

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift
für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit



Abhandlungen

Tarifdispositives Recht und Privilegierung Tarifgebundener als Stärkung
der Tarifbindung?

Daniel Ulber Seite **85**

Eine Utopie aus der Wüste? Der »Code du Travail Alternatif« in Frankreich

Wolfgang Däubler Seite **97**

Religionsfreiheit, Kopftuch, Arbeit

Peter Stein Seite **107**

Rezensionsaufsätze

Thomas Klein, Das Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in
privatisierten Unternehmen – Am Beispiel der Postnachfolgeunternehmen

Jens M. Schubert Seite **121**

Zusammenfassungen (Abstracts) / Vorschau

Seite **128**

Tarifdispositives Recht und Privilegierung Tarifgebundener als Stärkung der Tarifbindung?*

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

Die Diskussion um die Stärkung der Tarifautonomie ist auch nach dem Inkrafttreten des Tarifautonomie-Stärkungsgesetzes nicht abgeflacht. Ursache ist eine nach wie vor niedrige Tarifbindung in vielen Branchen. Damit stellt sich weiterhin die Frage, ob es rechtliche Möglichkeiten gibt, die Tarifautonomie und die Tarifbindung zu stärken. Eine Frage im Zuge dieser Diskussion ist, ob eine Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber im tarifdispositiven Recht¹ die Tarifbindung stärken kann.

Das Privileg, mit dem man sie hierbei in die Tarifbindung bewegen will, ist, dass sie mit ihrem Sozialpartner Arbeitsbedingungen für ihre Beschäftigten vereinbaren dürfen, die schlechter sind als der gesetzliche Mindeststandard, während diese Möglichkeit für nicht tarifgebundene Arbeitgeber zumindest nur eingeschränkt besteht. Den Wirkungen und Vor- und Nachteilen eines solchen Konzepts soll hier nachgegangen werden.

Zunächst sollen dazu die Effekte aufgezeigt werden, die das tarifdispositive Recht in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung auf die Tarifbindung hat. Auf dieser Grundlage lässt sich die Frage beantworten, welche Maßnahmen der Gesetzgeber ergreifen könnte, wenn er auf das Instrument der Privilegierung Tarifgebundener zurückgreifen möchte. Zwei Andeutungen des Gedankens einer Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (im Folgenden BMAS abgekürzt) im Gesetzentwurf zum Gesetz zur Änderung des AÜG² und im Weißbuch Arbeiten 4.0 des BMAS aufgegriffen.³ Gerade um den Gesetzentwurf zum AÜG hat es einiges an Aufregung gegeben, insbesondere ist die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der dort geregelten Privilegierung Tarifgebundener in Frage gestellt worden.⁴ Der Schwerpunkt dieses Beitrags soll eher auf diese prinzipielle Frage gelegt werden und das AÜG nur am Rande gestreift werden. Denn die gegenwärtige Diskussion über eine Umgestaltung des Arbeitszeitrechts scheint weitaus wichtiger zu sein.

I. Tarifdispositives Recht und Tarifbindung – eine Bestandsaufnahme

Tarifdispositives Recht folgt dem Grundgedanken, den Sozialpartnern Gestaltungsspielräume einzuräumen, um den gesetzlichen Schutzstandard zulasten der Arbeitnehmer zu verschlechtern.⁵ Dieses Phänomen hat Rudolf Buschmann in der Festschrift für Richardi als »Abbau des Arbeitnehmerschutzes durch kollektives Arbeitsrecht« treffend eingeordnet.⁶ Und Richardi selbst hat dieses Konzept wenig später als »Zweckverfehlung der Tarifautonomie« gebrandmarkt.⁷ Von Gamillscheg stammt schließlich die für die Problematik dieses Beitrags wegweisende Einordnung als »Danaergeschenk für Gewerkschaften«.⁸ Kurzum, tarifdispositives Recht schadet dem Ansehen der Tarifautonomie und rückt sie in ein schlechtes Licht.⁹

Eigentlich sollte der Gebrauch von solchen Normen eine Ausnahme bleiben.¹⁰ Denn es ist nicht naheliegend, dass Gewerkschaften sich bereitfinden, gesetzliche Mindeststan-

* Überarbeitete und um einige Nachweise ergänzte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 27.11.2017 auf der Tagung ARBEITSRECHT – QUO VADIS? in Berlin gehalten hat. Die Vortragsfassung wurde teilweise beibehalten. Prof. Dr. Stefan Greiner und Prof. Dr. Jens Schubert bin ich für weiterführende Hinweise dankbar.

- 1 Ausf. dazu *D. Ulber* in: Däubler, TVG, 4. Aufl., Baden-Baden 2016, (im Folgenden: Däubler, TVG), Einl. C Rn. 473 ff.; *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten, Berlin 2000, zugl.: Köln, Univ., Diss., 2010).
- 2 BT-Drs. 18/9232.
- 3 BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, Berlin 2016, S. 192.
- 4 *Franzen*, ZfA 2016, 25 ff.
- 5 Ausf. dazu *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1); *Buschmann*, FS Richardi, 2007, S. 93 ff.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I, München 1997, S. 698.
- 6 *Buschmann*, FS Richardi, 2007, S. 93.
- 7 *Richardi*, NZA 2008, 1, 4 ff.
- 8 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht (Fn. 5), S. 698; was teilweise noch als »Untertreibung« eingeordnet wird, *Buschmann*, FS Richardi, 2007, S. 98; vgl. zur Kritik auch *Schlachter/Klauk*, AuR 2010, 354.
- 9 *Waltermann*, RdA 2014, 86, 89.
- 10 Zur historischen Entwicklung des tarifdispositiven Rechts vgl. *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1), S. 37 ff.

dards zu verschlechtern. Die Praxis, gerade im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung, aber auch in anderen Bereichen, zeigt indes, dass der Gebrauch von solchen Möglichkeiten durchaus verbreitet ist. Verständlich wird er erst unter Berücksichtigung von organisationspolitischen Interessen und Kompensationsgeschäften¹¹ oder aber partieller Machtlosigkeit der Gewerkschaften. Denn Tarifverträge auf Grundlage tarifdispositiven Rechts sind zumindest teilweise »gewerkschaftliche Tarifpolitik im Arbeitgeberinteresse«. Anders ist dies nur bei solchen Regelungen, die das gesetzliche Schutzniveau, zumindest bei einer Gesamtbetrachtung, nicht absenken.

1. Vertrauen auf den tarifautonomen Interessenausgleich

Man kann diese Bewertung relativieren. Denn die Abweichungsbefugnisse im tarifdispositiven Recht sind – abgesehen von der Leiharbeit – im Regelfall punktuell. Zudem kann nicht ausgeschlossen werden, dass es zu einer Kompensation im Tarifvertrag kommt. Wer hierauf abstellt, verweist darauf, dass die Gewichtung unterschiedlicher Arbeitsbedingungen Refugium der Tarifvertragsparteien ist.

Dieser Gedanke ist aus zwei Gründen problematisch und, wie die Praxis der letzten 20 Jahre zeigt, etwas naiv.¹²

Zum einen gibt es Regelungsgegenstände, die mit gutem Grund einer solchen Kommerzialisierung entzogen sind oder – was für Teile des Arbeitszeitrechts gilt – entzogen sein müssten.¹³ Hier sind punktuelle Befugnisse vorhanden, die überaus intensiv wirken. Der Verweis auf eine Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen hilft hier auch nicht weiter. Zunächst einmal gibt es keine Richtigkeitsgewähr, sondern lediglich eine Richtigkeitschance von Tarifverträgen, weil die Tarifautonomie als Verfahren des Interessenausgleichs mehr nicht gewährleisten kann.¹⁴ Und genau aus diesem Grund darf der Staat auch dort nicht auf die Tarifautonomie vertrauen, wo er Mindeststandards kraft verfassungsrechtlicher und unionsrechtlicher Pflichten gewährleisten muss.¹⁵ Zudem kann sich die Richtigkeitschance immer nur auf den gesamten Tarifvertrag und nicht auf einzelne Regelungsgegenstände beziehen, weil diese Gegenstand wechselseitiger Verrechnung sind. Genau hierin liegt das Problem punktueller Abweichungsbefugnisse von gesetzlichen Regelungen. Diese sind mit Blick auf den spezifischen Normkomplex zwingend gestaltet worden und eine Freigabe für Tarifverhandlungen ist nichts anderes, als die Ökonomisierung bereichsspezifischer Mindeststandards. Das kann man ver-

einzelt für rechtspolitisch richtig oder falsch halten, aber jedenfalls kann man zu ihrer Legitimation nicht auf eine Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen verweisen.

Zudem müssen diejenigen, die auf den tarifautonomen Interessenausgleich vertrauen wollen, von tarifpolitischen Machtverhältnissen ausgehen, bei denen die Gewerkschaften stark genug und willens sind, dem Druck auf bestimmte Abweichungen hin stand zu halten. Dass eine solche Annahme in einer Zeit aufrecht erhalten bleibt, in der die Diskussion um die Schwäche der Tarifautonomie nicht abebbt, sinkende Organisationsgrade und abnehmende gewerkschaftliche Durchsetzungsfähigkeit auf allen Ebenen beklagt werden, ist zumindest ein bemerkenswerter Widerspruch.¹⁶ Die letzte Dekade hat gezeigt, dass dies nicht überall der Fall ist und aufgrund abnehmender Organisationsgrade auch nicht überall von einem funktionsfähigen tarifautonomen Interessenausgleich ausgegangen werden kann. Die Funktionsfähigkeit des tarifautonomen Interessenausgleichs ist gegenwärtig damit jedenfalls nicht in allen Branchen gesichert.

Das aber ist problematisch. Denn nach dem zweiten Weltkrieg sind tarifdispositive Normen, wenn man einmal vom AÜG absieht, fast ausschließlich während Zeiten vergleichsweise hoher Organisationsgrade und Tarifbindung erlassen worden.¹⁷ Diese Grundlage hat sich in den letzten Jahren verändert.

2. Auswirkungen tarifdispositiven Rechts auf die »Attraktivität der Tarifautonomie«

Lässt man den bemerkenswerten Befund beiseite, dass offenbar in Zeiten, in denen die Tarifautonomie geschwächt

11 Dazu: *Buschmann*, FS Richardi, 2007, S. 93 ff. und mit Blick auf das AÜG: *D. Ulber*, in *Giesen/Junger/Rieble* (Hrsg.), *Ordnungsfragen des Tarifrechts*, München 2017, S. 87 ff.

12 Mit Recht skeptische Einschätzung bei *Waltermann*, NZA 2014, 874, 877.

13 Ausf.: *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1).

14 *Käppler*, NZA 1991, 745, 747; *Loth/D. Ulber*, NZA 2013, 130, 132; *B. Preis*, ZFA 1972, 271, 275; *Schmidt-Rimpler*, FS Raiser, 2005, S. 3 und S. 5 f; *Waltermann*, RdA 2014, 86, 88 f; ausf. *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1), S. 463 ff.; vgl. auch: *Däubler*, TVG-D. *Ulber*, Einl. C Rn. 263 f.; *Däubler*, TVG-*Nebe*, § 1 RVG Rn. 150 ff.; *Ricken*, *Autonomie und tarifliche Rechtssetzung*, München 2006, S. 147.

15 Zumindest vorsichtig in diese Richtung deutend: BAG, 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45, 48; dazu: *Loth/D. Ulber*, NZA 2013, 130 ff.

16 *Däubler*, TVG-D. *Ulber* (Fn. 1), Einl. C Rn. 476; ebenso *Waltermann*, NZA 2014, 874, 877; *ders.*, RdA 2014, 86, 89; dazu auch *Preis/Ulber*, FS Kempen, 2013, S. 15 ff.

17 Vgl. zur Geschichte ausf.: *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1), S. 37 ff.

ist, von einigen besonders laut nach ihr gerufen wird,¹⁸ kann man auch die Folgen der Annahme hinterfragen, der tarifautonome Interessenausgleich werde das Problem schon richten.

a) Arbeitnehmerseite

Denn selbst dann, wenn es tatsächlich zu einem Ausgleich für die Unterschreitung gesetzlicher Mindeststandards im Tarifvertrag kommt, so bleibt doch der Befund, dass dem Arbeitnehmer durch den Tarifvertrag gesetzlicher Schutz entzogen wird, wenn von tarifdispositivem Recht Gebrauch gemacht wird. Das hat zur Folge, dass die Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite durch tarifdispositives Recht nicht erhöht werden kann. Eher setzt es Anreize, nicht Mitglied einer Gewerkschaft zu werden bzw. aus ihr auszutreten. Insoweit gefährdet tarifdispositives Recht die Tarifautonomie.¹⁹

Jenseits des Ansehensverlusts unter den Arbeitnehmern bestünde, wenn man das tarifdispositive Recht isoliert betrachtet, das Problem, dass durch solche Tarifverträge tarifgebundene Arbeitnehmer schlechter stünden, als tarifungebundene Arbeitnehmer – sogenannte Außenseiter. Dieses Problem löst der Gesetzgeber bekanntermaßen verbreitet dadurch, dass die entsprechenden tarifvertraglichen Normen auch gegenüber Außenseitern zur Anwendung gebracht werden können. Die Reichweite solcher gesetzlicher Erstreckungsklauseln und ihre Anwendbarkeitsvoraussetzungen sind ein Problem für sich,²⁰ auf das später noch zurückzukommen ist. Ausreichend sei hier, dass Erstreckungsklauseln jedenfalls geeignet sind, eine Privilegierung der nichtorganisierten Arbeitnehmer gegenüber tarifgebundenen Arbeitnehmern aufgrund von tarifdispositivem Gesetzesrecht zu verhindern. So werden sie auch verbreitet gerechtfertigt.²¹ Dass ihr Hauptzweck wohl eher darin liegt, es dem Arbeitgeber zu ermöglichen, in seinem Betrieb einheitliche Arbeitsbedingungen herzustellen und auch bei mangelnder Repräsentation der Gewerkschaft unter den Arbeitnehmern umfassend von tarifdispositivem Recht profitieren zu können, sollte allerdings im Blick behalten werden. Überhaupt ist diese Funktion in Zeiten einer erodierenden Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite von zunehmender Bedeutung.

b) Arbeitgeberseite

Für Arbeitgeber könnte tarifdispositives Recht einen Anreiz bieten, eine Tarifbindung einzugehen, um das gesetzliche Schutzniveau unterschreiten zu können. Dieser Anreiz

wird aber beseitigt, wenn die entsprechenden abweichenden Regelungen in Tarifverträgen per Erstreckungsklausel auch bei Arbeitgebern ohne Tarifbindung zur Anwendung gebracht werden können. Das gilt umso mehr, wenn lediglich die abweichenden Regelungen aus dem Tarifvertrag entnommen werden müssten, im Übrigen aber weder der Tarifvertrag insgesamt, noch das Tarifwerk, in das er sich einbettet.²² Denn dann könnte von den abweichenden Regelungen profitiert werden, ohne dass man eine etwaige Kompensation an anderer Stelle gewähren muss. Das ist schon mit der vorgeschobenen Rechtfertigung solcher Normen mit der Richtigkeitsgewähr von Tarifverträgen nicht zu erklären. Es zeigt aber, dass die gegenwärtige Ausgestaltung auch auf Arbeitgeberseite im Ergebnis eher kein Instrument ist, zur Tarifbindung beizutragen.

c) Fazit

Sieht man diese Gemengelage, dann ist tarifdispositives Recht in seiner gegenwärtigen Form kein Beitrag zur Stabilisierung der Tarifbindung. Im Gegenteil führt es auf Arbeitnehmerseite zu einem Anreiz aus einer Gewerkschaft auszutreten, bzw. ihr nicht beizutreten, weil Gewerkschaften als Akteure auftreten, die an einer Benachteiligung von Arbeitnehmern mitwirken. Auf Arbeitgeberseite bietet es gegenwärtig kaum Anreize, eine Tarifbindung einzugehen.

II. Tarifdispositives Recht und Tarifbindung – neue Konzepte

Es stellt sich damit die Frage, ob an dieser gesetzlichen Ausgangslage etwas verändert werden kann. Ganz offenkundig liegt ein zentraler Anreiz für die Entscheidung, eine Tarifbindung zu begründen, in ökonomischen Gesichtspunkten. Zwar wäre es eine unterkomplexe Betrachtungsweise menschlicher Entscheidungen eine Betrachtung auf diesen Gesichtspunkt zu verengen. Das ist aber auch nicht erforderlich. Es geht hier ja nur um die Frage, ob man Anreize

18 Kritisch dazu bereits: *Preis/D. Ulber*, FS Kempen, 2013, S. 36.

19 So jedenfalls für das AÜG: *Bepler*, FS Kempen, 2013, S. 112, der iÜ. aber optimistischer ist.

20 Vgl. dazu: *Bepler*, FS Kempen, 2013, S. 115.

21 Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 373; Gammillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I (Fn. 5), S. 705.

22 Kritisch etwa *Waltermann*, RdA 2014, 86, 89; *Bepler*, FS Kempen, 2013, S. 115 f.

für eine Tarifbindung setzen kann und dafür reicht, dass ökonomische Überlegungen bei der Entscheidung eine Tarifbindung einzugehen, relevant sind. An diesem Punkt setzen nun die Überlegungen im Weißbuch Arbeitsrecht an. Ebenso zu nennen ist in diesem Zusammenhang § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG, der hier nur knapp dargestellt werden kann.

1. Der neue § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG

Relevant ist hier lediglich das Regelungskonzept im neuen AÜG als solches. § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG in der seit dem 1. April 2017 geltenden Fassung beinhaltet eine Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber. Es geht dabei um die Möglichkeit der tarifvertraglichen Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer von Leiharbeitnehmern. In § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG wird diese nicht mit den Möglichkeiten einer arbeitsvertraglichen Erstreckung verbunden. Damit ist diese Norm zunächst für nicht tarifgebundene Arbeitgeber »gesperrt«.

Der Gesetzgeber hat in § 1 Abs. 1b S. 4 AÜG allerdings den Betriebsparteien die Entscheidung über die Übernahme solcher Normen in tarifgebundenen Betrieben zugewiesen. Damit können sie dort zur Anwendung gebracht werden, lediglich der Weg zu diesem Ergebnis verändert sich. Damit ist allerdings eine Wirkkraftverstärkung für das kollektive Arbeitsrecht erreicht, weil dies zumindest voraussetzt, dass es in einem Betrieb einen Betriebsrat gibt.²³ Betriebsratslose Betriebe verfügen damit nicht über eine Erstreckungsmöglichkeit. Eine solche Einbindung der Betriebsparteien ist dem tarifdispositiven Recht nicht fremd.

Auch andere Vorschriften ermöglichen die Erstreckung durch Betriebsvereinbarung oder doch jedenfalls die Beteiligung der Betriebsparteien bei der Erstreckung.²⁴ Die verfassungsrechtlichen Probleme, die mit einer solchen Regulierung verbunden sind, sind nicht unerheblich. Denn über die Betriebsvereinbarung können tarifvertragliche Regelungen eine unmittelbare und zwingende Wirkung auch gegenüber solchen Personen erreichen, die sie nicht unmittelbar zur Normsetzung legitimiert haben. Ob das unter dem Gesichtspunkt der negativen Koalitionsfreiheit zulässig ist, ist eine Frage für sich, die hier offen bleiben soll.²⁵

Eine Innovation des dargestellten Konzepts ist in § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG enthalten.²⁶ Dieser bewegt sich insoweit innerhalb des bekannten Musters, als er den Gebrauch von solchen »Subdelegationsklauseln« auch den Betriebspartnern in Betrieben nicht tarifgebundener Arbeitgeber gestattet. Allerdings wird diese Handlungsmöglichkeit insoweit

beschränkt, als sie grundsätzlich nicht über eine 24-monatige Verlängerung der Höchstüberlassungsdauer hinausgeht. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die Tarifvertragsparteien die Betriebsparteien ermächtigen, eine Überlassungsdauer von mehr als 24 Monate zu vereinbaren. In diesem Fall gilt diese Frist auch in Betrieben nicht tarifgebundener Entleiher. Ungeachtet dieser Einschränkung bricht die Norm damit mit dem bisherigen Konzept, weil sie die Erstreckungsmöglichkeit bei nicht tarifgebundenen Arbeitgebern einschränkt. Diese können nicht mehr in vollem Umfang an den abweichenden tarifvertraglichen Regelungen partizipieren.²⁷

2. Das Weißbuch Arbeiten 4.0

Jenseits der sehr speziellen Regelung in § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG scheint das tarifdispositive Recht im Moment wieder Hochkonjunktur zu haben. Nachdem man in den 2000er Jahren noch die Untauglichkeit dieses Instruments, einen sachgerechten Interessenausgleich zu gewährleisten, problematisierte²⁸ und Gamillschegs Bild vom *Danaergeschenk* für Gewerkschaften in der Leiharbeit voll zu spüren war,²⁹ hat der ökonomische Aufschwung diese Erinnerungen verblasen lassen. Angesichts Arbeitsmarktlage und wirtschaftlichen Perspektiven erleben wir eine Phase, in der in Tarifverträgen für die Arbeitnehmer wieder mehr herausgeholt werden kann. Und so verwundert es nicht, dass man in einer solchen Konstellation tarifdispositives Recht als weniger problematisch erlebt.

Wenn allerdings Tarifverträge, wie die der IG Metall zur Leiharbeit, Anlass für Satiresendungen im Fernsehen werden, in denen insinuiert wird, die Gewerkschaften würden die Interessen der Arbeitnehmer mit Füßen treten, dann trägt dieser Schein möglicherweise.³⁰ Die Kontrover-

23 Vgl. dazu: *Deinert*, RdA 2017, 65, 76; kritisch etwa: *Franzen*, ZfA 2016, 25, 40.

24 Etwa § 7 ArbZG.

25 Vgl. dazu: *Wank*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 17. Aufl., München 2017 (im Folgenden: *ErfK*), § 7 ArbZG Rn. 3; *Buschmann*, FS Wißmann, 2005, S. 265.

26 Dazu: *Deinert*, RdA 2017, 65, 76.

27 Verfassungsrechtliche Bedenken erheben: *Franzen*, ZfA 2016, 25 ff.; *Henssler*, RdA 2017, 83, 98; dagegen: *Deinert*, RdA 2017, 65, 76.

28 Nach wie vor zutreffende Einordnung der Problematik hingegen: *Waltermann*, RdA 2014, 86, 89.

29 Ausf. zur Problematik etwa: *Waltermann*, NZA 2010, 482.

30 BMAS, Weißbuch (Fn. 3), S. 193 vgl. http://www.bmas.de/mwg-internal/de5fs23hu73ds/progress?id=p9QQXZG8yfqbPmR5Whbea-W3VphNrU_drm5Zl2slWU0,&dl (17.04.2018).

se um diese Tarifverträge soll hier nicht vertieft werden. Sie bedürfte eigenständiger Überlegungen. Es soll lediglich angemerkt werden, dass der Optimismus, mit dem manche dem tarifdispositiven Recht im Moment gegenüber treten, angesichts der tatsächlichen Tarifpraxis reichlich naiv ist.³¹

Das gilt auch für das Weißbuch Arbeiten 4.0, das die Regelungstechnik des AÜG für das Arbeitszeitrecht im erweiterten Rahmen – einer sogenannten Experimentierklausel – fortschreiben möchte.³² Das ist problematisch, weil sich zwar in § 7 Abs. 2a ArbZG bereits eine Regelung findet, in der der Gesetzgeber versucht hat den Tarifvertragsparteien weite Spielräume zu verschaffen, die allerdings wenig gelungen ist.³³ Die Überlegung, die Tarifvertragsparteien von den Vorgaben des ArbZG freizustellen, würde auch ohne Weiteres zu der Frage nach unionsrechtlichen³⁴ und verfassungsrechtlichen Grenzen³⁵ eines solchen Vorhabens führen. Schon das gegenwärtige Recht vermag diese nicht einzuhalten. Die Experimentierklausel kann also, sollten die hierauf beruhenden Regelungen wirksam sein, gar nicht so experimentell werden, wie man sich das vielleicht erhofft. Für diesen Beitrag mag das auf sich beruhen. Von Bedeutung ist hier lediglich, dass im Weißbuch, im Zusammenhang mit der Idee einer Experimentierklausel, auch eine Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber angesprochen wird:

»Als wichtige Voraussetzung für neue Flexibilitätskompromisse³⁶ sollten wir weitere Anreize und Instrumente prüfen, mit denen wir Tarifpartnerschaft und Tarifbindung sowie die Gründung von Betriebsräten unterstützen können. Es sollte nicht nur darum gehen, den Erosionsprozess der letzten Jahrzehnte bei Tarifbindung und betrieblicher Interessenvertretung aufzuhalten. Wir sollten vielmehr bemüht sein, ihn umzukehren, ohne freilich das Prinzip der Koalitionsfreiheit in Frage zu stellen.« Das BMAS hat bereits damit begonnen – so beim Gesetz zur Verhinderung des Missbrauchs von Werkverträgen und Leiharbeit oder beim Entwurf für das Betriebsrentenstärkungsgesetz – Gesetze so auszurichten, dass sie hierzu einen Beitrag leisten können.

Auch neue Gesetze und Initiativen der gesamten Bundesregierung, soweit sie sich auf Wirtschaft und Arbeitswelt beziehen, sollten in dieser Hinsicht überprüft werden.³⁷

Nun kann man eine gewisse Skepsis haben, ob die gegenwärtige Fassung des AÜG eine Blaupause für zukünftige Gesetzgebung sein sollte. Möglicherweise ist eher das Gegenteil angezeigt. Unabhängig davon zeigt das Weißbuch Arbeiten 4.0 allerdings, dass § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG

keinesfalls als Ausnahme, sondern als echter Paradigmenwechsel verstanden werden soll. Dann aber stellt sich die Frage, was nach dem Weißbuch alles angedacht werden kann. Dem soll hier nachgegangen werden.

3. Tarifbindung als Voraussetzung für den Gebrauch von Tarifdispositivem Gesetzesrecht – Regelungsmöglichkeiten

Es stellt sich zunächst die Frage, welche Möglichkeiten bestehen, um tarifdispositive Gesetze so auszugestalten, dass ihr Gebrauch von der Tarifbindung bzw. zumindest einer Einigung mit der betrieblichen Interessenvertretung der Arbeitnehmer abhängt. Dazu wären folgende Handlungsoptionen denkbar:

- Simpel aber effektiv wäre es, die Erstreckungsklauseln in tarifdispositiven Gesetzen auf Arbeitnehmernaußenseiter zu begrenzen, die bei *tarifgebundenen* Arbeitgebern beschäftigt werden.³⁸ In diesem Fall wären nicht tarifgebundene Arbeitgeber vollständig von der Anwendung des tarifdispositiven Rechts und der auf seiner Grundlage abgeschlossenen Tarifverträge ausgeschlossen.
- Sodann ließe sich andenken – wie in § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG – die Erstreckungsklauseln zwar auch in Betrieben nicht tarifgebundener Arbeitgeber zuzulassen, aber nur, wenn der Betriebsrat zustimmt, was wiederum Betriebe ohne Betriebsrat ausschließen würde. Auch das Weißbuch spricht dieses Konzept an.
- Schließlich ließe sich andenken – auch das deuten § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG und das Weißbuch an – die Erstre-

31 Im Rahmen der Diskussion über den Vortrag, der diesem Beitrag zugrunde liegt, wurde dieser Befund von einem Verhandlungsführer einer anderen großen Gewerkschaft bestätigt und darauf hingewiesen, dass diejenigen, die davon ausgingen auf Grundlage tarifdispositiver Gesetze kämen sachgerechte Lösungen in Tarifverträgen zustande, erkennbar keine Ahnung davon hätten wie Tarifverhandlungen ablaufen.

32 BMAS, Weißbuch (Fn. 3), S. 193.

33 Dazu etwa: D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1), S. 512 ff.; Buschmann, FS Richardi, 2007, S. 93 ff.; Kohte, FS Bepler, 2012, S. 287 ff.

34 Dazu ausf. D. Ulber in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 6; Kohte, FS Bepler, 2012, S. 288 ff.

35 D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1), S. 512 ff.

36 Man fragt sich, was das sein soll und worin der Unterschied zwischen einem alten und einem neuen Flexibilitätskompromiss bestehen soll. Fraglich ist auch, warum es neue Flexibilitätskompromisse geben soll. Jedenfalls wäre zu begründen, worin ihre Vorzüge bestehen.

37 BMAS, Weißbuch (Fn. 3), S. 192.

38 Bepler, FS Kempfen, 2013, S. 115.

ckungsklauseln für nicht tarifgebundene Arbeitgeber in ihrer Reichweite einzuschränken.

- Bislang nicht diskutiert, aber denkbar wäre es auch, den Gebrauch von Erstreckungsklauseln nur Mitgliedern im Arbeitgeberverband zu gestatten, bzw. die Abweichung nur in Flächentarifverträgen zuzulassen. Dieses Instrument würde sich nicht mit einer Stärkung der Tarifbindung abfinden, sondern unmittelbar die Arbeitgeberverbände stärken.

III. Bewertung

Was ist nun von einem solchen Regelungskonzept zu halten? Es dürfte Einigkeit bestehen, dass eine Stärkung der Tarifbindung ein legitimes Ziel staatlicher Gesetzgebung ist.³⁹ Und dass man endlich nicht nur auf die Arbeitnehmerseite schaut, sondern auch die Arbeitgeber in den Blick nimmt, ist sicherlich zu begrüßen.⁴⁰

Es stellt sich also zunächst die Frage, was man sich von Regelungen, wie sie das Weißbuch 4.0 andeutet, tatsächlich versprechen könnte. Darauf aufbauend, lässt sich dann auch etwas dazu sagen, ob man derartige Regelungen vorsehen darf. Auf dieser Grundlage möchte ich dann noch etwas dazu sagen, ob man von den bestehenden Möglichkeiten auch Gebrauch machen sollte.

1. Potentielle Effekte der avisierten Regelungstechnik

Zunächst zu den denkbaren Effekten einer solchen Regelungstechnik, die auf dem einen oder anderen Wege tarifgebundene Arbeitgeber privilegiert. Diese sollte man nicht überschätzen.

a) Anreizwirkungen auf Arbeitgeberseite

Sicherlich lässt sich nicht bestreiten, dass alle der dargestellten Handlungsoptionen Anreize für Arbeitgeber bieten, eine Tarifbindung einzugehen oder doch zumindest innerbetrieblich mit einem Betriebsrat zu kooperieren.

