

Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

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



in Zusammenarbeit mit

HSI

Hugo Sinzheimer Institut
für Arbeits- und Sozialrecht

Nachruf

Nachruf Spiros Simitis – 1934 bis 2023

Manfred Weiss Seite **125**

Abhandlungen

Die Reichweite des Beseitigungsanspruchs bei § 87 BetrVG

Daniel Klocke Seite **127**

Tarifautonomie unter Druck? – Die Perspektive des Unionsrechts

Adam Sagan Seite **144**

Rezensionsaufsätze

Eduardo von Adamovich/Marcel Zernikow,

Philosophical and Sociological Reflections on Labour Law in Times of Crisis

Armin Höland Seite **157**

Eva Kocher,

Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law

Maria Teresa Carinci/Filip Dorssemont (Hrsg.),

Platform Work in Europe – Towards Harmonisation?

Johanna Wenkebach Seite **162**

Nachruf Spiros Simitis – 1934 bis 2023

1934 in Athen geboren und im jugendlichen Alter von 22 Jahren mit einer viel beachteten Arbeit über die faktischen Vertragsverhältnisse an der Universität Marburg promoviert, habilitierte *Simitis* über das Sozialstaatsprinzip an der Goethe-Universität in Frankfurt. 1964 wurde er auf eine Professur in Gießen berufen, von wo er 1969 an die Goethe-Universität zurück wechselte. Dort blieb er trotz attraktiver Rufe an renommierte Universitäten im In- und Ausland bis zu seiner Emeritierung 2003. Gastprofessuren führten ihn ua. an die London School of Economics, nach Berkeley, an die Yale University und nach Paris, um nur die klangvollsten Namen zu nennen. Die Ehrungen aufzuzählen, die ihm zuteilwurden, ist angesichts der erdrückenden Vielzahl unmöglich. Dasselbe gilt für die vielfältigen hochrangigen Aktivitäten außerhalb der Goethe-Universität, wie etwa die Mitgliedschaft im Forschungsrat des Europäischen Universitätsinstituts in Florenz von 1990–1996, der Vorsitz der hochrangigen Expertengruppe für Soziale Grundrechte in der EU von 1998–1999 oder der Vorsitz des Deutschen Ethikrats von 2000–2005.

Auch wenn *Simitis* vorrangig als Koryphäe des Datenschutzrechts wahrgenommen wird, wäre es falsch, ihn auf dieses Rechtsgebiet festzulegen. Er war ein universeller Rechtsgelehrter von Weltrang, der in vielen Rechtsgebieten deutliche Spuren hinterlassen hat. Gleichzeitig war er Rechtstheoretiker, Rechtshistoriker, Rechtssoziologe, Rechtsvergleicher und Rechtspolitiker. *Spiros Simitis* war nicht einfach Professor der Rechtswissenschaft, sondern ein umfassend gebildeter Intellektueller, ein Kosmopolit und eine weithin im In- und Ausland bekannte Person der Öffentlichkeit.

Theoretische Basis seines Denkens war die Philosophie der Aufklärung. Leitmotiv seiner wissenschaftlichen und rechtspolitischen Bemühungen, war die »Autonomie des Individuums«, so auch der Titel einer ihm gewidmeten Festschrift. Er plädierte für die »Wiederentdeckung des Individuums«, womit er die Rahmenbedingungen meinte, die allen Menschen eine realistische Chance bieten, ein selbstbestimmtes Leben zu führen. Er sah im Ausbau

gesetzlichen Schutzes und im Schutz durch das Kollektiv die Grundvoraussetzung für die Möglichkeit individueller Selbstbestimmung.

Simitis interessierte nicht nur das »law in the books«, sondern viel mehr das »law in action«. Er beließ es nicht bei der Analyse der Rechtsnormen, sondern nahm vor allem die Rechtswirklichkeit in den Blick. Zusammenarbeit mit Vertretern anderer Disziplinen und ein Bekenntnis zur Interdisziplinarität waren für ihn deshalb bare Selbstverständlichkeit.

Zentral war für *Simitis* die Rechtsvergleichung. Ihm war klar, dass die verengte Sicht auf das jeweils eigene Rechtssystem Gefahr läuft, das Rad jeweils neu erfinden zu müssen. Eine nicht bloß Institutionen und Regeln vergleichende, sondern deren Effekte in der Realität betrachtende funktionale Rechtsvergleichung eröffnete aus seiner Sicht die Möglichkeit, sich mit anderswo gemachten Erfahrungen auseinanderzusetzen und so unnötige Fehlentwicklungen zu vermeiden. *Simitis* kombinierte diesen rechtsvergleichenden Ansatz mit profundem, auf bewundernswerter Kenntnis der Universalgeschichte basierender historischer Analyse, um so die Entwicklung des jeweiligen Rechtssystems ergründen zu können.

Es ist nicht möglich, das vielfältige rechtswissenschaftliche Werk von *Simitis* in einem kurzen Text zusammenzufassen. Einige Farbtupfer mögen genügen, um die Wirkungsbreite seines Schaffens wenigstens anzudeuten.

Im Datenschutzrecht war *Spiros Simitis* ein international bekannter und allseits bewunderter Pionier. Seine ersten Schriften auf diesem Gebiet reichen zurück in die Sechzigerjahre des vergangenen Jahrhunderts. Das weltweit erste Datenschutzgesetz, das Hessische Datenschutzgesetz von 1970, trug seine Handschrift. Er war Datenschutzbeauftragter des Landes Hessen von 1975–1991 und Vorsitzender der Datenschutzkommission des Europarats von 1982–1988. Am Code of Practice zum Datenschutz der ILO hat er ebenso mitgewirkt wie an den Datenschutzregelungen der EU bis hin zur Datenschutz-Grundverordnung. Sein besonderer Einsatz galt

bereichsspezifischen Regelungen und dabei insbesondere dem Arbeitnehmerdatenschutz.

Und damit ist schon das Gebiet angesprochen, dem neben dem Wirtschaftsrecht, dem Familienrecht, dem Verbraucherschutzrecht, dem Verfassungsrecht und dem Europarecht sein Hauptinteresse galt: Das Arbeitsrecht. Primär ging es ihm dabei stets darum, den Grundrechten im Arbeitsleben zum Durchbruch zu verhelfen. Eines seiner Herzensanliegen war dabei die nicht nur formale, sondern substantielle Gleichstellung der Frauen im Arbeitsleben und insbesondere die Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Im Übrigen galt das Engagement von *Spiros Simitis* vorrangig dem kollektiven Arbeitsrecht, wo er versuchte, die Einführung des zulässigen Gegenstandsbereichs des deutschen Tarifvertragsrechts zu durchbrechen. Er wehrte sich darüber hinaus vehement dagegen, Tarifautonomie, Betriebsverfassung und Aufsichtsratsmitbestimmung als isolierte Größen zu betrachten und plädierte für eine kohärente, das institutionelle Arrangement transzendierende, an Problemlösung orientierte Mitbestimmungskonzeption, um so die Einflussmöglichkeiten der Beschäftigten zu erhöhen. Von besonderem Gewicht war sein erfolgreicher Einsatz für die Anerkennung der Verfassungsmäßigkeit des Mitbestimmungsgesetzes von 1976 durch das Bundesverfassungsgericht. Nicht unerwähnt bleiben soll *Simitis'* viel beachtete Studie zur Verrechtli-

chung der Arbeitsbeziehungen, eine tiefgründige viele Länder einbeziehende historische Analyse, in der es ihm gelingt, den Verrechtlichungsprozess und seine vielfältigen Implikationen aufzuzeigen.

Simitis war kritischer, aber immer hilfreicher und inspirierender Wegbegleiter der Gewerkschaften. Die erst von der Brenner-Stiftung veranstalteten und später vom Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht (HSI) übernommenen Sinzheimer-Vorlesungen hat er mit initiiert. Die Brenner-Stiftung hat eine Sammlung seiner wichtigsten arbeitsrechtlichen Schriften herausgegeben. Und er war seit dessen Gründung Mitglied im Beirat des HSI.

Erwähnt sei schließlich, dass *Simitis* als Hochschullehrer Generationen von Studierenden begeisterte. Doch er hat nicht nur als genialer Wissenschaftler, Hochschullehrer und Politikberater beeindruckt. Er war auch ein großartiger Mensch mit Charme und Charisma. Aus langjähriger eigener Erfahrung kann ich sagen, dass die Zusammenarbeit mit ihm das reine Vergnügen war. Er war mir Mentor, Kollege und Freund. *Spiros Simitis* ist am 18. März 2023 verstorben. Mit ihm verliert die Rechtswissenschaft einen im In- und Ausland allseits bewunderten Heroen.

*Prof. Dr. Dr. hc. mult. Manfred Weiss,
Goethe-Universität Frankfurt am Main*

Die Reichweite des Beseitigungsanspruchs bei § 87 BetrVG

Prof. Dr. Daniel Klocke, Johannes Gutenberg-Universität Mainz

I. Einleitung

Nach der Anerkennung des Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats bei den sozialen Angelegenheiten gemäß § 87 BetrVG durch den grundlegenden Beschluss des BAG vom 3. Mai 1994¹ kam sofort die Frage auf, inwiefern mit diesem Anspruch auch ein Beseitigungsanspruch korrespondiert.² Etwa vier Jahre später hatte das Gericht Gelegenheit, zu der Rechtsfrage Stellung zu nehmen und bejahte einen Anspruch.³ Die Begründung des Gerichts war denkbar kurz: Die den Unterlassungsanspruch tragenden Überlegungen erfordern einen Beseitigungsanspruch, falls das mitbestimmungswidrige Verhalten bereits vollzogen ist. Kürzer hat es nur *Gamillscheg* formuliert: »Aus dem Unterlassungs- folgt auch ein Beseitigungsanspruch.«⁴ Trotzdem war es gerade die auf den Vollzug gerichtete Formulierung des Gerichts, die es nahelegte, dass auch die Folgen des mitbestimmungswidrigen Verhaltens vom Beseitigungsanspruch erfasst sind.

Gleichwohl hat der 1. Senat im Jahr 2021 mit einer sehr kurzen Begründung entschieden, dass dem Betriebsrat bei den sozialen Angelegenheiten grundsätzlich kein sog. Folgenbeseitigungsanspruch zustehen soll.⁵ Die Entscheidung hat rasch eine ganze Fülle von Reaktionen⁶ und teilweise Irritationen hervorgerufen.

Wer die Diskussion um den Unterlassungs- und auch den Beseitigungsanspruch intensiv mit- oder nachverfolgt hat, den wird der neue Beschluss sichtlich überrascht haben. Nicht nur lehnt das Gericht im konkreten Fall einen Anspruch ab, es spannt auch die Brücke zum sog. Folgenbeseitigungsanspruch bei § 1004 BGB. Damit begibt sich das Gericht – womöglich nur in Form eines Hilfsarguments in einem für den Senat klaren Fall – auf einen dogmatischen Pfad, den die Entscheidung aus 1994 noch deutlich verneinte. Für die Entwicklung des Beseitigungsanspruchs kann diese Argumentation jedoch sehr bedenklich werden, wenn aus einem Hilfsargument eine neue dogmatische Ausrichtung erfolgen soll. Die Recht-

sprechung hat den Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch bei § 87 BetrVG nie auf § 1004 Abs. 1 S. 2 BetrVG gestützt, sondern einen relativen Weg gewählt.

Entscheidungen des BAG zum Beseitigungsanspruch sind freilich rar gesät. Man könnte fast meinen, seit 1994 habe es mehr Präsidentinnen und Präsidenten des BAG als Entscheidungen zum Beseitigungsanspruch aus §§ 87, 2 BetrVG gegeben. Es liegt nahe, anzunehmen, dass der Erfolg des Unterlassungsanspruchs in gewisser Weise zulasten des Beseitigungsanspruchs geht. Denn sofern eine Störung unterbleibt, stellt sich die Frage ihrer Beseitigung nicht mehr. Blickt man etwa auf die §§ 99, 101 BetrVG, also ein System in dem ein Unterlassungsanspruch nach der Rechtsprechung fehlt⁷, findet man deutlich mehr Entscheidungen zu dem Beseitigungsanspruch aus § 101 BetrVG als etwa im Rahmen von § 87 BetrVG.⁸

Mag es angesichts des Siegeszugs des Unterlassungsanspruchs vorteilhaft für die Betriebsverfassung sein, weil keine Störungen eintreten, ist dieses Phänomen für die Entwicklung, die Konturierung und die dogmatische

1 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40; BAG, 6.12.1994 – 1 ABR 30/94 – NZA 1995, 484; aus der Literatur exemplarisch: *Adomeit*, NJW 1995, 1004; *Derleder*, AuR 1995, 13; *Konzen*, NZA 1995, 865; *Prütting*, RdA 1995, 257; *Richardi*, AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972 (Anmerkung); ausführlich: *Klocke*, Der Unterlassungsanspruch in der deutschen und europäischen Betriebs- und Personalverfassung, Berlin 2013 [zugl. Halle-Wittenberg, Univ., Diss. 2012], S. 46 ff.

2 *Bauer/Diller*, ZIP 1995, 95.

3 BAG, 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – NZA 1999, 49, 52.

4 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht II, München 2008, S. 755.

5 BAG, 23.3.2021 – 1 ABR 31/19 – AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

6 *Kort*, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (Anmerkung); *Oehlschläger*, DB 2022, 2361; *Merten*, ArbRAktuell 2021, 368; *Stück*, CCZ 2021, 311; *Tiedemann*, ZD 2021, 706; *Klocke*, jurisPR-ArbR 36/2021, Anm. 5; *Seebacher/Helm*, AiB 2022, 36; *Schiefer*, ZfA 2022, 284; *Weller*, BB 2021, 2431; *Weidmann*, AuR 2022, 224.

7 BAG, 23.6.2009 – 1 ABR 23/08 – AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung; BAG, 9.3.2011 – 7 ABR 137/09 – AP Nr. 63 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung; hiergegen: *Klocke* (Fn. 1), S. 149 ff.

8 Eine Suche nach Rechtsprechung bei Juris.de ergibt für »§ 101 BetrVG« 766 Ergebnisse (Stand: 31.1.2023).

Fundierung des Beseitigungsanspruchs nicht förderlich. Seit der Etablierung des Unterlassungsanspruchs und des Beseitigungsanspruchs sind Jahrzehnte vergangen.

Der folgende Text soll daher die historischen und dogmatischen Grundlagen sowie die Reichweite des Beseitigungsanspruchs bei § 87 BetrVG illustrieren und einen Beitrag leisten, den betriebsverfassungsrechtlichen Rechtsschutz auf solide Fundamente zu stellen.

II. Die historische Entwicklung des Rechtsschutzes bei § 87 BetrVG

Zunächst soll ein Überblick über die Entwicklung des Unterlassungs- und des Beseitigungsanspruchs bei § 87 BetrVG gegeben werden.

1. Die Entwicklung des Unterlassungsanspruchs

Während sich in der frühen Rechtsprechung zum BetrVG 1972 Entscheidungen finden, die negatorischen Rechtsschutz zum Gegenstand hatten,⁹ verneinte der 1. Senat des BAG mit grundlegendem Beschluss vom 22. Februar 1983 einen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten.¹⁰ Mit dieser Entscheidung wurde § 23 Abs. 3 BetrVG kurzzeitig zum Nadelöhr der Rechtsdurchsetzung.¹¹ Denn der Senat sprach § 23 Abs. 3 BetrVG eine Sperrwirkung zu, da die Norm anderenfalls überflüssig sei. Nur über diese Norm könnten die Mitbestimmungsrechte durchgesetzt werden. Zudem erblickte das Gericht in der Anwendung von § 890 ZPO im Vergleich zu § 23 Abs. 3 S. 5 BetrVG einen Widerspruch.

Diese Argumentation war von Anfang an angreifbar. Gerade die Stellung von § 23 Abs. 3 BetrVG zur Durchsetzung der Beteiligungsrechte führte zu einem Widerspruch, da die Durchsetzung des Herzstücks der Betriebsverfassung unter dem Vorbehalt des groben Verstoßes stand, während andere Normen »einfache« Anspruchsgrundlagen darstellten.¹² Der 1. Senat musste daher alsbald seine Rechtsprechung justieren und stellte klar, dass die §§ 80 ff. BetrVG ebenfalls als Leistungsansprüche durchsetzbar sein konnten.¹³ Diese Justierung konnte allerdings den 6. Senat nicht davon abhalten, dem 1. Senat in der Frage nach dem Unterlassungsanspruch zu widersprechen.¹⁴ Eine Vorlage zum Großen Senat des BAG

unterblieb jedoch. Der 1. Senat lies die Frage noch in demselben Jahr dann offen.¹⁵ Praktisch führte die Rechtsprechung des 1. Senats zu einem Besitzstand an Rechtsprechung zu § 23 Abs. 3 BetrVG in erheblichem Umfang.¹⁶

Es dauerte bis zum 3. Mai 1994 als der neu zusammengesetzte 1. Senat des BAG einen Unterlassungsanspruch dann doch bejahte und die gegenteilige Rechtsprechung aufgab.¹⁷ Nach dieser Rechtsprechung stellte § 23 Abs. 3 BetrVG keine abschließende Sonderregelung dar. Vielmehr leitete das Gericht den Anspruch als selbstständig einklagbare Nebenleistungspflicht aus dem Betriebsverhältnis ab. Im Koordinatensystem von absolutem negatorischen Rechtsschutz nach § 1004 BGB, quasi-negatorischen Rechtsschutz nach §§ 823, 1004 BGB und schuldrechtlichem Rechtsschutz ordnete das Gericht den Unterlassungsanspruch dem sog. Betriebsverhältnis zu, das einem gesetzlichen Dauerschuldverhältnis ähnlich sei. Diese Ausführungen dürften sich gerade auch mit Blick auf den naheliegenden Rekurs auf § 1004 BGB verstehen und als deutliche Absage an diese Lösung zu verstehen sein. Denn dieser Weg schwang der Diskussion immer wieder mit. Besonders deutlich wird dies etwa in der Entscheidung des LAG Berlin aus dem Jahr 1987. Damals spann das Gericht den Bogen von der Mitbestimmung zum Miteigentum.¹⁸

Neben dieser Begründung nutzte das Gericht zusätzlich § 2 Abs. 1 BetrVG als Auslegungshilfe. Der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit könne grundsätzlich

9 Vgl. etwa: BAG, 22.12.1980 – 1 ABR 2/79 – DB 1981, 321; vgl. auch die Auflistung bei Klocke (Fn. 1), S. 46.

10 BAG, 22.2.1983 – 1 ABR 27/81 – AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972; hierzu: Dütz, DB 1984, 115; Pahle, NZA 1990, 51–55; Hoyningen-Huene, AP Nr. 2 zu § 23 BetrVG 1972 (Anmerkung); Trittin, BB 1984, 1169.

11 Heinze, DB 1983 Beilage Nr. 9, 21.

12 Hierzu: Konzen, Betriebsverfassungsrechtliche Leistungspflichten des Arbeitgebers, Köln ua. 1984.

13 BAG, 17.5.1983 – 1 ABR 21/80 – AP Nr. 19 zu § 80 BetrVG.

14 BAG, 18.4.1985 – 6 ABR 19/84 – BAGE 48, 246.

15 BAG, 22.10.1985 – 1 ABR 38/83 – BAGE 50, 29.

16 Dieser Beitrag ist nicht der Ort, um verfahrenssichernde Ansprüche zu diskutieren. Das BetrVG kennt den paritätischen Unterlassungsanspruch, der unmittelbar in der Mitbestimmung wurzelt, und Unterlassungsansprüche, die über § 23 Abs. 3 BetrVG analog verhindern können, dass ein Arbeitgeber beteiligungspflichtige Maßnahme durchführt; ausführlich: Klocke (Fn. 1), S. 82 ff.

17 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40.

18 LAG Köln, 22.4.1987 – 12 TaBV 1/87 – LAGE § 23 zu Nr. 8 BetrVG 1972.

auch das Gebot abgeleitet werden, alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung des konkreten Mitbestimmungsrechts entgegensteht.¹⁹ Allerdings betonte das Gericht, dass diese Pflicht davon abhängt, ob das BetrVG die Durchführung der Maßnahme hinnehme oder nicht.

Die Literatur folgt nunmehr der neuen Rechtsprechung zu § 87 BetrVG mehrheitlich.²⁰ 2008 konstatierte *Gamillscheg*, dass der Unterlassungsanspruch nicht mehr streitig sei und vernünftiges Richterrecht sich – wie stets – durchgesetzt habe.²¹

2. Der Beseitigungsanspruch bei § 87 BetrVG

Um den Schutz des § 87 BetrVG dann zu komplettieren, bejahte der 1. Senat 1998 auch einen Beseitigungsanspruch.²² Diesen Anspruch stellte das Gericht nicht auf einen separaten Gedankengang, sondern ordnete ihn unmittelbar in die Tradition seiner Rechtsprechung zum Unterlassungsanspruch als folgerichtig ein, wenn das mitbestimmungswidrige Verhalten bereits vollzogen wurde. Bemerkenswerterweise blieb das Gericht hier seiner Argumentation treu und nutzte nicht den Begriff der Störung. Vielmehr betonte das BAG wiederum das einem gesetzlichen Dauerschuldverhältnis ähnliche Betriebsverhältnis.

In der Sache ging es um das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Die Arbeitgeberin nutzte ein Handbuch, in dem die für alle Arbeitnehmer verbindlichen Arbeits- und Sicherheitsanweisungen enthalten waren. Im Zuge der Einführung neuer Anweisungen kam es dann zum Streit über das Mitbestimmungsrecht. Das Gericht erachtete die Aufnahme der Arbeitsanweisungen in das Handbuch für mitbestimmungspflichtig und verpflichtete die Arbeitgeberin diesen Zustand zu beseitigen. Die Arbeitgeberin war zuvor von den unteren Instanzen verpflichtet worden, entsprechende Arbeitsanweisungen aus dem Handbuch herauszunehmen.

III. Die Vollstreckung von Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch

Die Diskussion um die Anerkennung von Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch wurde von Anfang an auch wegen des geringen Drohpotenzials des § 23 Abs. 3 BetrVG auf vollstreckungsrechtlicher Ebene

geführt. Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch nach §§ 87, 2 BetrVG unterliegen unstreitig der Vollstreckung.²³ Allerdings ist die Rechtsprechung hier restriktiv. Nach heute immer noch herrschender Meinung ist die Höhe von 10.000 € des § 23 Abs. 3 BetrVG auf § 888 ZPO zu übertragen, weil sonst ein einfacher Verstoß stärker durchgesetzt werden würde als ein grober.²⁴

Ziele, die auf die Wiederherstellung des Status Quo Ante gerichtet sind, können bereits über die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs durchgesetzt werden. Dazu muss die Verweigerung durch den Arbeitgeber einen Verstoß gegen das Unterlassungsgebot darstellen. Nutzt der Arbeitgeber den Verstoß für Folgemaßnahmen, kann hierin eine Handlung zu sehen sein, die im Kern²⁵ dem vorgegebenen Verbot gleicht.

Gibt das Gericht die Beseitigung eines mitbestimmungspflichtigen Zustands auf, richtet sich die Vollstreckung nach § 85 Abs. 1 ArbGG iVm. den §§ 704 ff. ZPO. Für den Fall, dass es nur um die Vollstreckung des Unterlassungsanspruchs durch positives Tun geht, verlangt die herrschende Meinung keinen neuen Titel. Zudem werden auch alle zukünftigen Zuwiderhandlungen erfasst.²⁶ Umstritten ist lediglich, ob der Vollstreckungsgläubiger auch (zusätzlich) nach §§ 887 f. ZPO vorgehen kann. Über diesen Mechanismus unterwirft man Folgemaßnahmen generell der Bewertung durch die Kerntheorie.

19 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40, 42.

