geeignet sein muss, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen,⁷⁹ was an der Beweislast aber nichts ändern dürfte. Schließlich führt der ausdrückliche Bezug auf das »allgemeine öffentliche Interesse« zum grundsätzlichen Problem der Abgrenzung von öffentlichen und lediglich privaten Interessen.⁸⁰ Dabei dürfte es zwar zu weit gehen, Arbeitnehmerinteressen als lediglich gruppenspezifische Interessen per se auszuklammern.⁸¹ Wenn die Einhaltung arbeitnehmerschützender Normen wie der Regelungen des technischen Arbeitsschutzes oder auch der gesetzliche Mindestlohn durch staatliche Behörden kontrolliert wird, lässt sich ein allgemeines öffentliches Interesse an der tatsächlichen Durchsetzung dieser Vorschriften schwerlich verneinen. Die massenhafte Verletzung der Pflicht zur Zahlung eines vertraglich zugesagten Weihnachtsgeldes würde indes nicht das allgemeine öffentliche Interesse tangieren, wobei man ein solches Arbeitgeberverhalten allerdings auch kaum als ein »Geschäftsgeheimnis« bezeichnen könnte, das nicht nach außen dringen darf.

Nun wird man der These einer nicht unerheblichen Verschlechterung des rechtlichen Schutzes von Whistleblowern mit der Überlegung entgegentreten können, dass Art. 5 lit. a RL 2016/943/EU als weitere Ausnahme vom Geschäftsgeheimnisschutz den Fall nennt, dass dessen Offenlegung zur Ausübung des Rechts der freien Meinungsäußerung erfolgt. Etwas allgemeiner heißt es zudem in Art. 3 Abs. 2 RL 2016/943/EU, dass die Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses insofern als rechtmäßig gilt, als sie durch Unionsrecht erlaubt ist. Darüber hinaus verlangt Art. 4 Abs. 1 und 3 RL 2016/943/EU die Rechtswidrigkeit der Offenlegung, wobei sich eine solche Rechtswidrigkeit aus dem Verstoß gegen eine Vertraulichkeitsvereinbarung oder aus einer allgemeinen vertraglichen Nebenpflicht ergeben kann. An diesem Punkt ließe sich einhaken, weil einerseits eine direkt auf die Geheimhaltung von Gesetzesverstößen abzielende Vereinbarung von der Rechtsordnung nicht als wirksam akzeptiert werden kann und andererseits schon bei der näheren Bestimmung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht die Grundrechte des Arbeitnehmers in Stellung gebracht werden können, wobei letzteres zur Folge hätte, dass es auf den ausdrücklichen Ausnahmetatbestand des Art. 5 lit. a RL 2016/943/EU dann nicht mehr ankommen würde. In der Sache selbst geht es in diesem Zusammenhang um das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung nach Art. 11 GRCh. Da zur Konkretisierung dieses Grundrechts gemäß Art. 52 Abs. 3 S. 1 GRCh wiederum auf Art. 10 EMRK zurückzugreifen ist und sich dessen Verständnis nach der Judikatur des EGMR richtet, gelangt man zwar auch bei der Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen letztlich zu einem kohärenten Schutzniveau für Whistleblower. Eine transparente Regulierung des Whistleblowings, bei dem die Rechtsklarheit für die Betroffenen eine besondere Rolle spielt, sieht freilich anders aus.

76 Schmitt, RdA 2017, 365, 371 sieht hierin offenbar nur eine in der Hand der zuständigen Gerichte liegende mitgliedstaatliche Option.

77 EGMR, 21.7.2011 – 28274/08 – NZA 2011, 1269 (Heinisch v. Deutschland), Rn. 69.

78 In diesem Sinne auch Bissels/Schroeders/Zieglmayer, DB 2016, 2295, 2298. Die englische und die französische Sprachfassung deuten in dieselbe Richtung. Undeutlich Eufinger, ZRP 2016, 229, 230 f., mit Vermengung von Motivation des Whistleblowers und Wahrheitsgehalt der Meldung. Verbal gegen eine Beweislastumkehr (aber mit diffuser Begründung) Groß/Platzer, NZA 2017, 1097, 1103; Reinhardt-Kasperek/Kaindl, BB 2018, 1332, 1334.

79 § 5 Nr. 2 GeschGehG, BT-Drs. 19/8300; anders noch § 5 Nr. 2 GeschGehG, BT-Drs. 19/4724.

80 Dazu weiterführend Leisner, DÖV 1970, 217 ff.

81 So aber Oetker, ZESAR 2017, 257, 263.

Als diffus erweist sich schließlich auch die Antwort der RL 2016/943/EU auf die Frage nach dem Verhältnis von internem und externem Whistleblowing. Klar ist insoweit nur, dass Art. 5 lit. b RL 2016/943/EU die Privilegierung nicht zusätzlich davon abhängig macht, dass sich der Whistleblower an eine bestimmte Reihenfolge gehalten hat.⁸² Allerdings spricht einiges dafür, dass die Regelung dieses Problem weder positiv noch negativ löst, sondern nur den Zweck verfolgt, den Whistleblower vor den durch die RL 2016/943/EU vorgesehenen Rechtsfolgen zu bewahren, sofern einer der Ausnahmetatbestände vorliegt.⁸³ Es wäre zudem wenig einleuchtend, wenn Informationen über eine illegale innerbetriebliche Tätigkeit kraft europäischen Rechts dann einschränkungslos an die zuständige Aufsichtsbehörde oder sogar die allgemeinen Medien übermittelt werden dürften, wenn es sich ausnahmsweise gleichzeitig um ein Geschäftsgeheimnis handelt, ein solches Vorgehen des Arbeitnehmers aber dann möglicherweise strenger zu bewerten ist, wenn das Verhalten des Arbeitgebers zwar illegal ist, aber kein Geschäftsgeheimnis darstellt.

Die verschiedenen aufgezeigten Friktionen beruhen letztlich darauf, dass im Zentrum der RL 2016/943/EU der Schutz von Geschäftsgeheimnissen steht, während der Schutz von Whistleblowern keinen eigenständigen Zweck der Richtlinie darstellt, sondern die einschlägigen Bestimmungen lediglich darauf abzielen, eine überschießende Wirkung der RL 2016/943/EU zu verhindern. Auch dies zeigt noch einmal, wie wenig glücklich es ist, den Geschäftsgeheimnisschutz so weit zu fassen, dass ein – zudem nicht klar abgegrenzter – Überschneidungsbereich mit eindeutigen Whistleblower-Fällen entsteht.

V. Kommissionsvorschlag eines europäischen Whistleblowerschutzes

Eine direkt auf das Thema Whistleblowing gerichtete rechtspolitische Initiative wird dagegen mit dem Vorschlag der Europäischen Kommission vom 23. April 2018 für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, angestoßen,⁸⁴ der in der deutschen Politik allerdings auf ein gemischtes Echo gestoßen ist.⁸⁵

1. Grundsätzliche Ausrichtung des Kommissionsvorschlags

Dass es sich hierbei jedenfalls aus der Perspektive des deutschen Rechts um einen grundsätzlichen Konzeptionswechsel handelt, wird an verschiedenen Punkten deutlich. Auch wenn der Richtlinienvorschlag in seiner Überschrift den Aspekt des »Schutzes« der in Rede stehenden Personen in den Mittelpunkt rückt, geben die Erwägungsgründe⁸⁶ sowie die Begründung⁸⁷ doch deutlich zu erkennen, dass die Kommission Hinweisgeber vorrangig als Informationsintermediäre begreift, um Gesetzesverstöße aufzudecken und zu unterbinden und hierdurch das Gemeinwohl zu schützen (»Watchdog«-Funktion). Der den Whistleblowern zuerkannte Schutz ist also – anders als der Arbeitnehmern durch zahlreiche andere Rechtsinstrumente der Union gewährte Schutz – kein Selbstzweck, sondern hat einen instrumentalen Charakter, indem er einem negativen Anreiz für die Weitergabe gemeinwohlfördernder Informationen, nämlich der Angst vor Repressalien, entgegenwirken soll. Zum Ausdruck kommt dies auch in der gewählten Kompetenzgrundlage, bei der sich die Kommission ua. auf das Thema Betrugsbekämpfung (Art. 325 Abs. 4 AEUV) sowie auf die Binnenmarktkompetenz (Art. 114 AEUV) stützt, nicht aber auf die Kompetenz für sozialpolitische Regelungen (Art. 153 AEUV).

Die avisierte Richtlinie lässt sich daher bis zu einem gewissen Grad als ein binnenmarktfunktionales Instrument zur besseren Rechtsdurchsetzung charakterisieren. Ein durch Recht integrierter Binnenmarkt ist nämlich nur dann funktionsfähig, wenn das Unionsrecht in den einzelnen Mitgliedstaaten nicht nur in einem abstrakten Sinne einheitlich »gilt«, sondern auch konkret eingehalten wird,

82 Bissels/Schroeders/Ziegelmayr, DB 2016, 2295, 2298; Kalbfus, GRUR 2016, 1009, 1015; ferner Eufinger, ZRP 2016, 229, 231, der daraus sogar den Schluss zieht, dass ein Arbeitnehmer unmittelbar an die Öffentlichkeit gehen dürfe. Für einen primärrechtlich gebotenen Vorrang des internen Whistleblowing Schmitt, RdA 2017, 365, 371; EuArbR-Schubert (Fn. 55), Art. 5 RL 2016/943/EU Rn. 11.

83 Ebenso Oetker, ZESAR 2017, 257, 263.

84 COM(2018) 218 final. Dazu jüngst Gerdemann, RdA 2019, 16 ff.; Schmolke, AG 2018, 769 ff.; Thüsing/Rombey, NZG 2018, 1001 ff.; Wiedmann/Seyfert, CCZ 2019, 12 ff.

85 Siehe die Stellungnahme seitens des Bundesrates, BR-Drs. 173/1/18, der Regelungen zum Schutz von Hinweisgebern zwar grundsätzlich begrüßt, aber einen zu starken Eingriff in die Durchführungskompetenz der Mitgliedstaaten rügt.

86 Erwg. 1–6 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

87 COM(2018) 218 final, S. 2 ff.

die einschlägigen Normen die soziale Praxis also tatsächlich prägen. Anderenfalls könnten sich einzelne Marktakteure wettbewerbsverzerrende Vorteile dadurch verschaffen, dass sie – begünstigt durch schwache Verwaltungsstrukturen oder gar durch willfährige Behörden in einzelnen Mitgliedstaaten – das Unionsrecht missachten. Der Richtlinienentwurf geht über diesen marktfunktionalen Ansatz aber noch hinaus, indem er zu den enumerativ aufgelisteten Rechtsakten der Union, die in den Schutz einbezogen werden sollen, nicht nur Sektoren wie das öffentliche Auftragswesen, Finanzdienstleistungen, die Produktsicherheit und den Umweltschutz zählt, sondern etwa auch die kerntechnische Sicherheit und die öffentliche Gesundheit. Dagegen bleibt der gesamte Bereich der arbeitsrechtlichen Schutzstandards bedauerlicherweise ausgeklammert, obwohl etwa die Verletzung unionsrechtlicher Vorschriften über den umfangreich geregelten technischen Arbeitsschutz⁸⁸ eine nicht unerhebliche Wettbewerbsrelevanz haben kann und zudem ein öffentliches Interesse an sicheren und gesunden Arbeitsbedingungen nicht zu bezweifeln ist⁸⁹. Auch sonst führt die Regelungstechnik der Beschränkung auf die Meldung von Verstößen gegen enumerativ aufgelistete Rechtsakte dazu, dass die von der Kommission selbst konstatierte Fragmentierung des Hinweisgeberschutzes in der Europäischen Union⁹⁰ letztlich nicht überwunden wird.⁹¹

Regulatorisch geht es dem Kommissionsentwurf nicht nur um einen passiven Schutz der Hinweisgeber, zu denen im Übrigen nicht nur Arbeitnehmer im Sinne von Art. 45 AEUV, sondern auch noch verschiedene weitere Personengruppen gerechnet werden.⁹² Vielmehr zielt der Entwurf durch verschiedene Vorgaben auf eine aktive Förderung von Whistleblowing, indem hierfür institutionelle Vorkehrungen getroffen werden sollen. Dabei kann sich eine solche Politik auf empirische Untersuchungen stützen, nach denen Meldungen über organisationsinternes Fehlverhalten wesentlich durch entsprechende institutionelle Rahmenbedingungen befördert wird.⁹³ Zu nennen sind in erster Linie die Einrichtung interner und externer Kanäle und Verfahren, um Whistleblowing zu ermöglichen und zu erleichtern. So sollen private Unternehmen (oberhalb bestimmter Schwellenwerte) und öffentliche Stellen zur Einrichtung dahingehender interner Kanäle verpflichtet werden.⁹⁴ Darüber hinaus sollen die Mitgliedstaaten die verwaltungsorganisatorischen Voraussetzungen für ein funktionierendes externes Whistleblowing

schaffen und dabei insbesondere die für die Entgegennahme von Meldungen zuständigen Behörden benennen.⁹⁵

2. Komponenten des arbeitsrechtlichen Schutzes von externen Whistleblowern

Aus arbeitsrechtlicher Sicht bedeutsam sind vor allem die Vorschriften über den Schutz von Hinweisgebern bei externem Whistleblowing. Insoweit enthält der Kommissionsentwurf ein detailreiches Regelungskonzept. Folgende zentrale Komponenten seien hervorgehoben.

Erstens soll der Schutz ausdrücklich nicht nur dann einsetzen, wenn ein Rechtsverstoß gemeldet wird. Vielmehr soll ein Rechtsmissbrauch genügen, worunter der Entwurf eine unter das Unionsrecht fallende Handlung oder Unterlassung versteht, die formal nicht den Anschein einer Rechtswidrigkeit hat, aber dem Ziel oder dem Zweck der geltenden Vorschriften zuwiderläuft,⁹⁶ also gleichsam der »Politik des Gesetzes«⁹⁷ widerspricht.⁹⁸

Zweitens wird der Schutz an eine subjektive Voraussetzung geknüpft. Danach ist es gleichermaßen erforderlich wie ausreichend, dass der Hinweisgeber hinreichenden Grund zu der Annahme hat, die von ihm gemeldeten Informationen entsprächen zum Zeitpunkt ihrer Übermittlung der Wahrheit und fielen in den Anwendungsbereich der Richtlinie,⁹⁹ wobei Erwägungsgrund 60 den

88 Überblick bei *Bücker*, in: Heinig/Schlachter (Hrsg.), Enzyklopädie Europarecht, Band 7: Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016, § 19.

89 Nicht überzeugend *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung (Fn. 40), S. 149 ff., die für das deutsche Recht aus der zivilrechtlichen Durchsetzungsmöglichkeit von Arbeitsschutzvorschriften schließt, dass es hierbei primär um private Interessen des Arbeitnehmers geht, der Arbeitnehmer bei einer Meldung von Arbeitsschutzverstößen an eine Behörde also nicht als Wissensvermittler und damit nicht als Whistleblower, sondern als Rechtsschutzbedürftiger auftritt.

90 Vgl. COM(2018) 218 final, S. 2.

91 Insoweit krit. deshalb auch *Gerdemann*, RdA 2019, 16, 28.

92 Vgl. Art. 2 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

93 Vgl. *Skivenes/Trygstad*, Economic and Industrial Democracy 38 (2017), 119 ff.

94 Art. 4 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

95 Art. 6 ff. RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

96 Art. 3 Nr. 3 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

97 Vgl. *Steindorff*, FS Larenz, 1973, S. 217 ff.

98 Für eine Beschränkung auf rechtlich missbilligtes Verhalten *Schmolke*, AG 2018, 769, 775 mit Fn. 74; tendenziell anders aber *Erwg. 17 RL-Vorschlag*, COM(2018) 218 final, unter Verweis ua. auf »steuervermeidende und/oder missbräuchliche Vereinbarungen.«

99 Art. 13 Abs. 1 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

Schutz weit ausdehnt, indem bis zum Beweis des Gegenteils das Vorliegen eines berechtigten Grundes vermutet werden soll.¹⁰⁰ Dagegen wird die Motivation des Whistleblowers mit keinem Wort erwähnt, was kein Versehen, sondern eine bewusste Entscheidung ist.¹⁰¹ Dies ist umso bemerkenswerter, als nur zwei Jahre zuvor in einem anderen europäischen Rechtsakt eine hiervon abweichende Wertung getroffen worden ist, indem der oben angesprochene Art. 5 lit. b RL 2016/943/EU ausdrücklich die Absicht des Hinweisgebers verlangt, das allgemeine öffentliche Interesse zu schützen. Diese Diskrepanz lässt sich zwar mit dem Gedanken überbrücken, dass die Motivation des Whistleblowers für ein effektiveres Enforcement von Unionsrecht als primäre Stoßrichtung des Kommissionsentwurfs keine Rolle spielt,¹⁰² während der Schutz von Geschäftsgeheimnissen nur unter zusätzlichen Voraussetzungen zurücktreten soll. Dennoch bleibt der Eindruck einer gewissen Inkohärenz der verschiedenen unionalen Regelungen bzw. Regelungsvorschläge.

Drittens sieht der Kommissionsvorschlag klare Eskalationsstufen vor. So soll der Hinweisgeber grundsätzlich nur dann geschützt sein, wenn dem externen ein internes Whistleblowing vorangegangen ist.¹⁰³ Diese Regelung baut somit auf der geschilderten Pflicht für private Unternehmen und öffentliche Stellen zur Einrichtung eines internen Kanals für die Erstattung von Meldungen auf und schafft einen zusätzlichen Anreiz, dieser Pflicht auch wirklich nachzukommen: Gibt es keinen internen Kanal, darf der Hinweisgeber nämlich unmittelbar auf den externen Kanal der Information der zuständigen Behörde umschwenken.¹⁰⁴ Dies gilt sogar in den Fällen, in denen mangels Erreichens der maßgeblichen Schwellenwerte für ein Unternehmen keine rechtliche Pflicht zur Einrichtung eines internen Meldekanals besteht,¹⁰⁵ ein markantes Beispiel für eine »Nudge«-Gesetzgebung.¹⁰⁶ Innerhalb des externen Whistleblowings ist ebenfalls eine Abstufung in dem Sinne vorgesehen, dass zunächst grundsätzlich nur die zuständige Behörde zu informieren ist und erst nachrangig der Vorgang publik gemacht werden darf. Für eine solche Abstufung lässt sich zwar abstrakt die Rechtssicherheit ins Feld führen. Weil ein potenzieller Whistleblower aber nur schwer einschätzen kann, wann genau er sich an eine Behörde wenden darf, droht letztlich aber eine Einbuße an Effektivität. Es ist daher zu begrüßen, dass sich das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission im März 2019 auf eine grundsätzliche Gleichwertigkeit von internen und externen Meldekanälen geeinigt haben und Whistleblower somit das

Recht erhalten sollen, sich entsprechend den Umständen unmittelbar an die zuständigen Behörden zu wenden.¹⁰⁷

Viertens werden zahlreiche Maßnahmen auch unterhalb der Schwelle der Kündigung als verbotene Repressalien eingestuft, wie etwa die Versagung einer Beförderung, eine Aufgabenverlagerung, eine negative Leistungsbeurteilung, ein disziplinarischer Verweis, eine Ausgrenzung am Arbeitsplatz und die Nichtumwandlung eines Zeitarbeitsvertrags in einen unbefristeten Arbeitsvertrag.¹⁰⁸ Der insoweit springende Punkt, nämlich der Nachweis einer Kausalität zwischen der Meldung und der Benachteiligung, soll dem Arbeitnehmer als Hinweisgeber dadurch erleichtert werden, dass in einem gerichtlichen Verfahren eine Glaubhaftmachung des Charakters der in Rede stehenden Benachteiligung als Vergeltungsmaßnahme genügen soll, wodurch die volle Beweislast für das ausschließliche Vorliegen sonstiger Gründe sodann auf den Arbeitgeber als derjenigen Person, welche die Benachteiligung vorgenommen hat, übergehen soll.¹⁰⁹

Fünftens schließlich fordert der Kommissionsentwurf wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen, wenn Repressalien gegen Hinweisgeber ergriffen werden,¹¹⁰ wobei die Frage eines finanziellen Ausgleichs zugunsten von Whistleblowern allerdings nur in den Erwägungsgründen,¹¹¹ anders als in den Antidiskriminierungsrichtlinien¹¹² aber nicht im Richtlinienentwurf selbst angesprochen wird.

100 Dazu krit. *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1005.

101 Vgl. *Gerdemann*, RdA 2019, 16, 23.

102 Generell ebenso *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung (Fn. 40), S. 170 ff.

103 Art. 13 Abs. 2 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

104 Vgl. Art. 13 Abs. 2 lit. b RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

105 *Gerdemann*, RdA 2019, 16, 23.

106 Hierzu näher *Thaler/Sunstein*, Nudge, New Haven 2008.

107 Vgl. NZA – aktuell 6/2019, VIII. Für eine voraussetzungslose Externalisierung des Konflikts, um den Arbeitnehmer im Hinblick auf die Beseitigung des Missstandes nicht zum Gegenspieler des Arbeitgebers werden zu lassen, *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung (Fn. 40), S. 97 ff.

108 Siehe Art. 14 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

109 Art. 15 Abs. 5 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final. Der Wortlaut der Regelung ist allerdings nicht über jeden Zweifel erhaben, weil sie scheinbar voraussetzt, dass der Arbeitgeber eine »Vergeltungsmaßnahme« ergriffen hat, obwohl es vielfach gerade fraglich sein dürfte, ob eine »neutrale« Handlung wie etwa eine Aufgabenverlagerung eine »Vergeltungsmaßnahme« darstellt. Generell krit. *Thüsing/Rombey*, NZG 2018, 1001, 1005 f.

110 Art. 15 Abs. 1 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

111 Vgl. ErwG. 71 RL-Vorschlag, COM(2018) 218 final.

112 Vgl. Art. 15 S. 2 RL 2000/43/EG, Art. 17 S. 2 RL 2000/78/EG, Art. 25 S. 2 RL 2006/54/EG.

Trotz gewisser Unterschiede bewegt sich der Kommissionsentwurf im Hinblick auf den arbeitsrechtlichen Schutz von Whistleblowern konzeptionell somit stark im Fahrwasser antidiskriminierungsrechtlichen Denkens. Dies ist für sich genommen nicht zu kritisieren, weil aus der europäischen Perspektive nicht auf einem in allen Mitgliedstaaten ähnlich strukturierten Kündigungsschutz aufgebaut werden kann, in den sich der Whistleblower-Schutz reibungslos einfügen lässt. Für das deutsche Recht würde sich bei einem Erfolg dieses Vorhabens indes wieder das schon aus der Umsetzung der Antidiskriminierungsrichtlinien bekannte Problem der Abstimmung mit den bzw. Einbettung in die kündigungsschutzrechtlichen Strukturen stellen. Wie die Erfahrungen mit dem allgemeinen Antidiskriminierungsrecht gezeigt haben, lässt sich dieses Problem aber lösen¹¹³ und sollte daher nicht überbewertet werden.

Als Vorgriff auf den späteren Umgang mit dieser Materie bleibt anzumerken, dass ein nach Maßgabe der vorgesehenen Regelungen geschützter Hinweis durch einen Arbeitnehmer sicherlich nicht als Grund für eine Kündigung herangezogen werden kann, während eine danach nicht mehr geschützte Meldung eine Kündigung nicht etwa automatisch rechtfertigt, gibt es doch schon seit langem keine absoluten Kündigungsgründe mehr. Reagiert der Arbeitgeber auf ein externes Whistleblowing mit einer Kündigung, würde es bei einer Umsetzung des Kommissionsentwurfs also zu einer zweistufigen Kontrolle kommen. Während es auf der ersten Stufe um die Reichweite des Schutzes geht, der aus der Qualifikation des Hinweises als Rechtsdurchsetzungsinstrument erwächst, würde auf der zweiten Stufe danach gefragt, ob eine nicht mehr geschützte Meldung die Beendigung des Arbeitsverhältnisses kündigungsrechtlich unter Abwägung der beiderseitigen Interessen auch tatsächlich rechtfertigt. Auf einer solchen zweiten Stufe wäre der Aspekt des öffentlichen Interesses am Whistleblowing allerdings gleichsam »verbraucht« und dürfte nicht nochmals zugunsten des Arbeitnehmers veranschlagt werden. Stattdessen wären nur noch das konkrete Gewicht der Vertragsverletzung sowie etwaige einer Kündigung entgegenstehende soziale Umstände in Rechnung zu stellen.

VI. Fazit

Externes Whistleblowing ist in Deutschland von der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung schon seit Jahrzehnten in einer kündigungsschutzrechtlichen Einkleidung mit

dem tradierten Instrument der Konkretisierung vertraglicher Nebenpflichten bearbeitet worden, wobei sich im Laufe der Jahre zwar die Terminologie geändert hat, in der Sache selbst aber wenig Fortschritte zu verzeichnen waren. Diese »Pfadabhängigkeit« ist erst durch das BVerfG mit seiner Forderung nach der Berücksichtigung der staatsbürgerlichen Pflichten und Rechten des Arbeitnehmers bei der Bestimmung des arbeitsvertraglichen Pflichtenkanons sowie durch den EGMR mit seinem dezidierten Postulat der Einbeziehung öffentlicher Interessen an der Informationsweitergabe in den kündigungsrechtlichen Abwägungsprozess aufgebrochen worden. Während die Regulierung des Geschäftsgeheimnisschutzes eher einen retardierenden Charakter hat, ist die in Aussicht stehende Richtlinie über eine umfassende Regulierung des Whistleblowings ein Aufbruch zu neuen Ufern, wobei sie aufgrund seiner Fixierung auf den Schutz nur (von Teilen) des Unionsrechts freilich einer weiteren Fragmentierung dieser Materie Vorschub leistet. Konzeptionell verabschiedet sich diese Richtlinie endgültig von der ausschließlichen Wahrnehmung des externen Whistleblowings als ein Problem der Reichweite vertragsimmanenter Nebenpflichten und gestaltet Whistleblowing in ein Instrument der Rechtsdurchsetzung um, bei dem der nach antidiskriminierungsrechtlichem Vorbild deutlich ausgebaut Schutz des Hinweisgebers nur eine Hilfsfunktion einnimmt, auch wenn anzunehmen ist, dass künftige arbeitsgerichtliche Auseinandersetzungen vornehmlich um die hiermit verbundenen Fragen einschließlich ihrer Stellung und Bedeutung in kündigungsrechtlichen Kontexten kreisen werden.

Aus einer übergreifenden Perspektive würde das Arbeitsverhältnis durch einen Ausbau des Whistleblower-Schutzes um weitere rechts- und gesellschaftspolitische Aspekte angereichert. Es wird im arbeitsrechtlichen Diskurs nicht an Stimmen fehlen, die einer solchen Entwicklung kritisch gegenüberstehen, weil sie darin eine Deformierung des Arbeitsverhältnisses erblicken, das im Wesentlichen lediglich als ein auf den Leistungsaustausch von abhängiger Arbeit gegen eine Vergütung gerichteter Schuldvertrag begriffen werden sollte. Es bedarf keiner prophetischen Gabe, um die Aussage zu wagen, dass *Wolfgang Däubler* nicht zu diesen Stimmen gehören wird.

¹¹³ Siehe dazu etwa *Krause*, in: Linck/Krause/Bayreuther (Hrsg.), KSchG, 16. Aufl., München 2019, Einl. Rn. 98 ff. mwN.

15 Jahre AGB-Kontrolle in den Händen von zehn Senaten des BAG

Prof. Dr. Dr. hc. Ulrich Preis, Universität zu Köln

I. Überraschende praktische Bedeutung

»Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte.« So lautet das jüngste Werk von *Michael Kittner*.¹ Dies gilt auch für die AGB-Kontrolle, die freilich durch den Gesetzgeber veranlasst ist. Seit nunmehr 15 Jahren prägt dieses Rechtsgebiet jedoch auch die arbeitsrechtliche Rechtsprechung.² Nach juris (Zeitraum 2005 bis 2018) sind ca. 400 höchstrichterliche Entscheidungen zum AGB-Recht in 15 Jahren nachgewiesen, deutlich mehr als zum Befristungsrecht (ca. 250). Das Kündigungsschutzgesetz verzeichnet ca. 600 Entscheidungen des BAG im gleichen Zeitraum.

Der Jubilar, *Wolfgang Däubler*, hat diesem Rechtsgebiet große Aufmerksamkeit gewidmet. Referenzwerk ist das mit *Bonin* und *Deinert* verfasste Werk »AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht«.³ Seine Aufmerksamkeit erlangte das Gebiet des AGB-Rechts mit der Schuldrechtsreform.⁴ Seine ersten größeren Beiträge dazu befassten sich mit arbeitsvertraglichen Bezugnahmen auf Tarifverträge, salvatorischen Klauseln, Schriftformklauseln⁵ und Zielvereinbarungen.⁶ 2012 veröffentlichte er eine Bilanz nach zehn Jahren AGB-Kontrolle.⁷

Die unscheinbare Vorschrift des § 310 Abs. 4 BGB hat die wohl nachhaltigste Rechtsänderung im Individualarbeitsrecht nach der Verabschiedung des Kündigungsschutzgesetzes im Jahre 1951 bewirkt.⁸ Das gesamte BAG war gezwungen, sich in dieses Rechtsgebiet einzuarbeiten, da es nicht möglich ist, Fragen des Vertragsrechts durch Geschäftsverteilung auf wenige Senate zu beschränken. Die Integration des Arbeitsrechts in die AGB-Kontrolle hat einen Paradigmenwechsel bewirkt. Die Rechtsprechung hat sich in den dogmatischen Grundlagen der Inhaltskontrolle vollständig gewandelt. Man kann heute, 15 Jahre nach Inkrafttreten der neuen Rechtslage, anerkennend konstatieren, dass das BAG die Prinzipien der Vertragskontrolle internalisiert und weitgehend widerspruchsfrei umgesetzt hat.

Man darf mit Fug und Recht behaupten, dass die Materie aus verschiedenen Gründen anspruchsvoll ist. Wäh-

rend das Zivilrecht ganz davon dominiert ist, einzelne Klauseln auf Transparenz, unangemessene Benachteiligung oder Unklarheit zu überprüfen, geht es im Arbeitsrecht vielfach um systematische Fragestellungen, insbesondere das Verhältnis zum zwingenden Recht und zu Kollektivvereinbarungen⁹ sowie die Problematik der prinzipiellen Kontrollfähigkeit.

Es war ein rechtspolitischer Fehltritt, dass das AGB-Recht nicht schon früher, also mit Inkrafttreten des seinerzeitigen AGB-Gesetzes, auf das Arbeitsrecht angewandt wurde.¹⁰ Etwa die Frage nach der privatrechtsdogmatischen Einordnung sogenannter freiwilliger Leistungen wurde weithin ausgeblendet.¹¹ Bei der Frage der Anwendung des AGB-Rechts auf Arbeitsverträge und Arbeitsvertragsbedingungen geht es um nicht mehr und nicht weniger als die richtige rechtssystematische Verankerung des Arbeitsrechts, dessen dogmatische Struktur sowie dessen Gemeinsamkeiten und Unterschiede zum allgemeinen Zivilrecht. Weite Teile des Zivilrechts dienen – wie das Arbeitsrecht – dem Ziel, Paritätsdefizite zu kompensieren.

1 *Kittner*, 50 Urteile – Arbeitsgerichte schreiben Rechtsgeschichte, Frankfurt aM. 2019.

2 Die erste Entscheidung dürfte BAG, 4.3.2004 – 8 AZR 344/03 – juris gewesen sein.

3 *Däubler/Bonin/Deinert* (Hrsg.), *AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht*, 4. Aufl., München 2014 (im Folgenden: *DBD*).

4 *Däubler*, NJW 2001, 3729; *ders.*, NZA 2001, 1329.

5 *Däubler*, NZA-Beil. 3/2006, 133.

6 *Däubler*, ZIP 2004, 2209.

7 *Däubler*, ZTR 2012, 543.

8 Ebenso *Däubler*, ZTR 2012, 543, 553.

9 Hierzu *Krause*, in: *Clemenz/Kreft/Krause* (Hrsg.), *AGB-Arbeitsrecht*, Köln 2013 (im Folgenden: *CKK*), Einl. Rn. 98 ff.

10 *Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, Neuwied ua. 1993 (zugl. Köln, Univ., Habil. 1992); *ders.*, AuR 1994, 139 ff.

11 Dagegen schon *Preis*, FS Kissel, 1994, S. 879, 899 ff.

II. Die »im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten«

Dennoch hat der Gesetzgeber gemeint, in § 310 Abs. 4 BGB eine Angstklausel einarbeiten zu müssen. Danach sind bei der Anwendung auf Arbeitsverträge »die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen«. Der Gesetzgeber hat sich – auf Bestreben des Bundesrates¹² – des Vorschlags des Verfassers bedient, der als zweitbeste Lösung gegenüber einer Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts die Anwendung des AGB-Gesetzes mit folgender Formulierung vorschlug: »Die §§ 10, 11 Nr. 1–14 [AGBG] finden keine Anwendung auf vorformulierte Vertragsbedingungen im Arbeitsrecht. Bei der Kontrolle nach § 9 [AGBG] ist auf die in diesem Rechtsgebiet geltenden Besonderheiten Rücksicht zu nehmen.«¹³

Wer die Worte »im Arbeitsrecht geltende Besonderheiten« in juris eingibt, findet immerhin in der Rechtsprechung des BAG ca. 70 Nachweise. Bei oberflächlicher Betrachtung wirkt diese Zahl recht stattlich. Bei näherem Hinsehen ist die Entscheidungsrelevanz jedoch sehr gering. Der große Streit, ob nur rechtliche oder auch tatsächliche Besonderheiten zu berücksichtigen sind,¹⁴ ist in der praktischen Handhabung nicht sehr relevant geworden.¹⁵ Zumeist wird die Formel in Obersätzen als Kontrollvoraussetzung mitgeschleppt, ohne entscheidungserhebliche Bedeutung zu erlangen.¹⁶

Unklar ist in einer Entscheidung des BAG geblieben, welche arbeitsrechtlichen Besonderheiten bei der Beurteilung doppelter *Schriftformklauseln* zu beachten sein sollen.¹⁷ Man hat den Eindruck, dass das BAG die Formel für alle Fälle in der Hinterhand behält.¹⁸ Aber immerhin hat das BAG bei *Bezugnahme*klauseln ausdrücklich formuliert, dass die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten es nicht rechtfertigen, von den Transparenzerfordernissen für Änderungsvorbehalte Abstriche zu machen.¹⁹ Außerdem hat sich das BAG nicht erweichen lassen, wegen angeblicher arbeitsrechtlicher Besonderheiten Abstriche vom Verbot der *geltungserhaltenden Reduktion* vorzunehmen.²⁰ Im Übrigen erfolgt die Zitierung der gesetzlichen Floskel typischerweise als Bestätigung eines kraft anderweitiger Argumentation bereits erzielten Ergebnisses. Beispielhaft ist die jüngste Entscheidung des BAG, die sich auf den Satz beschränkt: »Außerdem sind nach § 310 Abs. 4 Satz 2 BGB die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen.«²¹

Entscheidungserhebliche Bedeutung hat die Norm bei der Frage, ob § 309 Nr. 6 BGB wortgetreu angewendet wird. Das hätte dazu führen können, dass *Vertragsstrafen* im Arbeitsrecht für den Fall des Vertragsbruchs ausgeschlossen sind. Vertretbar und mit der herrschenden Meinung hat das BAG dies verneint. Dies führt dazu, dass § 309 Nr. 6 BGB auf arbeitsvertragliche Vertragsstrafenabreden nicht anwendbar ist und sich eine Unwirksamkeit der Vertragsstrafenvereinbarung nur aus § 307 Abs. 1 BGB ergeben kann, wobei hier allerdings zum Schutz des Arbeitnehmers ein strenger Maßstab anzulegen ist.²² Freilich hat der 5. Senat des BAG²³ die im Arbeitsrecht akzeptierten kurzen Ausschlussfristen mit einer Länge von drei Monaten wenig überzeugend unter Hinweis auf die tatsächlichen Besonderheiten gerechtfertigt. Der Entscheidung ist ein Beispiel dafür, wie weitreichend und beliebig die Leerformel von den »tatsächlichen Besonderheiten« genutzt werden kann, wenn man will.