Allerdings muss man berücksichtigen, dass dies gleichwohl nicht bedeutet, dass nun eine Vielzahl von Arbeitgebern tatsächlich eine Tarifbindung eingehen wird. Die Folgen eines solchen Verhaltens sind komplex und müssen gegen anderweitige Gründe, eine Tarifbindung nicht einzugehen, abgewogen werden. Dass die Möglichkeit, von tarifdisposi-

tivem Recht Gebrauch zu machen, ein solches Gewicht hat, dass diese Gegen Gründe überwiegen, halte ich persönlich nur in Ausnahmefällen für denkbar. Gleichwohl kann man nicht bestreiten, dass solche Regelungen grundsätzlich geeignet sind, einen Beitrag dazu zu leisten, dass Arbeitgeber mit Tarifbindung ein Stück weit einen Ausgleich für die Wettbewerbsvorteile ihrer Konkurrenten ohne Tarifbindung erhalten. Darin kann die eigentliche Funktion solcher Regelungen liegen. Im Regelfall ist es nämlich Wettbewerbsdruck, der Arbeitgeber aus der Tarifbindung treibt und dieser wird häufig durch nicht tarifgebundene Arbeitgeber erzeugt. Wenn diese Wettbewerbsvorteile punktuell beschnitten werden, kann also etwas für die bestehende Tarifbindung von Arbeitgebern getan werden. Allerdings sollte man sich klar machen, dass dies über das tarifdispositive Recht nur sehr punktuell geschehen kann.

b) Arbeitnehmerseite

Da tarifdispositive Regelungen zu einer Verschlechterung von Arbeitsbedingungen führen, können sie offenkundig kein Beitrag dafür sein, die Mitgliederzahl in Gewerkschaften zu stärken. Vielmehr muss man sich wegen dieser Wirkung mit der negativen Koalitionsfreiheit beschäftigen. Ursache ist, dass immer dann, wenn es aufgrund unterschiedlicher Tarifbindung auf Arbeitnehmerseite zu ungleichen Arbeitsbedingungen kommt, etwaige Auswirkungen auf die Entscheidung für oder gegen die Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft diskutiert werden⁴¹. Das ist Hintergrund der sogenannten Erstreckungsklauseln im tarifdispositiven Recht. Betrachtet man die Diskussion vor dem Hintergrund dieser Klauseln genauer, so lassen sich einige Erkenntnisse für die im Weißbuch 4.0 angedachten Konzepte gewinnen.

2. Erstreckungsklauseln und Koalitionsfreiheit

Mit Blick auf das tarifdispositive Gesetzesrecht ist die Problematik bislang vor allem aus der Diskussion um die Erstreckungsklauseln in tarifdispositiven Gesetzen bekannt. Sie ermöglichen es dem Arbeitgeber, die tarifvertraglichen Regelungen, die von gesetzlichen Tariföffnungsklauseln Gebrauch

39 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NZA 2007, 42, 45; Preis/D. Ulber, NJW 2007, 465, 470.

40 Vgl. dazu etwa Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, Baden-Baden 2015; Preis/D. Ulber, FS Kempen, 2013, S. 15 ff.

41 Däubler, Tarifvertragsrecht (Fn. 21), Rn. 373; Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht I (Fn. 5), S. 705.

machen, per arbeitsvertraglicher Bezugnahme auch auf die nicht tarifgebundenen Arbeitnehmer zu erstrecken.

a) Der verfassungsrechtliche Hintergrund von Erstreckungsklauseln

Nun wird zwar weder behauptet, dass arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln die negative Koalitionsfreiheit von Außenseitern verletzen, noch dass dies bei Erstreckungsklauseln der Fall ist. Denkt man die Erstreckungsklauseln für einen Moment hinweg, wird aber deutlich, warum sie teilweise unter Verweis auf die positive Koalitionsfreiheit der unmittelbar tarifgebundenen Arbeitnehmer für geboten gehalten werden. Denn ohne Erstreckungsklauseln wären die nachteiligen Wirkungen des tarifdispositiven Rechts von vorne herein auf die tarifgebundenen Arbeitnehmer begrenzt. Daher wird häufig darauf verwiesen, die Erstreckungsklauseln gegenüber den Außenseitern seien verfassungsrechtlich zum Schutz der positiven Koalitionsfreiheit bzw. der negativen Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsmitglieder in ihrer Ausprägung als Schutz vor Austrittsdruck geboten.⁴² Denn ansonsten würden diese zum Austritt aus ihrer Gewerkschaft gedrängt, weil ihre Arbeitsbedingungen schlechter sind als die der Außenseiter.

An dieser Überlegung kann man zweifeln, weil sie auf einem monokausalen Verständnis menschlicher Entscheidungsprozesse beruht, das selten zutrifft. Zudem sieht sie sich der Schwierigkeit ausgesetzt, dass die Möglichkeit einer einzelvertraglichen Erstreckung die gleichförmige Anwendung der entsprechenden Normen gegenüber Außenseitern zwar ermöglicht, nicht aber selbst herbeiführt und damit nicht garantieren kann.⁴³ Dementsprechend würden Erstreckungsklauseln das verfassungsrechtliche Problem nicht lösen, sondern dies lediglich möglich machen. Unterstellt man, dass die Lösung dieses Problems geboten ist, kann sie aber nicht in das Belieben des Arbeitgebers gestellt werden. Berücksichtigt man das, erscheint die verfassungsrechtliche Begründung für Erstreckungsklauseln deutlich fragiler zu sein, als dies bisher gesehen wird. Wollte man das Problem tatsächlich lösen, dürfte man nicht den Weg über die arbeitsvertragliche Vereinbarung gehen, sondern müsste die entsprechenden tarifvertraglichen Regelungen als Betriebsnormen einordnen oder sie punktuell mit erga omnes-Wirkung ausstatten. Das gleiche Problem stellt sich auch bei Regelungen, die eine »Umsetzung« gegenüber den Außenseitern über Betriebsvereinbarungen ermöglichen, weil auch diese nicht abgeschlossen werden müssen.

Nun wäre es allerdings auch nicht unproblematisch, wenn man tarifvertragliche Regelungen, die tarifdispositive Gesetze anwenden, als Betriebsnormen begreift oder sie in ihrer Wirkung diesen gleichstellt, bzw. sie über den Umweg der Betriebsvereinbarung zur Anwendung bringt. In all diesen Fällen ist – anders als bei einer vertraglichen Erstreckung – eine individuelle Legitimation nicht vorhanden. Teilweise werden solche Regelungen, die die Anwendung von Tarifvertragsnormen, die von tarifdispositivem Recht abweichen, über Betriebsvereinbarungen zur Anwendung kommen lassen, daher für verfassungswidrig gehalten.⁴⁴

Bis hierher sei festgehalten, dass dieser Diskussion jedenfalls der einhellige Ausgangspunkt zugrunde liegt, dass Arbeitnehmer in ihrer Entscheidung, einer Gewerkschaft beizutreten oder fernzubleiben, beeinflusst werden, wenn sie durch tarifvertragliche Regelungen Nachteile erleiden, die Arbeitnehmeraussenseiter nicht treffen. Das sagt zwar nichts über die Frage, ob dies im Einzelfall gerechtfertigt ist. Jedenfalls versucht man aber bislang solche Unterschiede zu vermeiden. Damit rechtfertigt man dann auch die Erstreckungsklauseln.

b) Folgerungen für eine Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber im tarifdispositiven Recht

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie sich eine gesetzliche Anordnung, dass der Gebrauch von Tariföffnungsklauseln bei tarifungebundenen Arbeitgebern nicht oder nur in eingeschränktem Umfang möglich ist, auf dieses Problem auswirken würde.

Würde man den Gebrauch von Erstreckungsklauseln auf tarifgebundene Arbeitgeber beschränken⁴⁵, wären jedenfalls Ungleichbehandlungen zwischen den Arbeitnehmern nicht zu befürchten. Denn wenn ein Arbeitgeber mangels Tarifbindung nicht von einer Tariföffnungsklausel Gebrauch machen kann, gilt das gegenüber allen Arbeitnehmern gleichermaßen. Insofern läge bei diesen Arbeitgebern kein Problem vor, das man durch Erstreckungsklauseln lösen müsste. Das legt nahe, dass die positive bzw. negative Koalitionsfreiheit der Gewerkschaftsmitglieder in ihrer

42 In diese Richtung: *Däubler*, Tarifvertragsrecht (Fn. 21), Rn. 373; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I (Fn. 5), S. 705.

43 Das zeigt auch der Fall: BAG, 10.12.2002 – 1 AZR 96/02 – NZA 2003, 734, 740.

44 *ErfK-Wank* (Fn. 25), § 7 ArbZG Rn. 3; *Buschmann*, FS Wißmann, 2005, S. 265.

45 *Bepler*, FS Kempfen, 2013, S. 115.

Ausprägung als Schutz vor Austrittsdruck nicht der eigentliche Grund für Erstreckungsklauseln sein kann. Wäre das der Fall, müssten sie auf tarifgebundene Arbeitgeber beschränkt sein. Insofern dürfte eigentlich niemand, der Erstreckungsklauseln aus verfassungsrechtlichen Gründen für geboten hält, ein Problem damit haben, nicht tarifgebundene Arbeitgeber von ihrer Anwendung auszuschließen. Jedenfalls aber lässt sich nicht bestreiten, dass verfassungsrechtliche Probleme mit der negativen Koalitionsfreiheit auf Arbeitnehmerseite kaum bestehen, wenn Erstreckungsklauseln für tarifgebundene Arbeitgeber gelten.

c) Ungleichbehandlung auf Arbeitgeberseite

Ein Problem kann man dann allenfalls in einer Ungleichbehandlung auf Arbeitgeberseite sehen. Allerdings ist die Tatsache, dass nicht tarifgebundene Arbeitgeber Tarifverträge nicht zur Anwendung bringen können, zunächst einmal Folge ihrer Entscheidung keine Tarifbindung einzugehen. Dass diese keine Vor- oder Nachteile haben darf, ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben.⁴⁶ Andererseits besteht auch bislang keine Möglichkeit für Tarifvertragsparteien, nicht tarifgebundenen Arbeitgebern die Bezugnahme auf ihre Tarifverträge zu untersagen. Diese Möglichkeit der Bezugnahme auf Tarifverträge würde partiell durchbrochen, wenn der Gesetzgeber teilweise oder ganz davon absehen würde, Erstreckungsklauseln auf Außen-seiter in tarifdispositiven Gesetzen zu verankern.

Zudem ist die Betrachtung der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber etwas einseitig. Denn aus Sicht der tarifgebundenen Arbeitgeber dürfte ein Gleichbehandlungsproblem gegenüber den tarifungebundenen Arbeitgebern jedenfalls dann vorliegen, wenn im Rahmen des Gebrauchs von Erstreckungsklauseln durch arbeitsvertragliche Vereinbarung nicht der gesamte Tarifvertrag inklusive etwaiger Kompensationsgeschäfte für den Gebrauch von tarifdispositivem Recht übernommen werden müsste.⁴⁷ Jedenfalls diese Position müsste notwendigerweise geräumt werden, wenn man sich tatsächlich auf Gleichbehandlungsprobleme zwischen tarifgebundenen und nicht tarifgebundenen Arbeitgebern stützen wollte, um Erstreckungsklauseln zu legitimieren.⁴⁸

d) Fazit

Insgesamt dürfte tarifdispositives Gesetzesrecht auf Arbeitnehmerseite alles andere als ein Beitrag zur Stabilisierung der Tarifbindung sein. Und ob sich Arbeitgeber durch kleine Einschränkungen der Möglichkeit über Erstreckungs-

klauseln am tarifdispositiven Gesetzesrecht zu partizipieren, dazu bewegen lassen, insgesamt eine Tarifbindung einzugehen, ist überaus fraglich. Dass es in Abhängigkeit vom Umfang dieser Ausschlusswirkung zumindest kleine Anreize hierzu geben kann, ist aber auch nicht zu bestreiten.

3. Rechtliche Probleme

Damit ist aber auch die Frage der Verfassungsmäßigkeit solcher Regelungen ein Stück weit beantwortet. Denn diese wird maßgeblich davon beeinflusst, wie die Eingriffintensität zu bewerten ist.

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass dann ein Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit vorliegt, wenn die Möglichkeit, von tarifdispositiven Regelungen Gebrauch zu machen, nur Mitgliedern in einem Arbeitgeberverband gestattet wird. Sofern eine bloße Tarifbindung – also auch ein Firmentarifvertrag – ausreicht, wäre dies hingegen nicht der Fall. Denn in diesem Fall wird niemand zu einem Verbandsbeitritt gezwungen. Eine etwaige Tarifbindung wäre auch nicht staatlich angeordnet, sondern vom Arbeitgeber selbst herbeigeführt. Dass von der Entscheidung, keine Tarifbindung einzugehen, keine Nachteile ausgehen, darauf hat niemand einen Anspruch.⁴⁹ Bloße Anreize reichen nach der Rechtsprechung des BVerfG für einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit nicht aus.⁵⁰ Das alles lässt Zweifel aufkommen, ob man bei Regelungen, wie sie etwa nunmehr im AÜG vorgesehen sind, einen Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit konstruieren kann. Ich meine Nein, es kommt aber auch nicht darauf an.

Denn auch bei dieser Sichtweise, stellt sich mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG gleichwohl die Frage, ob solche Regelungen angemessen sind. Und diese Prüfung fällt in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts selten unterschiedlich aus, soweit es Art. 9 Abs. 3 GG betrifft.⁵¹

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Bewertung stellt sich die Frage, wie eine Notwendigkeit, sich zwischen Tarif-

46 Deinert, RdA 2017, 65, 76 f.

47 Bepler, FS Kempen, 2013, S. 115.

48 Vgl. dazu unten (Fn. 62).

49 Deinert, RdA 2017, 65, 76 f.

50 BVerfG, 11.7.2006 – 1 BvL 4/00 – NZA 2007, 42, 45; dazu ausf.: D. Ulber/Strauß, Anm. zu BAG, 23.3.2011 – 4 AZR 366/09 – EzA Nr. 104 zu § 9 GG; Deinert, RdA 2014, 129.

51 Vgl. dazu: Preis/D. Ulber, NJW 2007, 465; Preis/D. Ulber, in: Fischer-Lescano/Preis/Ulber (Hrsg.), Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohns, Baden-Baden 2015.

bindung oder nur eingeschränkter Partizipation an den Gestaltungsmöglichkeiten tarifdispositiven Rechts zu entscheiden, wirkt.

Dass die Rechtsordnung an die Tarifbindung Vorteile knüpft, ist allerdings nichts Ungewöhnliches. Im Grunde genommen ist dies sogar der gesetzliche Normalfall eines Tarifvertragssystems ohne erga-omnes-Wirkung. Denn an der Friedenspflicht aus Tarifverträgen können nur unmittelbar tarifgebundene Akteure partizipieren. Insgesamt dürften die bisher vorhandenen und angedachten Regelungen allenfalls als milde Anreize zu qualifizieren sein. Ob ihnen Eingriffsqualität zukommt, kann gleichwohl dahinstehen. Jedenfalls wären sie auch dann, wenn dies der Fall wäre, gerechtfertigt.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG kommt dem Gesetzgeber bei der Gestaltung der Arbeits- und Sozialordnung ein besonders weiter Ermessensspielraum zu.⁵² Zielsetzung des Regelungskonzepts einer Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber im tarifdispositiven Recht ist es, die Tarifbindung auf Arbeitgeberseite zu erhöhen oder doch zumindest zu stabilisieren und damit einen Beitrag zur Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie zu leisten.

Jedenfalls dann, wenn man diesen Regelungen Eingriffsqualität zubilligt, wird man wohl konsequenterweise die Geeignetheit einer Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber im tarifdispositiven Recht bejahen müssen. Zweifelsohne muss man bei dieser Betrachtungsweise die Kollateralschäden ausblenden, die tarifdispositive Regelungen für die Tarifautonomie auslösen.⁵³ Aber man kann sich mit der Überlegung helfen, dass der Gesetzgeber auch eine weniger schädliche Variante der Tarifdispositivität von Regelungen wählen darf.

Was die Erforderlichkeit betrifft, kann man naturgemäß unterschiedlicher Meinung darüber sein, ob es tatsächlich erforderlich ist, Regelungen zu schaffen, wie sie hier diskutiert werden. Es ist einzuräumen, dass man über die Frage, ob es ganz andere mildere Mittel gibt, die Tarifbindung auf Arbeitgeberseite zu stärken⁵⁴, streiten kann. Die Entscheidung des Gesetzgebers, einen entsprechenden Anreiz im Bereich des tarifdispositiven Gesetzesrechts für erforderlich zu halten, ist aber jedenfalls nicht offensichtlich fehlsam. Angesichts seiner weiten Einschätzungsprärogative⁵⁵ dürften verfassungsrechtliche Angriffe hier kaum erfolgreich geführt werden können.

Im Rahmen der Angemessenheit, kann sich der Gesetzgeber immerhin darauf berufen, dass tarifdispositives Recht

im Regelfall nur sehr punktuell wirkt. Insofern wäre eine eingeschränkte Möglichkeit für nicht tarifgebundene Arbeitgeber, von tarifdispositiven Regelungen zu profitieren, im Gesamtzusammenhang sämtlicher für das Arbeitsverhältnis relevanter Regelungen zu sehen und damit nur von eingeschränkter Bedeutung. Dass darin eine Abweichung von der prinzipiellen Möglichkeit, arbeitsvertragliche Bezugnahmeklauseln vorzusehen, liegen würde, ist nicht erkennbar. Denn der Ausgangspunkt – auch des tarifdispositiven Rechts – ist, dass tarifvertragliche Regelungen grundsätzlich nur für Tarifgebundene gelten. Die Erstreckungsklauseln sind daher eher eine Ausnahme als die Regel und meines Erachtens daher insgesamt nicht verfassungsrechtlich geboten. Dieser Befund zeigt nicht nur, dass die Eingriffsintensität einer Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber im tarifdispositiven Recht nicht besonders groß ist, sondern auch, dass das Gewicht, das den entsprechenden Regelungen bei der Verwirklichung ihres Zieles zukommt, möglicherweise überschätzt wird. Allerdings dürfte § 1 Abs. 1b S. 6 AÜG als intensiver wirkend wahrgenommen werden.⁵⁶ Das erhöht allerdings kommunizierend auch seine Eignung, das an sich legitime Ziel des Gesetzgebers zu verwirklichen.

Zudem darf dann, wenn man die Angemessenheit der Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber im Rahmen von tarifdispositivem Gesetzesrecht bewertet, das Ziel, das der Gesetzgeber verfolgt, nicht aus dem Blick verloren werden. Wägt man sein Interesse an einer hohen Tarifbindung gegen etwaige Nachteile für die tarifungebundenen Arbeitgeber ab, so scheint dem Ziel des Gesetzgebers mehr Gewicht zuzukommen, bzw. diese Gewichtung jedenfalls nicht in verfassungsrechtlich bedenklicher Weise fehlsam.

Denn, dass angesichts der immer weiter zunehmenden Erosion der Tarifbindung auf Arbeitgeberseite die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie leidet, dürfte mittlerweile ein weitgehend gesicherter Befund sein. Dann aber haben Maßnahmen des Gesetzgebers, die dieser Tendenz entgegen wirken sollen, einiges an Gewicht. Damit soll nicht gesagt werden, dass man deswegen dem Regelungs-

52 Ausf.: D. Ulber, NZA 2016, 619.

53 Waltermann, RdA 2014, 86, 89; Schüren, FS Löwisch, 2007, S. 367 ff. »Besuch des Elefanten im Porzellanladen des kollektiven Arbeitsrechts«.

54 Vgl. dazu etwa: Deinert/Walser, Tarifvertragliche Bindung der Arbeitgeber, Baden-Baden 2015.

55 D. Ulber, NZA 2016, 619.

56 Vgl. etwa: Henssler, RdA 2017, 83, 97 f.

ziel des Gesetzgebers den Vorrang vor den Interessen der nicht tarifgebundenen Arbeitgeber geben muss. Aber eine Privilegierung tarifgebundener Arbeitgeber im tarifdispositiven Recht liegt jedenfalls nicht außerhalb dessen, was der Gesetzgeber tun darf.

Über die Sinnhaftigkeit solcher Regelungen kann man gleichwohl streiten. Diese Debatte sollte dann aber auf dem Feld der Rechtspolitik und nicht des Verfassungsrechts geführt werden. Man muss ja nicht alles richtig finden, was verfassungskonform ist.

4. Tarifdispositives Recht und Tarifbindung – Abbau des Arbeitnehmerschutzes durch Kollektives Arbeitsrecht 4.0?

Geht man daher davon aus, dass eine Privilegierung Tarifgebundener im tarifdispositiven Recht verfassungskonform ist, kann man sich der rechtspolitischen Fragestellung zuwenden, die gerade durch das Weißbuch Arbeiten 4.0 aufgeworfen ist.

a) Das Weißbuch Arbeiten 4.0 und das ArbZG

Im Rahmen der Diskussion um die erstrebenswerte Modernisierung des deutschen Arbeitszeitrechts ist erwogen worden, eine extensive tarifdispositive Regelung zu verabschieden, die mehr oder weniger sämtliche Regelungen des Arbeitszeitgesetzes zur Disposition der Tarifvertragsparteien stellen soll. Der Grundgedanke dieser sogenannten Experimentierklausel ist, dass man auf diesem Weg am besten die praktischen Bedürfnisse in unterschiedlichen Branchen ermitteln und auf dieser Grundlage dann eine sachgerechte Kodifikation vornehmen kann. Verbunden werden soll diese Möglichkeit mit einer Beschränkung der Möglichkeit von der Experimentierklausel Gebrauch zu machen. Dies soll nur tarifgebundenen Arbeitgebern gestattet werden. Das Regelungskonzept könnte man etwa so beschreiben: Tarifdispositives Recht und Tarifbindung – Abbau des Arbeitnehmerschutzes durch Kollektives Arbeitsrecht 4.0?⁵⁷

Vor dem Hintergrund der bisherigen Entwicklung des tarifdispositiven Rechts erscheint das Regelungskonzept des Weißbuchs jedenfalls naiv. Abgesehen davon, dass eine Norm in der skizzierten Reichweite offensichtlich unionsrechtswidrig und verfassungswidrig wäre, scheint mir schon unklar zu sein, ob den Verfassern des Weißbuchs hinreichend klar war, was Arbeitszeitrecht eigentlich ist. Es handelt sich um öffentlich-rechtliches Gefahrenabwehr-

recht zum Schutz der Arbeitnehmer, der Gesellschaft und der Leistungsfähigkeit der öffentlichen Sozialversicherungssysteme. Das Weißbuch fordert also Experimente am Niveau des Mindestgesundheitschutzes und das scheint mir ein Weg zu sein, der in die Irre führt. Nicht nur, dass es dem Gesetzgeber verfassungsrechtlich verwehrt ist, seine gefahrenabwehrrechtlichen Pflichten abzustreifen. Er nimmt damit den Tarifvertragsparteien auch jeden rechtssicheren Rahmen für ihre Vereinbarungen. Diese sind dann mit permanenter Unsicherheit hinsichtlich einer etwaigen Unwirksamkeit ihrer Regelungen konfrontiert, weil der Gesetzgeber damit Regelungen zulässt, die er selbst nicht treffen dürfte. Ein realistisches gesetzgeberisches Projekt wird daher um Mindestgrenzen nicht herumkommen und das Experiment weit stärker legislativ anleiten müssen, als dies die unterkomplexe Sichtweise im Weißbuch andeutet.

Abgesehen davon wäre es gleichwohl zu würdigen, wenn sich der Gesetzgeber bereitfinden würde, das gegenwärtige ArbZG auf den Prüfstand zu stellen. Dann sollte man sich allerdings vergegenwärtigen, dass es momentan in verfassungswidrigem⁵⁸ und unionsrechtswidrigem⁵⁹ Zustand ist und zwar vor allem deshalb, weil eine Vielzahl von Regelungen zu wenig konkrete Vorgaben enthalten. Hier noch mehr Spielräume zu gewähren, würde die Probleme wohl noch vertiefen. Überdies sind die gegenwärtigen Tariföffnungsklauseln in § 7 ArbZG, vor allem aber die Abweichungsbefugnis in § 7 Abs. 2a ArbZG, Tarifdispositivität im schlechtesten Sinne.⁶⁰ Möglicherweise sollte man erst einmal die bestehenden Insuffizienzen des geltenden Rechts beseitigen, bevor man ihm neue hinzufügt.

b) Unterbietungswettbewerb durch Tarifvertrag als Heilmittel für die Tarifautonomie?

Überhaupt scheint die Lehre aus der letzten Dekade nicht mehr, sondern weniger Tarifdispositivität zu sein. Hoch problematisch wird es aber, wenn man jetzt Tarifdispositivität als Angebot für die Arbeitgeberseite ausgestaltet, gemeinsam mit dem jeweiligen Tarifpartner die gesetzlichen Schutzstandards seiner Arbeitnehmer zu schleifen,

57 Angelehnt an *Buschmann*, FS Richardi, 2007, S. 93 ff.

58 *D. Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht (Fn. 1), S. 516 ff.

59 *Heuschmid*, in: Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid (Hrsg.), Arbeitsrecht – Handbuch für die Praxis, 9. Aufl., Frankfurt aM. 2017, § 28 Rn. 309; *Schliemann*, ArbZG, 3. Aufl., München 2017, § 7 Rn. 75; *D. Ulber*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht (Fn. 34), § 6 Rn. 273 ff.

60 Zur Kritik vgl. etwa: *Buschmann*, FS Richardi, 2007, 93 ff.

um dadurch Wettbewerbsvorteile zu erlangen. Tarifbindung auf Arbeitgeberseite wird bei einer solchen Vorgehensweise zum Selbstzweck. Und noch dazu wird die Pervertierung der Tarifautonomie, die sich im Rahmen des tarifdispositiven Rechts gegen die eigentlich zu Schützenden wendet,⁶¹ auf einmal für unproblematisch erklärt, weil man damit die Tarifbindung auf Arbeitgeberseite erhöhen kann. Unterbietungswettbewerb tarifgebundener Arbeitgeber durch Tarifvertrag als Lösung der Probleme des kollektiven Arbeitsrechts?

c) Reform der Erstreckungsklauseln als Instrument für mehr Tarifbindung?

Durchaus diskussionswürdig ist allerdings eine Umgestaltung der bestehenden Erstreckungsklauseln und des Konzepts des tarifdispositiven Rechts selbst. Damit könnten die bisher kontraproduktiven Effekte für das Ansehen der Tarifautonomie auf Arbeitnehmerseite begrenzt und gleichzeitig Anreize für mehr Tarifbindung geschaffen werden.

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist, dass für die Tarifvertragsparteien bei Bedarf durchaus die Möglichkeit vorgesehen werden kann, branchenspezifische Regelungen zu finden, die ein anderes Schutzkonzept verfolgen als der Gesetzgeber. Allerdings sollten die Tarifvertragsparteien dann auch verpflichtet werden, einen angemessenen Ausgleich für die dadurch möglichen Abweichungen im Tarifvertrag vorzusehen und kenntlich zu machen, worin dieser besteht. Das könnte im Arbeitszeitrecht etwa bedeuten, dass Verkürzungen werktäglicher Ruhezeiten bzw. die Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit mit zusätzlichen arbeitsfreien Tagen ausgeglichen werden, die in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang gewährt werden. Der Gesundheitsschutz ließe sich dadurch praxisgerecht modifizieren, aber nicht aufheben. Wer die Möglichkeit solcher gesetzlicher Vorgaben bestreitet, sollte sich vergegenwärtigen, dass man zu derartigen Regelungen – bei ordnungsgemäßem Gebrauch von Abweichungsbefugnissen – in der Arbeitszeitrichtlinie ohnehin verpflichtet gewesen ist. Wären sie nicht regelbar, wäre dem Gesetzgeber einiges an Gestaltungsspielraum genommen.

Ein gesetzlich vorgesehener obligatorischer Ausgleich sollte als Wirksamkeitsvoraussetzung der betroffenen Tarifnormen ausgestaltet werden. Das hat zwei Vorteile. Zunächst einmal wäre vorgeblichen oder tatsächlichen Flexibilisierungsbedürfnissen Rechnung getragen. Es wäre aber zugleich sichergestellt, dass etwaige Negativeffekte für

die Tarifautonomie begrenzt werden, weil die Arbeitnehmer sehen können, was sie für ihre Flexibilität bekommen. Erstreckungsklauseln sollten dann auch vorsehen, dass mindestens der im Tarifvertrag vorgesehene Ausgleich mit übernommen werden muss. Dann wäre zumindest die gegenwärtig bestehende Privilegierung tarifungebundener Arbeitgeber durch tarifdispositives Recht etwas eingeschränkt,⁶² weil etwaige Unklarheiten darüber, was übernommen werden muss, beseitigt wären.

Unabhängig davon sollte man aber jedenfalls verlangen, dass das Tarifwerk, in das Tarifnormen eingebettet sind, die auf gesetzlichen Tariföffnungsklauseln beruhen, insgesamt übernommen werden muss.⁶³ Das würde zwar nicht die Tarifbindung auf Arbeitgeberseite erhöhen, aber Konkurrenzdruck von den tarifgebundenen Arbeitgebern nehmen.⁶⁴ Ansonsten droht ihnen Rosinenpickerei ihrer Konkurrenz.

Unabhängig davon, wäre es allerdings erforderlich, dass der Gesetzgeber seinen verfassungsrechtlichen Pflichten nachkommt, die Reichweite tarifdispositiver Abweichungsbefugnisse stets abschließend und rechtssicher zu bestimmen.⁶⁵ Wer meint, diese Erwartung sei selbstverständlich, wird durch die Praxis nicht nur im Bereich des AÜG⁶⁶ eines Besseren belehrt. In § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG hat der Gesetzgeber die sachgrundlose Befristung tarifdispositiv gestellt. Durch Tarifvertrag kann die Anzahl der Verlängerungen oder die Höchstdauer der Befristung abweichend festgelegt werden, ohne dass eine Grenze festgelegt wird. Das ist offenkundig verfassungswidrig, weil eine unbegrenzte Tariföffnung gegen Art. 12 I GG verstößt.⁶⁷ Dass wir nach nunmehr über 15 Jahren wissen, was nach Auffassung des BAG aus verfassungsrechtlichen Gründen eigentlich in § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG stehen müsste,⁶⁸ ist zwar im Ergebnis zu begrüßen. Die Vorschrift stellt aber gleichwohl ein derartiges legislatives Desaster dar, dass zu hoffen ist, dass das BVerfG

61 Richardi, NZA 2008, 1, 4; Buschmann, FS Richardi, 2007, 93 ff.

62 Vgl. zum Problem (Fn. 48), sowie: Bepler, NZA 2014, 891.

63 Bepler, FS Kempfen, 2013, S. 115 ff.

64 Bepler, NZA 2014, 891.

65 Ähnlich: Bepler, FS Kempfen, 2013, S. 112.

66 Dazu: Bepler, FS Kempfen, 2013, S. 112.

67 BAG, 15.8.2012 – 7 AZR 184/11 – NZA 2013, 45, 47 f. noch unter strikter Vermeidung transparenter, rechtstklarer Grenzen; dazu ausf.: Loth/D. Ulber, NZA 2013, 130 ff.; nachgeholt durch BAG, 26.10.2016 – 7 AZR 140/15 – NZA 2017, 463.