20 *Derleder*, AuR 1995, 13; *Prütting*, RdA 1995, 257; *Raab*, ZfA 1997, 183; *Matthes*, FS Dieterich, 1999, 355; aktuell etwa: *Kania*, in: Müller-Glöße/Ulrich/Schmidt (Hrsg.) Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., 2023 München (im Folgenden: ErfK), § 87 Rn. 141; *Clemenz*, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrechtskommentar, 10. Aufl., 2022 München (im Folgenden: HWK), § 87 Rn. 56; *Fitting* (Begr.), BetrVG, 31. Aufl., 2022 München, § 87 Rn. 596.

21 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht II (Fn. 4), S. 754.

22 BAG, 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – NZA 1999, 49, 52; BAG, 23.6.2009 – 1 ABR 23/08 – BAGE 131, 145.

23 ErfK-Koch (Fn. 20), § 85 Rn. 1.

24 BAG, 5.10.2010 – 1 ABR 71/09 – NZA 2011, 174; *Arnold*, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2022 (im Folgenden: MünchArbR), § 317 Rn. 38; *Fitting* (Fn. 20), § 23 Rn. 110.

25 Allgemein zur sog. Kerntheorie: BGH, 23.2.2006 – I ZR 272/02 – GRUR 2006, 421.

26 *Bendtsen*, in: Kindl/Meller-Hannich (Hrsg.), Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 4. Aufl., München 2021, § 890 Rn. 16.

IV. Die Entscheidung vom 23. März 2021

In diese bedeutsame Reihe könnte nun auch der Beschluss des BAG vom 23. März 2021²⁷ fallen,²⁸ in dem das Gericht den Beseitigungsanspruch nur auf die Beseitigung des betriebsverfassungswidrigen Zustands selbst entwarf, nicht aber auf die Beseitigung der sich aus der Verletzung des Mitbestimmungsrechts ergebenden Folgen. Ob das vom Betriebsrat erstrebte Verhalten noch von seinem Beseitigungsanspruch getragen werde, sei eine Frage des Mitbestimmungsrechts.

1. Der Sachverhalt

Die Arbeitgeberin nutzte im Betrieb für die E-Mail-Kommunikation der Arbeitnehmer das Softwareprogramm »Outlook«. Der Einführung und Anwendung der hierfür erforderlichen Anwendungen stimmte der Betriebsrat auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung zu. Diese nutzte für Kontrollmaßnahmen den Wortlaut des § 32 BDSG aF. Leistungs- und Verhaltenskontrollen waren unzulässig. Auf der Grundlage einer weiteren Betriebsvereinbarung stellte die Arbeitgeberin ihren Beschäftigten bei Bedarf einen E-Mail-Account zur Erfüllung der dienstlichen Aufgaben zur Verfügung.

In der Folge kam es zu einer internen Untersuchung gegen ihren damaligen Geschäftsführer. Hierbei überprüfte die Arbeitgeberin die E-Mail-Postfächer des Geschäftsführers und verschiedener leitender Angestellter sowie weiterer Arbeitnehmer, sicherte E-Mails – um deren Löschung zu verhindern – und leitete sie zum Zwecke der Auswertung an eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft und eine Rechtsanwaltskanzlei weiter, die in die interne Untersuchung involviert waren.

Hiervon ausgehend verlangte der Betriebsrat in seinem zweiten Antrag, dass die an die Rechtsanwaltskanzlei und die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft weitergeleiteten Daten inklusive deren Auswertungen physisch gelöscht und vernichtet werden.

2. Die Argumentation

Im Verhältnis zur gesamten Entscheidung fallen die Ausführungen zum Folgenbeseitigungsanspruch sehr kurz aus. Das Gericht stützte seine Ablehnung des Antrags im Wesentlichen auf folgende Punkte:

- › Reichweite: Der Beseitigungsanspruch des Betriebsrats sei nur auf den mitbestimmungswidrigen Zustand selbst bezogen, nicht auf die Folgen.
- › § 1004 BGB: Der negatorische Anspruch aus § 1004 BGB erfasse nur solche Folgen, die als Beeinträchtigung zwangsläufig durch die primäre Störung entstehen. Weitergehende Folgen könnten nur verschuldensabhängig nach § 823 Abs. 1 BGB ersetzt werden.
- › Drittbezug: Der Anspruch auf Beseitigung sei gegen den Arbeitgeber gerichtet und könne nicht dazu führen, dass der Arbeitgeber von Dritten Löschung verlangen müsse.

3. Die vorgelagerte Argumentation zum Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Diese Aufstellung bleibt allerdings unvollständig, denn das Gericht hatte bereits zuvor den mitbestimmungswidrigen Zustand verneint. Das Gericht erkannte zwar die Software für mitbestimmungspflichtig, jedoch nicht die geltend gemachten Ansprüche an. Die Betriebsvereinbarung habe die Weitergabe der Daten gedeckt. Insofern sei das Mitbestimmungsrecht ausgeübt gewesen. Die Betriebsvereinbarung habe Vorgaben enthalten, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen die Arbeitgeberin Verhaltens- und Leistungskontrollen der Arbeitnehmer im Zusammenhang mit der Verwendung von informations- und kommunikationstechnischen Systemen vornehmen könne. Zu dem betriebsvereinbarungswidrigen Verhalten äußerte sich das Gericht dann nicht, weil es sich nach Ansicht des Gerichts um einen anderen Verfahrensgegenstand handelte.

4. Zwischenfazit

Auch wenn Teile der Literatur in der Entscheidung eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung zum Beseitigungsanspruch erblickt haben²⁹ und sie gewiss Implikationen enthält, ist der Aussagegehalt der Entscheidung sehr gering. Im Fokus der Dogmatik des Gerichts steht eine

27 BAG, 23.3.2021 – 1 ABR 31/19 – NZA 2021, 959.

28 Vgl. etwa: Tiedemann, ZD 2021, 706, 709 f.

29 Oehlschläger, DB 2022, 2361, 2362; Merten, ArbRAktuell 2021, 368; Stück, CCZ 2021, 311, 312.

mögliche Verletzung der Betriebsvereinbarung und damit hat die Entscheidung einen anderen materiell-rechtlichen Einschlag.³⁰ Hiervon unterscheidet sich der Fall, dass ohne Mitbestimmung eine Maßnahme getroffen wird und weitere Folgen eintreten. Dieser Fall muss auf der Grundlage von § 87 Abs. 1 iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG gelöst werden. Vor diesem Hintergrund liegt es eigentlich näher, die Argumentation des Gerichts zum Folgenbeseitigungsanspruch dem Kontext des betriebsvereinbarungswidrigen Verhaltens zuzuordnen. In diesen Kontext passt sie jedoch auch nicht.

V. Beseitigungs- und Folgenbeseitigungsansprüche in relativen Rechtsschutzsystemen

Während das BAG 1994 den Unterlassungsanspruch sehr deutlich von dem absolut wirkenden System der §§ 1004, 823 BGB gelöst hat und die Einordnung als Nebenleistungsanspruch präferierte, kommt der Gedanke des § 1004 BGB in der Entscheidung aus 2021 wieder auf. Es lohnt daher, auch diesen Gedanken zu vertiefen.

1. Die Grundsätze des negatorischen Rechtsschutzes nach § 1004 BGB

Der Beseitigungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB und der Unterlassungsanspruch nach § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB sind nach der Rechtsprechung des BGH sog. dingliche Ansprüche.³¹ Sie wurzeln im Stammrecht und sind mit diesem dinglichen Recht untrennbar verbunden. Sie können daher auch nicht selbstständig abgetreten werden.³² Die geschützten Rechte genießen Schutz gegenüber jedermann.³³ Die Ansprüche sind daher Ausdruck eines absoluten Rechtsschutzes.

Die Perspektive der Rechtswissenschaft auf den Beseitigungsanspruch bzw. gar einen Folgenbeseitigungsanspruch ist traditionell restriktiv. Dahinter steht der Gedanke, dass anderenfalls die verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung aus § 823 Abs. 1 BGB leerlaufen könnte, wenn schon über den Beseitigungsanspruch Naturalrestitution herbeigeführt werden könnte.³⁴

Das Konkurrenzproblem von Beseitigung und Schadensersatz allein über die abstrakte Rechtsfolge zu diskutieren, ist bereits im Ansatz problematisch. Denn bei-

de Rechtsfolgen decken sich naturgemäß in Teilen.³⁵ Der BGH hat die Abgrenzung Schadensersatzanspruch und Beseitigungsanspruch nicht vom Verschuldensprinzip ausgehend diskutiert, sondern vielmehr den Schutz des Rechts in den Vordergrund gestellt. So liest sich denn auch die Absage an die vielzitierte Rechtsurpations-theorie³⁶ sehr deutlich. Es genüge nicht, den Eigentümer auf deliktische Ansprüche zu verweisen, weil diese keine dem negatorischen Rechtsschutz gleichwertigen Eigentumsschutz gewährleisten.³⁷ Dies ist nicht der Ort um die systematische Richtigkeit dieser Argumentation zu diskutieren. Was aber deutlich wird, ist ein vom Eigentumsschutz ausgehendes Verständnis, das in erster Linie von § 1004 BGB und erst in zweiter Linie von § 823 Abs. 1 BGB geprägt ist. Damit rückt das Recht und nicht der Sekundäranspruch in den Mittelpunkt der Dogmatik.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist jedenfalls eine Beschränkung auf unmittelbare Folgen nicht angezeigt. Vielmehr neigt die Rechtsprechung zu einem extensiven, am Eigentumsschutz orientierten Schutzkonzept. Das wird in der Rechtsprechung sehr deutlich. Stören Baumwurzeln das Nachbargrundstück und beschädigt die Beseitigung der Wurzeln eine Wasserleitung, muss eine neue Wasserleitung verlegt werden.³⁸ Im Fall der Bodenkontamination geht der Beseitigungsanspruch nach Ansicht des BGH über die Beseitigung der Kontamination hinaus. Der Beseitigungsschuldner schuldet etwa auch die Beseitigung des kontaminierten Erdreichs und dessen Entsorgung.³⁹ Allgemeiner formuliert der BGH, dass der Störer auch zur Beseitigung solcher Eigentumsbeeinträchtigungen verpflichtet ist, die zwangsläufig durch die Beseitigung der primären Störung entstehen.⁴⁰ Diese Fälle hat scheinbar auch das BAG in sei-

30 So zu Recht: *Weller*, BB 2021, 2431, 2432.

31 BGH, 22.1.2021 – V ZR 12/19 – NJW-RR 2021, 401.

32 Vgl. BGH, 23.2.1973 – V ZR 109/71 – BGHZ 60, 235, 240; aktueller: BGH, 10.6.2016 – V ZR 125/15 – NJW 2017, 486.

33 *Wagner*, in: *Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 7, 8. Aufl., München 2020 (im Folgenden: *MüKoBGB*), § 823 Rn. 191.

34 Vgl. hierzu: *MüKoBGB-Raff* (Fn. 33), § 1004 Rn. 222 ff. mwN.

35 BGH, 8.12.1999 – IV ZR 40/99 – NJW 2000, 1194, 1196 f.

36 Grundlegend: *Picker*, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, Bonn 1971.

37 BGH, 4.2.2005 – V ZR 142/04 – NJW 2005, 1366, 1367.

38 BGH, 8.12.1999 – IV ZR 40/99 – NJW 2000, 1194.

39 BGH, 4.2.2005 – V ZR 142/04 – NJW 2005, 1366, 1367 f.

40 BGH, 4.2.2005 – V ZR 142/04 – NJW 2005, 1366, 1368; BGH, 14.6.2019 – V ZR 102/18 – NZM 2019, 898, 898.

nem Beschluss vom 23. März 2021 vor Augen, wenn das Gericht solche Folgen in den Schutzbereich des Beseitigungsanspruchs einbezieht, die zwangsläufig durch die Störung entstehen.⁴¹ Diese Kasuistik legt es aber eher näher, dass für jedes Recht eine eigenständige Dogmatik zu entwickeln und über den Einzelfall zu legitimieren ist.

Oftmals wird man sich zudem die Frage stellen, ob ein solcher Folgen-Beseitigungsanspruch nicht auch ein eigenständiger Beseitigungsanspruch sein könnte. Von der Perspektive des auf Eigentumsbeeinträchtigungen ausgerichteten § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB erscheint es stimmig, keinen zusätzlichen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB zu begründen, sondern die Frage auf der Rechtsfolgenebene dem Inhalt des Beseitigungsanspruchs zuzuordnen. Eine an den kausal verursachten Störungen ausgerichtete Multiplikation der negatorischen Ansprüche wird der Ableitung aus dem Stammrecht nicht gerecht. Vielmehr ist eine Eigentumsbeeinträchtigung ein dem Inhalt des Eigentums zuwiderlaufender Zustand.⁴² Dem Anspruch aus § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB können somit auch folgende Eigentumsbeeinträchtigungen zuwachsen.

2. Relative negatorische Konzepte

Hiervon ist der Anspruch nach §§ 87, 2 BetrVG abzugrenzen. Der Anspruch basiert auf dem Gedanken, dass die Störung durch das Treffen der Maßnahme auf das bestehende Betriebsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat trifft. Während § 1004 BGB am Eigentumsrecht ausgerichtet ist und eine Vorbildfunktion für absoluten Rechtsschutz hat⁴³, zeigen zahlreiche relativ wirkende Regelungen im Schuldrecht, wie unterschiedlich stark der Beseitigungsgedanke ausgeprägt sein kann und wie wichtig die Begründung eines eigenständigen Systems ist, welches sich an dem Sinn und Zweck der jeweiligen Regelung orientiert.

Die schlichte Betonung, dass Folgenbeseitigung allein über Schadensersatz realisiert werden kann, würde die Entwicklung der Nebenpflichten im Schuldrecht übergehen.⁴⁴ So dürfte heute als anerkannt gelten, dass Schutzpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB auch einen klagbaren Erfüllungsanspruch des Gläubigers begründen können, wenn durch eine erfolgte, andauernde oder bevorstehende Einwirkung des Schutzverpflichteten eine unmittelbare Gefahr für ein Rechtsgut des Inhabers (oder eines einbezogenen Dritten) besteht.⁴⁵

Insofern verstellt sich das Arbeitsrecht dieser Entwicklung nicht. Daher hat auch das BAG seine Rechtsprechung im Individualarbeitsrecht zu leistungssichernden Nebenpflichten dahingehend präzisiert, dass § 241 Abs. 2 BGB auf die Beseitigung von Erfüllungshindernissen gerichtet sein kann.⁴⁶ Wann die Grenze erreicht ist und diese Pflichten verschuldensabhängig in das System des Schadenersatzes überführt werden, ist eine Frage des jeweiligen Schuldverhältnisses.

Das Schuldrecht bietet die Möglichkeit sowohl Jedermanns-Kontakte als auch Dauerrechtsbeziehungen mit negatorischem Rechtsschutz in Form von Beseitigungsansprüchen auszustatten.⁴⁷ Sehr weit können etwa die Beseitigungspflichten im Rahmen der Erhaltungspflicht nach § 535 Abs. 1 S. 2 BGB gehen.⁴⁸ So hat etwa der BGH aus der Norm einen Anspruch der Mieter auf Wiederherstellung nach einem Brandschaden anerkannt.⁴⁹

In diesem Kontext ist ferner die zwischenzeitliche Anerkennung eines Anspruchs auf Rückbau bei mangelhafter Lieferung hervorzuheben, der sich nur schwer mit den herkömmlichen Ansätzen zur Bestimmung des Äquivalenzgedankens im Vertrag vertritt.⁵⁰ Ebenso zeigt die anhaltende Diskussion um allgemeine Reparaturpflichten⁵¹ und die Diskussion um die Ausbaupflichten nach Schaffung des § 439 Abs. 3 BGB, dass selbst Nicht-Dauerschuldverhältnisse Bezugspunkt derartiger Pflichten sein können. Die Rechtsprechung hat schließlich etwa aus § 346 Abs. 1 BGB einen Beseitigungsanspruch abgeleitet, wenn die herauszu-

41 BAG, 23.3.2021 – 1 ABR 31/19 – AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; *Richardi/Maschmann*, in: Richardi (Hrsg.), *BetrVG*, 17. Aufl., München 2022, § 87 Rn. 141.

42 BGH, 4.2.2005 – V ZR 142/04 – NJW 2005, 1366, 1367.

43 *MüKoBGB-Raff* (Fn. 33), § 1004 Rn. 22 ff.

44 *BT-Drs.14/6040*, S. 125.

45 *MüKoBGB-Bachmann* (Fn. 33), Bd. 2, 9. Aufl., München 2022, § 241 Rn. 182.

46 BAG, 25.1.2022 – 9 AZR 146/21 – NZA 2022, 783, 786; BAG, 2.11.2016 – 10 AZR 596/15 – NZA 2017, 183, 186.

47 *Richardi*, FS Wlotzke, 1996, S. 407, 414.

48 *Eisenschmid*, in: Schmidt-Futterer (Hrsg.), *Mietrecht*, 15. Aufl., Köln 2021, § 535 Rn. 63.

49 BGH, 19.11.2014 – VIII ZR 191/13 – NJW 2015, 699, 700.

50 EuGH, 16.6.2011 – C-65/09, C-87/09 – NJW 2011, 2269; *Pfeiffer*, LMK 2011, 321439; vgl. auch: *Höpfner/Fallmann*, NJW 2017, 3745; *Ostendorf*, NJW 2010, 2833, 2837.

51 Hierzu: *MüKoBGB-Bachmann* (Fn. 45), § 241 Rn. 124.

gebende Sache oder das herauszugebende Recht zwischenzeitlich belastet wurde.⁵²

3. Einordnung und Konsequenzen

Diese kurze tour d'horizon macht deutlich, dass Beseitigungsansprüche nicht allein Ausdruck eines absoluten Rechtsschutzes sind, sondern ganz allgemein auf schützenswerte Interessen bezogen werden können. Die Rechtsprechung aus dem Jahr 1994 war offensichtlich von der Bedeutung der Schutzpflichten im bestehenden Schuldverhältnis getragen.⁵³ Seit 2002 ist dieser Gedanke in § 241 Abs. 2 BGB kodifiziert, der die Parteien des Schuldverhältnisses zur gegenseitigen Rücksichtnahme verpflichtet.

Eine Argumentation in Form einer Parallele zu § 1004 BGB ist als Argument nicht sonderlich ergiebig.⁵⁴ Im System von negatorischem Eigentumsschutz zum relativen Interessenschutz sind Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch im BetrVG dem zweiten System zuzuordnen. Das BetrVG wirkt nur zwischen den Betriebsparteien und aus dieser Dauerbeziehung heraus können andere Anforderungen an die gegenseitige Rücksichtnahme abgeleitet werden als bei der Jedermannbeziehung der §§ 1004, 823 BGB.⁵⁵ Zu Recht weist *Kort* daher auch darauf hin, dass die Parallele zum gewerkschaftlichen Beseitigungsanspruch aus § 1004 BGB analog iVm. Art. 9 Abs. 3 GG bereits wegen des Unterschieds von absolutem Rechtsschutz und relativ wirkendem, flankierendem Rechtsschutz nicht trägt.⁵⁶

Unglücklich ist es ferner, wenn das BAG⁵⁷ den Folgenbeseitigungsanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB orientiert und die Literatur ihm teilweise folgt⁵⁸. Die Diskussion um die Einordnung der Beteiligungsrechte als sonstige Rechte liegt lang zurück und die Frage wurde fast einhellig verneint, weil sich der Fremdbezug der kollektiven Interessen nicht als kompatibel mit dem Individualschutz der eigentumsgleichen Rechte zeigte.⁵⁹ Da der Hinweis des BAG aber nur im Rahmen der Parallele zu § 1004 BGB fiel, sollte die Entscheidung besser nicht so verstanden werden, als würde das BAG nunmehr die Beteiligungsrechte als subjektive Rechte einordnen.

Damit ist nicht gesagt, dass das BetrVG nicht auch für deliktischen Schutz zugänglich ist. Es handelt sich hierbei schlicht um ein anderes System, das auch zur Anwendung gelangen kann. Der Anspruch aus §§ 87, 2 BetrVG ist speziell für das Beteiligungsrecht entworfen worden und

steht der Anwendung von §§ 1004, 823 BGB nicht entgegen. Daher kann auch die Rechtsprechung den Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB zur Anwendung bringen. So erblickte das Gericht etwa in § 41 BetrVG eine Schutznorm und sprach dem Betriebsrat einen quasinegatorischen Beseitigungsanspruch zu.⁶⁰

Im Ergebnis kann gefolgert werden, dass es auf die Besonderheiten jedes einzelnen Rechtsverhältnisses ankommt. Die Arbeitshypothese muss also vielmehr darauf gerichtet sein, ob das Betriebsverhältnis im Lichte des jeweiligen Beteiligungsrechts eine Beseitigung der spezifischen Folge erfordert.

Verstärkt wird dieser Unterschied auch durch die Besonderheiten in Dauerschuldverhältnissen. Das BAG betonte selbst, dass das Betriebsverhältnis einem Dauerschuldverhältnis nicht unähnlich sei.⁶¹ Anders als bei singulären Marktkontakten sind Dauerschuldverhältnisse dadurch geprägt, dass fortlaufend neue Leistungs- und Sicherungspflichten entstehen können.⁶²

4. Der Folgenbeseitigungsanspruch in der Rechtsprechung des BVerwG

Wenn in der Literatur immer wieder auf den kategorischen Unterschied von Beseitigungs- und Folgenbeseitigungsanspruch hingewiesen wird,⁶³ hat dies aller Voraussicht nach seinen Grund im grund- bzw. verwaltungsrechtlichen Institut des Folgenbeseitigungsanspruchs. Dieser Folgenbeseitigungsanspruch ist in gewisser Weise eine Blaupause und der wohl bekannteste

52 BGH, 10.10.2008 – V ZR 131/07 – NJW 2009, 63 allerdings gegen eine Reparaturpflicht.

53 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40.

54 So wohl auch *Merten*, ArbRAktuell 2021, 368; aA. offenbar: *Oehlschläger*, DB 2023, 2361, 2362; *Schiefer*, ZfA 2022, 284, 291 f.

55 So auch *Kort*, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (Anmerkung).

56 *Kort*, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (Anmerkung).

57 BAG, 23.3.2021 – 1 ABR 31/19 – AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

58 *Richardi/Maschmann*, in: *Richardi* (Fn. 41), § 87 Rn. 141; *Schiefer*, ZfA 2022, 284, 292.

59 *Kort*, WiB 1995, 165, 166; *Matthes*, FS Dieterich 2001, S. 355, 357; allgemein gegen § 823 Abs. 1 BGB: *Dobberahn*, NJW 1995, 1333, 1334; aA. noch: *Trittin*, BB 1984, 1169, 1173.

60 BAG, 14.8.2002 – 7 ABR 29/01 – NZA 2003, 626.

61 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40, 42.

62 MüKoBGB-Gaier (Fn. 33), Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 314 Rn. 10.

63 *Tiedemann*, ZD 2021, 706, 709 f.

Anspruch dieser Bezeichnung. Bis zum Scheitern des Gesetzes vor dem BVerfG⁶⁴ war der Anspruch sogar im Staatshaftungsgesetz⁶⁵ vorgesehen. Bereits 1985 konnte das BVerwG indes feststellen, dass das Institut einhellig Anerkennung gefunden habe und fundierte den Anspruch in Art. 20 Abs. 3 GG.⁶⁶

Der Anspruch gewährt einen Anspruch auf Wiederherstellung in natura. Die Rechtsprechung bewegt sich sehr stark auf den Gedanken der Naturalrestitution zu. Folgen, die auf der eigenen Entschließung des Betroffenen beruhen, klammert die Rechtsprechung hingegen aus.⁶⁷ Der Anspruch entfällt ferner, wenn die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustands für den verpflichteten Rechtsträger unzumutbar ist.⁶⁸

Bemerkenswert ist an dieser Stelle die Reichweite des verschuldensunabhängigen⁶⁹ Anspruchs. Bereits 1985 differenzierte das BVerwG zwischen den unmittelbaren und den mittelbaren Folgen und machte die Lösung von der Zurechnung der rechtswidrigen Folge abhängig.⁷⁰ Auf der Rechtsfolgenseite erfasst dieser Anspruch daher nicht zwingend alle rechtswidrigen Folgen, die durch ein Tun oder Unterlassen der Exekutive eingetreten sind. Vielmehr stehen offenbar Zurechnungs- und Wertungsgesichtspunkte als Korrektur zur Verfügung.