Ferner haben die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten konstitutive Bedeutung erlangt bei der *Inhaltskontrolle kirchlicher Arbeitsvertragsregelungen*, die im Wege des

12 BR-Drs. 338/01, S.28; BT-Drs. 14/6857, S.17, 53f.; zur Gesetzgebungsgeschichte ausf. DBD-Däubler (Fn. 3), Einl. Rn. 5ff.

13 Siehe Preis, AuR 1994, 139, 152, Fn. 170.

14 In einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung hat sich das BAG für die Berücksichtigung der tatsächlichen Besonderheiten ausgesprochen, BAG, 14.1.2009 – 3 AZR 900/07 – AP Nr. 41 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe, Rn. 28; offen gelassen in BAG, 4.3.2004 – 8 AZR 196/03 – AP Nr. 3 zu § 309 BGB; für die Berücksichtigung lediglich normativer Besonderheiten DBD-Deinert (Fn. 3), § 310 BGB Rn. 64ff.; Gotthardt, ZIP 2002, 307; Hönn, ZfA 2003, 325; Thüsing, NZA 2002, 591; aA. Henssler, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis, Köln 2003, S.615, 636f.

15 Hierzu zusammenfassend CKK-Krause (Fn. 9), Einl. Rn. 64; DBD-Deinert (Fn. 3), § 310 BGB Rn. 59ff.

16 Siehe etwa BAG, 19.3.2014 – 10 AZR 622/13 – AP Nr. 113 zu § 315 BGB, Rn. 49.

17 BAG, 20.5.2008 – 9 AZR 382/07 – AP Nr. 35 zu § 307 BGB, Rn. 35ff.

18 Als Beispiel mag die Frage dienen, ob ein erweitertes Direktionsrecht bei kollektiver Regelung anzuerkennen ist: BAG, 14.8.2007 – 9 AZR 18/07 – AP Nr. 2 zu § 6 ATG.

19 BAG, 11.2.2009 – 10 AZR 222/08 – NZA 2009, 428, Rn. 30.

20 BAG, 23.1.2007 – 9 AZR 482/06 – AP Nr. 38 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe.

21 BAG, 18.5.2017 – 2 AZR 721/16 – AP Nr. 11 zu § 308 BGB; unter Verweis auf BAG, 24.1.2017 – 1 AZR 774/14 – AP Nr. 10 zu § 308 BGB, Rn. 17; BAG, 11.10.2006 – 5 AZR 721/05 – AP Nr. 6 zu § 308 BGB, Rn. 19f.

22 Zuletzt BAG, 17.3.2016 – 8 AZR 665/14 – AP Nr. 6 zu § 309 BGB; vgl. etwa BAG, 23.1.2014 – 8 AZR 130/13 – AP Nr. 5 zu § 309 BGB, Rn. 21; BAG, 22.7.2010 – 6 AZR 847/07 – AP Nr. 55 zu § 611 BGB Kirchendienst; BAG, 28.5.2009 – 8 AZR 896/07 – AP Nr. 6 zu § 306 BGB, Rn. 35; BAG, 18.12.2008 – 8 AZR 81/08 – AP Nr. 4 zu § 309 BGB, Rn. 38; BAG, 25.9.2008 – 8 AZR 717/07 – AP Nr. 39 zu § 307 BGB, Rn. 42; BAG, 4.3.2004 – 8 AZR 196/03 – AP Nr. 3 zu § 309 BGB, B.II. der Gründe.

23 BAG, 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1113.

Dritten Weges vereinbart werden. Hier ist nach Auffassung des BAG die im Arbeitsrecht geltende Besonderheit (§ 310 Abs. 4 S. 2 BGB) angemessen zu berücksichtigen, da das Verfahren des Dritten Weges mit paritätischer Besetzung der Arbeitsrechtlichen Kommission und Weisungsunabhängigkeit ihrer Mitglieder gewährleistet, dass die Arbeitgeberseite nicht einseitig ihre Interessen durchsetzen kann. Die Berücksichtigung dieser Besonderheit bewirkt, dass so zustande gekommene kirchliche Arbeitsvertragsregelungen grundsätzlich wie Tarifverträge nur darauf zu untersuchen sind, ob sie gegen die Verfassung, gegen anderes höherrangiges zwingendes Recht oder die guten Sitten verstoßen.²⁴

Gewisse Bedeutung hat die Formel der arbeitsrechtlichen Besonderheiten schließlich bei *Ausschlussfristen* erlangt, die bekanntlich gegenüber dem zivilrechtlichen Niveau sehr viel weitergehend zugelassen werden.²⁵ Hier besteht noch manche Diskrepanz sowohl hinsichtlich der Länge der Ausschlussfristen als auch hinsichtlich der Inhalte und Transparenzkontrolle. Das BAG erkennt als tatsächliche Besonderheit an, dass Ausschlussfristen seit langem der im Arbeitsleben anerkanntermaßen besonders gebotenen raschen Klärung von Ansprüchen und der Bereinigung offener Streitpunkte dienen.²⁶ Das ist eine – für den begründungsbedürftigen Verfall wohlervorbener Ansprüche – unzureichende Begründung. Die Rechtsprechung geht aber hier ihren Weg unbeirrt weiter, obwohl der Druck auf die bislang immer noch großzügige Anerkennung von Ausschlussfristen durch die Mindestlohngesetzgebung größer wird. Noch wird in den Entscheidungen zu Ausschlussfristen die Formel von der im Arbeitsrecht bestehenden Besonderheit »mitgeschleppt«.²⁷

III. Ist der Arbeitnehmer Verbraucher?

1. Grundsatzfrage

Die Frage, ob ein Arbeitnehmer auch als Verbraucher iSd. § 13 BGB anzusehen ist, ist eine systematische Grundsatzfrage zwischen Arbeitnehmerschutzrecht und Verbraucherschutzrecht.²⁸ Das BAG hat die Frage nicht an der vordergründigen Begrifflichkeit des Verbrauchers, sondern anhand des Tatbestandes des § 13 BGB entschieden, wonach ein Verbraucher derjenige ist, der Verträge schließt, die eben nicht in Ausübung seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen werden. Der nicht in selbständiger Tätigkeit Handelnde wird im Zivilrecht als der

Schutzwürdige angesehen. Die Thematik, ob der Arbeitnehmer als Verbraucher anzusehen ist, ist seit 2005 erledigt.²⁹ Dogmatisch ist der Zusammenhang von Verbraucherschutzrecht und Arbeitsrecht von besonderem Interesse. Beide Rechtsgebiete treffen sich in dem gemeinsamen Bemühen, Paritätsdefizite zu kompensieren. Hier stellt sich die Frage, ob und inwieweit das eine mit dem anderen Gebiet zu verzahnen ist. Das BAG gelangt nach einer sorgfältigen grammatikalischen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegung der §§ 13, 310 Abs. 3 BGB zu dem Ergebnis, dass ein Arbeitnehmer bei vorformulierten Vertragsbedingungen als Verbraucher anzusehen ist. Die gesetzgeberisch gewünschte Annäherung des Schutzniveaus im Arbeitsrecht bei vorformulierten Arbeitsbedingungen an das Zivilrecht rechtfertigt hier die Anwendung der besonderen Schutzvorschriften für Verbraucher.³⁰ In einer grundlegenden Entscheidung zum Fremdgeschäftsführer einer GmbH geht das BAG sogar noch einen Schritt weiter: Es wendet im Rahmen der AGB-Kontrolle bei § 310 Abs. 3 BGB die Verbrauchervorschriften an, weil dieser unselbstständig tätig sei. Der Geschäftsführer einer GmbH übe seine Tätigkeit im Namen und auf Rechnung der Gesellschaft aus und unterliege im Innenverhältnis den Weisungen der Gesellschafter. Das gelte erst recht für den Abschluss des Anstellungsvertrags, jedenfalls dann, wenn der Geschäftsführer nicht zugleich als Gesellschafter über zumindest eine Sperrminorität verfügt und Leitungsmacht über die Gesellschaft ausüben kann.³¹ Diese Entscheidung ist über den konkreten Fall hinaus bedeutsam, soweit das BAG hier davon ausgeht, dass der Fremdgeschäftsführer eine unselbstständige Tätigkeit ausübt. Interessant wäre die Rückwirkung dieser Aussage auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff iSd. § 611a BGB.

24 Vgl. BAG, 28. 6. 2012 – 6 AZR 217/11 – AP Nr. 71 zu § 611 BGB Kirchendienst, Rn. 71; BAG, 24. 3. 2011 – 6 AZR 765/09 – KirchE 57 (2011), 295, Rn. 17.

25 Siehe zuletzt BGH, 6. 12. 2012 – VII ZR 15/12 – NJW 2013, 525: Abkürzung der Verjährungsfrist für Werklohnanspruch auf zwei Jahre unangemessen benachteiligend.

26 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1113.

27 Zuletzt etwa BAG, 16. 3. 2016 – 4 AZR 421/15 – AP Nr. 208 zu § 4 TVG Ausschlussfristen, Rn. 37.

28 Dokumentation des Grundsatzstreits bei DBD-Däubler (Fn. 3), Einl. Rn. 60 ff.

29 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111.

30 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1115.

31 BAG, 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 – AP Nr. 13 zu § 310 BGB.

2. Einzelfragen: Die den Vertragsschluss begleitenden Umstände § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB

Bei Verbraucherverträgen sind bei der Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung iSv. § 307 Abs. 1 und Abs. 2 BGB nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB auch die den Vertragsschluss begleitenden Umstände zu berücksichtigen.³² Die ambivalenten Wirkungen der Norm hat auch das BAG schon zu Tage gefördert.³³

Die Berücksichtigung dieser Umstände kann sowohl zur Unwirksamkeit einer nach generell-abstrakter Betrachtung wirksamen Klausel als auch zur Wirksamkeit einer nach typisierter Inhaltskontrolle unwirksamen Klausel führen.³⁴ Die Umstände des Vertragsschlusses fließen in die Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung ein. Dabei ist von einer generellen Betrachtung auszugehen, die durch die Berücksichtigung der konkreten, individuellen Umstände ergänzt wird.³⁵ Für die Unwirksamkeit spricht die Ausnutzung einer Überrumpelungssituation oder der geschäftlichen Unerfahrenheit des Vertragspartners. Besitzt der Verbraucher indes Sonderkenntnisse oder ist er geschäftlich erfahren, kann dies die Unangemessenheit ausgleichen.

Die Norm hat in der Rechtsprechung keine große Bedeutung erlangt. Vergleichsweise ausführlich befasst sich mit ihr lediglich die Entscheidung des BAG zur Frage der Inhaltskontrolle von Verträgen mit sprachunkundigen Ausländern. In dieser Entscheidung zeigt das BAG mit Recht auf, dass § 310 Abs. 3 S. 3 BGB dem abstrakt-generellen Prüfungsmaßstab des § 307 Abs. 1 BGB widerspricht. Es folgert daraus, dass nicht bloß der Umstand der Sprachunkundigkeit schon zu einem Transparenzverstoß führt.³⁶ Dem ist zuzustimmen.

IV. Erklärungen für den Siegeszug des AGB-Rechts

Die herausragende Bedeutung des AGB-Rechts erklärt sich dadurch, dass es sich jedenfalls bei der Zentralnorm des § 307 Abs. 1 und 2 BGB schlicht um eine Konkretisierung der ganz allgemeinen Kontrolle einseitig gestellter Vertragswerke handelt, wie sie auf der Basis des Grundsatzes von Treu und Glauben (§ 242 BGB) installiert worden ist. Da es kaum Vertragswerke gibt, die nicht einseitig gestellt sind, beansprucht das AGB-Recht damit in nahezu jedem vertragsrechtlichen Streit Berücksichtigung. Das AGB-

Recht enthält ganz allgemeine Prinzipien, die zum Teil schon im römischen Recht anerkannt waren. Sie erklären sich vielfach von selbst. Dass etwa die ausgehandelte Vereinbarung eine höhere Verbindlichkeit kraft ausgeübter Privatautonomie hat als eine einseitig gestellte Vertragsbedingung, bei der sich der mächtigere Vertragspartner durchsetzen kann, leuchtet auch dem Laien ein. Der Grundgedanke der höheren Validität ausgehandelter Vereinbarungen durchzieht das ganze AGB-Recht (vgl. § 305 Abs. 1 S. 3, § 305b, § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Unklarheiten gehen zulasten der vorformulierenden Partei. Selbstverständlich ist, dass der Verwender von AGB nicht von dem Schutzmechanismus des Gesetzes profitieren kann. Auf einen Verstoß gegen das Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) kann sich der Arbeitgeber als Verwender der von ihm gestellten AGB nicht berufen. Denn die Inhaltskontrolle schafft lediglich einen Ausgleich für die einseitige Inanspruchnahme der Vertragsfreiheit durch den Klauselverwender, sie dient aber nicht dessen Schutz vor den von ihm selbst eingeführten Formularbestimmungen.³⁷

Die hohe Bedeutung des AGB-Rechts in unserer schnelllebigen Wirtschaftswelt erklärt sich letztlich dadurch, dass die Aushandlung einzelner Vertragsbedingungen beschränkt ist auf große wirtschaftliche Transaktionen, in denen sich oftmals gleich starke Anbieter und Nachfrager gegenüberstehen. Für alle anderen Geschäfte des täglichen Lebens muss das Formular bzw. der vorformulierte Vertrag genügen. Es ist Aufgabe der Rechtsprechung, insoweit als Gegenmacht für den Vertragsunterworfenen eine Fairnesskontrolle vorzunehmen. Diese Kontrolle wird durch das gesetzlich geregelte AGB-Recht eindrucksvoll legitimiert.

Überwiegend enthalten die Regelungen abstrakte, auf jeden Vertrag anwendbare Prinzipien (Vorrang der Individualabrede; Kompensation von Disparität; Verbot der Überraschungsklausel, Unklarheitenregel zulasten des Verwenders; Transparenzgebot; Totalnichtigkeit der unwirksamen Klausel bei Aufrechterhaltung des Vertrages im Übrigen; Umgehungs-

³² Hierzu ausführlich *Preis*, NZA-Sonderbeil. 16/2003, 19 ff.

³³ BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG.

³⁴ Vgl. BAG, 21. 4. 2016 – 8 AZR 474/14 – AP Nr. 8 zu § 781 BGB, Rn. 69; BAG, 21. 8. 2012 – 3 AZR 698/10 – AP Nr. 46 zu § 611 BGB Ausbildungsbeihilfe, Rn. 27.

³⁵ *Heinrichs*, in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 65. Aufl., München 2006, § 310 BGB Rn. 19.

³⁶ BAG, 19. 3. 2014 – 5 AZR 252/12 (B) – AP Nr. 26 zu § 130 BGB, Rn. 68.

³⁷ BAG, 22. 9. 2016 – 2 AZR 509/15 – AP Nr. 169 zu § 2 KSchG 1969.

verbot; Angemessenheitskontrolle gestellter Vertragsbedingungen nach dem Grundsatz von Treu und Glauben; Leitbild des dispositiven Rechts; Sicherung der Vertragsfreiheit bei Hauptabreden). Im Rahmen der Inhaltskontrolle sind Art und Gegenstand, Zweck und besondere Eigenart des jeweiligen Geschäfts zu berücksichtigen. Zu prüfen ist, ob der Klauselinhalt bei der in Rede stehenden Art des Rechtsgeschäfts generell und unter Berücksichtigung der typischen Interessen der beteiligten Verkehrskreise eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners ergibt.³⁸ Nach § 307 Abs. 2 BGB ist eine unangemessene Benachteiligung im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung *mit wesentlichen Grundgedanken* der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB) oder sie wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben, so einschränkt, dass die *Erreichung des Vertragszwecks gefährdet* ist (§ 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

V. Grundprinzipien des AGB-Rechts – kurzgefasst!

1. Das Transparenzgebot

Tragendes Prinzip des AGB-Rechts ist das so genannte Transparenzgebot, das das gesamte AGB-Recht durchzieht, und zwar in stärkerem Maße, als auf den ersten Blick erkennbar ist. Es hat deshalb auch einen Siegeszug dieses Prinzips in der Rechtsprechung des BAG gegeben (hierzu unter V.4.). Etwa jede dritte Entscheidung des BAG mit AGB-Bezug agiert mithilfe des Transparenzgebotes. Unmittelbar gesetzlich anerkannt ist das Prinzip als Zentralnorm der Inhaltskontrolle. Nach § 307 Abs. 1 S.2 BGB kann sich eine unangemessene Benachteiligung auch daraus ergeben, dass die »Bestimmung nicht klar und verständlich ist.« Auch die RL 93/13/EWG stellt das Erfordernis auf, dass »Klauseln klar und verständlich abgefasst« sein müssen.

In Fällen extremer Intransparenz wird die entsprechende überraschende Klausel gar nicht erst Vertragsbestandteil (§ 305c Abs. 1 BGB). Dass Unklarheiten zu Lasten des Verwenders (§ 305c Abs. 2 BGB) gehen, ist ebenfalls Ausdruck des Transparenzgebots. Und schließlich kann auch das Verbot geltungserhaltender Reduktion unwirksamer Klauseln mit dem Gedanken der Transparenz gerechtfertigt werden.³⁹ Denn es soll zu einer Bereinigung der Vertragswerke kommen. Dieses Ziel würde vereitelt, wenn der Verwender

gefahrlos überschießende Klauseln weiterverwenden könnte. Die unwirksame Klausel muss daher total unwirksam sein, mag auch im Übrigen der Vertrag bestehen bleiben.

Freilich bleibt das Defizit bestehen, dass unwirksame Klauseln durch den nicht rechtstreuen Verwender schlichtweg weiterverwendet werden und damit kalkuliert wird, dass sich nur eine Minderheit von Vertragspartnern gegen die unwirksamen Klauseln wehren wird. Deshalb wäre auch im Arbeitsrecht die Anwendung der Unterlassungsklage angezeigt. Die Ausklammerung des Arbeitsrechts in § 15 UKlaG sollte daher aufgehoben und eine spezifische Norm geschaffen werden.⁴⁰

Schließlich ist das Transparenzgebot so stark, dass es auch Vertragsabreden kontrolliert, die eigentlich kontrollfrei sind. Auch Hauptabreden und deklaratorische Klauseln unterliegen gemäß § 307 Abs. 3 S.2 BGB (nur) der Transparenzkontrolle.

2. (Wenig) Überraschendes

Das *Verbot überraschender Klauseln* (§ 305c Abs. 1 BGB) war bereits früher vereinzelt im Arbeitsrecht anerkannt.⁴¹ Für viele war es allerdings neu, sodass nicht verwunderlich ist, dass eine Prüfung etwas holprig begann, weil die dogmatische Abgrenzung zur Frage der Auslegung und der Inhaltskontrolle noch nicht hinreichend in Fleisch und Blut übergegangen war.⁴² In dogmatischer Hinsicht sind Überraschungsschutz und Inhaltskontrolle zu trennen.⁴³

In materieller Hinsicht gibt es freilich in Arbeitsverträgen nicht wirklich Überraschendes.⁴⁴ Englische Begriffe

38 St. Rspr., vgl. etwa BAG, 21.4.2016 – 8 AZR 474/14 – AP Nr. 8 zu § 781 BGB, Rn. 67; BAG, 10.12.2013 – 3 AZR 796/11 – AP Nr. 17 zu § 1 BetrAVG Invalitätsrente, Rn. 41 mwN.

39 Eindrucksvoll BAG, 18.9.2018 – 9 AZR 162/18 – NZA 2018, 1619.

40 Ebenso *Däubler*, ZTR 2012, 543, 554.

41 BAG, 13.12.2000 – 10 AZR 168/00 – AP Nr. 2 zu § 241 BGB.

42 Siehe etwa die Entscheidung des BAG, 15.2.2007 – 6 AZR 286/06 – AP Nr. 35 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag.

43 Nicht sauber getrennt in BAG, 13.7.2005 – 10 AZR 532/04 – AP Nr. 78 zu § 74 HGB.

44 BAG, 24.2.2016 – 5 AZR 258/14 – AP Nr. 48 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag: Eine Verzichtsklausel in einem Aufhebungsvertrag ist nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB; BAG, 21.6.2011 – 9 AZR 203/10 – AP Nr. 53 zu § 307 BGB: Ausgleichsklauseln sind nicht ungewöhnlich; BAG, 23.7.2014 – 7 AZR 771/12 – AP Nr. 120 zu § 14 TzBfG: Dynamische Verweisungen auf einschlägige Tarifverträge sind nicht überraschend; ebenso BAG, 23.3.2011 – 10 AZR 831/09 – AP Nr. 88 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 29.8.2012 – 10 AZR 385/11 – AP Nr. 104 zu § 315 BGB: Dass ein Bonus abhängig von der Ertragslage des Unternehmens gewährt wird, ist nicht überraschend; BAG, 28.5.2009 – 8 AZR 896/07 – AP Nr. 6 zu § 306 BGB: Verlängerung von Kündigungsfristen für den Arbeitnehmer ist nicht ungewöhnlich; BAG, 31.8.2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG: Versteckte Ausschlussfristen.

allein sind schwerlich überraschend.⁴⁵ Nicht überraschend ist überhaupt die Nutzung bewährter Vertragsgestaltungen. Nicht überraschend ist auch die Verwendung für den Arbeitnehmer nachteiliger Vertragsgestaltungen. Deshalb sind etwa Klauseln, die versuchen, Überstunden *pauschal abzugelten*, nicht überraschend, weil sie im Arbeitsleben weit verbreitet sind.⁴⁶ *Widerrufs- und Anrechnungsvorbehalte* sind wegen ihrer weiten Verbreitung in der Regel ebenfalls nicht objektiv überraschend. In der Rechtsprechung des BAG gibt es auch keinen Anwendungsfall, in dem eine ausschließlich materielle Überraschungsklausel angenommen wurde. Stets ist das formale äußere Erscheinungsbild des Vertrages maßgebend gewesen.

Der Klassiker des Verbots der Überraschungsklauseln ist der Fall der *Ausgleichsquittung*. Schon vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes wurde dieses spezielle arbeitsrechtliche Instrument diskutiert und eine analoge Anwendung des § 3 AGBG vertreten.⁴⁷ Kennzeichnend für diese Form der »Vertragsgestaltung« ist der Klageverzicht auf einem vorgefertigten Formular, in dem es um die Bestätigung der Rückgabe von Arbeitspapieren geht. Das BAG hält die Ausgleichsquittung schon nach dem äußeren Erscheinungsbild für so ungewöhnlich, dass der Arbeitnehmer nicht mit ihr zu rechnen brauchte. Die Überschrift »Arbeitspapiere, Quittung o.ä.« lässt nicht erkennen, dass der Arbeitnehmer mit der Unterzeichnung des Schreibens auf sein Recht verzichten soll, Kündigungsschutzklage zu erheben.⁴⁸

Da sich das Überraschungsmoment aber auch aus dem Erscheinungsbild des Vertrags ergeben kann, ist es möglich, dass auch das Unterbringen einer Klausel an einer unerwarteten Stelle im Text sie deswegen als Überraschungsklausel erscheinen lässt. Das Überraschungsmoment ist umso eher zu bejahen, je belastender die Bestimmung ist. Im Einzelfall muss der Verwender darauf besonders hinweisen oder die Klausel drucktechnisch hervorheben.⁴⁹ Belastende Regelungen dürfen nicht irgendwo im Arbeitsvertrag versteckt werden. Die in Arbeitsverträgen üblichen Ausschlussfristen bedürfen wegen ihrer weitreichenden Folgen nach dem Transparenzgebot regelmäßig eines Hinweises auf die Rechtsfolge des Verfalls der Ansprüche bei nicht fristgerechter Geltendmachung. Wird eine solche wichtige Klausel unter der Überschrift »Verschiedenes« oder »Schlussbestimmungen« versteckt, wird dem durchschnittlichen Arbeitnehmer nicht verdeutlicht, welche Rechtsfolge die Frist hat.⁵⁰ Das BAG würdigt, wenn die Klausel in einem mit »Aus-

schlussfristen« betitelten eigenen Paragraphen enthalten, dessen Überschrift durch Fettdruck hervorgehoben ist.⁵¹

3. Individualabreden oder Hand aufs Herz: Wann haben Sie zuletzt einen Vertrag ausgehandelt?

Die Realität des Vertragsrechtes ist davon gekennzeichnet, dass es für jeden wichtigen Vertragstyp Formulierungsvorschläge in Handbüchern und Internetportalen gibt. Das tägliche Vertragsgeschäft ist von Formularen dominiert; die Erfüllungsgehilfen von Verwendern entsprechender Formulare sind in der Regel nicht berechtigt, von der in AGB niedergelegten Bedingungen auch nur ein Jota abzuweichen.

Die Rechtsprechung hält eisern an den strengen Voraussetzungen für Individualabreden und den Begriff des Aushandelns fest. Ein Aushandeln erfordert ein *wirkliches Aushandeln*, der Arbeitgeber muss den gesetzfremden Kern der Klausel ernsthaft zur Disposition des Arbeitnehmers gestellt und diesem die Möglichkeit eingeräumt haben, den Inhalt der fraglichen Klauseln beeinflussen zu können.⁵² Der Verwender muss außerdem die Bereitschaft zu Verhandlungen eindeutig, zweifelsfrei und ernsthaft erklären. Der Kunde muss die reale Möglichkeit haben, auf den Inhalt der Klausel einzuwirken.⁵³ Das Merkmal des »Einflussnehmens« in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB entspricht dem »Aushandeln« in § 305 Abs. 1 S. 3 BGB.⁵⁴

In aller Regel schlägt sich eine Bereitschaft zum Aushandeln zwar in Änderungen des vorformulierten Text-

⁴⁵ BAG, 20. 8. 2014 – 10 AZR 453/13 – NZA 2014, 1333.

⁴⁶ BAG, 16. 5. 2012 – 5 AZR 331/11 – AP Nr. 62 zu § 307 BGB.

⁴⁷ Vgl. *B. Preis* AuR 1979, 97 ff.; zum Ganzen *U. Preis*, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (Fn. 10), S. 24, 252, 262, 494.

⁴⁸ BAG, 25. 9. 2014 – 2 AZR 788/13 – AP Nr. 81 zu § 4 KSchG 1969, Rn. 17.

⁴⁹ BAG, 21. 6. 2011 – 9 AZR 203/10 – AP Nr. 53 zu § 307 BGB.

⁵⁰ BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG.

⁵¹ BAG, 24. 9. 2014 – 5 AZR 506/12 – AP Nr. 45 zu § 10 AÜG, Rn. 20.

⁵² BGH, 3. 11. 1999 – VIII ZR 269/98 – NJW 2000, 1110, 1111 f.; BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1116; BAG, 27. 7. 2005 – 7 AZR 486/04 – NZA 2006, 40, 44.

⁵³ Zum Ganzen BAG, 12. 12. 2013 – 8 AZR 829/12 – AP Nr. 5 zu § 611 BGB Arbeitgeberdarlehen: Beweislast für fehlende Möglichkeit des Aushandelns; BAG, 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 – AP Nr. 13 zu § 310 BGB; siehe auch BGH, 20. 1. 2016 – VIII ZR 26/15 – NJW 2016, 1230.

⁵⁴ BAG, 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 – AP Nr. 13 zu § 310 BGB (bestätigt durch BAG, 12. 12. 2013 – 8 AZR 829/12 – AP Nr. 5 zu § 611 BGB Arbeitgeberdarlehen; siehe auch BGH, 20. 1. 2016 – VIII ZR 26/15 – NJW 2016, 1230).

tes nieder. Bleibt es nach gründlicher Erörterung bei dem vorformulierten Text, weil der Betroffene nunmehr von der sachlichen Notwendigkeit überzeugt ist, so kann der Vertrag als das Ergebnis eines Aushandelns gewertet werden. Voraussetzung dafür ist aber, dass sich der Verwender deutlich und ernsthaft zu gewünschten Änderungen der zu treffenden Vereinbarung bereit erklärt und dass dies dem Verwendungsgegner bei Abschluss des Vertrags bewusst war.⁵⁵

Die Möglichkeit der Einflussnahme muss sich auf die konkrete Klausel beziehen. Vorformulierte Bedingungen in einem Vertragswerk, die nicht ausgehandelt wurden, bleiben kontrollfähige AGB. Das folgt aus der Verwendung des Wortes »soweit« in § 305 Abs. 1 S. 3 und § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB.⁵⁶ Bleibt der Text unverändert, greift § 305 Abs. 1 S. 3 BGB nur ein, wenn der andere Teil von der Sachrichtigkeit der Abrede überzeugt wurde. Die tiefere Begründung hierfür erschließt sich aus dem Vertragsmodell, das bei ausgehandelter Vereinbarung von der Richtigkeitsgewähr des Vertrages ausgeht. Die Privatautonomie wird so in ihrer reinsten Form betätigt. Der frei gebildete Wille soll gelten. Das echte Aushandeln begründet die Richtigkeitschance des Vertrages, die eine liberale Rechtsordnung nicht nur hinnimmt, sondern begrüßt. Das AGB-Recht greift nur dort, wo das Modell »durch freies Aushandeln von Verträgen zwischen freien und zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung fähigen Partnern Vertragsgerechtigkeit zu schaffen«⁵⁷ versagt. Auf der Linie dieses Grundprinzips liegt auch die Klarstellung in § 305b BGB, dass Individualvereinbarungen (aus der Sicht der Privatautonomie selbstverständlich) AGB vorgehen. Das Prinzip der Privatautonomie ist in den Grundlagen des § 305 Abs. 1 S. 3 BGB, § 305b BGB sowie § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB deutlich verankert und setzt voraus, dass die der Vorformulierung unterworfenen Partei tatsächlich auf die Vertragsbedingungen Einfluss nehmen konnte. Liegen AGB vor, trifft den Arbeitgeber die Beweislast, wenn er das Vorliegen einer Individualabrede behauptet. Liegt dagegen keine AGB vor, trägt der Arbeitnehmer im Falle des § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die Beweislast für die fehlende Einflussnahmemöglichkeit.⁵⁸ In nunmehr 15-jähriger Rechtsprechung ist bislang kein Fall durch das BAG entschieden worden, in dem im Ergebnis angenommen wurde, eine Vertragsklausel sei ausgehandelt.

4. Das formale Transparenzgebot ist der Matchwinner

Arbeitsrechtliche Regulierung war niemals sonderlich transparent. Eine komplexe Normenstruktur stößt auf Einzelnormen, die in der Regel auf einem Kompromiss beruhen. Systematische Rechtsetzung ist so besonders schwer. Andererseits hat das Transparenzgebot einen besonderen Reiz. Seine Bedeutung wurde besonders dadurch gesteigert, als dass es ein für das Arbeitsrecht neues Prinzip war. Dies ermöglichte es dem BAG – gesetzlich legitimiert – neue Akzente in Bereichen zu setzen, in die man zuvor nur durch Umwege gelangte, um dem evidenten Kontrollbedürfnis zu genügen.

Dennoch gab es nach Einführung der AGB-Kontrolle lange Kämpfe und Auseinandersetzungen. Der umfassendste war mit Sicherheit der Kampf um den Freiwilligkeitsvorbehalt und den Widerrufsvorbehalt.⁵⁹ Beide Rechtsprechungslinien wurden mithilfe des Transparenzgebotes verabschiedet, obwohl auch eine unangemessene Benachteiligung hätte angenommen werden können.⁶⁰ Später wurden die Senate mutiger und erklärten für unangemessen, was unangemessen war.⁶¹ Die Transparenzanforderungen bestehen aber nur im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren.⁶² So verlangt das Transparenzgebot nicht, alle möglichen Konkretisierungen der Arbeitspflicht und des Weisungsrechts ausdrücklich zu regeln.⁶³ Der Vertragspartner muss auch nicht über gesetzliche Rechte belehrt werden. Zu bedenken ist nämlich, dass ausufernde Transparenzerfordernisse kontraproduktiv wirken, führen doch Länge und Detailgenauigkeit der Klauseln oftmals zur Überforderung des Vertragspartners. Wichtig ist, dass der Kern der Regelung überschaubar und richtig dargestellt wird.⁶⁴

55 BAG, 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 – AP Nr. 13 zu § 310 BGB.

56 Ebd.

57 So die Begründung des Regierungsentwurfs zum AGB-Gesetz, BT-Drs. 7/3919, S. 13.

58 BAG, 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04 – NZA 2005, 1111, 1116.

59 Vgl. stellv. *Bayreuther*, ZfA 2011, 45; *Franzen*, GS Zachert, 2010, S. 386; *H. Hanau*, ZfA 2014, 131; *P. Hanau/Hromadka*, NZA 2005, 73; *Lembke*, NJW 2010, 321; *Preis*, NZA 2009, 281; *Preis/Sagan*, NZA 2012, 697; *Stoffels*, ZfA 2009, 861; *Thüsing*, AGB-Kontrolle, München 2007, Rn. 270; *Wiedemann*, RdA 2009, 186, 187; *Willemsen/Jansen*, RdA 2010, 1.

60 BAG, 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04 – AP Nr. 1 zu § 308 BGB.

61 BAG, 25. 4. 2007 – 5 AZR 627/06 – AP Nr. 7 zu § 308 BGB.

62 So auch BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG.

63 BAG, 13. 6. 2007 – 5 AZR 564/06 – AP Nr. 11 zu § 611 BGB Film.

64 BAG, 30. 9. 2014 – 3 AZR 930/12 – AP Nr. 32 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung; BAG, 26. 1. 2017 – 6 AZR 671/15 – AP Nr. 192 zu § 611 BGB Lehrer, Dozenten; vgl. dazu *Stoffels*, NZA 2017, 1217 ff.

5. Schwierige Unklarheitenregel; Vorrang der Auslegung

Eine Ausprägung des Transparenzgebotes ist die sogenannte Unklarheitenregel. Diese ist insofern komplex, als man zunächst die unklare Klausel in ihrer kunden-/arbeitnehmerfeindlichsten Auslegungsvariante der Inhaltskontrolle unterwirft! Erst wenn die Klausel dann nach den §§ 307–309 BGB gleichwohl Bestand hat, ist im Individualprozess die kundenfreundlichste Interpretation maßgebend.

Die Unklarheitenregel setzt aber voraus, dass die Bestimmung wirklich unklar ist. Dieses wiederum entscheiden die Richter. Die Anwendung der Unklarheitenregel des § 305c Abs. 2 BGB setzt nämlich voraus, dass die Auslegung einer einzelnen AGB-Bestimmung mindestens zwei Ergebnisse als vertretbar erscheinen lässt und von diesen keines den klaren Vorzug verdient. Es müssen »erhebliche Zweifel« an der richtigen Auslegung bestehen. Die entfernte Möglichkeit, zu einem anderen Ergebnis zu kommen, genügt für die Anwendung der Bestimmung nicht.⁶⁵

Man muss also nur lange genug und intensiv genug auslegen, dann wird die bislang unklare Bestimmung oftmals klar. Das geschieht mit folgenden oder ähnlichen Textbausteinen:

- »AGB sind nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Verkehrskreise verstanden werden, wobei die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners des Verwenders zugrunde zu legen sind. Ansatzpunkt für die nicht am Willen der konkreten Vertragspartner zu orientierende AGB ist in erster Linie der Vertragswortlaut. Ist der Wortlaut eines Formularvertrags nicht eindeutig, kommt es für die Auslegung entscheidend darauf an, wie der Vertragstext aus der Sicht der typischerweise an Geschäften dieser Art beteiligten Verkehrskreise zu verstehen ist, wobei der Vertragswille verständiger und redlicher Vertragspartner beachtet werden muss. [...] Bleiben nach Erwägung dieser Umstände Zweifel, geht dies gemäß § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Verwenders.«⁶⁶

So kann es geschehen, dass – je nach Auslegungsanstrengung – dem BAG eine bislang unklare Regelung nach gehöriger Auslegung als klar erscheint.⁶⁷ Dabei sind die Verständnismöglichkeiten des durchschnittlichen Vertragspartners zugrunde zu legen, dh. die des typischerweise bei Arbeitsverträgen zu erwartenden, nicht rechtskundigen Arbeitnehmers.⁶⁸

6. Hauptabreden

Das *Transparenzgebot* soll Markttransparenz gewährleisten und damit gerade die Bedingungen für ungestörte Ausübung der Vertragsfreiheit im Kernbereich schaffen.⁶⁹ Das hört sich in den Ohren eines Arbeitsrechtlers merkwürdig an. Aber auch die Freiheit eines Arbeitnehmers ist zu sichern. Für ihn ist im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend, ob er die konkret geschuldete Arbeit in einem bestimmten zeitlichen Umfang und zu dem angebotenen Entgelt leisten will. Eine Inhaltskontrolle von AGB unterbleibt im Bereich der Hauptleistung; es findet »lediglich« gemäß § 307 Abs. 3 S. 2 BGB eine Transparenzkontrolle statt.⁷⁰ Es ist nicht Aufgabe der Gerichte, über §§ 305 ff. BGB den »gerechten Preis« der Arbeitsleistung zu ermitteln. Marktstörungen werden über die Tarifautonomie, den gesetzlichen Mindestlohn und gegebenenfalls nach § 138 BGB kompensiert, nicht jedoch durch eine Inhaltskontrolle von AGB.