68 BAG, 26.10.2016 – 7 AZR 140/15 – NZA 2017, 463.

die zugrunde liegenden Entscheidungen wegen einer Kompetenzüberschreitung durch das BAG aufheben und die Norm insgesamt für verfassungswidrig erklären wird. Die Entscheidung des BAG zeigt in ganz besonderer Weise, in welcher Weise durch den Gesetzgeber das – immerhin mit Verfassungsrang ausgestattete – Bestimmtheiterfordernis mit Füßen getreten wird, wo es um die Kompetenzen der Tarifvertragsparteien im tarifdispositiven Recht geht.⁶⁹ Die Tarifautonomie verkommt hier zum Deckmantel für Akte legislativer Verantwortungslosigkeit. Weder für die Tarifvertragsparteien noch für den Bürger ist erkennbar, ob und in welchem Umfang ein gesetzlicher Schutz vor tarifvertraglichen Regelungen besteht. Und die Rechtsprechung reagiert darauf mit normativ nicht abgesicherten Ergänzungen des geltenden Rechts. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dieses Ergebnis überaus problematisch. Der Gesetzgeber bekommt auf diesem Weg einen Freibrief dafür, für den Grundrechtsschutz insuffiziente Normen zu verabschieden. Danach müssen Tarifvertragsparteien und Rechtsschutz suchende Bürger spekulieren, welche Korrekturen die Rechtsprechung vornehmen wird. Und diese muss in mühseliger kleinteiliger Rechtsprechung den Müll wegräumen, den ihr der Gesetzgeber vor die Tür gekippt hat. Zudem läuft in der Zwischenzeit, wie das Beispiel des TzBfG zeigt, unter Umständen über mehrere Dekaden der Grundrechtsschutz leer, weil das Gesetz zwingend vorzusehende Grenzen für die Gestaltungsmacht der Tarifvertragsparteien nicht aufzeigt. Und im Übrigen ist auch zu bedenken, dass richterrechtliche Ergänzungen in ihrer grundrechtsschützenden Wirkung dem Gesetz nicht gleichwertig sind. Es mangelt ihnen an vergleichbarer Transparenz und vor allem Vorhersehbarkeit. Eine andere Sichtweise verbietet die Wesentlichkeitstheorie, auch wenn man freilich über den Umfang der Anforderungen an den Gesetzgeber im Einzelfall streiten kann. Jedenfalls dann, wenn der Gesetzgeber nicht versehentlich, sondern absichtlich den Grundrechtsschutz durch Regelungsuntätigkeit unterlässt, sollte man das dann auch klar als verfassungswidrig einordnen und entsprechende Normkomplexe verwerfen. Ansonsten wird der Gesetzgeber die – zugegebenermaßen nicht einfache – Aufgabe, hinreichend bestimmte und rechtsklare Regelungen zum Grundrechtsschutz vorzusehen, auch weiterhin nicht wahrnehmen.⁷⁰

Ungeachtet der verfassungsrechtlichen Problematik muss im Übrigen auch die rechtspolitische Sinnhaftigkeit solch unklarer Gesetzgebung diskutiert werden. Sie ver-

ursacht Ineffizienzen und unnötige Beratungs- und Transaktionskosten und macht der Praxis und nicht zuletzt den Tarifvertragsparteien das Leben schwer, weil nicht klar ist, was geregelt werden darf. Insofern liegt in solchen Regelungen auch keine Achtung, sondern eine Missachtung der Tarifautonomie, weil man den Tarifvertragsparteien einen rechtsklaren Rahmen für ihre Regelungsbefugnis verweigert. Das aber beeinträchtigt den tarifautonomen Interessenausgleich wohl deutlich mehr, als eine Vorschrift, aus der erkennbar ist, welche Regelungen zulässig sind. Auch aus Arbeitgebersicht sind Tarifverträge, die ohne solche verlässlichen Leitplanken vereinbart werden, nutzlos. Denn niemand kann sich darauf verlassen, dass sie wirksam sind.

Jedenfalls dort, wo gesetzliche Grenzen aus verfassungsrechtlichen oder unionsrechtlichen Gründen geboten sind, wie gerade im Arbeitszeitrecht, geht es zunächst nicht um mehr oder weniger Handlungsspielraum für die Tarifvertragsparteien, sondern nur darum, ob dieser von Anfang an transparent im Gesetz steht. Ungeachtet der verfassungsrechtlichen Problematik sollte man sich also davor hüten, tarifdispositives Recht pauschal als sinnvolles Kooperationsverhältnis von Gesetzgeber und Tarifvertragsparteien zu qualifizieren. Das setzt voraus, dass der Gesetzgeber mit hinreichend bestimmten Regelungen seinen Teil hierzu beiträgt. Dies kann angesichts der aufgezeigten Entwicklung im TzBfG ebenso wenig angenommen werden, wie im Bereich des AÜG.⁷¹ Diese Vorgehensweise des Gesetzgebers muss dringend beendet werden, soll das Regelungsinstrument zukunftsfähig sein.

Ansonsten drohen im ArbZG konturenlose Regelungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien. Und diese sind dort schon jetzt streckenweise bedenklich unklar. Wer meint, die Rechtsprechung werde es auch hier schon richten, sei darauf hingewiesen, dass man jedenfalls im Bereich des Gesundheitsschutzes nicht 15 Jahre warten kann, bis der arbeitsschutzrechtliche Mindeststandard eines Gesetzes geklärt ist.

69 Dazu auch: *Kohte*, FS Bepler, 2012, S. 299 f.

70 Kritisch, mit Blick auf das Unionsrecht auch: *Kohte*, FS Bepler, 2012, S. 287 ff.

71 Ebenso für das AÜG: *Bepler*, FS Kempen, 2013, S. 111 ff.

IV. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die gegenwärtig im Zusammenhang mit Tarifdispositivität und Tarifbindung erwogenen gesetzgeberischen Maßnahmen verfassungsrechtlich zulässig sind. Allerdings sollte man sich gut überlegen, ob man die im Weißbuch angedachten Konzepte so umsetzen will, wie sie dort stehen. Und wer die grotesken gesetzgeberischen Fehlleistungen im AÜG sieht,⁷² die auch bei der letzten Reform zu nichts als hochkomplexen Rechtsfragen geführt haben,⁷³ der kann nicht ernsthaft in mehr Tarifdispositivität die Lösung für die tarifpolitischen Probleme des 21. Jahrhunderts sehen. Für mehr Tarifbindung auf Arbeitgeberseite müssen ganz zwei-

felsohne die Wettbewerbsvorteile durch Tariffucht eingeebnet werden. Dazu können allgemeine gesetzliche oder tarifgestützte Mindeststandards, wie etwa der Mindestlohn oder die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, mehr beitragen, als tarifdispositives Recht. Wenn man überhaupt etwas Sinnvolles tun möchte, dann könnte man allerdings einen bekannten Werbeslogan zumindest partiell auf die Erstreckungsklauseln anwenden: Hast du keinen Tarifvertrag, dann hast du keinen Tarifvertrag!

72 Nachdrücklich etwa: *Schüren*, FS Löwisch, 2007, S. 367 ff.; *Waltermann*, NZA 2010, 482.

73 Vgl. dazu etwa: *Deinert*, RdA 2017, 65; *Henssler*, RdA 2017, 83 ff.; *J. Ulber*, AuR 2017, 238 ff.

Eine Utopie aus der Wüste? Der »Code du Travail Alternatif« in Frankreich

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Universität Bremen

I. Nachrichten aus Frankreich

Das französische Arbeitsrecht ist im vergangenen Jahr gründlich umgestaltet worden. Durch die fünf Verordnungen vom 22. September 2017 wurde die »Philosophie« verändert: Die bisherige Orientierung am Arbeitnehmerschutz wurde durch das Ziel überlagert, die Flexibilität des unternehmerischen Verhaltens zu erweitern. Die Möglichkeiten, auf Marktentwicklungen zu reagieren, sollten von »lästigen« arbeitsrechtlichen Restriktionen befreit werden.¹ Wichtigstes Mittel hierfür ist eine weitgehende Verlagerung der Kollektivverhandlungen auf die Unternehmensebene. Soweit es in Unternehmen mit weniger als 21 Beschäftigten keine Interessenvertretungen gibt, kann der Arbeitgeber einen Vereinbarungsentwurf vorschlagen. Wird er von zwei Dritteln der Beschäftigten akzeptiert, gilt er wie ein Firmentarif und geht auf den meisten Gebieten dem Branchentarif auch dann vor, wenn er für die Arbeitnehmer weniger günstige Bedingungen enthält. Das erinnert ein wenig an Maßnahmen, die von der sog. Troika in Griechenland veranlasst wurden, um das vorhandene Tarifni-

veau abzusenkten.² Ein weiteres wichtiges Mittel ist die Reduzierung der Entschädigungen, die bei rechtswidriger Kündigung geschuldet sind: Gegen Bezahlung kann sich so ein Unternehmen leichter als bisher von dem wenig geschätzten Kündigungsschutz loskaufen. Im Ergebnis bedeutet beides nicht nur erweiterte Handlungsfreiheit für die Unternehmen. Wie dies auch bei anderen neoliberalen Vorstellungen der Fall ist, wird zugleich das Schutzniveau für Arbeitnehmer abgesenkt – im Kleinunternehmen lässt sich im Regelfall für die Arbeitnehmerseite kein Blumentopf gewinnen, weil jede Forderung und jedes »Nein« eines einzelnen Arbeitnehmers leicht als Illoyalität ausgelegt wird und den Arbeitsplatz in Gefahr bringen kann. So bleibt nur das »Ja« zu den Vorschlägen des Arbeitgebers.

1 Hierzu und zum Folgenden *Lokiec*, SR 2018, 48 ff.; *Adam-Caumeil*, RIW 2017, 786 ff.

2 Dazu *Däubler*, Wiederaufbau statt Deregulierung in Griechenland, HSI-Working Paper Nr. 09, abrufbar unter: http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/Working_Paper/09_2016/HSI-Working-Paper_Nr._09.pdf (15.3.2018).

Die einzelnen Organisationen der französischen Gewerkschaftsbewegung haben gegen dieses Konzept mit unterschiedlicher Intensität protestiert. Die Beteiligung an Demonstrationen und Streiks hielt sich – verglichen mit früheren vergleichbaren Situationen – in relativ engen Grenzen. Der Wahlsieg von Macron und repressive Maßnahmen staatlicher Instanzen taten ein Übriges, um den Widerstand zu schwächen.³

Ende 2015 hatte sich eine Gruppe von zwanzig Arbeitsrechtlern aus dreizehn französischen Universitäten zusammengefunden, um in der beginnenden Diskussion um die Reform des Arbeitsgesetzbuchs eine eigene Konzeption zu entwickeln. Sie entschlossen sich, nicht nur zu einzelnen umstrittenen Punkten Stellung zu nehmen, sondern einen neu konzipierten Arbeitskodex vorzulegen. Anfang 2017 und noch vor den Präsidentenwahlen war die Arbeit abgeschlossen und erschien als Buch mit knapp 400 Seiten.⁴ Ungefähr die eine Hälfte nehmen Gesetzesformulierungen ein, die andere liefert die Begründungen.

Einen alternativen Kodex zu formulieren, ist ein Novum. In Deutschland haben wir es nur bis zu Entwürfen eines Arbeitsvertragsgesetzes gebracht.⁵ Nun stehen französische Juristen in einer anderen Tradition – dennoch ist es ein riesiges Unterfangen, das gesamte Arbeitsrecht in einem Gesetz zusammenzufassen. Dazu kommt, dass die Tätigkeit an Hochschulen eher das Herausstellen der individuellen Leistung als die Teamfähigkeit prämiiert. Dem Koordinator Emmanuel Dockès ist daher ein dickes Kompliment zu machen, weil er die Meinungen von zwanzig Personen unter einen Hut gebracht hat. Ein wenig trug vielleicht auch die Tatsache zum Erfolg bei, dass die Gruppe eine recht glückliche Mischung aus Jung und Alt darstellt – die »Honoratioren« waren vertreten, aber sie haben das Ganze nicht dominiert.

II. Die Philosophie des Entwurfs

In der Einleitung wird das rechtstechnische Elend der bestehenden französischen Kodifikation beklagt. Der Arbeitskodex habe einen so großen Umfang angenommen, dass auch an der Universität tätige Arbeitsrechtler nicht behaupten könnten, jede seiner Bestimmungen zu kennen. Allein der die Gesetzgebung betreffende Teil⁶ umfasse 1,5 Mio. Anschläge. Der von den Verfassern vorgelegte Entwurf sei vier Mal kürzer und begnüge sich mit 370.000 Anschlägen, was aber

immer noch 1.390 Artikel ausmacht. Trotz der relativen Kürze geht aber die Präzision und die Lesbarkeit nicht verloren – soweit man dies als Nicht-Muttersprachler beurteilen kann, haben sich die Verfasser erfolgreich um eine klare und für Arbeitnehmer zugängliche Sprache bemüht.

Wichtiger als die Form ist der Inhalt. Der Entwurf baut konsequent auf dem Schutzgedanken auf und bemüht sich, prekäre Arbeitsverhältnisse im Rahmen des irgend Möglichen an den Normalstandard heranzuführen. Insoweit steht er in klarem Gegensatz zu den Macron-Reformen, aber auch zu der in dieselbe Richtung zielenden Loi Travail, die 2016 unter Präsident Hollande von der »sozialistischen« Parlamentsmehrheit verabschiedet wurde.⁷ Ausdrücklich wird hervorgehoben, dass sich der Schutz des Schwächeren den neuen Realitäten stellen muss, die ua. durch Globalisierung, Arbeit für Plattformen und Einsatz von Robotern charakterisiert ist.

Der Entwurf enthält zahlreiche innovative Ideen, die in unserer Diskussion keine oder nur eine geringe Rolle gespielt haben. Auf der anderen Seite gibt es einzelne Punkte, bei denen ein Blick ins deutsche Recht durchaus bereichernd gewesen wäre. Im Folgenden können nur die wichtigsten Vorschläge referiert und eingeschätzt werden.

III. Ein neuer Arbeitnehmerbegriff

Schutzbedürftig ist nicht jeder Arbeitende, sondern nur derjenige, der Weisungen unterworfen ist (»subordination«) oder der von anderen abhängig ist (»dépendance d'autrui«). Die Abhängigkeit kann sich nach Art. L 11-5 des Entwurfs aus den Arbeitsmitteln sowie daraus ergeben,

3 S. Dubois, El movimiento contra la legislación de trabajo en Francia: creatividad, violencia del Estado y rabia, Global Labour Column, num. 282, Dezember 2017, abrufbar unter: <http://column.global-labour-university.org/> (14.3.2018).

4 Proposition de Code du Travail. Sous la direction de Emmanuel Dockès. Coauteur(e)s: Gilles Auzero, Dirk Baugard, Pierre-Emmanuel Berthier, Michèle Bonnechère, Vincent Bonnin, Augustin Boujeka, Laure Camaji, Florence Debord, Josepha Diringier, Ylias Ferkane, Carole Giraudet, Franck Héas, Julien Icard, Anja Johansson, Sylvaine Laulom, Hélène Melmi, Cécile Nicod, Jean Pélissier, Sophie Rozez, Morgan Sweeney, Sébastien Tournaux, Christophe Vigneau, Paris 2017 (im Folgenden: Proposition).

5 Arbeitskreis Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht, Welche wesentlichen Inhalte sollte ein nach Art. 30 des Einigungsvertrages zu schaffendes Arbeitsvertragsgesetz haben? Gutachten D zum 59. DJT, Hannover 1992; Henssler/Preis, Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, NZA Beilage 1/2007, 6–32.

6 Abgekürzt mit »L« für »Législation« und Artikelnummer. Daneben gibt es den Teil »R«, der die Verordnungen umfasst.

7 Dockès, Droit Social 2018, 216 ff.

dass die Fortsetzung der Tätigkeit vom Willen eines andern bestimmt wird. Dies in die Realität umzusetzen, wird der Rechtsprechung überlassen; konkretisierende Hinweise wären sicherlich nützlich gewesen.⁸ Der »Abhängige« entspricht grosso modo unserer arbeitnehmerähnlichen Person; er kann nach Art. L 11-7 des Entwurfs seine Arbeit und die Verwendung seiner Zeit selbst organisieren. Entscheidend ist das Abstellen auf den Schutzbedarf. Eine entsprechende Position hat in Deutschland zuerst Rolf Wank entwickelt,⁹ doch schreckte das BAG im Gegensatz zu einzelnen Landesarbeitsgerichten¹⁰ davor zurück, sie zu übernehmen und so den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts erheblich auszudehnen.¹¹ Auch der alternative Weg, zentrale arbeitsrechtliche Normen wie den Kündigungsschutz und die Betriebsverfassung auf die Arbeitnehmerähnlichen zu erstrecken und so faktische Gleichheit herzustellen, blieb bisher ohne Erfolg.¹²

Der Entwurf verdient deshalb besonderes Interesse, weil er nicht nur die wirtschaftliche Abhängigkeit genügen lässt, sondern sich auch der Frage stellt, wie die Integration abhängiger Selbständiger (»salariés autonomes«) in das arbeitsrechtliche System bewerkstelligt werden soll. Art. L 11-10 nennt drei ausgeklammerte Bereiche: Das Direktionsrecht einschließlich der daran gekoppelten disziplinarischen Befugnisse, die (meisten) Regeln über Lage und Dauer der Arbeitszeit sowie die Regeln über das Eigentum des Arbeitgebers an den Arbeitsmitteln. Dazu kommen andere ausdrückliche Ermächtigungen zur Abweichung von den Regeln des Arbeitsgesetzbuchs. Die Stellung in der Sozialversicherung war nicht Gegenstand des Entwurfs, doch dürften die Probleme in Frankreich insoweit sehr viel geringer sein als in Deutschland, da Selbständige generell in die Sozialversicherung einbezogen sind.

Sonderregeln werden für »Außenarbeiter« (»Salariés externalisés«) vorgeschlagen, die die traditionelle Heimarbeit umfassen, aber auch Telearbeit und Crowdwork. Dabei gibt es spezifische Regeln über die in Abhängigkeit von der Tätigkeit festgelegte Arbeitszeit sowie über den Mindestlohn.¹³

IV. Grundrechte im Arbeitsverhältnis

Grundrechte schützen den Schwächeren vor dem Staat, aber darüber hinaus gegenüber allen Mächtigen.¹⁴ Sie greifen daher auch zugunsten des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Arbeitgeber ein. Art. L 13-1 des Entwurfs

nimmt auf die Grundrechte der französischen Verfassung, aber auch auf zahlreiche internationale Konventionen Bezug. Art. L 13-2 spezifiziert sie in Bezug auf das Arbeitsleben: An erster Stelle steht das Recht auf Streik, gefolgt von der Koalitionsfreiheit, dem Recht auf Kollektivverhandlungen und dem Recht, über Delegierte bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen und der Unternehmensführung teilzuhaben (»participer«). Weiter enthält der Katalog ua. das Recht auf eine Beschäftigung (»droit à l'emploi«) und auf gute Arbeit, das Recht auf Schutz der Gesundheit, das Recht auf eine gerechte Entlohnung, die ein befriedigendes Lebensniveau sichert, das Recht auf lebenslanges Lernen, das Recht auf Kündigungsschutz, die Garantie der Meinungsfreiheit auch während der Arbeit, die Respektierung des Privatlebens und das Recht auf Gleichbehandlung.

Alle diese Grundrechte sind nicht als bloße Proklamationen gedacht, sondern stellen unmittelbar geltendes Recht dar. Dies wird an Art. L 13-3 des Entwurfs deutlich, der in seinem Satz 1 ein generelles Verbot enthält, die genannten Rechte zu verletzen und jede Handlung für nichtig erklärt, die etwas Derartiges bewirkt.

Die eigentlich spannende Frage ist die nach den Grenzen. Nach der deutschen Rechtsprechung würden sie durch die gegenläufigen Grundrechte des Arbeitgebers bestimmt, was etwa im Bereich der gewerkschaftlichen Betätigung nach Art. 9 Abs. 3 GG im Einzelnen konkretisiert wurde.¹⁵ Der Zugang des Entwurfs ist ein anderer. Die Position des Stärkeren, dh. des Arbeitgebers, grundrechtlich abzusi-

8 Nur zur Illustration: Kann man ähnlich wie § 12a TVG darauf abstellen, von wem der Einzelne den Hauptteil seines Einkommens bezieht? Gilt dies auch bei vergleichsweise geringen Beträgen, die nicht existenzsichernd sind? Spielt es eine Rolle, ob der Betroffene unschwer einen anderen Auftraggeber finden kann? Zum Begriff der arbeitnehmerähnlichen Person in Deutschland s. insbesondere *Deinert*, Soloselbstständige zwischen Arbeitsrecht und Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2015, S. 89 ff.

9 *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, München 1988 (zugl. Köln, Univ., Habil 1982/1983).

10 LAG Niedersachsen, 7.9.1990 – 3 (2) Sa 1791/89 – LAGE Nr. 24 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff; LAG Köln, 30.6.1995 – 4 Sa 63/95 – LAGE Nr. 29 zu § 611 BGB Arbeitnehmerbegriff.

11 Überblick über die Rechtsprechung bei *Däubler*, Das Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., Reinbek 2006, Rn. 24a ff.

12 Zu dieser Position *Däubler*, FS Wank, 2014, S. 81 ff.

13 Art. L 11-11 bis 11-18.

14 Proposition (Fn. 4), S. 12, 13.

15 Überblick etwa bei *Linsenmaier*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Aufl., München 2017, Art. 9 GG Rn. 41.

chern, sei eine gravierende Abweichung von der Idee der Grundrechte;¹⁶ sie komme daher nicht in Betracht. Eingriffe in Arbeitnehmergrundrechte seien aber gerechtfertigt, wenn sie zur Erledigung der Aufgabe erforderlich und wenn sie in Bezug auf den verfolgten Zweck nicht unverhältnismäßig seien. Dies überrascht ein wenig: Die Zuordnung eines Beschäftigten zu einer bestimmten Aufgabe, die Festlegung des Zwecks – ist dies alles nicht Ausfluss der unternehmerischen Freiheit? Hier schlägt der Realitätssinn und der Pragmatismus der Verfasser durch; sie verzichten mit gutem Grund darauf, das Paradies auf Erden zu versprechen. Im Ergebnis dürften sich kaum Unterschiede zur deutschen Rechtsprechung ergeben.

Gleichheitsrechte fanden im Betrieb früher Anerkennung als Freiheitsrechte.¹⁷ In Form der Diskriminierungsverbote haben sie heute in Frankreich wie in Deutschland ein hohes Maß an Differenzierung und große praktische Bedeutung erlangt. Der Entwurf legt die gewohnte Struktur zugrunde: In Art. L 13-12 garantiert er den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, der Ausnahmen allerdings nicht schon aus »sachlichem Grund«, sondern allein aufgrund der Arbeit und den beruflichen Qualitäten eines Arbeitnehmers zulässt. Art. L 13-13 enthält einen nicht abschließenden Katalog von »verpönten Merkmalen«; soweit auf sie abgestellt wird, liegt eine Diskriminierung vor. Ausdrücklich genannt sind neben der Behinderung auch der Gesundheitszustand, die äußere Erscheinung eines Menschen (was insbesondere bei Übergewichtigen eine Rolle spielt¹⁸), der Familienname sowie die Staatsangehörigkeit. Letzterem wird auch dadurch Rechnung getragen, dass alle Rechte aus dem Arbeitsgesetzbuch jedem unter das französische Recht Fallenden zustehen, ungeachtet seiner Staatsangehörigkeit und eines fehlenden Aufenthaltstitels.¹⁹ Nach Art. L 13-14 stellt es gleichfalls eine Diskriminierung dar, wenn Arbeitnehmer wegen der Ausübung eines Grundrechts benachteiligt werden oder wenn dasselbe ua. wegen einer bestimmten Meinungsäußerung, einer politischen oder gewerkschaftlichen Handlungsweise oder wegen Streikteilnahme erfolgt.

Die Diskriminierungsverbote gehen insoweit über das durch Unionsrecht Geforderte hinaus, als sie jede Anknüpfung an den verpönten Merkmale verbieten. Einer realen oder hypothetischen Vergleichsperson bedarf es nicht.

Kommt es zu einer diskriminierenden Benachteiligung, so ist die fragliche Maßnahme unwirksam. Außerdem kann der Betroffene rückwirkend die Leistungen verlangen, die

ein Nicht-Diskriminierter erhalten hat. Weiter ist ihm voller Schadensersatz zu gewähren. Wünschenswert wäre gewesen, den immateriellen Schaden ausdrücklich zu erwähnen und ggf. Anhaltspunkte für die Bemessung seiner Höhe zu geben. Auch ist nirgends eine Beweislastvorschrift nach Art des § 22 AGG ersichtlich, obwohl sie für die in den EU-Richtlinien erwähnten Gründe verbindlich vorgeschrieben ist.

V. Ausschluss prekärer Beschäftigung

Ein zentrales Anliegen des Entwurfs ist die Bekämpfung prekärer Beschäftigung. Zwei Gruppen erhielten schon dadurch gleiche Rechte, dass der Anwendungsbereich des Arbeitsgesetzbuchs weit bestimmt wurde: Soloselbständige werden in aller Regel ökonomisch abhängig sein und fallen deshalb unter den neuen Arbeitnehmerbegriff. Ausländer, insbesondere solche ohne Aufenthaltserlaubnis, werden gleichfalls vom Kodex erfasst. Es bleiben insbesondere die Befristeten, die geringfügig Beschäftigten und die Leiharbeitnehmer.

1. Befristete Arbeitsverhältnisse

»Der Arbeitsvertrag wird auf unbestimmte Zeit abgeschlossen« – so bestimmt es in aller Kürze Art. L 12-4 des Entwurfs. Dies ist als zwingende Vorgabe gemeint; die Begründung sagt ebenso eindeutig, die prekären, insbesondere die befristeten Verträge seien hiermit abgeschafft.²⁰ Dies soll auch das Ende der zahlreichen arbeitsmarktpolitisch moti-

16 Proposition (Fn. 4), S. 13: »Mais qu'il nous soit permis, au moins dans un projet de code français, d'affirmer qu'il s'agit d'un grave dévoiement de l'idée par et pour laquelle des droits fondamentaux de la personne humaine furent proclamés en 1789, en 1946, en 1948, en 1950. comme en 1966«.

17 Der Gleichbehandlungsgrundsatz wurde in Deutschland 1936 (!) erstmalig von der Rechtsprechung anerkannt. Dass er sich nur auf »Volksgenossen« bezog, sei am Rande vermerkt.

18 Nach EuGH, 18.12.2014 – Rs. C-354/13 – NZA 2015, 33 (FOA) kann Fettleibigkeit in Extremfällen eine Behinderung darstellen. S. weiter ArbG Marburg, 13.2.1998 – 2 Ca 482/97 – NZA-RR 1999, 124, wonach es eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen kann, wenn jemand wegen seiner Körperfülle nach Auslaufen seines befristeten Arbeitsvertrags nicht weiterbeschäftigt wird, obwohl an seiner Eignung für die bisher ausgeübte Tätigkeit keinerlei Zweifel besteht und diese auch weiter notwendig ist. Beides sind Hilfskonstruktionen.

19 In dieselbe Richtung § 98a AufenthaltsgG, wonach auch Arbeitnehmer, die sich illegal in der Bundesrepublik aufhalten, Anspruch auf volle Vergütung haben. Dazu Fischer-Lescano et al., Arbeit in der Illegalität, Die Rechte von Menschen ohne Aufenthaltspapiere, Frankfurt aM. 2012.

20 Proposition (Fn. 4), S. 11.

vierten Verträge sein, wie sie in Deutschland etwa unter dem Stichwort »ABM« bekannt waren.

Nun kann es aber ein Bedürfnis geben, jemanden nur für eine bestimmte Dauer zu beschäftigen. Insbesondere der Arbeitgeber ist an einer Probezeit interessiert, die auch für den Arbeitnehmer von erheblicher Bedeutung sein kann. Zu diesem Zweck sehen die Art. L 22-2 ff. des Entwurfs eine »Probeklausel« vor. Die Dauer der Probezeit hängt von der Art der Arbeit ab und kann auf keinen Fall länger als sechs Monate sein. Während dieser Zeit kann der Arbeitnehmer jederzeit ohne Wahrung einer Kündigungsfrist ausscheiden, aber auch der Arbeitgeber zu jedem Zeitpunkt wegen der (schlechten) Qualität der erbrachten Arbeit und wegen jeder Pflichtverletzung des Arbeitnehmers kündigen. Wird davon kein Gebrauch gemacht, will der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aber nicht fortsetzen, so muss er spätestens eine Woche vor Ablauf der Probezeit ein Gespräch mit dem Arbeitnehmer führen und ihn von der Absicht in Kenntnis setzen, das Arbeitsverhältnis zu beenden. Die Kündigung ist mit einer Frist von drei Tagen möglich und muss keine Gründe nennen. Dem Erprobungszweck wird dadurch ausreichend Rechnung getragen; ein befristetes Probearbeitsverhältnis ist überflüssig und kann auch nicht vereinbart werden.

Für andere Konstellationen, in denen man normalerweise an den Abschluss eines befristeten Arbeitsvertrags denkt, kommt eine »clause de durée initiale« in Betracht, was man mit »Klausel über eine Eingangsdauer« übersetzen könnte. Eine solche Abmachung ist nach Art. L 22-11 des Entwurfs nur in drei Fällen möglich:

- eine genau beschriebene Tätigkeit von vorübergehendem Charakter,
- die Vertretung eines abwesenden Arbeitnehmers,
- ein vorübergehender gesteigerter Arbeitsanfall.

Welcher Grund im Einzelfall vorliegt, muss im Arbeitsvertrag detailliert festgehalten werden (Art. L 22-12). Eine solche Abmachung kann grundsätzlich nur einmal getroffen werden (Art. L 22-16) und darf sich auch nicht auf einen Dauerarbeitsplatz beziehen, der zur normalen Aktivität des Unternehmens gehört (Art. L 22-13). Soll der Arbeitnehmer auf verschiedenen Arbeitsplätzen eingesetzt werden, so sind zwei Verträge möglich, sofern zwischen beiden eine Karenzzeit liegt, die mindestens die Hälfte der Dauer des ersten Arbeitsvertrags ausmacht.

Ist am Ende des vereinbarten Zeitraums der Grund weiterhin vorhanden, so kann eine Verlängerung vereinbart

werden. Stimmt der Arbeitnehmer nicht zu, so stellt dies automatisch einen Kündigungsgrund dar. Einschließlich einer solchen Verlängerung kann die Eingangsdauer jedoch nicht mehr als ein Jahr betragen (Art. L 22-19). Solange die Eingangsdauer läuft, kann nur wegen schwerer Pflichtverletzung gekündigt werden; anders als im deutschen Recht kann davon auch nicht im Arbeitsvertrag abgewichen werden.²¹

Ist das Ende der Eingangsdauer erreicht, so kann der Arbeitgeber kündigen, wenn der »Befristungsgrund« nicht mehr gegeben ist: Die Arbeit ist zu Ende geführt, der vertretene Arbeitnehmer zurückgekehrt, der Arbeitsanfall hat wieder sein normales Niveau erreicht. Ist dies nicht der Fall oder waren die Voraussetzungen einer solchen Vereinbarung von vorne herein nicht gegeben, so ist die Kündigung unwirksam. Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber sich nicht bemüht, den Arbeitnehmer auf einen anderen, seiner Qualifikation entsprechenden Arbeitsplatz zu versetzen. Bei der Kündigung muss der Arbeitgeber ein bestimmtes Verfahren beachten, doch gilt dies nicht, wenn die Eingangsdauer weniger als zwei Wochen beträgt.