Für die vorliegende Diskussion sollte der Begriff besser auf den Beseitigungsanspruch konzentriert bleiben. So dürfte das BAG zu verstehen sein. Das Gericht hat im Beschluss vom 23. März 2022 weitsichtig betont, dass die Reichweite des negatorischen Rechtsschutzes vom Mitbestimmungsrecht abhängt. Wenn man Beseitigungsanspruch und Folgenbeseitigungsanspruch im BetrVG trennt, läuft man Gefahr die Komplexität des Mitbestimmungsverfahrens nach § 87 BetrVG aufzuspalten. Letztendlich wirkt hier mehr Begriffsjurisprudenz als erforderlich. Der Bogen wäre deutlich überspannt, würde man Staat und Arbeitgeber mit Blick auf rechtswidrige Zustände pauschal gleichsetzen.

Will man hingegen Implikationen aus dem Folgenbeseitigungsanspruch gewinnen, lohnt es, die Folgen auf ihre Bewertung durch die Betriebsverfassung gesondert zu untersuchen. Denn es muss nicht ausgeschlossen sein, dass die Folgemaßnahme ihrerseits anderweitig legitimiert sein könnte. Etwa weil die Betriebsparteien hier eine Duldung vereinbart haben oder eine gesetzliche Gestattung zur Durchführung besteht. Wichtiger aber erscheint in der Tat die fundamentale Trennung von Eigentums-

schutz und Nebenleistungspflicht nach der Rechtsprechung des BAG.

VI. Das dogmatische Gerüst des paritätischen Beseitigungsanspruchs

Damit ist zugleich die Frage aufgeworfen, ob das negatorische System des BAG einen auch auf Folgen bezogenen Beseitigungsanspruch tragen kann. Während § 1004 BGB genannt wird, verliert das Gericht kein Wort zum Betriebsverhältnis und zum Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit. Wer die Rechtsprechung verfolgt, wird § 2 Abs. 1 BetrVG vermissen. Denn es ist nicht zuletzt die Norm, aus der das Gericht das Gebot zur gegenseitigen Rücksichtnahme abgeleitet hat.⁷¹

1. Die teleologische Interpretation von § 87 BetrVG

Der erste Baustein der Begründung des Gerichts liegt im Mitbestimmungsrecht selbst. Hierin liegt aber auch die Gefahr einer Selbstbindung. Wenn ein Mitbestimmungsrecht auf eine Maßnahme gerichtet ist, dann steht diese Maßnahme eben im Fokus des Mitbestimmungsrechts. Es ist dann – vergleichsweise – einfach, zu bestimmen, ob das Gesetz die Durchführung einer Maßnahme ohne Beteiligung zulässt oder nicht.

Speziell für § 87 BetrVG hob das Gericht darauf ab, dass aus § 115 Abs. 7 Nr. 4 BetrVG folge, dass der Arbeitgeber die Maßnahmen nur mit Zustimmung des Betriebsrats treffen dürfe.⁷² Umgekehrt sei die Einigungsstelle kein abschließender Konfliktlösungsmechanismus, wobei die Argumentation ebenfalls für das vorliegende Thema von Interesse ist: Das Gericht erkannte, dass bei längerfristi-

64 BVerfG, 19.10.1982 – 2 BvF 1/81 – NJW 1983, 25.

65 BGBl. I 1981, S. 553.

66 BVerwG, 19.7.1984 – 3 C 81/82 – NJW 1985, 817, 818; noch offengelassen in: BVerwG, 25.8.1971 – IV C 23/69 – NJW 1972, 269.

67 BVerwG, 19.7.1984 – 3 C 81/82 – NJW 1985, 817, 818.

68 BVerwG, 12.7.2004 – 7 B 86/04 – NVwZ 2004, 1511, 1511.

69 BVerwG, 14.4.1989 – 4 C 34/88 – NJW 1989, 2484, 2485.

70 BVerwG, 19.7.1984 – 3 C 81/82 – NJW 1985, 817, 819.

71 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40.

72 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40, 42.

gen Maßnahmen durch den betriebsverfassungswidrigen Vollzug häufig Fakten geschaffen werden könnten, die nachträglich nur noch schwer zu beseitigen seien.⁷³

Daraus muss aber die Frage resultieren, was für folgende Vollzugshandlungen gilt. Wenn die Maßnahme nach dem Sinn und Zweck des Beteiligungsrechts nicht durchgeführt werden darf, dürfte auch die Vollzugsmaßnahme nicht erlaubt sein. Immerhin wäre sie unterblieben, wenn sich der Arbeitgeber an das Unterlassungsgebot gehalten hätte.

2. Die Unterschätzung der Bedeutung von § 2 Abs. 1 BetrVG für das eigene Fundament

Im Lichte von § 2 Abs. 1 BetrVG hätte daher auch nahelegen diesen Punkt weiterzuentwickeln. Denn neben die Mitwirkungstatbestände treten wechselseitige Rückspflichtigkeiten, die sich aus § 2 BetrVG ergeben. Aus § 2 Abs. 1 BetrVG folgerte das Gericht die Verpflichtung, als Nebenpflicht, »alles zu unterlassen, was der Wahrnehmung des konkreten Mitbestimmungsrechts entgegensteht.« Insoweit sei eine dem vertraglich begründeten Schuldverhältnis vergleichbare Lage gegeben.⁷⁴

a) Die Bedeutung von § 2 Abs. 1 BetrVG für die eigene Rechtsprechung

Die Bedeutung von § 2 Abs. 1 BetrVG als Interpretationsmaxime für den negatorischen Rechtsschutz sollte nicht unterschätzt werden.⁷⁵ Denn in der Tat kreisen die bislang besprochenen Fälle um Fälle des paritätischen Rechtsschutzes. Es ging um Mitbestimmungsrechte i.e.S. Hier trägt bereits die sog. Normkonkretisierung die Ansprüche mit Blick auf die Maßnahme.⁷⁶ Geht man über die paritätisch mitbestimmte Maßnahme hinaus, rückt der Wortlaut des Beteiligungsrechts in den Hintergrund und das Betriebsverhältnis iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG gewinnt an Bedeutung.

Deutlich wird der Stellenwert von § 2 Abs. 1 BetrVG in der Entscheidung des BAG vom 26. Juli 2005. In der Entscheidung bejahte das Gericht einen Unterlassungsanspruch auch bei § 95 Abs. 1 BetrVG.⁷⁷ Damals zitierte das Gericht als Anspruchsgrundlage das Mitbestimmungsrecht iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG. Das war wichtig, weil der Wortlaut des § 95 Abs. 1 BetrVG nicht die Mitbestimmung über die Maßnahme – etwa auch in Form der Unterlassung – anordnet, sondern allein ein Zustimmungsverweigerungsrecht gewährt. Dieser Wortlaut kann nicht zu einem Unterlassungsanspruch konkretisiert werden. Die Anspruchsgrundlage ist daher für

das Gericht das Betriebsverhältnis als solches im Lichte des § 2 Abs. 1 BetrVG.

b) Das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit und das Durchführen der Maßnahme

Dann muss das BAG aber auch untersuchen, welche Aussage § 2 Abs. 1 BetrVG im Falle von Vollzugsmaßnahmen trifft. Im Ausgangspunkt erscheint es widersprüchlich, wenn aus § 2 Abs. 1 BetrVG die Pflicht zur Rücksichtnahme in Form eines Unterlassungsgebots abgeleitet wird. Dann aber, wenn gegen diese Pflicht verstoßen wird, die Norm des § 2 Abs. 1 BetrVG keine Aussage treffen soll. Hier setzt vielmehr wiederum der Gedanke des Gerichts an, der den Beseitigungsanspruch aus dem Unterlassungsanspruch abgeleitet hat.⁷⁸ Das Unterlassungsgebot aus § 2 Abs. 1 BetrVG wandelt sich in ein Rücknahmegebot nach der Durchführung der Maßnahme. Dieses Gebot gilt einmal für die Maßnahme selbst. Es kann aber auch für weitergehende Vollzugshandlungen gelten. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit ist nicht auf die Maßnahme begrenzt, sondern wirkt stets, wenn es um die Bewertung von Handlungen geht.⁷⁹ Damit wird auch das Unterlassen der Beseitigung einer Folge einer beteiligungswidrigen Maßnahme in den Anwendungsbereich hineingezogen. Es wäre schlicht nicht erklärlich, warum aus § 2 Abs. 1 BetrVG ein Unterlassungsgebot folgen soll und die Norm im Fall eines Verstoßes dann keine Bewertung der Maßnahme und ihrer Folgen nach sich zöge.

c) Die methodische Einordnung und ihre Probleme

Auch wenn § 2 Abs. 1 BetrVG in aller Regel eindeutige Aussagen treffen wird, ist damit noch nicht gesagt, dass ein Beseitigungsanspruch entsteht. Denn § 2 Abs. 1 BetrVG allein soll keine anspruchs- oder mitbestimmungsrechtserzeugende Rechtswirkung haben.⁸⁰

73 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40, 43.

74 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 24/93 – NZA 1995, 40, 42.

75 Konzen, NZA 1995, 865, 870.

76 Grundsätzlich: Röthel, Normkonkretisierung, Tübingen 2004 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil. 2003); zur Bedeutung bei §§ 87, 2 BetrVG: Klocke (Fn. 1), S. 73.

77 BAG, 26.7.2005 – 1 ABR 29/04 – NZA 2005, 1372.

78 BAG, 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – NZA 1999, 49, 52.

79 Vgl. Maschmann, in: Richardi (Fn. 41), § 2 Rn. 8 ff.

80 Vgl. Maschmann, in: Richardi (Fn. 41), § 2 Rn. 20.

Es ist daher kein Wunder, dass gerade die Betonung von § 2 Abs. 1 BetrVG Kritik erfahren hat. Denn in der Tat begründete die Fundierung im Betriebsverhältnis einen erheblichen Ausbau der Richtermacht in der An- und Aberkennung von negatorischem Rechtsschutz. Ähnlich wurde auch der Rückgriff auf § 2 Abs. 1 BetrVG kritisiert.⁸¹ Der Unterlassungsanspruch war zuvor gerade als unvereinbar mit einer vertrauensvollen Zusammenarbeit abgelehnt worden.⁸²

Die Begründung des BAG ist und war fundamentaler Kritik ausgesetzt. Insbesondere die dogmatische Konstruktion wurde von *Richardi* als »Hilfskonstruktion« bezeichnet. Seiner Meinung nach steht der Beseitigungsanspruch neben dem geschriebenen Gesetz als fundamentale Rechtsfigur.⁸³ Richtig an diesem Vorgehen ist die Suche nach elementaren Rechtsfiguren. Bevor man sich aber außerhalb der Rechtsordnung bewegt, liegt es näher, auf das bestehende Recht zurückzugreifen und verallgemeinerungsfähige Gedanken dort zu lokalisieren.

Insofern ist die Rechtsprechung im Anwendungsbe- reich echter Mitbestimmungsrechte im Ergebnis nicht zu beanstanden. Sie muss methodisch nur marginal verschoben werden. Denn der Unterlassungsanspruch bei § 87 BetrVG leitet sich aus dem Wort »mitbestimmen« ab.⁸⁴ Die beiderseitige Gestaltungsmacht hinsichtlich der Maßnahme von Betriebsrat und Arbeitgeber wird durch § 77 Abs. 1 BetrVG verzerrt. Der Arbeitgeber führt die Mitbestimmung durch. Tut er dies nicht, steht dem Betriebsrat in aller Regel ein Mitbestimmungsrecht zu, welches der Betriebsrat über die Einigungsstelle und sein Initiativrecht ausfüllen kann.⁸⁵ Der Betriebsrat hingegen kann eine Maßnahme, die er für regelungsbedürftig erachtet, nicht unterlassen. Vielmehr begründet § 77 Abs. 1 BetrVG auch in diesem Fall die Zuständigkeit des Arbeitgebers. Um wie der Arbeitgeber eine Maßnahme unterlassen zu können, muss § 87 BetrVG einen Unterlassungsanspruch voraussetzen. Der Unterlassungsanspruch ist damit Ausdruck der paritätischen Mitbestimmung.

Eine wichtige Facette der Rechtsprechung bleibt damit indes unangetastet. Der Unterlassungsanspruch ist ein relatives Recht, das im Betriebsverhältnis und im Grundsatz des § 2 Abs. 1 BetrVG wurzelt. Insofern überzeugt es, § 87 BetrVG iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG als Anspruchsgrundlage zu nennen. Dass dann aber § 2 Abs. 1 BetrVG für die Rechtsprechung im Ergebnis über das Betriebsverhältnis anspruchserzeugend ist, wird

wiederum anhand des Unterlassungsanspruchs bei § 95 BetrVG deutlich.⁸⁶

d) Die Reichweite der Normkonkretisierung

Im Ausgangspunkt beziehen sich der paritätische Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch auf die Maßnahme selbst. Die Ansprüche wurzeln im Wortlaut und der Rechtsmacht der Vorgabe, dass der Betriebsrat *mitzubestimmen hat*. Wenn es dem Arbeitgeber möglich ist, die Maßnahme zu unterlassen und den Betriebsrat in die Einigungsstelle zu bringen, muss dies spiegelbildlich auch in der Rechtsposition des Betriebsrats seinen Niederschlag finden.

Diese Dogmatik war für den Unterlassungsanspruch ausreichend, weil das Bewahrungsinteresse umfassend durch das Unterlassen der Maßnahme gewährleistet wurde. Der Beseitigungsanspruch kann dieses Interesse nicht gleichermaßen absichern, wenn man ihn allein auf die Maßnahme konzentriert. An dieser Stelle gewinnt daher die Formulierung des § 87 BetrVG, dass in »*folgenden Angelegenheiten mitzubestimmen*« ist. Der Begriff der Angelegenheit ist weit formuliert. Auch hier wird die anvisierte Maßnahme im Mittelpunkt stehen und die zentrale Angelegenheit iSv. § 87 BetrVG bilden. Ist eine solche Maßnahme dann aber anvisiert, spricht nichts dagegen, auch Folgen der Durchführung dem Begriff der Angelegenheit zuzuordnen. Insofern kann sich die Rechtsmacht des Mitbestimmungsrechts auch auf Folgen der Maßnahme beziehen. Die Grenze des Anspruchs bleibt somit allein der Schutzbereich des Unterlassungsanspruchs.

3. Zwischenfazit

Geht man mit dem BAG von der Konstruktion »Beteiligungsrecht iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG« aus, ist es in der Tat nicht schwer, einen weitreichenden Beseitigungsanspruch anzuerkennen. Denn eine existente betriebsverfassungswidrige Maßnahme strapaziert den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit nicht minder als eine

81 Konzen, NZA 1995, 865, 869.

82 BAG, 17.5.1983 – 1 ABR 21/80 – AP Nr. 19 zu § 80 BetrVG.

83 *Richardi*, FS Wlotzke, 1996, S. 407, 417.

84 So auch die Einordnung bei: *Konzen*, NZA 1995, 865, 869.

85 BAG, 14.11.1974 – 1 ABR 65/73 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972.

86 BAG, 26.7.2005 – 1 ABR 29/04 – NZA 2005, 1372.

bevorstehende Verletzung. Das Gegenteil dürfte sogar der Fall sein. Umgekehrt entspricht es der vertrauensvollen Zusammenarbeit einen betriebsverfassungswidrigen Zustand zurückzubauen, um zum Ausgangspunkt der Verhandlungen zurückzukehren.

Aus dieser Perspektive ist auch die Kritik von *Kort* nachvollziehbar, der darauf hinweist, dass das BAG bei seiner Konzentration auf Quellen verweist, die diesen Punkt nicht weiter vertiefen und lapidar betonen, dass die Maßnahme rückgängig zu machen sei.⁸⁷ In der Tat gibt das Gerüst des BAG mehr her.

Angesichts der geringen Aussagekraft des Beschlusses vom 23. März 2021 muss man das Fehlen von Ausführungen zu § 2 Abs. 1 BetrVG nicht kritisieren. Sofern die Rechtsprechung aber diesen Weg weitergehen will, muss sie im Sinne der Binnenkonsistenz prüfen, welcher Stellenwert § 2 Abs. 1 BetrVG aktuell zukommen soll.

VII. Die Betriebsverfassungswidrigkeit als Konzept

Damit verbleibt die zentrale Frage, wann eine nicht mitbestimmungspflichtige Folge nach §§ 87, 2 Abs. 1 BetrVG rückgängig zu machen ist. Dreh- und Angelpunkt der Argumentation des Gerichts war, dass der Beseitigungsanspruch nicht weiter gehen dürfe als die mitbestimmungspflichtige Maßnahme.⁸⁸

Mit Blick auf die Möglichkeit den weiten Wortlaut des § 87 BetrVG zu konkretisieren, liegt es näher, differenzierter auf die Folgen einer Maßnahme zu blicken. In aller Regel werden einer Maßnahme weitere Umsetzungsakte folgen oder es werden von der Maßnahme ausgehende Folgemaßnahmen ergriffen. In all diesen Fällen geht es darum, auch die Folgen der mitbestimmungswidrigen Maßnahme in das System des BAG einzuordnen.

1. Der Folgenbeseitigungsanspruch als separater Beseitigungsanspruch

Einfach ist der Fall zu lösen – und bereits durch die klassische Rechtsprechung gedeckt – in dem die Folgemaßnahme ihrerseits beteiligungspflichtig ist. Dieser Fall ließe sich gedanklich bereits über einen separaten Beseitigungsanspruch lösen. Zu diesem Punkt kam das BAG in seinem

Beschluss vom 21. März 2021 nicht, weil auch die Ermittlungshandlungen und die Veranlassung fremder Ermittlungshandlungen von der Betriebsvereinbarung gedeckt und somit mitbestimmt waren. In dieser Konstellation bedarf es materiell-rechtlich keines Folgenbeseitigungsanspruchs. Eine Rechtsschutzlücke entsteht nicht.

2. Die Folgen einer Maßnahme und die Verhandlungen nach § 87 Abs. 1 BetrVG

Entfernt man die Betriebsvereinbarung aus dem vom BAG entschiedenen Fall, entfernt sich die Auswertung der E-Mails in dem Moment dem Anwendungsbereich des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wo es nicht mehr um die Anwendung von Outlook geht. Gleichwohl werden immer noch Erkenntnisse ausgewertet. Während etwa das Ausdrucken der E-Mail über den Administrator-Outlook-Account noch eine Anwendung iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist, ist es das spätere Kopieren am separaten, analogen Kopiergerät nicht mehr. In dieser Konstellation kann ein rein maßnahmenorientiertes System nicht funktionieren.⁸⁹

Spricht man über Folgenbeseitigung, muss man zunächst über den Begriff der Folge sprechen. Im Ausgangspunkt einfach sind Konstellationen, in denen eine Maßnahme selbst Folgen nach sich zieht. Es ist aber auch denkbar, dass Folgen erst dadurch eintreten, dass der Arbeitgeber eine Handlung durchführt. Gleiches kann für Arbeitnehmer und sogar Dritte gelten, die auf der Grundlage der mitbestimmungspflichtigen Maßnahme tätig werden.

Zudem stellt sich die Frage, was eine Folge zu einer Folge macht. Eine konditionale Bestimmung wie das Entfallen des Zustands, wenn man die Durchführung der Maßnahme hinwegdenkt,⁹⁰ führt zu den klassischen Kausalitätsproblemen und zu einer uferlosen Reichweite. Zudem liefe man Gefahr, andere, mitunter prägendere Faktoren, in ihrer Bedeutung zu vernachlässigen. In letzter Konsequenz wird daher kein Weg an einer normativen Bestimmung einer Folge im hier interessierenden Verständnis vorbeiführen.

⁸⁷ *Kort*, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (Anmerkung).

⁸⁸ Vgl. auch *Oehlschlager*, DB 2023, 2361, 2362.

⁸⁹ AA. offenbar: *Tiedemann*, ZD 2021, 706, 709 f.

⁹⁰ Hierzu: *MüKoBGB-Oetker* (Fn. 45), § 249 Rn. 103.

Wesentlich wichtiger als der konturlose Begriff der Folge ist daher die Bedeutung von Folgen einer Maßnahme für die Verhandlung nach § 87 Abs. 1 BetrVG selbst. Wie eine Regelung später im Betrieb eingesetzt und im Einzelfall angewandt wird, dürfte sogar regelmäßig einen Schwerpunkt der Verhandlungen zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber bilden. Folgen aus dem Schutzbereich des § 87 BetrVG herauszunehmen, läuft Gefahr die komplexe Verhandlungssituation zu verzerren.

Daher kann es bereits sinnvoll sein, dass eine Folgefrage materiell dem Mitbestimmungsrecht unterliegt.⁹¹ Das beste Beispiel ist die Entscheidung des BAG zur Mitbestimmungspflichtigkeit einer Regelung über Kontogebühren bei der Einführung der bargeldlosen Lohnzahlung.⁹²

Wesentlich komplexer wird es hingegen, wenn mögliche Folgen einer Regelung zum Gegenstand der Verhandlung gemacht werden, obgleich sie nicht in den Regelungsbereich des Mitbestimmungsrechts hineinfallen. Etwa bei § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG werden die Betriebsparteien die Folgen stärker im Blick haben und über diese zu einer Einigung kommen. Deutlicher gewendet liegt es nahe, dass die Fragen der betrieblichen Lohngestaltung auch immer zu einem gewissen Teil durch die mitbestimmungsfreie Lohnhöhe⁹³ bestimmt werden. Der Arbeitgeber kann das Lohnvolumen frei festlegen⁹⁴, trotzdem werden die Parteien darüber sprechen, welche Löhne in der Folge der Regelung ausgezahlt werden und ob in Anbetracht der Einigungsnotwendigkeit das Lohnvolumen überzeugt. Dass darüber nicht durch Spruch entschieden werden kann, ist eine ganz andere Frage.

Das Verhandeln über mögliche Folgen mit Blick auf eine mögliche Einigung ist dabei ein zentrales Element der Betriebspartnerschaft. Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 BetrVG folgt dem sog. positiven Konsensprinzip. Ohne eine Einigung kann eine einseitige Regelung von Seiten des Arbeitgebers nicht erfolgen.⁹⁵ Aus der enumerativen Aufzählung der Mitbestimmungstatbestände lässt sich keine Beschränkung des Verhandlungsgegenstands allein auf die Maßnahme folgern. Ebenso werden derartige Verhandlungen nicht von Bestimmungen ausgeschlossen, die explizit Folgemaßnahmen der Mitbestimmung unterwerfen. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG etwa ordnet die Anwendung der technischen Einrichtung originär der Mitbestimmung zu.

Dass es bei den Verhandlungen im Rahmen von § 87 BetrVG um mehr geht als nur um die geplante Maßnahme in ihrem engsten Sinn, wird auch an der wiederholten Betonung des Betriebs deutlich. Allgemein verlangt § 2 Abs. 1 BetrVG ein Handeln zum Wohl des Betriebs. Diese Vorgabe setzt sich bis in das Einigungsstellenverfahren fort (§ 76 Abs. 5 S. 3 BetrVG).

Grundsätzlich können daher beide Betriebsparteien in den Grenzen von § 2 Abs. 1 BetrVG alle Punkte vorbringen, die für sie eine Bedeutung für die mitbestimmungspflichtige Maßnahme haben.⁹⁶ Damit werden mögliche Folgen zu einem potenziellen Argument für die Gestaltung der Maßnahme und sogar für eine mögliche Abweichung von der geplanten Maßnahme.