Die vertragliche Heraufsetzung und die Herabsetzung von Arbeitszeit oder Entgelt sind als solche kontrollfrei.⁷¹ Das bedeutet aber nicht, dass der Inhalt des abgeschlossenen, geänderten oder aufgehobenen Vertrags kontrollfrei bleibt. Das ist bei der Kontrolle des Formulararbeitsvertrags ebenso selbstverständlich wie für den häufig vorkom-

65 BAG, 19. 1. 2011 – 10 AZR 738/09 – AP Nr. 50 zu § 307 BGB: Versetzungsvorbehalt; BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 705/15 – AP Nr. 73 zu § 622 BGB: Kündigungsfrist in der Probezeit; BAG, 21. 2. 2017 – 3 AZR 297/15 – AP Nr. 35 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung: Auslegung und ergänzende Vertragsauslegung: »jetzige Ehefrau«; BAG, 8. 12. 2015 – 3 AZR 267/14 – AP Nr. 57 zu § 1 BetrAVG Auslegung; BAG, 24. 1. 2013 – 8 AZR 965/11 – AP Nr. 68 zu § 307 BGB.

66 BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG, Rn. 39: Pauschalierungsabrede.

67 Zur dynamischen Verweisung einerseits BAG, 9. 11. 2005 – 5 AZR 128/05 – AP Nr. 4 zu § 305c BGB, andererseits BAG, 13. 2. 2013 – 5 AZR 2/12 – AP Nr. 119 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag.

68 BAG, 24. 10. 2007 – 10 AZR 825/06 – AP Nr. 32 zu § 307 BGB; BAG, 19. 3. 2008 – 5 AZR 429/07 – AP Nr. 11 zu § 305 BGB; BAG, 23. 3. 2017 – 6 AZR 705/15 – AP Nr. 73 zu § 622 BGB, Rn. 14: »nichtjuristische Laiensphäre«.

69 BAG, 15. 12. 2016 – 6 AZR 478/15 – AP Nr. 6 zu § 4 TV SozSich, Rn. 26: Abschlusstransparenz.

70 Vgl. BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG, II.3.a der Gründe; Preis, NZA-Beil. 3/2006, 115, 117.

71 BAG, 17. 10. 2012 – 5 AZR 792/11 – AP Nr. 68 zu § 138 BGB: Zur (Herabsetzung der) vergütungspflichtigen Arbeitszeit; BAG, 27. 11. 2003 – 2 AZR 135/03 – NZA 2004, 597, 604: Aufhebungsvertrag; BAG, 25. 4. 2013 – 8 AZR 453/12 – AP Nr. 23 zu § 611 BGB Berufssport: Abfindung; BAG, 15. 2. 2007 – 6 AZR 286/06 – AP Nr. 35 zu § 620 BGB Aufhebungsvertrag; BAG, 19. 1. 2011 – 10 AZR 738/09 – AP Nr. 50 zu § 307 BGB: Die Tätigkeitsbeschreibung des Arbeitnehmers und der Ort der Tätigkeit sind kontrollfreie Leistungsbeschreibungen.

menden Fall des standardisierten Aufhebungsvertrags. Nur die Hauptabrede, die Aufhebung des Vertrags, ist kontrollfrei.⁷² Vereinbaren Arbeitgeber und Arbeitnehmer, anstatt 40 Stunden nur noch 20 Stunden zu arbeiten, kann diese Abrede schlechterdings nicht auf ihre Angemessenheit kontrolliert werden. Der Umfang der geschuldeten Arbeitszeitdauer ist als »Leistungsbeschreibung« eindeutig kontrollfrei.⁷³ Dagegen sind vorformulierte Vertragsbedingungen, die die Leistungsbeschreibung modifizieren, kontrollfähig (zB. Klauseln, die die Verpflichtung zur Leistung von Mehrarbeit sowie Kurzarbeit vorsehen). Die *Tätigkeitsbeschreibung* des Arbeitnehmers ist eine kontrollfreie Leistungsbeschreibung. In welcher Funktion der Arbeitnehmer eingestellt wird, ist klare Hauptabrede, die in die bewusste Abschlusssentscheidung des Arbeitnehmers einfließt. Auch der vereinbarte Ort einer Tätigkeit gehört zur kontrollfreien Hauptabrede.⁷⁴ Die Festlegung von Art und Ort der Tätigkeit ist nicht zu verwechseln mit Klauseln zum *Weisungsrecht*. Solche Direktionsrechtsklauseln sind dann deklaratorisch und inhaltlich kontrollfrei, wenn sie lediglich den Inhalt des allgemeinen Weisungsrechts (§ 106 GewO) wiedergeben.⁷⁵ Kontrollfähig werden die Klauseln jedoch, wenn sie über den gesetzlichen Inhalt des Direktionsrechts hinausgehen.

Die Abgrenzung der kontrollfreien von den kontrollbedürftigen Klauseln kann zweckgerecht nur mit Hilfe der Grundintention des AGB-Rechts erfolgen, eben das »Kleingedruckte« der vorformulierten Vertragsbedingungen zu kontrollieren, das der Kunde in seiner Tragweite nicht zur Kenntnis nimmt und damit nicht in seine Abschlusssentscheidung einbezieht.⁷⁶

Ein schönes Beispiel hierfür ist die so genannte Ausgleichsquittung. Hier entschied das BAG, dass »Ausgleichsklauseln, die einseitig nur Ansprüche des Arbeitnehmers erfassen und dafür keine entsprechende Gegenleistung gewähren«, unangemessen benachteiligend iSv. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB sind.⁷⁷

VI. Lang umkämpfte Einzelfragen

Dem Anlass entsprechend wird die Entwicklung von vier Vertragsgestaltungen erörtert, denen gemeinsam ist, dass sie sensiblen Rechtswissenschaftlern längst als das Gerechtigkeitsgefühl störend aufgefallen war, die aber die Rechtsprechung ohne Anwendung des AGB-Rechts nicht zu lösen vermochte.

1. Widerrufsvorbehalt

Im Jahre 1993 publiziert ein junger Rechtswissenschaftler kritische Überlegungen zu Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalten. Seine These: Außer- und übertarifliche Entgelte seien der »Preis der Arbeit«. Sie als »freiwillig« zu bezeichnen, sei ein Antagonismus und im Vertragsrecht ohne Beispiel.⁷⁸ Der Ausschluss des Rechtsanspruchs und der Vorbehalt der Freiwilligkeit widerstrebten dem Prinzip der Vertragsbindung (»pacta sunt servanda«).⁷⁹ Im Jahre 2005 war es dann so weit: Nach Inkrafttreten des AGB-Rechts übernahm eine der ersten Entscheidungen zur AGB-Kontrolle diese Überlegungen: »Der Widerrufsvorbehalt stellt eine von Rechtsvorschriften abweichende Regelung gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB dar. Grundsätzlich ist der Vertrag bindend. Der Satz »pacta sunt servanda« gehört zu den Grundelementen des Vertragsrechts.«⁸⁰ Übernommen wurden auch die konkretisierenden Überlegungen. »Widerrufsvorbehalte, die sich auf synallagmatische Pflichten beziehen, können nur Bestand haben, wenn die Vertragsklausel selbst bereits einen konkreten Widerrufsgrund nennt, der vor dem Hintergrund der Wertung des § 2 KSchG hinreichendes Gewicht hat.«⁸¹ Das BAG formuliert vergleichbar: »Der Maßstab von § 307 Abs. 1, Abs. 2, § 308 Nr. 4 BGB muss nach dem Text der Klausel zum Ausdruck kommen. Es muss sich aus der Regelung selbst ergeben, dass der Widerruf nicht ohne Grund erfolgen darf.«⁸² Diese Grundsätze sind inzwischen fester Bestandteil der Vertragskultur geworden. Es gibt – gleichgültig auf welchen

72 BAG, 27. 11. 2003 – 2 AZR 135/03 – NZA 2004, 597, 604; BAG, 25. 4. 2013 – 8 AZR 453/12 – AP Nr. 23 zu § 611 BGB Berufssport, Rn. 19.

73 BAG, 14. 3. 2007 – 5 AZR 630/06 – AP Nr. 45 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; BAG, 18. 4. 2012 – 5 AZR 195/11 – AP Nr. 52 zu § 611 BGB Mehrarbeitsvergütung.

74 BAG, 19. 1. 2011 – 10 AZR 738/09 – AP Nr. 50 zu § 307 BGB.

75 BAG, 25. 8. 2010 – 10 AZR 275/09 – AP Nr. 11 zu § 106 GewO.

76 Preis, NZA-Beil. 3/2006, 115, 118.

77 BAG, 21. 6. 2011 – 9 AZR 203/10 – AP Nr. 53 zu § 307 BGB; BAG, 24. 9. 2015 – 2 AZR 347/14 – AP Nr. 83 zu § 4 KSchG 1969. Vgl. Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (Fn. 10), S. 498: »Dabei kann allein der unentgeltliche Verzicht ohne kompensatorische Gegenleistung des Arbeitgebers bereits die unangemessene Benachteiligung begründen.«

78 Preis, FS Kissel, 1994, S. 879, 888.

79 Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (Fn. 10), S. 415; Preis, FS Kissel, 1994, S. 879, 889.

80 BAG, 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04 – AP Nr. 1 zu § 308 BGB.

81 Preis, FS Kissel, 1994, S. 879, 913.

82 BAG, 12. 1. 2005 – 5 AZR 364/04 – AP Nr. 1 zu § 308 BGB.

Vertragsbestandteil sich der Widerruf erstrecken soll – keinen Widerruf ohne sachlichen Grund, der nicht schon bereits in der Klausel angedeutet ist.⁸³ Hierzu ist auch die jüngste Entscheidung des 2. Senats des BAG zu einer Teilkündigungsklausel keine Abweichung. Obwohl eine Teilkündigungsklausel einem Widerrufsvorbehalt gleichkommt,⁸⁴ und prinzipiell ebenfalls einen Sachgrund in der Klausel voraussetzt, war die Vertragsgestaltung hinreichend klar und transparent. Denn letztlich können die Vertragspartner – vermittelt durch diesen Teil der Kündigungsklausel – zwischen den Alternativen der Spitzabrechnung oder der Pauschalierung von Überstundenvergütungen wählen. »Dem ›Vertragszweck einer Pauschalierungsabrede entspricht es daher, jeder Seite die Möglichkeit zu geben, sich von ihr durch Kündigung wieder lösen zu können. Dadurch ist gewährleistet, dass die Pauschalierung nur solange maßgeblich bleibt, wie die übereinstimmende Einschätzung ihrer Angemessenheit fortbesteht. Bei einer reinen Pauschalierungsabrede ist es daher auch sachgerecht, die Ausübung des Kündigungsrechts nicht vom Vorliegen näher bestimmter objektiver Umstände abhängig zu machen.«⁸⁵ Den Verfasser freut, dass diese Einlassung gewissermaßen die Begründung für eine faire Vertragsgestaltung liefert.⁸⁶

2. Freiwilligkeitsvorbehalte

Wo Widerrufsvorbehalte sich einer Transparenz- und Angemessenheitskontrolle unterziehen mussten, war die Zügelung des Freiwilligkeitsvorbehalts nicht mehr weit, obwohl noch das Klima herrschte, dass der Arbeitgeber eine freiwillige Leistung »nach Gutdünken« gewähren konnte.⁸⁷ Der schon bei den Widerrufsvorbehalten geäußerte Gedanke, dass diese Klauseln unfair dazu dienten, dass sich der Arbeitgeber der Gegenleistung entziehen konnte, fand bei Freiwilligkeitsvorbehalten nunmehr ihre Zuspitzung. Die Rechtsprechung deutete einen Freiwilligkeitsvorbehalt zwar in einen Widerrufsvorbehalt um, damit die »Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB« wenigstens eine Schranke bildete, doch konnte im Lichte des AGB-Rechts die Freiwilligkeitsklausel nicht unverändert bestehen bleiben. Am 25. April 2007 war es dann soweit: Der 5. Senat entschied, dass wenn ein vom Arbeitgeber vorformulierter Arbeitsvertrag eine monatlich zu zahlende Leistungszulage unter Ausschluss jeden Rechtsanspruchs vorsehe, dies den Arbeitnehmer unangemessen benachteilige und die Klausel unwirksam sei.⁸⁸ Das BAG: »Der Ausschluss jeden Rechtsanspruchs bei laufendem Arbeitsentgelt widerspricht dem Zweck des Arbeitsvertrags. Denn dem Arbeitgeber soll ermöglicht wer-

den, vom Arbeitnehmer die vollständige Erbringung der geschuldeten Leistung zu verlangen und seinerseits über die von ihm geschuldete Gegenleistung zu disponieren. Damit verhindert der Ausschluss des Rechtsanspruchs die Verwirklichung des Prinzips der Vertragsbindung und löst die synallagmatische Verknüpfung der Leistungen beider Vertragsparteien.« Der Verfasser hatte im Jahre 1994 bereits formuliert: »Die synallagmatische Verknüpfung der beiderseitigen Leistungspflichten ist gekennzeichnet durch die auf dem Grundsatz ›do ut des‹ beruhende gegenseitige Zweckbindung. [...] Der Ausschluss des Rechtsanspruchs und der Vorbehalt der Freiwilligkeit widerstreben dem Prinzip der Vertragsbindung [...]. Der Freiwilligkeitsvorbehalt stellt damit den gestalterischen Versuch dar, eine Leistung der strikten synallagmatischen Verknüpfung zu entziehen.«⁸⁹ Nach langem Kampf konnte 2009 der langsame Tod des Freiwilligkeitsvorbehalts angekündigt werden.⁹⁰ Und es folgten Distanzierungen: »Soweit der Senat – im Zusammenhang mit einer betrieblichen Übung – im Urteil vom 28. Februar 1996 (10 AZR 516/95) vertreten hat, bei der Leistung einer Zuwendung in jährlich individuell unterschiedlicher Höhe fehle es bereits an einer regelmäßigen gleichförmigen Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen und es komme darin lediglich der Wille des Arbeitgebers zum Ausdruck, in jedem Jahr neu ›nach Gutdünken‹ über die Zuwendung zu entscheiden, hält er daran nicht fest.«⁹¹

83 BAG, 24. 1. 2017 – 1 AZR 774/14 – AP Nr. 10 zu § 308 BGB; BAG, 18. 9. 2012 – 3 AZR 415/10 – AP Nr. 57 zu § 1 BetrAVG Ablösung; Betriebliche Altersversorgung – Änderung einer Anpassungsregelung; BAG, 21. 3. 2012 – 5 AZR 651/10 – AP Nr. 24 zu § 611 BGB Sachbezüge: Widerruf der privaten Nutzung eines Dienstwagens; BAG, 20. 4. 2011 – 5 AZR 191/10 – AP Nr. 9 zu § 308 BGB; BAG, 13. 4. 2010 – 9 AZR 113/09 – AP Nr. 8 zu § 308 BGB: Dienstwagenüberlassung; BAG, 11. 2. 2009 – 10 AZR 222/08 – NZA 2009, 428: Sonderzahlung – Bezugnahme auf ein einseitiges Regelwerk des Arbeitgebers – Änderungsvorbehalt; BAG, 19. 12. 2006 – 9 AZR 294/06 – AP Nr. 21 zu § 611 BGB Sachbezüge: Privatnutzung eines Firmenwagens; BAG, 11. 10. 2006 – 5 AZR 721/05 – AP Nr. 6 zu § 308 BGB: Widerruf übertariflicher Leistungen; BAG, 1. 2. 2006 – 5 AZR 187/05 – AP Nr. 28 zu § 77 BetrVG 1972 Betriebsvereinbarung: Widerruf einer Zusatzaufgabe: näheres zum Erfordernis der Angabe eines Widerrufsgrundes und dessen Voraussetzungen in Preis, in: Müller-Glöße/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), §§ 305–310 BGB Rn. 60 f. mwN.

84 Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (Fn. 10), S. 432 ff.

85 BAG, 18. 5. 2017 – 2 AZR 721/16 – AP Nr. 11 zu § 308 BGB, Rn. 30.

86 Preis, Der Arbeitsvertrag, 5. Aufl., Köln 2015, II M 20 Rn. 42 ff., 65.

87 BAG, 28. 2. 1996 – 10 AZR 516/95 – AP Nr. 192 zu § 611 BGB Gratifikation.

88 BAG, 25. 4. 2007 – 5 AZR 627/06 – AP Nr. 7 zu § 308 BGB: Freiwilligkeitsvorbehalt beim Entgelt.

89 Preis, FS Kissel, 1994, S. 879, 889.

90 Preis, NZA 2009, 281; siehe nachfolgend BAG, 14. 9. 2011 – 10 AZR 526/10 – AP Nr. 56 zu § 307 BGB; die Rechtsprechung des BAG darlegend DBD-Bonin (Fn. 3), § 307 BGB Rn. 199 ff. mwN.

91 BAG, 13. 5. 2015 – 10 AZR 266/14 – AP Nr. 304 zu § 611 BGB Gratifikation.

3. Pauschalabgeltung

Unter dem Stichwort »Aushöhlung des Synallagma« harrte eine weitere Vertragsgestaltung der Transparenz- und Fairnesskontrolle. Zu den üblichen Klauseln im Arbeitsvertrag zählte die Pflicht zur Leistung von Überstunden oder Mehrarbeit. Diese wurde häufig mit der Klausel versehen, dass etwaige Mehrarbeit mit dem Grundgehalt abgegolten sei. Dem Arbeitnehmer wurde auf diese Weise die Vergütung für geleistete Arbeitsstunden vorenthalten. Die Rechtsprechung beanstandete entsprechende Vereinbarungen nicht, sondern zog nur die weitere Grenze des § 138 BGB heran. Die Klauseln hatten ganz besonders drastische Auswirkungen, wenn es zu regelmäßigen Überstunden kam. Hier konnte sich das Gegenleistungsverhältnis massiv verschieben. Die Klauseln waren grob intransparent, weil der Arbeitnehmer nicht wissen konnte, was auf ihn zukommt, dh. wie viele Stunden er für das vereinbarte Gehalt leisten muss und wie sich die Verschiebung auf die Stundenvergütung auswirkt.

In meiner Untersuchung kam ich zu dem Resultat, dass die Pauschalierung nicht in einem deutlichen Missverhältnis zu den angeordneten Überstunden stehen dürfte. Eine Pauschalabgeltung sei allerdings schon wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot unwirksam, wenn der Abrede kein Regelsatz für zu leistende Überstunden zugrunde gelegt wird.⁹²

Knapp 20 Jahre später war es dann soweit: Dem BAG lag eine entsprechende Klausel zur Prüfung vor. Der 5. Senat entschied: »Die AGB-Klausel ›erforderliche Überstunden sind mit dem Monatsgehalt abgegolten‹ genügt nicht dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB), wenn sich der Umfang der danach ohne zusätzliche Vergütung zu leistenden Überstunden nicht hinreichend deutlich aus dem Arbeitsvertrag ergibt.«⁹³

Es entfaltet sich danach eine muntere Diskussion um weitere Rechtsprechung,⁹⁴ die nach 2013 zu einem gewissen Abschluss kommt.⁹⁵

4. Ausschlussfristen

Die Härte der Ausschlussfristen war und ist jedem Arbeitsrechtler bewusst. Doch fehlte es an Instrumenten zur Bändigung, zumal sie überwiegend in Tarifverträgen zu finden waren. Am 24. März 1988⁹⁶ erschien die erste höchstgerichtliche Entscheidung zu einer einzelarbeitsvertraglichen zweistufigen Ausschlussfrist (2+2 Monate); die Rechtspre-

chung reagierte weitgehend hilflos. Man sah eine Kontrollmöglichkeit nur über § 138 BGB. Diese Entscheidung war die Initialzündung – sowohl für den Verfasser als auch die Gesetzgebung – tätig zu werden. Der Rechtsprechung des BAG wurde der Spiegel der BGH-Rechtsprechung vorgehalten. Letztlich war diese Entscheidung Auslöser weiterer Forschungen zum Arbeitsvertragsrecht,⁹⁷ die die Rechtsprechung des BGH zu abgekürzten Verjährungsfristen auswertete. Die Untersuchungen kamen zu folgendem Ergebnis: »Überträgt man die hier erkennbaren Leitlinien auf das Arbeitsvertragsrecht, so dürfte eine sechsmonatige Ausschlussfrist regelmäßig unbedenklich sein. Eine genauere Prüfung ist jedoch bei dreimonatigen oder kürzeren Verjährungsfristen angezeigt.« Den Bundesgesetzgeber haben insbesondere die Diskrepanzen zwischen der Rechtsprechung des BGH und des BAG sowie innerhalb des BAG zum Handeln motiviert. Im Bericht des Rechtsausschusses heißt es: »Während einzelne Senate arbeitsvertragliche Klauseln sehr streng nach den Maßstäben des AGB-Gesetzes kontrollieren (vgl. BAG, DB 1996, S. 989), tendieren andere Senate des Gerichts in eine andere Richtung, wie eine der jüngsten Entscheidungen zur Frage der Ausschlussfristen bzw. abgekürzten Verjährungsfristen (BAG vom 13. Dezember 2000 – 10 AZR 168/00) zeigt.«⁹⁸ Letztgenannte Entscheidung gerierte sich geradezu provokant ignorant und billigte kürzeste zweistufige Verfallfristen (1 Monat + 2 Wochen).⁹⁹ Diese Entscheidung hat sicher auch das Tätigwerden des Gesetzgebers befeuert. Am 25. Mai 2005¹⁰⁰ war es dann soweit. Das BAG entschied, ohne die Urheberschaft für diesen Gedanken erkennen zu lassen, dass die Mindestfrist für die gerichtliche Geltendmachung der

92 Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (Fn. 10), S. 436 ff., 443.

93 BAG, 1.9.2010 – 5 AZR 517/09 – AP Nr. 47 zu § 307 BGB. Das BAG beruft sich bei dieser Rechtsfrage auf die Urheberschaft des Verfassers durch Zitat von ErfK-Preis (Fn. 83), 10. Aufl., §§ 305–310 BGB Rn. 91 f.

94 BAG, 16.5.2012 – 5 AZR 331/11 – AP Nr. 62 zu § 307 BGB; BAG, 22.2.2012 – 5 AZR 765/10 – AP Nr. 75 zu § 612 BGB; BAG, 1.9.2010 – 5 AZR 517/09 – AP Nr. 47 zu § 307 BGB; BAG, 20.4.2011 – 5 AZR 200/10 – AP Nr. 51 zu § 307 BGB; BAG, 17.8.2011 – 5 AZR 406/10 – AP Nr. 55 zu § 307 BGB; BAG, 31.8.2005 – 5 AZR 545/04 – AP Nr. 8 zu § 6 ArbZG.

95 BAG, 13.11.2013 – 10 AZR 848/12 – AP Nr. 303 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG, 13.5.2015 – 10 AZR 266/14 – AP Nr. 304 zu § 611 BGB Gratifikation.

96 BAG, 24.3.1988 – 2 AZR 630/87 – AP Nr. 1 zu § 241 BGB.

97 Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht (Fn. 10), insb. § 15; ders., ZIP 1989, 885 ff.

98 BT-Drs. 14/6857, S. 17, 53 f.

99 Ablehnend Preis, RdA 2002, 38, 42.

100 BAG, 25.5.2005 – 5 AZR 572/04 – AP Nr. 1 zu § 310 BGB.

Ansprüche drei Monate, und bei zweistufigen Ausschlussfristen 3+3 Monate beträgt. Die Rechtsprechung des BGH ist auch heute noch strenger als die des BAG.¹⁰¹ Die Rechtsprechung zu Ausschlussfristen entwickelt sich dennoch munter fort.¹⁰² Zuletzt kam eine brisante Entwicklung hinzu, die eine Vielzahl von Ausschlussfristen zu Fall bringen dürfte: Ausschlussfristen sind gem. § 3 S. 1 MiLoG teilunwirksam, soweit sie den Anspruch auf den Mindestlohn erfassen. Allerdings können vertragliche Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB intransparent sein, wenn der Arbeitnehmer nicht erkennen kann, dass Ansprüche auf den Mindestlohn nicht erfasst sind. Rechtsfolge eines solchen Verstoßes gegen das Transparenzgebot ist die Unwirksamkeit der gesamten Ausschlussfrist, § 307 Abs. 1 S. 1, 2 BGB. Diese weitreichende Folge hatte das BAG zunächst zum Mindestlohn in der Pflegebranche,¹⁰³ und jetzt auch für den allgemeinen Mindestlohn ausgesprochen. Danach ist eine vom Arbeitgeber vorformulierte arbeitsvertragliche Verfallklausel, die entgegen § 3 S. 1 MiLoG auch den gesetzlichen Mindestlohn erfasst, wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 1, 2 BGB insgesamt unwirksam, wenn der Arbeitsvertrag nach dem 31. Dezember 2014 geschlossen wurde.¹⁰⁴

VIII. Schluss

Der vorliegende Beitrag handelt von begrüßenswerten Entwicklungen im Bereich der AGB-Kontrolle. Kritikwürdiges wurde unterdrückt, doch seien zum Schluss noch wenigstens die Baustellen benannt, in denen man sich eine Kehrtwendung in der Rechtsprechung vorstellen könnte. Dabei gibt es eine – kleine – Liste von banalen und tiefgreifenden Fragestellungen. Erstens sollte dringend klar-

gestellt werden, dass aus dem Wort »übertariflich« noch kein Anrechnungsvorbehalt folgt.¹⁰⁵ Zweitens: Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen sollte – wie Widerrufsvorbehalte auch – dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) unterliegen und den tragenden Grund in der Vereinbarung klar benennen.¹⁰⁶ Drittens: Allein die Verwendung von AGB rechtfertigt noch nicht die Annahme der Betriebsvereinbarungsoffenheit jeglicher Vertragsbestimmung.¹⁰⁷ Es wird der Tag kommen, an dem auch diese drei Fragen erneut auf den Altar der Erkenntnis in Erfurt gelangen werden.

Abschließend kann konstatiert werden, dass das AGB-Recht nach 15 Jahren weitgehend befriedet ist. Voraussetzung dafür war und ist, dass das BAG seine Rolle annimmt, in der Vertragsgestaltung das »Gegenüber« zu sein, um faire Vertragsgestaltung sicherzustellen.¹⁰⁸

101 BGH, 6. 12. 2012 – VII ZR 15/12 – NJW 2013, 525: Abkürzung der Verjährungsfrist für Werklohnanspruch auf zwei Jahre ist unwirksam.

102 BAG, 24. 8. 2016 – 5 AZR 703/15 – AP Nr. 1 zu § 9 AEntG: Mindestentgelt; BAG, 16. 5. 2012 – 5 AZR 251/11 – AP Nr. 128 zu § 615 BGB; BAG, 19. 3. 2008 – 5 AZR 429/07 – AP Nr. 11 zu § 305 BGB; BAG, 12. 3. 2008 – 10 AZR 152/07 – AP Nr. 10 zu § 305 BGB; BAG, 28. 11. 2007 – 5 AZR 992/06 – AP Nr. 33 zu § 307 BGB; BAG, 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 – AP Nr. 13 zu § 310 BGB; BAG, 1. 3. 2006 – 5 AZR 511/05 – AP Nr. 10 zu § 307 BGB; BAG, 28. 9. 2005 – 5 AZR 52/05 – AP Nr. 7 zu § 307 BGB; BAG, 31. 8. 2005 – 5 AZN 580/05 – AP Nr. 6 zu § 72a ArbGG 1979 Rechtliches Gehör.

103 BAG, 24. 8. 2016 – 5 AZR 703/15 – AP Nr. 1 zu § 9 AEntG.

104 BAG, 18. 9. 2018 – 9 AZR 162/18 – NZA 2018, 1619. Zu Altverträgen Seiwert, NZA 2019, 17.

105 ErfK-Preis (Fn. 83), §§ 305–310 BGB Rn. 65.

106 Preis/Bender NZA-RR 2005, 337; aA. BAG, 2. 9. 2009 – 7 AZR 233/08 – AP Nr. 66 zu § 14 TzBfG; Willemsen/Grau, NZA 2005, 1137; ebenso Transparenz fordernd Koch, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl., München 2017, § 38 Rn. 82; DBD-Bonin (Fn. 3), § 307 BGB Rn. 208.

107 So aber BAG, 5. 3. 2013 – 1 AZR 417/12 – AP Nr. 105 zu § 77 BetrVG 1972, Rn. 60; jetzt auch der 5. Senat: BAG, 25. 5. 2016 – AP Nr. 1 zu § 1 MiLoG, Rn. 52 f.; krit. 4. Senat: BAG, 11. 4. 2018 – 4 AZR 119/17 – AP Nr. 143 zu § 1 TVG Bezugnahme auf Tarifvertrag; ablehnend ErfK-Preis (Fn. 83), §§ 305–310 BGB Rn. 19b; DBD-Däubler (Fn. 3), § 305c BGB Rn. 56 mwN.

108 Siehe CKK-Krause (Fn. 9), Einl. Rn. 22.

Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen? – Die Europäische Sozialcharta als Mittel zur Auslegung von Grundrechten der Europäischen Union

Prof. Dr. Dr. hc. Monika Schlachter,
Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU), Trier

I. Einführung

Mit Inkrafttreten der EU-Grundrechtecharta (GRC) ist das europäische Mehr-Ebenen-System zum Schutz sozialer Rechte noch komplexer geworden; der Rechtsprechung ist es seither nur begrenzt gelungen, diese Komplexität zu reduzieren. Ein Beispiel für mögliche daraus erwachsene Auslegungsprobleme bietet Art. 31 GRC, dessen Vorgaben auch der Abgleichung mit völkerrechtlichen Pflichten der Mitgliedstaaten bedürfen. Die Konkretisierung des in Art. 31 Abs. 2 GRC geregelten Urlaubsanspruchs durch den EuGH hat bereits für zahlreiche Korrekturen im nationalen Recht gesorgt; kaum gerichtlich konkretisiert wurde dagegen Abs. 1 der Vorschrift (»gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen«), dessen Vorbilder sich eher in völkerrechtlichen Instrumenten finden. Gelingt dabei keine Annäherung der Gewährleistungsstandards, sind Grundrechte mit teilweise identischem Schutzbereich auf verschiedenen Ebenen verbindlich, behalten aber unterschiedliche Bedeutung. Wie ein solcher Konflikt aufzulösen ist, ist noch nicht abschließend geklärt. Während das Verhältnis der GRC-Rechte zu den nationalen Grundrechtsgewährleistungen ausgiebig untersucht worden ist,¹ werden völkerrechtliche Rechtsquellen außer der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) kaum diskutiert. Diese Hierarchie der Rechtsquellen ist in der GRC angelegt, deren Art. 52 Abs. 3 der EMRK einen besonderen Stellenwert zuweist.

Die von Art. 52 Abs. 3 GRC angeordnete Lösung, die EMRK als Mindestgarantie anzuerkennen, verhindert einen Auslegungskonflikt nur für den Teil der GRC-Gewährleistungen, der sich inhaltlich mit der EMRK überschneidet. Soziale Rechte sind damit weitgehend ausgenommen, sollten sie doch nach der historischen Konzeption der Instrumente des Europarats nicht der Konvention, sondern der Europäischen Sozialcharta (ESC) als selbstän-

digem Schutzinstrument zugewiesen werden.² In der Auslegung durch den EGMR sind zwischenzeitlich zwar einige in der EMRK verankerte Rechte um soziale Aspekte erweitert worden,³ doch ist dies stets nur punktuell für solche Rechte möglich, für die sich inhaltlich zumindest ein Anknüpfungspunkt in der EMRK findet.⁴ Derselbe Standard wie den bürgerlichen und politischen Rechten wird den verbleibenden sozialen Rechten nicht gewährleistet, wenn Art. 52 Abs. 3 GRC andere völkerrechtliche Verträge nicht erfasst. Ob Art. 53 GRC, der das Schutzniveau der Charta auch im Verhältnis zu anderen völkerrechtlichen Übereinkommen als der EMRK anspricht, zur Konfliktlösung geeignet wäre, bzw. ob unmittelbar auf die Grundrechtsauslegung zurückzugreifen ist, soll diskutiert werden.

II. Auslegungskonflikte zwischen GRC und Völkerrecht, insbesondere der Europäischen Sozialcharta

Ein Konflikt zwischen Völkerrecht und GRC-Gewährleistungen setzt voraus, dass ein Eingriff in den Schutzbereich beider Grundrechtsgarantien parallel erfolgt. Dies ist am ehesten anzunehmen bei hoheitlichen Maßnahmen von

1 Nachweise bei *Huber*, NJW 2011, 2385; *Kirchhoff*, NJW 2011, 3681; *Thyme*, NVwZ 2013, 889; *Franzius*, ZaöRV 2015, 383.

2 *Schlachter*, in: *Countouris/Freedland* (Hrsg.), *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge 2013, S. 105, 106; *dies.*, SR 2013, 77.

3 Etwa durch Einbeziehung des Streikrechts in den Gewährleistungsgehalt der Vereinigungsfreiheit gem. Art. 11 EMRK; EGMR, 12. 11. 2008 – 34503/97 – NZA 2010, 1425 (*Demir und Baykara*); EGMR, 21. 4. 2009 – 68959/01 – NZA 2010, 1423 (*Enerji Yapi-Yol Sen*); dazu *Schlachter*, SR 2013, 77, 78; oder durch Einbeziehung privater Korrespondenz auf dienstlich genutzten Geräten in den Schutzbereich des Rechts auf Privat- und Familienleben gem. Art. 8 EMRK; EGMR, 22. 2. 2018 – 588/13 – NZA 2018, 1609 (*Libert*); vgl. *Heuschmid*, NZA-Beil. 3/2018, 68, 71 ff.

4 *Schlachter*, in: *Countouris/Freedland* (Fn. 2), S. 105, 116.