Die vorgeschlagene Regelung beschränkt die Befristung auf Fälle, in denen sie einem dringenden Arbeitgeberinteresse entspricht. Auch in einem solchen Fall muss der Arbeitgeber Maßnahmen ergreifen, um eine Kündigung zu vermeiden. Insoweit ist für den Arbeitnehmer keine vollständige, aber doch eine weitgehende Gleichstellung im Bestandsschutz erreicht.

2. Geringfügig Beschäftigte

Teilzeitarbeit muss nach Art. L 42-33 mindestens 24 Stunden pro Woche betragen. Wird entgegen dieser Vorgabe eine kürzere Zeit vereinbart, ist Schadensersatz geschuldet, der mindestens der Vergütung für die Differenz zu 24 Stunden entspricht. Doch es gibt Ausnahmen.

- Ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag kann einen kürzeren Zeitraum vorsehen, muss sich dabei aber auf bestimmte Tätigkeiten beschränken und Gegenleistungen für die Arbeitnehmer vorsehen.
- Der Arbeitnehmer kann verlangen, dass im Arbeitsvertrag eine kürzere Arbeitszeit festgelegt wird. Dafür genügt aber nicht schon ein entsprechender Wunsch,

21 § 15 Abs. 3 TzBfG; zur Einräumung eines Kündigungsrechts in AGB s. *Wroblewski*, in: Däubler/Deinert/Zwanziger (Hrsg.), Kündigungsschutzrecht, 10. Aufl., Frankfurt aM. 2017 (im Folgenden DDZ), § 15 TzBfG Rn. 15.

der ja auch vom Arbeitgeber provoziert sein könnte. Vielmehr muss einer von drei Gründen vorliegen, die sich aus der Lebenssituation des Arbeitnehmers ergeben: Studium, zweites Teilzeitarbeitsverhältnis oder persönliche Zwänge (zB. Kindererziehung).

- Die volle oder teilweise Vertretung eines anderen Arbeitnehmers kann weniger als 24 Wochenstunden betragen.
- Das Teilzeitarbeitsverhältnis dauert weniger als ein Woche.

Gleichzeitig werden diese Abweichungen vom 24-Stunden-Minimum für den Arbeitgeber verteuert: Bei weniger als fünfzehn Wochenstunden ist ein Zuschlag von 15 %, bei weniger als acht Stunden von 25 % geschuldet. Bemerkenswert ist die Regel des Art. L 42-38 Abs. 3: Beträgt die Arbeitszeit an einem Tag weniger als zwei Stunden, so muss ein Zuschlag von 25 % bezahlt werden. Damit wird der Aufwand an Zeit und Geld abgegolten, der mit dem Weg zur Arbeitsstelle und zurück verbunden ist.

3. Leiharbeit und anderer drittbezogener Personaleinsatz

Ähnlich wie bei der Befristung geht der Entwurf auch bei der Leiharbeit von einem grundsätzlichen Verbot aus: Art. L 72-5 verbietet die Leiharbeit zu Erwerbszwecken.²² Möglich ist lediglich eine unentgeltliche Arbeitnehmerüberlassung, wie sie insbesondere in Konzernen denkbar ist. Auch dann ist die Überlassung nur in dem zeitlichen und inhaltlichen Rahmen möglich, der für eine Abmachung über die Eingangsdauer gilt (Art. L 72-8). Durch Kollektivvertrag kann eine längere Frist vereinbart werden (Art. L 72-29). Nach Ende der Überlassung kehrt der Leiharbeitnehmer zu seinem Arbeitgeber zurück. Während der Tätigkeit im Einsatzbetrieb hat der Betroffene dieselben Rechte wie die dort dauerhaft Beschäftigten (Art. L 72-10). Wer sich weigert, einen Einsatz als Leiharbeitnehmer zu übernehmen, darf aus diesem Anlass nicht mit Sanktionen belegt werden. Bemerkenswert ist die Vorschrift des Art. L 72-17: Hat der Arbeitgeber eine betriebsbedingte Kündigung ausgesprochen, so darf er innerhalb von sechs Monaten für eine vergleichbare Tätigkeit keine Leiharbeit in Anspruch nehmen.

Sonderregeln bestehen für Vereine, die auf der Grundlage eines mit dem Staat geschlossenen Vertrages Arbeitnehmer zur Verfügung stellen, die aus sozialen oder beruflichen Gründen schwer vermittelbar sind (Art. L 72-18 bis

L 72-22). Ähnliche Regeln finden sich im Anschluss für Vereine, deren Beschäftigte Dienste im Haushalt erbringen und die in Deutschland vor vielen Jahren unter dem Stichwort der Dienstleistungsagenturen oder der Dienstleistungspools diskutiert und erprobt wurden.²³

Eine Rechtsfigur, die das deutsche Recht nicht kennt, ist die »société de portage salarial«. Soloselbstständige, die nicht von einem Auftraggeber abhängig sind (sonst wären sie Arbeitnehmer), schließen mit dieser Agentur einen Vertrag. Danach zieht sie die Entgelte bei den Kunden des Selbständigen ein, führt Sozialabgaben und Steuern ab und kehrt den Nettobetrag an ihn aus.

Wer für einen Subunternehmer arbeitet, ist den dort geltenden Arbeitsbedingungen unterworfen. Auch wenn die Tätigkeit bisher im Betrieb des Hauptunternehmers erledigt wurde, kann der Einzelne nicht etwa verlangen, Entgelt und Arbeitsbedingungen wie ein weiter dort tätiger Stammarbeitnehmer zu bekommen. Equal Pay und Equal Treatment gelten zwar für Leiharbeitnehmer, nicht aber für diejenigen, die als Beschäftigte eines neu gegründeten Subunternehmers in den Betrieb (und im Extremfall auf ihren alten Arbeitsplatz) geschickt werden. Gerade die Zurückdrängung der Leiharbeit im Entwurf könnte einen Anreiz dafür bieten, bestimmte Tätigkeitsbereiche auszugliedern und sie im Wege eines Werkvertrags an dritte Unternehmer zu vergeben. Nach den Art. L 72-43 ff. des Entwurfs können die von diesem eingesetzten Arbeitnehmer lediglich den Hauptunternehmer in Anspruch nehmen, wenn ihr Arbeitgeber in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät. Weiter muss der Hauptunternehmer dafür sorgen, dass der Subunternehmer seine arbeitsrechtlichen Verpflichtungen erfüllt. Geschieht das nicht, wird die Arbeitsaufsicht eingeschaltet. Bleibt auch dies ohne Erfolg, haftet nicht nur der Sub-, sondern auch der Hauptunternehmer für Schadensersatzansprüche der Beschäftigten, die in diesem Zusammenhang entstehen können.

Sonderregeln gibt es schließlich für die »verdeckte Arbeit«, die ua. dann vorliegt, wenn keine Sozialversicherungsbeiträge abgeführt werden. Wird ein solches Arbeitsverhältnis aufgelöst, erhält der Arbeitnehmer neben seinen sonstigen Ansprüchen einen pauschalen Schadensersatz von sechs Monatsgehältern (Art. L 73-2). Außerdem trifft diejenigen, die mit einem solchen Unternehmen zusammenarbeiten, eine gesamtschuldnerische Haftung auf Schadensersatz.

22 »Le prêt de salarié à but lucratif est interdit«.

23 S. Bittner/Weinkopf, WSI-Mitt. 2000, 256 ff.

VI. Struktur der Interessenvertretung

Der Entwurf legt einen neuen Betriebsbegriff zugrunde. Die kleinste Einheit, in der sich eine institutionalisierte Interessenvertretung vollzieht, definiert sich durch das Zusammenwirken der Beschäftigten.²⁴ Auf diese Weise wird vermieden, dass eine vorhandene kollektive Einheit von Beschäftigten (»collectivité«) dadurch zerteilt wird, dass sich auf Arbeitgeberseite verschiedene Gesellschaften bilden. Weiter bleibt die Nähe zwischen Repräsentanten und Repräsentierten erhalten: Würde man sich am Entscheidungszentrum auf Arbeitgeberseite orientieren, könnte bei entsprechender Zentralisierung der Personalverwaltung kein ausreichender Kontakt zu den Beschäftigten mehr aufrecht erhalten werden.²⁵

Entsprechende Überlegungen gibt es auch in Deutschland,²⁶ doch haben sie bisher in der höchstrichterlichen Rechtsprechung keine Anerkennung gefunden. Dies mag ua. mit der Schwierigkeit zusammenhängen, eine derartige Alternativkonzeption mit klaren Konturen zu versehen. Die »gemeinsamen und spezifischen Interessen« und die »ähnlichen oder sich ergänzenden Tätigkeiten«²⁷ könnten dafür einen Schritt in die richtige Richtung darstellen. Das aktuelle Beispiel eines Möbelhauses vermag dies zu verdeutlichen: Die einzelnen Filialen wurden zu eigenen Gesellschaften gemacht, denen jeweils Grundstück und Gebäude sowie die Arbeitsmittel gehören. Alle Verkäufer sind einer »Verkäufer-GmbH« zugeordnet, alle Lageristen einer »Warendispositions-GmbH«. Schließlich gibt es für Heizung und Pflege des Gebäudes einschließlich seiner Sicherung eine »Facility-Management-GmbH«. Jede der vier Gesellschaften hat eine eigene Personalverwaltung, die peinlich genau darauf achtet, dass keinerlei Einrichtungen einer anderen Gesellschaft benutzt werden. Nach deutschem Recht liegt hier mangels einheitlichen Leitungsapparats kein Gemeinschaftsbetrieb vor, die vier Belegschaften müssten jeweils einen separaten Betriebsrat wählen. Auf der Grundlage der von den französischen Kollegen gegebenen Definition wäre das anders: Die Arbeit im gleichen Gebäude schafft parallele Interessen, die Tätigkeiten ergänzen sich. Man könnte einen einheitlichen Betriebsrat wählen. Dies wäre vermutlich schon auf der Grundlage des heute geltenden französischen Rechts möglich.²⁸

Auch in Bezug auf die Arbeitgeberseite schlägt der Entwurf Veränderungen vor. Im Bereich der kollektiven Interessenvertretung soll es nach Art. L 31-5 allein darauf

ankommen, wo sich eine einheitliche Leitung befindet. »Unternehmen« wäre also auch ein Konzern, dessen Spitze Entscheidungen für die abhängigen Gesellschaften trifft. Dies hat den Vorteil, Informationen dort abfragen zu können, wo sie vorhanden oder zumindest unschwer beschaffbar sind. Soweit es darum geht, durch Tarifverhandlungen (oder in Deutschland durch Mitbestimmung) Entscheidungen zu beeinflussen, werden Umwege vermieden, die sich oft als Sackgassen erweisen.

VII. Fragen der Arbeitszeit

1. Die Arbeitszeitpolitik

Der Entwurf bekennt sich zur Verkürzung der Arbeitszeit als Mittel zur besseren Verteilung des verfügbaren Arbeitsvolumens. Weiter will er nicht nur »Ruhezeiten« als notwendige Ergänzung von Arbeitszeiten regeln; vielmehr muss die Freizeit planbar sein, um so das persönliche Leben gegen permanente Anforderungen der Arbeit zu schützen. Da die Dauer der Arbeitszeit durch Gesetz festgelegt ist – in Art. L 42-12 bekennt sich der Entwurf zu der unter Präsident Mitterrand eingeführten 35-Stunden-Woche – bedarf es vertraglicher Regelungen insbesondere in Bezug auf die Verteilung der Arbeitszeit. Dies ist traditionelle Aufgabe der Tarifparteien. Wo es – wie häufig in Kleinunternehmen – auf Arbeitnehmerseite keine Repräsentanten gibt, entscheidet in Deutschland der Arbeitgeber allein. Nicht so nach dem Entwurf: Der Arbeitgeber muss einen Vorschlag ausarbeiten, den er den Beschäftigten und der Arbeitsinspektion zur Kenntnis gibt. Letztere kann Veränderungen verlangen; ohne ihre Genehmigung wird der Arbeitszeitplan nicht wirksam. Bildet sich anschließend eine gewerkschaftliche Repräsentanz, kann diese das vorhandene Regelwerk kündigen und in Verhandlungen eintreten. Mittelbar wird durch die Einschaltung der Arbeits-

24 Art. L 31-8 des Entwurfs: »L'établissement est une collectivité de salariés dotés d'intérêts communs et spécifiques, qui exercent soit des activités similaires soit des activités complémentaires.«

25 Proposition (Fn. 4), S. 82 ff.

26 Grundlegend Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, München 1988 (zugl. Kiel, Univ., Habil. 1983), S. 112 ff. und passim; s. weiter Däubler, Das Arbeitsrecht 1 (Fn. 11), Rn. 752g ff.

27 S. Fn. 24.

28 Zu den délégués de site und der »unité économique et sociale« s. Auzero/Baugard/Dockès, Droit du travail, 31. Aufl., Paris 2018, No 1127, 1128.

aufsicht für den Arbeitgeber ein Anreiz geschaffen, die Bildung einer Interessenvertretung zumindest zu tolerieren; eine Einigung mit ihr könnte leichter als im Verhältnis zur Arbeitsaufsicht erreichbar sein.

2. Der Preis der Flexibilität

Der Entwurf kennt Höchstarbeitszeiten, die davon abhängig sind, wie viele Tage in der Woche gearbeitet wird. Bei sechs Tagen liegt die Obergrenze bei acht Stunden täglich und 44 Stunden in der Woche, bei der Fünf-Tage-Woche ist bei neun Stunden täglich und bei 45 Stunden in der Woche Schluss. Nur bei der Vier-Tage-Woche gibt es den bei uns selbstverständlichen Zehn-Stunden-Tag und die Obergrenze von wöchentlich 48 Stunden. Bei außergewöhnlichen und dringenden Situationen können diese Grenzen nach Art. L 42-6 mit Zustimmung der Arbeitsaufsicht in bestimmtem Umfang überschritten werden. Werden diese gesetzlichen Schranken nicht eingehalten, so liegen sog. überschüssende Überstunden (*«excédentaires»*) vor, die mit dem dreifachen Stundensatz vergütet werden müssen (Art. L 42-8).

Die Normalarbeitszeit beträgt 35 Stunden in der Woche (Art. L 42-12). Eine unterschiedliche Wochenarbeitszeit ist möglich, führt jedoch dazu, dass sich das Normalniveau verringert. Es beträgt nur noch 34 Stunden, wenn auf den Durchschnitt von vier Wochen abgestellt wird, und 33 Stunden, wenn der Ausgleichszeitraum bis zu drei Monaten beträgt. Liegt dieser zwischen drei Monaten und einem Jahr, kann der Durchschnitt nur 32 Wochenstunden betragen.

Bei Überschreitung der Normalarbeitszeit liegen Überstunden vor. Die ersten sechs Überstunden in der Woche werden mit einem Zuschlag von 25 % vergütet; für weitere Überstunden sind 50 % zu bezahlen (Art. L 42-17). Überstunden, die die Grenze von 220 im Jahr überschreiten, sind mit dem doppelten Satz zu vergüten. Ein Tarifvertrag kann statt der Zuschläge einen Freizeitausgleich vorsehen. Art. L 42-22 und 42-23 sehen eine Pauschalabrede vor, die eine bestimmte Stundenzahl in der Woche oder im Monat und die dafür geschuldete Vergütung fixiert. Hier wird dann nicht mehr überprüft, wie viele Stunden effektiv gearbeitet wurde, wobei die Höchstarbeitszeiten natürlich unberührt bleiben. Der Vergleich mit der deutschen Vertrauensarbeitszeit liegt nahe, doch bezieht sich die französische Regelung nicht auf die Lage der Arbeitszeit.

3. Die Vorsehbarkeit von Arbeit und Freizeit

Die Lage der Arbeitszeit am Tag, in der Woche, im Monat und ggf. innerhalb des Jahres muss im Arbeitsvertrag festgelegt werden. Änderungen müssen nach Ende der Probezeit im Voraus ausdrücklich vereinbart sein. Betrifft die Veränderung im Höchstfall zwei Stunden, kann sie am vorangegangenen Tag vorgeschlagen werden; überschreitet sie diesen Rahmen, muss sie eine Woche vorher dem Arbeitnehmer zur Kenntnis gebracht werden. Geht es darum, an einem anderen Tag als vorgesehen zu arbeiten, so ist eine Monatsfrist zu beachten. Verweigert der Arbeitnehmer seine Zustimmung, stellt dies einen Kündigungsgrund dar, es sei denn, er könne sich auf zwingende Gründe berufen, die aus seinem persönlichen Leben, seiner Aus- und Weiterbildung oder einer anderen Tätigkeit stammen (Art. L 42-25). Faktisch wird es ein Arbeitnehmer auf eine Auseinandersetzung darüber nicht ankommen lassen und stattdessen dem Vorschlag des Arbeitgebers folgen. Wird dieses Verfahren nicht eingehalten, kann der Arbeitnehmer für die Stunden, die von der bisherigen Planung abweichen, einen Zuschlag von 50 % verlangen. Entscheidend ist allerdings der folgende Satz: Unterbricht die nicht angekündigte Arbeit die Freizeit, so schuldet der Arbeitgeber automatisch eine Vergütung von zwei Stunden ohne Rücksicht darauf, wie lange die Inanspruchnahme gedauert hat. Die zwei vorangehenden wie die zwei nachfolgenden Stunden sind wie Rufbereitschaft zu bezahlen, was ein Drittel der Normalvergütung bedeutet. Das »Recht auf Nichterreichbarkeit« wird so mit erheblichen wirtschaftlichen Sanktionen abgesichert.

4. Rufbereitschaft

Die im deutschen ArbZG nicht angesprochene Rufbereitschaft (*«astreinte»*) erfährt eine ausdrückliche Regelung. Sie wird in Art. L 42-71 im Prinzip wie in Deutschland definiert, doch wird ein Tätigwerden im Sinne einer Fahrt zum Arbeitsplatz oder im Sinne von Arbeit zu Hause erst nach Ablauf einer Stunde geschuldet; eine Ausnahme besteht bei hoher Dringlichkeit. Die Rufbereitschaft wird mit einem Drittel des normalen Stundensatzes des Arbeitnehmers vergütet und darf nicht mehr als 50 % der vereinbarten Arbeitszeit ausmachen.

5. Weitere Maßnahmen

Die Freizeit wird weiter dadurch abgesichert, dass unterbrochene Arbeitszeiten (morgens drei Stunden, abends

drei Stunden) an deutliche Grenzen gebunden werden, weil die dazwischen liegende Zeit nicht wirklich als »Freizeit« gelten kann. Für Sonntagsarbeit ist ein Zuschlag von 100 % geschuldet.

VIII. Kündigungsschutz

Die Regeln über die Kündigung folgen in weiten Teilen dem bisherigen französischen Modell. Die Verschlechterungen durch die Macron-Reformen bleiben außer Betracht. Der Entwurf konzentriert sich auf drei Bereiche.

1. Verfahren vor Ausspruch der Kündigung (Art. L 26-1 ff.)

Der Arbeitnehmer, dessen Kündigung ins Auge gefasst wird, muss mit eingeschriebenem Brief zu einem Gespräch geladen werden, das frühestens fünf Arbeitstage nach Zugang des Einschreibens stattfinden kann. Der Betroffene kann sich dabei von einem Betriebsangehörigen seiner Wahl oder von einer sachkundigen Person unterstützen lassen, deren Name sich auf einer Liste der Arbeitsinspektion befindet. Die Dokumente, auf die sich der Arbeitgeber stützen will, müssen für den Arbeitnehmer zugänglich sein; dazu ist in der Einladung zum Gespräch hinzuweisen. Bei diesem sind auch Alternativen zur Kündigung wie eine längere Weiterbildung zu erörtern. Werden diese Verfahrensvorschriften verletzt, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf eine Zusatzabfindung von zwei Monatsgehältern. Die Kündigung wird durch eingeschriebenen Brief ausgesprochen, der frühestens zwei Arbeitstage nach dem Gespräch abgesandt werden kann. Er muss die Kündigungsgründe im Einzelnen nennen. Kommt es später zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung, so kann sich der Arbeitgeber nur auf die im Kündigungsschreiben genannten Gründe berufen.²⁹

2. Kündigungsgründe

Bevor er eine Kündigung ausspricht, muss der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer effektive Weiterbildungsmöglichkeiten anbieten, die eine Anpassung an die absehbare Entwicklung seines Tätigkeitsbereichs ermöglichen (Art. L 26-13). Ist dies nicht möglich, ist die Kündigung nur wirksam, wenn sie auf einem tatsächlich bestehenden und schwerwiegenden Grund beruht (»cause réelle et sérieuse«). Fehlt ein

derartiger Grund, bleibt die Kündigung ohne Wirkung und der Betroffene kann die Rückkehr an seinen Arbeitsplatz erzwingen. Dies ist eine neue, mit der deutschen Konstruktion übereinstimmende Regelung; von wenigen Ausnahmen wie diskriminierenden Kündigungen abgesehen, sieht das französische Recht bisher in solchen Fällen nur eine höhere Abfindung vor.

Der Entwurf unterscheidet wirtschaftliche und in der Person des Beschäftigten liegende Gründe. Art. L 26-18 umschreibt die wirtschaftlichen Gründe: Arbeitsplätze fallen wegen ernsthafter wirtschaftlicher Schwierigkeiten weg. Gleichgestellt ist der Fall, dass ohne die Kündigungen noch größere wirtschaftliche Probleme drohen, die zum Wegfall von noch mehr Arbeitsplätzen führen würden. Ein weiterer Grund sind technologische Veränderungen, die bestimmte Arbeitsplätze zum Verschwinden bringen. Schließlich ist der Fall erfasst, dass der Arbeitgeber als natürliche Person oder als beherrschender Gesellschafter einer juristischen Person seine Tätigkeit beenden möchte. Ausgeschlossen wäre danach eine Kündigung, die in einem Konzern nur die durchschnittliche Rentabilität aller Einheiten erhöhen und so den Börsenkurs steigern möchte.³⁰ Auch die bloße Absicht der Gewinnsteigerung dürfte nicht ausreichen.³¹

Liegt ein Kündigungsgrund vor, so muss der betroffene Arbeitnehmer auf einem freien anderen Arbeitsplatz weiterbeschäftigt werden. Dabei ist nicht nur auf den Betrieb und das Unternehmen, sondern auch auf den Konzern und auf solche Unternehmen abzustellen, mit denen der Arbeitgeber verbunden ist (Art. L 28-16). Dabei ist nicht von vornherein ausgeschlossen, dass ein Arbeitnehmer auf einer Position weiterbeschäftigt wird, die höher als seine bisherige bewertet wird. Notfalls ist eine soziale Auswahl zu treffen (Art. L 28-20), deren Kriterien nicht abschließend bestimmt sind. Beispielhaft werden ua. Unterhaltspflichten, insbesondere Alleinerziehender, Betriebs- und Unternehmenszugehörigkeit sowie geminderte Chancen

²⁹ Zur Formlosigkeit der Vorbereitung der Kündigung nach deutschem Recht, das nicht einmal eine Anhörung des Betroffenen verlangt, s. DDZ-Däubler (Fn. 21), Einl. Rn. 110 ff.

³⁰ Zu dieser sog. shareholder value – Kündigung nach deutschem Recht s. DDZ-Deinert (Fn. 21), § 1 KSchG, Rn. 362; Griebeling/Rachor, in: Etzell/Bader/Fischmeier et al., KR – Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzrecht und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 11. Aufl., Köln 2016, § 1 KSchG Rn. 587 ff.

³¹ Zum bisherigen Schutz gegen Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen s. Schuster, Betriebsbedingte Kündigung in Deutschland und Frankreich, Baden-Baden 2008, S. 151 ff.

auf dem Arbeitsmarkt (Behinderte, Ältere) genannt. Das Lebensalter wird nicht als Beispiel hervorgehoben.

Bei den Gründen in der Person werden Pflichtverletzungen genannt, wobei die Kündigung eine »verhältnismäßige« Reaktion sein muss. Bei schweren Pflichtverletzungen (»faute grave«) ist eine fristlose Kündigung möglich. Ein weiterer Grund ist berufliches Unvermögen; trotz Weiterbildungsangeboten kann der Betroffene seine Aufgaben nicht mehr angemessen erfüllen. Dasselbe gilt, wenn das Unvermögen auf Krankheit beruht, doch sind Opfer von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten besonders geschützt (Art. L 27-1).

Es fällt auf, dass der Entwurf genauso wenig wie das geltende Recht eine Interessenabwägung vorsieht. Jedenfalls bei der personen- und bei der verhaltensbedingten Kündigung kann diese einen wichtigen Beitrag zur Einzelfallgerechtigkeit leisten. Keine Bedenken wird man dagegen haben, dass Personen, die älter als 70 Jahre sind, jederzeit ohne besonderen Grund gekündigt werden können, wenn sie einen vollen Rentenanspruch besitzen (Art. L 26-21).

3. Rechtsfolgen der Kündigung

Abgesehen vom Fall der Kündigung wegen schwerer Pflichtverletzung erhält der zu Recht gekündigte Arbeitnehmer automatisch eine Abfindung. Sie beträgt ein Drittel eines Monatsgehalts pro Jahr der Betriebszugehörigkeit (Art. L 26-30). Im Vergleich zum italienischen Recht (»trattamento di fine rapporto«)³² und zum chinesischen Recht,³³ wo jeweils ein ganzes Monatsgehalt geschuldet ist, erscheint dies eher bescheiden. Bei rechtswidrigen Kündigungen verdoppelt sich diese Summe, wenn der Betroffene von dem Recht zur Rückkehr an seinen Arbeitsplatz keinen Gebrauch macht. Der Gedanke einer Weiterbeschäftigung bis zur Entscheidung über die Kündigungsschutzklage hat – soweit ersichtlich – keine Beachtung gefunden.

Erreichen Kündigungen aus wirtschaftlichen Gründen eine bestimmte Zahl,³⁴ so ist ein »Plan zur Aufrechterhaltung der Beschäftigung« (»plan de sauvegarde de l'emploi«) aufzustellen. Er beruht auf einem Kollektivvertrag oder einer einseitigen Erklärung des Arbeitgebers. Inhaltlich enthält er die Maßnahmen des Arbeitgebers, die dieser zur Vermeidung oder Reduzierung von Kündigungen ergreift, aber auch Weiterbildungsmaßnahmen und die Schaffung neuer Arbeitsplätze. Insoweit gewinnt er Ähnlichkeit mit einem deutschen Transfersozialplan. Von einer Aufstockung der Abfindungen ist an keiner Stelle die Rede.

IX. Einschätzung

Der hier keineswegs mit allen seinen Vorschlägen vorgestellte Entwurf³⁵ wird aller Voraussicht nach in den kommenden Jahren keine Mehrheit in der französischen Nationalversammlung finden. Auch die Unterstützung durch alle französischen Gewerkschaften und die beginnende intensive wissenschaftliche Diskussion³⁶ wird daran nichts ändern. Dennoch erfüllt der Entwurf drei wichtige Funktionen.

Zum einen geht er in durchaus realistischer Weise von der Existenz einer (kapitalistischen) Marktwirtschaft aus. Dies wird nicht zuletzt an den Vorschriften über die Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen deutlich. Dabei schöpft er jedoch zahlreiche Möglichkeiten aus, die ein marktwirtschaftliches System eröffnet.³⁷ Wie kann man die Trennung von Arbeit und Freizeit auch unter den aktuellen Bedingungen aufrecht erhalten? Wie lässt sich die Flexibilisierung in Grenzen halten, ohne sich den wirtschaftlichen Notwendigkeiten zu verweigern? Wie lässt sich prekäre Arbeit vermeiden, zumindest entscheidend zurückdrängen? Hier finden wir in sich konsistente Antworten, die wir in der Bundesrepublik in dieser Form bisher nicht haben. Der Entwurf könnte Ansporn sein, dieses Defizit zu beseitigen, wobei als institutioneller Rahmen ähnlich wie in Frankreich nur die Wissenschaft in Betracht kommt.

Zum zweiten bietet der Entwurf zahlreiche innovative Ideen, die auch in einem anderen Kontext und ohne Einigung über ein Gesamtkonzept aufgegriffen werden können. Wie geht man mit Einheiten um, in denen keine Interessenvertretung besteht? Wäre ein arbeitnehmerzentrierter Betriebsbegriff nicht der aktuellen Rechtsprechung vorzuziehen? Könnte man nicht die Befristung auf ganz wenige sachliche Gründe beschränken? Schon bei einem derart

32 Dazu *Roccella*, *Manuale di Diritto del Lavoro*, 3. Aufl., Turin 2008, S. 355.

33 Art. 47 des Arbeitsvertragsgesetzes v. 2007; dazu *Däubler/Wang*, AuR 2008, 85, 87.

34 Art. L 28-21: Fünf Beschäftigte im Laufe von 30 Tagen oder zehn Beschäftigte im Laufe eines Jahres; beides gilt nur für Unternehmen mit mindestens 25 Arbeitnehmern.

35 Erwähnenswert etwa das Vorkaufsrecht der Belegschaften bei der Veräußerung einer wirtschaftlichen Einheit nach Art. L 29-5 ff. oder die Neudefinition des Streiks in Art. L 13-4, wonach nicht nur die Arbeitseinstellung, sondern jede Nichtbefolgung von Weisungen des Arbeitgebers erfasst ist. Zum Arbeitsschutzrecht s. Art. L 61-1 ff. und *Coutrot*, *Droit Social* 2018, 271 ff.

36 S. das Dossier in Heft 3/2018 von *Droit Social* mit insgesamt 23 Beiträgen zu einzelnen Aspekten des Entwurfs.

37 Zu dem vergleichbaren Fall des slowenischen Arbeitsverhältnissetzes von 2002, s. *Däubler*, AuR 2003, 129.

selektiven Zugriff würde man den Streit um höchst kleinteilige Fragen verlassen, wie sie für die Koalitionsverhandlungen in Berlin charakteristisch waren.³⁸

Zum dritten haben die Verfasser durchgehend die Fragen im Blick gehabt, die heute unter dem Stichwort der Digitalisierung diskutiert werden. Der neue Arbeitnehmerbegriff ist auch im Hinblick auf die Arbeit für Plattformen konzipiert worden, das Problem der jederzeitigen Erreichbarkeit

wird als spezifisches Problem der Smartphone-Generation gesehen. Dass daneben auch Wünsche offen bleiben – etwa bei der Entwicklung von Persönlichkeitsprofilen und ihrer Abgleichung mit Algorithmen – soll nicht verschwiegen werden. Dennoch ist dem alternativen Arbeitsgesetzbuch die denkbar größte Verbreitung zu wünschen.

38 Dazu *Kittner*, SR 2018, 45 ff.

Religionsfreiheit, Kopftuch, Arbeit

Peter Stein, *RiArbG aD.*, Hamburg

Einleitung

Grundrechte sorgen regelmäßig für Irritationen. Die Meinungsfreiheit etwa gilt unabhängig davon, ob es sich um ein richtiges oder falsches, emotionales oder rational begründetes Werturteil handelt.¹ Auch seltsam erscheinende Minderheiten genießen Religionsfreiheit.² Rechtsradikale dürfen mit üblen Parolen demonstrieren. Die bloße Gefährdung der öffentlichen Ordnung³ rechtfertigt ein Versammlungsverbot nicht.⁴ Und schließlich: »Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen«.⁵

Im Zusammenhang mit der Kopftuchdebatte wird der Grundrechtsbezug nicht immer gesehen. Das gilt nicht nur für das allgemeine Persönlichkeitsrecht, sondern insbesondere auch für die Religionsfreiheit.