3. Folgen und der Schutzbereich von § 87 iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG

In diesem Licht gewinnt die Reichweite des Unterlassungsanspruchs an Bedeutung. Denn wenn der Unterlassungsanspruch verhindern kann, dass aus der Maßnahme weitergehende Folgen abgeleitet werden, dann ist dies auch der Schutzbereich des Anspruchs aus §§ 87, 2 BetrVG. Wenn das BAG dann den Beseitigungsanspruch aus dem Unterlassungsanspruch ableitet,⁹⁷ wirkt die Einschränkung des geschützten Interesses nach Treffen der Maßnahme widersprüchlich. An dieser Stelle unterscheiden sich sonst die Konsequenzen der negatorischen Sicherung. Der (vorbeugende) Unterlassungsanspruch verhindert, dass die Maßnahme und mögliche Folgen der Maßnahme nicht mehr eintreten können. In diesem Licht überzeugt eine schlichte Trennung von Maßnahme und Folgen nicht mehr.⁹⁸

91 Richardi/Maschmann, in: Richardi (Fn. 41), § 87 Rn. 29.

92 BAG, 8.3.1977 – 1 ABR 33/75 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972.

93 St. Rspr. seit: BAG, 27.10.1978 – 1 TaBV 5/78 – AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

94 Erfk-Kania (Fn. 20), § 87 Rn. 103.

95 Richardi/Maschmann, in: Richardi (Fn. 41), § 87 Rn. 6; Ausführlich: Klocke (Fn. 1), S. 74.

96 Koch, in: Schaub (Begr.), Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., München 2021, § 215 Rn. 21.

97 BAG, 16.6.1998 – 1 ABR 68/97 – NZA 1999, 49.

98 So aber etwa: Tiedemann, ZD 2021, 706, 709 f.

4. Der Kontrast: die begrenzte Reichweite von § 101 BetrVG

Das lässt sich auch aus dem systematischen Vergleich von § 87 BetrVG einerseits und § 99 BetrVG andererseits ableiten. § 99 Abs. 2 BetrVG listet die Gründe auf, die zur Verweigerung angeführt werden dürfen. § 87 BetrVG macht dies nicht. Dabei ist sogar in dem engen System der §§ 99, 101 BetrVG Raum, um wegen der Folgen der Maßnahme die Zustimmung zu verweigern, wie etwa § 99 Abs. 2 Nr. 3 und Nr. 6 BetrVG nahelegen.

Der explizit im BetrVG geregelte Beseitigungsanspruch aus § 101 BetrVG sieht die Rechtsfolge vor, dass die personelle Maßnahme aufzuheben ist. Die Norm weist insofern eine Schnittmenge zu einem Unterlassungs- und einem Beseitigungsanspruch auf. Das Ablassen von der Maßnahme bedient den Unterlassungsanspruch, das weitergehende Rückgängigmachen der Maßnahme entspricht dem Beseitigungsanspruch. Das BAG verlangt auch kein Verschulden und schränkt den Verstoß gegen § 99 BetrVG nicht in qualitativer Hinsicht ein.⁹⁹ Das BAG hat die Rechtsfolge »Aufhebung der Maßnahme« auf die Beseitigung des betriebsverfassungswidrigen Zustands ausgerichtet.¹⁰⁰

Ebenso wie der Beseitigungsanspruch nach §§ 87, 2 BetrVG dient der Anspruch aus § 101 BetrVG der Sicherung des Mitbestimmungsrechts nach § 99 Abs. 1 S. 1 BetrVG und soll den Arbeitgeber daran hindern, vor Abwicklung des Zustimmungs- und gegebenenfalls des Zustimmungsersetzungsverfahrens nach § 99 Abs. 4 BetrVG vollendete Tatsachen zu schaffen.¹⁰¹ Die Norm enthält eine negatorische Regelung und zielt auf die Beseitigung eines mitbestimmungswidrigen Zustands.¹⁰²

Die Rechtsprechung hat § 101 BetrVG eine wichtige Funktion zugewiesen, die aber keine Aussage zu etwaigen Folgen trifft. Gegenstand des Aufhebungsverfahrens nach § 101 S. 1 BetrVG ist nämlich die Frage, ob eine konkrete personelle Einzelmaßnahme gegenwärtig und zukünftig als endgültige Maßnahme zulässig ist.¹⁰³ Insofern haben Rechtsprechung und herrschende Meinung¹⁰⁴ § 101 BetrVG dem Wortlaut entsprechend entwickelt, dass allein die zustimmungspflichtige Maßnahme nach § 99 BetrVG Gegenstand des Aufhebungsanspruchs sein soll. Denn endet die personelle Maßnahme, wird ein Verfahren nach § 101 BetrVG unbegründet.¹⁰⁵ Nach diesem Konzept sind weiterwirkende Folgen der personellen

Maßnahme nicht von Interesse. Das BAG hat denn auch im Beschluss, in dem es einen allgemeinen Unterlassungsanspruch des Betriebsrats ablehnte, in § 101 BetrVG eine bewusste Einschränkung der Handlungsmöglichkeiten des Betriebsrats seitens des Gesetzgebers erblickt.¹⁰⁶

Auch hier stellt sich jedoch die Frage, ob nicht auch die einzelnen Durchführungsmaßnahmen wie etwa Arbeitsleistungen und Entgeltzahlungen rückgängig zu machen sind. Ernsthaft dürfte das niemand erwägen. Geklärt ist aber in der Rechtsprechung, dass im Erfolgsfall von § 101 BetrVG der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers suspendiert wird.¹⁰⁷ Daraus folgt aber nicht zwangsläufig, dass auch ein Durchgriff auf entgegengesetzte Handlungen gegeben sein muss.

Im Kontext der Rechtsfolgen ist insbesondere die Rechtsprechung des BAG zur Umgruppierung von Interesse. Das Gericht vertritt seit langem eine Modifikation des Anspruchs für diesen Fall. Nach Ansicht des Gerichts fehlt es nämlich an einer Maßnahme, die aufgehoben werden kann.¹⁰⁸ Damit wendete sich das Gericht explizit gegen eine Meinung in der Literatur, nach der die Vollzugshandlungen Gegenstand des § 101 BetrVG sein sollten. Der Streit kreiste um die Änderung der Gehaltslisten. Das Gericht betonte, die Änderung dieser Unterlagen würde sich als »nutzloses Kurieren am Symptom erweisen«. Der Arbeitgeber sei vielmehr darin frei, wie er die zur Gehaltszahlung erforderlichen betrieblichen Abläufe organisiere. Es fehle an einer allgemein und abstrakt hinreichend bestimmbarer Maßnahme, in der sich immer und unabhängig von der im Einzelfall bestehenden betrieblichen Organisation die vom Arbeitgeber vorgenommene Eingruppierungsbeurteilung verwirklichen müsse. Über § 101 BetrVG kann der Betriebsrat vielmehr verlangen, dass der

99 BAG, 12.8.1976 – 2 AZR 311/75 – AP Nr. 10 zu § 102 BetrVG 1972.

100 BAG, 1.8.1989 – 1 ABR 54/88 – NZA 1990, 229, 230.

101 BAG, 9.2.1973 – 3 Sa 130/72 – AP Nr. 1 zu § 102 BetrVG 1972.

102 Richardi, FS Wlotzke, 1996, S. 407, 410; Raab, in: Wiese/Kreutz/Oetker ua., GK-BetrVG, 12. Aufl., Berlin 2021, § 101 Rn. 1.

103 BAG, 15.11.2022 – 1 ABR 15/21 – AP Nr. 179 zu § 99 BetrVG 1972.

104 Dütz, AuR 1993, 33, 34.

105 BAG, 14.5.2013 – 1 ABR 10/12 – AP Nr. 86 § 118 zu BetrVG 1972; GK-BetrVG-Raab (Fn. 102), § 101 Rn. 13.

106 BAG, 23.6.2009 – 1 ABR 23/08 – AP Nr. 48 zu § 99 BetrVG 1972 Versetzung.

107 BAG, 5.4.2001 – 2 AZR 580/99 – AP Nr. 32 zu § 99 BetrVG 1972 Einstellung.

108 BAG, 3.5.1994 – 1 ABR 58/93 – NZA 1995, 484, 485.

Arbeitgeber richtig eingruppiert und gegebenenfalls das Verfahren nach § 99 Abs. 4 BetrVG betreibt.

Geht man nun auf die begrenzten Zustimmungsverweigerungsrechte des § 99 Abs. 2 BetrVG zurück, kann man die beschränkte Reichweite des Anspruchs aus § 101 BetrVG ohne weiteres dogmatisch mit einem weiterreichenden Beseitigungsanspruch aus §§ 87, 2 BetrVG in Einklang bringen. Im größeren Kontext lässt sich § 101 BetrVG durchaus auch als einen Folgebeseitigungsanspruch für § 95 BetrVG begreifen. Dort hat die Rechtsprechung bekanntlich den negatorischen Rechtsschutz bejaht.¹⁰⁹ Der Betriebsrat kann also Unterlassung der Verwendung von einseitig aufgestellten Auswahlrichtlinien verlangen. Kommt es zu einer personellen Maßnahme, führt dies unmittelbar zu § 101 BetrVG. Denn nach überzeugender Ansicht ist ein Richtlinienverstöß iSv. § 99 Abs. 2 BetrVG der Einführung einer mitbestimmungspflichtigen Richtlinie ohne Zustimmung des Betriebsrats gleichzusetzen.¹¹⁰

5. Aussagen der Theorie der notwendigen Mitbestimmung

Ein oftmals anzutreffendes Problem bei der Akzeptanz von weitreichenden Beseitigungsansprüchen auf kollektiver Ebene ist sein Verhältnis zur individuellen Rechtsdurchsetzung. Man könnte erwägen, dass dann, wenn der Betriebsrat betriebsverfassungswidrige Zustände im Arbeitsverhältnis beseitigen dürfe, dies auf eine Prozessstandschaft hinausläuft,¹¹¹ weil in Wirklichkeit nur individualvertragliche Rechte durchgesetzt werden.

Plastisch wird dies etwa, wenn einseitig Kurzarbeit im Betrieb eingeführt und in der Folge dann der Lohn an die Arbeitnehmer nicht mehr zu 100 % ausgezahlt wird. Die Anordnung von Kurzarbeit – sei sie schon vertragsrechtlich unwirksam oder nicht – verstößt gegen § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG.¹¹² Wenn der Arbeitgeber in der Folge dann keinen Lohn zahlt, hat der Arbeitnehmer die »Folgenbeseitigung« durch Geltendmachung seines Lohnanspruchs nach § 611a Abs. 2 BGB selbst in der Hand.

Gerade mit Blick auf die gemeinsame Entscheidungsfindung findet das Argument eine gewisse Parallele in der Diskussion von Regelungsanspruch¹¹³ und notwendiger Mitbestimmung bei individualvertraglichen Maßnahmen. Das BAG folgt bekanntlich der Theorie der notwendigen Mitbestimmung und unterwirft nicht die mitbestim-

mungswidrige Maßnahme weiterer Mitbestimmung. Vielmehr ist diese unwirksam.¹¹⁴ Die Theorie der notwendigen Mitbestimmung hat ihren Ausgang in der Annahme, dass es dem Arbeitgeber nicht möglich sein soll, den Einigungszwang der Betriebspartner durch Gestaltungen auf der vertraglichen Ebene aufzuweichen.¹¹⁵ Zugleich soll die Unwirksamkeit eine Sanktion des betriebsverfassungswidrigen Verhaltens sein.¹¹⁶

In dieser Lösung allerdings ein Argument gegen eine kollektiv-rechtliche Sicherung zu suchen, bereitet Schwierigkeiten. Das BAG hat wiederholt entschieden, dass aus der Theorie der Wirksamkeitsvoraussetzung zu § 87 BetrVG zwar folge, dass individualvertragliche Maßnahmen unwirksam seien, allerdings könnten durch die Verletzung von § 87 BetrVG keine neuen Ansprüche des Arbeitnehmers entstehen.¹¹⁷ Bleibt es somit beim Status Quo Ante, begründet die Theorie der notwendigen Mitbestimmung damit keinen zu beseitigenden Zustand. Denn der Beseitigungsanspruch gewährleistet gerade eben Status Quo Ante. Aus dieser Perspektive erwächst die Bedeutung des Beseitigungsanspruchs in den Bereichen, in denen nicht mit der Kategorie der Unwirksamkeit operiert werden kann, etwa weil die Maßnahmen rein faktisch wirken.¹¹⁸ Wenn dann die kollektive Ebene in Form des Mitbestimmungsrechts betroffen ist, erscheint es auch schlüssig, dem Betriebsrat ein Recht in die Hand zu legen.

109 BAG, 26.7.2005 – 1 ABR 29/04 – NZA 2005, 1372.

110 *Thüsing*, in: Richardi (Fn. 41), § 95 Rn. 75 unter Verweis auf LAG Köln, 21.11.2008 – 13 TaBV 84/08 – BeckRS 2009, 55974.

111 Vgl. in anderem Zusammenhang BAG, 17.5.2011 – 1 AZR 473/09 – RdA 2012, 245; *Reichhold*, RdA 2012, 245, 247.

112 BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG Lohngestaltung.

113 *Richardi/Maschmann*, in: Richardi (Fn. 41), Rn. 104 ff.

114 BAG, 1.2.1957 – 1 AZR 521/54 – AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG 1952.

115 *Fitting* (Fn. 20), § 87 Rn. 599 ff.

116 BAG, 3.12.1991 – GS 2/90 – AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

117 BAG, 25.2.2015 – 1 AZR 642/13 – NZA 2015, 442, 445; BAG, 3.9.2014 – 5 AZR 109/13 – BeckRS 2014, 74404, Rn. 17; BAG, 11.1.2011 – 1 AZR 310/09 – BeckRS 2011, 72469.

118 *Kort* hat die Rechtsprechung auch deshalb kritisiert, weil sie auf eine Marginalisierung des Beseitigungsanspruchs hinauslaufen würde. Viele Fälle könnten bereits durch Ablassen bzw. Unterlassen der Maßnahme gelöst werden. Damit würde hauptsächlich der Unterlassungsanspruch Bedeutung erlangen, *Kort*, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (Anmerkung). Das allein dürfte kein Argument sein, weil es im Modell des Bundesarbeitsgerichts gerade darum geht, Lücken zu schließen, die der Unterlassungsanspruch nicht lösen kann. Andersherum kann hieraus noch keine Legitimation für eine weitergehende Folgenbeseitigung abgeleitet werden.

6. Vertrags-, kollektivvertrags- und gesetzesgemäßes Verhalten

Richtigerweise muss der Beseitigungsanspruch als folgerichtige Entwicklung am Unterlassungsanspruch entwickelt werden. Wenn die Folge durch das rechtzeitige Geltendmachen des Unterlassungsanspruchs verhindert worden wäre, widerspricht dieser Zustand auch der Betriebsverfassung. Dieses dogmatische Gerüst erlaubt nunmehr auch eine wichtige Folgerung. Denn durch den Rekurs wird deutlich, dass der Beseitigungsanspruch dem Wortlaut des § 87 BetrVG entsprechend seine Grenze im Gesetz und in den Tarifverträgen findet. Ist die Durchführung der Handlung zudem durch eine andere Betriebsvereinbarung legitimiert, kommt der Folgenbeseitigungsanspruch ebenfalls nicht in Betracht. Der Beseitigungsanspruch ist nach seinem Schutzzweck nicht darauf gerichtet, legales Verhalten zu verhindern oder gar rückgängig zu machen. Im Anwendungsbereich des § 87 BetrVG ist zwar für eine Vertragsdurchführung kein Raum, weil den Einzelmaßnahmen die Wirksamkeit fehlen wird. Allerdings muss die Mitbestimmung gesetzlichen Regelungen und damit gesetzlichen Befugnissen weichen.

7. Jedenfalls: Grobe Verstöße

Schließlich zieht § 23 Abs. 3 BetrVG eine rote Linie. Gerade im Licht von § 2 Abs. 1 BetrVG drängt sich ein weiterer Begründungsweg für einen möglicherweise weitreichenden Beseitigungsanspruch auf. Während der paritätische Beseitigungsanspruch aus der Mitbestimmungsposition selbst erwächst, kann § 23 Abs. 3 S. 1 iVm. § 2 Abs. 1 BetrVG auch einen Folgenbeseitigungsanspruch begründen. Dazu ist erforderlich, dass das Aufrechterhalten der spezifischen Folge des mitbestimmungswidrigen Handelns einen groben Verstoß gegen die vertrauensvolle Zusammenarbeit begründet.

Nur vereinzelt wurde es abgelehnt, aus § 23 Abs. 3 BetrVG einen Beseitigungsanspruch abzuleiten.¹¹⁹ Der weite Wortlaut und die Wahrung der betrieblichen Ordnung lassen eine solche Dimension indes zu. Die Norm ist insbesondere nicht auf Verstöße gegen rechtskräftige Entscheidungen zu reduzieren.

§ 23 Abs. 3 BetrVG erfasst auch Verstöße gegen § 2 Abs. 1 BetrVG. In der Tat ist eine wesentliche Funktion

der Norm, die ansonsten nicht durchsetzbare Verpflichtung des § 2 Abs. 1 BetrVG zu materialisieren, wenn die Qualität von einem einfachen Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BetrVG in einen groben Verstoß gegen § 2 Abs. 1 BetrVG umschlägt.¹²⁰

In seiner Entscheidung vom 12. März 2019 hat auch das BAG zu Recht darauf hingewiesen, dass § 23 Abs. 3 BetrVG und der Anspruch aus §§ 87, 2 BetrVG die gleiche Zweckerichtung haben, nämlich die Wiederherstellung eines betriebsverfassungsgemäßen Zustands.¹²¹ In dem Fall ging es zwar um den Unterlassungsanspruch. Der Beseitigungsanspruch ist jedoch nur einen Gedankengang davon entfernt.

8. Zwischenfazit

Die nunmehr anzutreffende Formulierung, der Beseitigungsanspruch erstrecke sich nur auf den betriebsverfassungswidrigen Zustand, nicht aber auf die Folgen,¹²² ist folglich zu präzisieren. In dem Moment, in dem die Folge einer Maßnahme ihrerseits betriebsverfassungswidrig ist, kann sie Gegenstand des Beseitigungsanspruchs sein. Das ist bei dem Anspruch aus §§ 87, 2 BetrVG immer dann der Fall, wenn sie durch den Unterlassungsanspruch hätte verhindert werden können und nicht von anderen Legitimationstatbeständen wie Gesetz, Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung gedeckt ist.

VIII. Folgenbeseitigung und Dritte

Die Konstellation der Entscheidung des BAG aus 2021 ist schließlich noch aus einem anderen Grund besonders. Denn der Betriebsrat verlangte nicht vom Arbeitgeber, dass dieser über sein eigenes Handeln die Störung bzw. die Folgen beseitigte, sondern der Betriebsrat verlangte, dass der Arbeitgeber an die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft sowie die Rechtsanwaltskanzlei herantritt, um diese zu einem bestimmten Handeln zu veranlassen.¹²³

¹¹⁹ Richardi, NZA 1995, 8, 9.

¹²⁰ Klocke (Fn. 1), S. 115.

¹²¹ BAG, 12.3.2019 – 1 ABR 42/17 – AP Nr. 51 zu § 23 BetrVG 1972.

¹²² BAG, 23.3.2021 – 1 ABR 31/19 – AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung; ErfK-Kania (Fn. 20), § 87 Rn. 141; Maschmann/Richardi, in: Richardi (Fn. 41), § 87 Rn. 141.

¹²³ BAG, 23.3.2021 – 1 ABR 31/19 – AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung.

Dass das Gericht diesen Punkt für sich anführte, überrascht erneut. Selbst die Vorinstanz und Teile der Literatur erkennen dem Anspruch aus §§ 87, 2 BetrVG die Dimension zu, auf Dritte einzuwirken, um die Störung abzustellen.¹²⁴ Und in der Tat erscheint es als zu pauschal und wird modernen Realitäten der Betriebsverfassung nicht gerecht, Dritte pauschal aus den Rechtswirkungen des BetrVG herauszunehmen.¹²⁵

Richtigerweise sollte an einer anderen Rechtsprechung angeknüpft werden. Denn das BAG hat 2004 § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mit einer organisatorischen Komponente versehen. Im zu entscheidenden Fall ging es um einen Einsatz von Arbeitnehmern im Betrieb eines Dritten und dessen Zugang war von einer biometrischen Zugangskontrolle abhängig. Die Arbeitgeberin gab an, diesen Prozess nicht regeln zu können. Das Gericht sah die Arbeitgeberin in der Pflicht. Diese müsse durch entsprechende Vertragsgestaltung sicherstellen, dass die ordnungsgemäße Wahrnehmung der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gewährleistet ist.¹²⁶

War das Gericht darum bemüht, den Beseitigungsanspruch zu begrenzen, hätte man vorzugswürdig auf die relative Wirkung des Anspruchs abstellen können und den Anspruch an die Wertungen des § 275 BGB koppeln können. Es ist anerkannt, dass die Leistungspflicht dann entfallen kann, wenn Dritte ihre Mitwirkung verweigern.¹²⁷ Die Verweigerung ist wiederum abgeschnitten, wenn Vereinbarungen zwischen Arbeitgeber und Drittem bestehen, die eine effektive Durchsetzung von Beteiligungsrechten ermöglichen. Hier greift dann auch die Entscheidung von 2004 ein. Mit Blick auf die beschränkte Vermögensfähigkeit des Betriebsrats muss der Arbeitgeber immerhin nicht § 251 BGB fürchten.

Mutatis mutandis hätte es im Ausgangsfall nahegelegen, den Mandatsvertrag mit der Kanzlei dahingehend zu untersuchen, ob nicht die Arbeitgeberin die Löschung der übermittelten Daten verlangen durfte. Eine solche oder zumindest eine vergleichbare Rechtswirkung könnte §§ 675, 667 BGB entnommen werden.¹²⁸

IX. Im Speziellen: die Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen

Nimmt man wiederum die Entscheidung des BAG in den Fokus, fällt auf, dass die Auswertung der Daten nach dem

vorhandenen Sachverhalt nicht betriebsverfassungswidrig war. Denn die Auswertung der Daten erfolgte auf der Grundlage des BDSG. Zwar enthält § 26 BDSG Öffnungsklauseln für das Betriebsverfassungsrecht. Jedoch enthält die Betriebsvereinbarung eine Bezugnahme auf die Regelung und macht somit deutlich, dass eine Legitimation dieser Ermittlungsmaßnahmen besteht. Zu betonen ist aber, dass dieses Argument hinkt, weil es in der Regel um Fälle gehen wird, in denen keine Betriebsvereinbarung die Maßnahme legitimiert. Auch im Falle des Fehlens hätten daher betriebsverfassungswidrig erlangte Informationen nach § 26 BDSG verarbeitet werden können.

Wenn § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen mit Überwachungseignung für mitbestimmungspflichtig erklärt, transportiert der Wortlaut bereits eine Folge. Denn auf die Einführung folgt die Anwendung. Der Begriff der Anwendung definiert dabei jeden Einsatz der Software.¹²⁹ Für den Anspruch aus §§ 87, 2 BetrVG ist damit ein weitreichender Beseitigungsanspruch im digitalen Bereich per se gegeben.

Neuralgisch werden dann vielmehr Fälle, in denen der Arbeitgeber die betriebsverfassungswidrig gewonnene Information ohne die technische Einrichtung weiterverwendet. Einfach zu lösen sind wiederum Fälle, in denen der Arbeitgeber auf eine andere technische Einrichtung zurückgreift, ohne diese vorher mitbestimmt einzuführen oder die Verarbeitung ein nicht definierter Zweck einer Betriebsvereinbarung über die technische Einrichtung ist. In dieser Konstellation löst die Verwendung dieser technischen Einrichtung den negatorischen Rechtsschutz aus.