Mitgliedstaaten, die ein inhaltlich entsprechendes völkerrechtliches Übereinkommen ratifiziert haben. Zwar könnten auch Organe der Union, die stets an die GRC-Rechte gebunden sind, mit dem Völkerrecht nicht vereinbare Maßnahmen ergreifen, aber ohne unmittelbaren Beitritt der Union selbst ist diese an ein Übereinkommen nicht gebunden. Mitgliedstaaten verpflichten sich dagegen durch Ratifikation völkerrechtlicher Übereinkommen auf Einhaltung deren grundrechtlicher Standards und werden davon auch nicht durch etwa anders lautende Vorschriften des Unionsrechts befreit.⁵ An die GRC sind mitgliedstaatliche Maßnahmen gebunden, sobald sie nach Maßgabe von Art. 51 Abs. 1 GRC einen Akt der Durchführung des Rechts der Union darstellen.⁶

Staatliche Maßnahmen außerhalb des Anwendungsbezugs des Unionsrechts unterliegen der GRC dagegen nicht, sie sind nur an die nationale Verfassung und völkerrechtliche Verpflichtungen gebunden.⁷ Grundrechtsschutz gegen solche Maßnahmen gewährt daher nicht der zur Auslegung der GRC berufene EuGH, sondern die mitgliedstaatlichen Gerichte auf der Grundlage von Verfassungs- oder Völkerrecht.⁸ Auch wenn die Maßnahmen im Anwendungsbezugs des Unionsrechts liegen, kommt im konkreten Fall trotzdem eine Bindung an nationale, auch völkerrechtsgeprägte, Grundrechte in Betracht.⁹ Belässt das Unionsrecht den Staaten bei Maßnahmen zur »Durchführung« nämlich einen Entscheidungsspielraum, wie regelmäßig bei der Pflicht zur Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht, handelt der Staat bei Ausfüllung des Spielraums nur begrenzt nach Maßgabe des Unionsrechts, unterliegt im Übrigen aber seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen. Soweit die Richtlinien allerdings konkrete Vorgaben regeln, ist der Staat bei der Umsetzung an die GRC gebunden; im Falle seiner parallelen Bindung an völkerrechtliche Übereinkommen kann es im Überschneidungsbereich zu Auslegungskonflikten kommen,¹⁰ soweit keine der beiden Rechtsquellen ihren eigenen Geltungsanspruch zurücknimmt oder eine wirksame Derogation angeordnet ist.

1. Auflösung des Konflikts durch Art. 52 Abs. 3 GRC

Mit der von der GRC am besten gesicherten völkerrechtlichen Grundrechtsquelle, der EMRK, wird ein Konflikt durch die in Art. 52 Abs. 3 GRC formulierte Mindestgarantie vermieden, der zufolge die GRC mindestens denjenigen

Grundrechtsschutz garantiert, der in bedeutungsgleichen Normen der EMRK gewährleistet ist.¹¹ Diese Lösung ist effektiv, weil eine Beachtung der inhaltlichen Vorgaben der EMRK gewährleistet wird und Probleme mit dem Vorrang des Unionsrechts nicht entstehen können. Da Art. 52 Abs. 3 GRC die Auslegung der Unionsgrundrechte steuert, gewährleistet das (Vorrang beanspruchende) Unionsrecht das völkerrechtliche Schutzniveau nunmehr selbst und ist kraft dieses Vorrangs sogar in der Lage, widersprechendes mitgliedstaatliches Recht auf die völkerrechtlichen Standards zu verpflichten. Diese Lösung bezieht Art. 52 Abs. 3 GRC seinem Wortlaut nach auf die EMRK, ESC-Bestimmungen werden nicht angesprochen. Dass dieser Umstand der Nichtbenennung weiterer völkerrechtlicher Abkommen nicht auf einem Versehen beruht, lässt sich ohne weiteres der Systematik der GRC entnehmen: Die unmittelbar nachfolgende Bestimmung des Art. 53 GRC nennt ausdrücklich neben der EMRK noch Unionsrecht, Völker(gewohnheits)recht und internationale Übereinkommen als Rechtsquellen, deren Schutzniveau im Verhältnis zur GRC geregelt werden soll. Daher ist davon auszugehen, dass andere völkerrechtliche Übereinkommen als die EMRK von der in Art. 52 Abs. 3 GRC geregelten Mindestgehaltsgarantie bewusst nicht erfasst werden.

2. Auflösung des Konflikts durch Art. 53 GRC

Anders als Art. 52 Abs. 3 GRC bezieht Art. 53 GRC neben der EMRK weitere Rechtsquellen in seine Regelung ein. Dass auch die ESC davon erfasst ist, setzt voraus, dass sie entweder zum »Völkerrecht« oder zu den dort näher umschriebenen internationalen Übereinkommen zählt. Zum »Völkerrecht« wird, in Abgrenzung zu internationalen

5 European Committee of Social Rights (ECSR), Collective Complaint 32/2005, Straßburg 2006, abrufbar unter: <https://rm.coe.int/16805d731f> (21.2.2019), Rn. 35; vgl. Schlachter, SR 2013, 77, 90.

6 EuGH, 7.5.2013 – C-617/10 – juris (Akerberg Fransson), Rn. 19f.; dazu Gooren, NJW 2013, 1415; Thym, NVwZ 2013, 889.

7 Borowsky, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl., Baden-Baden 2014 (im Folgenden: Meyer, GRC), Art. 53 Rn. 14a.

8 So etwa der portugiesische Verfassungsgerichtshof, 5.4.2013 – 187/2013, der die Vorgaben der »Troika« umsetzenden portugiesischen Spargesetze für verfassungswidrig erklärte.

9 EuGH, 10.7.2014 – C-198/13 – NZA 2014, 1325 (Hernandez), Rn. 35.

10 Anders: Wolfgang, in: Lenz/Borchard (Hrsg.), EU-Verträge, 6. Aufl., München 2012, Art. 53 GRC Rn. 6.

11 Lenaerts, EuR 2012, 2, 12.

Übereinkommen, spezifisch das Völkergewohnheitsrecht gerechnet.¹² Zu denjenigen Übereinkommen, bei denen die Union selbst Partei ist, gehört im Bereich Sozialpolitik aktuell allein das UN-BRK.¹³ Darüber hinaus verlangt Art. 6 Abs. 2 AEUV zwar den Beitritt der Union zur EMRK, doch ist dieser auf der Basis des vom EuGH dazu verfassten Gutachtens¹⁴ bisher nicht erfolgt. Wenn dieser Beitritt aufgrund der Bedenken des EuGH unterbleibt, obwohl er primärrechtlich ausdrücklich vorgesehen ist, ist umso weniger zu erwarten, dass der politisch gelegentlich geäußerte Wunsch nach Beitritt der Union zur ESC Realisierungschancen hätte. In den Anwendungsbereich des Art. 53 GRC gelangt die ESC also nur, wenn sie ein Übereinkommen darstellt, »bei dem alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind«.

Wie diese Voraussetzung des Art. 53 GRC im Einzelnen zu verstehen ist, kann unterschiedlich beurteilt werden. Als Anhaltspunkt¹⁵ kann Art. 2 Abs. 1 lit. g des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens¹⁶ herangezogen werden. Demzufolge setzt der Begriff der Vertragspartei voraus, dass ein Staat »zugestimmt hat, durch den Vertrag gebunden zu sein« und dass für ihn »der Vertrag in Kraft ist«. Der genaue Umfang der erforderlichen »Bindung« für einen Staat ergibt sich daraus allerdings nicht, und damit sind Besonderheiten bei völkerrechtlichen Abkommen wie der ESC nicht eindeutig zuzuordnen: Die ESC besteht derzeit in zwei Fassungen parallel, der ursprünglichen Fassung von 1961¹⁷ und der revidierten Fassung von 1996¹⁸, die die Ursprungsfassung nur dann ersetzen würde, wenn alle Unterzeichnerstaaten die revidierte Fassung ratifizieren. Alle EU-Mitgliedstaaten haben eine der beiden Fassungen ratifiziert, an deren Inhalt sie dann jeweils auch gebunden sind. Diese Bindung erfasst aber nicht notwendig alle Bestimmungen der ESC, denn ein Staat muss zwar einen Kernbestand der ESC-Bestimmungen akzeptieren, behält darüberhinausgehend aber ein deutliches Auswahlmessen, welche Vorschriften er zur Erfüllung der erforderlichen Mindeststratifikationszahlen wählt.¹⁹ »Die ESC« ist mithin ein Menschenrechtsinstrument, das in verschiedenen Vertragsstaaten in unterschiedlichem Umfang gelten kann. Deshalb wird in der Literatur teils vertreten, »Übereinkommen, bei denen alle Mitgliedstaaten Vertragspartei sind, existieren zur Zeit nicht«²⁰; die ESC könne ein solches Übereinkommen werden, wenn alle Mitgliedstaaten die revidierte Fassung ratifizieren sollten.

Überzeugend ist eine solche enge Interpretation des Art. 53 GRC allerdings nicht.²¹ Dass ein Staat, der ein Abkommen ratifiziert, damit zustimmt, daran gebunden zu sein, gilt auch für solche Übereinkommen, die einem à-la-carte-System unterliegen. Die grundsätzliche Akzeptanz für den Regelungsgehalt eines Übereinkommens hat beispielsweise auch ein Staat erklärt, der zulässigerweise einen Vorbehalt angebracht hat; auf die Vollständigkeit der Bindung wird hier gerade nicht abgestellt. Vergleichbar verlangt auch der EuGH keine in allen Mitgliedstaaten völlig übereinstimmende Regelung: Zur Entwicklung eines wesentlichen Grundsatzes des Sozialrechts der Union dienen »völkerrechtliche Verträge, bei denen die Mitgliedstaaten mitgewirkt haben oder denen sie beigetreten sind«. Dazu zählt »ebenfalls die in Art. 151 AEUV erwähnte Europäische Sozialcharta, der alle Mitgliedstaaten angehören, da sie ihr entweder in ihrer ursprünglichen Fassung, ihrer revidierten Fassung oder in beiden Fassungen beigetreten sind«²². Obwohl diese Aussage nicht zu Art 53 GRC getroffen worden ist, ist ihre Bedeutung dorthin übertragbar. Ein völkerrechtlicher Vertrag, auf dessen Grundwerte sich alle Mitgliedstaaten der EU verständigt haben, wird gem. Art. 53 GRC von der Union geachtet und soll durch die Auslegung der GRC nicht beeinträchtigt werden, selbst wenn sich der für einzelne Staaten maßgebliche Bindungsumfang im konkreten Fall voneinander unterscheidet. Auf eine durch die Mitgliedstaaten vollzogene Ratifizierung kommt es dabei nicht an.²³

12 Meyer, GRC-Borowsky (Fn. 7), Art. 53 Rn. 17; v. Danwitz, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta, München 2006 (im Folgenden: Kölner GK GRCh), Art. 53 Rn. 17.

13 Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen v. 13.12.2006, in Kraft seit 3.5.2008, ratifiziert von allen EU-Mitgliedstaaten.

14 EuGH, Gutachten v. 18.12.2014 – C-2/13, Rn. 187–190.

15 Sagan, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 1 Rn. 81.

16 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge v. 23.5.1969, 1985 BGBl. II, S. 927.

17 Von der Bundesrepublik Deutschland am 18.10.1961 unterzeichnet und am 27.1.1965 ratifiziert.

18 Von der Bundesrepublik Deutschland zwar am 29.6.2007 unterzeichnet, aber bisher nicht ratifiziert.

19 Schlachter, in: Countouris/Freedland (Fn. 2), S. 105, 107.

20 Becker, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 3. Aufl., Baden-Baden 2012, Art. 53 GRC Rn. 5.

21 De Witte, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Hrsg.), The EU Charter of Fundamental Rights, Oxford 2014, Art. 53 Rn. 53.10; Kölner GK GRCh-v. Danwitz (Fn. 12), Art. 53 Rn. 17.

22 EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 ua. – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth), Rn. 81.

23 Kölner GK GRCh-v. Danwitz (Fn. 12), Art. 53 Rn. 17 und Fn. 58.

Desselben Argumentationsansatzes bediente sich der EuGH bei der Entwicklung von »allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts«, die vor Inkrafttreten der GRC als grundrechtliche Standards aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten und völkerrechtlichen Übereinkommen abgeleitet worden sind. Auch bei dieser Rechtsentwicklung kommt es nicht darauf an, dass jeder Mitgliedstaat jedes Grundrecht mit Schutzbereich und Schranken als für sich verbindlich akzeptiert hat, sondern auf eine grundsätzlich belegbare Entwicklungslinie innerhalb der EU. Schutzstandards können als generell anerkannt gelten, wenn sich die Mitgliedstaaten an ihrer Entwicklung auf völkerrechtlicher Ebene aktiv beteiligen oder sie in das nationale Recht übernehmen. Das trifft für die ESC zu, die von allen Mitgliedstaaten in einer ihrer Fassungen ratifiziert worden ist und an deren Weiterentwicklung zur revidierten Fassung sie sich als Mitgliedstaaten des Europarates aktiv beteiligt haben. Damit ist festzuhalten, dass die von der ESC garantierten sozialen Rechte gem. Art. 53 GRC nicht durch eine Auslegung der GRC-Rechte eingeschränkt werden dürfen. Daher käme es grundsätzlich in Betracht, Art. 53 GRC als Kollisionsregel im Konflikt zwischen ESC und GRC-Rechten heranzuziehen.

3. Bedeutung des Art. 53 GRC

In der Literatur ist die Norm einerseits dahingehend verstanden worden, dass sie für Grundrechte in nationalen Verfassungen oder völkerrechtlichen Übereinkommen, die also ihre Grundlage nicht im Unionsrecht haben, die »Geltungserhaltung« bewirken soll.²⁴ Das scheint wenig überzeugend, da die GRC die Geltung anderer Grundrechtsinstrumente inhaltlich nicht berührt. Ob und wie ein völkerrechtlicher Vertrag einen Staat bindet und in dessen nationaler Rechtsordnung Geltung erhält, entscheidet der Unterzeichnerstaat beim Beitritt; darauf Einfluss zu nehmen ist nicht Normzweck des Art. 53 GRC. Diese Vorschrift soll vielmehr bereits ihrem Wortlaut zufolge die Auslegung regulieren, und zwar unmittelbar diejenige der GRC-Bestimmungen, die mittelbar aber auch die Auslegung anderer Grundrechtsgewährleistungen beeinflusst.²⁵ GRC-Rechte dürfen nicht dahingehend ausgelegt werden, dass ihnen inhaltlich entsprechende völkerrechtliche Bestimmungen auf denselben Schutzzumfang wie die GRC-Bestimmung reduziert werden müssten, obwohl sie bei Anwendung völkerrechtlicher Auslegungsmethoden einen höheren Schutzzumfang gewährleisten.²⁶

Dass es überhaupt möglich wäre, durch Auslegung einer GRC-Bestimmung mittelbar den Inhalt einer völkerrechtlichen Verpflichtung eines Mitgliedstaates zu reduzieren, versteht sich nicht von selbst. Auch Art. 53 GRC beansprucht nicht unmittelbar, die Auslegung völkerrechtlicher Bestimmungen zu steuern. Falls das völkerrechtlich garantierte Schutzniveau eines Grundrechts aber über das in der GRC gewährleistete hinausgeht, wird es insoweit von der GRC nicht geschützt, also auch dem Unionsgesetzgeber nicht vorgeschrieben. Dahinter zurückbleibendes Sekundärrecht kann also auf Unionsebene nicht beanstandet werden, würde aber kraft Vorrang des Unionsrechts²⁷ auch von den Mitgliedstaaten mit reduziertem Schutzniveau umzusetzen sein, die daneben an den völkerrechtlich garantierten Schutzzumfang gebunden sind. Ein völkerrechtliches Übereinkommen hat umgekehrt nur die Option, seinen eigenen Geltungsanspruch gegenüber anderen Rechtsquellen zurückzunehmen, könnte aber weder deren Geltung noch deren Inhalt beeinflussen. Diesem völkerrechtlichen Ansatz entsprechend ist auch Art. 53 GRC in der Literatur als Meistbegünstigungsklausel verstanden worden, die garantiert, dass ein höheres als das in der GRC gewährleistete Schutzniveau in den Mitgliedstaaten auf verfassungs- oder völkerrechtlicher Grundlage weiterhin angewendet werden dürfe.²⁸ Damit würde Art. 53 GRC entsprechend Art. 53 EMRK ausgelegt, nach dessen Vorbild er geschaffen wurde,²⁹ und der es den Unterzeichnerstaaten freistellt, jederzeit einen höheren als den von der EMRK gewährleisteten Schutzstandard einzuführen oder beizubehalten.

Gegen diese Parallelität der Interpretation wird jedoch eingewendet, dass es dem Unionsrecht nicht, wie der EMRK³⁰, ausschließlich auf die Schaffung eines möglichst hohen Schutzniveaus ankommt, sondern (jenseits ausdrücklich als solcher bezeichneter Mindestvorgaben³¹) auf

24 Lindner, EuR 2007, 160, 168 f.

25 Krämer, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, München 2016 (im Folgenden: Stern/Sachs), Art. 53 Rn. 4.

26 Stern/Sachs-Krämer (Fn. 25), Art. 53 Rn. 6.

27 Stern/Sachs-Krämer (Fn. 25), Art. 53 Rn. 8.

28 Besselink, Common Market Law Review 1998, 629, 677; Calliess, EuZW 2001, 261, 267; Lenaerts/de Smijter, Common Market Law Review 2001, 287, 294; Ruffert, EuR 2004, 165, 174; Seidel, EuZW 2003, 97; de Witte, in: Peers/Hervey/Kenner/Ward (Fn. 21), Art. 53 Rn. 53.07, 53.10.

29 Meyer, GRC-Borowsky (Fn. 7), Art. 53 Rn. 15; Kölner GK GRCh-v.Danwitz (Fn. 12), Art. 53 Rn. 11.

30 Grabenwarter, VVDStRL 2001, 292, 298.

31 Vgl. Art. 3 Abs. 4 RL 2003/86/EG betreffend das Recht auf Familienzusammenführung, die vorsieht, dass sie günstigere Bestimmungen (ua.) der ESC unberührt lässt.

die Einheitlichkeit des Unionsrechts, die durch dessen Anwendungsvorrang abgesichert wird.³² So betont der EuGH, dass es Art. 53 GRC einem Mitgliedstaat nicht »gestatte, den in seiner Verfassung garantierten Schutzstandard [...] anzuwenden wenn er höher als der sich aus der Charta ergebende sei, und ihn gegebenenfalls der Anwendung unionsrechtlicher Vorschriften entgegenzuhalten«³³. Auf einen verfassungsrechtlich garantierten höheren Grundrechtsschutz kann sich ein Bürger also nicht berufen, wenn das Unionsrecht nur einen niedrigeren Schutzstandard vorsieht. Rechte, die durch völkerrechtliche Übereinkommen wie die ESC garantiert sind, dürften vom EuGH insoweit kaum anders behandelt werden.³⁴ Für die Übertragbarkeit der genannten Grundsätze könnte angeführt werden, dass Art. 53 GRC das Schutzniveau für nationale Verfassungen und Rechte in völkerrechtlichen Übereinkommen in derselben Formulierung festlegt. Wenn das Unionsrecht allem nationalen Recht gegenüber Vorrang beansprucht, gilt dies auch gegenüber Rechten völkerrechtlichen Ursprungs. Folgt man dem, kann Art. 53 GRC weiterreichende ESC-Rechte nicht effektiv gegen eine Einschränkung schützen.

III. Auflösung des Konflikts durch Auslegung der GRC-Grundrechte?

In der Konsequenz der Rechtsprechung zum Anwendungsvorrang kann eine Kollision zwischen völkerrechtlicher und unionaler Grundrechtsgewährleistung weder auf völkerrechtlicher noch auf national-verfassungsrechtlicher Ebene gelöst werden; sie kann allenfalls durch Auslegung der GRC-Rechte selbst verhindert werden, soweit der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nicht gegen das Völkerrecht aktiviert wird. Geboten ist dies allerdings nur für die GRC-Rechte, deren inhaltliche Verbindung zu völkerrechtlichen Gewährleistungen belegbar ist, weil die in den Erläuterungen zitierten Quellen oder eine wortlautidentische Formulierung erkennen lassen, dass eine Bestimmung auf einer völkerrechtlichen Norm aufbaut. Dass die GRC grundsätzlich unter Berücksichtigung völkerrechtlicher Quellen ausgelegt werden darf, ist akzeptiert. Die auch auf Art. 6 EUV gestützte Pflicht zur »Berücksichtigung« ist allerdings nicht gleichbedeutend mit der Übernahme des Inhalts einer völkerrechtlichen Gewährleistung, sondern verlangt lediglich, diese Norm einschließend der dazu ent-

wickelten Auslegung zur Kenntnis zu nehmen, um sie in den eigenen Auslegungsprozess einfließen zu lassen.³⁵

1. Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen, Art. 31 GRC

Die Einwirkungsmöglichkeiten der ESC auf die Auslegung der GRC sollen nachfolgend am Beispiel der »gerechten und angemessenen Arbeitsbedingungen« des Art. 31 GRC verdeutlicht werden. Die meisten Entscheidungen zu dieser Vorschrift betreffen spezifisch ihre Garantie des bezahlten Jahresurlaubs in Abs. 2.³⁶ Der Urlaubsanspruch wurde zunächst vom EuGH als »besonders wichtiger Grundsatz des Sozialrechts der Union«³⁷ aus den verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten und völkerrechtlichen Übereinkommen abgeleitet, und in Art. 7 Abs. 2 der Arbeitszeit-RL³⁸ konkretisiert, dann aber auch grundrechtlich verankert. Die parallele Gewährleistung in mehreren Rechtsquellen der Union hat zwar die Auslegung nicht erleichtert, aber für eine intensive Diskussion von Art. 31 Abs. 2 GRC gesorgt, gerade im Dialog zwischen BAG und EuGH³⁹.

Weitaus weniger Aufmerksamkeit hat demgegenüber Art. 31 Abs. 1 GRC erhalten, das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.⁴⁰ Welchen Schutz-

32 Thym, NVwZ 2013, 889, 895; Franzius, ZaöRV 2015, 383, 384.

33 EuGH, 26.2.2013 – C-399/11 – NJW 2013, 1215 (Melloni), Rn. 56/57; Stern/Sachs-Krämer (Fn. 25), Art. 53 Rn. 8.

34 Terhechte, in: v.d.Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015, Art. 53 GRC Rn. 3; Streinz/Michl, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEU, 3. Aufl., München 2018, Art. 53 GRC Rn. 4, 8; Meyer, GRC-Borowsky (Fn. 7), Art. 53 Rn. 10; anders Heuschmid/Lörcher, in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau (Hrsg.), Nomos Kommentar zum gesamten Arbeitsrecht Bd. 1, Baden-Baden 2016 (im Folgenden: NK-GA), Art. 53 GRC Rn. 2.

35 Zur »Berücksichtigung« der EMRK bei der Auslegung des deutschen Rechts: BVerfG, 14.10.2004 – 2 BvR 1481/04 – BVerfGE 111, 307, Rn. 47/48; zur »Berücksichtigung« der ESC bei der Auslegung des Unionsrechts: EuGH, 2.2.1988 – 24/86 – Slg. 1988, 379 (Blazit); EuGH, 20.9.2007 – C-116/06 – Slg. 2007, I-7643 (Kiiski).

36 EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 ua. – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth).

37 EuGH, 26.6.2001 – C-173/99 – Slg. 2002, I-4881 (BECTU); EuGH, 24.1.2012 – C-282/10 – NZA 2012, 139 (Dominguez); EuGH, 3.5.2012 – C-337/10 – NVwZ 2012, 688 (Neidel); EuGH, 26.3.2015 – C-316/13 – NZA 2015, 1444 (Fenoll); EuGH, 6.11.2018 – C-619/16 – NZA 2018, 1612 (Kreuziger).

38 RL 2003/88/EG v. 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 2003, L 299/9.

39 Vgl. EuGH, 6.11.2018 – C-684/16 – NZA 2018, 1474 (Max-Planck-Gesellschaft); EuGH, 6.11.2018 – C-619/16 – NZA 2018, 1612 (Kreuziger); EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 ua. – NZA 2018, 1467 (Bauer und Willmeroth).

40 Biltgen, NZA 2016, 1245, 1251.

zumfang dieses Recht gewährleisten soll, bleibt in der Diskussion, da es nur teilweise durch konkretisierende Richtlinien ausgeformt, und kaum durch die Rechtsprechung ausdifferenziert worden ist. Zur Auslegung des Grundrechtsgehalts ist daher in einem ersten Schritt der Hinweis in den Erläuterungen⁴¹ nutzbar, wonach Art. 31 Abs. 1 GRC sich an völkerrechtliche Bestimmungen, darunter auch Art. 3⁴² und Art. 26 ESC⁴³, anlehnt. Diese Erläuterungen stellen Art. 31 Abs. 1 GRC nur in den Kontext von Arbeitsschutz und Belästigungsverboten⁴⁴ und bleiben damit hinter der Überschrift zurück, die auch auf »gerechte und angemessene« Arbeitsbedingungen abhebt.⁴⁵ Diese Diskrepanz hat unterschiedliche Auslegungsergebnisse nahezu zwangsläufig zur Folge, wie sich auch an den Vorabentscheidungsverfahren zur Beurteilung der portugiesischen Haushaltsgesetze von 2011/12 zeigt.⁴⁶ Diese Gesetze ordneten auf der Grundlage der Vorgaben der sog. »Troika« aus Europäischer Kommission, Europäischer Zentralbank und Internationalem Währungsfonds erhebliche Kürzungen von Entgeltbestandteilen sowie Urlaubs- und Weihnachtsgeld im öffentlichen Sektor an.⁴⁷ Das vorliegende Gericht hielt, vor dem Hintergrund einer nationalen Verfassungsnorm, die zu den dort garantierten »würdigen« Arbeitsbedingungen auch ein angemessenes Entgelt zählt,⁴⁸ eine fallweise sittenwidrig niedrige Entlohnung für eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 31 GRC. Eine inhaltliche Diskussion dieser Frage hat der EuGH allerdings nicht geführt,⁴⁹ der sich für unzuständig erklärte, weil die Mitwirkung von Organen der Union an der »Troika« nicht genüge, die portugiesischen Spargesetze zur Umsetzung dieser Vorgaben als Maßnahmen zur Umsetzung von Unionsrecht zu qualifizieren.

a) Gesunde und sichere Arbeitsbedingungen gem. Art. 31 Abs. 1 GRC

Die zahlenmäßig bedeutsamste Konkretisierung der in Art. 31 Abs. 1 GRC angesprochenen gesunden und sicheren Arbeitsbedingungen ist in der Arbeitsschutzrahmen-RL 89/391/EWG⁵⁰ und den sie konkretisierenden Einzelrichtlinien enthalten. Sie konkretisieren den Arbeits- und Gesundheitsschutz als zentrales Element des Schutzbereichs durch Gewährleistung körperlicher und seelischer Integrität bei der Arbeit. Welche »Arbeitsbedingungen« diesen Anforderungen genügen müssen, legt Art. 31 Abs. 1 GRC nicht fest, die Erläuterungen verweisen dafür allerdings auf Art. 156 AEUV⁵¹. Daraus wird gele-

gentlich abgeleitet, dass »Arbeitsbedingungen« nur im engen Sinne einbezogen seien.⁵² Das überzeugt allerdings nicht, da Art. 156 AEUV die dort genannten Regelungsbereiche lediglich »insbesondere« aufzählt und im Übrigen auf die weit gefassten Ziele der Sozialpolitik der Union gem. Art. 151 AEUV verweist. Im Zusammenwirken mit Art. 3 ESC lassen sich aus diesen Zielen einige Grundsätze für Arbeitssicherheit und Gesundheitsschutz ableiten, denen auch die an Art. 31 GRC gebundenen hoheitlichen Maßnahmen genügen müssen:

Die Norm verlangt neben den notwendigen Regelungen zu Arbeits- und Gesundheitsschutz⁵³ auch die Verbesserung der Arbeitsumwelt und setzt eine regelmäßige Überprüfung und Anpassung bestehender Regulierungen an veränderte tatsächliche Entwicklungen voraus. Zudem soll Prävention im Vordergrund stehen, insbesondere durch Verhinderung von Gefahren und potentiellen Schadensursachen aus der Arbeitsumwelt. Dem liegt ein Leitbild zugrunde, das zur Vermeidung von Sicherheits- und Gesundheitsschädigungen nicht vorrangig das Verhalten der Beschäftigten reguliert, sondern die Beschaffenheit der Arbeitsumwelt, von der solche Schädigungen ausgehen können. Neben die Pflicht zur Regulierung tritt diejenige zur Überwachung der Einhaltung des bestehenden Rechts,⁵⁴ so dass eine angemessene personelle und

41 Charta-Erläuterungen, ABl. 2007, C 303/26.

42 Art. 3 ESC: »The right to safe and healthy working conditions«.

43 Art. 26 ESC: »The right to dignity at work«.

44 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2016, Art. 31 Rn. 7.

45 Stern/Sachs-Lang (Fn. 25), Art. 31 Rn. 4.

46 *Rödl/Callsen*, Kollektive soziale Rechte unter dem Druck der Währungsunion?, HSI-Schriftenreihe Bd. 13, Frankfurt aM. 2015; *Schlachter*, FS Kohte, 2016, S. 977, 981 f.

47 *Rödl/Callsen* (Fn. 46).

48 Art. 59 Abs. 1 der portugiesischen Verfassung, abgedruckt bei Stern/Sachs-Lang (Fn. 25), Art. 31 Rn. 4.

49 EuGH, 7. 3. 2013 – C-128/12 – juris (Sindicato dos Bancarios do Norte), Rn. 11 ff.; EuGH, 26. 6. 2014 – C-665/13 – juris (Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros e Afins), Rn. 19 f.

50 RL 89/391/EWG v. 12. 6. 1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit, ABl. 1989, L 183/1.

51 Charta-Erläuterungen, ABl. 2007, C 303/17, S. 26.

52 *Frenz*, RdA 2011, 199, 200; *Rieble/Picker*, ZfA 2014, 153, 160; *Jarass*, GRC (Fn. 44), Art. 31 Rn. 6.

53 ECSR, Conclusions XIV-2 (1998), Statement of Interpretation on Art. 3, § 1.

54 ECSR, Conclusions 2003, Statement of Interpretation on Art 3; Conclusions 2003, Bulgaria Art. 3, § 1; Conclusions 2005, Lithuania Art. 3, § 1; Conclusions 2009, Armenia Art. 3, § 1.

finanzielle Ausstattung der Arbeitsinspektion gewährleistet werden muss.⁵⁵ Eine kontinuierliche Reduktion des Personalbestandes bei den Überwachungseinrichtungen kommt daher einer Grundrechtsbeschränkung gleich.⁵⁶ Zudem muss eine arbeitsmedizinische Betreuung mit beratender und präventiver Funktion nach und nach für alle Beschäftigten eingerichtet werden.⁵⁷ Grundrechtsträger sind alle Beschäftigten, die einer potentiell gefährlichen Arbeitsumgebung ausgesetzt sind. Auf die Vertragsgrundlage der Dienstleistung⁵⁸ oder den Beschäftigungsort kommt es dafür nicht an; insbesondere sind auch atypisch Beschäftigte und Hausangestellte (anders als in Art. 3a RL 89/391/EWG) aus dem Schutzbereich nicht ausklammert.⁵⁹ Dass eine weite Auslegung des Schutzbereichs auch für Art. 31 Abs. 1 GRC gilt, legt bereits dessen umfassend formulierter Wortlaut (»jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer«) nahe, der durch eine in der Richtlinie formulierte Ausnahme nicht reduziert werden kann.

b) Würdige Arbeitsbedingungen, Art. 31 Abs. 1 GRC

Der Normtext nennt neben den bereits angesprochenen Aspekten die »würdigen« Arbeitsbedingungen, wodurch jedenfalls das allgemeine Persönlichkeitsrecht in den Schutzbereich einbezogen wird. In den Erläuterungen wird dafür auf Art. 26 ESC verwiesen, der den Schutz vor Belästigung vorschreibt und dies seiner amtlichen Überschrift zufolge als Anwendungsfall der »dignity at work« versteht. In Übereinstimmung mit dem Ansatz der EU-Antidiskriminierungsrichtlinien⁶⁰ wird ein Konzept verfolgt, wonach sexuelle Belästigungen und generell Schikane und Anfeindungen am Arbeitsplatz mit der Menschenwürde unvereinbar sind.⁶¹ Wegen weitgehender Übereinstimmung beider Rechtsinstrumente sind aus der ESC dabei nur wenige zusätzliche Konkretisierungen zu gewinnen:

Das Recht auf Würde am Arbeitsplatz verpflichtet dazu, vor (würde-) verletzendem Verhalten zu schützen, nicht nur am Arbeitsplatz selbst, sondern in allen Situationen, die einen Bezug zur Arbeit aufweisen.⁶² Der Schutz soll in erster Linie gewährleistet werden durch Maßnahmen zur Information, Sensibilisierung und Prävention, um ein verletzendes Verhalten möglichst bereits in der Entstehung zu verhindern.⁶³ Die dafür erforderlichen Maßnahmen sind in Absprache mit den Sozialpartnern zu treffen, sollen also ausdrücklich einen kollektiven Bezug haben,⁶⁴ um die unterlegene Position eines einzelnen von Anfeindungen Betroffenen abzumildern.

Obwohl die Erläuterungen zu Art. 31 Abs. 1 GRC ausdrücklich nur auf Art. 26 ESC Bezug nehmen, ist die Forderung nach »würdigen« Arbeitsbedingungen mit einem Belästigungsverbot zum Schutz des Persönlichkeitsrechts noch nicht erfüllt. Der Begriff der »Würde« verweist auf die Menschenwürde in Art. 1 GRC⁶⁵ und geht deshalb im Kontext der Arbeitswelt über die körperliche und seelische Integrität hinaus. Der Mensch darf durch die Arbeit nicht zum Objekt der Interessen des Vertragspartners gemacht werden, Arbeitsbedingungen müssen vielmehr so gestaltet sein, dass sie den Menschen als Person in den Blick nehmen. Dass Art. 31 GRC tatsächlich einen so grundsätzlichen Ansatz verfolgt, deutet die amtliche Überschrift an, die »gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen« als Regelungsgegenstand benennt. Zwar wird diese Begrifflichkeit im Normtext selbst nicht wieder aufgegriffen, zur Auslegung des sonst eher ungebräuchlichen Begriffs »würdige« Arbeitsbedingungen lässt sie sich jedoch heranziehen.

c) Angemessenes Arbeitsentgelt als würdige Arbeitsbedingung?

Dabei geht es auch um die Frage, ob ein angemessenes Entgelt zu den von Art. 31 Abs. 1 GRC garantierten Arbeitsbedingungen zählt. Die hM. verneint das⁶⁶, ist aber

55 ECSR, Conclusions 2013, Statement of Interpretation on Art. 3; Conclusions XIV-2 (1998) Belgium Art. 3, § 3.

56 ECSR, Conclusions 2017, Belgium Art. 3, § 3; Turkey Art. 3, § 3.

57 ECSR, Conclusions 2013, Ukraine Art. 3, § 4.

58 ECSR, Conclusions II (1971), Statement of Interpretation on Art. 3, § 2 (= Art. 3, § 1 ESC 1961); Conclusions 2005, Estonia Art. 3, § 2.

59 ECSR, Conclusions XIII-1 (1993), Statement of Interpretation on Art. 3, § 2 (= Art. 3, § 1 ESC 1961).

60 RL 2000/43/EG v. 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000, L 180/22; RL 2000/78/EG v. 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303/16; RL 2006/54/EG v. 5.7.2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006, L 204/23.