I. Bekleidung

Moden wechseln von Saison zu Saison. Kleidung religiösen Ursprungs und Bekleidung, die im Brauchtum verwurzelt ist, sind dauerhaft. Dennoch gibt es auch hier Wandel und Veränderung.

Im Europa des 14. und 15. Jahrhunderts trugen vornehme Frauen ihr Haar unter einer Haube oder bedeckten es mit einem Schleier. Der mit dem Hut verbundene Halb-

schleier war bis in die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts ein modisches Attribut gehobener Damenbekleidung. In den 1920iger Jahren waren in der Sowjetunion rote Kopftücher allgegenwärtig, die nicht auf traditionelle Art unter dem Kinn zugebunden wurden, sondern auf dem Hinterkopf. Das sollte die Befreiung der Frauen aus der »imperialistischen Unterdrückung« symbolisieren.

In der katholischen Kirche ist das Tragen einer Kopfbedeckung für Frauen in der Heiligen Messe nicht mehr verpflichtend. In der orthodoxen Kirche, in einzelnen römisch-katholischen Ländern, in verschiedenen protestantischen Kirchen, bei den russischen Baptisten und den Mennoniten

1 BVerfG, 14.3.1972 – 2 BvR 41/71 – BVerfGE 33, 1.

2 So stand die religiöse Überzeugung eines Mitgliedes der Glaubensgemeinschaft des »evangelischen Brüdervereins« einer Verurteilung gem. damaligem § 330c StGB (heute § 323c StGB) entgegen, BVerfG, 19.10.1971 – 1 BvR 387/65 – BVerfGE 32, 106.

3 Dh. von ungeschriebenen Regeln, deren Befolgung nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen als unerlässliche Voraussetzung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens angesehen wird.

4 BVerfG, 14.5.1985 – 1 BvR 233, 341 – BVerfGE 69, 315.

5 Art. 14 Abs. 2 GG. Gemeinwohlbelange werden in der Praxis unterschiedlich berücksichtigt, vgl. einerseits BGH: »der Eigentümer einer vermieteten Wohnung kann mit dieser im Interesse einer bloßen Gewinnoptimierung nicht nach Belieben verfahren« (BGH, 27.9.2017 – VIII ZR 243/16 – NJW-RR 2018, 12) und andererseits BAG (»Die einer betrieblich-organisatorischen Maßnahme zugrunde liegende unternehmerische Entscheidung ist gerichtlich nicht auf ihre sachliche Rechtfertigung oder ihre Zweckmäßigkeit, sondern nur daraufhin zu überprüfen, ob sie offensichtlich unsachlich, unvernünftig oder willkürlich ist« (BAG, 20.6.2013 – 2 AZR 380/12 – AP Nr. 5 zu § 626 BGB Unkündbarkeit).

bedecken Frauen ihr Haar in der Kirche weiterhin mit einem Schleier, einem Tuch oder einer Mantilla.

In einigen islamischen Ländern ist das Tragen des Schleiers gesetzlich vorgeschrieben.⁶ In Afghanistan zur Zeit der Taliban war die Burka Pflicht. In der Türkei war das Tragen des Kopftuchs durch Atatürk unter Androhung der Todesstrafe verboten. In öffentlichen Einrichtungen ist das Kopftuchverbot dort wieder aufgehoben worden. Heute sind im Judentum und im Islam das Tragen der Kippa und der Takke im Gottesdienst für alle Männer üblich, bei besonders Religiösen auch im Alltag. Frauen tragen entsprechend Perücken oder Kopftücher. Für Sikhs ist das Tragen des Dastars eine religiöse Pflicht.

Zumal in ländlichen Regionen gingen vor 40, 50 Jahren anständige deutsche Frauen nicht ohne Kopftuch auf die Straße. Das hat sich grundlegend geändert. Dafür sind islamische Kopftücher nicht nur in Großstädten alltäglich geworden.

Im Arbeitsleben werden Bekleidungs Vorschriften in vielen Bereichen problemlos praktiziert und als selbstverständlich angesehen. Häufig sind es hygienische und klimatische Umstände sowie Sicherheitsaspekte, die eine spezielle Bekleidung erfordern. Darüber hinaus kann eine einheitliche Bekleidung für das Image und die Corporate Identity eines Unternehmens von Bedeutung sein. Ebenso spielen häufig Erwartungen von Kunden eine Rolle.

Die aktuelle Bekleidungsdebatte fällt zum einem in ein Klima der Angst vor einem stärkeren Einfluss des Islam. Zum anderen erscheint Verhüllung als Zeichen patriarchalischer Unterdrückung. Es sind zuvorderst Burkas, die irritieren. Die Sehnsucht nach Abgrenzung ist virulent. Der deutsche Innenminister erklärte der Neutralitätspflicht des Staates⁷ zum Trotz, der Islam gehöre nicht zu Deutschland.⁸ Dort, wo es nicht opportun ist, offen gegen Ausländer oder den Islam zu polemisieren, faszinieren symbolpolitische Ersatzhandlungen. Es gibt es einen kleinlichen Schutz staatlicher Scheinidentität, der bisweilen skurrile Formen annimmt:⁹ ZB. ist laut Bayerischem Integrationsgesetz vom 13. Dezember 2016 Bayern »tief eingewurzelt in Werte und Traditionen des gemeinsamen christlichen Abendlandes«.¹⁰ Bayern ist, so postuliert es das Gesetz »geformt von gewachsenem Brauchtum, von Sitten und Traditionen«.¹¹ Oder: Der Bundesrat hat am 22. September 2017 die 53. Verordnung zur Änderung straßenverkehrsrechtlicher Vorschriften erlassen.¹² Danach wird § 23 StVO »um ein Verbot der Verdeckung oder Verhüllung des Gesichtes der das Kraftfahr-

zeug führenden Person zur Gewährleistung der Identitätsfeststellung bei Maßnahmen der automatisierten Verkehrsüberwachung« ergänzt. Bedenken im Hinblick auf die Religionsfreiheit gab lediglich das Land Berlin zu Protokoll, obwohl ins Auge springt, dass die Auflage, ein Fahrtenbuch zu führen, die Religionsfreiheit weniger stark beeinträchtigt. Der Zwang, entgegen der eigenen religiösen oder weltanschaulichen Überzeugung, in einem mit einem Kreuz ausgestatteten Gerichtssaal verhandeln zu müssen, kann das Grundrecht eines Prozessbeteiligten aus Art. 4 Abs. 1 GG verletzen.¹³ In Bayern dürfen Richterinnen und Richter seit dem 1. April 2018 bei Amtshandlungen mit Außenkontakt keine sichtbaren religiös oder weltanschaulich geprägten Symbole oder Kleidungsstücke tragen, die Zweifel an ihrer Unabhängigkeit, Neutralität oder ausschließlichen Bindung an Recht und Gesetz hervorrufen können.¹⁴ Das Kreuz bleibt jedoch in den Gerichtssälen hängen. Österreich und NRW planen, Kindern unter 14 Jahren Kopftücher in Schulen zu verbieten. Von Taufen, Beschneidungen und dem Tragen von Halsketten mit Kreuzen ist nicht die Rede.

II. Religionsfreiheit

Religions- und Weltanschauungsfreiheit sind jung und fragil. Die infolge der Reformation ausbrechenden konfessionellen Bürgerkriege des 16. und 17. Jahrhunderts haben Europa und insbesondere Deutschland verwüstet. Die Lösung lag nicht darin, dass man Einsicht in die Unlösbar-

6 ZB. Saudi-Arabien und bis vor einigen Jahren im Iran. Dafür gibt es eine Religionspolizei.

7 BVerfG, 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 – NJW 2015, 1359: Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG verlangt, dass niemand durch den Staat wegen seines Glaubens oder seiner religiösen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt wird. Die Norm verstärkt den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und die durch Art. 4 Abs. 1 und Abs. 2 GG geschützte Glaubensfreiheit. Ebenso wenig ergeben sich für eine Bevorzugung christlich und jüdisch verankerter religiöser Bekundungen tragfähige Rechtfertigungsmöglichkeiten.

8 Dem Innenminister obliegt gem. § 26 Abs. GSchBReg die Aufsicht über die Wahrung der Verfassung und der verfassungsgemäßen Rechte der Bürger. Ebenso fungiert der Justizminister als Verfassungsminister.

9 Rottenwallner, KJ 2017, 364.

10 GVBl. S. 335, Präambel, Satz 2.

11 GVBl. S. 335, Präambel, Satz 9.

12 BR-Drs. 556/17.

13 BVerfG, 17.7.1973 – 1 BvR 308/69 – BVerfGE 35, 366.

14 Art. 11 Abs. 2 BayRiStAG.

keit der Wahrheitsfrage gewonnen hätte. Man folgte vielmehr dem Gedanken strikt geschlossener konfessioneller Homogenität in den einzelnen Territorien. Es bedurfte eines langen Entwicklungs- und gewaltigen Zivilisationsprozesses, um diese Logik zu überwinden und den Gedanken zu ertragen, dass Bürger in einem Staat gleiche Rechte genießen, auch wenn sie unterschiedlichen Glaubensbekenntnissen beziehungsweise nichtreligiösen oder sogar antireligiösen Weltanschauungen anhängen.¹⁵

Heute ist die Religionsfreiheit in Art. 4 GG garantiert. Aus der Glaubensfreiheit ergibt sich im Zusammenspiel mit Art. 136 und Art. 137 WRV die religiös-weltanschauliche Neutralität des Staates. Art. 4 GG schützt wohlgerne nicht landestypisch-kulturelle Besitzstände. Jeder Versuch, geistige Hegemonie zu dekreditieren, ist unzulässig.

1. Religionen

Religionen sind getragen von dem Glauben an eine umgreifende Wirklichkeit, die häufig einen transzendenten Bezug aufweist.¹⁶ Sie beruht auf der Vorstellung, der Einzelne sei in einen Zusammenhang eingegliedert, der nicht mit menschlichen Maßstäben zu beurteilen und durch wissenschaftliche Erkenntnisquellen nicht erschöpfend zu klären sei. Verbreiteter Weise ist Bezugspunkt eine überweltliche Macht, mit der Gläubige durch Gebete, Meditationen oder religiöse Übungen verbunden sein können.¹⁷

Glaube und religiöse Überzeugung dürfen nicht von einer Gottesvorstellung oder von Jenseitsbezügen abhängig gemacht werden. Das wäre eine unzulässige Einengung zB. auf den jüdisch-christlichen Glaubenskanon.¹⁸ Der Glaube an einen Gott, der das Judentum, den Islam und das Christentum miteinander verbindet, ist als Definition unzulänglich, weil einige Religionen (zB. Hinduismus) polytheistisch sind. Definitionen, in denen von einem »Glauben an Gott oder an Götter« die Rede ist, würde in ähnlicher Weise den Buddhismus ausschließen, da dieser keinen Glauben an einen Gott umfasst.

Das BVerfG definiert Religion als eine mit der Person des Menschen verbundene Gewissheit über bestimmte Aussagen zum Weltganzen sowie zur Herkunft und zum Ziel des menschlichen Lebens, wobei die Religion eine den Menschen überschreitende und umgreifende (»transzendente«) Wirklichkeit zugrunde legt.¹⁹ Die bloße Behauptung eines Personenzusammenschlusses, eine Religion darzustellen, reicht nicht. Maßgebend sind nach der Recht-

sprechung die aktuelle Lebenswirklichkeit, die Kulturtradition und das religionswissenschaftliche Verständnis.²⁰

Geschützt sind auch Minderheitenreligionen. So stand die religiöse Überzeugung eines Mitgliedes der Glaubensgemeinschaft des »evangelischen Brüdervereins« einer Verurteilung gem. damaligem § 330c StGB (heutiger § 323c StGB) entgegen.²¹ Auch vereinzelt auftretende Glaubensüberzeugungen unterfallen dem Schutzbereich von Art. 4 GG, so etwa der evangelische Pfarrer, dessen Glaube einem Eid entgegensteht.²² Das BVerfG bejahte, dass Bahá'í²³ eine Religion ist.²⁴

- Auch der in Art. 1 der EU-Richtlinie 2000/78 gebrauchte Begriff der »Religion« ist weit zu verstehen. Er umfasst ebenfalls nicht nur den Glauben einer Person als solchen (forum internum), sondern auch die Ausübung dieser Religion sowie das Bekenntnis zu ihr, und zwar auch im öffentlichen Raum (forum externum).
- In ähnlicher Weise formuliert Art. 10 Abs. 1 S. 2 der EU-Charta der Grundrechte, dass die Religionsfreiheit auch die Freiheit jeder Person umfasst, ihre Religion öffentlich oder privat zu bekennen, und zwar ua. durch Bräuche. Der EuGH legt den Begriff der Religion in Art. 1 Richtlinie 2000/78 EG entsprechend weit aus.²⁵

Art. 9 EMRK schützt alle identifizierbaren Religionen.²⁶ Staatliche Restriktionen gegen die alevitische Glaubensge-

¹⁵ Dreier, Gott und Spott, SZ, 27.11.2015, S. 11.

¹⁶ Zum Religionsbegriff umfassend Borowski, Die Glaubens- und Gewissensfreiheit des Grundgesetzes, Tübingen 2006, S. 388 ff.; sowie Scharf, Glaube und Ausgrenzung – Religiöse Diskriminierung in Europa bekämpfen, Brüssel 2003, S. 11 ff.

¹⁷ Vgl. Preuß, in: Stein/Denninger/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (AK-GG), Neuausgabe 2001, Neuwied 2000, Art. 4 Rn. 14; Sachs/Kokott, GG, 8. Aufl., München 2018, Art. 4 Rn. 17 mwN.

¹⁸ Weber, Die aktuelle Diskussion in Deutschland zur Religionsfreiheit, Religion – Staat – Gesellschaft, Münster 2000, S. 246; verfehlt deshalb Richardi, NZA 2006, 885.

¹⁹ BVerfG, 27.3.1992 – 7 C 21/90 – BVerfGE 90, 112.

²⁰ BVerfG, 5.2.1991 – 2 BvR 263/86 – BVerfGE 83, 341.

²¹ BVerfG, 19.10.1971 – 1 BvR 387/65 – BVerfGE 32, 106.

²² BVerfG, 11.4.1972 – 2 BvR 75/71 – BVerfGE 33, 28.

²³ Das Bahaitum ist eine Religion mit rund fünf Millionen Anhängern, die sich auf die Lehren des Religionsstifters Baha'ullah (1817–1892) berufen und nach ihm als Bahai bezeichnet werden. Hauptverbreitungsgebiete heute sind Indien, Afrika, Süd- und Nordamerika.

²⁴ BVerfG, 5.2.1991 – 2 BvR 263/86 – BVerfGE 83, 341, 353.

²⁵ EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – NJW 2017, 1087 (Achbita).

²⁶ Grabenwarter, EMRK, 6. Aufl., München 2016, § 22 Rn. 92.

meinschaft²⁷ wie die Weigerung, den religiösen Führern Beamtenstatus zu gewähren und die Vorenthaltung finanzieller Mittel, verstößt gegen das Diskriminierungsverbot aus Art. 14 iVm. Art. 9 EMRK.²⁸ Auch der Druidismus²⁹, das Divine-Light-Zentrum³⁰ sowie die Internationale Gesellschaft für Krishna-Bewusstsein³¹ sind durch die EMRK geschützt.

2. Kopftuch und Religion

Zwei Missverständnisse tauchen immer wieder auf: Zum einen wird argumentiert, dass der Koran kein Kopftuchverbot vorsehe. Darauf kommt es rechtlich nicht an. Religion und Weltanschauung sind im Wesentlichen persönlich und subjektiv. Sie müssen nicht zwangsläufig mit einem institutionell verankerten Glauben in Zusammenhang stehen.³² Die Religionsausübung kann allein und privat erfolgen.³³ Eine aus religiösen Gründen als verpflichtend angesehene Bekleidung ist (auch im öffentlichen Dienst) durch Art. 4 Abs. 1 und 2 GG geschützt.³⁴ Nach Auffassung des BVerfG lässt sich eine religiöse Fundierung der Bekleidungswahl auch mit Rücksicht auf die im Islam vertretenen verschiedenen Auffassungen zum Bedeckungsgebot plausibel.³⁵

Zum anderen wird eingewandt, dass Christen in muslimisch geprägten Ländern bedrängt und verfolgt werden. Folglich müssten auch es wie es mit der Toleranz nicht übertreiben. Wer so argumentiert, übersieht, dass die Religionsfreiheit zum menschenrechtlichen Grundbestand gehört. Ein »wie Du mir, so ich Dir« verträgt sich damit nicht.

Art. 4 GG ist vorbehaltlos ausgestaltet. Träger des Grundrechts auf Religionsfreiheit ist jedermann, Ausländer und Kinder eingeschlossen.

III. Bekleidungsvorschriften

1. Islamisches Kopftuch

Das islamische Kopftuch ist durch die Entscheidungen des Arbeitsgerichts Berlin³⁶, des Verwaltungsgerichts Augsburg³⁷, durch die Entscheidungen des EuGH vom 14. März 2017 mit den vorangegangenen Schlussanträgen der Generalanwältinnen *Kokott*³⁸ und *Sharpston*³⁹, die Entscheidung des BVerfG vom 27. Juni 2017⁴⁰ und durch das Urteil des

EGMR vom 11. Juli 2017⁴¹ erneut in den Mittelpunkt des rechtlichen Interesses geraten.

Das islamische Kopftuch ist eine Alltagserscheinung. Der aktuelle Streit über ein Kopftuchverbot kreist selten über Form, Material oder Nutzen, zuvorderst geht es um den Symbolgehalt. Dabei wird die reflexhafte Gleichsetzung von Kopftuch und Bekenntnis zum Islam dem Problem nicht gerecht. Ein Kopftuch kann auch aus rein kulturellen Gründen oder wegen eines feministischen Motivs getragen werden.

Für die Frage des religiösen Charakters eines Zeichens oder Kleidungsstücks ist auf das Selbstverständnis der betroffenen Grundrechtsträgerin abzustellen. Das Kopftuch ist anders als das Kreuz für Christen kein zentrales Symbol islamischen Glaubens. Viele Betroffene verstehen das Tragen eines Kopftuchs gleichwohl als individuelle Pflicht vor Gott. Dann ist das Tragen eines islamischen Kopftuchs vom Recht auf Religionsausübung umfasst.⁴²

27 Das Alevitentum stellt in der Türkei die zweitgrößte Religionsgemeinschaft dar.

28 EGMR, 26.4.2016 – Nr. 62649/10 — NVwZ 2018, 1 (İzzettin Doğan ua./Türkei).

29 EGMR, 30.3.1989 – Nr. 10461/83 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Chappel/Vereinigtes Königreich), EGMR, 19.10.1998 – Nr. 31416/96 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Pendragon/Vereinigtes Königreich).

30 EGMR, 19.03.1981 – Nr. 8118/77 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Omkarananda und Divine-Light-Zentrum/Schweiz).

31 EGMR, 08.03.1994 – Nr. 20490/92 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (ISKCON/Vereinigtes Königreich)

32 EGMR, 5.10.2006 – Nr. 72881/01 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (The Moscow Branch of the Salvation Army/Russland), Rn. 57 und 58; EGMR, 13.12.2001 – Nr. 45701/99 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Metropolitan Church of Bessarabia ua./Moldawien), Rn. 114; EGMR [Große Kammer], 26.10.2000 – Nr. 30985/96 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Hasan und Chaush/Bulgarien), Rn. 60 und 62.

33 EGMR, 13.4.2006 – Nr. 55170/00 – NZA 2006, 1401.

34 BVerfG, 18.10.2016 – 1 BvR 354/11 – NZA 2016, 1522.

35 BVerfG, 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 – BVerfGE 138, 296; BVerfG, 18.10.2016 – 1 BvR 354/11 – NZA 2016, 1522.

36 ArbG Berlin, 14.4.2016 – 58 Ca 13376/15 – BeckRS 2016, 67864.

37 VerwG Augsburg, 23.6.2016 – Au 2K 15.457 – LSK 2016, 47972.

38 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* zu EuGH, 31.5.2016 – C-157/15 – BeckRS 2016, 81074 (Achbita).

39 Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* zu EuGH, 13.7.2016 – C-188/15 – BeckRS 2016, 81519 (Bouagnaoui).

40 BVerfG, 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2017, 2333.

41 EGMR, 11.7.2017 – Nr. 37798/13 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Belcacemi und Oussar/Belgien).

42 *Friings*, Diskriminierung aufgrund der islamischen Religionszugehörigkeit im Kontext Arbeitsleben – Erkenntnisse, Fragen und Handlungsempfehlungen, Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010, S. 25 f.

2. Diskriminierungsverbote

Hinsichtlich des Kopftuches stellt sich arbeitsrechtlich die Frage, inwieweit dem Direktionsrecht des Arbeitgebers⁴³ bzw. den normsetzenden Betriebsparteien⁴⁴ Grenzen gesetzt sind.⁴⁵ § 1 AGG verbietet Diskriminierungen wegen der Religion, ist also bei einem islamischen Kopftuch einschlägig.⁴⁶ Ziel des AGG ist es, Benachteiligungen ua. wegen der Religion oder Weltanschauung zu verhindern oder zu beseitigen.

§ 9 Abs. 1 AGG gestattet Kirchen Ungleichbehandlungen, wenn die Religion oder Weltanschauung eine »gerechtfertigte berufliche Anforderung« darstellt. Demgegenüber verlangt die RL 2000/78/EG eine »wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung«. Europarechtskonformität ist über eine ergänzende Auslegung sicherzustellen.⁴⁷ Das Erfordernis der gerechtfertigten beruflichen Anforderung ist um das zusätzliche Merkmal »wesentlich« zu ergänzen.⁴⁸ Es ist eine alle wesentlichen Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Abwägung der tangierten Rechtspositionen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorzunehmen.

Das in § 1 AGG normierte Verbot der Benachteiligung aus Gründen der Religion oder Weltanschauung steht nicht allein. Verfassungs- und Völkerrecht sind für die Auslegung der arbeitsrechtlichen Generalklauseln sowie für die Verhältnismäßigkeitsprüfung bedeutsam. Verfassungsrechtlich werden Religion und Weltanschauung durch Art. 3 Abs. 3 GG und 4 GG geschützt. Art. 4 Abs. 1 und 2 GG enthalten ein umfassend zu verstehendes einheitliches Grundrecht.⁴⁹ Es erstreckt sich nicht nur auf die innere Freiheit, zu glauben oder nicht zu glauben, das heißt einen Glauben zu haben, zu verschweigen, sich vom bisherigen Glauben loszusagen und einem anderen Glauben zuzuwenden, sondern auch auf die äußere Freiheit, den Glauben zu bekunden und zu verbreiten, für seinen Glauben zu werben und andere von ihrem Glauben abzuwerben. Umfasst sind damit nicht allein kultische Handlungen und die Ausübung und Beachtung religiöser Gebräuche, sondern auch die religiöse Erziehung sowie andere Äußerungsformen des religiösen und weltanschaulichen Lebens. Dazu gehört auch das Recht der Einzelnen, ihr gesamtes Verhalten an den Lehren ihres Glaubens auszurichten und dieser Überzeugung gemäß zu handeln, also glaubensgeleitet zu leben; dies betrifft nicht nur imperative Glaubenssätze.

Das Verbot jeder Art von Diskriminierung wegen der Religion hat als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts zwingenden Charakter.⁵⁰ Dieses Verbot verleiht schon für sich allein dem Einzelnen ein Recht, dass er in einem

Rechtsstreit, der einen vom Unionsrecht erfassten Bereich betrifft, als solches geltend machen kann.⁵¹

Flankiert wird dies durch zahlreiche völkerrechtliche Normen: Art. 56 der Satzung der Vereinten Nationen⁵² bekennt sich zur Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied. Die UN-Charta vom 26. Juni 1945 bekennt sich in Art. 1 zu den Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Religion. Art. 2 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 verbietet Benachteiligungen wegen der Religion. Der Internationale Pakt vom 19. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte garantiert in Art. 18 die Religionsfreiheit.⁵³ Ebenso betont die UN-Menschenrechtskonvention den Diskriminierungsschutz.⁵⁴ Die Deklaration zur Beseitigung aller Formen der Intoleranz und Diskriminierung basierend auf Religion oder Glaube vom 25. November 1981⁵⁵ verpflichtet die Staaten, Gesetze zu erlassen, die jedwede Ungleichbehandlung wegen der Religion in allen Bereichen der Gesellschaft untersagen.⁵⁶ Das ILO-Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf⁵⁷ von 1958 schreibt den Mitgliedsstaaten vor, Regelungen im Bereich der Beschäftigung zur Verhinderung von Diskriminierung ua. wegen des Glaubensbekenntnisses zu treffen. Die EMRK des Europarats vom 4. November 1950 gilt heute in 47 europäischen Staaten für über 800 Millionen Menschen. Sie ist unmittelbar geltendes Recht in Deutschland.⁵⁸ Art. 14 verbietet Diskriminierungen wegen der Religion. Das gleiche gilt für Art. 21 Grundrechtecharta vom 12.

43 § 106 GewO.

44 § 77 BetrVG.

45 Einzelheiten s. *Brose/Greiner/Preis*, NZA 2011, 369.

46 Das AGG setzt die Richtlinie 2000/78/EG um.

47 Einzelheiten und Nachweise s. *Gleich*, Arbeitsrechtliche Privilegien der Religionsgemeinschaften als Ausnahme vom allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, Göttingen 2013, S. 43 ff.

48 *Gleich* (Fn. 47), S. 51.

49 BVerfG, 18.10.2016 – 1 BvR 354/11 – NZA 2016, 1522.

50 Art. 21 der Charta.

51 EuGH, 17.4.2018 – C-414/16 – abrufbar unter <http://curia.europa.eu> (Egenberger).

52 BGBl. 1973 II, S. 431; 1974 II, S. 770; 1980 II, S. 1252.

53 In Deutschland in Kraft seit dem 15.11.1973, BGBl. 1973 II, Nr. 60.

54 Art. 1 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 2.

55 UN Doc. A/36/51 (1982).

56 Art. 4.

57 BGBl. 1961 II, S. 97 ff., in Deutschland in Kraft seit dem 15.6.1962.

58 In Kraft getreten 3.9.1953, heute gültig in der Fassung vom 15.5.2002.

Dezember 2007⁵⁹, die seit dem 1. Dezember 2009 (Vertrag von Lissabon) Teil des Primärrechts ist.

a) Bekleidungsobliegenheiten

Eine bestimmte Bekleidung kann bereits ohne besondere vertragliche Vereinbarung eine Nebenpflicht des Arbeitnehmers darstellen. Bekleidungsobliegenheiten können sich aus der Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag ergeben. In diesem Fall sind sie Teil der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht.⁶⁰ Das Tragen einer bestimmten Kleidung kann also zur vertragsgemäßen Erfüllung der Arbeitsleistung geboten sein.⁶¹

Genauso, wie vertraglich ausdrücklich vereinbart werden kann, sich in einer bestimmten Art zu kleiden, kann vertraglich geregelt werden, dass bestimmte Kleidungsstücke nicht getragen werden. Allerdings setzen die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer auch solchen Regelungen Schranken.⁶² Bei der Bestimmung von Handlungs- bzw. Unterlassungspflichten in Bezug auf die Kleidung während der Arbeitszeit ist der Schutz des Arbeitnehmers vor Überforderung in eine Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien unter Berücksichtigung der widerstreitenden Grundrechtspositionen und der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls einzustellen.

Durch das Tragen von Symbolen oder einer den Glaubensgrundsätzen entsprechenden Kleidung kann die Freiheit des religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnisses ausgeübt werden. Die Bekenntnisfreiheit ist zumindest beeinträchtigt, wenn der Arbeitnehmer sich vertraglich verpflichten muss, die Zurschaustellung religiöser Bekenntnisse durch Kleidung, Haartracht oder Anstecksymbole zu unterlassen. Ob eine derartige Verpflichtung einer richterlichen Inhaltskontrolle Stand hält, ist im Einzelfall vor dem Hintergrund der geschuldeten Tätigkeit abzuwägen.

Akzeptiert wird das religiös motivierte Tragen einer bestimmten Kleidung, soweit dadurch die betrieblichen Abläufe nicht wesentlich gestört werden.⁶³ Mittelbar diskriminierend kann ein Verbot jeglicher Kopfbedeckung am Arbeitsplatz sein, wenn Arbeitnehmer eines bestimmten Glaubens dadurch besonders benachteiligt werden.⁶⁴

b) Kopfbedeckung

(1) Das Tragen einer bestimmten Kopfbedeckung im Privatbereich ist immer zulässig.

Für die Frage, ob ein Kopftuch während der Arbeit getragen werden darf, ist die Stellung des Arbeitgebers von Bedeutung.

Zu unterscheiden sind privat-rechtliche, öffentlich-rechtliche und kirchliche Sphären. Es geht um multiple Diskriminierungen. Betroffen sind neben dem Merkmal Religion die Merkmale Ethnie und Geschlecht. Die Rechtsprechung beschränkt sich zumeist auf eine Prüfung des Merkmals Religion.

(2) Privatrechtlicher Bereich

Bodenangestellte von Fluggesellschaften dürfen während der Arbeitszeit sichtbar eine Kette mit Kreuz tragen.⁶⁵ Ebenso darf Zahnarthelferinnen das Tragen eines Kopftuchs nicht verboten werden.⁶⁶ Das Tragen eines Kopftuches durch eine Verkäuferin islamischen Glaubens trotz gegenteiliger Weisung des Arbeitgebers rechtfertigt auch in ländlichen Gebieten keine verhaltensbedingte Kündigung. Der Arbeitgeber kann nicht von der Arbeitnehmerin die Einhaltung eines im Betrieb allgemein üblichen Bekleidungsstandards verlangen und die Arbeitnehmerin zu einer Arbeitsleistung ohne Kopftuch auffordern. Sowohl bei der Ausübung des Weisungsrechts des Arbeitgebers als auch bei der Ausgestaltung von vertraglichen Rücksichtnahmepflichten ist das durch Art. 4 Abs. 1 GG grund- und durch das Verbot der Benachteiligung wegen der Religion (§§ 1, 7 AGG) einfachrechtlich geschützte Anliegen einer Arbeitnehmerin, aus religiösen Gründen ein Kopftuch bei der Arbeit zu tragen, zu beachten.⁶⁷ Aber je nach Beruf der betroffenen Muslima sind unterschiedliche Grundrechtspositionen und Interessen nach Maßgabe praktischer Konkordanz abzuwägen.⁶⁸

Die teilweise vertretene Auffassung,⁶⁹ die negative Glaubensfreiheit der Arbeitskollegen sei betroffen, wenn eine Arbeitnehmerin ein Kopftuch trägt, beruht auf einem Missverständnis. Die bloße Verwendung religiöser Symbole ist kein Fall der negativen Glaubensfreiheit. Wer damit kon-

59 ABL 2000, C 364/1.

60 BAG, 24.9.2014 – 5 AZR 611/12 – NZA 2014, 1407.

61 BAG, 13.2.2007 – 1 ABR 18/06 – BAGE 121, 147.

62 Brose/Greiner/Preis, NZA 2011, 369.

63 ZB. Mala (Bhagwan), LAG Düsseldorf, 22.3.1984 – 14 Sa 1905/83 – BB 1985, 391; Turban (Sikh), ArbG Hamburg, 3.1.1996 – 19 Ca 141/95 – AuR 1996, 243; Referendare, BVerwG, 26.6.2008 – 2 C 22/07 – NJW 2008, 3654.