Schwieriger ist die Frage aber dann, wenn der Arbeitgeber auf analoge Verwendungen zurückgreift. Hier drängt sich die Frage nach der Legitimation auf. Im Fall, der der Entscheidung des BAG vom 23. März 2021 zugrunde lag, folgte diese Legitimation aus der Betriebsvereinbarung iVm. § 26 Abs. 1 BDSG.

124 LAG Köln, 9.7.2019 – 9 TaBV 125/18 – BeckRS 2019, 29458; Kort, AP Nr. 52 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (Anmerkung).

125 So aber wohl: Schiefer, ZfA 2022, 284, 292.

126 BAG, 27.1.2004 – 1 ABR 7/03 – AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 40.

127 MüKoBGB-Ernst (Fn. 45), § 275 Rn. 55.

128 Zu Daten: BGH, 10.7.2015 – V ZR 206/14 – NJW 2016, 317, 320.

129 ErfK-Kania (Fn. 20), § 87 BetrVG Rn. 59.

Nicht überzeugend ist es daher, die Anerkennung des Folgenbeseitigungsanspruchs mit einem Beweisverwertungsverbot gleichzusetzen, wie dies in der Vorinstanz¹³⁰ und einem Teil der Literatur¹³¹ der Fall war. Diese Argumentation könnte eigentlich immer eingreifen, wenn etwas beseitigt bzw. vernichtet wird, was der Arbeitgeber später prozessual verwerten möchte. Umgekehrt würde ein effektiver Beseitigungsanspruch unter dem Vorbehalt stehen, dass das Persönlichkeitsrecht nicht schwerwiegend beeinträchtigt wird und diese Verletzung nicht schwerer wiegt als das Rechtsverfolgungsinteresse. Das will nicht so recht einleuchten.

Es mag sein, dass sich hier diese Wertungsfrage im Individualprozess aufdrängt, doch sind die abzuwägenden Interessen andere. Denn bei der betriebsverfassungsrechtlichen Diskussion um ein Verwertungsverbot geht es in erster Linie um die Individualinteressen des Arbeitnehmers im Lichte des Schutzzwecks des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Insofern betont das BAG auch zu Recht die Geltung der allgemeinen Grundsätze für die Annahme eines Verwertungsverbots.¹³² Davon losgelöst ist der Beseitigungsanspruch ein Anspruch gegen mitbestimmungswidrige Zustände im kollektiven Interesse. Damit rückt wiederum die Frage, ob das BetrVG den Zustand missbilligt, in den Vordergrund.

X. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Reichweite des betriebsverfassungsrechtlichen Beseitigungsanspruchs richtet sich nach dem jeweiligen Beteiligungsrecht. Im Anwendungsbereich der Mitbestimmungstatbestände des § 87 Abs. 1 BetrVG ist die Reichweite anhand des Schutzbereichs des jeweiligen Mitbestimmungsrechts zu gewinnen. Im Lichte des § 2 Abs. 1 BetrVG gewährt die Befugnis, in den aufgelisteten Angelegenheiten mitzubestimmen, nicht nur das Recht die Maßnahme bis zu einer Einigung zu unterlassen, sondern auch einzelne Verzugsfolgen einer mitbestimmungswidrig getroffenen Maßnahme zu beseitigen.

Soll der Beseitigungsanspruch eine konsequente Entwicklung des Unterlassungsanspruchs sein, muss das von ihm gesicherte Interesse dem des Unterlassungsanspruchs vergleichbar sein. Zu beseitigen ist daher grundsätzlich jede Folge einer mitbestimmungswidrigen Maßnahme, die ohne die Durchführung nicht eingetreten wäre. Die Reichweite des Beseitigungsanspruchs wird aber durch anderweitige Legitimationstatbestände zur Durchführung eingeschränkt. Aus dem Eingangssatz des § 87 BetrVG ist etwa zu folgern, dass § 87 BetrVG gesetzlichen Gestattungen nachrangig ist. So kann § 26 BDSG möglicherweise Untersuchungsmaßnahmen erlauben, auch wenn keine Betriebsvereinbarung existiert.

Die pauschale Anerkennung eines Beseitigungsanspruchs im BetrVG, der sich auch auf Folgen der Maßnahme beziehen kann, ist de lege lata ebenso verfehlt wie seine pauschale Ablehnung. § 1004 BGB kann keine Wertung für die Reichweite des Beseitigungsanspruchs bei § 87 BetrVG entnommen werden. Der sog. paritätische Unterlassungs- und Beseitigungsanspruch wirkt nur relativ zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber. Es wäre überkommene Begriffsjurisprudenz, allein vom Begriff des Folgenbeseitigungsanspruchs Rückschlüsse auf die Reichweite des Beseitigungsanspruchs zu ziehen.

Dass Dritte an der Beseitigung beteiligt werden, schränkt den Anwendungsbereich des Beseitigungsanspruchs nicht ein. Erst wenn die Schwelle zu den Tatbeständen nach § 275 BGB überschritten ist, kann die Verweigerung Dritter bei der Mitwirkung an der Beseitigung eine Grenze des Anspruchs werden.

Im Lichte dieser Gedanken hat der 1. Senat des BAG ein korrektes Ergebnis irritierend begründet.¹³³ Die Entscheidung sollte daher nicht als leading case dienen.

¹³⁰ LAG Köln, 9.7.2019 – 9 TaBV 125/18 – BeckRS 2019, 29458.

¹³¹ MünchArbR-Arnold (Fn. 24), § 317 Rn. 38.

¹³² BAG, 20.10.2016 – 2 AZR 395/15 – NZA 2017, 443, 447 f.

¹³³ Ebenso wohl auch: *Merten*, ArbRAktuell 2021, 368.

Tarifaautonomie unter Druck? – Die Perspektive des Unionsrechts

Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon), Universität Bayreuth*

I. Einführung

Mit dem Voranschreiten der europäischen Integration mehrt sich der Einfluss des Unionsrechts auf nach nationalem Recht abgeschlossene Tarifverträge. Steht deswegen die Tarifaautonomie in Deutschland unter Druck? Die Fragestellung müsste eigentlich irritieren, wenn man einen Blick in das Unionsrecht wirft. Die EU bekennt sich im organisationsrechtlichen Teil des Primärrechts zum sozialen Dialog, den sie unter Achtung der Autonomie der Sozialpartner zu fördern verpflichtet ist (Art. 151, 152 AEUV). Grundrechtlich wird das mit Art. 28 der EU-Grundrechtecharta flankiert, der seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon im Dezember 2009 die Grundrechte der Sozialpartner auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen garantiert, in deutscher Diktion also die Tarifvertragsfreiheit und das Arbeitskämpfrecht enthält. Schon dieser kursorische Befund lässt an einer Frontstellung zwischen dem Unionsrecht einerseits und der autonomen Gestaltung des Arbeitslebens andererseits zweifeln.

Zu konzedieren ist, dass es ein Spannungsverhältnis zwischen bestimmten Vorgaben des Unionsrechts und einer in Deutschland verbreiteten Konzeption der Tarifvertragsfreiheit geben mag. Dieses Spannungsverhältnis ist jedoch die sachlogische Folge davon, dass sich 27 Staaten zu einem europäischen Integrationsverband zusammengeschlossen haben, der einer immer engeren Union der Völker Europas verpflichtet ist (Art. 1 EUV). Es ist ausgeschlossen, dass sich auf der europäischen Ebene ein einziges mitgliedstaatliches Modell tarifautonomer Rechtsetzung eins zu eins abbilden lässt. Darüber hinaus wird die Beschränkung nationaler Gestaltungsspielräume mehr als ausreichend durch den Zugewinn von Gestaltungsmöglichkeiten auf der europäischen Ebene ausgeglichen.

Dies vorweggeschickt sind im Folgenden vier Themenfelder zu diskutieren. Der erste und umfangreichste Teil

betrifft das Gleichbehandlungsrecht. Er gliedert sich in mehrere Einzelbereiche, nämlich Diskriminierungen wegen des Geschlechts, des Alters und – aus aktuellem Anlass – der Teilzeitarbeit sowie den allgemeinen Gleichheitssatz des Unionsrechts. Zweitens greife ich aus dem Bereich der sozialen Unionsgrundrechte exemplarisch die Anwendung des Unionsgrundrechts auf bezahlten Jahresurlaub auf Tarifverträge heraus. Zum Schluss möchte ich auf ein zusammenfassendes Fazit verzichten und stattdessen drittens einen Blick auf die Mindestlohnrichtlinie sowie viertens auf den sozialen Dialog auf Unionsebene werfen. Ausklammern möchte ich drei Themen, die ausgesprochen bedeutsam sind, die innerstaatliche Ausübung der Tarifaautonomie aus unionsrechtlicher Sicht aber nicht in ihrem »Kernbereich« betreffen. Das sind Arbeitskämpfe mit grenzüberschreitendem Bezug,¹ die Durchsetzung von Tarifrecht mit den Mitteln des Vergaberechts² und die wettbewerbsrechtlichen Grenzen für den Abschluss von Tarifverträgen für Nichtarbeitnehmer³.

II. Gleichbehandlung

Der Gedanke der »Entdiskriminierung« ist ein starkes Narrativ in der Entwicklung des heutigen Unionsrechts.

* Adam Sagan ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht, Universität Bayreuth. Redigierter und punktuell um Fußnoten ergänzter Vortrag beim 20. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht am 27.10.2022 in Göttingen unter dem Generalthema »Tarifaautonomie unter Druck? Zurückdrängung der kollektiven Selbstgestaltung des Arbeitslebens durch deutsches und europäisches Recht?«.

1 EuGH, 11.12.2007 – C-438/05 – NZA 2008, 124 (The International Transport Workers' Federation und The Finnish Seamen's Union); EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – NZA 2008, 159 (Laval un Partneri).

2 EuGH, 3.4.2008 – C-346/06 – NZA 2008, 537 (Rüffert); EuGH, 18.9.2014 – C-549/13 – NZA 2014, 1129 (Bundesdruckerei); EuGH, 17.11.2015 – C-115/14 – NZA 2016, 155 (RegioPost); zur möglichen Weiterentwicklung des Tariftreurechts Krause, AuR 2020, 152.

3 EuGH, 4.12.2014 – C-413/13 – NZA 2015, 55 (FNV Kunsten Informatie en Media); dazu nun Mitteilung der Kommission zu Leitlinien zur Anwendung des Wettbewerbsrechts der Union auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbstständigen (ABl. C 374 v. 30.9.2022, S. 2).

Das Herzstück der Mitte des vergangenen Jahrhunderts ins Werk gesetzten Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft war der Gemeinsame Markt, der heutige Binnenmarkt. Von Beginn an waren die Grundfreiheiten die konstituierenden Säulen des Gemeinsamen Marktes, das heißt der freie Verkehr von Waren, Arbeitnehmern, Dienstleistungen und Kapital (Art. 26 Abs. 2 AEUV). Der Gemeinsame Markt war auf eine Entfesselung von Wirtschaftskräften gerichtet, indem das damalige Gemeinschaftsrecht den Mitgliedstaaten ungerechtfertigte Diskriminierungen aufgrund fremder Staatsangehörigkeit untersagte.⁴ Das Integrationsprogramm war auf Marktöffnung, auf ökonomische Liberalisierung durch Entdiskriminierung gerichtet. Das ist nach wie vor das Herzstück der heutigen EU.

1. Geschlecht

Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft war aber von Beginn an mehr als eine Freihandelszone. Sie diente ausweislich der Präambel des EWG-Vertrages dem sozialen Fortschritt und der stetigen Besserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen. Auf der anfänglich nur schwach ausgeprägten Seite der europäischen Sozialpolitik findet sich der Gedanke der Entdiskriminierung wieder. Hier war und ist das Integrationsprogramm: sozialer Fortschritt durch Entdiskriminierung.

Die früheste Wurzel dieses Programms ist der Grundsatz gleichen Entgelts für Männer und Frauen, der schon im ursprünglichen EWG-Vertrag enthalten war. Mitte der 1970er-Jahre folgte *das* arbeitsrechtliche Urteil des EuGH des 20. Jahrhunderts: seine Entscheidung in *Defrenne II*.⁵ Der EuGH wagte den großen Wurf zugunsten der unmittelbaren Anwendbarkeit des europarechtlichen Grundsatzes gleichen Entgelts für Männer und Frauen. Benachteiligte Arbeitnehmerinnen konnten sich vor einzelstaatlichen Gerichten auf die europäische Entgeltgleichheit berufen. Das galt sowohl im Rechtsstreit gegen staatliche als auch gegen private Arbeitgeber.

Schon im Verfahren *Defrenne II* wurde die Tarifautonomie ins Feld geführt, um die eklatante, allein auf dem Geschlecht beruhende und sachlich unbegründete Diskriminierung von Frauen zu rechtfertigen. Es versteht sich nahezu von selbst, dass der EuGH eine Ausnahme für Tarifverträge nicht anerkennen konnte. Er hat den Einwand bündig abgehandelt. Der Grundsatz gleichen Entgelts

habe, so der EuGH, »zwingenden Charakter« und sei nicht nur für die öffentlichen Behörden verbindlich, sondern erstrecke »sich auch auf alle, die abhängige Erwerbstätigkeit kollektiv regelnden Tarifverträge und alle Verträge zwischen Privatpersonen«.⁶

Diesen Standpunkt hat der EuGH zu Beginn der 1990er-Jahre in *Helga Nimz gegen Freie und Hansestadt Hamburg* bestätigt.⁷ Der streitgegenständliche Tarifvertrag benachteiligte nach Ansicht des EuGH Beschäftigte in Teilzeit und führte mittelbar zu einer Diskriminierung wegen des Geschlechts. Wegen des Anwendungsvorrangs des europäischen Rechts mussten alle nationalen Rechtsvorschriften unangewendet bleiben, die mit dem Grundsatz gleichen Entgelts unvereinbar waren. Das galt dem EuGH zufolge »auch in dem Fall, daß sich die betreffende Bestimmung aus einem Tarifvertrag ergibt«.⁸

In dieser frühen Phase genügte dem EuGH im Grunde der Verweis auf die Hierarchie der Rechtsquellen. Der diskriminierende Tarifvertrag war Teil des nationalen Rechts. Das europäische Recht geht dem nationalen Recht im Kollisionsfall vor. Daraus folgte notwendigerweise, dass sich der europäische Grundsatz gleichen Entgelts auch gegen Tarifverträge durchsetzt, die nach einzelstaatlichem Recht geschlossen wurden. Zugleich war der EuGH bestrebt, der Entgeltgleichheit praktische Wirksamkeit zu verleihen. Eine Diskriminierung, die den Mitgliedstaaten verboten war, konnte den Tarifvertragsparteien nicht erlaubt sein. Anderenfalls wäre das Urteil in *Defrenne II* das Papier nicht wert gewesen, auf dem es stand.

Die Rechtsprechung des EuGH bereitete der deutschen Tarifrechtsdogmatik keine nennenswerten Schwierigkeiten, solange und soweit man hierzulande noch der sogenannten Delegationstheorie folgte.⁹ Nach diesem Verständnis des Tarifrechts hat der Staat seine Zuständigkeit für die Ordnung des Arbeitslebens den Tarifvertragsparteien

4 Zum Ganzen *Barnard*, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*, 7. Aufl., Oxford 2022, S. 3 ff.

5 EuGH, 8.4.1976 – 43/75 – Slg. 1976, 455; dazu ausf. *Sharpston*, in: *Poiares Maduro/Azoulai* (Hrsg.), *The Past and Future of EU Law – The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford 2010, S. 249.

6 EuGH, 8.4.1976 – 43/75 – Slg. 1976, 455 (*Defrenne II*), Rn. 38 f.

7 EuGH, 7.2.1991 – C-184/89 – Slg. 1991, I-297 (*Nimz*).

8 EuGH, 7.2.1991 – C-184/89 – Slg. 1991, I-297 (*Nimz*), Rn. 17.

9 Statt vieler *Adomeit*, *Rechtsquellenfragen im Arbeitsrecht*, München 1969, S. 136 ff.; *Nikisch*, *Arbeitsrecht II*, 2. Aufl., Tübingen 1959, S. 45; mit unmittelbarer Anknüpfung an Art. 9 Abs. 3 GG: *Gamillscheg*, *Kollektives Arbeitsrecht I*, München 1997, S. 557 f.

übertragen. Folgerichtig konnten die Gestaltungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien nicht weiter reichen als diejenigen des staatlichen Gesetzgebers. Inzwischen ist diese ältere Doktrin verschiedenen Konzepten gewichen, die das Schlagwort eint, Tarifautonomie sei kollektiv ausgeübte Privatautonomie.¹⁰ Innerhalb dieses Meinungs-lagers wird die These vertreten, den Tarifvertragsparteien stünden weitergehende Regelungsbefugnisse als dem staatlichen Gesetzgeber zu; sie dürften Regelungen treffen, die als Inhalt eines Gesetzes verfassungswidrig wären.¹¹ Jedenfalls dieses extensive Verständnis der Tarifautonomie lässt sich, wie die frühe Judikatur des EuGH zur Entgeltgleichheit der Geschlechter zeigt, nicht unbesehen auf das Unionsrecht übertragen.¹² Das Unionsrecht richtet sich gegen diskriminierende Normen und unterscheidet nicht notwendigerweise nach dem Urheber der Norm.

Dagegen bestehen aus meiner Sicht keine durchgreifenden Einwände. Das Grundgesetz hat sich für die europäische Integration entschieden, wir leben in einem europäisch integrierten Verfassungsstaat.¹³ Der europäische Verfassungsgeber hat seinerseits eine Wertentscheidung für die Entgeltgleichheit getroffen. Der EuGH hat dieser Wertentscheidung mit *Defrenne II* zu praktischer Wirksamkeit verholfen. Hinter diesen Integrationsfortschritt muss die Tarifvertragsfreiheit zurücktreten. Das gilt nicht nur für die Bundesrepublik Deutschland. Die europäische Integration beschränkt den Gestaltungsspielraum aller mitgliedstaatlichen Akteure in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen. Eine kollektive Autonomie, Beschäftigte allein wegen ihres Geschlechts schlechter zu vergüten, darf es in keinem Mitgliedstaat der EU geben.

2. Alter

a) Altersgrenzen

Komplizierter liegen die Dinge im Bereich der Benachteiligung wegen des Alters. Die europäische Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (2000/78/EG), in Deutschland mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz umgesetzt, verbietet grundsätzlich Benachteiligungen wegen des Alters. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung aber noch keine einheitliche Linie zu Ungleichbehandlungen wegen des Alters in Tarifverträgen gefunden. Das gilt vor allem im Bereich der Altersgrenzen, das heißt tarifvertraglichen Befristungen von Arbeitsverhältnissen auf ein bestimmtes Alter bzw. auf die

Berechtigung zum Bezug einer Altersrente. Hierzu gibt es zwei konträre Rechtsprechungslinien.

Im Fall der besonderen Altersgrenze für Piloten in *Prigge* folgte der EuGH der Linie, die er mit *Defrenne II* und *Nimz* im Bereich der Entgeltgleichheit eingeschlagen hat. Der betreffende Tarifvertrag müsse der Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie entsprechen. Daran ändere das Unionsgrundrecht auf Kollektivverhandlungen nichts, denn das Grundrecht müsse im Einklang mit dem Unionsrecht ausgeübt werden.¹⁴ So blieb in *Prigge* von der Tarifvertragsfreiheit praktisch nichts übrig.

Im Gegensatz dazu zog der EuGH in Entscheidungen, die allgemeine Altersgrenzen zum Gegenstand hatten, die Tarifvertragsfreiheit heran, um die Ungleichbehandlung wegen des Alters zu rechtfertigen. In *Palacios* formulierte er, Tarifverträge erlaubten wegen ihrer Flexibilität nicht nur die Gesamtlage des Arbeitsmarktes, sondern auch die Besonderheiten der betreffenden Beschäftigungsverhältnisse in den Blick zu nehmen.¹⁵ In *Rosenbladt* baute er dies dahin aus, die tarifvertragliche Altersgrenze sei »die Frucht einer von den Vertretern der Arbeitnehmer und den Vertretern der Arbeitgeber ausgehandelten Vereinbarung [...], die damit ihr [...] Grundrecht [...] auf Kollektivverhandlungen ausgeübt haben.«¹⁶ Danach scheint die tarifvertragliche Rechtsquelle bereits für sich genommen zur Rechtfertigung der Ungleichbehandlung beizutragen. So mögen allgemeine Altersgrenzen ein Beispiel dafür sein, dass die Gestal-

10 Wiederum statt vieler *Bayreuther*, Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Privatautonomie, München 2005 (zugl. Erlangen-Nürnberg, Univ., Habil. 2003–2004), S. 55 ff. und 169 ff.; *Canaris*, AcP 184 (1984), 241, 243 ff.; *Dieterich*, FS Däubler, 1999, S. 451, 457 f.; *ders.*, FS Wiedemann, 2002, S. 229, 238 f.; *Giesen*, Tarifvertragliche Rechtsgestaltung für den Betrieb, Tübingen 2002 (zugl. Bonn, Univ., Habil. 2001), S. 143 ff.; *Hartmann*, Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht, Tübingen 2014 (zugl. Heidelberg, Univ., Habil. 2012), S. 101 ff.; *Richardi*, FS Merz, 1992, S. 481, 495; *Rieble*, ZfA 2000, 5; *Singer*, ZfA 1995, 611, 616 ff.; einschr. *Greiner*, Rechtsfragen der Koalitions-, Tarif- und Arbeitskämpfpluralität, 2. Aufl., München 2011 (zugl. Köln, Univ., Habil. 2009), S. 99 ff.; dist. *Franzen*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl., München 2023 (im Folgenden: ErfK), § 1 TVG Rn. 6; krit. *Waltermann*, RdA 2014, 86, 88; abl. *Ulber*, in: Däubler (Hrsg.), Tarifvertragsgesetz, 5. Aufl., Baden-Baden 2022, Einl. Rn. 297.

11 ErfK-Schmidt (Fn. 10), GG Einleitung Rn. 46.

12 Zweifelnd zur Altersdiskriminierung *Henssler/Kaiser*, RdA 2012, 248, 249 f.

13 BVerfG, 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 ua. – BVerfGE 123, 267, 344 ff.; vgl. *Pernice*, Der Europäische Verfassungsverbund, Baden-Baden 2020.

14 EuGH, 13.9.2011 – C-447/09 – NZA 2011, 1039 (Prigge ua.), Rn. 46 f.

15 EuGH, 16.10.2007 – C-411/05 – NZA 2007, 1219, Rn. 74.

16 EuGH, 12.10.2010 – C-45/09 – NZA 2010, 1167, Rn. 67.

tungsbefugnisse der Tarifvertragsparteien diejenigen des Gesetzgebers auch nach dem Unionsrecht überragen können.

b) Altersabhängige Vergütung

Im Übrigen hat das Verbot der Altersdiskriminierung die Tarifvertragsparteien dazu gezwungen, altersabhängige Vergütungsstrukturen aufzubrechen. Beispielsweise ist der öffentliche Dienst – vereinfacht gesprochen – von einer altersabhängigen Vergütung zu einer Entlohnung nach der Beschäftigungsdauer übergegangen. Bei der Überleitung wurden allerdings erdiente Besitzstände gewahrt, sodass sich die altersbedingten Entlohnungsunterschiede auch nach der Änderung der tariflichen Vergütungsstruktur noch fortsetzten. Dadurch wurden die vormaligen Altersdiskriminierungen tarifvertraglich perpetuiert.¹⁷

Diese fortwirkende Altersdiskriminierung wurde in *Hennigs und Mai* vor dem EuGH angegriffen. Die Kläger wandten ein, die ursprüngliche Altersdiskriminierung wirke sich auch nach dem Systemwechsel noch aus und dies verstoße gegen das Unionsrecht.¹⁸ Der EuGH ist diesem Einwand nicht gefolgt. Er hat anerkannt, dass die Wahrung erworbener Besitzstände ein zwingender Grundsatz des Allgemeininteresses sei, der die Ungleichbehandlung nach dem Alter rechtfertige.¹⁹ Die Überleitungsbestimmungen seien erforderlich gewesen, um Einkommensverluste zu vermeiden.²⁰ Es war mithin nicht notwendig, das neue Vergütungssystem rückwirkend einzuführen.²¹

Das ist ein positives Beispiel dafür, dass der EuGH in der Lage ist, auf die Gegebenheiten nationaler Tarifstrukturen Rücksicht zu nehmen.²² Im Bereich der altersabhängigen Vergütung hat er sich mit guten Gründen in richterlicher Selbstbeschränkung geübt.