61 ECSR, Conclusions 2007, Statement of Interpretation on Art. 26, § 2.

62 ECSR, Conclusions 2003, Bulgaria Art. 26, § 2; Sweden Art. 26, § 2; Conclusions 2014, Finland Art. 26, § 2.

63 Conclusions 2003, Italy Art. 26, § 1; Slovenia Art. 26, § 2; Conclusions 2005, Moldova Art. 26, § 1.

64 ECSR, Conclusions 2005, Lithuania Art. 26, § 1.

65 NK-GA-Heuschmid/Lörcher (Fn. 34), Art. 31 GRC Rn. 16; Stern/Sachs-Lang (Fn. 25), Art. 31 Rn. 11.

66 Jarass, GRC (Fn. 44), Art. 31 Rn. 6; Frenz, RdA 2011, 199, 200; Rieble/Picker, ZfA 2014, 153, 160; Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: EuArbR), Art. 31 GRC Rn. 11.

auch nicht unwidersprochen geblieben⁶⁷. Ein extrem niedriges Entlohnungsniveau kann eine unwürdige Beschäftigungsbedingung darstellen. Dem Schutzzweck von Art. 31 Abs. 1 GRC entspricht ein auf Gesundheits- und Persönlichkeitsrechtsschutz begrenztes Verständnis des Würdebegriffs eher nicht. Schließlich ist die Norm mit Blick auf solche mitgliedstaatlichen Verfassungsbestimmungen geschaffen worden, die ausführliche Garantien von Arbeitsbedingungen enthalten,⁶⁸ und teils deutlich über den Bereich Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz hinausgehen. Dagegen wird allerdings der in den Erläuterungen enthaltene Verweis auf die ESC als Argument angeführt,⁶⁹ der lediglich Art. 3 ESC umfasst, aber Art. 4 ESC (zu den Entgeltregelungen) nicht erwähnt, und deshalb verdeutlichen sollte, dass das Arbeitsentgelt von den in Art. 31 GRC genannten Arbeitsbedingungen ausgenommen sei. Ein solcher Schluss ließe sich allerdings nur rechtfertigen, wenn die Erläuterungen alle für die Grundrechte maßgebenden Rechtserkenntnisquellen richtig und vollständig anführen. Daran kann man gerade für Art. 31 GRC allerdings begründet zweifeln: Die Erläuterungen zu Abs. 2 nehmen auf die Arbeitszeit-RL in ihrer ursprünglichen Fassung Bezug statt auf die bereits geltende RL 2003/88/EG. Die Erläuterungen zu Abs. 1 übersehen die Richtlinien zu Sicherheit und Gesundheitsschutz für Schwangere und Mütter oder für Jugendliche, sowie die zahlreichen Diskriminierungsverbote zur Gewährleistung des Persönlichkeitsrechts. Wenn schon das sekundäre Unionsrecht in den Erläuterungen derart lückenhaft und ungenau nachgewiesen wird, ist aus der Nichterwähnung anderer völkerrechtlicher Schutznormen ein Rückschluss auf deren bewusste Ausklammerung nicht überzeugend.

Im Gegenteil weist die Überschrift des Art. 31 GRC auf ihr entsprechende Bestimmungen der ESC hin: Ein Recht auf »gerechte« Arbeitsbedingungen wird in Art. 2 ESC geregelt, dessen Bestimmungen teilweise in Art. 31 Abs. 2 GRC aufgenommen worden sind, obwohl auch dort das Attribut »gerecht« nicht ausdrücklich erwähnt ist. Ein Recht auf »angemessene« Arbeitsbedingungen wie in der Überschrift zu Art. 31 GRC kommt in der ESC nur in Art. 4⁷⁰ vor, der sich gerade auf die Arbeitsbedingung des Entgelts beschränkt. In beiden Fällen könnte Art. 31 GRC die seiner Überschrift entsprechenden Bestimmungen der ESC teilweise umsetzen, auch ohne dies durch eine Wiederholung im Wortlaut der Norm zu unterstreichen. In diesem Fall sind die Attribute aus der Überschrift, »gerech-

te und angemessene« Arbeitsbedingungen, sprachlich als Oberbegriffe zu den in Art. 31 GRC verwendeten »gesunden, sicheren und würdigen« Arbeitsbedingungen gefasst.

Dagegen kann nicht argumentiert werden, dass im Verfassungskonvent historisch weder ein fairer Mindestlohn noch der Entgeltgleichheitsgrundsatz mehrheitsfähig waren,⁷¹ obwohl eine solche ausdrückliche Regelung vorgeschlagen worden ist.⁷² Damit steht lediglich fest, dass sich der Konvent auf die grundrechtliche Gewährleistung eines bestimmten Mindestlohns nicht verständigen konnte; ein Verzicht auf Regelungen, die im Zusammenhang mit der Entlohnung stehen, ist darin nicht enthalten und auch sonst im Unionsrecht nicht angelegt. Vielmehr gilt eine Diskriminierung beim Entgelt als elementarer Verstoß gegen die Menschenwürde und ist trotz einer von Art. 153 Abs. 5 AEUV ausgeschlossenen Unionskompetenz zur Schaffung von Entgeltregelungen in Art. 3 Abs. 1 lit. c RL 2000/78/EG verboten worden. Die Grundrechte der GRC dürfen zwar keine neue Regelungskompetenz für die Union schaffen (Art. 51 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GRC), sie sind aber in ihrem Schutzzumfang selbst vom Vorhandensein solcher Regelungskompetenzen nicht determiniert. So sind Koalitionsfreiheit und Arbeitskampf in Art. 28 GRC garantiert, obwohl es an einer Unionskompetenz zum Erlass von Sekundärrecht in dieser Hinsicht fehlt. Ein Schluss von der fehlenden Kompetenz der Union zur Schaffung einer Mindestlohnregelung auf einen eingeschränkten Schutzzumfang des Art. 31 Abs. 1 GRC⁷³ ist mithin nicht zulässig.

Da die Abstraktionshöhe der Forderung angemessener und deshalb auch »würdiger« Arbeitsbedingungen gem. Art. 31 Abs. 1 GRC für eine praktische Anwendung konkretisiert werden muss, und dies beim Entgelt durch Sekundärrecht nicht geleistet werden kann, kann es mittels einer Orientierung an völkerrechtlichen Standards erfolgen. Diese Orientierung ist nicht gleichbedeutend mit

67 Hanau, NZA 2010, 1, 2; Stern/Sachs-Lang (Fn. 25), Art. 31 Rn. 10, 13; Zimmer, ZESAR 2018, 151, 153.

68 Stern/Sachs-Lang (Fn. 25), Art. 31 Rn. 2; Zimmer, ZESAR 2018, 151, 152.

69 Frenz, RdA 2011, 199, 201; EuArbR-Schubert (Fn. 66), Art. 31 GRC Rn. 11.

70 Art. 4 ESC: »The right to a fair remuneration«.

71 Meyer, GRC-Rudolf (Fn. 7), Art. 31 Rn. 6; EuArbR-Schubert (Fn. 66), Art. 31 GRC Rn. 11.

72 Dokumente Convent 18 v. 27.3.2000 und Convent 34 v. 16.5.2000; Stern/Sachs-Lang (Fn. 25), Art. 31 Rn. 13.

73 Rieble/Picker, ZfA 2014, 153, 160.

einer parallelen Auslegung beider Vorschriften. Ebenso wenig wie eine Orientierung an Art. 2 ESC zur Folge hat, dass der gesamte Bestand dieser Norm in Art. 31 Abs. 2 GRC übernommen wird, verlangt eine Einbeziehung von Art. 4 ESC dessen Übertragung auf die Auslegung der »würdigen« Arbeitsbedingungen des Abs. 1. Orientierungswirkung entfalten insoweit nur Aspekte des Art. 4 ESC, die einen klaren Menschenwürdebezug aufweisen, also Art. 4 Nr. 1 ESC, der eine Entlohnung verlangt, die Arbeitnehmern einen angemessenen Lebensstandard ermöglicht (»a decent standard of living«) und Art. 4 Nr. 3 ESC, der die Entgeltgleichheit zwischen den Geschlechtern vorschreibt (»equal pay for work of equal value«).

2. Konkretisierung durch Art. 4 ESC

Zur Konkretisierung kann Art 4 Nr. 1 ESC dienen, wenn die dazu bestehende Interpretation durch das European Committee of Social Rights ausgewertet wird. Danach besteht der Normzweck im Entgegenwirken gegen eine Verfestigung von Armut trotz Arbeit: In den Schutzbereich sind dafür alle einzubeziehen, die eine Dienstleistung gegen Entgelt erbringen; weder der Vertragstyp, der Tätigkeitssektor⁷⁴ noch der Beschäftigungsumfang⁷⁵ sind Gesichtspunkte, die ein unangemessen niedriges Entgelt rechtfertigen können.⁷⁶ Der Entgeltbegriff ist dagegen weit gefasst und erlaubt auch die Einrechnung von staatlichen Transferleistungen, soweit diese direkt lohnabhängig gezahlt werden.

Als »angemessen« gilt ein Entgelt auf internationaler Ebene nicht bereits, wenn es das zur Subsistenzhaltung erforderliche Minimum zur Beschaffung von Nahrung, Kleidung und Wohnung abdeckt, sondern es sind in gewissem Umfang auch Bedürfnisse nach Teilhabe an Bildung, Kultur und sozialen Aktivitäten abzudecken.⁷⁷ Um dies zu ermöglichen, soll das Entgeltniveau auch der Geringverdiener (umgerechnet in Vollzeitäquivalente) 60 % des nationalen Netto-Durchschnittslohns erreichen.⁷⁸ In einem Korridor zwischen 50 % und 60 % des Netto-Durchschnittslohns können spezifische Umstände trotz der Abweichung eine Angemessenheit des Entgeltlevels begründen, während ein Entgelt von unter 50 % des Netto-Durchschnittslohns regelmäßig nicht mehr »angemessen« ist.⁷⁹ Etwas anderes kann für staatliche Maßnahmen der Arbeitsmarktpolitik gelten, etwa für eine verhältnismäßige Senkung des Mindestlohns für Problemgruppen des Arbeitsmarktes, deren Marktzutritt damit

erleichtert werden soll; unter die Armutsgrenze darf aber auch eine solche Maßnahme deren Entgelt nicht senken.⁸⁰ Mit der Beachtung der Vorgaben von Art. 4 Nr. 1 ESC hat sich auch Deutschland regelmäßig schwer getan,⁸¹ nicht zuletzt weil eine Verantwortung des Staates für die Entgelthöhe vor Einführung des MiLoG als systemfremd betrachtet worden ist. Ein Argument gegen die Orientierung auf ein auskömmliches Entgeltniveau ist das jedoch nicht.

Zur Konkretisierung des Verbots der Entgeltdiskriminierung kann Art. 4 Nr. 3 ESC nur wenige zusätzliche Gesichtspunkte beitragen: Für die Festsetzung eines diskriminierungsfreien Entgelts ist der Staat nicht notwendig selbst verantwortlich; liegt die Kompetenz dafür aber bei Tarif- oder Individualvertragsparteien, muss der Staat deren Regelungen auf das Diskriminierungsverbot verpflichten und dies auch effektiv durchsetzen.⁸² Dabei muss geregelt werden, wie die Gleichwertigkeit von Arbeit festzustellen ist⁸³ und die (bereinigte und unbereinigte) sog. »Entgeltlücke« erhoben und regelmäßig überprüft werden, und zur Herstellung von Entgeltgleichheit müssen aktive Maßnahmen ergriffen werden.⁸⁴

IV. Einfluss des Völkerrechts?

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass nach wie vor nur geringe Möglichkeiten bestehen, völkerrechtlichen Gewährleistungen jenseits der EMRK im Unionsrecht effektiv Beachtung zu verschaffen; auch mithilfe der Grundrechtecharta, einem Instrument zur Stärkung von bürgerlichen und sozialen Rechten bei der Abwägung mit dominanten

74 Für die Einbeziehung des gesamten öffentlichen Sektors einschließlich der Beamten: ECSR, Conclusions XX-3 (2014), Greece Art. 4, § 1.

75 Für die Einbeziehung von Arbeitsgelegenheiten zur Eingliederung von Migranten: ECSR, Conclusions 2014, Andorra Art. 4, § 1.

76 Für die Einbeziehung von geförderten Arbeitsgelegenheiten: ECSR, Conclusions 2014, France Art. 4, § 1.

77 ECSR, Conclusions 2010, Statement of Interpretation on Art. 4, § 1.

78 ECSR, Conclusions XVI-2 (2003) Denmark Art. 4, § 1.

79 ECSR, Conclusions XIV-2 (1998) Statement of Interpretation on Art. 4, § 1.

80 ECSR, Collective Complaint 66/2011 v. 23.5.2012 »GENOP-DEI« und »ADEDY« v. Greece, §§ 68–70; Conclusions XX-3 (2014) Greece Art. 4, § 1.

81 ECSR, Conclusions XVIII-2 (2006); XIX-3 (2010); XX-3 (2014) Germany Art. 4, § 1; vgl. dazu *Brecht-Heitzmann/Khonsari*, ZESAR 2017, 463, 467.

82 ECSR, Conclusions XX-3 (2014) Georgia Art. 4, § 3.

83 ECSR, Conclusions I (1969), Statement of Interpretation on Art. 4, § 3.

84 ECSR, Conclusions XVII-2 (2005) Czech Republic Art. 4, § 3.

Grundfreiheiten, gelingt dies nur in begrenztem Umfang. Zulässig ist aber eine Orientierung der Auslegung der GRC an völkerrechtlichen Standards, die den allgemein gehaltenen Formulierungen der Charta einen konkreteren Inhalt verleihen können. Wird in einem von den Mitgliedstaaten anerkannten völkerrechtlichen Übereinkommen einem Grundrecht ein hohes Schutzniveau zuerkannt, darf dies auch bei Auslegung des entsprechenden GRC-Rechts nicht unterschritten, sondern muss dieser Auslegung »zugrunde gelegt werden«⁸⁵. Soll der Schutzzumfang eines

Rechts durch Auslegung gesenkt werden, müssen dafür gewichtige Belange geltend gemacht werden. Dafür bedarf es jedoch einer Rechtsprechung, die eine solche Orientierungswirkung des Völkerrechts auf ihre eigene Norminterpretation akzeptiert und anwendet.⁸⁶

⁸⁵ Kölner GK GRCh-*v. Danwitz* (Fn. 12), Art. 53 GRC Rn. 21.

⁸⁶ BAG, 24. 3. 2004 – 5 AZR 303/03 – AP Nr. 59 zu § 138 BGB.

Gläsernen Belegschaften Grenzen setzen – Datenschutz im Betrieb

Prof. Dr. Peter Wedde, Frankfurt University of Applied Sciences*

I. Einleitung

Nach den aktuellen Zahlen des Statistischen Bundesamtes gab es im Dezember 2018 in Deutschland fast 45 Mio. Erwerbstätige. Hiervon waren rund 33 Mio. sozialversicherungspflichtig beschäftigt.¹ Über diese Beschäftigten fallen bei Arbeitgebern im großen Umfang personenbezogene Daten an. Einerseits handelt es sich um solche, die der Erfüllung vorgeschriebener sozialversicherungsrechtlicher Verpflichtungen dienen. Andererseits sind Informationen Gegenstand der Datenverarbeitung, die zur Abwicklung von betrieblichen Prozessen verwendet werden. Das bei Arbeitgebern insgesamt vorhandene »digitalisierte Wissen« lässt sich mittels spezieller Software-Algorithmen umfassend und flexibel auszuwerten. Wie das technisch funktioniert, wissen viele Arbeitgeber oft selbst nicht. Dies gilt insbesondere, wenn »Software as a Service« (SaaS) direkt von Herstellern zur Verfügung gestellt wird und von diesen eigenständig verändert werden kann.

Am wenigsten Informationen über Art und Zweck der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten haben die Beschäftigten. Sie wissen zumeist nicht, welche Feststellungen und Erkenntnisse sich aus den Informationen ableiten lassen, die über sie in den verschiedenen betrieblichen Systemen vorhanden sind. Dies ist vor dem Hintergrund kritisch zu bewerten, dass sie von Arbeitgebern ggf. mit Erkenntnissen konfrontiert werden können, die ihnen selbst nicht bewusst sind. Damit fällt die Abwehr unbegründeter oder falscher Vorhaltungen schwer.

Um eine Einschätzung der datenschutzrechtlichen Situation zu geben, in der sich Beschäftigte befinden, zeigt dieser Beitrag auf, wie sich der gesetzliche Rahmen in den letzten Jahrzehnten verändert hat und welche technischen Rahmenbedingungen relevant waren und sind. Weiterhin werden exemplarisch Probleme angesprochen, die auf Lösungen warten.

1. Grundsätzliches

Über eine gesetzliche Fundierung des Beschäftigtendatenschutzes wird seit mehr als 40 Jahren geredet. Trotz der jahrzehntelangen Diskussion gibt es keine gesetzliche Regelung dieses Themenfeldes. Damit bleibt zur Bewertung der datenschutzrechtlichen Situation von rund 33 Mio. abhängig Beschäftigten weiterhin nur der Rückgriff auf arbeitsrechtliche Grundsätze sowie auf einschlägige Vorschriften des allgemeinen Datenschutzrechts.

Auf der arbeitsrechtlichen Seite lehnt sich der Rahmen für zulässige Verarbeitungen von Beschäftigtendaten insbesondere an den verfassungsrechtlich indizierten Persönlichkeitsschutz an.² Kollektivrechtliche Schutzmechanismen greifen bezogen auf den Beschäftigtendatenschutz hingegen nur indirekt. Zu nennen sind hier etwa die allgemeinen Kontrollrechte des Betriebsrats nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG oder das (starke) Mitbestimmungsrecht des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Bei der Ausübung ihrer Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte können Betriebsräte unter Berufung auf die allgemeinen Unterrichts-, Informations- und Beratungsrechte nach § 80 Abs. 2 und § 90 Abs. 1 BetrVG vom Arbeitgeber auch Angaben dazu verlangen, ob und wie die datenschutzrechtlichen Voraussetzungen, die für die Einführung oder Anwendung eines technischen Systems gelten, im Betrieb tatsächlich realisiert werden.

Wird im Rahmen des Mitbestimmungsverfahrens nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG der Nachweis der Datenschutzkonformität geplanter Verarbeitung nicht erbracht, steht

* Peter Wedde ist Professor für Arbeitsrecht und Recht der Informationsgesellschaft an der Frankfurt University of Applied Sciences und wissenschaftlicher Leiter des Instituts für Datenschutz, Arbeitsrecht und Technologieberatung in Eppstein. Sein Promotionsverfahren zum Thema »Telearbeit und Arbeitsrecht« wurde 1985 von Wolfgang Däubler betreut. Er ist mit Wolfgang Däubler seit vielen Jahren durch gemeinsame Publikationen und Aktivitäten vielfältig verbunden.

1 Vgl. Statistisches Bundesamt, <https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/Gesamtwirtschaft/Umwelt/Arbeitsmarkt/Erwerbstaetigkeit/Erwerbstaetigkeit.html> (22. 2. 2019).

2 So schon Däubler, Gläserne Belegschaften?, Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 3. Aufl., Köln 1993, Rn. 5 und 12.

das bestehende »Nachweisdefizit« dem Einsatz entsprechender IT-Anwendungen entgegen. Da die Durchführung des Mitbestimmungsverfahrens Wirksamkeitsvoraussetzung für die Einführung oder Änderung mitbestimmungspflichtiger IT-Systeme ist, können Betriebsräte unter Hinweis auf nicht ausgeräumte datenschutzrechtliche Defizite ihre Zustimmung verweigern. Die erforderliche Zustimmung kann ohne Aufklärung zur datenschutzrechtlichen Situation nicht durch den Spruch einer Einigungsstelle ersetzt werden.

Die Information des Betriebsrats über die datenschutzrechtlichen Grundlagen ist damit unumgänglich für die Einführung eines neuen oder die Änderung eines bestehenden IT-Systems, mit dem Beschäftigtendaten verarbeitet werden sollen. Auf der Grundlage dieser Information können kollektivrechtliche Regelungen getroffen werden. Bei der Formulierung von Vereinbarungen muss § 75 Abs. 2 BetrVG beachtet werden. Hiernach haben Arbeitgeber und Betriebsrat die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern. Dieses Schutzgebot verpflichtet die Betriebsparteien auch bezogen auf die Verarbeitung von personenbezogenen Daten. Dabei haben sie die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorgaben sicherzustellen. Dies gilt insbesondere bezogen auf die Anwendung elektronischer Systeme, mit denen Verhaltens- und Leistungskontrollen möglich sind.³

2. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Neben datenschutzrechtlichen Vorgaben wird die Zulässigkeit und Ausgestaltung des Umgangs mit personenbezogenen Daten von Beschäftigten grundlegend durch allgemeine verfassungsrechtliche Grundsätze bestimmt. Hierzu gehört insbesondere das vom Bundesverfassungsgericht mit Urteil vom 15. Dezember 1983 begründete Recht auf informationelle Selbstbestimmung.⁴ Dieses Grundrecht kommt im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung auch auf Beschäftigungsverhältnisse zur Anwendung.⁵

Der erste Leitsatz dieses Urteils stellt klar, dass das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung die Befugnisse des Einzelnen gewährleistet, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen. Damit stellt das Bundesverfassungsgericht diese Befugnis des Einzelnen in den Mittelpunkt. Diese Schwerpunktsetzung ist auch bei vorzu-

nehmenden arbeitsrechtlichen Interessenabwägungen zur Frage der Erforderlichkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten zu berücksichtigen. Sie verdeutlicht, dass im Zweifel der Schutz der Daten Vorrang vor einseitigen Interessen von Arbeitgebern hat.

Der zweite Leitsatz führt aus, dass es sich beim Recht auf informationelle Selbstbestimmung um kein absolutes Recht handelt. Bezogen auf staatliche Datenverarbeitungen kann es vielmehr im überwiegenden Allgemeininteresse eingeschränkt werden. Einschränkungen bedürfen allerdings einer verfassungsgemäßen gesetzlichen Grundlage, die zudem dem rechtsstaatlichen Gebot der Normenklarheit entsprechen muss. Zudem hat der Gesetzgeber den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten und durch organisatorische und verfahrensrechtliche Vorkehrungen der Gefahr einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts entgegenzuwirken. Diese Aussagen verdeutlichen, dass Einschränkungen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung nur ausnahmsweise zulässig sind und dass sie neben einem überwiegenden Allgemeininteresse weitere Vorkehrungen wie insbesondere technische und organisatorische Maßnahmen zum Datenschutz einfordern. Zudem müssen die entsprechenden gesetzlichen Grundlagen eindeutig ausformuliert sein. Diese Vorgaben finden sich sinngemäß im Grundsatz des Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO wieder, der die Zulässigkeit der Verarbeitung an Transparenz, Rechtmäßigkeit sowie an Treu und Glauben anknüpft.

Die Übertragung der Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts in dem Bereich des Arbeitsrechts führt zu der Feststellung, dass auch hier der Schutz der Persönlichkeit der Beschäftigten und deren Entscheidungsbefugnis über ihre personenbezogenen Daten im Vordergrund steht. Gerade in einem durch persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber geprägten Arbeitsverhältnis müssen Beschäftigte grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung ihrer persönlichen Daten bestimmen können.

Natürlich wird das Recht auf informationelle Selbstbestimmung in der Praxis dadurch eingeschränkt, dass die völlige Verweigerung erforderlicher Informationen gegenüber einem Arbeitgeber dem Abschluss und der Durchführung eines Arbeitsvertrags entgegensteht. Das zulässige Maß

³ Vgl. ausführlich *Berg*, in: Däubler/Kittner/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl., Frankfurt aM. 2018 (im Folgenden: DKKW), § 75 Rn. 120 ff.

⁴ BVerfG, 15. 12. 1983 – 1 BvR 209/83 ua. – BVerfGE 65, 1.

⁵ *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 87 ff.

der Informationen, die Arbeitgeber verlangen dürfen, ist im Ergebnis einer Verhältnismäßigkeitsprüfung auf solche Daten beschränkt, die aus objektiver Sicht erforderlich sind.

Auch im arbeitsrechtlichen Rahmen bedarf eine Verarbeitung von Beschäftigtendaten immer klarer rechtlicher Grundlage. Folglich können Beschäftigte von Arbeitgebern verlangen, dass ihnen die jeweilige Rechtsgrundlage für gewollte Verarbeitungen klar benannt wird. Fehlt diese und fordern Arbeitgeber bei Beschäftigten deshalb ersatzhalber eine individuelle Einwilligung ein, müssen hierfür legitime Gründe benannt werden, die eine Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung rechtfertigen. Zudem muss eine Einwilligung den gesetzlichen Voraussetzungen entsprechen, die insbesondere § 26 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)⁶ vorgibt.⁷

Maßstäbe für die Bewertung der Erforderlichkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten stellt die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte mit einer Fülle differenzierter Vorgaben zur Verfügung.⁸ Hiernach sind beispielsweise Informationen zu Freizeitbeschäftigungen oder Familienverhältnissen ebenso keine erforderlichen Angaben wie Daten zum allgemeinen Gesundheitszustand. Ausnahmen bestehen nur, wenn beispielsweise in einem Bewerbungsverfahren ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an der Kenntnis geschützter Informationen gegeben ist (etwa für die Stelle eines Umzugshelfers bezüglich gesundheitlicher Einschränkungen hinsichtlich des Tragens schwerer Gegenstände). In derartigen Fällen darf auf Basis einer für den Beschäftigten nachvollziehbaren Begründung gezielt eine allgemeine Nachfrage erfolgen.

Nichts anderes gilt bei der Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses: Auch nach Abschluss eines Arbeitsvertrags müssen sich Arbeitgeber auf die Verarbeitung solcher Informationen beschränken, die im Ergebnis einer Rechtsgüterabwägung erforderlich sind.⁹ Teilweise ist es unvermeidlich, dass Arbeitgebern hierbei auch besonders geschützte Informationen bekannt werden wie etwa die auf der Lohnsteuerkarte vermerkte Konfession.¹⁰ Allerdings dürfen auch diese Informationen nur zweckbezogen für Abrechnungs- und steuerliche Zwecke verwendet werden.

Nach Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses haben ausgeschiedene Beschäftigte einen Anspruch darauf, dass der Arbeitgeber alle nicht mehr erforderlichen Daten unverzüglich löscht. Dieser Anspruch ist nunmehr als »Recht auf Vergessenwerden« in Art. 17 DSGVO verankert.

Die Rechtsprechung zum Beschäftigtendatenschutz muss sich insbesondere an einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorgaben orientieren. Anwendbare Vorschriften waren in den früheren Fassungen des BDSG zunächst nur schwach ausgeprägt.

II. Beschäftigtendatenschutz 1.0: Das BDSG 1977

Das erste BDSG aus dem Jahr 1977¹¹ (BDSG 1977) beschränkte sich bezüglich der Datenverarbeitung im nicht-öffentlichen Bereich auf wenige Regelungen. § 3 Abs. 1 BDSG 1977 enthielt hierfür lediglich zwei Zulässigkeitsvoraussetzungen: Die Erlaubnis durch Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift sowie eine Einwilligung der Betroffenen. Der Datenspeicherung, -übermittlung und -veränderung war mit den §§ 23–25 BDSG 1977 je eine Vorschrift gewidmet. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Datenspeicherung knüpften nach der ersten Alternative in § 23 S.1 BDSG 1977 an die Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit den Betroffenen an. Nach der zweiten Alternative dieser Vorschrift kam eine Speicherung zur Wahrung der berechtigten Interessen der speichernden Stelle in Betracht, sofern keine »Beeinträchtigung« der schutzwürdigen Interessen der Betroffenen anzunehmen war. Damit war die Schwelle für einen Ausschluss der Verarbeitung zugunsten der Betroffenen deutlich niedriger als in spätere Regelungen.¹² Noch nicht im BDSG 1977 enthalten war eine Regelung zur Erhebung von Daten.¹³

Der begrenzte Schutzrahmen, der sich für die Verarbeitung personenbezogener Daten allgemein und speziell

6 Bundesdatenschutzgesetz v. 30.6.2017 (BGBl. I, S.2097), in Kraft getreten am 25.5.2018.

7 Vgl. zu den Rahmenbedingungen einer arbeitsrechtlichen Einwilligung ausführlich *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl., Frankfurt aM. 2017, Rn. 135 ff.

8 Vgl. grundlegend *Däubler*, Das Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., Reinbek 2009, Rn. 50 ff.; zur aktuellen Rechtsprechung *DKKW-Klebe* (Fn. 3), § 94 Rn. 12 ff., jeweils mwN.

9 Vgl. ausführlich *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 2017 (Fn. 7), Rn. 269 ff.

10 *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 2017 (Fn. 7), Rn. 258.

11 Gesetz zum Schutz vor Missbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung v. 27.1.1977 (BGBl. I, S.201).

12 Zu den bereits damals erkannten Problemen bezüglich der Wahrung berechtigter Interessen *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 39.

13 *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 38.

auch für den Umgang mit Beschäftigtendaten aus dem BDSG 1977 ableitete, lässt sich aus der damals bestehenden technischen Situation erklären, die durch eine überschaubare Zahl zentraler Großrechner in großen Unternehmen geprägt war. An die bevorstehende Entwicklung und Verbreitung neuartiger Geräte wie PCs, Notebooks, Tablets oder Smartphones dachte damals niemand. Im Gegenteil: Ken Olsen, Gründer und Chef des zeitweise zweitgrößten Computerkonzerns der Welt Digital Equipment (DEC) sagte im Jahr 1977: »Es gibt keinen Grund, warum irgendjemand einen Computer in seinem Haus bräuchte.«¹⁴

Mangels technischer Anwendungsfälle in Unternehmen gab es auch keine nachhaltige juristische Diskussion zur Notwendigkeit eines Beschäftigtendatenschutzes. Vor diesem Hintergrund muten die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts in der »Volkszählungsentscheidung« vom 15. Dezember 1983 auch aus heutiger Sicht noch visionär an. In den Gründen dieses Urteils wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass mithilfe der damals bestehenden automatischen Datenverarbeitung personenbezogene Informationen

»technisch gesehen unbegrenzt speicherbar und jederzeit ohne Rücksicht auf Entfernung in Sekundenschnelle abrufbar sind. Sie können darüber hinaus – vor allem beim Aufbau integrierter Informationssysteme – mit anderen Datensammlungen zu einem teilweise oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsbild zusammengefasst werden, ohne dass der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung zureichend kontrollieren kann. Damit haben sich in einer bisher unbekanntem Weise die Möglichkeiten einer Einsichtnahme und Einflussnahme erweitert, welche auf das Verhalten des Einzelnen schon durch den psychischen Druck öffentlicher Anteilnahme einwirken vermögen.«¹⁵

Wer wollte, konnte also bereits damals erkennen, welche Möglichkeiten neue IT-Anwendungen allgemein und insbesondere auch für Betriebe und Unternehmen mit sich brachten und welches Kontrollpotenzial hieraus resultierte.

III. Beschäftigtendatenschutz 2.0: Das BDSG 1990

Bei Verkündung des neu gefassten BDSG am 20. Dezember 1990 (BDSG 1990)¹⁶ waren leistungsfähige Computersysteme in vielen Unternehmen bereits Standard. Hinzu kamen immer mehr PCs an Arbeitsplätzen. Allerdings waren die Geräte nur teilweise vernetzt.

Ein Schwerpunkt der Erhebung und Verarbeitung von Beschäftigtendaten resultierte zu diesem Zeitpunkt immer noch aus staatlichen Anforderungen. Däubler verwies diesbezüglich 1993 darauf, dass es ca. 75 verschiedene staatliche Datenempfänger gab und 239 Bescheinigungsarten bzw. Auskunftspflichten. Arbeitgeber waren insoweit nur »Durchgangsstation« und versuchten, die ihnen staatlicherseits auferlegten Aufgaben möglichst kostengünstig zu erledigen.¹⁷ Soweit darüber hinaus innerbetriebliche Verarbeitungen stattfanden, beschränkten sie sich auf die Verarbeitung von Personalstammdaten. So wurden im damals hochmodernen System »Paisy« 144 Grunddaten von Beschäftigten gespeichert. Darüber hinaus war die Verarbeitung von ca. 2000 Einzeldaten pro Beschäftigten theoretisch möglich. Hierfür stand im System »Paisy« pro Beschäftigten ein Speicherplatz von 2500 KByte zur Verfügung. Dieser Speicherplatz entsprach dem zum damaligen Zeitpunkt fast unglaublichen Volumen von 1000 (!) Schreibmaschinenseiten.¹⁸

Im arbeitsrechtlichen Bereich erfolgte in dieser Zeit erstmals eine intensivere Befassung mit Einzelfragen aus dem Bereich des »Arbeitnehmerdatenschutzes«. Im Mittelpunkt standen Themen wie etwa »automatisierte Zugangskontrollen«, »verdeckte Verarbeitung in Personalinformationssystemen« oder »Auftragsverfolgung in Produktionssystemen«. Hinzu kamen neue Kontrollmöglichkeiten des Telefonverhaltens durch moderne ISDN-Telefonanlagen mittels Anzeige von Zielnummern oder Rufumleitungen sowie Beginn und Ende von Gesprächen. Problematisiert wurde erstmals auch das Kontrollpotenzial von PCs. Zudem wurde darauf verwiesen, dass es gerade in multinationalen Konzernen möglich sei, unter Nutzung von dezentraler PC-Technik Daten unkontrolliert auch über Staatsgrenzen hinweg zu verarbeiten.²⁰

Das BDSG 1990 enthielt für den Umgang mit Beschäftigtendaten wiederum keine spezifischen Regelungen. Die notwendige datenschutzrechtliche Erlaubnis für die Verarbeitung von Arbeitnehmerdaten musste deshalb aus § 28

14 Vgl. Cloer, Computerwoche v. 8.2.2011, abrufbar unter: <http://www.cow.de/af/2364154> (22.2.2019).

15 BVerfG, 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 ua. – BVerfGE 65, 1, Rn. 147.

16 Bundesdatenschutzgesetz v. 20.12.1990 (BGBl. I, S.2954).

17 Däubler, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 20 mwN.

18 Däubler, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 23.

19 Vgl. Däubler, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 24 ff.

20 Vgl. Däubler, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 28.

Abs. 1 Nr. 1 BDSG 1990 abgeleitet werden, der die Datenverarbeitung im Rahmen der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder eines vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit den Betroffenen zuließ. § 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG 1990 ließ zudem eine Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen zu. Dieser Tatbestand wurde von einzelnen Autoren als weitere datenschutzrechtliche Grundlage für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten benannt.²¹

§ 28 Abs. 1 S. 2 BDSG 1990 enthielt als grundsätzliche Vorgabe für alle Verarbeitungen die Verpflichtung, personenbezogene Daten »nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise« zu erheben. Bei der Auslegung dieser normativen Vorgabe im arbeitsrechtlichen Kontext waren insbesondere die allgemeinen Grundsätze über die Begrenzung des Fragerechts zu beachten, die die arbeitsrechtliche Rechtsprechung entwickelt hatte.²²

Der datenschutzrechtliche Rahmen für die Ausgestaltung des Beschäftigtendatenschutzes war im BDSG 1990 insgesamt allgemein gefasst. Insbesondere fehlten konkrete Begrenzungen oder Aussagen dazu, welche Form der Verarbeitung absolut zulässig bzw. unzulässig war.

IV. Beschäftigtendatenschutz 3.0: Das BDSG 2003

Das BDSG 1990 hatte mehr als zehn Jahre Bestand. Der deutsche Gesetzgeber ließ sich damals viel Zeit mit der Anpassung an die Vorgaben der EU-Datenschutzrichtlinie aus dem Jahr 1995.²³ Die aufgrund dieser Richtlinie notwendige grundlegende Überarbeitung des BDSG erfolgte erst im Jahr 2003. Zu diesem Zeitpunkt hatte sich die IT-Welt gegenüber dem Jahr 1990 grundlegend verändert. PCs hatten sich in der Berufs- und Privatwelt rasant ausgebreitet, wurden aber vielfach bereits durch mobile Notebooks ergänzt. Grundlegend neu war aber die flächendeckende Vernetzung von Endgeräten über das »World Wide Web«, kurz »Internet« genannt. Welche Auswirkungen diese Entwicklungen auf den arbeitsrechtlichen Bereich und auf den Umgang mit Beschäftigtendaten haben würde, erkannten zu diesem Zeitpunkt allerdings nur wenige Experten.²⁴

Im betrieblichen Kontext zeichneten sich zu Beginn des neuen Jahrtausends bezogen auf IT-Anwendungen neue Themen und Problemfelder ab. Hierzu gehörten beispielsweise automatisierte Ausweislesegeräte, mit denen sich Kommens- und Gehenszeiten in Betrieben präzise erfassen

und verarbeiten ließen. Für Kontrollzwecke wurden biometrische Systeme eingesetzt. Digitale Videokontrollsysteme kamen ebenfalls immer häufiger zum Einsatz. Umfassender war auch das Kontrollpotenzial im Zusammenhang mit »Internet-Zugriffen« von Beschäftigten. Hierbei wurde insbesondere auf die Erfassung aller anfallenden Kommunikationsdaten in sog. »Firewall-Systemen« hingewiesen.²⁵ Auch der Trend zur »Durchleuchtung« von Beschäftigten wurde erstmals intensiver angesprochen. Hierbei wurde darauf verwiesen, dass Computer anhand der vielfältigen Daten, die anfallen, vielfach mehr über Einzelne wussten als diese selbst.²⁶

Die Reaktion des Gesetzgebers auf die rasante technische Entwicklung fiel bescheiden aus. So wurde beispielsweise in die allgemeinen Begriffsbestimmungen des § 3 BDSG 2003 mit Abs. 10 eine neue Definition zu mobilen personenbezogenen Speicher- und Verarbeitungsmöglichkeiten eingefügt, die sich allerdings zu sehr auf damals übliche Technikkomponenten beschränkte.