64 A. Stein, NZA 2014, 1053.

65 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida/Großbritannien).

66 ArbG Berlin, 28.3.2012 – 55 Ca 2426/12 – NZA-RR 2012, 627.

67 BAG, 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – AP Nr. 44 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung.

68 Ruffert, JZ 2009, 389.

69 Hoevens, AuR 2016, 468.

frontiert ist, wird in keiner Weise zu einem eigenen religiösen oder weltanschaulichen Bekenntnis veranlasst.⁷⁰ Die negative Religionsfreiheit schützt vor staatlicher Missionierung, nicht aber vor Missionierung durch Private.

Begründet ein Arbeitgeber die Kündigung einer Verkäuferin mit eventuell negativen Reaktionen der Kundschaft, verlangt das BAG, dass zunächst im Rahmen des Zumutbaren versucht wird, Störungen zu vermeiden. Glaubensfreiheit und Unternehmerfreiheit müssen ausgewogen berücksichtigt werden.⁷¹ Unternehmensinteressen sind ein rechtmäßiges Ziel nach Art. 2 Abs. 2 lit. b Ziff. i Richtlinie 2000/78/EG. Sie können eine Diskriminierung aber nur rechtfertigen, wenn sie im Hinblick auf dieses Ziel verhältnismäßig sind. Diskriminierende Kundenerwartungen können keine legitime berufliche Anforderung darstellen.⁷² Kundenerwartungen können nur im Ausnahmefall, wie bei einem besonderen Vertrauensverhältnis bei den Aufgaben einer Frauenreferentin, berücksichtigt werden, da hier die Tätigkeit und nicht eine Rolle (Frau) den Bezugspunkt für die Differenzierung darstellen.⁷³ Das auf einen Kundenwunsch erfolgende Verbot islamischer Kopftücher würde zu einer Verstärkung von Vorurteilen führen und wäre daher mit der Zielsetzung des Antidiskriminierungsrechts, diskriminierende Strukturen und Vorurteile abzubauen, schwer vereinbar.⁷⁴

Der EGMR hat entschieden, dass die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit im Sinne von Art. 9 EMRK einen der »Grundpfeiler einer demokratischen Gesellschaft« im Sinne der Menschenrechtskonvention darstellt.⁷⁵ Er schließt folgerichtig einen Vorrang der Kirchenautonomie im Rahmen der Güterabwägung aus.⁷⁶ Der EGMR sieht das Verhältnismäßigkeitsprinzip verletzt, wenn dem Ziel einer einheitlichen Kleiderordnung mehr Gewicht beigemessen wird als dem Wunsch einer Arbeitnehmerin, ihren Glauben durch das Tragen eines diskreten Kreuzes zu bekennen.⁷⁷

Der EGMR prüft sorgfältig, ob der Eingriff in die Religionsfreiheit verhältnismäßig ist. Zu dieser Frage liegt eine differenzierte Rechtsprechung vor. Der EGMR bejahte das Kriterium »im Hinblick auf das angestrebte Ziel verhältnismäßig« in mehreren Fällen und entschied zum Beispiel, dass ein Verbot des Tragens eines islamischen Kopftuchs während des Unterrichts, das gegenüber einer Lehrerin von Kindern »in jungem Alter« im staatlichen Bildungssektor ausgesprochen worden war, grundsätzlich gerechtfertigt und im Hinblick auf das erklärte Ziel des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer, der öffentlichen Ordnung und der öffentlichen Sicherheit verhältnismäßig war; es war demzufolge »in einer demokra-

tischen Gesellschaft notwendig«;⁷⁸ ferner, dass ähnliche Grundsätze jeweils für ein Verbot von Kopfbedeckungen gegenüber einer außerordentlichen Universitätsprofessorin, die Beamtin war,⁷⁹ sowie für ein ähnliches Verbot gegenüber einer Lehrerin für religiöse Angelegenheiten an einer Sekundarschule des öffentlichen Sektors gelten;⁸⁰ ferner, dass ein Verbot des Tragens religiöser Bekleidung gegenüber einer in der psychiatrischen Abteilung eines Krankenhauses des öffentlichen Sektors beschäftigten Sozialarbeiterin nicht gegen Art. 9 EMRK verstieß.⁸¹ In anderem Zusammenhang hat der EGMR entschieden, dass der Schutz der Gesundheit und Sicherheit von Krankenschwestern und Patienten in einem Krankenhaus des öffentlichen Sektors einen legitimen Zweck darstellte. Die Beurteilung der Erforderlichkeit eines derartigen Schutzes auf einer Krankenhausstation sah er als einen Bereich an, in dem den innerstaatlichen Behörden ein weiter Beurteilungsspielraum einzuräumen ist. Eine Beschränkung des Tragens eines Kreuzes und einer Kette, die »sowohl sichtbar als auch erreichbar« waren, gegenüber einer auf einer geriatrischen Station eines psychiatrischen Krankenhauseses tätigen Krankenschwester war nicht unverhältnismäßig und dementsprechend in einer demokratischen Gesellschaft notwendig.⁸²

70 BVerfG, 17.7.1973 – 1 BvR 308/69 – BVerfGE 35, 375; Mückl, in: Kahl/Waldhoff/Walter (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, München 2018, Art. 4, Rn. 122.

71 BAG, 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – AP Nr. 44 zu § 1 KSchG 1969 Verhaltensbedingte Kündigung; BVerfG, 30.7.2003 – 1 BvR 792/03 – AP Nr. 134 zu Art. 12 GG; Hoevels, NZA 2003, 701; Preis, RdA 2003, 2448; sa. BAG, 20.8.2009 – 2 AZR 472/01 – NZA 2010, 227.

72 Brors, in: Däubler/Bertzbach (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 3. Aufl., Baden-Baden 2013 (im Folgenden: Däubler/Bertzbach, AGG), § 8 Rn. 10 ff.

73 Däubler/Bertzbach, AGG-Bors (Fn. 72), § 8 Rn. 10, 13, 16.

74 Grünberger, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2014, § 3 Rn. 224.

75 EGMR, 15.2.2001 – Nr. 42393/98 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Dahlab); EGMR, 24.1.2006 – Nr. 65500/01 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Kurtulmuş).

76 EGMR, 23.9.2010 – Nr. 425/03 – EuGRZ 2010, 571 (Obst/Deutschland); EGMR, 23.9.2010 – Nr. 1620/03 – EuGRZ 2010, 560 (Schüth/Deutschland) – ein Anspruch auf Wiedereinstellung wurde verneint, LAG Düsseldorf, 5.6.2014 – 11 Sa 1484/13 – NZA 2014, VI; EGMR, 12.6.2014 – Nr. 56030/07 – AuR 2014, 429 m. Anm. Lörcher (Fernández Martínez/Spanien).

77 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

78 EGMR, 15.2.2001 – Nr. 42393/98 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Dahlab).

79 EGMR, 24.1.2006 – Nr. 65500/01 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Kurtulmuş).

80 EGMR, 3.4.2007 – Nr. 41296/04 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Karaduman).

81 EGMR, 26.11.2015 – Nr. 64846/11 – NZA-RR 2017, 62 (Ebrahimian).

82 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

Die Frage, die dem EGMR im Fall von Frau *Eweida* zur Entscheidung vorlag, betraf das offene Tragen eines als »dezent« beschriebenen Kreuzes, was (zum damaligen Zeitpunkt) gegen ihre Beschäftigungsbedingungen verstieß, mit denen ein bestimmtes Unternehmensimage kommuniziert werden sollte.⁸³ Der Wunsch des Arbeitgebers, sein Unternehmensimage zu kommunizieren, war legitim, musste aber gegen den Wunsch von Frau *Eweida*, ihre religiöse Überzeugung zu bekennen, abgewogen werden. Da ihr Kreuz dezent war, konnte es ihr berufliches Erscheinungsbild nicht beeinträchtigen.

Auch der EuGH betont den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Allerdings soll das Verbot, ein islamisches Kopftuch zu tragen, nach den Schlussanträgen der Generalanwältin *Kokott* vom 31. Mai 2016 in dem Vorabentscheidungsverfahren *Achbita* gerechtfertigt sein können, wenn es sich auf eine allgemeine Betriebsregelung zur Untersagung sichtbarer politischer, philosophischer und religiöser Zeichen am Arbeitsplatz stützt. Eine solche Diskriminierung könne gerechtfertigt sein, um eine vom Arbeitgeber im jeweiligen Betrieb verfolgte Politik der religiösen und weltanschaulichen Neutralität durchzusetzen.⁸⁴

In ihren Schlussanträgen vom 13. Juli 2016 zu dem Vorabentscheidungsersuchen in dem Verfahren *Asma Bougnaoui*⁸⁵ plädiert die Generalanwältin *Sharpston* dafür, eine Unternehmenspraxis, nach der eine Arbeitnehmerin beim Kontakt mit Kunden kein islamisches Kopftuch tragen darf, als rechtswidrige unmittelbare Diskriminierung zu beurteilen. Anderslautende Kundenwünsche seien keine »wesentliche und entscheidende« Anforderung, die in angemessenem Verhältnis zu dem verfolgten rechtmäßigen Zweck stehen. Potenzielle finanzielle Nachteile seien kein Rechtfertigungsgrund.

Der EuGH folgt den Schlussanträgen. In dem Verfahren *Asma Bougnaoui* führt er aus, dass ein wie die Religion nach der RL 2000/78/EG geschütztes Merkmal nur »unter sehr begrenzten Bedingungen« eine berufliche Anforderung darstellen könne, die eine unmittelbare Diskriminierung rechtfertigt. Von dieser engen Auslegung seien nur Anforderungen erfasst, die von dem Beruf objektiv vorgegeben sind. Der subjektive Wille des Arbeitgebers, besonderen Kundenwünschen durch ein Kopftuchverbot nachzukommen, könne nicht als wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung gelten.⁸⁶

Hingegen sei wie in dem Verfahren *Achbita* eine unternehmensinterne Regel, neutrale Kleidung zu tragen, keine

unmittelbar auf der Religion beruhende Diskriminierung, da alle Arbeitnehmer des Unternehmens allgemein und unterschiedslos hiervon betroffen seien.⁸⁷ Der Wunsch des Arbeitgebers, im Verhältnis zu Kunden eine Politik der politischen, philosophischen oder religiösen Neutralität zum Ausdruck zu bringen, sei ein rechtmäßiges Ziel iSd. Richtlinie und falle grundsätzlich in die nach Art. 16 EU-GRC anerkannte unternehmerische Freiheit. Das gelte insbesondere dann, wenn davon nur Arbeitnehmer mit Kundenkontakt betroffen sind. Werde die Politik der Neutralität im Unternehmen tatsächlich kohärent und systematisch verfolgt, sei eine derartige interne Regelung auch zur Zielerreichung geeignet. Das Verbot eines sichtbaren Tragens von Zeichen persönlicher Überzeugungen sei erforderlich, wenn es sich nur an Arbeitnehmer richtet, die mit Kunden in Kontakt treten. Dabei müsse die Beschränkung der Religionsfreiheit auf das unbedingt Erforderliche begrenzt werden. Es sei zu prüfen, ob der Arbeitgeber ohne eine zusätzliche Belastung anstelle einer Kündigung auch einen anderen Arbeitsplatz ohne Sichtkontakt mit Kunden hätte anbieten können.

Die Entscheidungen des EuGH vom 14. März 2017 in den Verfahren C-157/15 und C-188/15 sind nur auf den ersten Blick von einschneidender Bedeutung für das nationale Recht. Dass Kundenwünsche keine Benachteiligung rechtfertigen, entspricht der deutschen Rechtsprechung. Sie ist interessengerecht, denn für die betroffene Arbeitnehmerin macht es keinen Unterschied, ob der Arbeitgeber einen eigenen Entschluss zur Benachteiligung fasst oder sich einen fremden zu eigen macht.⁸⁸

Unter Berufung auf die Entscheidung *Achbita* könnte versucht werden, das Diskriminierungsverbot der Richtlinie auszuhebeln. Der Logik des EuGH zufolge ist es – wie bisher – unzulässig, einen einzelnen Arbeitnehmer wegen eines religionskonnotierten Kleidungsstücks zu benachteiligen. Dagegen soll es zulässig sein, den Diskriminierungsschutz dadurch abzusenken, dass der Arbeitgeber anstatt nur die

83 Ebd.

84 Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* zu EuGH, 31.5.2016 – C-157/15 – BeckRS 2016, 81074 (*Achbita*).

85 Schlussanträge der Generalanwältin *Sharpston* zu EuGH, 13.7.2016 – C-188/15 – BeckRS 2016, 81519 (*Bougnaoui*).

86 EuGH, 14.3.2017 – C-188/15 – AP Nr. 38 zu Richtlinie 2000/78/EG (*Bougnaoui*).

87 EuGH, 14.3.2017 – C-157/15 – AP Nr. 37 zu Richtlinie 2000/78/EG (*Achbita*).

88 *Preis/Morgenbrodt*, ZESAR 2017, 309.

Einzelne eine Vielzahl von Arbeitnehmerinnen benachteiligt. Diese Sichtweise schlägt allerdings nicht durch. Denn der nationale Grundrechtsschutz bleibt aktuell, so dass sich im Ergebnis nicht viel ändert. Maßgebend ist, dass mit der Richtlinienauslegung des EuGH lediglich unionsrechtliche Mindeststandards gesetzt werden. Die Vorgaben des EuGH dürfen nicht unterschritten werden. Der in Deutschland erreichte Diskriminierungsschutz braucht deshalb nicht gesenkt zu werden. Er bildet das unionsrechtlich vorgegebene Mindestmaß bereits ab. Er darf höher sein. Die freiheitliche Dimension von Art. 4 GG gilt weiter.⁸⁹

Die Entscheidungen des EuGH vom 14. März 2017 sind überwiegend auf Ablehnung gestoßen.⁹⁰ Die Annahme, dass eine Arbeitnehmerin ihre religiös motivierte Kleidung an der Garderobe abgeben könne und daher auch müsse,⁹¹ verkürzt den Gehalt der Religionsfreiheit und stellt eine handfeste Diskriminierung dar.⁹² Über das Vehikel des unternehmerischen Neutralitätsinteresses perpetuiert der EuGH in der Entscheidung *Achbita* die Kundenwünsche, die er in der Entscheidung *Bouagnaoui* zurückgewiesen hat. Die Religionsfreiheit ist aber einer der Grundpfeiler der demokratischen Gesellschaft. Sie ist eines der wichtigsten Elemente, das die Identität der Gläubigen und ihre Auffassung vom Leben bestimmt.⁹³ Soweit der EuGH wie im Fall *Achbita* muslimische Arbeitnehmerinnen statt sie zu entlassen auf Arbeitsplätze ohne Sichtkontakt mit Kunden verweist, forciert er die aktive Exklusion unerwünschter Minderheiten. Die integrative Zielsetzung der Rahmenrichtlinie wird so in ihr Gegenteil verkehrt. Wenn bereits jede Form einer betrieblichen Neutralitätspolitik eine ausreichende Rechtfertigung für eine Einschränkung religiöser Manifestationen darstellt, läuft das auf einen Freibrief hinaus.⁹⁴

Die Entscheidung C-157/15 ist auch in weiterer Hinsicht kritikwürdig. Eine Einschränkung der Religionsausübungsfreiheit ist richtigerweise nicht allein in die autonome Entscheidungsmacht des Arbeitgebers zu stellen.⁹⁵ Art. 16 EU-GRC bietet hierfür keine ausreichende Rechtsgrundlage.⁹⁶

Der EuGH zitiert die *Eweida*-Entscheidung des EGMR dafür, dass die Entscheidung für eine Neutralitätspolitik ein legitimes unternehmerisches Ziel sei. Er unterschlägt aber dabei, dass der EGMR es gerade nicht hat ausreichen lassen, dass sich ein Unternehmen für ein bestimmtes Image entschieden hat. Der EGMR argumentierte, dass nicht ersichtlich sei, inwiefern das Tragen religiöser Symbole durch eine Angestellte negative Wirkungen für die Marke oder das Image des Unternehmens habe. In der Tat: Dass die Ange-

stellte eines Unternehmens ein Kopftuch trägt, mag als Toleranz des Unternehmens gegenüber der religiösen Pluralität seiner Angestellten gewertet werden, ist aber ersichtlich kein Ausdruck einer Identifizierung des Unternehmens mit diesem Glaubensbekenntnis. Trägt eine Arbeitnehmerin eine religiös konnotierte Kopfbedeckung, ist dies ein Zeichen des persönlichen Glaubens, das allein dieser Grundrechtsrechtsträgerin zuzuordnen ist. So ist Angehörigen der norwegischen Streitkräfte gestattet, Kopftuch und Turban zu tragen,⁹⁷ ohne dass jemand auf die Idee käme, den norwegischen Staat mit den entsprechenden Religionen zu identifizieren. Aus dem Fall *Eweida*⁹⁸ ist bekannt, dass British Airways männlichen Angestellten, die der Sikh-Religion angehören, gestattet, ihre Arbeit mit Turban zu verrichten. Ebenso dürfen Frauen muslimischen Glaubens bei British Airways den Hidschab tragen. In London gehören Polizisten mit Turban zu Stadtbild. Bringen andererseits Behörden oder Gerichte in ihren Räumen Kreuze an, sind dies dem Staat zuzurechnende Maßnahmen.⁹⁹

Es ist zudem verfehlt, dem Neutralitätsinteresse des Arbeitgebers unbedingten Vorrang einzuräumen.¹⁰⁰ Im Hinblick auf die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer würde das alleinige Abstellen auf die Unternehmerfreiheit sicherlich zB. auch nicht eine unternehmensweite Regelung rechtfertigen können, der zufolge jeder verpflichtet ist, eine bestimmte Unterwäsche zu tragen. So hat der EuGH denn auch mehrfach unterstrichen, dass die unternehmerische Freiheit einer Vielzahl von Eingriffen der öffentlichen Gewalt unterworfen werden

89 Klein, NVwZ 2017, 920–925; Preis/Morgenbrodt, ZESAR 2017, 309; Sandhu, KJ 2017, 517–529.

90 Berka, EuZA, 2017, 465–484; Klein, NVwZ 2017, 920–925; Mangold/Payan-deh, EuR 2017, 700–724; Preis/Morgenbrodt, ZESAR 2017, 309–318; Sagan, EuZW, 2017, 457–461; Sandhu, KJ 2017, 517–529. Zustimmung Frenz, Anm. zu EuGH, 14.03.2017 – C-157/15 – NJW 2017, 1087 und EuGH, 14.03.2017, C-188/15 – AP Nr. 38 zu Richtlinie 2000/78/EG (Bouagnaoui).

91 Schlussanträge der Generalanwältin Kokott zu EuGH, 31.5.2016 – C-157/15 – BeckRS 2016, 81074 (Achbita).

92 Sagan, EuZW 2017, 460.

93 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

94 Berka, EuZA, 2017, 465–484.

95 Hlava, HSI Newsletter 1/2017, Anm. unter II.

96 Buschmann, AuR 2017, 180.

97 Farblich müssen diese Kleidungsstücke den Uniformen angepasst sein.

98 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

99 Mangold/Payan-deh, EuR 2017, 715.

100 A. Stein, NZA 2017, 828.

kann.¹⁰¹ Sie gilt nicht schrankenlos und muss im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden.¹⁰² Die freie Berufsausübung kann keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen.¹⁰³ Es ist daher unstreitig, dass Art. 16 EU-GRC durch Art. 52 EU-GRC eingeschränkt werden kann.¹⁰⁴

Des Weiteren darf nicht übersehen werden, dass die in Art. 10 Abs. 1 EU-GRC verbürgte Religionsfreiheit und das in Art. 21 Abs. 1 EU-GRC verankerte Diskriminierungsverbot bei der Auslegung der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie eine besondere Stellung inne haben.

Von der Einordnung als mittelbare oder unmittelbare Benachteiligung hängen die Anforderungen an die Rechtfertigung ab. Eine mittelbare Ungleichbehandlung kann durch jedes rechtmäßige Ziel gerechtfertigt sein. Eine unmittelbare Ungleichbehandlung wäre nur nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78 zu rechtfertigen – bei einer Rezeptionistin wie im Fall *Achbita* kaum vorstellbar. Der Ansatz des EuGH, bei einer Regelung, die ausdrücklich glaubensbekundende Kleidung untersagt, lediglich eine mittelbare Diskriminierung anzunehmen, ist verfehlt. Eine mittelbare Diskriminierung liegt vor, wenn es sich um ein Kriterium handelt, das unabhängig von dem im Diskriminierungsverbot genannten Merkmal ist, aber überwiegend eine Gruppe betrifft, die durch dieses Merkmal gekennzeichnet ist.¹⁰⁵ Betriebliche Regelungen, die ausdrücklich das Tragen glaubensbekundender Kleidung untersagen, stellen eine unmittelbare Benachteiligung dar.¹⁰⁶ Die Arbeitnehmerin wird ausdrücklich wegen des Bekenntnisses ihres Glaubens durch das Tragen eines Kopftuchs – also in direkter Anknüpfung an ein verbotenes Merkmal (Religion) – schlechter behandelt. Ein Kopftuchverbot wird nicht dadurch zur mittelbaren Diskriminierung, dass auch die Kippa und der Turban verboten werden.¹⁰⁷

Die von Unternehmen verfolgte Neutralitätspolitik trifft auch keineswegs alle gleich. Faktisch sind vorrangig Musliminnen betroffen. Angehörige anderer Religionen, die sich dazu verpflichtet fühlen, sichtbare Attribute ihres Glaubens zu tragen, gibt es in der europäischen Arbeitswelt selten. Ausnahmen bestehen allenfalls für männliche Sikhs mit Turban oder Juden mit Kippa.¹⁰⁸

Indem der EuGH allein das Diskriminierungsverbot »Religion« thematisiert, vernachlässigt er einerseits, dass Kopftuchverbote nur Frauen betreffen und daher auch geschlechterdiskriminierend sind. Andererseits trifft ein Kopftuchverbot überproportional häufig Frauen mit Migrationshintergrund, sodass auch eine Diskriminierung

aufgrund ethnischer Herkunft zu erwägen ist.¹⁰⁹ Die Kopftuchverbote sind daher auch an den Vorgaben der Gender-Richtlinie¹¹⁰ zu messen.

Hinzu kommt, dass nach Art. 52 Abs. 3 EU-GRC die Gewährleistungen der Charta mindestens die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie entsprechende Rechte in der EMRK. Der Grundrechtsschutz der Charta darf nicht hinter demjenigen der Konvention zurückbleiben. Nach Art. 9 Abs. 2 EMRK sind Einschränkungen der Bekenntnisfreiheit nur dann zulässig, wenn sie gesetzlich vorgesehen und aus konkreten Gründen (öffentliche Sicherheit und Ordnung, Gesundheit, Moral oder Schutz der Rechte und Freiheiten anderer) notwendig sind. Im Fall *Eweida*¹¹¹ führte der EGMR wie bereits angesprochen aus, dass zwischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ein fairer Ausgleich erreicht werden muss. Ein diskretes Kreuz lenkt nicht vom beruflichen Erscheinungsbild ab. Das Tragen religiöser Kleidungsstücke wirkte sich im Entscheidungsfall nicht nachteilig auf die Marke oder das Image der Fluggesellschaft aus.

Richtigerweise ist daher auch bei einer allgemeinen Regel zum Tragen neutraler Kleidung im Einzelfall zu prüfen, ob die Einschränkung der Religionsfreiheit gerechtfertigt ist. Das vom Arbeitgeber verfolgte Unternehmensbild ist nach der Rechtsprechung des EGMR nicht höher zu gewichten als das Recht der Religionsausübung. Ein generelles Kopftuchverbot kann nur gerechtfertigt sein, wenn durch diese Art der Bekleidung objektiv eine erheb-

101 EuGH, 17.10.2013 – C-101/12 – DÖV 2014, 41 (Schaible); EuGH, 22.01.2013 – C-283/11 – EuZW 2013, 347 (Sky Österreich); EuGH, 27.3.2014 – C-314/12 – EuZW 2014, 388 (UPC).

102 EuGH, 9.9.2008 – C-120/06 P – Slg. 2008, I-6513 (FIAMM), was bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen ist, *Hoevens*, AuR 2016, 467.

103 EuGH, 14.10.2014 – C-611/12 – BeckRS 2014, 82161 (Giordano); EuGH, 9.9.2008 – C120/06 P und C121/06 P – Slg. 2006, I-6513 (FIAMM); EuGH, 8.4.2014 – C293/12 und C594/12 – NVwZ 2014, 709 (Digital Rights Ireland Ltd).

104 *Blanke*, in: Stern/Sachs (Hrsg.), Europäische Grundrechte-Charta, München 2016, Art. 16, Rn. 2 und 16; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden 2014, Art. 16 Rn. 15.

105 EuGH, 22.6.2011 – C- 399/09 – Abl. EU 2011 Nr. C 232, 6 (Lantova); EuGH, 18.11.2010 – C-356/09 – NZA 2010, 1401 (Kaiser).

106 *Preis/Morgenbrodt*, ZESAR 2017, 309; *A. Stein*, NZA 2017, 828.

107 *Sagan*, EuZW 2017, 459.

108 *Bergbahn*, Vorgänge Nr. 217: Der Islam als Bewährungsprobe fürs Verfassungsrecht, Berlin 2017, 31.

109 *Mangold/Payandeh*, EuR 2017, 711.

110 RL 2006/54/EG, Abl. L 204/23.

111 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

liche Gefahr für das Unternehmensbild entsteht oder Rechte anderer unverhältnismäßig eingeschränkt werden. In einer offenen und pluralistischen demokratischen Gesellschaft sollte ein Kunde jedoch im Allgemeinen ein Kopftuch tolerieren können.¹¹²

Zu einem anderen Ergebnis wird man kommen, wenn einer Verkäuferin das Tragen einer Burka (vollkommene Verhüllung) verboten wird, soweit für das Kundengespräch Augenkontakt und Mimik als eine berufliche Anforderung nach Art. 4 Abs. 1 RL 2000/78/EG erforderlich sind.

(3) Öffentlich-rechtlicher Bereich

Bei einer muslimischen Lehrerin sind auch die Religionsfreiheit der Kinder und ihrer Eltern zu berücksichtigen. Ein Pauschalurteil verbietet sich. Eine Muslima ist nicht allein deshalb für den Schuldienst ungeeignet, weil sie aus religiöser Überzeugung ein Kopftuch trägt.¹¹³ Die gegenteilige Entscheidung des BVerwG¹¹⁴ hat das BVerfG aufgehoben.¹¹⁵ Der EGMR erkannte 2001 in einem generellen Verbot für Lehrerinnen, ein Kopftuch zu tragen, keinen Verstoß gegen Art. 9 EMRK.¹¹⁶ Hingegen wertet er die Nichtverlängerung eines befristeten Arbeitsvertrags, weil die im öffentlichen Dienst beschäftigte Arbeitnehmerin ein muslimisches Kopftuch trägt, als Verletzung der Religionsfreiheit.¹¹⁷

Mittlerweile normieren landesgesetzliche Vorschriften ein Neutralitätsgebot für staatliche Einrichtungen, das von den Arbeitnehmern zu beachten ist. Ein pauschales Kopftuchverbot für Lehrkräfte an öffentlichen Schulen¹¹⁸ ist jedoch verfassungsrechtlich nach neuester Rechtsprechung des BVerfG nicht haltbar. Die Freiheit, religiös konnotierte Kleidungsstücke zu tragen, darf danach zwar eingeschränkt werden, aber nur bei einer hinreichend konkreten Gefährdung oder Störung des Schulfriedens oder der staatlichen Neutralität.

Denn der Schutz des Grundrechts auf Glaubens- und Bekenntnisfreiheit (Art. 4 Abs. 1 und 2 GG) gewährleistet auch Lehrkräften in der öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule die Freiheit, einem aus religiösen Gründen als verpflichtend verstandenen Bedeckungsgebot zu genügen, wie dies etwa durch das Tragen eines islamischen Kopftuchs der Fall sein kann. Ein gesetzliches Verbot religiöser Bekundungen durch das äußere Erscheinungsbild schon wegen der bloß abstrakten Eignung zur Begründung einer Gefahr für den Schulfrieden oder die staatliche Neutralität in einer öffentlichen bekenntnisoffenen Gemeinschaftsschule ist unverhältnismäßig, wenn dieses Verhalten

nachvollziehbar auf ein als verpflichtend verstandenes religiöses Gebot zurückzuführen ist. Ein angemessener Ausgleich der verfassungsrechtlich verankerten Positionen – der Glaubensfreiheit der Lehrkräfte, der negativen Glaubens- und Bekenntnisfreiheit der Schülerinnen und Schüler sowie der Eltern, des Elterngrundrechts und des staatlichen Erziehungsauftrags – erfordert eine einschränkende Auslegung der Verbotsnorm, nach der zumindest eine hinreichend konkrete Gefahr für die Schutzgüter vorliegen muss.¹¹⁹ Die Auffassung des Arbeitsgerichts Berlin¹²⁰, es reiche aus, dass das Kopftuchverbot nicht für Lehrerinnen an berufsbildenden Schulen gelte, ist abzulehnen.

Die Rechtsprechung des BVerfG bleibt auch nach der EuGH-Entscheidung im Fall *Achbita* maßgebend. Ein flächendeckendes Kopftuchverbot im öffentlichen Dienst bleibt unzulässig. Geboten ist eine die Glaubensfreiheit für alle Bekenntnisse gleichermaßen fördernde Haltung des Staates. Einer – wie vom EuGH gefordert – »kohärenten und systematischen Umsetzung« eines derartigen Neutralitätsgebots steht entgegen, dass der Staat nach Art. 4 Abs. 1 und 2 GG, »den Raum für die aktive Betätigung der Glaubensüberzeugung und die Verwirklichung der autonomen Persönlichkeit auf weltanschaulich-religiösem Gebiet« zu sichern hat.¹²¹

Eine gesetzliche Regelung, nach der Fachkräfte in öffentlich-rechtlichen Kindertagesstätten keine religiösen Bekundungen abgeben dürfen, die geeignet sind, die Neutralität des Landes in Frage zu stellen, war nach früherer Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts rechtmäßig.¹²² Soweit pädagogisches Personal aus offenkundig religiös motivierten Gründen eine Kopfbedeckung trägt, wurde wegen eines

112 Vgl. dahingehend EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida); Brose/Greiner/Preis, NZA 2011, 369.

113 Böckenförde, NJW 2001, 723; Morlok/Krüper, NJW 2003, 1020; Wiese, Grundrechte-Report 2015, Berlin 2015, 62; sa. ArbG Berlin, 28.3.2012 – 55 Ca 2426/12 – NZA-RR 2012, 627.