3. Teilzeit

Aktuellere, allerdings auch technischere Probleme stellen sich bei der Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit. Sie war vormals ausschließlich ein Fall einer etwaigen mittelbaren Diskriminierung wegen des Geschlechts.²³ Inzwischen wurde das Verbot rechtlich verselbständigt. Das Unionsrecht verbietet sachlich nicht gerechtfertigte Benachteiligungen wegen der Teilzeitarbeit. Diese Vorgabe setzt das deutsche Recht in § 4 Abs. 1 TzBfG um.

Ein Problem, das die europäische und deutsche Rechtsprechung seit langer Zeit beschäftigt, ist die Vergütung

der Überstunden von Teilzeitbeschäftigten. Die Streitfrage möchte ich anhand eines generischen Beispiels veranschaulichen.²⁴ Vorab sind zwei Klarstellungen nötig. Zum einen werde ich im Folgenden nicht zwischen Mehrarbeit und Überstunden differenzieren, sondern der Einfachheit halber durchgehend von Überstunden sprechen. Zum anderen ist das nationalrechtliche Verbot der Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit zwingend (§ 22 TzBfG). Es gilt sowohl für Arbeits- als auch für Tarifvertragsparteien. Aufgrund des mir gestellten Themas werde ich mich auf die tarifvertragliche Vergütung von Überstunden konzentrieren.

Nun zu meinem Beispielfall: Ein Tarifvertrag legt fest, dass die Regelarbeitszeit 40 Stunden in der Woche beträgt. Die erste, über die regelmäßige Arbeitszeit hinausgehende Stunde wird mit einem Zuschlag vergütet, der zum regulären Tariflohn hinzutritt. Infolgedessen erhalten Vollzeitbeschäftigte den Zuschlag bereits für ihre erste Überstunde. Im Anwendungsbereich des betreffenden Tarifvertrages wird ein Arbeitnehmer in Teilzeit mit 20 Stunden in der Woche beschäftigt. Er arbeitet in einer Woche 21 Stunden. Nun stellt sich die Frage, ob er für seine erste Überstunde den Zuschlag verlangen kann.

Das entscheidet sich danach, ob der Tarifvertrag sachlich ungerechtfertigt wegen der Teilzeitarbeit benachteiligt. Die Feststellung einer Benachteiligung erfordert einen Vergleich zwischen der Teilzeitkraft und den Vollzeitbeschäftigten. Das spitzt sich auf die Frage zu, womit die 21. Arbeitsstunde des Teilzeitarbeitnehmers zu vergleichen ist. Ist der richtige Vergleichsmaßstab die 21. Arbeitsstunde eines Vollzeitbeschäftigten, also reguläre Arbeit, oder die erste Überstunde eines Vollzeitbeschäftigten, also zuschlagspflichtige Arbeit?

17 Zum Hintergrund *Spelge*, ZTR 2011, 338, 341 ff.

18 Vgl. EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 – NZA 2011, 1100 (Hennigs und Mai), Rn. 30 und 41.

19 EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 – NZA 2011, 1100 (Hennigs und Mai), Rn. 90.

20 EuGH, 8.9.2011 – C-297/10 und C-298/10 – NZA 2011, 1100 (Hennigs und Mai), Rn. 96 und 98.

21 So nachfolgend EuGH, 19.6.2014 – C-501/12 bis C-506/12, C-540/12 und C-541/12 – NZA 2014, 831 (Specht ua.), Rn. 80.

22 Insoweit ähnl. *Mair*, ZESAR 2012, 243, 245.

23 EuGH, 31.3.1981 – 96/80 – NJW 1981, 2639 (Jenkins).

24 Differenzierte Diskussion der unterschiedlichen Vergütungsmodelle bei *Wiefeld*, RdA 2021, 337, 338 ff.

Der Normtext des Benachteiligungsverbots gibt auf diese Frage keine eindeutige Antwort.²⁵ Er ist so offen formuliert, dass er beide Lösungen zulässt. Die Rechtsprechung war zu dieser Frage wechselhaft. Sie verlief nach meinem Eindruck insgesamt ausgesprochen unglücklich.

a) Europäischer Gerichtshof

Mitte der 1990er-Jahre hat der EuGH in *Helmig* entschieden, es sei keine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, wenn Teilzeitbeschäftigten der Überstundenzuschlag vorenthalten werde.²⁶ Er verglich die erste Überstunde einer Teilzeitkraft mit der regulären Arbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten und verneinte eine Ungleichbehandlung. Für die gleiche Zahl von Arbeitsstunden erhielten, so der EuGH, Voll- und Teilzeitkräfte die gleiche »Gesamtvergütung«.²⁷ Gewendet auf meinen Beispielsfall: Der Teilzeitarbeitnehmer erhält bei 21 Arbeitsstunden insgesamt dieselbe Vergütung wie ein Vollzeitbeschäftigter für seine ersten 21 Arbeitsstunden.²⁸

Hanau und *Gilberg* waren im Anschluss der Ansicht, der EuGH habe einen vorläufigen »Schlußstrich« unter die bereits zuvor vieldiskutierte Streitfrage gezogen.²⁹ Das Ergebnis war in der Tat vorläufig. Aus der Rückschau scheint *Helmig* weniger ein Schlußstrich als ein Auftakt gewesen zu sein.

Zehn Jahre nach *Helmig* erging das Urteil des EuGH in *Elsner-Lakeberg*.³⁰ Der aus dem Beamtenrecht stammende Fall war speziell gelagert. Dort setzte der Zuschlag voraus, dass in einem Monat mindestens drei Überstunden geleistet wurden. Das galt gleichermaßen für Voll- und Teilzeitkräfte. Das konnte dem EuGH zufolge eine mittelbare Geschlechtsdiskriminierung darstellen, weil die Erbringung von drei Überstunden die Teilzeitbeschäftigten mehr belastete als die Vollzeitbeschäftigten.³¹ Anders als in *Helmig* lehnte der EuGH nunmehr eine Prüfung »nur im Wege einer Gesamtbewertung« ab und verlangte ausdrücklich einen Vergleich aller einzelnen Vergütungsbestandteile; Entgelte für die Regelarbeitszeit und die Vergütung von Überstunden seien gesondert zu vergleichen.³² Letztlich musste nicht bereits die erste Überstunde vergütet, sondern die Voraussetzung von drei Überstunden für Teilzeitkräfte proportional reduziert werden. Es blieb jedoch offen, wie sich *Elsner-Lakeberg* zu *Helmig* verhielt.³³ So gehen die Meinungen darüber auseinander, ob *Helmig* nach *Elsner-Lakeberg* überholt ist,³⁴ beide Entscheidungen unterschiedliche Rechtsfragen betreffen³⁵

oder nebeneinander bestehen bleiben können, weil die unterschiedlichen Prüfungsmaßstäbe kumulativ anzuwenden seien.³⁶

Das spätere Urteil in der Rechtssache *Voß* brachte keine Klärung.³⁷ Dort gab der EuGH die tragenden Erwägungen aus *Helmig* wieder, ging anschließend zu *Elsner-Lakeberg* über und verquickte sodann beide Ansätze, indem er einerseits die Vergütung von Teilzeitkräften für Überstunden bis zur Regelarbeitszeit prüfte, andererseits von einer Untersuchung von Vergütungsbestandteilen sprach.³⁸ Nähere Ausführungen zum Verhältnis der beiden Präjudizien zueinander sucht man in *Voß* vergebens. Alles in allem lassen die drei genannten Entscheidungen des EuGH nicht erkennen, inwieweit die zwischen ihnen bestehenden Unterschiede auf echten Divergenzen in der Sache oder lediglich auf missverständlichen Formulierungen beruhen.

b) Bundesarbeitsgericht

Das BAG blieb anfänglich bei der mit *Helmig* eingeschlagenen Linie.³⁹ Ohne Vorlage an den EuGH übertrug das

25 Näher *Wietfeld*, RdA 2021, 337, 342.

26 EuGH, 15.12.1994 – C-399/92 ua. – NZA 1995, 218.

27 EuGH, 15.12.1994 – C-399/92 ua. – NZA 1995, 218 (*Helmig* ua.), Rn. 26; so auch EuGH, 6.2.1996 – C-457/93 – NZA 1996, 319 (*Lewark*), Rn. 25 f. (»Gesamtentgelt«).

28 EuGH, 15.12.1994 – C-399/92 ua. – NZA 1995, 218 (*Helmig* ua.), Rn. 28.

29 *Hanau/Gilberg*, BB 1995, 1238; ähnl. *Stückmann*, DB 1995, 826 (»vorläufig entschieden«).

30 EuGH, 27.5.2004 – C-285/02 – NZA 2004, 783.

31 EuGH, 27.5.2004 – C-285/02 – NZA 2004, 783 (*Elsner-Lakeberg*), Rn. 17.

32 EuGH, 27.5.2004 – C-285/02 – NZA 2004, 783 (*Elsner-Lakeberg*), Rn. 15; so bereits zuvor EuGH, 26.6.2001 – C-381/99, NZA 2001, 883 (*Brunnhöfer*), Rn. 36 f.

33 Zweifelnd auch *Sollfrank*, ZESAR 2021, 296, 298.

34 *Ulber*, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Bd. 7, 2. Aufl., Baden-Baden 2021 (im Folgenden: *EnzEuR*), § 14 Rn. 80.

35 *Bayreuther*, NZA 2019, 1684, 1685.

36 *Kocher*, in: Schlachter/Heinig (Fn. 34), § 5 Rn. 140; abl. *Krebber*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl., München 2022, Art. 157 AEUV Rn. 44; *Wietfeld*, RdA 2021, 337, 341 f.; Zum Ganzen GA *Emiliou*, 1.12.2022 – C-660/20 – ECLI:EU:C:2022:953 (*Lufthansa CityLine*), Rn. 37 ff.

37 Insoweit zutr. *Pannek*, SAE 2021, 33, 40.

38 EuGH, 6.12.2007 – C-300/06 – NZA 2008, 31 (*Voß*), Rn. 31 ff., wobei dort die Divergenzen zwischen *Helmig* und *Elsner-Lakeberg* möglicherweise erkannt wurden (Rn. 32: »hingegen«); vgl. GA *Emiliou*, 1.12.2022 – C-660/20 – ECLI:EU:C:2022:953 (*Lufthansa CityLine*), Rn. 48 und 58. *T. Fuchs*, EuR 2008, 697, 700 nimmt m.E. zu Unrecht eine bloß faktische Ungleichbehandlung an.

39 BAG, 20.6.1995 – 3 AZR 539/93 – NZA 1996, 597; BAG, 20.6.1995 – 3 AZR 684/93 – NZA 1996, 600; BAG, 25.7.1996 – 6 AZR 138/94 – NZA 1997, 774; BAG, 21.4.1999 – 5 AZR 200/98 – NZA 1999, 939, 941.

BAG diese Rechtsprechung auf das Verbot der Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit.⁴⁰ Sogar nach *Elsner-Lakeberg* hielt das BAG daran fest, Teilzeitkräfte würden nicht benachteiligt, wenn sie für die gleiche Zahl von Arbeitsstunden die gleiche Gesamtvergütung erhielten wie Vollzeitbeschäftigte.⁴¹

Das änderte sich erst im Jahr 2017, rund 13 Jahre nach *Elsner-Lakeberg* mit einer Entscheidung des Sechsten Senats.⁴² Danach sollte es eine unzulässige Diskriminierung wegen der Teilzeitarbeit sein, wenn ein Überstundenzuschlag ausnahmslos von der Überschreitung der tariflichen Regelarbeitszeit abhängt.⁴³ Unzulässig gelte in diesem Fall für Teilzeitkräfte eine höhere individuelle Belastungsgrenze.⁴⁴ Der EuGH habe sich von *Helmig* gelöst; nach *Elsner-Lakeberg* seien alle einzelnen Vergütungsbestandteile gesondert miteinander zu vergleichen.⁴⁵ Eine Vorlage an den EuGH hat der Senat nicht erwogen.

Rund einen Monat später entschied der Zehnte Senat gegenteilig. Er blieb dabei, dass mit *Helmig* auf einen Vergleich der Gesamtvergütung abzustellen sei.⁴⁶ Deswegen sei es zulässig, wenn Überstundenzuschläge erst ab der Überschreitung der regulären Arbeitszeit gezahlt würden. Der Zehnte Senat setzte sich aber weder mit *Elsner-Lakeberg* noch mit *Vofß* auseinander.

Die Divergenz zwischen den Senaten des BAG währte nicht lange. Im Dezember 2018 schwenkte der Zehnte Senat – in zwischenzeitlich geänderter Besetzung – auf die neuere Rechtsprechung des Sechsten Senats, das heißt – vereinfachend gesprochen – auf *Elsner-Lakeberg* ein.⁴⁷

Die neue Rechtsprechung konsolidierte sich dennoch nicht. Im November 2020 folgte der Vorlagebeschluss des Zehnten Senats in *Lufthansa CityLine*.⁴⁸ Der Fall betrifft einen tarifvertraglichen Überstundenzuschlag, der eine bestimmte Zahl von Arbeitsstunden voraussetzt, ohne zwischen Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten zu unterscheiden. In seinem Vorlagebeschluss weist der Zehnte Senat zutreffend auf die Unklarheiten hin, die sich aus *Helmig* einerseits und *Elsner-Lakeberg* andererseits ergeben.⁴⁹ Ebenfalls zutreffend zeichnet der Senat die Rechtsprechungsdivergenzen nach, zu denen die Unklarheiten im europäischen Recht geführt haben.⁵⁰ Deswegen, so der Senat, könne nicht mehr von einer geklärten Rechtslage ausgegangen werden; die Vorlage an den EuGH sei geboten.⁵¹ Die Vorlage betrifft allein das unionsrechtliche Verbot der Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit. Sie fragt den EuGH danach, ob mit *Helmig* die Gesamtvergütung für eine bestimmte

Zahl von Arbeitsstunden oder mit *Elsner-Lakeberg* jeder einzelne Vergütungsbestandteil zu vergleichen ist.⁵²

Im Oktober 2021 hat der Achte Senat ebenfalls eine Vorlage beschlossen, die nicht nur die Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit, sondern auch die Entgeltgleichheit betrifft.⁵³ Sie ist grundlegend anders akzentuiert als die Vorlage des Zehnten Senats.⁵⁴ Der Achte Senat meint, der EuGH habe in *Helmig*, *Elsner-Lakeberg* und *Vofß* übereinstimmend Grundvergütung und Überstundenzuschläge getrennt voneinander verglichen.⁵⁵ Obwohl in *Helmig* von »Gesamtvergütung« die Rede sei, sei es auch dort nicht zu einer Verrechnung unterschiedlicher Entgeltbestandteile gekommen. Auf dieser Grundlage neigt der Achte Senat zu der Ansicht, es läge keine Ungleichbehandlung vor, wenn Zuschläge nur für Überstunden gezahlt würden, die die tarifliche Regelarbeitszeit überschreiten.⁵⁶ Es soll offenbar genügen, dass Voll- und Teilzeitkräften Zuschläge in jeweils gleicher Höhe gezahlt werden. Daran hätten weder *Elsner-Lakeberg* noch *Vofß*

40 BAG, 5.11.2003 – 5 AZR 8/03 – NZA 2005, 222, 224.

41 BAG, 16.6.2004 – 5 AZR 448/03 – AP Nr. 20 zu § 1 TVG Tarifverträge: Großhandel.

42 BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – NZA-RR 2018, 45; zuvor bereits BVerwG, 26.3.2009 – 2 C 12/08 – NVwZ-RR 2009, 608.

43 BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – NZA-RR 2018, 45, Rn. 49.

44 BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – NZA-RR 2018, 45, Rn. 51.

45 BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – NZA-RR 2018, 45, Rn. 53.

46 BAG, 26.4.2017 – 10 AZR 589/15 – NZA 2017, 1069, Rn. 33; zu Recht krit. *Schüren*, jurisPR-ArbR 37/2017, Anm. 1; zust. *Rambach*, ZTR 2017, 635, 641 f.

47 BAG, 19.12.2018 – 10 AZR 231/18 – NZA 2019, 790, Rn. 51 ff.; zust. *Sagan*, in: Preis (Hrsg.), *Der Arbeitsvertrag*, 6. Aufl., Köln 2020, Teilzeitarbeit II T 10, Rn. 26.

48 BAG, 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) – NZA 2021, 57 = EuGH C-660/20 (*Lufthansa CityLine*).

49 BAG, 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) – NZA 2021, 57, Rn. 24 ff. = EuGH C-660/20 (*Lufthansa CityLine*).

50 BAG, 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) – NZA 2021, 57, Rn. 30 ff. = EuGH C-660/20 (*Lufthansa CityLine*).

51 BAG, 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) – NZA 2021, 57, Rn. 57 f. = EuGH C-660/20 (*Lufthansa CityLine*); krit. *Pannek*, SAE 2021, 33, 38 f.

52 BAG, 11.11.2020 – 10 AZR 185/20 (A) – NZA 2021, 57, Rn. 54 f. = EuGH C-660/20 (*Lufthansa CityLine*); für einen Einzelvergleich *Wietfeld*, RdA 2021, 337, 342 f.

53 BAG, 28.10.2021 – 8 AZR 370/20 (A) – NZA 2022, 702 = EuGH C-184/22 (KfH Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation).

54 Berechtigte Kritik bei *Kraayvanger*, SAE 2022, 33, 37 f.; in der Sache ebenfalls gegenteilig zum Achten Senat *Spelge*, ZTR 2017, 335, 336.

55 BAG, 28.10.2021 – 8 AZR 370/20 (A) – NZA 2022, 702, Rn. 23; so auch GA *Emiliou*, 1.12.2022 – C-660/20 – ECLI:EU:C:2022:953 (*Lufthansa CityLine*), Rn. 56.

56 BAG, 28.10.2021 – 8 AZR 370/20 (A) – NZA 2022, 702, Rn. 24.

etwas geändert. Dort hätten im Vergleich zu *Helmig* allein Unterschiede in der tatsächlichen Situation zu unterschiedlichen rechtlichen Schlussfolgerungen geführt.⁵⁷

Der EuGH wird bald Gelegenheit haben, Licht ins Dunkel zu bringen. Das gilt sowohl für den Grundsatz gleichen Entgelts für Männer und Frauen als auch für das Verbot der Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit. Diese Fragen sind endlich dort, wo sie hingehören: beim EuGH in Luxemburg. Unbeschadet der unterschiedlichen Begründungen ist es richtig, dass der Zehnte und der Achte Senat Vorabentscheidungsverfahren eingeleitet haben. Misslich ist, dass die Vorlagen nicht unmittelbar auf *Elsner-Lakeberg* folgten, sondern den EuGH auf verschlungenen Pfaden erst über 15 Jahre später erreichten.⁵⁸

c) Zweck vs. Gegenleistung

Wie der EuGH entscheiden wird, ist naturgemäß nicht vorherzusehen. Nach meinem Dafürhalten sind Überstundenzuschläge, die nur bei Überschreiten der tariflichen Regelarbeitszeit gezahlt werden, eine unzulässige Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit.

Entscheidend ist aus meiner Sicht die *Gegenleistung*, die der Arbeitnehmer erbringen muss, um den Überstundenzuschlag beanspruchen zu können. Es ist eine Verengung, wenn man meint, der Zuschlag würde ausschließlich im Gegenzug für die Überstunden gezahlt, in meinem Beispielfall also allein für die 41. Arbeitsstunde in der Woche. Die Gegenleistung ist nicht nur die erste Überstunde. Um den Zuschlag zu erarbeiten, muss der Arbeitnehmer die regelmäßige Arbeitszeit und die Überstundenarbeit erbringen. Der Überstundenzuschlag vergütet beides. Er ist die Gegenleistung für die reguläre Arbeitszeit und der darüber hinaus geleisteten Überstunden. Der Zuschlag wird folglich nicht allein für die 41. Arbeitsstunde, sondern für 41 Arbeitsstunden in der Woche gezahlt. Die Vollzeitbeschäftigten erhalten im Ergebnis einen höheren Stundenlohn als Teilzeitarbeitnehmer. Das gilt bereits ab der ersten Arbeitsstunde in der Woche, sofern die tarifliche Regelarbeitszeit überschritten wird und der Zuschlag zur Auszahlung kommt. Kurzum: Jeder mit der Dauer der Arbeitszeit ansteigende Lohn ist eine tatbestandliche Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit.

In Rechtsprechung und Literatur wird hingegen nahezu einhellig nach dem *Zweck* des Zuschlags unterschieden.⁵⁹ Er könne die besonderen Belastungen

ausgleichen, die mit der Überschreitung der tariflichen Regelarbeitszeit verbunden sind. In diesem Fall könne die Ungleichbehandlung von Voll- und Teilzeitarbeitskräften sachlich gerechtfertigt sein. Anders sei zu entscheiden, wenn der Zuschlag als Ausgleich dafür gezahlt werde, dass der Arbeitnehmer über seine individuelle Arbeitszeit hinaus in seiner Freizeit in Anspruch genommen werde. In dieser Hinsicht bestünden keine hinreichenden Unterschiede zwischen Voll- und Teilzeitkräften, die die Ungleichbehandlung rechtfertigen könnten.

Im Ergebnis soll die Unterscheidung zwischen diesen beiden Zwecken, das heißt zwischen Belastungsschutz und Freizeitschutz, für die Rechtfertigung der Ungleichbehandlung entscheidend sein. Sie lässt sich möglicherweise darauf stützen, dass der EuGH in *Elsner-Lakeberg* davon ausgegangen ist, die Erbringung von drei Überstunden sei für Teilzeitbeschäftigte eine »größere Belastung« als für Vollzeitbeschäftigte.⁶⁰

Dennoch ist die Differenzierung nach dem Zweck des Zuschlags aus meiner Sicht ein Problem, an dem die Dogmatik der sogenannten Sonderzahlungen nicht selten krankt.⁶¹ In dem hier zu diskutierenden Fall legt sie die Anwendung des Benachteiligungsverbots zu weitgehend in die Hände der Tarifvertragsparteien. Eine unzulässige Benachteiligung entfällt nicht schon dadurch, dass die Tarifvertragsparteien einem Überstundenzuschlag einen bestimmten Zweck zuschreiben.⁶² Die sachliche Rechtfertigung muss sich aus objektiven Umständen ergeben.⁶³ Nicht genügen kann die bloße Behauptung, eine Arbeitsstunde jenseits der tariflichen Regelarbeitszeit sei etwas anderes als eine Arbeitsstunde jenseits der individuellen Arbeitszeit eines Teilzeitbeschäftigten.⁶⁴ Zu klären wäre vielmehr, ob die betreffenden Tätigkeiten oberhalb der tariflichen Regelarbeitszeit nachweisbar mit besonderen

57 BAG, 28.10.2021 – 8 AZR 370/20 (A) – NZA 2022, 702, Rn. 25.

58 Ebenso *Sollfrank*, ZESAR 2021, 296, 299: »überfällig«.

59 Statt vieler BAG, 23.3.2017 – 6 AZR 161/16 – NZA-RR 2018, 45, Rn. 57; *Bayreuther*, NZA 2019, 1684, 1685; *Herms/Degen*, RdA 2021, 311, 313 f.