Durch die neue Regelung in § 3a BDSG 2003 zur »Datenvermeidung und Datensparsamkeit« wurden alle verantwortlichen Stellen verpflichtet, bei der Gestaltung und Auswahl von Datenverarbeitungssystemen das Ziel zu verfolgen, keine oder so wenige Daten wie möglich zu erheben, zu verarbeiten oder zu nutzen. Darüber hinaus wurden sie durch Satz 2 dieser Vorschrift verpflichtet, von den Möglichkeiten einer Anonymisierung oder Pseudonymisierung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit Gebrauch zu machen. Diese Vorgaben galten uneingeschränkt auch für den arbeitsrechtlichen Bereich.

Hervorzuheben ist weiterhin eine Modifikation des § 28 Abs. 1 S. 2 BDSG 2003. Nicht mehr enthalten waren hier die Vorgaben zur Erhebung von Daten nach Treu und Glauben und auf rechtmäßige Weise. Stattdessen fand sich in Satz 2 nunmehr eine Regelung, nach der schon bei der Erhebung personenbezogener Daten die Zwecke, für die

21 Vgl. zum Meinungsstand *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 39 mwN.

22 Vgl. *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, 1993 (Fn. 2), Rn. 38.

23 RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. 1995, L 281/31.

24 Vgl. hierzu insbesondere *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, Frankfurt aM. 2000.

25 Vgl. etwa *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, Datenschutz in Betrieb und Dienststelle, 4. Aufl., Frankfurt aM. 2002, Rn. 32 mwN.

26 Vgl. *Däubler*, Gläserne Belegschaften?, 2002 (Fn. 25), Rn. 35.

diese verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen waren. Diese war auch für die Verarbeitung von Beschäftigendaten von besonderer Bedeutung. Verpflichtete sie doch Arbeitgeber, die Zwecke der Erhebung schon zu Beginn der Verarbeitung bei der ersten Einführung eines Systems konkret festzulegen.

V. Beschäftigtendatenschutz 3.1: Ergänzung des BDSG 2003 im Jahr 2009

Eine intensive Debatte um die Notwendigkeit eines gesetzlichen Beschäftigtendatenschutzes setzte abrupt in den Jahren 2008/2009 ein. Auslöser hierfür waren große »Datenschutzskandale« bei Konzernen wie Bahn, Lidl oder Telekom. Als Reaktion auf diese in der Öffentlichkeit intensiv diskutierten Vorfälle sowie auf zahlreiche ebenfalls bekannt gewordener kleinerer Datenschutzverstöße in vielen anderen Betrieben und Unternehmen wurde kurz vor der Bundestagswahl durch die aus CDU/CSU und SPD gebildete Bundesregierung unter der Überschrift »Daten-erhebung, -verarbeitung und -nutzung für Zwecke des Beschäftigtenverhältnisses« mit § 32 BDSG eine neue Vorschrift eingefügt. Ziel dieser Ergänzung des BDSG 2003 war es, eine allgemeine Regelung zum Beschäftigtendatenschutz zu schaffen, die die von der Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze lediglich zusammenfasst, nicht aber inhaltlich ändern sollte.²⁷ § 32 BDSG 2003 wurde insgesamt als erster Schritt hin zu einem Arbeitnehmerdatenschutzgesetz angesehen, das nach der amtlichen Begründung zu § 32 BDSG 2003 weder entbehrlich war noch inhaltlich durch die neue Vorschrift präjudiziert wurde.²⁸

VI. Beschäftigtendatenschutz 4.0: DSGVO und BDSG 2018

Eine geschlossene gesetzliche Regelung zum Beschäftigtendatenschutz fehlt 2019 immer noch. Den vorläufigen Zwischenstand der Debatte um dieses Thema markiert die seit dem 25. Mai 2018 einheitlich in ganz Europa geltende Europäische Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)²⁹. Sie enthält mit Art. 88 DSGVO eine allgemeine Regelung zur »Datenverarbeitung im Beschäftigtenkontext«.³⁰ Inhaltlich stellt Art. 88 DSGVO es den Mitgliedsstaaten allerdings frei, ob sie von der hierin enthaltenen Ermäch-

tigung Gebrauch machen.³¹ Die damit bestehende Freiheit führt im europäischen Kontext zu einem Flickenteppich unterschiedlicher Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz, der den Anforderungen globaler Wirtschaftsbeziehungen innerhalb der EU nicht gerecht werden kann.

1. Beschäftigtendatenschutz im neuen BDSG

Die den Mitgliedstaaten zugewiesenen Regelungsbefugnisse hat die Bundesrepublik Deutschland mit einem »Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU«³² genutzt, das auch ein neues BDSG enthält. In diesem Gesetz findet sich mit § 26 BDSG eine Vorschrift zur »Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses«. In Abs. 1 dieser Vorschrift findet sich der Inhalt des 2009 neu in das BDSG 2003 eingefügten § 32 Abs. 1 weitgehend textidentisch wieder. Neu sind die in § 26 Abs. 2 BDSG enthaltenen Vorgaben zur Wirksamkeit einer von Beschäftigten abgegebenen Einwilligung und die in Abs. 3 der Vorschrift enthaltenen Regelungen zur Verarbeitung besonderer Arten personenbezogener Daten nach Art. 9 DSGVO. Weiterhin nimmt § 26 Abs. 4 BDSG die in Art. 88 Abs. 1 DSGVO enthaltene Möglichkeit der Verarbeitung von Beschäftigtendaten auf der Grundlage von Kollektivvereinbarungen auf. Diese bezieht sich auch auf die Verarbeitung besonderer Arten personenbezogener Daten im Sinne von Art. 9 DSGVO.

2. Datenschutzrechtliche Grundsätze

Durch § 26 Abs. 5 DSGVO wird klargestellt, dass der Arbeitgeber geeignete Maßnahmen ergreifen muss, um die Grundsätze in Art. 5 DSGVO einzuhalten.

²⁷ Vgl. den Bericht des Innenausschusses, BT-Drs. 16/13657, S. 20

²⁸ Vgl. *Däubler*, in: *Däubler/Klebe/Wedde/Weichert* (Hrsg.), *Bundesdatenschutzgesetz*, 3. Aufl., Frankfurt aM. 2010 (im Folgenden: *DWWS*), § 32 Rn. 2.

²⁹ VO (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

³⁰ Vgl. zu Art. 88 DSGVO ausführlich *Däubler* in: *Däubler/Wedde/Weichert/Sommer* (Hrsg.), *EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu*, Frankfurt aM. 2018 (im Folgenden: *DWWS*), Art. 88 DSGVO Rn. 5 ff.

³¹ Vgl. *DWWS-Däubler* (Fn. 30), Art. 88 Rn. 4.

³² Gesetz v. 30. 6. 2017 zur Anpassung des Datenschutzes an die VO (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der RL 2016/680/EU (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU), BGBl. I, S. 2097.

Der Grundsatz der Zweckbindung in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO verpflichtet Arbeitgeber, Beschäftigtendaten nur für festgelegte eindeutige und legitime Zwecke zu verarbeiten. Verarbeitungen müssen unterbleiben, wenn sie diesen Zwecken widersprechen. Dies steht insbesondere unternehmensübergreifenden Verarbeitungen innerhalb von Konzernen entgegen, aber auch Formen der Vorratsdatenspeicherung im Rahmen von »Big Data«-Konzepten.³³

Bedeutsam ist der Grundsatz der Datenminimierung in Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO. Hiernach müssen sich Datenverarbeitungen auf ein für die Zwecke der Verarbeitung notwendiges Maß beschränken. Im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bedeutet dies, dass jede Datenverarbeitung vor ihrer Einführung oder Änderung darauf überprüft werden muss, ob die Zwecke erforderlich sind oder ob es mildere Mittel gibt, die zum gleichen Ziel führen.

Arbeitgeber müssen mit Blick auf den Grundsatz der Richtigkeit in Art. 5 Abs. 1 lit. d DSGVO Vorkehrungen treffen, um Daten auf dem jeweils aktuellen Stand zu halten. Sind gespeicherte Daten unrichtig, müssen diese unverzüglich gelöscht werden.

Spezifische Anforderungen an die Löschung von Daten leiten sich aus dem in Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO enthaltenen Grundsatz der Speicherbegrenzung ab. Hiernach dürfen Arbeitgeber personenbezogene Daten nur solange verarbeiten, wie dies erforderlich ist. Eine längere Speicherung ist unzulässig und kann auch nicht damit begründet werden, dass das für die Technik eingesetzte System Löschungen nicht zulässt. Die Speicherbegrenzung führt weiterhin dazu, dass die jeweils kürzeste denkbare und rechtlich zulässige Frist realisiert werden muss. Etwas anderes kann gelten, wenn gesetzliche Vorgaben zwingend bestimmte Speicherfristen beinhalten. Diese müssen mit Blick auf den Grundsatz in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO dann aber auch benannt werden.

Schließlich müssen Beschäftigtendaten unter Beachtung des Grundsatzes der Integrität und Vertraulichkeit in Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO durch Technik in angemessener Art und Weise geschützt werden. Hierzu gehört beispielsweise auch eine konsequente Verschlüsselung aller Beschäftigtendaten, um so einen Schutz vor unbefugten oder unberechtigten Verarbeitungen sicherzustellen.

Durch Art. 5 Abs. 2 DSGVO sind Arbeitgeber verpflichtet, die Einhaltung der Grundsätze im Rahmen der bestehenden Rechenschaftspflichten nachzuweisen. Da dies eine Regelung zum Schutz von Beschäftigten darstellt,

können Betriebsräte vom Arbeitgeber unter Hinweis auf ihre Kontrollpflichten nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG den Nachweis verlangen, dass und in welcher Form die Grundsätze umgesetzt worden sind.

3. Erlaubnistatbestände

Die Verarbeitung von Beschäftigtendaten in dem durch Art. 88 DSGVO bzw. § 26 BDSG vorgegebenen Rahmen setzt voraus, dass es hierfür einen eigenständigen Erlaubnistatbestand gibt. Die möglichen Erlaubnistatbestände werden abschließend in Art. 6 DSGVO benannt. Durch Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO wird beispielsweise festgelegt, dass insbesondere eine Einwilligung als Erlaubnistatbestand in Betracht kommt. Darüber hinaus sind die Tatbestände in Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO (Verarbeitung für die Erfüllung eines Vertrages oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen auf Anfrage der betroffenen Person) oder Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO (Verarbeitung zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt) einschlägig.

Nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO kann eine Verarbeitung erfolgen, die zur Wahrung berechtigter Interessen des Arbeitgebers oder eines Dritten erforderlich ist, sofern Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, nicht überwiegen. Für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten ist diese Regelung keine belastbare Rechtsgrundlage (vgl. hierzu den folgenden Abschnitt VII.1.).

Für die Verarbeitung von Beschäftigtendaten leitet sich aus der DSGVO ein enger Rahmen ab. Dies folgt daraus, dass Arbeitgeber verpflichtet sind, bei allen Verarbeitungen insbesondere die Grundsätze in Art. 5 Abs. 1 DSGVO einzuhalten. Mit Blick auf die Vorgaben zur Zweckbestimmung, zur Datenminimierung und zur Speicherbegrenzung in Art. 5 Abs. 1 lit. a bis c DSGVO muss beispielsweise eine zweckfreie Vorratsdatenverarbeitungen zu unbestimmten Zwecken unterbleiben, wie sie etwa im Rahmen von KI-Anwendungen oder bei der Auswertung von sozialen Graphen³⁴ die Regel werden. In diesem Zusammenhang sei noch einmal daran erinnert, dass das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1983 die Verfügungsgewalt von

³³ Hierzu *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 2017 (Fn. 7), Rn. 429 ff.

³⁴ Vgl. hierzu insgesamt *Höller/Wedde*, Die Vermessung der Belegschaft, Düsseldorf 2018, abrufbar unter: <https://www.boeckler.de/111681.htm?produkt=HBS-006783&chunk=1&jahr=#> (22. 2. 2019).

Personen über ihre personenbezogenen Daten als Recht auf informationelle Selbstbestimmung in den Vordergrund gerückt hat. Hinter diese Verfügungsgewalt müssen auch berechtigte Interessen von Arbeitgebern zurücktreten, wenn diese nicht für die Durchführung eines Arbeitsverhältnisses erforderlich sind.

VII. Diskussionsbedarf

Die Neuregelung des Datenschutzes durch die DSGVO und das neue BDSG lässt eine Reihe von Fragen offen, wie beispielsweise

- die Zulässigkeit einer Verarbeitung von Beschäftigten-daten zur Wahrung berechtigter Interessen von Arbeitgebern gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO,
- das Bestehen eines »Konzernprivilegs« zur unternehmensübergreifenden Verarbeitung von Beschäftigten-daten,
- die datenschutzrechtliche Einordnung von Betriebsräten als eigenständige »Verantwortliche« im Sinne der Definition des Art. 4 Nr. 7 DSGVO oder
- den Umfang von Mitwirkungs- und Mitbestimmungs-rechten zu datenschutzrechtliche Fragestellungen.

1. Wahrung berechtigter Interessen im arbeitsrechtlichen Kontext

Die datenschutzrechtlichen Auswirkungen des § 26 BDSG werden intensiv diskutiert. Eine grundlegende Kontroverse gibt es insbesondere zu der Frage, ob angesichts der mit der DSGVO angestrebten Vollharmonisierung die Mitgliedsstaaten Regelungen zum Beschäftigtendatenschutz treffen dürfen, durch die die Vorgaben der DSGVO verändert oder verschärft werden oder ob sie sich hierbei auf eine Präzisierung und Konkretisierung der Europäischen Verordnung beschränken müssen.³⁵ Eng verknüpft mit diesem grundsätzlichen Streitpunkt ist die Frage, ob die in § 26 BDSG normierten Verarbeitungstatbestände für den Bereich des Beschäftigtendatenschutzes gegenüber den teilweise weit gefassten allgemeinen Erlaubnistatbeständen in Art. 6 Abs. 1 DSGVO eine »Sperrwirkung« entfalten oder ob Arbeitgeber sich für Verarbeitungen, die außerhalb der in § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG genannten Erforderlichkeit stehen, auch auf andere allgemeine Erlaubnistatbestände wie insbesondere Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO berufen können.³⁶

Gegen einen Rückgriff auf Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO wird beispielsweise das Argument angeführt, dass diese Erlaubnisnorm kein allgemeiner Auffangtatbestand ist, auf den immer dann zurückgegriffen werden kann, wenn eine Erforderlichkeit der Verarbeitung für die Anbahnung, Durchführung oder Beendigung eines Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG nicht gegeben ist.³⁷ Weiterhin wird darauf verwiesen, dass sich bei Verarbeitungen, die durch die Zweckbestimmung eines Arbeitsvertrags festgelegt sind, auch im Wege einer Interessenabwägung regelmäßig keine anderen Verarbeitungstatbestände ergeben können.³⁸ Damit soll für Verarbeitungen von Beschäftigtendaten ausschließlich § 26 BDSG zur Anwendung kommen. Ein Rückgriff auf andere Erlaubnistatbestände in Art. 6 Abs. 1 DSGVO soll hingegen nur erlaubt sein, wenn zulässige Zwecke außerhalb des Arbeitsverhältnisses verfolgt werden.³⁹

Damit könnte eine Verarbeitung auf der Basis von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO beispielsweise zulässig sein, wenn ein Arbeitgeber außerhalb der durch § 26 Abs. 1 BDSG festgelegten Erforderlichkeit Informationen über die bestehende Belegschaft an einen potenziellen Unternehmenskäufer weitergeben will. Unter Beachtung der allgemeinen Grundsätze in Art. 5 Abs. 1 DSGVO müsste eine solche Weitergabe allerdings zunächst in anonymisierter oder pseudonymisierter Form erfolgen. Die Aufdeckung konkreter personenbezogener Informationen wäre erst dann erlaubt, wenn die entsprechenden Verarbeitungen zur Abwicklung des Unternehmenskaufs erforderlich sind (etwa zur Vorbereitung der Übernahme von Personaldaten in betriebliche Systeme des Käufers mit Vollzug des Kaufs).

Befürworter der Anwendbarkeit verneinen eine Sperrwirkung und gehen von der Möglichkeit der parallelen

35 Vgl. zum Meinungsstand ausführlich *Maschmann*, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG), Art. 88 Rn. 30 ff.; *Selk*, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Ehmann/Selmayr, DSGVO), Art. 88 Rn. 16 ff.

36 Vgl. in diesem Sinne *Gola*, in: Gola (Hrsg.), DS-GVO, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: Gola, DS-GVO), Art. 6 Rn. 95; Gola, DS-GVO-Schultz, Art. 6 Rn. 13 verweist ausdrücklich darauf, dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO kein »Auffangtatbestand« ist; ebenso DWWS-Däubler (Fn. 30), § 26 Rn. 17; aA. Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG-Maschmann (Fn. 35), § 26 Rn. 5, der eine Verarbeitung von Beschäftigtendaten nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ausdrücklich für erlaubt hält.

37 Gola, DS-GVO-Gola (Fn. 36), Art. 6 Rn. 95; grundlegend zur inhaltsgleichen Regelung in § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG 2002 *Simitis*, in: Simitis (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl., Baden-Baden 2014, § 28 Rn. 98 ff.

38 Zutreffend Gola, DS-GVO-Gola (Fn. 36), Art. 6 Rn. 95.

39 DWWS-Däubler (Fn. 30), § 26 Rn. 17; *Düwell/Brink*, NZA 2017, 1081.

Anwendbarkeit des Tatbestands in Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO aus.⁴⁰ Wäre diese Position zutreffend, würden die Verarbeitungsmöglichkeiten des Arbeitgebers aus datenschutzrechtlicher Sicht deutlich ausgedehnt. Auch außerhalb der durch § 26 Abs. 1 S.1 BDSG festgelegten Erforderlichkeit wären dann unter Berufung auf berechnete Interessen beispielsweise konzernweite Verarbeitungen von Beschäftigendaten über Unternehmensgrenzen hinweg zulässig. Auch unterschiedliche Kontrollen der Belegschaft außerhalb der Erforderlichkeit nach § 26 Abs. 1 S.1 BDSG oder der Einsatz von Software-Anwendungen aus dem Bereich der »Künstlichen Intelligenz« könnten hiermit legitimiert werden.

Unabhängig von einer für die Zukunft absehbaren gerichtlichen Klärung der Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO auf Beschäftigungsverhältnisse lässt sich indes bereits heute erkennen, dass das Ergebnis der durchzuführenden Interessenabwägung der Eignung als Erlaubnistatbestand in diesem Bereich regelmäßig entgegensteht. Diese Erkenntnis leitet sich aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ab, der zwei Voraussetzungen benennt. Neben dem Vorliegen der Erforderlichkeit einer Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen eines Verantwortlichen oder eines Dritten darf kein Überwiegen von Interessen oder Grundrechten und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, gegeben sein. Dieser zweite Aspekt steht mit Blick auf das in Art. 1 Abs. 2 DSGVO formulierte allgemeine Schutzziel im Vordergrund des Erlaubnistatbestands.

Da die Interessen sowie die Grundrechte und Grundfreiheiten der Beschäftigten Ausgangspunkt einer vorzunehmenden Prüfung sind, muss der Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO insgesamt eng ausgelegt werden. Überwiegen die zu schützenden Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten der Beschäftigten, bedarf es keiner weiteren Prüfung der Interessenlage des Arbeitgebers mehr. Eine Verarbeitung zur Wahrung seiner berechtigten Interessen kommt damit nur in Betracht, wenn vertragliche Schutzpflichten, die Arbeitgeber gegenüber Beschäftigten zu erfüllen haben, nicht verletzt werden.⁴¹

Die Darlegungslast, dass Interessen der betroffenen Personen nicht überwiegen, trägt der Arbeitgeber. Insofern realisiert sich hier seine allgemeine Rechenschaftspflicht aus Art. 5 Abs. 2 DSGVO.⁴² Verarbeitungen von Beschäftigendaten müssen sich mit Blick auf das zentrale

Ziel der DSGVO, personenbezogene Daten zu schützen, auf das absolut Notwendige beschränken.⁴³

Bei der vorzunehmenden Abwägung ist zu berücksichtigen, dass die Grundrechte betroffener Personen durch die beabsichtigte Datenverarbeitung individuell unterschiedlich stark beeinträchtigt sein können.⁴⁴ Dies steht einer nur pauschalen Interessenabwägung ohne Darlegung der Prüffragen entgegen.⁴⁵

Bezogen auf Beschäftigendaten ist im Rahmen der durchzuführenden Abwägung regelmäßig von einem Überwiegen der Interessen der Beschäftigten auszugehen, wenn die im Rahmen von § 26 Abs. 1 S.1 BDSG durchzuführende Prüfung der Erforderlichkeit zu dem Ergebnis geführt hat, dass eine Verarbeitung bestimmter Daten durch Arbeitgeber unverhältnismäßig ist. Deshalb kann eine nach § 26 Abs. 1 S.1 BDSG als nicht erforderlich qualifizierte Verarbeitung gerade wegen des im Wege einer Interessenabwägung befürchteten Eingriffs in Persönlichkeitsrechte von Beschäftigten bei einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO nicht unbeachtet bleiben. Es ist im Gegenteil in diesen Fällen regelmäßig davon auszugehen, dass die schutzwürdigen Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der Beschäftigten am Ausschluss von Verarbeitungen im Ergebnis einer Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO immer überwiegen, wenn diese Verarbeitung nach § 26 Abs. 1 BDSG nicht erforderlich ist. Hierbei ist zu bedenken, dass im Arbeitsverhältnis nach wie vor nicht von einer Parität der Rechte der Vertragsparteien auszugehen ist. Beschäftigte haben ausufernden Verarbeitungswünschen schon deshalb wenig entgegenzusetzen, weil sie nicht abschätzen können, welche Verarbeitungen ihre Arbeitgeber tatsächlich durchführen.

Die Disparität, die zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten besteht, stellt der Gesetzgeber auch bei der Ausgestaltung der Regelung des § 26 Abs. 2 BDSG zur Einwilli-

40 Vgl. etwa Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG-Maschmann (Fn. 35), § 26 Rn. 5; Stamer/Kuhnke, in: Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG, 3. Aufl., Köln 2018, § 26 Rn. 13.

41 Vgl. Gola, DS-GVO-Schulz (Fn. 36), Art. 6 Rn. 13.

42 Zutreffend Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG-Buchner/Petri (Fn. 35), Art. 6 Rn. 149.

43 Ähnlich Ehmman/Selmayr, DSGVO-Heberlein (Fn. 35), Art. 6 Rn. 28.

44 Ähnlich Ehmman/Selmayr, DSGVO-Heberlein (Fn. 35), Art. 6 Rn. 29.

45 AA. Schwartmann/Klein, in: Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, Heidelberg 2018 (im Folgenden: SJTK), Art. 6 Rn. 124.

gung in den Vordergrund. In Satz 1 ist hier ausdrücklich davon die Rede, dass bei der Beurteilung der Freiwilligkeit einer Einwilligung die bestehende Abhängigkeit der beschäftigten Personen sowie die Umstände der Erteilung einer Einwilligung berücksichtigt werden müssen. Bedeutsam für die Bewertung der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist weiterhin die in § 26 Abs. 2 BDSG genannte »Freiwilligkeitsfiktion«. Freiwilligkeit besteht nach der Vorstellung des Gesetzgebers nur dann, wenn Beschäftigte durch eine Einwilligung einen wirtschaftlichen oder rechtlichen Vorteil erreichen können oder wenn sie und ihre Arbeitgeber die gleichen Interessen verfolgen. Dieser Maßstab muss im Gesamtzusammenhang auch bei der nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO durchzuführenden Abwägung berücksichtigt werden.

In Anlehnung an die zum Schutz von Beschäftigten geschaffene Regelung des § 26 Abs. 2 BDSG könnte hiervon abweichend ein Überwiegen der Interessen von Beschäftigten nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO überhaupt nur dann fehlen, wenn aus einer außerhalb der Erforderlichkeit des § 26 BDSG stehenden Verarbeitung für sie rechtliche oder wirtschaftliche Vorteile folgen oder wenn beide Vertragsparteien gleichgelagerte Interessen vertreten würden. Dies kann aber beispielsweise für »Verarbeitungen aus Compliance-Gründen« schon deshalb verneint werden, weil sich hieraus für Beschäftigte arbeitsrechtliche Konsequenzen ableiten können. Gleiches gilt für konzernweite Datenverarbeitungen, weil diese im Regelfall auf Kosten der Transparenz und der Eingriffsmöglichkeiten der betroffenen Beschäftigten gehen.

Entsprechendes gilt, wenn Persönlichkeitsprofile zu Beschäftigten erstellt werden sollen oder wenn Verarbeitungen im Rahmen von Big Data-Konzepten außerhalb einer klaren Zweckfestlegung erfolgen sollen.

Zusammenfassend ist damit festzustellen, dass es für eine Rechtfertigung von Verarbeitungen von Beschäftigtendaten, die außerhalb der Erforderlichkeit von § 26 BDSG stehen, nicht ausreicht, wenn Verantwortliche postulieren, dass aus ihrer Sicht die Verarbeitung in ihrem berechtigten Interesse erforderlich ist.⁴⁶ Es bedarf vielmehr der substantiierten Darlegung, welche Interessen, Grundrechte und Grundfreiheiten von betroffenen Beschäftigten es gegen die gewollte Verarbeitung geben kann und Ausführungen dazu, warum gegenüber berechtigter Interessen der Arbeitgeber kein Überwiegen gegeben ist. Hierfür sind Arbeitgeber beweispflichtig, wenn sie sich auf das Vorliegen eines

berechtigten Interesses berufen.⁴⁷ Zudem bedarf die Interessenabwägung einer Einzelfallprüfung. Eine nur pauschale Bewertung ohne einen substantiierten Vortrag ist nicht ausreichend.⁴⁸

2. Konzernprivileg

Die DSGVO hat kein »Konzernprivileg« geschaffen, das in Konzernen eine unternehmensübergreifende Verarbeitung von Beschäftigtendaten ermöglichen würde.⁴⁹ Hieran ändert auch die Feststellung in Erwägungsgrund 48 zur DSGVO nichts. Dort heißt es, dass Verantwortliche, die Teile einer Unternehmensgruppe sind, ein berechtigtes Interesse haben können, personenbezogene Daten innerhalb dieser Gruppe zu übermitteln. Ausdrücklich genannt wird die Verarbeitung personenbezogener Daten von Kunden oder Beschäftigten. Letztlich bedeutet diese Erwägung aber nur, dass es sich bei unternehmensübergreifenden Verarbeitungen eines Konzerns um ein berechtigtes Interesse handeln kann. Ein solches Interesse ist aber einerseits nicht gleichbedeutend mit einer datenschutzrechtlichen Erlaubnisnorm. Ihm stehen im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses regelmäßig überwiegende Interessen der betroffenen Personen entgegen.

Das Fehlen eines Konzernprivilegs wurde im arbeitsrechtlichen Bereich schon bisher vielfach dadurch kompensiert, dass Konzernbetriebsvereinbarungen abgeschlossen wurden, die unternehmensübergreifende Verarbeitung datenschutzrechtlich legitimierten. Voraussetzungen waren in der Regel Auftragsdatenverarbeitungsverträge zwischen den beteiligten Konzernunternehmen. Seltener waren individuelle Einwilligungen, da diese sich organisatorisch nur schwer handhaben lassen.

An dieser datenschutzrechtlichen Situation hat sich weder durch die DSGVO noch durch § 26 BDSG etwas geändert. Entsprechende Konstrukte lassen sich auf der Grundlage von bestehenden Verträgen zur Auftragsverarbeitung nach Art. 28 DSGVO durch Konzernbetriebsvereinbarungen gemäß § 26 Abs. 4 BDSG weiterhin legitimieren.

⁴⁶ Vgl. Ehmman/Selmayr, DSGVO-Heberlein (Fn. 35), Art. 6 Rn. 25.

⁴⁷ Ähnlich Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG-Buchner/Petri (Fn. 35), Art. 6 Rn. 149.

⁴⁸ Vgl. zur Einzelfallprüfung Ehmman/Selmayr, DSGVO-Heberlein (Fn. 35), Art. 6 Rn. 26; aA. SJTK-Schwartzmann/Klein (Fn. 45), Art. 6 Rn. 124, die eine Einzelfallprüfung in der Praxis für nicht beherrschbar halten.

⁴⁹ Vgl. etwa Gola, DS-GVO-Schulz (Fn. 36), Art. 6 Rn. 104, 195.

Keine Alternative ist der Verweis auf die nach Art. 26 DSGVO grundsätzlich bestehende Möglichkeit einer gemeinsamen Verantwortlichkeit von Verarbeitern. Nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 DSGVO besteht eine solche gemeinsame Verantwortlichkeit nämlich nur dann, wenn zwei oder mehrere Verantwortliche gemeinsam die Zwecke und die Mittel der Verarbeitung festlegen. Die Anwendbarkeit dieser Vorschrift setzt damit voraus, dass auch innerhalb von Konzernstrukturen alle beteiligten Unternehmen gleichberechtigt und gleichwertig an der Festlegung der angestrebten Zwecke mitarbeiten. Dass innerhalb eines Konzerns alle nachgeordneten Konzernunternehmen gleichberechtigt zusammen mit der Konzernspitze Entscheidungen treffen, widerspricht indes jeder praktischen Erfahrung.

Aber selbst wenn dies einmal der Fall wäre, könnte hieraus nicht abgeleitet werden, dass Beschäftigtendaten aus unterschiedlichen Unternehmen ohne eine wirksame Datentrennung zusammen in einem System verarbeitet werden können. Auch wenn die DSGVO die Vorgaben zur Datentrennung, die in Nr. 8 der Anlage zu § 9 S. 1 BDSG 2003 enthalten waren, nicht übernommen hat, so lässt sich aus den Grundsätzen in Art. 5 Abs. 1 DSGVO ableiten, dass eine solche gemeinsame Verarbeitung unzulässig ist. Hiergegen spricht beispielsweise der in Art. 5 Abs. 1 lit. a DSGVO enthaltene Grundsatz der Transparenz. Diese ist bei einer konzernweiten Verarbeitung von Beschäftigtendaten für die einzelnen Beschäftigten nicht mehr gegeben. Gleiches gilt für die nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO vorzunehmende Zweckfestlegung, die sich immer auf die Durchführung des konkreten Arbeitsverhältnisses in einem Unternehmen beziehen muss. Schon diese Beispiele verdeutlichen aber, dass die Durchführung einer gemeinsamen Verarbeitung nach Art. 26 DSGVO bezogen auf Beschäftigungsverhältnisse keine Rechtsgrundlage für eine unternehmensübergreifende Verarbeitung schaffen kann. Praktisch bedeutet dies, dass selbst dann, wenn mehrere Konzernunternehmen tatsächlich gemeinsam über Zwecke und Mittel einer Datenverarbeitung entscheiden könnten, nicht automatisch eine Berechtigung zur gemeinsamen unternehmensübergreifenden Verarbeitung dieser Daten gegeben ist. Vielmehr müssen die Daten im Falle einer gemeinsamen Verarbeitung technisch, organisatorisch und praktisch so getrennt bleiben, dass nur innerhalb eines Unternehmens Zugriffe auf die Informationen möglich sind. Insoweit leitet sich aus Art. 26 DSGVO keine Legitimation dazu ab, personenbezogene Daten unternehmensübergreifend zu verarbeiten.

3. Betriebsrat als Verantwortlicher

Derzeit wird diskutiert, ob Betriebsräte (unabhängig vom Arbeitgeber) als »Verantwortliche« im Sinne von Art. 4 Nr. 7 DSGVO zu qualifizieren sind. Bis zum 25. Mai 2018 wurden Betriebsräte als »Teil der verantwortlichen Stelle« gemäß der Definition in § 3 Abs. 7 BDSG 2003 angesehen.⁵⁰

Begründet wird die eigenständige Verantwortlichkeit mit dem Wortlaut der Definition in Art. 4 Nr. 7 DSGVO. Hiernach ist ein »Verantwortlicher« die natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet. Aus dem Hinweis auf eine »andere Stelle« wird gefolgert, dass eine Trennung der Verantwortlichkeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat vorzunehmen ist. Hierzu wird angeführt, dass Arbeitgeber in aller Regel gerade nicht darüber entscheiden, wie der Betriebsrat personenbezogene Daten von Beschäftigten verarbeitet. Weiterhin wird darauf verwiesen, dass Betriebsräte bei der Erledigung ihrer Aufgaben nicht von betrieblichen Datenschutzbeauftragten kontrolliert werden können.⁵¹

Eine datenschutzrechtliche Qualifikation als »Verantwortlicher« iSv. Art. 4 Nr. 7 DSGVO hätte zur Folge, dass einem Betriebsrat unmittelbar alle datenschutzrechtlichen Pflichten obliegen, die die DSGVO enthält. Gremien müssten dann beispielsweise eigenständig die in Art. 5 Abs. 1 DSGVO aufgeführten Grundsätze umsetzen und einhalten, zu denen auch die Datensicherheit (»Integrität und Vertraulichkeit« gemäß Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO) gehört. Im Streitfall müsste ein Betriebsrat die Einhaltung dieser Grundsätze beweisen. Weiterhin wäre er gegenüber den Beschäftigten unmittelbar zur Erteilung der in der DSGVO vorgesehenen Auskünfte verpflichtet. Zudem müssten Gremien mit mehr als neun Mitgliedern einen eigenen Datenschutzbeauftragten bestellen. Schließlich wäre der »vermögenslose« Betriebsrat verpflichtet, bei Verstößen gegen datenschutzrechtliche Vorgaben die ggf. anfallenden Geldbußen zu zahlen. Dies wäre indes erst nach grundlegenden Änderungen des BetrVG möglich.

Der »eigenständigen Verantwortung« des Betriebsrats in datenschutzrechtlicher Sicht steht allerdings bereits der

⁵⁰ Vgl. BAG, 7.2.2012 – 1 ABR 46/10 – AP Nr. 4 zu § 84 SGB IX.

⁵¹ Vgl. etwa *Wybitul*, EFAR Beiträge v. 25.6.2018, abrufbar unter: <https://efar-beitrsrecht.net/betriebsrat-selbst-fuer-datenschutz-verantwortlich/> (22.2.2019).

Wortlaut der Definition in Art. 4 Nr. 7 DSGVO entgegen. Hiernach ist »Verantwortlicher«, wer »[...] *allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet.*«

Betriebsräte können weder die Zwecke noch über die Mittel der von ihnen durchgeführten Verarbeitungen frei entscheiden. Die Zwecke zulässiger Verarbeitungen werden ihnen vielmehr durch das BetrVG und die hierin enthaltenen Aufgaben vorgegeben. Nur im Rahmen der nach diesem Gesetz bestehenden Unterstützungs-, Mitwirkungs- und Mitbestimmungsrechte dürfen sie Beschäftigtendaten verarbeiten. Einem örtlichen Betriebsrat ist es deshalb beispielsweise schon aufgrund seiner gesetzlichen Zuständigkeit verwehrt, eine unternehmensweite Datenbank anzulegen, die Informationen über Beschäftigte in anderen Betrieben enthält.

Auch die Mittel der Verarbeitung werden mit Blick auf die in § 40 Abs. 2 BetrVG vorgegebene Erforderlichkeit nicht primär vom Betriebsrat, sondern vom Arbeitgeber bestimmt. Von der Rechtsprechung werden Betriebsräte diesbezüglich regelmäßig auf die Nutzung der im Betrieb vorhandenen Sachmittel und der dort verwendeten Informations- und Kommunikationstechnik verwiesen.⁵² Damit legt die Mittel der Verarbeitung der Arbeitgeber fest und nicht der Betriebsrat.⁵³

Strittig ist weiterhin, ob Betriebsräte nunmehr wieder der Kontrolle des betrieblichen Datenschutzbeauftragten unterliegt. Eine Kontrollbefugnis könnte sich grundsätzlich aus Art. 39 DSGVO ableiten. Hiergegen spricht aber, dass die Kontrolle eines Betriebsrats durch einen einseitig vom Arbeitgeber bestellten Datenschutzbeauftragten die Unabhängigkeit dieses Gremiums gefährdet.