114 BVerwG, 4.7.2002 – 2 C 21/01 – NJW 2002, 3344.

115 BVerfG, 24.09.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282.

116 EGMR, 15.2.2001 – Nr. 42393/98 – NJW 2001, 2871.

117 EGMR, 26.11.2015 – Nr. 64846/11 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Ebrahimian).

118 ZB. § 2 Berliner Neutralitätsgesetz (Gesetz zu Art. 29 der Verfassung von Berlin vom 27.01.2005 – GVBl. 2005, 92).

119 BVerfG, 27.1.2015 – 1 BvR 471/10 – NJW 2015, 1359.

120 ArbG Berlin, 14.4.2016 – 58 Ca 13376/15 – BeckRS 2016, 67864.

121 BVerfG, 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2017, 2333.

122 BAG, 12.8.2010 – 2 AZR 593/09 – NZA-RR 2011, 162; BAG, 20.8.2009 – 2 AZR 499/08 – NZA 2010, 227; BAG, 10.12.2009 – 2 AZR 55/09 – NZA-RR 2010, 383.

Verstoßes gegen das Neutralitätsgebot eine Abmahnung als gerechtfertigt angesehen.¹²³ Im Lichte seines Beschlusses vom 27. Januar 2015 bezüglich der Lehrkräfte an öffentlichen Schulen hat das BVerfG diese Entscheidungen folgerichtig aufgehoben.¹²⁴

Ohne gesetzliche Grundlage darf einer Rechtsreferendarin nicht untersagt werden, während einer Gerichtsverhandlung ein Kopftuch zu tragen.¹²⁵ Eine gesetzliche Regelung, wonach Gerichte nicht mit religiösen oder weltanschaulichen Symbolen ausgestattet werden dürfen und die Mitglieder des Spruchkörpers sowie das staatliche Justizpersonal derartige Symbole im Amt nicht tragen dürfen, wäre zulässig.¹²⁶ Der Hessische VGH hat ein entsprechendes Kopftuchverbot bestätigt.¹²⁷ Den dagegen gerichteten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung lehnte das BVerfG ab, da die Prozesspartei einer vom Staat geschaffene Lage ohne Ausweichmöglichkeiten dem Einfluss eines bestimmten Glaubens, den Handlungen, in denen sich dieser manifestiert, und den Symbolen, in denen er sich darstellt, ausgesetzt ist.¹²⁸

(4) Kirchlicher Bereich

Ein kirchlicher Arbeitgeber kann das Tragen eines islamischen Kopftuchs nicht generell untersagen.¹²⁹ Eine Krankenschwester macht mit dem Tragen dieses Kopftuchs von ihrem Grundrecht Gebrauch.¹³⁰ Sie ist nicht Tendenzträgerin. Wenn sie ihre Tätigkeit in einem Krankenhaus der Caritas nur mit Kopftuch ausüben will, ist sie weiterhin in der Lage, ihre vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.¹³¹ Die Versorgung der Patienten wird dadurch weder behindert noch erschwert. Eine Kündigung scheidet aus. Ein kirchlicher Arbeitgeber kann zwar von den Arbeitnehmern, die Funktionsträger sind, die Einhaltung der wesentlichen kirchlichen Grundsätze verlangen.¹³² Das Tragen eines Kopftuches durch eine muslimische Pflegekraft fällt nicht darunter, es gefährdet nicht den Tendenzbereich eines kirchlichen Trägers.

Die gegenteilige Überlegung,¹³³ Außenstehende könnten den Eindruck gewinnen, die Kirche halte Glaubenswahrheiten für beliebig austauschbar, wenn ein kirchlicher Krankenhausträger Glaubensbekundungen durch das Tragen eines Kopftuches tolerieren würde, wirkt nicht lebensnah. Dass, wie das BAG anführt, das kirchliche Selbstbestimmungsrecht nicht gewahrt werden

könne, wenn der kirchliche Arbeitgeber eine Krankenschwester mit Kopftuch toleriert, überzeugt nicht. Die Beschwörung einer ernsthaften Gefährdung des Verkündigungsauftrags der Kirche und deren Glaubwürdigkeit ist durchaus nicht alternativlos, denkbar wäre ein toleranter Umgang mit Minderheiten. Schreitet ein kirchlicher Träger nicht ein, wenn eine Pflegekraft mit Kopftuch arbeitet, führt dies nach allem, was bekannt ist, nicht dazu, dass Arbeitnehmerinnen anderer Religionen automatisch ihrerseits religiöse Symbole tragen wollen. Wie sonst auch: Selbstbewusster Umgang mit abweichendem Verhalten und Barmherzigkeit gegenüber Menschen in Gewissensnot können überzeugender sein als starres Pochen auf Regeln.

Anderes gilt, wenn eine Kopftuch tragende Krankenschwester Patienten zum Islam zu bekehren sucht oder sie in deren (christlicher) Religionsausübung behindert.

Es ist unzulässig, Nonnen in Ordenstracht unterrichten zu lassen, einer muslimischen Lehrerin hingegen das Tragen eines Kopftuchs zu verbieten.¹³⁴

c) Hidschab, Amira, Chimar, Schador, Niqab, Burka

Musliminnen tragen verschiedene Kopftücher. Die meistgetragene Kopfbedeckung ist der Hidschab. Bei der Amira verhüllt ein Teil den Kopf, der andere wird um die Schulter gelegt. Der mantelartige Schleier Chimar reicht bis zur Taille. Auch der Tschador reicht bis zur Taille. Bei allen vier Varianten ist das Gesicht frei. Sie können daher rechtlich wie ein Kopftuch behandelt werden.

123 BAG, 20.8.2009 – 2 AZR 499/08 – NZA 2010, 227 (Baskenmütze); LAG Stuttgart, 19.6.2009 – 7 Sa 84/08 – LAGE Nr. 2 zu Art. 4 GG (Kopftuch).

124 BVerfG, 18.10.2016 – 1 BvR 354/11 – NZA 354, 11.

125 VerwG Augsburg, 30.6.2016 – Au 2K 15.457 – LSK 2016, 47972. Den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung (Sitzungsdienst mit Kopftuch) wies das BVerfG ab, BVerfG, 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2017, 2333.

126 Feldmann, BJ 2017, 56; aA. Nordmann, BJ 2016, 191.

127 HessVGH, 23.5.2017 – 1 B 1056/17 – AuR 2017, 317.

128 BVerfG, 27.6.2017 – 2 BvR 1333/17 – NJW 2017, 2333.

129 BAG, 10.10.2002 – 2 AZR 472/01 – NZA 2003, 483; BVerfG, 30.7.2003 – 1 BvR 792/03 – NZA 2003, 959.

130 BVerfG, 16.5.1995 – 1 BvR 1087/91 – BVerfG 93, 15.

131 ArbG Köln, 6.3.2008 – 19 Ca 7222/07 – PflR 2008, 438; aA. BAG 24.9.2014 – 5 AZR 611/12 – NZA 2014, 1407.

132 BAG, 16.9.2004 – 2 AZR 447/03 – NZA 2005, 1263.

133 BAG, 24.9.2014 – 5 AZR 611/12 – NZA 2014, 1407.

134 VG Stuttgart, 7.7.2006 – 18 K 3562/05 – NVwZ 2006, 1444.

In Österreich gilt seit dem 1. Oktober 2017 ein Vermummungsverbot.¹³⁵ In Belgien existiert ein derartiges Gesetz bereits seit April 2010. Der EGMR sieht die Religionsfreiheit nicht verletzt, da die Nationalstaaten lokale Bedürfnisse besser als ein internationales Gericht einschätzen könnten. Ob ein Gesichtsschleier in der Öffentlichkeit akzeptiert wird, sei eine Wahl der Gesellschaft.¹³⁶ In Spanien existieren auf kommunaler Ebene, zB. in katalanischen Städten, Verschleierungsverbote. In Frankreich ist es seit dem 11. April 2011 gesetzlich verboten, in der Öffentlichkeit Kleidung tragen, die dazu bestimmt ist, das Gesicht zu verbergen. Der EGMR hat darin keine Verletzung der EMRK gesehen.¹³⁷ Das Verbot sei gerechtfertigt, als es die Mindestanforderungen für das Zusammenleben der Menschen garantieren will.¹³⁸ Es gehöre zu den Aufgaben des Staates, die Voraussetzungen für das Zusammenleben der Menschen in ihrer Unterschiedlichkeit zu garantieren. Es sei nachvollziehbar, dass ein Staat den zwischenmenschlichen Beziehungen besondere Bedeutung beimisst, die beeinträchtigt werden, wenn Personen ihr Gesicht in der Öffentlichkeit verschleiern. Cannes verbot im August 2016 über das in ganz Frankreich geltende Verbot einer Gesichtverschleierung hinaus das Tragen des Burkini am Strand. Das Burkini-Verbot wurde vom höchsten französischen Verwaltungsgericht für unwirksam erklärt. Am 8. Juni 2017 wurde das österreichische Anti-Gesichtsverhüllungs-gesetz erlassen. Im Schweizer Kanton Tessin ist seit dem 1. Juli 2016 das Verbot, sein Gesicht im öffentlichen Raum zu verbergen, geregelt. Das Unterhaus des niederländischen Parlaments stimmte am 29. November 2016 für ein Gesetz, das das Tragen von Ganzkörperschleiern und Gesichtsschleiern in staatlichen Gebäuden, im öffentlichen Nahverkehr, in Schulen und in Krankenhäusern verbietet. 2016 verabschiedeten Bulgarien und Lettland ein Verbot der Gesichtverschleierung in der Öffentlichkeit. In Tunesien besteht ein gesetzliches Vollverschleierungsverbot im öffentlichen Raum. Im Juli 2015 verabschiedete die Nationalversammlung Kameruns ein Verschleierungsverbot in der Öffentlichkeit. Der Tschad und die Republik Kongo hatten ein solches zuvor ebenfalls verabschiedet. Seit 2015 verbietet Gabun das Tragen einer Vollverschleierung an öffentlichen Orten und dem Arbeitsplatz.

Heute bieten Vollverschleierungen wie Niqab¹³⁹ oder Burka erhöhtes Konfrontationspotential.¹⁴⁰ In Deutsch-

land sind die islamischen Ganzkörperschleiern oder Gesichtsschleiern nicht generell untersagt. Ein entsprechendes Gesetz wäre verfassungsrechtlich auch nicht haltbar.¹⁴¹

Bereits seit 1985 regelt § 17a des Versammlungsgesetzes ein Vermummungsverbot bei Demonstrationen. Am 15. Juni 2017 trat das *Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften* in Kraft.¹⁴² Es verbietet Beamten bei einer Tätigkeit mit unmittelbarem Dienstbezug und Soldaten das Gesicht zu verhüllen (§ 61 BBG, § 34 BeamtStG, § 17 SG). Es regelt ferner die Mitwirkung bei der Identitätsfeststellung oder beim Lichtbildabgleich (§ 1 PAuswG, § 47a AufenthG). Mitglieder der Wahlorgane nach § 10 BWahlG dürfen während der Ausübung ihres Amtes ihr Gesicht nicht verhüllen. Wirkt ein Wähler auf Verlangen des Wahlvorstands nicht bei seiner Identifizierung mit, kann ihm die Stimmabgabe verweigert werden (§ 56 BWO). Seit dem 1. August 2017 enthält das Bayrische Beamten-gesetz entsprechende Vorschriften.¹⁴³ Darüber hinaus dürfen Mitglieder einer Hochschule in Hochschuleinrichtungen und bei Hochschulveranstaltungen ihr Gesicht nicht verhüllen. Ebenso gilt in Schulen, in Kindertageseinrichtungen und in der Tagespflege ein Verhüllungsverbot.

Gesetze, die die Religionsfreiheit begrenzen, müssen konkret auf diesen Eingriff bezogen sein und einen angemessenen Ausgleich der gegenläufigen Verfassungsgüter vornehmen. Allgemeine gesetzliche (zB. beamtenrechtliche) Regelungen genügen nicht.¹⁴⁴ Diese, die Religionsfreiheit begrenzenden Gesetze, müssen konkrete Gefahren abwehren wollen; abstrakte Gefährdungen

135 Bundesgesetz über das Verbot der Verhüllung des Gesichts in der Öffentlichkeit (Anti-Gesichtsverhüllungs-gesetz – AGesVG), BGBl. 2017 I, Nr. 68.

136 EGMR, 11.7.2017 – Nr. 37798/13 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Belcemi und Oussar); EGMR, 11.7.2017 – Nr. 4619/12 – abrufbar unter: <https://hudoc.echr.coe.int/> (Dakir).

137 EGMR, 1.7.2014 – Nr. 43835/11 – NJW 2014, 2925 (S.A.S.).

138 Zur Kritik dieser Kategorie s. *Ibold*, KJ 2015, 83.

139 Mit Augenschlitz.

140 Mit Gesichtsgitter.

141 So auch *Wiese* (Fn. 113), 63.

142 Gesetz zu bereichsspezifischen Regelungen der Gesichtsverhüllung und zur Änderung weiterer dienstrechtlicher Vorschriften, BGBl. 2017 I, S. 1570.

143 Gesetz über Verbote der Gesichtsverhüllung in Bayern vom 12.7.2017, GVBl. S. 362.

144 BVerfG, 24.9.2003 – 2 BvR 1436/02 – BVerfGE 108, 282.

genügen als Rechtfertigung nicht.¹⁴⁵ Untergesetzliche Regelungen (zB. Verwaltungsvorschriften) könnten wegen des Grundrechtseingriffs ein Verbot ohnehin nicht tragen.

Der Wert des GG besteht gerade darin, nicht alles zu verbieten, was die tonangebende Mehrheit stört – solange nicht gleichwertige Verfassungswerte dies gebieten. Auch wenn jede vollverschleierte Frau für aufgeklärte Menschen eine Provokation darstellt: Mit dieser Zumutung ist – um der freiheitlichen Ordnung willen – zu leben. Burka-Trägerinnen sind per se nicht gewalttätig, ebenso wenig gefährden sie die öffentliche Sicherheit. Wer Vollverschleierung als Ausdrucksform einer repressiven, frauenfeindlichen »Taliban-Kultur« sieht, löst das Problem nicht dadurch, dass er sie aus der öffentlichen Wahrnehmung verbannt.

Die Religionsfreiheit schützt Frauen mit Niqab und Burka aber nicht davor, ihr Gesicht zeigen zu müssen, wenn eine Kommunikation von Angesicht zu Angesicht erforderlich ist. Das gilt etwa für Schulen, Behörden und Gerichte. Deshalb ist eine staatliche Berufsoberschule berechtigt, eine Frau abzulehnen, die nicht ohne Niqab am Unterricht teilnehmen will.¹⁴⁶ Das Verwaltungsgericht Osnabrück hat es abgelehnt, im Eilverfahren einer Schülerin die Teilnahme am Unterricht mit Niqab zu gestatten, weil die Antragstellerin nicht dargelegt habe, dass das Tragen des Niqabs für sie eine unerlässliche religiöse Pflicht sei.¹⁴⁷

Ein Turban tragender Sikh hat beim Motorradfahren keinen Anspruch darauf, aus religiösen Gründen von der Helmpflicht befreit zu werden. Ein durch einen Helm geschützter Motorradfahrer werde im Fall eines Unfalls eher als ein nicht geschützter Fahrer in der Lage sein, zur Abwehr der mit einem Unfall verbundenen Gefahren für andere Personen beizutragen.¹⁴⁸

Im Arbeitsleben ist – wenn nicht gar mit Kunden – so doch in der Regel zumindest mit Kollegen und Vorgesetzten häufig ein direkter Kontakt erforderlich. In diesem Sinn wurde die vollständige Verhüllung des Gesichts einer Notariatsangestellten für unzulässig erachtet.¹⁴⁹ Auch Lehrerinnen mit Burka sind nicht denkbar.¹⁵⁰ Das Verlangen, das Gesicht, zumindest aber die Augenpartie (Niqab) zu sehen, dürfte auch sonst im Arbeitsleben häufig gerechtfertigt sein (§ 8 AGG). Für kirchliche Träger gilt nichts anderes (§ 9 AGG).

IV. Fazit

Für die Lebenswirklichkeit weitaus wichtiger als Bekleidungsfragen ist die Religionsfreiheit im Sozialrecht.¹⁵¹ Im Leistungsrecht wird die Berücksichtigung nichtchristlicher Religionen kaum realisiert.¹⁵²

Der Streit um das Kopftuch hat Symbolcharakter. In die Auseinandersetzung fließen erkennbar ideologisch geprägte Sichtweisen. Auch die Schlagseite der Debatte verblüfft: Frauenfeindliche Züge im Islam werden – zu Recht – sensibel diskutiert, an die Zustände in der katholischen Kirche hat man sich gewöhnt. Evangelikale und populistische Strömungen suggerieren, dass der Islam archaisch sei und nicht zu Europa gehöre. Positionen dieser Art erinnern an einen Kulturkampf, bei dem die Religionsfreiheit unter die Räder kommt. Das gilt insbesondere für die Burka-Frage: Dass der freie Mensch dem anderen sein Antlitz zeige, wäre schön, trifft aber auch sonst nicht zu. Öffentlichkeit und Kommunikation sind seit langem zu großen Teilen digitalisiert. Im Übrigen: Kommunikation ist essentiell für das Leben in der Gesellschaft. Aber der Schutz der Privatsphäre und die Glaubensfreiheit umfassen auch das Recht, nicht zu kommunizieren und Außenseiter zu sein. Tatsächlich schürt denn auch nicht die Verschleierung an sich (zB. Karneval, Motorradhelme, Skikleidung, Kälteschutz) Angst und Misstrauen, es geht speziell um die muslimische Verschleierung. In einer offenen Gesellschaft gibt es aber keinen Anspruch darauf, nicht von Frömmigkeit gestört zu werden. Ebenso wenig gibt es ein Recht, nicht von unterschiedlichen Modellen religiöser

145 BVerfG, 27.1.2015 – 1 BvR 471/10, 1 BvR 11891/10 – BVerfGE 138, 296.

146 BayVGh, 22.4.2014 – 7 CS 13.2592 – NVwZ 2014, 1109.

147 VG Osnabrück, 22.8.2016 – 1 B 81/16 – abrufbar unter <http://www.rechtsprechung.niedersachsen.de/>.

148 VGh Baden-Württemberg, 4.9.2017 – 10 S 30/16 – NZV 2017, 496.

149 Oberster Gerichtshof Wien, 25.5.2016 – 9 ObaA 117/15v – abrufbar unter <https://www.ris.bka.gv.at/>.

150 Wiese (Fn. 113).

151 § 19a SGB IV, § 2 Abs. 3 SGB V, § 2 Abs. 3 SGB XI, § 8 Abs. 1 SGB IX.

152 BSG, 2.11.2007 – B 1 KR 11/07 R – NZS 2008, 133: Kein Pflicht zum Krankensport in ein anderes Krankenhaus zur Durchführung einer bestimmten Behandlung aus religiösen Gründen; BSG, 9.12.2003 – B 2 U 8/03 R – FamRZ 2004, 1198 (Ls.): Verweigert ein Arbeitsverunfallter religiös motiviert eine Fremdbluttransfusion, erhalten Hinterbliebene keine Leistungen, wenn die OP deshalb tödlich war; BSG, 23.6.1982 – 7 Rar 89/81 – NJW 1983 S. 701: Sperrzeit bei Ablehnung eines Arbeitsangebots aus Gewissensgründen; BSG, 19.11.1997 – 3 RK 1/97 – BSGE 81, 189: Vorsorgeeinrichtung ist nicht schon deshalb bedarfsgerecht, weil der Träger den besonderen religiösen Bedürfnissen von Versicherten Rechnung tragen will.

Identität schockiert oder provoziert zu werden, und zwar auch dann nicht, wenn sie vom üblichen europäischen Lebensstil weit entfernt sind.¹⁵³

Dass ein allgemeines Burka-Verbot verfassungsrechtlich nicht haltbar ist, gilt als common sense.¹⁵⁴ Auch diejenigen, die bei vollverschleierten Frauen Unmündigkeit und Zwang unterstellen, verstehen, dass ein Verbot schlechterdings nicht gegen die Opfer des Zwangs zu richten wäre. Zuhälter und Freier zu bestrafen ist sinnvoller, als Prostituierte zu sanktionieren. Es ist im Übrigen wie mit Obdachlosen: Ihre Verbannung aus den Innenstädten folgt einer medialen Logik der Verdrängung des Unerwünschten. Auch Kinder glauben, dass sich die Welt verändert, wenn sie ihre Augen schließen. Burkaträgerinnen mögen eine (winzige) unbehagliche Minderheit sein – sie schaden niemanden und nehmen niemandem von seinen Rechten. Aufgeklärte Menschen unterscheiden zwischen dem, was man – aus guten Gründen – ablehnt und dem, was zu verbieten ist. Um sich ihrer selbst sicher zu sein, sind besonnene Menschen nicht darauf angewiesen, Anderes als bedrohlich zu stigmatisieren.

Für die Kopftuchfrage bleibt zu hoffen, dass sich die deutsche Rechtsprechung von den Schlangenlinien und dogmatischen Brüchen des EuGH nicht irritieren lässt und bei ihrer bisherigen Linie bleibt. Der EuGH hat mit den Entscheidungen vom 14. März 2017 den unionsrechtlichen

Mindeststandard definiert. Dem steht eine stärkere Gewichtung der Religionsfreiheit in Deutschland nicht entgegen.

Art. 4 GG gilt auch für das forum externum. Die Entscheidung, was für die Religionsausübung wichtig ist, treffen der einzelne und die einzelne Arbeitnehmerin individuell. Arbeitnehmerinnen müssen auch im Arbeitsverhältnis religiös konnotierte Kleidung tragen können, solange die konkrete Arbeitsaufgabe nicht entgegensteht. Abzustellen ist im Einzelfall auf die berufliche Situation. Pauschale Überlegungen (»Mit einem Zelt, das sich bewegt, kann man nicht kommunizieren«¹⁵⁵) verbieten sich.

Kundenwünsche rechtfertigen keine Ungleichbehandlung. Das gilt auch dann, wenn sie in Form einer Neutralitätspolitik verallgemeinert antizipiert werden. Dem EGMR¹⁵⁶ ist zuzustimmen: Entscheidend ist, ob sich durch das Tragen religiöser Kleidungsstücke konkrete negative Auswirkungen auf die Marke ergeben.

153 Abweichende Meinung *Nußberger/Jäderblom* zu EGMR, 1.7.2014 – Nr. 43835/11 – NJW 2014, 2932 (S.A.S.).

154 Das BVerfG billigt der Religionsfreiheit einen höheren Stellenwert zu als der EGMR, der das Verbot der Vollverschleierung in Frankreich und Belgien für rechtens erachtet hat.

155 *Zeynelabidin*, Humanistischer Pressedienst 10.7.2014 – Nr. 19021, abrufbar unter: <https://hpd.de/>.

156 EGMR, 15.1.2013 – Nr. 48420/10 – NJW 2014, 1935 (Eweida).

Das Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen – Am Beispiel der Postnachfolgeunternehmen

Dissertation von Thomas Klein, 2017, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 396 S. (ISBN 978 3 8487 3809 0), 99,- €, erschienen als Band 145 der Reihe *Arbeits- und Sozialrecht*

Laudatio auf Dr. Thomas Klein¹

Unter dem oben genannten Titel hat Dr. Thomas Klein seine Dissertationsschrift 2016/2017 an der Universität Trier vorgelegt. Es ist diese Arbeit, die vom Gutachterkreis, beste-

hend aus Prof. Marlene Schmidt, Prof. Ulrich Preis und Prof. Bernd Waas für den Hugo-Sinzheimer-Preis 2018 aus zahlreichen, ebenfalls sehr guten Arbeiten ausgewählt wurde.²

I. Befunde zur Arbeit

Drei Befunde sind für uns Arbeitsrechtler sogleich möglich. Befunde, die die hohen Anforderungen, die das Thema stellt, unterstreichen:

1 Anlässlich der Verleihung des Hugo-Sinzheimer-Preises 2018 an den Autor der Dissertation am 22.3.2018 in Frankfurt aM. Die Vortragsform wird beibehalten.

2 Zu den bisherigen Preisträgern vgl. <http://www.hugo-sinzheimer-institut.de/hugo-sinzheimer-preis.html> (18.04.2018); exemplarisch *Wendeling-Schröder*, SR 2016, 77 ff.

1. Erster Befund

Das Thema hat zwar seine Verankerung im deutschen kollektiven Arbeitsrecht, verlässt dieses aber an zahlreichen Stellen und hat insbesondere tiefe Bezüge zum öffentlichen Recht; Bezüge zunächst einfach-gesetzlich zum Beamtenrecht und Postpersonalrechtsgesetz.³ Entscheidende Bezüge bestehen darüber hinaus verfassungsrechtlich zu Art. 33 Abs. 4, 5 GG (mit den Stichworten Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums, Alimentation, Fortentwicklungspflicht) sowie zu den Art. 87f und 143b GG als den verfassungsrechtlich einschlägigen Spezialregelungen. Zum oftmals zu Unrecht unterbewerteten Völkerrecht, konkret zu Art. 11 EMRK nach dem Verständnis des EGMR seit Demir und Baykara⁴, zu den Art. 5, 6 der ESC nach der Auslegung des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte sowie zu zwei ILO-Kernarbeitsnormen, den ILO Übereinkommen Nr. 87 und 98 inkl. der Äußerungen des Ausschusses für Vereinigungsfreiheit des zuständigen Spruchkörpers sind die maßgeblichen Querstreben für den Kenner offensichtlich.⁵ Völkerrechtliche Spielregeln und Wirkmechanismen in das deutsche Recht stellen (deshalb) zu Recht einen wichtigen Strang in der vorgelegten Arbeit dar.

Und es sind rechtsgeschichtliche Grundlagen, Entwicklungen aus dem vergangenen Jahrhundert, die nicht etwa nur »l'art pour l'art« zu sehen sind. Hierzu gehört Art. 159 WRV (Art. 165 Abs. 1 WRV), eine Norm, die inhaltlich und textlich durch Hugo Sinzheimer, seine grundlegenden Vorarbeiten⁶ und sein Wirken im Verfassungsausschuss 1919 geprägt wurde⁷ und die anders als zuvor Beamte in den Schutzbereich mit einbezog, freilich ohne Streikrecht. Diesem stand der Erlass einer (an sich nur kurzzeitig wirkenden) Notverordnung des Reichspräsidenten vom Februar 1922⁸, nachfolgende Rechtsprechung⁹ und das damalige Verständnis zum Beamtenstreikrecht entgegen. Ich zitiere Otto Wels, 9. Februar 1922:

»Unbeschränktes Streikrecht ist mit den Beamtenprivilegien unvereinbar. Die Regierung wird zu prüfen haben, welches dieser beiden Rechte – Streikrecht oder Beamtenrecht – den Beamten gegeben werden soll.«¹⁰

Dies haben wir interessanterweise ähnlich 2018 vom früheren Bundesinnenminister De Maiziére beim BVerfG (Streikrecht für Lehrerinnen und Lehrer) zu hören bekommen.¹¹ Manches hält sich wirklich lange. Zu den geschichtlichen Grundlagen zählt zudem das kontrovers bewertete »Offenlassen« des Themas Beamtenstreikrecht im Parlamentarischen Rat.¹²

2. Zweiter Befund

Um das Thema überhaupt behandeln zu können, müssen die komplizierten (ökonomischen) Abläufe vor, während und nach der Privatisierung der Deutschen Bundespost verstanden werden. Rechtstatsächlich sind das Markthandeln ua. der Deutschen Post AG und die aktuellen Beschäftigungsbedingungen für Beamte beachtlich. Es ist zudem die Rechtsprechung speziell zu diesem Umfeld im Blick zu behalten. Das BVerfG hat in der Entscheidung vom 17. Januar 2012¹³ hinreichend den Schwerpunkt der Postprivatisierung deutlich gemacht und damit meines Erachtens bereits einem Entzug eines kollektiven Wirkens der Beamten die Grundlage entzogen. Zitat aus dem 130. Band:

»Die mit der Abschaffung der Sonderzahlung in § 10 Abs. 1 PostPersRG bewirkte Ungleichbehandlung der Beamten der Postnachfolgeunternehmen im Vergleich zu den übrigen Bundesbeamten kann sich auf einen sachgerechten und hinreichend gewichtigen Differenzierungsgrund im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG stützen. § 10 Abs. 1 PostPersRG verfolgte mit dem Wegfall der Sonderzahlung nach dem Bundessonderzahlungsgesetz in erster Linie das Ziel einer Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der Postnachfolgeunternehmen«. [Hervorhebung durch Verf.]

3 Das PostPersRG rückt aktuell wegen der Fusion Deutsche Bank – Postbank erneut in den Fokus. Dabei spielt § 39 PostPersRG eine entscheidende Rolle.

4 EGMR (Große Kammer), 12.11.2008 – Nr. 34503/97 – AuR 2009, 269 (Demir und Baykara/Türkei) mAnm. Lörcher; nachfolgend alle Sektionen des EGMR beginnend mit EGMR, 21.4.2009 – Nr. 68959/01 – AuR 2009, 274 (Enerji Yapi-Yol Sen/Türkei).

5 Vgl. Schubert, Arbeitsvölkerrecht, Berlin 2017, S. 162 ff.; Heuschmid, in: Kittner/Zwanziger/Deinert/Heuschmid (Hrsg.), Arbeitsrecht, Frankfurt aM. 2017, § 8 Rn. 52 ff.; Lörcher, in: Däubler (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, Baden-Baden 2017, § 10 Rn. 81; mit anderer Tendenz C. Schubert, in: Franzen/Gallner/Oetker (Hrsg.), Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht, 2. Aufl., München 2018, Art. 11 EMRK Rn. 33 ff.

6 Sinzheimer, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, Berlin 1907/1908; ders., Ein Arbeitstarifgesetz, Berlin 1916.

7 Kempen, Hugo Sinzheimer, Frankfurt aM. 2017, S. 68, 70.

8 Vgl. Kittner, Arbeitskampf, München 2005, S. 442 ff., 445.

9 Reichsgericht, 19.10.1922, RGSt, Bd. 56, S. 412 und 30.10.1922, RGSt, Bd. 26, S. 419 sowie Reichsgericht, 24.2.1927, JW 1927, 1249, jeweils zitiert nach Kittner, Arbeitskampf (Fn. 8), S. 445 mwN. aus der Justiz.

10 Zitiert nach Kittner, Arbeitskampf (Fn. 8), S. 442.

11 In den Verfahren BVerfG, anhängig – 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15; hierzu Klein, AuR 2018, 130 ff.

12 Klein, Das Kollektivvertrags- und Streikrecht für Beamte in privatisierten Unternehmen – Am Beispiel der Postnachfolgeunternehmen, Baden-Baden 2017 (zugl. Trier, Univ., Diss. 2016/2017), S. 243 mwN.

13 BVerfG, 17.01.2012 – 2 BvL 4/09 – BVerfGE 130, 52 ff.

Da haben wir also eine Einordnung, die nur im privaten Wettbewerb zu suchen ist und die beim Autor der Arbeit zu recht ständig mitschwingt.