60 EuGH, 27.5.2004 – C-285/02 – NZA 2004, 783 (*Elsner-Lakeberg*), Rn. 17.

61 Allg. zu diesem Problem *Preis*, SR 2012, 101, 104 ff.

62 So aber wohl *Thüsing/Mathy*, SR 2019, 292, 292 und 295.

63 EuGH, 1.3.2012 – C-393/10 – NZA 2012, 313 (*O'Brien*), Rn. 63.

64 So aber *Thüsing/Mathy*, SR 2019, 292, 292 und 295.

Belastungen verbunden sind. Das wird in der Praxis kaum jemals gelingen.⁶⁵

Darauf kommt es im Ergebnis nicht entscheidend an, wenn man nicht den Zweck des Zuschlags, sondern die Gegenleistung des Arbeitnehmers in den Blick nimmt. Sie setzt sich aus der regulären Arbeitszeit und den Überstunden zusammen. Für beides wird im Gegenzug der Zuschlag gezahlt. In der Folge erhöht sich bereits die Vergütung der ersten Wochenarbeitsstunde. Diese Ungleichbehandlung zwischen Voll- und Teilzeitkräften lässt sich mit einer besonderen Belastung oberhalb der Regelarbeitszeit von vornherein nicht rechtfertigen.

d) Exkurs: Europäische Tarifautonomie

Freilich begrenzt das Verbot der Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit den Gestaltungsspielraum der Tarifvertragsparteien bei der Vergütung von Überstunden. Die Tarifautonomie gerät dadurch gleichwohl nicht unter einen genuin unionsrechtlichen Druck. Die Rechtsgrundlage des Benachteiligungsverbots wegen der Teilzeitarbeit ist nämlich nicht die »Teilzeitarbeitsrichtlinie«. Es gibt keine europäische Teilzeitarbeitsrichtlinie. Es gibt nur die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit, die mit einer europäischen Richtlinie durchgeführt wurde (Richtlinie 97/81/EG).

Die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit wurde im Jahr 1997 von den branchenübergreifenden Sozialpartnern auf der europäischen Ebene abgeschlossen. Das waren damals UNICE, CEEP und EGB. UNICE ist heute BusinessEurope, der europäische Arbeitgeberverband der Privatwirtschaft. Ihm gehören die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände und der Bundesverband der Deutschen Industrie an.⁶⁶ Im CEEP waren vormals die öffentlichen Arbeitgeber zusammengeschlossen. Heute firmieren sie als »Services of General Interest Europe« oder kurz SGI Europe. Mitglieder sind über den Bundesverband Öffentliche Dienstleistungen etwa die Tarifgemeinschaft deutscher Länder und die Vereinigung der kommunalen Arbeitgeberverbände.⁶⁷ Der EGB ist der Europäische Gewerkschaftsbund, dem der Deutsche Gewerkschaftsbund als Mitglied angehört.⁶⁸

Die von europäischen Sozialpartnern geschlossenen Vereinbarungen hält die deutsche Literatur überwiegend im Grunde für ein rechtliches Nullum, bestenfalls für schuldrechtliche Abreden.⁶⁹ Nach meinem Dafürhalten handelt es sich hingegen um europäische Tarifverträge,

mit denen die europäischen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbände ihr Unionsgrundrecht auf Kollektivvertragsfreiheit ausüben.⁷⁰ Das gilt auch für die Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit. Dieser europäische Tarifvertrag wurde von den Unionsorganen in Form einer Richtlinie für allgemeinverbindlich erklärt.⁷¹ Die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber sind infolgedessen zur Umsetzung der Rahmenvereinbarung, die mitgliedstaatlichen Gerichte zu richtlinienkonformer Auslegung des nationalen Rechts verpflichtet. Die geistigen Urheber des Verbots der Benachteiligung wegen der Teilzeitarbeit sind jedoch nicht die Organe der Europäischen Union, sondern die europäischen Sozialpartnerorganisationen.

Der Druck auf die nationale Tarifautonomie geht daher nicht genuin vom Unionsrecht aus. Es konkurrieren nicht europäisches Recht und nationale Tarifverträge, sondern im Kern europäische und nationale Tarifverträge. Die europäische Tarifautonomie bedient sich des Vorrangs des Unionsrechts, um sich gegenüber nationalem Recht und auch nationalen Tarifverträgen durchzusetzen. Das geschieht aber auf Veranlassung der europäischen Sozialpartner. Sie haben einvernehmlich bei der Kommission die Durchführung der Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit in Form einer Richtlinie beantragt.⁷² Es ist daher in meinen Augen nicht sinnvoll, einen Verlust an tarifautonomen Gestaltungsmöglichkeiten auf der nationalen Ebene zu beklagen,⁷³ den die nationalen Koalitionen mit ihrer Mitgliedschaft in ihren europäischen Dachverbänden selbst legitimiert haben.

65 Im Ergebnis ebenso *Spelge*, ZTR 2017, 335, 336 zum TVöD/TV-L/TV-H.

66 Vgl. www.business-europe.eu/members (27.4.2022).

67 Vgl. www.bvoed.de/mitglieder-bvoed (27.4.2022).

68 Vgl. www.etuc.org/en/national-trade-union-confederations-list-member-organisations (27.4.2022).

69 Vgl. *Benecke*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 76. EL, München Stand: 05/2022, Art. 155 AEUV Rn. 3 ff.; *Greiner*, in: Schlachter/Heinig (Fn. 34), § 21 Rn. 115; *Löwisch/Rieble*, Tarifvertragsgesetz, 4. Aufl., München 2017, Grundlagen Rn. 444 ff.; *Rieble/Kolbe*, EuZA 2008, 453, 459 ff.; *Schwarze*, in: Oetker/Preis (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, EAS, 223. EL, München, Stand: 07/2022, B 8100 Rn. 3 f. und 33 ff.; dagegen *Deinert*, Der europäische Kollektivvertrag, Baden-Baden 1999 (zugl. Rostock, Univ., Diss 1998), S. 186 ff.

70 *Sagan*, in: Preis/Sagan (Hrsg.), Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Köln 2019, Rn. 1.71 ff.; monographisch *Sagan*, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen, Köln 2008 (zugl. Köln, Univ., Diss. 2007), S. 223 ff.

71 *Deinert*, RdA 2004, 211, 220; *Sagan*, in: Preis/Sagan (Fn. 70), Rn. 1.73.

72 Ewg. 9 zur Richtlinie 97/81/EG des Rates vom 15.12.1997 zu der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit – Anhang: Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit.

73 So aber *Pannek*, SAE 2021, 33, 39; s. auch *Herbert/Braun*, NZA-RR 2020, 617, 622 f.

4. Allgemeiner Gleichheitssatz

Im Hinblick auf die Unionsgrundrechte, im Einzelnen den allgemeinen Gleichheitssatz des Unionsrechts (Art. 20 GRC), ist die Entscheidung des EuGH in *Coca-Cola European Partners* mit Spannung erwartet worden.⁷⁴ Der Zehnte Senat hat die unterschiedliche Vergütung von unregelmäßiger Nacharbeit und Nachtschichtarbeit in einem Tarifvertrag zum einen am Gleichheitssatz des Grundgesetzes gemessen und im Ergebnis für grundrechtswidrig erachtet.⁷⁵ Zum anderen fragte der Senat in *Coca-Cola European Partners* den EuGH danach, ob die tarifvertragliche Vergütung von Nacharbeit in den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie falle.⁷⁶ Hätte der EuGH das bejaht, hätte sich die Frage angeschlossen, ob die unterschiedlich gestalteten Nacharbeitszuschläge gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Unionsrechts (Art. 20 GRC) verstoßen.

Die Sache hat sich – jedenfalls unionsrechtlich – in Wohlgefallen aufgelöst. Der EuGH hat entschieden, dass die Nacharbeitszuschläge nicht in den Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie fallen. Die Richtlinie regelt – vereinfacht gesprochen – die Nacharbeitszeit, nicht das Nacharbeitsentgelt. Deswegen stellte sich nicht die Frage nach einem Verstoß gegen den unionsrechtlichen Gleichheitssatz. Dennoch hat der EuGH ausgeführt, die Unionsgrundrechte fänden auf nationale Regelungen Anwendung, wenn das Unionsrecht in dem betreffenden Sachbereich spezifische Verpflichtungen der Mitgliedstaaten enthalte.

Die Entscheidung des EuGH in *Coca-Cola European Partners* weist einen handwerklichen Fehler auf. Die Siebte Kammer hat dort ausgeführt, die EU habe das IAO-Übereinkommen zur Nacharbeit nicht ratifiziert; es sei in der Unionsrechtsordnung nicht verbindlich.⁷⁷ Die Kammer hat deswegen eine Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie im Lichte des IAO-Übereinkommens abgelehnt. Sie hat dabei aber nicht berücksichtigt, dass die Zweite Kammer nur kurz zuvor gegenteilig entschieden hat.⁷⁸ Die Zweite Kammer hat – wie auch die Vorlage des Zehnten Senats⁷⁹ – zur Auslegung der Arbeitszeitrichtlinie das IAO-Übereinkommen zur Nacharbeit herangezogen. So kam sie zu dem Ergebnis, die bei Nacharbeit zu treffenden Schutzmaßnahmen könnten auch das Arbeitsentgelt betreffen. Ohne auf dieses Präjudiz einzugehen, war die Siebte Kammer in *Coca-Cola European Partners*

der Ansicht, die Arbeitszeitrichtlinie betreffe nicht das Entgelt der Arbeitnehmer. Die Rechtsprechung des EuGH ist daher uneinheitlich.

Zweifelhaft sind darüber hinaus die Ausführungen der Siebten Kammer zum Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte. Sie geht davon aus, dass die Unionsgrundrechte auf nationales Recht und damit auch auf nach nationalem Recht geschlossene Tarifverträge Anwendung finden können. Das soll nur gelten, soweit das Unionsrecht den Mitgliedstaaten spezifische Verpflichtungen auferlegt.⁸⁰ In *Åkerberg Fransson* hat die Große Kammer des EuGH noch klar formuliert, die durch die Charta garantierten Grundrechte seien zu beachten, wenn eine nationale Rechtsvorschrift in den Geltungsbereich des Unionsrechts fällt.⁸¹ Es seien keine Fallgestaltungen denkbar, die vom Unionsrecht erfasst würden, ohne dass die Unionsgrundrechte anwendbar wären. Die Anwendbarkeit des Unionsrechts umfasse die Anwendbarkeit der durch die Charta garantierten Grundrechte.

Daran entzündete sich die Kritik des BVerfG. Es mahnte, für die Anwendung der Unionsgrundrechte dürfe nicht jeder sachliche Bezug einer nationalen Regelung zum bloß abstrakten Anwendungsbereich des Unionsrechts oder rein tatsächliche Auswirkungen auf dieses ausreichen.⁸² In jüngeren Entscheidungen hat das BVerfG diese Kritik deutlich abgeschwächt;⁸³ es verlangt für die Anwendung der Unionsgrundrechte auf einzelstaatliches Recht, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten einen »hinreichend gehaltvollen Rahmen« setzt,

74 EuGH, 7.7.2022 – C-257/21 und C-258/21 – NZA 2022, 971.

75 BAG, 9.12.2020 – 10 AZR 334/20 – NZA 2021, 1110.

76 BAG, 9.12.2020 – 10 AZR 332/20 (A) – NZA 2021, 1121; parallel BAG, 9.12.2020 – 10 AZR 333/20 (A) nv.

77 EuGH, 7.7.2022 – C-257/21 und C-258/21 – NZA 2022, 971 (*Coca-Cola European Partners Deutschland*), Rn. 51; nachgehend BAG, 22.2.2023 – 10 AZR 332/20 – BAG-Pressesmitteilung Nr. 11/23.

78 Auch zum Folgenden EuGH, 24.2.2022 – C-262/20 – NZA 2022, 467 (*Glavna direktsia »Pozharna bezopasnost i zashtita na naselenieto«*), Rn. 54 f.

79 BAG, 9.12.2020 – 10 AZR 332/20 (A) – NZA 2021, 1121, Rn. 103; s. auch A. Schmidt, ZESAR 2021, 392, 394.

80 EuGH, 7.7.2022 – C-257/21 und C-258/21 – NZA 2022, 971 (*Coca-Cola European Partners Deutschland*), Rn. 41 ff. und 48 f.; ähnl. zuvor bereits A. Schmidt, ZESAR 2021, 392, 393.

81 Auch zum Folgenden EuGH, 26.2.2013 – C-617/10 – NJW 2013, 1415 (*Åkerberg Fransson*), Rn. 21.

82 BVerfG, 24.4.2013 – 1 BvR 1215/07 – NJW 2013, 1499, Rn. 91.

83 BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – NJW 2020, 300, Rn. 43 richtet sich nur noch gegen eine übermäßig weite Auslegung von Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC.

der erkennbar auch unter Beachtung der Unionsgrundrechte konkretisiert werden soll.⁸⁴

Bereits zuvor hatte der EuGH eingeräumt, der Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte sei nicht schon dann eröffnet, wenn ein Unionsrechtsakt und eine nationale Maßnahme nur benachbart sind oder sich bloß mittelbar aufeinander auswirken können.⁸⁵ Auch genüge nicht, dass ein nationaler Rechtsakt in den Zuständigkeitsbereich der Union fällt.⁸⁶ Erforderlich sei vielmehr, dass unionsrechtliche Vorschriften den Mitgliedstaaten in einem bestimmten Bereich im Hinblick auf einen bestimmten Sachverhalt eine bestimmte Verpflichtung auferlegen.⁸⁷ Die Siebte Kammer des EuGH interpretiert diese Rechtsprechung, indem sie in *Coca-Cola European Partners* verlangt, dass das Unionsrecht den Mitgliedstaaten spezifische Verpflichtungen auferlegt. Das mag eine Annäherung an das vom BVerfG formulierte Kriterium des »hinreichend gehaltvollen Rahmens« sein.

Diese Abgrenzungsformeln sind Versuche, den äußeren Randbereich zu definieren, in dem die Unionsgrundrechte noch anzuwenden sind. Für den unstreitigen Kernbereich bleibt es bei dem in *Åkerberg Fransson* formulierten Grundsatz: Die Anwendung des Unionsrechts führt zur Anwendung der Unionsgrundrechte.

III. Urlaub

1. Mehrarbeitszuschlag

Nachtarbeitszuschläge fallen, so viel steht nach *Coca-Cola European Partners* fest, nicht in den Anwendungsbereich der Unionsgrundrechte. Anders verhält es sich mit Mehrarbeitszuschlägen im Bereich des Urlaubsrechts. Sie können der Anwendung des EU-Grundrechts auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31 Abs. 2 GRC) unterfallen.

Der Zehnte Senat hegte unionsrechtliche Zweifel an einer tariflichen Regelung, nach der Mehrarbeitszuschläge nur nach der tatsächlich erbrachten Arbeitszeit berechnet wurden. Urlaubszeiten blieben hingegen unberücksichtigt. Der Zuschlag konnte deswegen entfallen, wenn in einer Berechnungsperiode Mehrarbeit und Urlaub zusammenfielen. Die Inanspruchnahme von Urlaub führte deswegen gegebenenfalls zu zeitlich nachgelagerten finanziellen Nachteilen.⁸⁸ Arbeitnehmer hatten, so der Senat, einen Anreiz, Urlaub nicht zu nehmen.⁸⁹ Der Senat war sich jedoch unsicher, ob dieser Anreiz gewichtig genug

war. Er erwog, zwischen vorhersehbarer Mehrarbeit, deren Vergütung einen wesentlichen Teil des gesamten Entgelts ausmacht, und Mehrarbeit zu unterscheiden, die nur ausnahmsweise und unvorhersehbar anfällt.⁹⁰

Im Ausgangspunkt hat der EuGH die Bedenken des Senats in *Koch Personaldienstleistungen* bestätigt. Mehrarbeit dürfe nicht so mit Urlaubszeiten verrechnet werden, dass für die Arbeitnehmer ein finanzieller Anreiz entsteht, auf Urlaub zu verzichten.⁹¹ Dem Gewicht dieses Anreizes scheint aus Sicht des EuGH keine Bedeutung zuzukommen. Er unterscheidet auch nicht zwischen gewöhnlicher und außergewöhnlicher Mehrarbeit.⁹² Entscheidend sei nur, ob der Arbeitnehmer mehr Entgelt erhalten hätte, wenn er keinen Urlaub genommen hätte.⁹³ Von nur geringfügigen Gehaltseinbußen, die rechtlich unerheblich wären, ist in der Entscheidung des EuGH keine Rede. Allerdings hat der EuGH den Vorlagebeschluss dahin verstanden, dass der streitgegenständliche Tarifvertrag die Arbeitnehmer tatsächlich davon abhalten könne, Urlaub in Anspruch zu nehmen.⁹⁴ Die diesbezügliche Würdigung des Sachverhalts hat der EuGH den mitgliedstaatlichen Gerichten überlassen.⁹⁵

2. Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub

Im Ergebnis verstieß die tarifliche Norm gegen die Arbeitszeitrichtlinie, konkret gegen den sich aus der

84 BVerfG, 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 – NJW 2020, 300, Rn. 44; BVerfG, 30.6.2020 – 1 BvR 1679/17 ua. – NVwZ-RR 2021, 177, Rn. 169; BVerfG, 18.8.2020 – 1 BvQ 82/20 – NVwZ 2020, 1500, Rn. 21; dazu *Britz*, NJW 2021, 1489, 1492 f.

85 EuGH, 10.7.2014 – C-198/13 – NZA 2014, 1325 (Hernández ua.), Rn. 34.

86 EuGH, 10.7.2014 – C-198/13 – NZA 2014, 1325 (Hernández ua.), Rn. 36; best. EuGH, 4.6.2020 – C-32/20 – ECLI:EU:C:2020:441 (Balga), Rn. 26; EuGH, 14.10.2021 – C-244/20 – ECLI:EU:C:2021:854 (INSS – Pension de veuvage fondée sur le concubinage), Rn. 61.

87 EuGH, 19.11.2019 – C-609/17 und C-610/17 – NZA 2019, 1631 (TSN), Rn. 53.

88 BAG, 17.6.2020 – 10 AZR 210/19 (A) – NZA 2020, 1551, Rn. 36.

89 BAG, 17.6.2020 – 10 AZR 210/19 (A) – NZA 2020, 1551, Rn. 36.

90 BAG, 17.6.2020 – 10 AZR 210/19 (A) – NZA 2020, 1551, Rn. 53 f.; abl. *Weidl*, NZA-RR 2021, 577, 578 f.

91 EuGH, 13.1.2022 – C-514/20 – NZA 2022, 205, Rn. 32; zuvor schon EuGH, 22.5.2014 – C-539/12 – NZA 2014, 593, Rn. 21 (Lock).

92 Zust. *Weidl*, GPR 2022, 100, 102.

93 EuGH, 13.1.2022 – C-514/20 – NZA 2022, 205 (Koch Personaldienstleistungen), Rn. 38.

94 EuGH, 13.1.2022 – C-514/20 – NZA 2022, 205 (Koch Personaldienstleistungen), Rn. 35.

95 EuGH, 13.1.2022 – C-514/20 – NZA 2022, 205 (Koch Personaldienstleistungen), Rn. 40; aA. *Weidl*, GPR 2022, 100, 102, da sich der Prüfungsauftrag nicht im Tenor der Entscheidung wiederfinde.

Richtlinie ergebenden Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 7 Abs. 1 ArbZ-RL 2003/88/EG). Gegen einen privaten Arbeitgeber hätte sich der Arbeitnehmer jedoch nicht unmittelbar auf die Richtlinie berufen können.⁹⁶ Der EuGH hat daher neben dem Verstoß gegen die Arbeitszeitrichtlinie auch einen Verstoß gegen das Unionsgrundrecht auf bezahlten Jahresurlaub (Art. 31 Abs. 2 GRC) festgestellt.⁹⁷ Auf die Grundrechtsverletzung kann sich der Arbeitnehmer auch in einem Rechtsstreit zwischen Privaten berufen.⁹⁸

Das Unionsrecht beschränkt mithin den Gestaltungsspielraum der nationalen Tarifvertragsparteien. Aus der Sicht des Urlaubsrechts bleiben sie bei der Ausgestaltung von Mehrarbeitszuschlägen aber nach wie vor weitgehend frei. Aus der Entscheidung des EuGH folgt nicht, dass Mehrarbeit, die während des Urlaubs nur hypothetisch angefallen wäre, vergütet werden müsste.⁹⁹ Es muss lediglich ausgeschlossen werden, dass die Arbeitnehmer finanzielle Nachteile erleiden, die sie davon abhalten könnten, Urlaub in Anspruch zu nehmen. Es gibt viele Wege, auf denen sich dieses Ziel erreichen lässt. Denkbar ist beispielsweise, bei der Berechnung eines Mehrarbeitszuschlags für die Urlaubszeit die durchschnittliche Arbeitszeit des Vormonats in Ansatz zu bringen.¹⁰⁰

Grundrechtsdogmatisch ist die Entscheidung des EuGH folgerichtig. Da der Anwendungsbereich der Arbeitszeitrichtlinie eröffnet war, mussten auch die Unionsgrundrechte Anwendung finden, zu denen auch das Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub zählt. Problematisch ist die inhaltliche Gleichsetzung von Grundrecht und Richtlinie, die der EuGH allerdings in ständiger Rechtsprechung annimmt.¹⁰¹ Aus dem Verstoß gegen die Richtlinie folgt automatisch der Verstoß gegen das korrespondierende Grundrecht. Es ist mit Rücksicht auf die Normenhierarchie des Unionsrechts wenig überzeugend, dass der Inhalt der Richtlinie den Inhalt des Grundrechts bestimmt.

In den praktischen Konsequenzen ist die Gleichsetzung von Richtlinie und Grundrecht jedoch ein Akt richterlicher Selbstbeschränkung. Das Grundrecht richtet sich nach der Konzeption des EuGH nur gegen solche Regelungen, die in den Mitgliedstaaten nach der Richtlinie ohnehin unzulässig sind. Revolutionär ist das nicht.

Deutlich zeigt sich dies im Fall *Koch Personaldienstleistungen*. Der Rechtsstreit wäre nicht anders zu entscheiden gewesen, wenn es das europäische Grundrecht auf bezahlten Jahresurlaub überhaupt nicht gäbe. Dann wäre etwa der bun-

desgesetzliche Urlaubsanspruch (§§ 1, 2 und 3 Abs. 1 BUrlG) richtlinienkonform auszulegen. Er wäre so zu verstehen, dass dem Arbeitnehmer keine finanziellen Nachteile daraus erwachsen dürfen, dass er Urlaub in Anspruch nimmt.¹⁰² Davon könnte nach dem Bundesurlaubsgesetz auch in Tarifverträgen nicht abgewichen werden (§ 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG).¹⁰³ Das Ergebnis unterscheidet sich nicht von der unmittelbaren Anwendung des Unionsgrundrechts auf bezahlten Jahresurlaub auf den tariflichen Mehrarbeitszuschlag.

IV. Stärkung der Tarifaufonomie

Die bisherigen Ausführungen seien abschließend mit zwei Gesichtspunkten kontrastiert, die zeigen, wie das Unionsrecht die Tarifaufonomie stärkt.