Dies hat das BAG bereits 1997 unter Hinweis auf die nicht gesicherte Neutralität von Datenschutzbeauftragten festgestellt.⁵⁴ Der damals geltende Zweifel lässt sich aus Sicht von Betriebsräten fortschreiben. Betriebsräte können zudem weiterhin durch staatliche Aufsichtsbehörden kontrolliert werden. Insoweit obliegt es der öffentlichen Hand, die Aufsichtsbehörden durch eine gebührende personelle Ausstattung in die Lage zu versetzen, entsprechend tätig zu werden.

4. Mitbestimmung des Betriebsrats zum Datenschutz

In Art. 88 Abs. 1 DSGVO wird ausdrücklich auf die Ausgestaltung des Datenschutzes durch Kollektivvereinbarun-

gen verwiesen. Diese Möglichkeit findet sich in § 26 Abs. 4 BDSG wieder. Die Möglichkeit der Gestaltung des Beschäftigtendatenschutzes durch Kollektivvereinbarungen und insbesondere durch Betriebsvereinbarungen ist in Deutschland nicht neu. Sie bestand auch schon auf der Basis von § 4 Abs. 1 BDSG 2003, weil der materiell-rechtliche Teil von Betriebsvereinbarungen als »andere Rechtsvorschrift« im Sinne dieser Vorschrift anerkannt war.

Bisher fehlt ein ausdrückliches gesetzliches Mitbestimmungsrecht zum Datenschutz. Mangels Mitbestimmungsrecht sind entsprechende Regelungen kollektivrechtlich nicht erzwingbar. Dies gilt insbesondere für »Rahmenbetriebsvereinbarungen zum Beschäftigtendatenschutz«, die Betriebsräten derzeit von Arbeitgebern vorgelegt werden. In vielen Fällen handelt es sich dabei um pauschale Erlaubnisregelungen, von deren Abschluss Betriebsräten abzuraten ist.

Obleich ein einschlägiges Mitbestimmungsrecht fehlt, können Betriebsräte Datenschutzthemen bezogen auf einzelne IT-Systeme auf Basis des Mitbestimmungsrechts in § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG regeln. Vor Einführung oder Änderung hiernach mitbestimmter Systeme können Betriebsräte vor Abschluss von Betriebsvereinbarungen vom Arbeitgeber eine substantiierte Darlegung der datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestände verlangen. Weiterhin können sie zur Verarbeitung voraussetzen, dass etwa die datenschutzrechtlichen Grundsätze in Art. 5 Abs. 1 DSGVO umgesetzt sind. Diesbezüglich ist zu beachten, dass die in § 80 Abs. 1 Nr. 1 BDSG enthaltenen Kontrollpflichten sich auch auf die DSGVO und das BDSG beziehen.

Betriebsräte können ihre Zustimmung zur Einführung oder Änderung von technischen Einrichtungen davon abhängig machen, ob der Arbeitgeber die einschlägigen datenschutzrechtlichen Grundlagen benannt hat und ob er seinen Nachweispflichten (etwa Art. 5 Abs. 2 DSGVO) nachgekommen ist. Insoweit besteht ein zwingender Zusammenhang zwischen datenschutzrechtlichen Fragen und der Umsetzung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG.

⁵² Vgl. hierzu ausführlich DKKW-Wedde (Fn. 3), § 40 BetrVG Rn. 116 ff. mwN.

⁵³ Ähnlich Bonanni/Niklas, ArbRB 2018, 371 ff.

⁵⁴ BAG, 11. 11. 1997 – 1 ABR 21/97 – AP Nr. 1 zu § 36 BDSG.

VIII. Fazit

Die vorstehend beispielhaft skizzierten Themenfelder, die schon knapp ein Jahr nach dem Wirksamwerden des neuen Datenschutzrechts virulent sind, verdeutlichen, welche Bedeutung der Beschäftigtendatenschutz im arbeitsrechtlichen Kontext einnimmt. Mit Blick auf neue Techniken, Anwendungen und Verarbeitungsmöglichkeiten ist davon auszugehen, dass die Zahl offener Fragestellungen zunimmt und dass weitere neue Probleme virulent werden. Damit bleibt Spielraum für die juristische Befassung mit einschlägigen Themenstellungen, um zu viel Transparenz der Beschäftigten gegenüber Arbeitgebern zu vermeiden.

Ob sich gläserne Belegschaften damit vermeiden lassen, ist aus derzeitiger Sicht eine offene Fragestellung. Auf der Basis des aktuellen Datenschutzrechts lässt sich aber verhindern, dass Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten weiter zugunsten neuer Verarbeitungsmöglichkeiten und umfassender Kontrollen ausgehöhlt werden. Das neue Datenschutzrecht auf europäischer und auf nationaler Ebene bietet hier durchaus Ansatzpunkte und Mittel, um die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten zu stärken. Und wo noch Fragen offenbleiben, da wird *Wolfgang Däubler* sicher überzeugende und plausible Antworten geben.

Facetten des Antidiskriminierungsrechts im Arbeitsleben und in der arbeitsgerichtlichen Praxis

Dr. Regine Winter, Richterin am Bundesarbeitsgericht, Erfurt

Für das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), zu dessen Kommentierung er maßgebend beigetragen hat, hebt *Wolfgang Däubler* zu Recht hervor, dass damit ein zuvor begonnener Entwicklungsprozess ein Stück weiter geführt wurde.¹ Damit diese Rechtsgrundlagen wirksam werden und dadurch ihre antidiskriminierungsrechtliche Funktion erfüllen können, muss dem Entwicklungsprozess der Rechtsgrundlagen – hier im AGG und in dem zugrundeliegenden Unionsrecht² – ein Entwicklungsprozess des Rechtsverständnisses und eine gesellschaftliche Sensibilisierung folgen, falls nicht bereits gegeben.³ Denn diese Rechtsgrundlagen sind auf die Bekämpfung und die Beseitigung jeder Art bzw. Form von Diskriminierung⁴ ausgerichtet, folglich auf die Abwehr und Überwindung eines unerwünschten Zustands,⁵ sowohl präventiv als auch abwehrend und wiedergutmachend⁶. Soweit das gesellschaftliche Rechtsverständnis dem Gesetzesziel (noch) nicht entsprechen sollte, strebt das Antidiskriminierungsrecht einen Wandel des Rechtsverständnisses an. Da Diskriminierungsschutz und Antidiskriminierungsrecht nicht dort enden, wo die gesellschaftliche Mehrheit steht oder der allgemeine gesellschaftliche Konsens sich befindet, sondern benachteiligte Gruppen und Minderheiten natürlich auch dann das Recht haben, ihre Anliegen vor Gericht zu bringen, wenn und soweit aus Sicht der Mehrheit bzw. der allgemeinen gesellschaftlichen Meinung »eigentlich kein Problem« erkennbar ist und ggf. sogar allgemein-gesellschaftliche Tabubereiche berührt werden könnten,⁷ gehört das AGG zu den Gesetzen, die wohl stetig neue Herausforderungen an die Rechtsanwendung stellen werden.⁸ *Wolfgang Däubler* stellt sich solchen Herausforderungen in seiner Kommentierung stets in sehr inspirierender Art und Weise.

Dieser Beitrag beleuchtet einige der vielen Facetten des Antidiskriminierungsrechts im Arbeitsleben und in der arbeitsgerichtlichen Praxis. Im Mittelpunkt stehen Fragen des Wandels des Rechtsverständnisses, der Begriff »Merkmal« sowie aktuelle Gesichtspunkte zu den in § 1 AGG genannten Gründen wegen »der Rasse« oder »der ethnischen Herkunft«.

I. Rechtsverständnis im Wandel

»Die Gleichheit vor dem Gesetz und der Schutz aller Menschen vor Diskriminierung ist ein allgemeines Menschenrecht.«⁹ Diese Feststellung, niedergelegt in den Erwägungsgründen von Richtlinien des Unionsrechts, die dem AGG vorangehen, findet vermutlich breite Zustimmung. Schwieriger und meinungsvielfältiger wird es, wenn es darum geht, was das im Einzelnen heißt und welche Situationen konkret erfasst sind. Das Verständnis dafür ist nicht unbeeinflusst von einem stetigen »Entwicklungsprozess«, der nicht zuletzt auch durch das Antidiskriminierungsrecht selbst und die darauf bezogene Rechtsanwendung immer wieder angestoßen wird.¹⁰ Manches, was gestern oder vorgestern ggf. für selbstverständlich rechtskonform gehalten wurde, wird heute – oft wiederum mit großer Selbstverständlichkeit – in einem anderen Licht gesehen und ggf. als diskriminierend erachtet.

1 *Däubler*, in: *Däubler/Bertzbach* (Hrsg.), AGG, 4. Aufl., Baden-Baden 2018 (im Folgenden: *Däubler/Bertzbach*), Einl. Rn. 72; vgl. dort auch die ausführliche Analyse in Einl. Rn. 32 ff., 72 ff.; vgl. auch Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 16/1780, S. 22 f.

2 Soweit das Arbeitsrecht betroffen ist, ging es mit dem AGG um die Umsetzung der RL 2000/43/EG, 2000/78/EG und 2006/54/EG (damals RL 76/207/EWG idF. RL 2002/73/EG).

3 Vgl. *Däubler/Bertzbach-Däubler* (Fn. 1), Einl. Rn. 31 zu einem gewissen Maß an Sensibilität durch die Auseinandersetzung im Gesetzgebungsverfahren.

4 Vgl. nur Erwg. 5, 7, 8, 11 und Art. 1 RL 2000/43/EG; Erwg. 6, 8 und Art. 1 RL 2000/78/EG sowie »zu verhindern oder zu beseitigen« in § 1 AGG.

5 Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 22 f.; *Schiek*, in: *Schiek* (Hrsg.), AGG, München 2007, Einl. Rn. 42.

6 Näher *Däubler/Bertzbach-Däubler* (Fn. 1), § 1 Rn. 1 ff.; v. *Roetteken*, AGG, Stand: Februar 2019, Heidelberg/München 2019, § 1 Rn. 1 ff.; *Block*, in: *Looschelders* (Hrsg.), Beck-Online Großkommentar: AGG, Stand: März 2019, München 2019, § 1 Rn. 26.

7 *Baer*, SR 2014, 133, 138.

8 Vgl. *Bauer/Krieger/Günther*, AGG/EntgTranspG, 5. Aufl., München 2018, Einl. AGG Rn. 32b ff. zu der rechtspolitischen Debatte im Hintergrund.

9 Erwg. 3 RL 2000/43/EG; Erwg. 4 RL 2000/78/EG

10 Vgl. auch *Dyrchs*, Ausländerspezifische Konflikte im abhängigen Erwerbsleben, Baden-Baden 2010, S. 409 ff.

Ein prominentes Beispiel betrifft die Teilzeitarbeit; dass damit der Ausschluss von bestimmten Leistungen bis hin zur Zugangssperre zu arbeitsrechtlichen Regelungssystemen wie Tarifverträgen¹¹ und Betriebsvereinbarungen¹² verbunden war, was überwiegend Frauen betraf, wurde in den 1980er Jahren, obwohl das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen des Geschlechts auch damals bestand, in der Rechtsanwendung in Deutschland weitgehend als rechtmäßig angesehen. Das ist heute anders.¹³

Ein weiteres prominentes Beispiel betrifft das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters. Im deutschen Arbeitsrecht war das Alter jahrzehntelang ein regelmäßig für rechtmäßig gehaltener Anknüpfungsground für Differenzierungen.¹⁴ Mit der RL 2000/78/EG schien es zu einer Zäsur gekommen zu sein, denn deren Art. 1 nennt das Alter als unrechtmäßigen Differenzierungsgrund. Mit dem Urteil Mangold wurde dann deutlich, dass aus Sicht des EuGH diese Zäsur nicht erst mit dem Inkrafttreten der RL 2000/78/EG erfolgt ist, sondern dass das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters bereits als allgemeiner Grundsatz des Gemeinschafts-(Unions-)rechts vorgelagert ist.¹⁵ Rechtsstreite um die Rechtmäßigkeit von verschiedenen Regelungen der Differenzierung nach dem Alter waren über viele Jahre von der Arbeitsgerichtsbarkeit zu bearbeiten.¹⁶ Mittlerweile allerdings dürfte es zunehmend selbstverständliche Einsicht sein, dass beispielsweise durch ein Arbeitsentgelt nach Lebensaltersstufen wegen des Alters diskriminiert wird.

In diesem Sinne das Rechtsverständnis und die Sensibilisierung für das geltende Recht als prozesshaft aufzufassen darf allerdings nicht damit verwechselt werden, dass die Auslegung der jeweiligen Vorschriften des hinter dem nationalen Antidiskriminierungsrecht stehenden Unionsrechts durch den EuGH stets nur erläutert und verdeutlicht, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschriften bereits seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen und anzuwenden sind oder gewesen wären.¹⁷

Für den Aspekt der Rechtssicherheit ist im Entwicklungsprozess des Rechtsverständnisses die Zusammenarbeit der nationalen Gerichte mit dem EuGH von großer Bedeutung. Das für diese Zusammenarbeit vorgesehene Verfahren der Vorabentscheidung nach Art. 267 AEUV hat in seiner Funktion Gemeinsamkeiten mit den Vorgaben des ArbGG zur Revisionszulassung, insbesondere mit § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG¹⁸: Gemeinsam ist die Funktion der Gewährleistung der Einheitlichkeit der Rechtsausle-

gung. Im nationalen Rahmen soll Bundesrecht von Nord nach Süd und von Ost nach West einheitlich ausgelegt werden. Das kann der Sache nach nur ein oberstes Bundesgericht leisten. In der Europäischen Union soll Unionsrecht von Nord nach Süd und von Ost nach West einheitlich ausgelegt werden. Das kann nur ein oberstes Gericht der Europäischen Union leisten.

II. Den Begriff »Merkmal« und seine Verwendung überdenken

Teilweise wird in der Literatur und Rechtsprechung¹⁹, anders als im AGG, für die in § 1 AGG genannten »Gründe« der Begriff »Merkmal« bzw. »Diskriminierungsmerkmal« verwendet. Der Begriff »Merkmal« steht allerdings nach der Wortbedeutung eher für Eigenschaften oder Eigenheiten, anders als der Begriff »Grund«. Aus spezifischen »Merkmalen« kann sich beispielsweise ergeben, dass eine Person von einer bestimmten ethnischen Herkunft ist.²⁰ Wird beispielsweise bei einer Benachteiligung auf Merkmale wie Hautfar-

11 Beispielsweise wurde noch in den 1980er Jahren § 3 lit. q BAT, wonach Angestellte mit weniger als der Hälfte der regelmäßigen Arbeitszeit nicht unter den Geltungsbereich des BAT fielen, von der Rechtsprechung als »unbedenklich wirksam« gehalten (BAG, 9.6.1983 – 2 AZR 486/81 – juris; BAG, 4.2.1981 – 4 AZR 967/78 – AP Nr. 45 zu § 242 BGB Gleichbehandlung).

12 Beispielsweise Betriebsvereinbarungen zur betrieblichen Altersversorgung, vgl. etwa BAG, 6.4.1982 – 3 AZR 303/80 – juris.

13 Vgl. nur BAG, 14.7.2015 – 3 AZR 594/13 – juris, Rn. 27 mwN.

14 Vgl. ua. Körner, NZA 2005, 1395, 1397; Wiedemann, RdA 2017, 333; Schlachter, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Aufl., München 2019 (im Folgenden: ErfK), § 1 AGG Rn. 13.

15 EuGH, 22.11.2005 – C-144/04 – Slg. 2005, I-9981 (Mangold), Rn. 74f.

16 So war ua. die lebensaltersbezogene Grundvergütung im früheren BAT altersdiskriminierend: Dazu ua. BAG, 10.11.2011 – 6 AZR 148/09 – AP Nr. 12 zu § 27 BAT; BAG, 10.11.2011 – 6 AZR 481/09 – AP Nr. 13 zu § 27 BAT; EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 ua. – Slg. 2011, I-7965 (Hennigs und Mai). Zur Diskriminierung durch eine altersabhängige Herabsetzung der regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit ohne Herabsetzung des Arbeitsentgelts: BAG, 22.10.2015 – 8 AZR 168/14 – AP Nr. 8 zu § 10 AGG. Zur Diskriminierung durch altersabhängige Schichtfreizeitgabe: BAG, 27.4.2017 – 6 AZR 119/16 – AP Nr. 11 zu § 10 AGG. Zur Diskriminierung wegen des Alters bei der Stellenausschreibung/-besetzung vgl. ua. BAG, 15.12.2016 – 8 AZR 454/15 – AP Nr. 12 zu § 3 AGG (»frisch gebacken aus einer kaufmännischen Ausbildung«).

17 St. Rspr., vgl. zB. EuGH, 13.12.2018 – C-385/17 – NZA 2019, 47 (Hein), Rn. 56; EuGH, 6.3.2007 – C-292/04 – Slg. 2007, I-1835 (Meilicke ua.), Rn. 34.

18 »Die Revision ist zuzulassen, wenn eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat.«

19 Ua. BAG, 18.10.2017 – 10 AZR 330/16 – AP Nr. 38 zu § 106 GewO, Rn. 42; BAG, 26.9.2017 – 3 AZR 733/15 – AP Nr. 38 zu § 1 BetrAVG Hinterbliebenenversorgung, Rn. 25; BAG, 26.3.2015 – 2 AZR 237/14 – AP Nr. 39 zu § 9 MuSchG 1968, Rn. 40.

20 Vgl. EuGH, 6.4.2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 18.

be oder Gesichtszüge Bezug genommen, geht es in der Regel um den in § 1 AGG genannten »Grund« »Rasse«.²¹

Im AGG selbst wird der Begriff »Merkmal« nicht verwendet, sondern ausschließlich der Begriff »Grund« (ua. in § 7 Abs. 1 AGG). Der Begriff »Grund« ist auch in den deutschsprachigen Fassungen der dem AGG zugrundeliegenden Richtlinien des Unionsrechts zentral.²² Allerdings kommt in den Richtlinien auch das Wort »Merkmal« vor, allerdings nur in einem speziellen Zusammenhang, nämlich in der Bestimmung zur Ausnahme für wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen. So können nach Art. 4 RL 2000/43/EG die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung aufgrund eines mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft zusammenhängenden Merkmals keine Diskriminierung darstellt, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt. Nur in diesem Zusammenhang geht es nach den Rechtsvorgaben um ein tatsächlich gegebenes »Merkmal«, also um eine »mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft« zusammenhängende tatsächliche und bestimmte Eigenschaft. Darauf bezogen hat der EuGH wiederholt entschieden, dass nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen muss.²³

Die spezielle Differenzierung zwischen »Merkmal« und »Grund« enthalten beispielsweise auch die englisch- und französischsprachigen Fassungen von Art. 4 RL 2000/43/EG: Dort geht es um »a characteristic related to racial or ethnic origin« bzw. »une caractéristique liée à la race ou à l'origine ethnique«. Eine entsprechende Bestimmung enthält Art. 4 RL 2000/78/EG bezogen auf die mit dieser Richtlinie behandelten Gründe unzulässiger Differenzierung.²⁴ Hingegen fehlt an entsprechender Stelle in § 8 AGG der Begriff »Merkmal«, was sprachlich verkürzt ist, denn dort geht es nur noch um den »Grund« und nicht um ein tatsächlich gegebenes Merkmal, was ggf. »mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft« zusammenhängt.

Da das Verständnis von Recht auch durch die Wortwahl geprägt wird, spricht einiges dafür, in der Rechtsanwendung und Kommentierung die Verwendung des Begriffs »Merkmal« zu überdenken und mit dem AGG

von »in § 1 AGG genannten Gründen« oder »einem in § 1 AGG genannten Grund« zu sprechen und nicht von einem »nach § 1 AGG verpönten Merkmal« oder »Trägern eines verpönten Merkmals«. Dabei schließt der eher neutrale Begriff »Grund« des AGG und der dem AGG zugrundeliegenden Richtlinien des Unionsrechts, der in diesen Richtlinien häufig durch »wegen« ersetzt ist, nicht aus, die in § 1 AGG genannten Gründe konzeptionell auch als »Dimensionen der Benachteiligung« oder »Kategorisierungen« zu verstehen.²⁵

Nahe liegt es zudem, die bisherige Verwendung des Wortes »verpönt« in Rechtsprechung und Kommentierungen zu überdenken, beispielsweise wenn von einem »nach § 1 AGG verpönten Merkmal« oder »Trägern eines verpönten Merkmals« gesprochen wird. Denn »verpönt« (oder verboten, illegitim) wäre ja wohl nicht das »Merkmal« als solches und auch nicht ein in § 1 AGG genannter Grund als solcher, sondern eine darauf bezogene Diskriminierung. Beispielsweise ist weder der in § 1 AGG genannte Grund »Geschlecht« noch sind darauf bezogene körperliche Merkmale verboten, sondern verboten ist eine an diesen in § 1 AGG genannten Grund anknüpfende Diskriminierung.

Für § 8 AGG hingegen ist bei der Auslegung hinzuzudenken, dass auch der Begriff »Merkmal« im Sinne der Richtlinienvorgaben darin enthalten sein muss. Allein in diesem speziellen Kontext der Rechtfertigung kommt es auf den Begriff »Merkmal« an. Eine solche Auslegung von § 8 AGG ist nach dem Wortlaut der Bestimmung ohne weiteres möglich. Also geht es nicht, wie im Wortlaut von § 8 Abs. 1 AGG verkürzt formuliert, um die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung wegen »eines in § 1 AGG genannten Grundes«, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer

21 Vgl. in Bezug auf Art. 14 EMRK: EGMR, 22.12.2009 – Nrn. 27996/06, 34836/06 (Sejdić und Finbci/Bosnien-Herzegowina), § 43.

22 Vgl. nur Art. 2 Abs. 1 RL 2000/78/EG.

23 Vgl. EuGH, 14.3.2017 – C-188/15 – NZA 2017, 375 (Bouagnaoui und ADDH), Rn. 37; EuGH, 12.1.2010 – C-229/08 – Slg. 2010, I-1 (Wolf), Rn. 35; EuGH, 13.9.2011 – C-447/09 – Slg. 2011, I-8003 (Prigge ua.), Rn. 66; EuGH, 13.11.2014 – C-416/13 – NVwZ 2015, 427 (Vital Pérez), Rn. 36; EuGH, 15.11.2016 – C-258/15 – ZESAR 2017, 385 (Salaberria Sorondo), Rn. 33.

24 Vgl. zudem Erwg. 18 RL 2000/43/EG; Erwg. 23 RL 2000/78/EG; Art. 14 RL 2006/54/EG.

25 Näher zu Benennungen als Dimensionen der Benachteiligung oder Kategorisierungen vgl. *Baer/Bittner/Göttsche*, in: Antidiskriminierungsstelle des Bundes (Hrsg.), *Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse*, Berlin 2010, S. 27; *Grünberger/Husemann*, in: *Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht*, 2. Aufl., Köln 2019 (im Folgenden: *Preis/Sagan*), § 5 Rn. 5.57.

Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sondern um eine unterschiedliche Behandlung wegen »eines Merkmals, das mit einem in § 1 AGG genannten Grund zusammenhängt«. Um mit dem EuGH zu sprechen: Nicht der Grund, auf den die Ungleichbehandlung gestützt ist, sondern ein mit diesem Grund im Zusammenhang stehendes Merkmal muss eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellen.²⁶

III. »Aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft«

Zu den in § 1 AGG genannten Gründen, wegen derer Beschäftigte nach § 7 Abs. 1 AGG nicht benachteiligt werden dürfen, gehören die Begriffe »Rasse« und »ethnische Herkunft«. Unionsrechtlich verbietet Art. 21 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC) Diskriminierungen wegen ua. der Rasse und der ethnischen Herkunft sowie wegen der damit teilweise verwandten Gründe der genetischen Merkmale, der Sprache und der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit. Art. 19 AEUV gibt dem Rat die Kompetenz, gemäß einem besonderen Gesetzgebungsverfahren und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments, einstimmig geeignete Vorkehrungen zu treffen, um ua. Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und der ethnischen Herkunft zu bekämpfen; die RL 2000/43/EG enthält darauf beruhende Vorgaben. Die Richtlinie bildet den konkreten Ausdruck des in Art. 21 GRC niedergelegten Verbots der Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft in ihrem Geltungsbereich.²⁷ Die unionsrechtlichen und nationalen Vorgaben sind einheitlich zu verstehen: Aus »Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft« (§ 1 AGG) entspricht »aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft« (Art. 1 RL 2000/43/EG).

1. Begriffsinhalte und Schutzziele

Die Begriffe »Rasse« und »ethnische Herkunft« werden weder in Art. 19 AEUV noch in der RL 2000/43/EG definiert. Andere Sprachversionen von Art. 19 AEUV und der RL 2000/43/EG wie beispielsweise die englischsprachige Version mit »racial or ethnic origin«, die französischsprachige mit »la race ou l'origine ethnique« oder die italienischsprachige mit »la razza o l'origine etnica« bringen

keinen weiteren Aufschluss. Die Erwägungsgründe der RL 2000/43/EG enthalten allerdings einige Hinweise. So wird ua. auf das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (ICERD) hingewiesen, wonach jede auf dem Volkstum einer Person beruhende Unterscheidung eine Form der Rassendiskriminierung darstellt; auch wird daran erinnert, dass das Europäische Parlament eine Reihe von Entschlüssen zur Bekämpfung des Rassismus in der Europäischen Union angenommen hat.²⁸ Unter letzteren befindet sich beispielsweise eine Entschließung des Jahres 2015, in der Antiziganismus als eine besondere, gegen die Roma gerichtete Art von Rassismus bezeichnet wird.²⁹ Hervorgehoben wird, dass günstigere Bedingungen für die Entstehung eines Arbeitsmarktes geschaffen werden sollen, der soziale Integration fördert, insbesondere durch ein Bündel aufeinander abgestimmter Maßnahmen, die darauf abstellen, »Diskriminierungen bestimmter gesellschaftlicher Gruppen, wie ethnischer Minderheiten, zu bekämpfen«. Es geht um die Gewährleistung der Entwicklung demokratischer und toleranter Gesellschaften, die allen Menschen – ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft – eine Teilhabe ermöglichen.³¹ Diskriminierungen aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft können die Verwirklichung der im EG-Vertrag (heute im EUV und AEUV) festgelegten Ziele unterminieren, insbesondere die Erreichung eines hohen Beschäftigungsniveaus und eines hohen Maßes an sozialem Schutz, die Hebung des Lebensstandards und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt sowie die Solidarität; das Ziel der Weiterentwicklung der Europäischen Union zu einem

26 Vgl. EuGH, 14. 3. 2017 – C-188/15 – NZA 2017, 375 (Bouagnaoui und ADDH), Rn. 37; EuGH, 12. 1. 2010 – C-229/08 – Slg. 2010, I-1 (Wolf), Rn. 35; EuGH, 13. 9. 2011 – C-447/09 – Slg. 2011, I-8003 (Prigge ua.), Rn. 66; EuGH, 13. 11. 2014 – C-416/13 – NVwZ 2015, 427 (Vital Pérez), Rn. 36; EuGH, 15. 11. 2016 – C-258/15 – ZESAR 2017, 385 (Salaberria Sorondo), Rn. 33.

27 EuGH, 16. 7. 2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ Razpredelenie Bulgaria, im Folgenden: CHEZ), Rn. 58, 72.

28 Erwg. 3, 5 RL 2000/43/EG; vgl. auch EuGH, 16. 7. 2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 73.

29 Entschließung des Europäischen Parlaments vom 15. 4. 2015 zum Internationalen Roma-Tag – Antiziganismus in Europa und Anerkennung durch die EU des Tags des Gedenkens an den Völkermord an den Roma während des Zweiten Weltkriegs (2015/2615(RSP)). Vgl. auch EuGH, 16. 7. 2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 46 unter Bezugnahme auf Urteile des EGMR: Der Begriff der ethnischen Herkunft erfasst ua. die Gemeinschaft der Roma.

30 Erwg. 8 RL 2000/43/EG; vgl. auch Erwg. 8 RL 2000/78/EG.

31 Erwg. 12 RL 2000/43/EG; dazu auch EuGH, 16. 7. 2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 74.

Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts kann dadurch beeinträchtigt werden.³²

Auch wird darauf hingewiesen, dass »jede« unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen gemeinschaftsweit untersagt ist,³³ also ausnahmslos alle Diskriminierungen aus diesen Gründen verboten sind. Damit wird in Anbetracht des Gegenstands der RL 2000/43/EG und der Natur der Rechte, die sie schützen soll, eine enge Auslegung der schützenden Richtlinienbestimmungen und damit der entsprechenden Bestimmungen des AGG ausgeschlossen.³⁴

Sowohl in der RL 2000/43/EG als auch im AGG werden die Begriffe »Rasse« und »ethnische Herkunft« – durch ein »oder« verbunden – in einem Atemzug genannt, was sie als eng verwandt ausweist.³⁵ Nach den Erwägungsgründen der RL 2000/43/EG geht es bei beiden Begriffen um die Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit; unerwünscht sind dementsprechend rassistische oder fremdenfeindliche Verhaltensweisen.³⁶ Bezogen auf Art. 14 EMRK, worin allerdings »ethnische Herkunft« als Begriff nicht ausdrücklich benannt ist, sieht der EGMR Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft als eine Form der Rassendiskriminierung an.³⁷ Aufschlussreich ist ebenfalls, dass die Europäische Union ausweislich der Erwägungsgründe der RL 2000/43/EG Theorien zurückweist, mit denen versucht wird, die Existenz verschiedener menschlicher Rassen zu belegen. Ausdrücklich heißt es weiter, dass die Verwendung des Begriffs »Rasse« in dieser Richtlinie nicht die Akzeptanz solcher Theorien impliziert.³⁸ Damit werden insbesondere auch rassenbezogene Annahmen einer biologischen Überlegenheit zurückgewiesen.³⁹

Da also die Verwendung des Begriffs »Rasse« in der RL 2000/43/EG nicht die Akzeptanz solcher Theorien impliziert, wird besonders deutlich, dass es hier nicht um den Schutz eines »Merkmals« geht, sondern um den Schutz vor rassistischen, rassenbezogenen oder fremdenfeindlichen Benachteiligungen, die unter die in § 1 AGG genannten Gründe »Rasse« oder/und »ethnische Herkunft« fallen. Die rechtliche Einordnung als Diskriminierung »aufgrund der Rasse« hängt also weder davon ab, dass menschliche »Rassen« im Sinne biologisch-genetisch determinierter »Klassifizierung«⁴⁰ des Menschen anerkannt wären, noch davon, ob von rassistischen Benachteiligungen betroffene Personen einer als »Rasse« einzuordnenden Gruppe angehören. Ersichtlich stellen die

rechtlichen Vorgaben insoweit auf die »vorgebliche«⁴¹ bzw. »zugeschriebene Rasse«⁴² ab.

Der eng verwandte⁴³ Begriff der »ethnischen Herkunft« wird nicht nur in der RL 2000/43/EG und im AGG in einem Atemzug mit dem Begriff »Rasse« genannt, sondern auch in der zu dieser Richtlinie ergangenen Rechtsprechung des EuGH. Nach der Rechtsprechung, geprägt sowohl durch den EGMR als auch den EuGH, beruht der Begriff »ethnische Herkunft« auf dem Gedanken, dass gesellschaftliche Gruppen insbesondere durch eine Gemeinsamkeit der Staatsangehörigkeit, Religion, Sprache, kulturellen und traditionellen Herkunft und Lebensumgebung gekennzeichnet sind,⁴⁴ wobei diese Aufzählung der Kriterien nicht abschließend ist und kein Kriterium als alleinentscheidend angesehen werden kann.⁴⁵ Die ethnische Herkunft kann nämlich grundsätzlich nicht auf der Grundlage eines einzigen Kriteriums festgestellt werden, sondern muss vielmehr auf einem Bündel von Indizien beruhen, von denen einige objektiv und andere subjektiv

32 ErwG. 9 RL 2000/43/EG; dazu auch EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 74.

33 ErwG. 13 RL 2000/43/EG.

34 Vgl. auch EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 42 mwN., 56, 66 bezogen auf den Geltungsbereich der Richtlinie. Vgl. auch BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 38 mwN.

35 Ethnische Herkunft und Rasse sind verwandte Konzepte, so ausdrücklich in Bezug auf Art. 14 der EMRK: EGMR, 22.12.2009 – Nrn. 27996/06, 34836/06 (Sejdić und Finbci/Bosnien-Herzegovina), § 43. Vgl. auch ErFK-Schlachter (Fn. 14), § 1 AGG Rn. 4.

36 Vgl. ErwG. 7, 10, 11 RL 2000/43/EG. Vgl. zu rassistischen Verhaltensweisen bezogen auf das AGG *Kamanabrou*, RdA 2006, 321, 322; *Bauer/Krieger/Günther*, AGG/EntgTranspG (Fn. 8), § 1 AGG Rn. 16 mwN. (mit Distanzierung zu bloßem »Fremdsein«).

37 Zu Art. 14 der EMRK: EGMR, 22.12.2009 – Nrn. 27996/06, 34836/06 (Sejdić und Finbci/Bosnien-Herzegovina), § 43.

38 ErwG. 6 RL 2000/43/EG.

39 Näher Däubler/Bertzbach-Däubler (Fn. 1), § 1 Rn. 23.

40 Vgl. EGMR, 22.12.2009 – Nrn. 27996/06, 34836/06 (Sejdić und Finbci/Bosnien-Herzegovina), § 43; v. *Roetteken*, AGG (Fn. 6), § 1 Rn. 337.

41 Vgl. Däubler/Bertzbach-Däubler (Fn. 1), § 1 Rn. 24 sowie *Thüsing*, NZA-Sonderbeil. 22/2004, 3, 9, beide unter Hinweis auf die Richtlinienumsetzung im belgischen Recht.

42 *Mohr*, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018 (im Folgenden: EuArbR), Art. 1 RL 2000/43/EG Rn. 2, 4.

43 Vgl. Fn. 35.

44 Vgl. (jeweils mwN.): EuGH, 6.4.2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 17; EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 46 mwN., 56; EGMR, 22.12.2009 – Nrn. 27996/06, 34836/06 (Sejdić und Finbci/Bosnien-Herzegovina), § 43; BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 36; BAG, 15.12.2016 – 8 AZR 418/15 – juris, Rn. 37.