Von den Überlegungen Dr. Kleins betroffen sind direkt in der Deutsche Post AG über 44.000 Beamte, davon über 36.000 in aktiven Beamtenverhältnissen und in Vollzeit beschäftigt. In der Deutschen Telekom AG sind über 38.000 Beamte tätig, davon über 20.000 aktiv beschäftigt. In der Postbank AG gibt es noch knapp 5.000 Beamte, etwa 3.000 davon sind aktiv tätig.¹⁴ Indirekt sind aber alle Arbeitnehmer der jeweiligen Postnachfolgeunternehmen berührt, wenn man an Streikbruch durch den Einsatz von Beamten denkt – ich erinnere an die Tarifrunde Deutsche Post AG 2015 und das zu schwach wirkende Verbot der Streikbrucharbeit von Beamten (Stichwort Hindernis Remonstrations)¹⁵ sowie, wenn man sich die tatsächlichen Verknüpfungen zwischen Tarifrunden und beamtenrechtliche Vergütungsanpassungen in Erinnerung ruft. In diesem Zusammenhang sei erwähnt, dass in ver.di, also der einen Seite des Tarifwesens, Beamte selbstverständlich in Tarifkommissionen in den Tarifrunden des öD. vertreten sind. ver.di ist zudem in Kommissionen beim BMI vertreten, in denen die Belange von Beamtinnen und Beamte leider nur unverbindlich besprochen werden (§ 118 BBG). Ein Verfahren, das wahrlich kein Äquivalent zu den kraftvolleren und nötigen Instrumenten Tarifverhandlungen und Streikrecht darstellt.¹⁶ Klammer auf: Gleiches gilt bezüglich kirchlicher Wirtschaftsunternehmen und den AVR des Dritten Weges.¹⁷ Klammer zu.

3. Dritter Befund

Das Thema beinhaltet einige rechtspolitische Brisanz. Will etwa Dr. Klein das Berufsbeamtentum abschaffen?¹⁸ Nein, denn Tarifvereinbarungen und Streikrecht stellen die beamtenrechtlichen Grundsätze überhaupt nicht in Frage. Es kann allenfalls sein, dass ein Land die Verbeamtungspraxis ändert, muss aber auch nicht sein, weil privatisierte Unternehmen per se noch keine zwingende Veranlassung geben, allumfassend die Verbeamtungspraxis auf den Prüfstand zu stellen.¹⁹ Ein »Geheimnis« sei diesbezüglich ver-raten: Streik ist vorübergehend wie Urlaub oder Arbeitsunfähigkeit und stellt das Beschäftigungsverhältnis als solches nicht in Frage (wie dies auch hinsichtlich des Arbeitsverhältnisses der Fall ist). Will Dr. Klein dann vielleicht Bestandsbeamten Rechtspositionen entziehen? Nein,

im Gegenteil, es kommen welche hinzu, und zwar Menschenrechte. Und diese erzeugen keinen Wegfall von bestehenden Rechtspositionen. Das Streikrecht bei Arbeitnehmern in Entgeltfragen bewirkt auch nicht, dass Rechte zB. aus dem MiLoG entfallen.

Dies sind alles Fragen, die im Umfeld des Themas bestehen und die wie die Bälle bei einem Jongleur in der Luft gehalten werden müssen. Und dann gegen den Mainstream zu denken und gar zu schreiben, zeigt wissenschaftliche Unabhängigkeit. Den Mainstream haben wir übrigens in der bereits erwähnten mündlichen Verhandlung am 17. Januar 2018 vor dem BVerfG vehement vorgetragen bekommen. Stichworte, die in diesem Zusammenhang mal mehr, mal weniger spezifisch von der »hM.« vorgetragen werden, sind hier: *man möge doch an das Funktionieren des Staates denken*²⁰, *Alimentation, Tradition, ein nur eingeschränkter Übertrag der EGMR-Rechtsprechung in das deutsche Recht sei überhaupt möglich und der rabulistische Zirkelschluss: Beamte haben keine Tarifverträge, ohne Tarifvertrag, kein tariflich regelbares Ziel, also auch kein Streikrecht, ohne Streikrecht können aber TV nicht rechtsförmig erzwungen werden.* Dieser Zirkelschluss wird übrigens beeindruckend, und dies darf ich vorwegnehmen, von Herrn Dr. Klein aufgebrochen.

II. Zum Inhalt der Arbeit

Ich möchte im Weiteren skizzenartig wie folgt vorgehen:

- Das Vorgehen des Autors
- Die eigenen Ansätze des Autors
- Die (wahrscheinlich positive) Einordnung des Laudators.

14 Zu den Zahlen vgl. Stellungnahme des DGB in den Verfahren BVerfG, anhängig – 2 BvR 1738/12, 2 BvR 1395/13, 2 BvR 1068/14, 2 BvR 646/15.

15 BVerfG, 2.3.1993 – 1 BvR 1213/85 – BVerfGE 88, 103 ff., aber auch BVerfG, 7.11.1994 – 2 BvR 1117/94 ua. – AuR 1995, 64.

16 Anders in Ansätzen BVerwG, 27.2.2014 – 2 C 1/13 – BVerwGE 149, 117 ff. (Rn. 64).

17 Arleth, Das Recht kirchlicher Arbeitnehmer auf Streik, Baden-Baden 2016; Schubert/Wolter, AuR 2013, 285 ff.

18 Hierzu Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 311.

19 Die Verbeamtungspraxis in den Ländern ist ohnehin nicht einheitlich. Fiskalische Gründe können andere Sachgründe überlagern, eine offene Verbeamtungspolitik kann umgekehrt für eine Gewinnung von Personal bewusst herangezogen werden.

20 De Maizièere, Mitbestimmung 2018, 9.

1. Das Vorgehen des Autors

Die Arbeit von Herrn Dr. Klein besteht aus drei Abschnitten, kommt quasi als Dreiakter daher. Klassisch würde man sagen:

- Exposition (Protasis)
- Verwicklung (Epitasis)
- Katastrophe.

Aber keine Sorge: Auch bei der aristotelischen Dramatik gab es als letzten Akt die Variante »Lösung«. Und so ist es hier.

Im *ersten Abschnitt* wird die Postprivatisierung umfassend dargestellt sowie die Folgen für, und die aktuelle Situation von Beamten beschrieben.²¹ Auf ca. 60 Seiten wird der rechtliche Rahmen für die Beschäftigung von Beamten in den Postnachfolgeunternehmen dargelegt, bezogen und vertieft auf Besoldung, Arbeitszeit, Mitbestimmung und, besonders wichtig, hinsichtlich der Art des Einsatzes (als ein Stichwort sei die »In-Sich-Beurlaubung« genannt).²² Manch einem »Post-Experten« sei dieser Abschnitt empfohlen, weil nach meinem Eindruck die beschriebenen rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten und Zusammenhänge in dieser Tiefe oftmals gar nicht so klar sind. Besonders bedeutsam ist, dass es bereits eine Kollektivlandschaft in der privatisierten Post gibt, die auch Beamte erfasst.²³ Auf diese kann aufgebaut werden, sie ist aber nicht ausreichend und behilft sich oft mit »Bypässen«. ²⁴ Dies wird den Anforderungen, aber vor allem dem, was Beamten in privatisierten Unternehmen rechtlich zusteht, nicht gerecht.

Im *zweiten Abschnitt* geht es um die Möglichkeit echter kollektivvertraglicher Vereinbarungen für Beamte. In diesem Abschnitt finden sich – was Kern einer Dissertation ist (zu sein hat) – mehrfache eigene Ansichten, eigenständig entwickelte Positionen. So werden verfassungsrechtliche Hindernisse »weggeräumt« bzw. als gar nicht durchschlagend entlarvt, der öffentlich-rechtliche Vertrag für die Beschreibung des Charakters von denkbaren Vereinbarungen als Figur herangezogen, eine normative Wirkung für diesen »gleichwohl« angenommen (TVG analog) und der Begriff Beamtenarbeitsvertrag verwendet.²⁵ Dies ist ein kollektivrechtliches Gebilde, welches nicht etwa ein Minus zum Tarifvertrag für Arbeitnehmer darstellt.

Der *dritte Abschnitt* zeigt, dass Herr Dr. Klein nicht stehen bleibt, sondern sich auch der sich aufdrängenden Folgefrage Arbeitskampf stellt. Auch hier sind wichtige

eigene Ansätze zu finden, die darin münden, ein Streikrecht anzunehmen, allerdings – wie sonst auch – nicht uneingeschränkt (Verhältnismäßigkeit), umgekehrt aber in gesamtlicher Ausprägung (Stichwort Unterstützungstreik, mit der zutreffenden, aber bedauerlichen Grenze, dass es für einen Unterstützungstreik der Beamten der Post AG bezüglich der TVöD-Runde 2018 wohl an dem erforderlichen Näheverhältnis fehle – hätte aktuell gut gepasst).²⁶

In beiden Abschnitten zwei und drei sind völkerrechtliche Quellen und deren Wirkung im deutschen Recht breiter Gegenstand, ja Instrument zur Untermauerung neuer Ansätze.²⁷ *Funktionsbezogener Ansatz* ist hier das bekannte Stichwort. Die Trennung zwischen der Freiheit zu Kollektivverhandlungen und dem Durchsetzungsinstrument Streik stellt weiter eine Differenzierung dar, die dogmatisch richtig ist, nichts vermischt und verwischt und Dinge dort anspricht, wo sie hingehören. Dies scheint eine Selbstverständlichkeit zu sein. Nicht selten werden aber die tarifliche Seite und die Umsetzungsebene durch Streik munter vermengt.²⁸ Interessant und gut vertretbar ist zudem die Idee, Grundfreiheiten, also Unionsrecht, in Stellung zu bringen (konkret die Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV), argumentativ angelehnt an Art. 3 Abs. 1 GG hinsichtlich der Wettbewerber zB. der Post AG; also: Beamtenstreikverbot als Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern in einem System, in welchem der Streik sonst selbstverständlicher integraler Bestandteil der Wirtschaftsordnung für alle ist.²⁹

2. Die eigenen Ansätze des Autors

Folgende Schalter habe ich zu den bereits genannten ausgemacht:

²¹ Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 35 ff.

²² Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), ab S. 56 ff.

²³ Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 84 ff.

²⁴ Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 91 ff.

²⁵ Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 211 ff., 218 ff., 234.

²⁶ Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), ab S. 235 und 333 ff.; grundsätzlich BAG, 19.6.2007 – 1 AZR 396/06 – NZA 2007, 1055 ff.

²⁷ Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 103 ff.; 274 ff.

²⁸ Zur Diskussion in der mündlichen Verhandlung im Verfahren Lehrerstreik und zur Frage, ob nicht hoheitlich tätige Beamte durch das Streikrecht bevorzugt werden würden vgl. Klein, AuR 2018, 130 ff., 131 mit der Beschreibung einer solchen »Vermengung«.

²⁹ Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 263 ff., 271.

a) Art. 33 Abs. 5 GG, der nach konservativer Auffassung dafür steht, dass Besoldungs- und Beschäftigungsbedingungen durch Gesetz zu regeln sind, wird durch wirkendes Völkerrecht (die oben genannten Rechtsquellen) überlagert. Dieses verlangt, dass der Staat für nicht hoheitlich tätige Beamte Kollektivverhandlungsoptionen vorhält,³⁰ übrigens vergleichbar zu den allgemeinen Ausführungen des BVerfG aus dem Jahre 1954³¹ zu Art. 9 Abs. 3 GG und der Gewährleistung der Tarifautonomie. Der Clou besteht nun darin, dass dieses Völkerrecht mit dazu führt, *aber nicht nur*, dass sich die Fragestellung aus dem Anwendungsbereich des Art. 33 Abs. 5 GG hinausbewegt. Das Ergebnis wird nämlich bereits durch Überlegungen zum deutschen Verfassungsrecht getragen. Wer Privatisierung sagt, und das gilt eben auch ohne Völkerrecht, muss anerkennen, dass eine Norm mit allein staatsorganisationsrechtlicher Funktion keine Wirkung auf diese privatisierten Unternehmen entfalten kann. Dortige Beamte nehmen keine öffentlichen Aufgaben wahr und üben kein öffentliches Amt aus. Zudem: Die Beschäftigungsbedingungen der Beamten werden gerade nicht abschließend durch Gesetz festgelegt, sondern das Postpersonalrecht räumt den Postnachfolgeunternehmen eigene Entscheidungsspielräume ein.³² Maßgeblich ist deshalb und vielmehr allein Art. 143b Abs. 3 GG.³³ Dieser lautet: (3) *Die bei der Deutschen Bundespost tätigen Bundesbeamten werden unter Wahrung ihrer Rechtsstellung und der Verantwortung des Dienstherrn bei den privaten Unternehmen beschäftigt. Die Unternehmen üben Dienstherrnenbefugnisse aus. Das Nähere bestimmt ein Bundesgesetz.*

»Ihres öffentlichen Charakter entkleidet«, sagt das BAG hierzu.³⁴ Diese Norm enthält, so die Auslegung des Autors weiter, mithin nur eine Schutzklausel, keine Grundrechtsbegrenzung. Der Folge-Clou, wenn es so etwas gibt, besteht nun darin, dass auch die scheinbar stärkste juristische (und emotionale) Waffe leerläuft: Das Alimentationsprinzip, denn die Blockade des Art. 33 Abs. 5 GG wirkt ja gerade nicht.³⁵ Im Übrigen heißt Alimentation nicht, dass über diese hinausgehende oder von dieser nicht erfasste Inhalte nicht anderweitig geregelt werden könnten. Alimentation beschreibt keine Höchstgrenze und kann deshalb Tarifverhandlungen nicht entgegenstehen!³⁶ Systemisch: Grundalimentation³⁷ und Tarifvertrag stehen wie Arbeitsgesetze und Tarifvertrag zueinander.

In diesem Abschnitt liegt zudem eine saubere Differenzierung des Art. 33 GG in seinen Absätzen 4 und 5, ein

Punkt, der – so vermute ich – auch bei der aktuell anstehenden Entscheidung zum Beamtenstreikrecht für Lehrer eine Rolle spielen wird.³⁸ Aber nochmals: hier werden beide Absätze ausgehebelt.

b) Obzwar dieses Ergebnis schon trägt, wird quasi als Verstärkung mit dem (anderen) Ansatz des BVerwG gefragt, ob es denn gesetzliche Regelungen gebe, durch die der Gesetzgeber auf seine einseitige Regelungskompetenz verzichtet habe (oder positiv: Vereinbarungen gesetzlich ermöglicht habe), und ja, diese gebe es im PostPersRG und in der Postnachfolgeunternehmen-Prämien- und -zulagenverordnung (kurz: PNUPZV), die jeweils Spielräume gewährten.³⁹ Nun Achtung: Spielräume können aber dann doch nur bedeuten, dass damit umgekehrt eine gesetzliche Grundlage für Kollektivvereinbarungen iSd. BVerwG inzidenter vorläge – das ist tricky! Lücken im Postnachfolge-recht sind die Grundlage für Kollektivverhandlungen.

c) Kollektivverhandlungen sind also grundsätzlich möglich. Sind sie aber auch inhaltlich gänzlich frei? Nun, diese Frage wird anhand des allgemeinen Beamtenrechts betrachtet, und in der Tat könnten sich inhaltliche Beschränkungen ergeben. Diese sind aber wiederum verfassungs- und vor allem völkerrechtskonform (völkerrechtsfreundlich) auszulegen. Und daraus folgt ... der Normalfall: Das Beamtenrecht setzt Mindestbedingungen, der Kollektivvertrag kann günstigere Regeln enthalten. Art. 143b Abs. 3 GG ist ausschließlich Schutzklausel für die betroffenen Beamte, ich erwähnte dies bereits. Nur dort, wo die Postnachfolgeunternehmen ihrerseits keine Regelungskompetenz haben (Veränderung des Status oder Ruhegehaltsfragen), scheitern *dortige* Kollektivverhandlungen.⁴⁰

30 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 126.

31 BVerfG, 18.11.1954 – 1 BvR 629/52 – BVerfGE 4, 96 ff., 106.

32 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), Abschlussthese 3.

33 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 146 ff.

34 BAG, 10.12.2002 – 1 ABR 27/01 – BAGE 104, 187 ff., 203.

35 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 179 ff.

36 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 181.

37 Das Wort Mindestalimentation verwendet das BVerfG in der Entscheidung BVerfG, 5.5.2015 – 2 BvL 17/09 ua. – BVerfGE 139, 64.

38 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 144. Art. 33 Abs. 4 GG lässt sich im Übrigen gut in das völkerrechtliche Verständnis des Art. 11 EMRK einfügen.

39 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 166 ff., 178.

40 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 187 ff.

d) Und welchen rechtlichen Charakter haben die Ergebnisse dieser Verhandlungen? TVG-nicht-hoheitlich-tätige Beamte »TVG-nhtB« gibt es ja (noch) nicht. Wie erwähnt sieht Dr. Klein das Vorliegen der Rechtsfigur öffentlich-rechtlicher Vertrag als gegeben an und entwickelt Überlegungen von ua. Däubler weiter.⁴¹ Unter Umschiffung des VwVfG und vor allem unter Unterstreichung des Art. 9 Abs. 3 GG gelangt der Autor zu einer analogen Anwendung des TVG.⁴² Das ist konsequent weiterentwickelt, denn – und jetzt kommt ein Axiom, das aus einem Verfassungsrecht wie Art. 9 Abs. 3 GG folgen muss: Einem anerkannten Recht muss eine Ausprägung gestattet sein. Methodisch wird die erkannte Regelungslücke durch den Auftrag zu einem wirksamen Tarifvertragssystem für die vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG erfassten Personen (»alle Berufe«) ausgefüllt.

e) Zum Streikrecht: Gewinnbringend ist zunächst, nochmals die Frage beantwortet zu bekommen: Woher kommt eigentlich das Streikverbot für Beamte, wie wird es gerechtfertigt, obwohl doch die Koalitionsfreiheit auch für diese gilt. Dabei ist es erstaunlich, dass – obwohl das BVerfG bislang noch nicht konkret über die Rechtmäßigkeit des Beamtenstreiks gesprochen hat – die hM. so selbstverständlich von einem solchen als gefestigt ausgeht.⁴³ Eine verfassungsrechtliche Unwucht zeigt sich demgegenüber jedoch an mindestens drei Stellen – Herr Dr. Klein hat sie alle gesehen:

1. *Stelle*: Status vs. Funktion; das deutsche Recht bzw. die Interpretation passen nicht zum ratifizierten Völkerrecht (ein Völkerrecht, dessen ihm zukommende Wirkung im deutschen Recht vom Autor zutreffend beschrieben ist). Überdies: Es schwindet die Akzeptanz von Streikverboten in privatisierten Unternehmen, von Privatisierungen in hoch sensiblen Bereich ganz zu schweigen – der Staat legt anscheinend gar keinen Wert auf ein hoheitliches Handeln.⁴⁴ In den Postnachfolgeunternehmen passen zudem in keinem Falle vorgetragene Problemfälle wie »Randbereichsbeamte« oder Verwendungswechsel hin zu hoheitlicher Tätigkeit. Dort muss vielmehr der funktionale Ansatz greifen, es ist quasi der völkerrechtliche Modellfall.

2. *Stelle*: Die These, ein Streikrecht sei blockiert wegen des Alimentationsgrundsatzes, wird durch das BVerfG selbst und den doch als erforderlich angesehenen »Druckausgleich« in Sachen W2 und R1-Besoldung⁴⁵ in Frage gestellt. Wie viele Eingriffe bedürfte es hiernach denn noch? Mit Gewerkschaften ist allerdings noch grundsätzlicher zu fragen: Was ist ein Menschenrecht eigentlich wert? Kann es durch Alimentation abgekauft werden? Etwas softer: Können Menschenrecht und

Alimentation versöhnt werden? Alimentation verstanden als Mindestschutz, wie im zweiten Abschnitt erarbeitet, ist ein richtiger Ansatz für eine solche Versöhnung. Nicht-hoheitlich tätige Beamte können daher für bessere Beschäftigungsbedingungen nach allgemeinen Regeln streiken. Für die wirklich hoheitlich tätigen Beamten (also nicht in den Postnachfolgeunternehmen) gelten nach einem Streik die erzielten Ergebnisse, obzwar sie am Streik nicht teilnehmen dürfen, ihnen aber die Koalitionsfreiheit sehr wohl zusteht.⁴⁶

3. *Stelle*: Ist das Streikverbot selbst ein hergebrachter Grundsatz des Berufsbeamtentums⁴⁷ und/oder nur Folge der Treuepflicht? Wenn die Treuepflicht die Grundlage sein soll, dann kann diese doch nicht verletzt werden, wenn ein Menschenrecht genutzt wird (Rechtsgedanke § 612a BGB). Zudem ist immer wieder an die Zielrichtung des Streiks zu erinnern: Es soll gerade am Arbeitsplatz festgehalten werden. Streiks sollen gerechte Arbeitsbedingungen entstehen lassen, bei einem doch klaren Bekenntnis zum Arbeitsverhältnis, und das kann ebenfalls kein Treuebruch sein. Ohne Treuebruch rechtfertigt sich auch kein Verbot, schon gar nicht in einem privatisierten Gebilde! Ein hergebrachter Grundsatz verändert auch nichts. Dieser stünde jedenfalls unter dem Fortentwicklungsauftrag des Art. 33 Abs. 5 GG, der nicht etwa belanglos ist,⁴⁸ und der einer völkerrechtsfreundlichen Auslegung voll zugänglich ist. Daran ändert sich auch nichts, wenn man den Fortentwicklungsauftrag in der Ebene auf den öffentlichen Dienst verschiebt. »Berücksichtigung« bedeutet nicht, dass sich das Berufsbeamtentum gegenüber allen anderen Rechten durchsetzt.⁴⁹

Worin besteht nun im Abschnitt Streikrecht der Witz? Nun mE. besteht er darin, dass die Lösung von Dr. Klein

41 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 211 ff.

42 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 218 ff.

43 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 245.

44 Man denke an Privatisierungen in JVA oder an Sicherheitspersonal für Kasernen. Insofern ist die Diskussion gelegentlich scheinheilig und davon geprägt, Einflussnahmemöglichkeiten zu erhalten.

45 BVerfG, 5.5.2015 – 2 BvL 17/09 ua. – BVerfGE 139, 64; BVerfG, 14.2.2012 – 2 BvL 4/10 – BVerfGE 130, 263 ff.

46 Die Überlegungen von Dr. Klein weitergedacht, vgl. Klein, AuR 2018, 130 ff., 131.

47 So BVerwG, 26.2.2015 – 2 B 6/15 – NZA 2015, 505 f.

48 Pieroth, in: Jarass/Pieroth, GG, 14. Aufl., München 2016 (im Folgenden: Jarass/Pieroth), Art. 33 Rn. 52.

49 Jarass/Pieroth-Pieroth, GG, Art. 33 Rn. 51 f. In Österreich mit einer ähnlichen Tradition wie Deutschland zum Berufsbeamtentum sind Streiks von Beamten möglich. Dies müsste bei der historischen Interpretation der »hergebrachten Grundsätze« einfließen.

die starke Waffe Völkerrecht im Grunde (auch hier) gar nicht braucht,⁵⁰ obwohl sie natürlich da und voll verfügbar ist (ich spreche auch von dem eng auszulegenden Art. 11 Abs. 2 EMRK⁵¹). Selbst bei einer Statusbetrachtung kann nämlich in privatisierten Unternehmen kein absolutes Streikverbot bestehen.⁵² Ergebnisse des 2. Abschnitts werden hier konsequent übertragen und weitergeführt. Nochmals: Art. 33 Abs. 5 GG ist für Privatisierung schlicht die falsche Norm. Und selbst wenn man den Abschluss von Tarifverträgen nicht für möglich erachtet (und keine analoge Anwendung des TVG), dann können doch sehr wohl Kollektivvereinbarungen *sui generis* abgeschlossen werden, die als Element der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen erstreikt werden können. Inzidenter – und jedem hier ist dies klar – wird der Tarifzentrierung von Streiks eine Absage erteilt, *jedenfalls und mindestens* dort, wo der Normtypus Tarifvertrag insgesamt und grundsätzlich verweigert wird.⁵³ Auch dies kann völkerrechtlich gut untermauert werden.

Eine Störung der Kampfparität zum Nachteil der Postnachfolgeunternehmen durch Entzug eines doch eigentlich nicht zustehenden Privilegs sehe ich mit Herrn Dr. Klein nicht.⁵⁴ Wettbewerber kommen auch mit dem normalen Arbeitskampfrecht aus.

Und dann? Und dann gilt das, was immer gilt: Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Eleganz der Arbeit besteht folglich darin, dass man nach den früh umgelegten Schaltern in gewohntes Fahrwasser, auch hinsichtlich der Rechtsfolgen eines Arbeitskampfes, gelangt.

Zwei Unterpunkte will ich noch nennen: Das Thema Streikadressat (das Unternehmen habe doch keinen Einfluss auf den Beamtengesetzgeber)⁵⁵ sowie das bislang unterbewertete Problem des beamtenrechtlichen Streikverbots als Begrenzung des Streikrechts der Kollegen mit Arbeitsvertrag.⁵⁶ Letzteres müsste mE. viel stärker in den Fokus, wenn es um voll-privatisierte Unternehmen geht, die sich oftmals ausschließlich share-holder-fokussiert gerieren. Dies stellt einen weiteren Ansatzpunkt des Art. 9 Abs. 3 GG dar. Ersteres führt noch einmal den Unterstützungstreik und seine Begründungslinien unter den Scheinwerfer (§ 4 Abs. 4, 5 PostPersRG mit seinen weiten Versetzungs- und Abordnungsmöglichkeiten hat eben auch eine Kehrseite; Stichwort konzernweiter Unterstützungstreik); nach der Lösung von Dr. Klein könnten Beamte aber auch isoliert von der zuständigen Gewerkschaft zum Streik aufgerufen werden. Im Übrigen ist bei den privatisierten Unternehmen auch die jeweilige gesellschaftsrechtliche Beteiligungssituation zu sehen.

3. Bewertung des Laudators

Meine Bewertung klang, so glaube ich, bereits an: Die Arbeit ist innovativ, nach vorne gerichtet und enthält verfassungsrechtliche Ansätze, die allesamt vertretbar, in der Sache angemessen und völkerrechtlich geboten sind und dabei noch in das GG eingebunden werden können. Die Arbeit war kein Selbstläufer mit offensichtlichen Lösungen. Für eine normative Wirkung braucht es mE. allerdings in der Praxis ein kodifiziertes »TVG-nicht hoheitlich tätige Beamte«, vor allem zur Rechtssicherheit. Ein Arbeitskampfbuch ist damit nicht gemeint.

Für den Beamtenstreik besteht die schlichte Regel: Wer die Vorteile der Privatisierung genießt, hat auch rechtliche Folgen – selbstverständlich – zu tragen. Beamte haben in den Postnachfolgeunternehmen gerade keine hoheitlichen Aufgaben im Namen des Staates, sondern nehmen (nur) Aufgaben eines Privatunternehmens wahr. In diesem Fall gibt es keinen Grund, sich um eine funktionsfähige Verwaltung Sorgen zu machen. Im Übrigen gilt Verhältnismäßigkeit wie sonst auch, mehr aber nicht.

III. Zum Schluss

Ich gratuliere dem Autor zu dieser Arbeit, deren Ergebnisse über den Postbereich hinausragen und auf andere Privatisierungsbereiche und darüber hinaus weit übertragbar sind. Die Arbeit leistet einen wichtigen Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs. Der Hugo-Sinzheimer-Preis 2018 geht zu Recht an Herrn Dr. Thomas Klein.

Prof. Dr. Jens M. Schubert,
Leuphana Universität Lüneburg

50 Zum Mehrebenenensystem zur Frage des Beamtenstreikrechts vgl. auch Buschmann, FS Kempfen, 2013, 255 ff.

51 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 278. Anders wohl das BVerfG in den oben genannten aktuellen Verfahren, vgl. Klein, AuR 2018, 130 ff., 132.

52 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), Abschlussthese 19 und S. 301 ff.

53 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 329 ff. Jüngst unter Bezugnahme auf die ESC, vgl. ArbG Pforzheim, 5.4.2018 – 3 Ca 208/17, Artikel abrufbar unter: https://www.haufe.de/recht/arbeits-sozialrecht/verdi-muss-keinen-schadensersatz-wegen-busfahrerstreik-bezahlen_218_447904.html (23.04.2018).

54 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 261.

55 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 235.

56 Klein, Kollektivvertrags- und Streikrecht (Fn. 12), S. 252.

Zusammenfassungen

Ulber: Tarifdispositives Recht und Privilegierung Tarifgebundener als Stärkung der Tarifautonomie?

SR SR 3/2018, S. 85–97

Der Autor bewertet die Tendenz zu einer tarifdispositiven Ausgestaltung des Gesetzesrechts kritisch. Insbesondere stelle diese Gestaltungsform nicht die Lösung für die tarifpolitischen Probleme des 21. Jahrhunderts dar, insbesondere nicht in Bezug auf die abnehmende Tarifbindung. Um die Tarifbindung effektiv zu stärken, empfiehlt er vielmehr die Wettbewerbsvorteile durch Tarifflicht abzubauen, etwa durch das Setzen von Mindeststandards.

Däubler: Eine Utopie aus der Wüste? Der »Code de Travail Alternatif« in Frankreich

SR SR 3/2018, S. 97–107

Der Autor setzt sich kritisch mit den Auswirkungen der neuen »Rechtsverordnungen Macron« auf das französische Arbeitsrecht auseinander und bewertet sie im Vergleich zu einer Autoreninitiative für ein alternatives Arbeitsgesetzbuch. Letztere bewertet er positiv und hofft auf eine große Verbreitung in der öffentlichen Diskussion.

Stein: Religionsfreiheit, Kopftuch, Arbeit

SR SR 3/2018, S. 107–121

Der Autor erörtert den rechtlichen Streit um das Kopftuch im Lichte der Religionsfreiheit und Fragen der modernen Arbeitswelt sowie mit Blick auf die schwankende Rechtsprechung des EuGH. Er hofft, dass die deutsche Rechtsprechung ihrer bisherigen Linie treu bleibt.

Abstracts

Ulber: Strengthening collective autonomy through opening clauses for collective agreements and privileges for members of collective partners?

SR SR 3/2018, pp. 85–97

The author critically examines the tendency of the legislator to implement opening clauses for collective agreements in its law setting. In his opinion this does not resolve the collective bargaining problems of the 21st century, especially the declining membership in trade unions and employers' organisations. In order to strengthen membership effectively, he recommends to promote fair competition eg. by setting minimum standards.

Däubler: Utopia out of the desert? The »Code de Travail Alternatif« in France

SR SR 3/2018, pp. 97–107

The author critically examines the consequences of the »ordinances Macron« on French labour law and assesses them in comparison to an initiative of French scholars regarding an alternative labour code. He evaluates the latter positively and hopes that it plays a major role in public discussion.

Stein: Freedom of religion, headscarf, labour

SR SR 3/2018, pp. 107–121

The author comments on the legal discussion on the headscarf in the light of religious freedom and the modern labour environment as well as the volatile case-law of the ECJ. He hopes that German courts stay firm regarding their own previous jurisprudence.

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

Abhandlungen

- *Roland Schwarze*: **Privatautonome Entgeltgestaltung im Unternehmen**
- *Thomas Raab*: **Die Funktion des Betriebsrats bei der Verwirklichung von Entgeltgerechtigkeit**

Rezensionen

- Felipe Temming: **Interview mit Peter Hanau**