45 EuGH, 6.4.2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 18f.; BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 36.

sind, es sei denn, ein Kriterium kann die oben genannten insgesamt allgemein und absolut ersetzen.⁴⁶ Ethnische Stereotypen oder Vorurteile und darauf bezogene Motive können auch mit rassenbezogenen Motiven verbunden sein.⁴⁷ Eine Rolle spielt die Wahrnehmung als »andere«, »nicht-hierher-gehörende«, »fremde« Gruppe.⁴⁸

Das Verbot der Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft ist von dem Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (insb. Art. 18 AEUV) und dem Verbot einer auf der Staatsangehörigkeit beruhenden unterschiedlichen Behandlung (Art. 45 AEUV) zu unterscheiden.⁴⁹ Zwar kann die Staatsangehörigkeit gemeinsam mit anderen Indizien, wozu insbesondere die gemeinsame Religion, die gemeinsame Sprache, die gemeinsame kulturelle und traditionelle Herkunft sowie die gemeinsame Lebensumgebung zählen,⁵⁰ die Vermutung einer Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft begründen, jedoch nicht allein. Unterschiedliche Behandlungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit werden als solche weder von der RL 2000/43/EG erfasst,⁵¹ wie aus Erwg. 13 und Art. 3 Abs. 2 dieser Richtlinie hervorgeht, noch vom AGG⁵². Im Übrigen kann auch bei gleicher Staatsangehörigkeit eine Diskriminierung aufgrund der ethnischen Herkunft gegeben sein,⁵³ Orientierung bietet diesbezüglich das Rahmenübereinkommen des Europarats zum Schutz nationaler Minderheiten.⁵⁴

2. Nicht nur wegen »ihrer« Rasse oder ethnischen Herkunft

Der Schutzbereich wäre zu eng aufgefasst, wenn eine Person, die von rassistischen oder ethnisch unterlegten Benachteiligungen betroffen ist, sich nur dann rechtlich dagegen wehren könnte, wenn sie tatsächlich zu der mit der Benachteiligung angesprochenen Rasse oder Ethnie gehörte. Abgesehen davon, dass dies in Bezug auf das Kriterium »Rasse« entgegen Erwg. 6 RL 2000/78/EG die Akzeptanz einer Kategorisierung in Rassen voraussetzen würde, wäre damit der Diskriminierungsschutz verkürzt.⁵⁵ Dies betrifft einerseits das Thema »Fehlvorstellungen«⁵⁶, wenn also eine Benachteiligung stattfindet, die irrigerweise an eine bestimmte Herkunft usw. einer Person anknüpft. Zudem kann eine Benachteiligung einer Person auf »Mitbetroffenheit« basieren. Auch die so Betroffenen benötigen den Schutz des Rechts.

Im AGG wird ausdrücklich klargestellt, dass das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1, wonach Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes benachteiligt werden dürfen, nicht eng aufgefasst werden darf. Denn es kommt für den Diskriminierungsschutz nicht darauf an, was Menschen tatsächlich »haben« oder »sind«⁵⁷ und es geht nicht allein um »vorhandene« Merkmale.⁵⁸ Auch Benachteiligungen, die mit »Fehlvorstellungen«, also unzutreffenden Vorstellungen und Zuschreibungen verknüpft sind, können vom Benachteiligungsverbot erfasst sein, wie in § 7 Abs. 1 AGG klargestellt wird. Danach gilt das Verbot auch, wenn die Person, die die Benachteiligung begeht, das Vorliegen eines in § 1 AGG genannten Grundes bei der Benachteiligung nur annimmt.

Für den Schutzbereich der RL 2000/43/EG lässt sich entsprechendes und weitergehendes – und damit auch wieder für das AGG relevant – aus der Rechtsprechung des EuGH ableiten, da insoweit jedenfalls in bestimmten Fällen eine Auslegung zum Tragen kommt, nach der der

46 EuGH, 6. 4. 2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 19; BAG, 23. 11. 2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 36 mwN.

47 EuGH, 16. 7. 2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 82.

48 Vgl. ua. Däubler/Bertzbach-Däubler (Fn. 1), § 1 Rn. 30; Schleusener, in: Schleusener/Suckow/Plum (Hrsg.), AGG, 5. Aufl., München 2019, § 1 Rn. 47; Kocher, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Baden-Baden 2016, § 5 Rn. 88; Preis/Sagan-Grünberger/Husemann (Fn. 25), § 5 Rn. 5.65; Schiek, AuR 2003, 44, 45 f.; Thüsing, NZA-Sonderbeil. 22/2004, 3, 9; Thüsing, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, 8. Aufl., München 2018 (im Folgenden: MüKo-BGB), § 1 AGG Rn. 19.

49 Vgl. EuGH, 6. 4. 2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 24; BAG, 23. 11. 2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 37.

50 EuGH, 6. 4. 2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 17; EuGH, 16. 7. 2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 46; BAG, 23. 11. 2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 37.

51 EuGH, 24. 4. 2012 – C-571/10 – NVwZ 2012, 950 (Kamberaj), Rn. 47 ff.

52 BAG, 23. 11. 2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 37 mwN.

53 EuGH, 16. 7. 2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 37, 45, 49, 81, 84 f. (Bulgarische Staatsangehörige, teilweise mit Roma-Herkunft, teilweise bulgarischer Abstammung). Vgl. auch EuArbR-Mohr (Fn. 42), Art. 1 RL 2000/43/EG Rn. 6.

54 Europarat, Vertrag-Nr.157, abrufbar unter: <https://www.coe.int/de/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/157> (12.2.2019). Anerkannte nationale Minderheiten in Deutschland sind: die dänische Minderheit, die friesische Volksgruppe, die deutschen Sinti und Roma und das sorbische Volk, vgl. BMI, Nationale Minderheiten, 3. Aufl., Berlin 2015, abrufbar unter: <https://www.bmi.bund.de/DE/themen/heimat-integration/minderheiten/minderheiten-in-deutschland/minderheiten-in-deutschland-node.html> (12.2.2019). Zu weiteren Beispielen vgl. MüKo-BGB-Thüsing (Fn. 48), § 1 AGG Rn. 21.

55 Vgl. u.a. Valentine, NZA 2019, 364, 366 mwN.

56 V. Roetteken, AGG (Fn. 6), § 7 Rn. 21a.

57 Vgl. Baer/Bittner/Göttsche, Mehrdimensionale Diskriminierung (Fn. 25), S. 27.

58 Vgl. Preis/Sagan-Grünberger/Husemann (Fn. 25), § 5 Rn. 5.57.

Gleichbehandlungsgrundsatz der Richtlinie nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern nach Maßgabe der in ihrem Art. 1 genannten Gründe anwendbar ist, so dass er auch für Personen zu gelten hat, die zwar nicht selbst der betreffenden Rasse oder Ethnie angehören, aber gleichwohl aus einem dieser Gründe weniger günstig behandelt oder in besonderer Weise benachteiligt werden.⁵⁹ Ähnliches gilt für den Schutzbereich der RL 2000/78/EG⁶⁰ und kann für den Schutzbereich der RL 2006/54/EG angenommen werden. Damit sind sowohl Situationen der »Mitbetroffenheit« als auch der »Fehlvorstellungen« erfasst.

Ein Beispiel für die Situation der Mitbetroffenheit ist der Sachverhalt, der dem Ausgangsverfahren »CHEZ Razpredelenie Bulgaria«⁶¹ zugrunde liegt. Die Klägerin betreibt ein Geschäft in einem Stadtviertel, in dem überwiegend Bewohner mit Roma-Herkunft leben. In diesem Stadtviertel sind die Stromzähler in unerreichbarer Höhe angebracht, Manipulationsgefährdung unterstellend. Demgegenüber sind Stromzähler in anderen Stadtvierteln, die überwiegend von anderen Bevölkerungsgruppen bewohnt werden, in geringerer Höhe angebracht und damit kundenfreundlich der Ablesung zugänglich. Die Klägerin, die selbst keine Roma-Herkunft aufweist, ist von dieser weniger günstigen, in besonderer Weise benachteiligenden Behandlung bezogen auf die Umstände der Stromversorgung mitbetroffen.

Im Übrigen gilt entsprechendes bezogen auf »Mitbetroffenheit« auch im verwandten Kontext der EMRK: Im Hinblick auf seinen Zweck und die Art der Rechte, die er schützen soll, erstreckt sich Art. 14 EMRK auch auf Umstände, in denen die nachteilige Behandlung einer Person mit der geschützten Situation oder den Merkmalen einer anderen Person verbunden ist.⁶²

3. Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft

In Art. 2 Abs. 1 RL 2000/43/EG wird der Gleichbehandlungsgrundsatz dahin definiert, dass es »keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft« geben darf.⁶³ Dem entsprechen §§ 1, 7 Abs. 1 AGG bezogen auf den Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung.

Eine unmittelbare Diskriminierung ist nach Art. 2 Abs. 2 lit. a RL 2000/43/EG gegeben, wenn eine Person aufgrund

»der«⁶⁴ Rasse oder ethnischen Herkunft in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. In diesem Sinne ist auch § 3 Abs. 2 AGG zu verstehen. Beispielsweise begründet die öffentliche Äußerung eines Arbeitgebers, er werde keine Arbeitnehmer einer »fremden Herkunft« bzw. bestimmten ethnischen Herkunft oder Rasse einstellen, da die Kunden Bedenken hätten, ihnen für die Dauer der Arbeiten Zugang zu ihren Privatwohnungen zu gewähren, eine unmittelbare Diskriminierung bei der Einstellung im Sinne dieser Bestimmungen.⁶⁵ Im Ausgangsfall ging es dabei konkret um eine Bezugnahme auf eine »marokkanischen Herkunft«,⁶⁶ die allerdings nicht als Bezugnahme auf die Staatsbürgerschaft, sondern im Kontext der Äußerung erkennbar als Bezugnahme auf eine »ethnische Herkunft« oder »Rasse« zu verstehen war. Eine solche Bemerkung kann offenkundig bestimmte Bewerber und Bewerberinnen ernsthaft davon abhalten, ihre Bewerbungen einzureichen, und damit ihren Zugang zum Arbeitsmarkt behindern.⁶⁷ Es obliegt sodann dem Arbeitgeber, den Beweis zu erbringen, dass er den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt hat, beispielsweise indem er nachweist, dass die tatsächliche Einstellungspraxis des Unternehmens diesen Äußerungen nicht entspricht.⁶⁸ Nach Art. 4 RL 2000/43/EG – und entsprechend nach Art. 8 Abs. 1 AGG – stellt eine Ungleichbehandlung aufgrund eines mit der Rasse oder der ethnischen Herkunft zusammenhängenden Merkmals keine Diskriminierung dar, wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Rahmenbedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Voraussetzung darstellt und sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine

59 EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 46 mwN., 56; BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 36; BAG, 15.12.2016 – 8 AZR 418/15 – juris, Rn. 37.

60 EuGH, 17.7.2008 – C-303/06 – Slg. 2008, I-5603 (Coleman), Rn. 38.

61 EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 59.

62 EGMR, 19.12.2018 – Nr. 20452/14 (Molla Sali/Griechenland), § 134 mwN.

63 EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 52.

64 Soweit es in der deutschsprachigen Fassung heißt »aufgrund ihrer« Rasse oder ethnischen Herkunft, kommt es auf das »ihrer« grundsätzlich nicht an, vgl. EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 53, 56.

65 Zur RL 2000/43/EG: EuGH, 10.7.2008 – C-54/07 – Slg. 2008, I-5187 (Feryn), Rn. 16, 25, 31, 34.

66 EuGH, Schlussanträge des GA Póitres Maduro, 12.3.2008 – C-54/07 (Feryn), Rn. 3.

67 Zur RL 2000/43/EG: EuGH, 10.7.2008 – C-54/07 – Slg. 2008, I-5187 (Feryn), Rn. 25.

68 EuGH, 10.7.2008 – C-54/07 – Slg. 2008, I-5187 (Feryn), Rn. 32, 34.

angemessene Anforderung handelt. Dafür ist jedenfalls bezogen auf eine vorgebliche bzw. zugeschriebene menschliche »Rasse« und damit etwa zusammenhängende Merkmale im Sinne biologisch-genetischer Determinierung kein Anwendungsbereich ersichtlich.⁶⁹

Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/43/EG vor, »wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einer Rasse oder ethnischen Gruppe angehören, in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich«. Dem entspricht § 3 Abs. 2 AGG, allerdings mit dem Zusatz der Benachteiligung »gegenüber anderen Personen«. Dabei ist der in beiden Bestimmungen enthaltene Begriff »in besonderer Weise benachteiligen« nach der Rechtsprechung des EuGH so zu verstehen, dass es insbesondere Personen einer bestimmten Rasse oder ethnischen Herkunft sind, die durch die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren benachteiligt werden.⁷⁰ Danach liegt eine solche Benachteiligung nur vor, wenn die mutmaßlich diskriminierende Maßnahme zur Benachteiligung einer bestimmten ethnischen Gruppe führt. Jedenfalls kann das Vorliegen einer ungünstigen Behandlung nicht allgemein und abstrakt, sondern muss spezifisch und konkret im Hinblick auf die begünstigende (im Verhältnis zur benachteiligten) Behandlung festgestellt werden.⁷¹

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass dann, wenn es um eine mittelbare Benachteiligung iSv. § 3 Abs. 2 AGG (bzw. Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/43/EG) geht, der erforderliche Kausalzusammenhang gegeben ist, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG (bzw. Art. 2 Abs. 2 lit. b Halbs. 1 RL 2000/43/EG) erfüllt sind, ohne dass es einer direkten Anknüpfung an einen Grund iSv. § 1 AGG (bzw. Art. 1 RL 2000/43/EG) oder eines darauf bezogenen Motivs bedarf.⁷²

Wird beispielsweise in einer Stellenausschreibung die Anforderung »Deutsch als Muttersprache« formuliert, kann dies Personen wegen der ethnischen Herkunft in besonderer Weise – also mittelbar – benachteiligen iSv. § 3 Abs. 2 AGG. Eine solche Anforderung bewirkt, soweit es an einer Rechtfertigung iSv. § 3 Abs. 2 AGG fehlt, eine mittelbare Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft.⁷³ Nach den Umständen des Einzelfalls kann sich jedoch beispielsweise dann etwas anderes ergeben, wenn in einem (Online-)Bewer-

bungsformular mehrere Möglichkeiten vorhanden sind, um die Frage nach den Deutschkenntnissen zu beantworten.⁷⁴ Wird in einer Stellenanzeige die Anforderung »sehr gute Deutsch- und gute Englischkenntnisse in Wort und Schrift« für eine Tätigkeit in der Softwareentwicklung formuliert, ist darin keine Anknüpfung an eine Muttersprache enthalten. Für die Annahme einer mittelbaren Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft würden unter solchen Umständen nicht allein die Sprache einer Person oder bestimmte Anforderungen an die Beherrschung einer Sprache (hier zudem: zwei Sprachen) ausreichen.⁷⁵ Es müssten weitere Indizien hinzukommen, die auf eine Benachteiligung »wegen« der ethnischen Herkunft schließen lassen,⁷⁶ denn grundsätzlich kann kein Kriterium als alleinentscheidend angesehen werden. Wie ein Fall zu beurteilen wäre, in dem in einer Stellenanzeige für eine Tätigkeit, die gewöhnlich keine hohen Anforderungen an Sprachkenntnisse stellt (beispielsweise Einräumen von Regalen, Hilfstätigkeiten im Gartenbau, auf Baustellen oder in Großküchen) »sehr gute Deutschkenntnisse« verlangt würden, war bisher nicht zu entscheiden.

Wenn im Rechtsstreit das Gericht zu dem Ergebnis kommt, dass eine Diskriminierung zu vermuten ist, liegt die Beweislast sodann bei der beklagten Partei, die beweisen muss, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt wurde. Ihr obliegt es in solch einem Fall, die Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch den Nachweis zu bestreiten, dass die streitgegenständlichen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren ausschließlich auf objektiven Faktoren beruhen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Her-

69 Vgl. auch EuArbR-Mohr (Fn. 42), Art. 1 RL 2000/43/EG Rn. 3 mwN.

70 EuGH, 15.11.2018 – C-457/17 – juris (Maniero), Rn. 47; vgl. auch EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 100; EuGH, 6.4.2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 27. Vgl. auch BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 47 mwN.

71 EuGH, 15.11.2018 – C-457/17 – juris (Maniero), Rn. 48; vgl. auch EuGH, 6.4.2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 31 f.; vgl. zum Maßstab »nicht allgemein und abstrakt, sondern spezifisch und konkret« in verwandtem Kontext auch EuGH, 26.6.2018 – C-451/16 – FamRZ 2018, 1278, Rn. 42 mwN.

72 Zu § 3 Abs. 2 AGG: BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 20.

73 Vgl. BAG, 29.6.2017 – 8 AZR 402/15 – AP Nr. 24 zu § 15 AGG, Rn. 52 ff.; BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 44; vgl. auch BAG, 15.12.2016 – 8 AZR 418/15 – juris, Rn. 39.

74 BAG, 15.12.2016 – 8 AZR 418/15 – juris, Rn. 41.

75 Zur Kritik Köhlert, NZA 2018, 1172, 1173 ff.; vgl. auch Preis/Sagan-Grünberger/Husemann (Fn. 25), § 5 Rn. 5.67.

76 BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 47 ff.

kunft zu tun haben.⁷⁷ Eine sachliche Rechtfertigung besteht nur, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind.⁷⁸ Dabei sind die Möglichkeiten einer Rechtfertigung im Fall einer mittelbaren Ungleichbehandlung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft eng auszulegen.⁷⁹

Soweit der EuGH bei der Prüfung mittelbarer Diskriminierungen im Hinblick auf die etwaige Vermutung einer mittelbaren Verbindung⁸⁰ zur ethnischen Herkunft die Benachteiligung einer »bestimmten« ethnischen Gruppe voraussetzt, könnte bei besonderen Fallgestaltungen – je nach den Umständen des Falls und soweit entscheidungserheblich – Nachfragebedarf im Wege des Vorabentscheidungsersuchens bestehen. Nicht anzunehmen ist beispielsweise, dass aus der Bezugnahme auf eine »bestimmte« ethnische Gruppe geschlossen werden kann, eine Anforderung könnte rechtmäßig sein, die »mehrere ethnische Gruppen, im schlimmsten Fall alle Beschäftigten außer Personen mit einer deutschen Herkunft«⁸¹ benachteiligt. Auch ist nicht anzunehmen, dass es den Gerichten obliegen soll, »ethnologisch zu bestimmen, ob Personen einer bestimmten ›Ethnie‹ angehören oder nicht.«⁸² Schließlich ist auch nicht anzunehmen, dass eine Benachteiligung unter abfälliger Bezugnahme auf eine »ethnische« Gruppe, die nicht als solche anerkannt ist, also nur eine »vermeintliche Ethnie« wäre, nicht je nach den Umständen von dem Diskriminierungsverbot erfasst sein könnte. Hinzu kommt, dass die Frage, ob ein soziales Kollektiv sich als ethnische Gemeinschaft begreift bzw. von außen so gesehen wird, teilweise nicht eindeutig und/oder im Verlauf der Zeit nicht abschließend beantwortet werden kann.⁸³ Zu diesen Fragen steht zu vermuten, dass die Bezugnahme des EuGH auf eine »bestimmte« ethnische Gruppe nicht als insoweit enge Auslegung der RL 2000/43/EG zu verstehen ist. Denn schließlich ist nach dieser Richtlinie »jede« unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft in den von der Richtlinie abgedeckten Bereichen in der Union untersagt und es soll ein hohes Niveau des Schutzes vor Diskriminierungen gewährleistet werden.⁸⁴ Außerdem ist bei der Auslegung der Richtlinienbestimmungen zu berücksichtigen, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz dieser Richtlinie nicht für eine bestimmte Kategorie von Personen, sondern nach Maßgabe der in ihrem

Art. 1 genannten Gründe anwendbar ist,⁸⁵ was ebenfalls gegen eine insoweit zu enge Auslegung spricht.

IV. Ausblick

Es kann angenommen werden, dass das Rechtsverständnis zu der/den Diskriminierungsdimension/en »aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft«, die bisher noch nicht sehr oft Gegenstand gerichtlicher Verfahren in der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit war/en, noch im Fluss ist und die rechtlichen Vorgaben und Begriffe in der nahen Zukunft weitere Klärung erfahren werden.

Deutlich ist jedenfalls, dass die vom AGG und der RL 2000/43/EG erfasste Bandbreite rassistischer oder fremdenfeindlicher Verhaltensweisen nicht nur drastische, schwerwiegende Fälle betrifft,⁸⁶ sondern ebenso Formen von »Alltagsrassismus« darunterfallen. Letztere sind nicht immer leicht zu erkennen, da der Bezug subtil sein kann. Dabei ist es grundsätzlich nicht von Bedeutung, ob etwas »bewusst so gemeint«, »so gewollt« oder »nicht gewollt« war oder bisher als »normal« und unbedenklich eingeordnet worden ist. Es kommt darauf an, ob im Ergebnis eine Diskriminierung, sei sie unmittelbar oder mittelbar, erfolgt bzw. »bewirkt«⁸⁷ worden ist. Das werden die Gerichte in jedem Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlicher relevanter Umstände zu prüfen haben.

77 EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 85 mwN.

78 Art. 2 Abs. 2 lit. b RL 2000/43/EG; vgl. ebenfalls § 3 Abs. 2 AGG; zur RL 2000/43/EG vgl. EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 110 ff.

79 EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 112.

80 EuGH, 6.4.2017 – C-668/15 – NJW 2017, 3139 (Jyske Finans), Rn. 36.

81 Köhlert, NZA 2018, 1172, 1173.

82 Ebd.

83 BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 38 mwN. Vgl. auch Schiek, AuR 2003, 44, 45 mwN. zu dem Hinweis, dass »Ethnien« auch künstlich, etwa im Rahmen von Gebietsannexionen, entstanden sein können.

84 EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 65, 67; Erwg. 12, 28 RL 2000/43/EG.

85 EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 46 mwN., 56; BAG, 23.11.2017 – 8 AZR 372/16 – AP Nr. 15 zu § 22 AGG, Rn. 36; BAG, 15.12.2016 – 8 AZR 418/15 – juris, Rn. 37.

86 Vgl. nur EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 98 ff.; vgl. auch Baer, SR 2014, 133, 138.

87 Vgl. nur EuGH, 16.7.2015 – C-83/14 – EuGRZ 2015, 482 (CHEZ), Rn. 96 zur mittelbaren Diskriminierung.

Zusammenfassungen

Colneric: Rechts(experten)transfer im Postkommunismus

SR 3/2019, S. 92–101

Die Verfasserin schildert die Rahmenbedingungen und den Verlauf des TACIS-Projekts »Labour legislation and its institutional framework«, das Experten des European Expertise Service unter der Leitung von Wolfgang Däubler 1994/95 in Kirgistan durchführten. Der Beitrag zeigt die vielfältigen Herausforderungen und unterschiedlichen politischen Interessenlagen der handelnden Akteure auf, unter denen nach dem Ende der Sowjetunion ein neues kirgisches Arbeitsgesetzbuch entwickelt werden sollte. Er ermöglicht so persönliche Einblicke in den Transformationsprozess eines Landes und die tiefgreifenden politischen wie auch rechtlichen Herausforderungen, die mit einem solchen Prozess einhergehen.

Hanau: Betriebsvereinbarungsoffenes Recht

SR 3/2019, S. 102–107

Der Verfasser untersucht das betriebsvereinbarungsoffene Recht als »kleine Schwester« des tarifdispositiven Rechts. Ausgehend vom Grundsatz des § 77 Abs. 3 BetrVG unterscheidet er zwischen Öffnungen für Betriebsvereinbarungen, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, und solchen, die einer tarifvertragliche Ermächtigung bedürfen. Insgesamt zeigt sich bei der Öffnung zwingenden Rechts eine große Bandbreite hinsichtlich des Verhältnisses von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Der Verfasser plädiert daher dafür, dieses – auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht – genauer zu untersuchen.

Jacobs/Frieling: Die Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien – eine dogmatische Kritik an einem verfassungsrechtlichen Sonderweg im Tarifrecht

SR 3/2019, S. 108–117

Der Grundrechtsbindung der Tarifvertragsparteien als arbeitsrechtlicher Grundlagenfrage nähern sich die Verfasser mit drei ausgewählten Beispielen aus der Rechtsprechung an, in denen die Verletzung von Grundrechten zur Verfassungswidrigkeit tariflicher Regelungen führte. Zwangsläufig stellt sich die Frage, inwieweit die Grundrechte der Tarifautonomie Grenzen zu setzen vermögen. Die Autoren arbeiten hierbei den Begründungsansatz der Rechtsprechung für die Grundrechtsbindung heraus und

Abstracts

Colneric: Legal (experts) transfer in post-communism

SR 3/2019, pp. 92–101

The author describes the conditions and the course of the TACIS project »Labour legislation and its institutional framework«, which experts from the European Expertise Service conducted in Kyrgyzstan in 1994/95 under the leadership of Wolfgang Däubler. The article shows the numerous challenges and diverse political interests of the acting stakeholders, under which a new Kyrgyz Labour Code should have been designed after the end of Soviet Union. It allows for a personal perspective on the transformation process of a country and the far-reaching political and legal challenges going along with it.

Hanau: Statutory law allowing for deviation by works agreement

SR 3/2019, pp. 102–107

The author examines statutory law allowing for deviation by works agreement as the »little sister« of opening clauses for collective agreements. Based on the principle of § 77 para. 3 BetrVG, he distinguishes between statutory law open for deviation directly by works agreements and provisions that require authorisation by collective agreement. Overall, a broad scope of mandatory law exists with regard to the relationship of collective agreements and works agreements. Therefore, the author pleads for further examination, also from a constitution perspective.

Jacobs/Frieling: Social partners bound by fundamental rights – a dogmatic critique of a constitutional special path in collective bargaining law

SR 3/2019, pp. 108–117

The commitment to fundamental rights of social partners is a fundamental question of labour law. The authors approach this question with three selected examples from case law, in which the violation of fundamental rights led to the unconstitutionality of the collective agreements. Inevitably, the question arises as to what extent the fundamental rights can set limits to social partners. The authors critically examine the reasoning of the jurisprudence. They conclude that collective agreements cannot violate funda-

unterziehen diesen einer kritischen Betrachtung. Die Verfasser schließen mit der Erkenntnis, dass Tarifverträge nicht grundrechtswidrig sein können und die Tarifvertragsparteien nicht an die Grundrechte gebunden sind.

Kittner: Klassen-Kompromiss zur Unzeit – Stinnes-Legien-Abkommen 1918

 3/2019, S. 118–127

Durch das Stinnes-Legien-Abkommen vom 15. November 1918 wurden zentral Gewerkschaften als berufene Arbeitnehmersvertreter sowie Tarifverträge anerkannt. Mit diesem historischen Ereignis schloss Deutschland – wenn auch verspätet – zu seinen Nachbarn Frankreich und Großbritannien auf. In seinem Beitrag bettet der Verfasser das Abkommen in den historischen Kontext ein und schildert insbesondere die Zustände vor, in und unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg einschließlich der November-Revolution. Im weiteren Verlauf untersucht er, woran das Abkommen und die Tarifautonomie in der Weimarer Republik gescheitert sind und welche Rückschlüsse wir daraus für die heutige Zeit ziehen können. Im Ergebnis sieht er im Abkommen die Grundlage für das »Modell Deutschland«, einer erfolgreichen Tarifautonomie gepaart mit starken Betriebsräten.

Klebe: Künstliche Intelligenz – eine Herausforderung für die Mitbestimmung

 3/2019, S. 128–137

Künstliche Intelligenz erfreut sich aktuell großer Beliebtheit und wird in den kommenden Jahren noch weiter gefördert werden. Der Verfasser erläutert zunächst, was sich in technischer Hinsicht hinter dem Begriff der Künstlichen Intelligenz verbirgt, und erörtert dann ihren Anwendungsbereich im Arbeitsleben. Einen Schwerpunkt legt er dabei auf die Handlungsfelder und Rechte des Betriebsrats. Dabei zeigt sich, dass die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats breit gefächert sind und beispielsweise den Beschäftigtendatenschutz sowie den Arbeits- und Gesundheitsschutz umfassen. Gemein haben alle Themenfelder, dass die Künstliche Intelligenz das Arbeitsrecht vor neue Herausforderungen stellt. Unter dieser Prämisse formuliert der Verfasser rechtspolitische Forderungen und untersucht den Einsatz von Künstlicher Intelligenz unter ethischen Gesichtspunkten.

mental rights and that social partners are not bound by fundamental rights.

Kittner: Class compromise mistimed – Stinnes-Legien-Agreement 1918

 3/2019, pp. 118–127

By the Stinnes Legien Agreement of 15 November 1918, trade unions as representatives of the workers as well as collective agreements were recognised. By this historic event Germany – albeit delayed – joined its neighbours France and Great Britain. In his article the author embeds the agreement in its historical context and describes the conditions before, during and immediately after the First World War, including the November Revolution. In the following he examines the reasons why collective autonomy as well as the agreement failed and which conclusions can be drawn for today. Summing up he regards the agreement as forming the basis for the »Model Germany« – a successful collective bargaining system paired with strong works councils.

Klebe: Artificial intelligence – a challenge for co-determination

 3/2019, pp. 128–137

Artificial intelligence is currently enjoying great popularity and will continue to be supported in the upcoming years. The author explains the technical background of the concept of artificial intelligence, and then examines its scope of use in working life. He highlights the fields of action and rights of the works council. It shows that the co-determination rights of the works councils are broadly diversified, including data protection or occupational health and safety. All topics have in common that artificial intelligence poses new challenges to labour law. Based on this premise, the author formulates legal policy demands and examines the use of artificial intelligence from an ethical point of view.

Krause: Zwischen Treuepflichtverletzung und Rechtsdurchsetzungsinstrument – Externes Whistleblowing im Wandel der Zeiten

SR 3/2019, S. 138–152

Externes Whistleblowing – die Weitergabe von Wissen an eine Person oder Institution außerhalb der eigenen Organisation – war bereits Anfang des 20. Jahrhunderts Gegenstand arbeitsrechtlicher Auseinandersetzungen. Der Verfasser legt zunächst die häufig altruistische Motivation der Whistleblower dar und begibt sich dann auf die Suche nach verstreutem Gesetzesrecht zur Regelung externen Whistleblowings. Er kommt zu dem Ergebnis, dass das deutsche Arbeitsrecht in dieser Hinsicht lediglich einen fragmentarischen Charakter bietet und es sich um eine Materie traditionellen Richterrechts handelt. Der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden, erweise sich daher als Konzeptionswechsel. Er stellt ihn sowie die aktuelle Trilog-Einigung hierzu ausführlich dar.

Preis: 15 Jahre AGB-Kontrolle in den Händen von zehn Senaten des BAG

SR 3/2019, S. 153–164

15 Jahre nach der Integration des Arbeitsrechts in die AGB-Kontrolle zieht der Verfasser Bilanz und beleuchtet Grundsatz- wie auch lang umkämpfte Einzelfragen. Ausgangspunkt sind die AGB-rechtlichen Prinzipien und die in § 310 Abs. 4 BGB kodifizierte Wertung, wonach die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen sind. Die überragende praktische Bedeutung des AGB-Rechts liege darin, dass es sich um die Fortführung der Kontrolle einseitig gestellter Vertragswerke auf Grundlage von Treu und Glauben gem. § 242 BGB handele. Abschließend könne festgehalten werden, dass das AGB-Recht nach 15 Jahren weitgehend befriedet sei. Dennoch gebe es einige Kritikpunkte, die in der Zukunft der Klärung bedürfen.

Schlachter: Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen? – Die Europäische Sozialcharta als Mittel zur Auslegung von Grundrechten der Europäischen Union

SR 3/2019, S. 165–174

Die Abhandlung beschäftigt sich mit der EU-Grundrechtecharta und ihrem komplexen Verhältnis zu anderen Rechtsquellen zum Schutz sozialer Rechte. Die Verfasserin

Krause: Between breach of loyalty and law-enforcement – external whistle-blowing in the course of time

SR 3/2019, pp. 138–152

External whistleblowing – the transfer of knowledge to a person or institution outside of one's own organisation – was already subject of labour law disputes at the beginning of the 20th century. Initially, the author explains the frequent altruistic motivation of whistle-blowers. Subsequently he embarks on a search for scattered law on external whistleblowing. He concludes that German labour law has a fragmentary character in this respect and that it is a matter of traditional case law. Therefore, the Commission proposal for a Directive on the protection of persons reporting on breaches of Union law proves to be a conceptual change. He thoroughly comments on the proposal as well as the trilogue-agreement.

Preis: 15 years of standard contract terms-jurisprudence in the hands of ten senates of the Federal Labour Court

SR 3/2019, pp. 153–164

15 years after the integration of labour law into the review of standard contract terms, the author takes stock and discusses fundamental questions as well as longstanding individual issues. Starting point are the legal principles of standard contract terms and the legal purpose codified in § 310 para. 4 BGB, according to which the peculiarities of labour law are to be adequately considered. The outstanding practical importance of the law on standard contract terms is to be seen in the continuation of the review of unilateral contracts based on good faith in accordance with § 242 BGB. Finally, it could be stated that the law on standard contract terms is largely pacified after 15 years. Nevertheless, there are some points of criticism that require clarification in future.

Schlachter: Fair and appropriate working conditions? – The European Social Charter as a means of interpreting the fundamental rights of the European Union

SR 3/2019, pp. 165–174

The article deals with the Charter of Fundamental Rights of the European Union and its complex relationship with other sources of law for the protection of social rights. The

prüft die Europäische Sozialcharta auf ihre Eignung zur Auslegung der EU-Grundrechte. Sie tut dies am Beispiel der »gerechten und angemessenen Arbeitsbedingungen« des Art. 31 GRC. Sie zeigt auf, dass nach wie vor nur geringe Möglichkeiten bestehen, völkerrechtlichen Gewährleistungen jenseits der EMRK im Unionsrecht effektiv Beachtung zu verschaffen. Möglich sei aber eine Orientierung der Auslegung der GRC an völkerrechtlichen Standards, die den allgemein gehaltenen Formulierungen der Charta einen konkreteren Inhalt verleihen können.

Wedde: Gläsernen Belegschaften Grenzen setzen – Datenschutz im Betrieb

SR 3/2019, S. 175–187

Der Verfasser betrachtet kritisch, dass die Beschäftigten oftmals die wenigsten Informationen über Art und Zweck der Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten haben. Zur Einschätzung der datenschutzrechtlichen Situation wird die Entwicklung des Beschäftigtendatenschutzes seit dem BDSG von 1977 bis hin zur DSGVO und dem BDSG von 2018 nachgezeichnet. Daneben gelte es auch verfassungsrechtliche Vorgaben zu beachten, die das BVerfG 1983 mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung aufgestellt hat. Darüber hinaus bestehe zu verschiedenen Fragestellungen weiterhin Diskussionsbedarf.

Winter: Facetten des Antidiskriminierungsrechts im Arbeitsleben und in der arbeitsgerichtlichen Praxis

SR 3/2019, S. 188–196

Antidiskriminierungsrecht und gesellschaftliches Rechtsverständnis sind in den Augen der Verfasserin eng verzahnt. Dennoch strebe das Antidiskriminierungsrecht immer einen Wandel des Rechtsverständnisses an, wenn es andernfalls Gefahr liefe, seinen Schutzziele nicht zu entsprechen. Ferner müsse der Begriff »Merkmal« überdacht und ggf. durch den Begriff »Grund« ersetzt werden. Die Begriffe »Rasse« und »ethnische Herkunft« werden von ihr auf den Prüfstand gestellt und hinsichtlich unmittelbarer wie auch mittelbarer Diskriminierung untersucht. Die Verfasserin verdeutlicht, dass »Alltagsrassismus« gesetzlich erfasst wird und zeigt sich optimistisch, dass sich das Rechtsverständnis fortentwickelt.

author examines the European Social Charter with regard to its suitability for the interpretation of EU fundamental rights by using the example of »fair and appropriate working conditions« of Art. 31 CFR. She shows that there are still few opportunities to provide effective attention to international guarantees outside the ECHR in EU law. However, it is possible to take international law standards as a guideline for the interpretation of the CFR, which may give a more concrete content to the generally held wording of the Charter.

Wedde: Setting limits to the transparent employee – data protection within the company

SR 3/2019, pp. 175–187

The author takes a critical view on the fact that employees often have the least information about the nature and purpose of the processing of their personal data. In order to assess the situation on data protection, he illustrates the development of employee data protection since the BDSG from 1977 to the GDPR and the BDSG of 2018. In addition, the constitutional requirements, which the Federal Constitutional Court established in 1983 with the right to informational self-determination, have to be respected as well. Further, there is still a need for discussion of various questions.

Winter: Facets of anti-discrimination law in working life and in labour court-jurisprudence

SR 3/2019, pp. 188–196

Anti-discrimination law and the social concept of law are closely linked in the author's view. Nevertheless, anti-discrimination law always seeks to change the public view on the law if it otherwise would run the risk of failing to meet its goals. Furthermore, the term »feature« should be reconsidered according to her and, if necessary, replaced by the term »reason«. She also critically examines the terms »race« and »ethnic origin« with regard to direct and indirect discrimination. The author makes it clear that »everyday racism« is already forbidden by law and that she is optimistic that the understanding of law will further develop.