1. Mindestlohnrichtlinie

Der erste Gesichtspunkt ist die Mindestlohnrichtlinie (EU) 2022/2041 (im Folgenden: MiLo-RL). Die EU-Kommission hat im Oktober 2020 ihren Vorschlag für eine Richtlinie über angemessene Mindestlöhne in der Europäischen Union veröffentlicht.¹⁰⁴ Der Rat hat die endgültige Fassung der Richtlinie im Oktober 2022 – gegen die Stimmen von Dänemark und Schweden sowie bei Enthaltung Ungarns¹⁰⁵ – angenommen. Sie ist bereits in Kraft getreten und von den Mitgliedstaaten bis zum 15. November 2024 umzusetzen.¹⁰⁶

96 EuGH, 5.10.2004 – C-397/01 bis C 403/01 – NZA 2004, 1145 (Pfeiffer ua.), Rn. 108.

97 EuGH, 13.1.2022 – C-514/20 – NZA 2022, 205 (Koch Personaldienstleistungen), Rn. 24 ff. und 46.

98 EuGH, 6.11.2018 – C-569/16 und C-570/16 – NZA 2018, 1567 (Bauer und Willmeroth), Rn. 79 ff.

99 Zutr. *Krimphove*, ArbRAktuell 2022, 36.

100 *Fuhlrott*, EWiR 2022, 155, 156.

101 Zum Ganzen *Sagan*: in *Preis/Sagan* (Fn. 70), Rn. 1.163 f. mwN.

102 So bereits BAG, 13.6.2019 – 6 AZR 576/17 – ZTR 2019, 605, Rn. 27.

103 Vgl. BAG, 22.1.2019 – 9 AZR 10/17 – NZA 2019, 832, Rn. 31 ff.

104 COM(2020) 682 final.

105 Abstimmungsergebnis ST 13171 2022 INIT.

106 ABl. 2022 L 275, S. 33. Dänemark hat im Januar 2023 beim EuGH beantragt, die MiLo-RL für nichtig zu erklären, weil sie gegen Art. 153 Abs. 5 AEUV verstoße; Rs. C-19/23 – ABl. 2023 C 104, S. 17 (Königreich Dänemark/Parlament und Rat); so im Ergebnis auch *Klumpp*, ZESAR 2023, 101, 102 ff.; *Vogt*, EuZA 2023, 50, 63 ff.; demgegenüber ist *Kovács*, SR 2023, 70, 74 der Ansicht, die Chancen einer Nichtigkeitsklage stünden nicht gut.

Die Richtlinie unterscheidet zwischen staatlichen und tarifvertraglichen Mindestlöhnen, verpflichtet aber nicht zur Einführung von Mindestlöhnen (Art. 1 Abs. 1 und 3 MiLo-RL). Sie bekennt sich ausdrücklich dazu, die Autonomie der Sozialpartner und deren Recht, Tarifverträge auszuhandeln und abzuschließen, uneingeschränkt zu achten (Art. 1 Abs. 2 MiLo-RL).

Im Hinblick auf Tarifverträge definiert die Richtlinie die Zielgröße der sogenannten tarifvertraglichen Abdeckung. Damit ist der Anteil der Arbeitnehmer auf der nationalen Ebene gemeint, für die ein Tarifvertrag gilt (Art. 3 Nr. 5 MiLo-RL). Die Mitgliedstaaten werden zur Erhöhung der tariflichen Abdeckung in die Pflicht genommen. Sie sollen die Kapazitäten der Sozialpartner fördern, Lohntarifverhandlungen zu führen; sie sollen konstruktive, zielführende und fundierte Lohnverhandlungen zwischen den Sozialpartnern unterstützen (Art. 4 Abs. 1 Buchst. a und b MiLo-RL). Beträgt die tarifliche Abdeckung weniger als 80 %, muss der Rahmen von Tarifverhandlungen geregelt und ein Aktionsplan zur Förderung von Tarifverhandlungen erstellt werden (Art. 4 Abs. 2 MiLo-RL).

Man kann die Verpflichtung der Staaten zur Förderung der Tarifvertragsparteien als paternalistisch kritisieren.¹⁰⁷ Tarifautonomie zeichnet sich durch Staatsferne aus. Sie darf nicht von staatlicher Förderung abhängen. In Deutschland dürfte die zurückhaltend formulierte Förderpflicht allerdings wohl kaum nennenswerte Auswirkungen zeitigen.¹⁰⁸ In anderen EU-Mitgliedstaaten, insbesondere in Mittel- und Osteuropa, sieht die Welt anders aus. Dort liegt die tarifliche Abdeckung etwa in Slowenien und Rumänien über 80 %, in Polen jedoch nur bei 25 %, in den baltischen Staaten unter 20 %.¹⁰⁹ In den letztgenannten Mitgliedstaaten werden tarifliche Strukturen nicht von unsichtbarer Hand entstehen. Es ist nachvollziehbar, dass die EU nationale Fördermaßnahmen für die Etablierung tariflicher Strukturen anstößt, um zu einer Angleichung der Lohnverhältnisse beizutragen. Das ist, wie die Erwägungsgründe zur Richtlinie ausführen, die Voraussetzung für einen Wettbewerb im Binnenmarkt auf der Grundlage hoher Sozialstandards unter gleichen Bedingungen (Ewg. 7 MiLo-RL).

In Mitgliedstaaten mit schwacher Tarifabdeckung kann sich die Mindestlohnrichtlinie als wertvoller Beitrag zum Aufbau von Tarifstrukturen entpuppen. Sie hat zumindest das Potential, zu einer echten »Tarifautono-

miestärkungsrichtlinie« zu werden, die dieses Prädikat im Gegensatz zu ihrem deutschen Pendant, dem sogenannten »Tarifautonomiestärkungsgesetz«¹¹⁰, auch tatsächlich verdient.¹¹¹

2. Sozialer Dialog auf Unionsebene

Der andere Gesichtspunkt ist der soziale Dialog auf Unionsebene. Das Unionsrecht, genauer der Vertrag über die Arbeitsweise der EU, erlaubt den Sozialpartnern, Vereinbarungen auf der Unionsebene abzuschließen (Art. 155 Abs. 1 AEUV). Diese Vereinbarungen können durch Abschluss von Tarifverträgen in den Mitgliedstaaten¹¹² oder auf Antrag der Sozialpartner in Form einer Richtlinie durchgeführt werden (Art. 155 Abs. 2 AEUV). In der deutschen Arbeitsrechtswissenschaft wird dieses Verfahren verbreitet als bloß organisationsrechtliche Modifikation des Rechtssetzungsverfahrens der EU gedeutet.¹¹³ Die Sozialpartner würden in die Gesetzgebung der EU einbezogen. Es handle sich um ein spezifisches Rechtssetzungsmodell der Europäischen Union mit korporatistischem Einschlag.¹¹⁴

Dass mich diese Sichtweise nicht überzeugt, habe ich bereits ausgeführt.¹¹⁵ Sie führt zu dem zweifelhaften Ergebnis, die europäische Sozialpartnervereinbarung als unverbindliches *gentlemen's agreement* zu verstehen. Nach dieser Lesart wäre das betreffende Unionsrecht praktisch wirkungslos. Um unverbindliche Absichtserklärungen abzugeben, brauchen die Sozialpartner kein Uni-

107 Zur Diskussion *Eichenhofer*, AuR 2021, 148; *Franzen*, ZfA 2021, 157, 165 ff.; *Klocke/Hautkappe*, ZESAR 2021, 63, 65; *Klumpff*, EuZA 2021, 284, 304 ff.; *Sagan/Witschen/Schneider*, ZESAR 2021, 103, 106.

108 *Klumpff*, EuZA 2021, 284, 304: »zahnlos«; anders *Franzen*, ZfA 2021, 157, 175, der eine Beeinträchtigung der Koalitionsfreiheit (Art. 9 Abs. 3 GG) für möglich hält; krit. auch *Klocke/Hautkappe*, ZESAR 2021, 63, 65.

109 *Waddington/T. Müller/Vandaele*, in: *Waddington/Müller/Vandaele* (Hrsg.), *Collective bargaining in Europe: toward an endgame I*, Brüssel 2019, S. 1, 7.

110 BGBl. I 2014, 1348.

111 Zur Kritik statt vieler nur *Hensler*, RdA 2015, 43, der von einem »Tarifautonomieschwächungsgesetz« spricht und zutr. feststellt, das Gesetz enthalte »den mit großem Abstand massivsten staatlichen Eingriff in die verfassungsrechtlich geschützte Tarifautonomie [...], den es seit Inkrafttreten des Grundgesetzes gegeben hat« (56).

112 Zum sog. Modell des mehrstufigen Tarifvertrages *Däubler TVG-Schiek* (Fn. 10), Einl. Rn. 1108 ff. mwN.

113 Dazu die Nachweise in Fn. 69.

114 *Löwisch/Rieble* (Fn. 69), Grundlagen Rn. 449; s. auch *Arnold*, NZA 2002, 1261, 1263: »europäischer Korporatismus«; ferner *Langenbacher*, ZEuP 2002, 265, 277 f.

115 Dazu die Nachweise in Fn. 70.

onsrecht. Nach meinem Dafürhalten sind die im Rahmen des sozialen Dialogs auf Unionsebene abgeschlossenen Vereinbarungen europäische Tarifverträge, geschützt vom Unionsgrundrecht der Kollektivvertragsfreiheit (Art. 28 Var. 1 GRC).

Seit langer Zeit erlaubt das heutige Unionsrecht den Abschluss von Kollektivverträgen auf der europäischen Ebene.¹¹⁶ Seit Jahrzehnten rollt das europäische Recht den Sozialpartnern sprichwörtlich den roten Teppich aus. Davon konnten Arbeitgebervereinigungen und mehr noch Gewerkschaften im Zeitalter der Industrialisierung nur träumen. Die kollektiven Freiheiten, Tarifvertragsfreiheit und Arbeitskampfrecht, mussten auf nationaler Ebene bis spät ins 20. Jahrhundert hinein mühevoll errungen und durchgesetzt werden.¹¹⁷

Diese sozialen Errungenschaften hat das europäische Recht schon lange vor dem Inkrafttreten der EU-Grundrechtecharta aus den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten und dem Völkerrecht rezipiert. Bereits 2007 hat der EuGH das Arbeitskampfrecht in *Laval* als europäisches Grundrecht anerkannt. Es sei, so der EuGH damals, fester Bestandteil der allgemeinen Grundsätze des europäischen Rechts.¹¹⁸ Nichts anderes gilt für die Tarifvertragsfreiheit. Seit 2009 sind beide

Grundrechte, das Recht auf Kollektivverträge und Kollektivmaßnahmen, in Art. 28 der EU-Grundrechtecharta verbürgt. Der soziale Dialog auf Unionsebene bietet den rechtlichen Rahmen, um den Kollektivgrundrechten Leben einzuhauchen.¹¹⁹ Die unionsrechtlichen Potentiale für europäische Tarifstrukturen haben die Sozialpartner nach meinem Eindruck bislang bei weitem noch nicht ausgeschöpft.

Mir scheint es daher ratsam, nicht weiter über unionsrechtlichen Druck auf die deutsche Tarifautonomie zu räsonieren. Anstatt einen Verlust von Gestaltungsmöglichkeiten auf der nationalen Ebene zu beklagen, wäre es allemal besser, über den Zugewinn an Gestaltungsmöglichkeiten auf der europäischen Ebene nachzudenken.

116 Zur geschichtlichen Entwicklung des sozialen Dialogs auf europäischer Ebene *Deinert*, RdA 2004, 211, 212 ff.; Däubler TVG-*Schiek* (Fn. 10), Einl. Rn. 1026 ff.

117 Monographisch *Kittner*, Arbeitskampf – Geschichte, Recht, Gegenwart, München 2005, S. 196 ff.

118 EuGH, 18.12.2007 – C-341/05 – NZA 2008, 159 (*Laval un Partneri*), Rn. 90.

119 Ausf. *Sagan*, Das Gemeinschaftsgrundrecht auf Kollektivmaßnahmen (Fn. 70), S. 223 ff. und 316 ff. mit einer vielleicht zu vorsichtigen Einschätzung zum Arbeitskampfrecht.

Philosophical and Sociological Reflections on Labour Law in Times of Crisis

Hrsg. von Eduardo von Adamovich/Marcel Zernikow, 2022, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 438 S., ISBN10: 1-5275-8349-X; ISBN13: 978-1-5275-8349-8, 101,45 €

I. Zur Einleitung – Arbeitsrecht und Krisen

Arbeitsrecht und Krisen stehen seit jeher in einem engen Verhältnis. Bezieht man die historische Dimension der Heim-, Agrar- und Industriearbeit seit dem 19. Jahrhundert ein, dann hat sich das Arbeitsrecht als Schutzrecht aus ökonomischen und sozialen Krisen in Wirtschaft und Gesellschaft entwickelt. Vor diesem Hintergrund sind philosophische und soziologische Überlegungen zum Arbeitsrecht in Krisenzeiten nicht ungewöhnlich. Durchaus ungewöhnlich ist es jedoch, 22 Betrachtungen zu diesem Thema aus insgesamt 14 Ländern und Rechtskulturen in einem Buch zusammenzuführen. Kann aus Vielem Neues entstehen? Jedenfalls erwächst hieraus ein Mehrwert gegenüber Untersuchungen aus nur einem Land und einer Disziplin. Die Vielfalt schafft eine in thematischer und in methodischer Hinsicht breitere Grundlage an Wissen und an Verständnis. Allerdings erzeugt sie auch die Gefahr des Verlustes an Übersicht und Zusammenhang. Um die Vielfalt der 22 Beiträge lesbar zu machen, sind Rahmung und Gliederung erforderlich. Die Herausgeber, der brasilianische Arbeitsrechtsprofessor und Arbeitsrichter *Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich* und der in Frankreich und Brasilien das IPR des Arbeitsrechts lehrende *Marcel Zernikow*, bemühen sich um Übersicht durch eine Einleitung, die Ziele und Struktur erläutert, und Schlussfolgerungen, die die Ergebnisse würdigen. Hinzu kommt die inhaltliche Ordnung durch Aufteilung des Gesamtstoffs auf vier Teile: die theoretischen Grundlagen für das Nachdenken über Arbeitsrecht, das Wesen des Arbeitsrechts im Lichte regionaler Studien und universaler Prinzipien, neue Parameter für die Entwicklung des Arbeitsrechts, Überlegungen zur Zukunft des Arbeitsrechts. Zusammen mit den Kurzbiographien der Autorinnen und Autoren kommen 438 Seiten zusammen. Was fehlt, ist ein Abkürzungsverzeichnis.

Zu den äußeren Merkmalen des Buches gehört das Gewicht Brasiliens in der regionalen Verteilung: 5 der 22 Beiträge stammen aus diesem Land; nimmt man zwei Beiträge aus Mexiko und Argentinien hinzu, entfällt fast ein Drittel der Kapitel des Buches auf Lateinamerika. Der Rest verteilt sich auf das Europa der Europäischen Union; mit jeweils einem Beitrag sind Polen, Rumänien, die Slowakische Republik und die Tschechische Republik vertreten. Aus Deutschland kommen zwei Beiträge (*Eva Kocher* und *Manfred Weiss*).

Der geographischen Vielfalt entspricht Mehrsprachigkeit. Der ganz überwiegende Teil der Beiträge ist in Englisch, drei Beiträge erfordern Kenntnisse des Portugiesischen (zum Lesen zweier brasilianischer Beiträge) und des Spanischen (für eine Abhandlung aus Argentinien). Man darf den Mangel von Geld und Zeit für die unterbliebene Übersetzung der drei Manuskripte ins Englische vermuten. Die Folge ist jedoch eine Einschränkung des Zugangs zu dem Buch für diejenigen Leserinnen und Leser, die nicht Portugiesisch und/oder Spanisch verstehen können und denen auch nicht das Große Lateinum als approximierende Verständnishilfe zur Verfügung steht. Abgemildert wird die Folge der Mehrsprachigkeit des Buches dadurch, dass die Herausgeber in den »Conclusions« den gedanklichen Extrakt aller Beiträge in Englisch würdigen.

II. Die Krisenbetrachtungen im Einzelnen

Von welchen Krisenzeiten spricht das Buch? Den Anstoß zu der vorliegenden Sammlung von Krisenbetrachtungen hat die zum Zeitpunkt der Entstehung des Buches jüngste Krise der letzten Jahrzehnte gegeben, die Covid-19-Pandemie. Der Krieg in der Ukraine hingegen, mit seinen Folgen der Energiekrise, der Fluchtkrise und der Krise des Geldwertverlustes, ist nicht mehr Gegenstand des Buches. Nimmt man die Auswirkungen des Klimawandels hinzu, so wird deutlich, dass krisenhaftes Weltgeschehen auf absehbare Zeit Bestandteil philosophischer und soziologischer Rechtsbetrachtungen bleiben wird. Auch Krisen werden rasch global, wie man an der Covid-19-Pandemie und ihren weltweiten Auswirkungen auf Arbeitswirklichkeit und Arbeitsrecht (und Sozialrecht) erleben konnte. Aus der Sicht der Herausgeber rechtfertigt das auch die internationale Zusammensetzung der in dem Buch zusammengestellten Aufsätze.

In Zeiten der Krise erweist sich das Arbeitsrecht als anfällig und robust zugleich. Vor diesem Hintergrund war den Autorinnen und Autoren des Buches die Aufgabe gestellt, die theoretischen Grundlagen des Arbeitsrechts durch den Vergleich von historischen und gegenwärtigen Erfahrungen der Krisenbewältigung in ihren jeweiligen Rechtsordnungen herauszuarbeiten.

Der erste Teil des Buches trägt theoretische Grundlagen des Arbeitsrechts zusammen. In fünf Kapiteln finden sich (bei *Marcel Zernikow*) Bezugnahmen auf *Hegels* »Grundlagen der Philosophie des Rechts« und auf *Karl Marx*, aber auch auf moderne (rechts-)soziologische Analyseansätze bei *Max Weber*, *Jean Carbonnier*, *Jacques Commaille*, *Georges Gurvitch*, *Hugo Sinzheimer* und *Alain Supiot*. Der italienische Arbeitsrechtsprofessor *Giuseppe Casale* verfolgt Entwicklungslinien der Rechtsphilosophie und der Rechtstheorie bis hin zu feministischen Rechtstheorien. Die spanische Rechtsphilosophin *Leonor Suárez Llanos* setzt sich mit dem kritischen Konzept der Arbeit auseinander. Das von ihr vorgeschlagene Konzept von Arbeit gründet sie auf den drei »R« von »resignification«, »redistribution« und »representation«. Manches in ihren abstrakten Überlegungen haben wir nicht gut oder nicht verstanden, so beispielsweise die Wortschöpfung der »resignification«. Als Alternative hierzu bietet die Verfasserin »recognition« an, was dieses Element deutlicher macht, zumal sie sich auch auf *Axel Honneth* und damit dessen Grundgedanken der Anerkennung bezieht. Ebenfalls aus philosophischer Höhe auf die krisenhafte Gegenwart blickt *Eduardo Henrique Raymundo von Adamovich*, einer der beiden Herausgeber, in seinem Beitrag zu »Re-Constituting Labour Law«. Sein Literaturverzeichnis macht mit der Einbeziehung von unter anderem *Hannah Arendt*, *Karl Marx*, *Friedrich Engels* und *Carl Schmitt* und der Bezugnahme auf die päpstliche Enzyklika »Centesimus Annus« die vielgestaltige Quellenlage der Weltbetrachtung deutlich. In ihrem in portugiesischer Sprache verfassten Beitrag untersuchen *André Jobim de Azevedo*, Professor und Mitglied der Brasilianischen Akademie des Arbeitsrechts, und *Vitor Kaiser Jahn*, ein brasilianischer Rechtsanwalt mit Schwerpunkt im Arbeitsrecht, die Auswirkungen von gegenwärtig wenigstens vier Krisen, die ihre Ursachen außerhalb des Rechts haben, auf die Institutionen und die Dogmatik des Arbeitsrechts aber einwirken: die neue politische, soziale und wirtschaftliche Kon-

junkturlage der postindustriellen Gesellschaft, die zyklisch auftretenden Wirtschaftskrisen, die jeweils eine Verringerung der Produktionskosten erzwingen, die vierte industrielle Revolution mit ihren disruptiven Technologien, in deren Gefolge unter anderem das neue Paradigma der »Uberisierung« entstanden ist, und schließlich die Covid-19-Pandemie mit ihren weitreichenden Auswirkungen auf Volksgesundheit und Wohlstand. In Anbetracht dieses Krisenszenarios stellen die Autoren die Frage nach der Nachhaltigkeit des Arbeitssystems und der Schutzmechanismen des Arbeitsrechts. Antworten darauf suchen sie in den philosophischen Grundlagen des Arbeitsrechts und insbesondere in der Theorie der Gerechtigkeit von *John Rawls*. In ihrer auf Verteilungsgerechtigkeit, Diskriminierungsfreiheit und Fairness abstellenden Methode finden die Autoren weiterführende Ansätze zur philosophischen Begründung arbeitsrechtlicher Theorie und Praxis.

Schon nach der Zahl der Beiträge nimmt der zweite Teil des Buches, der dem Wesen des Arbeitsrechts, seinen allgemeinen Prinzipien und abweichenden Regelungen gewidmet ist, den größten Raum ein. In neun Kapiteln werden hier, ebenfalls disziplinen- und länderübergreifend, Erkenntnisse zur Bedeutung des Arbeitsrechts in Krisenzeiten zusammengetragen. Sie einzeln zu würdigen, ginge über den Rahmen einer Sammelrezension hinaus; kurze Notizen müssen genügen. *Nicole Maggi-Germain*, eine in arbeitsrechtlicher Forschung und Lehre ausgewiesene »Maître de Conférences« (eine forschungsorientierte Statusgruppe in der französischen Hochschullehre, unterhalb der vollen Universitätsprofessur – AH) an der Universität Paris I, Panthéon Sorbonne, schlägt unter dem Blickwinkel der Sozialisierung wirtschaftlicher Risiken und der Neuverteilung von Haftung ein umfassendes Tätigkeitsrecht vor, das über die abhängig Beschäftigten hinaus auch Beamte und Selbständige umfasst. Wie im Arbeitsleben ein Spannungsverhältnis zwischen individuellem und kollektivem Arbeitsrecht entstehen kann, wenn familiäre Pflichten auf das Arbeitsverhältnis einwirken, demonstriert *Eva Kocher*, Lehrstuhlinhaberin an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder), am Beispiel einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts vom 16. Dezember 2008¹. Zugrunde lag ihr der Wunsch einer alleinerziehenden Mutter und

¹ BAG, 16.12.2008 – 9 AZR 893/07 – BAGE 129, 56.

Angestellten in einem Baumarkt nach Anpassung ihrer Arbeitszeit an die Öffnungszeiten einer Kinderbetreuungseinrichtung, was vom Betriebsrat abgelehnt wurde. Für die Verfasserin kommen hierin in solchen Fällen das gesellschaftliche Problem des Verhältnisses von Sorgearbeit und Erwerbsarbeit und die in dieser Hinsicht unzureichende Abstimmung zwischen individuellem und kollektivem Arbeitsrecht zum Ausdruck. Verändern lassen sich kollektive Praktiken und Regelungen im Arbeitsrecht auch durch das Geltendmachen individueller Ansprüche – vorausgesetzt, die individuellen Rechte werden mobilisiert.

Dass Arbeitsrecht nicht nur (negativ) sanktionieren, sondern auch positive Anreize setzen kann, betont *Vincenzo Pietrogianni*, ein italienischer Arbeitsrechtler, der als »associate professor« an der Universität Lund in Schweden tätig ist, unter dem bildhaften Titel »The Carrot Rather than the Stick!«. Nach kurzer Würdigung rechtstheoretischer Ansätze vor allem von *Norberto Bobbio*, *Herbert L. A. Hart*, *Hans Kelsen* und *Christian Thomasius* geht der Verfasser auf die vergleichsweise moderne Rechtsgestaltungsform durch positive Normen ein, die auf Anreize setzt und durch rechtliche oder ökonomische Vorteile zu erwünschtem Verhalten veranlasst. Beide Normenkonzepte schließen sich nicht aus. Für *Pietrogianni* sind sie »perfectly complementary«. Das Nebeneinander von Zwang und Belohnung ist auch wünschenswert, weil die gut geplante Mischung der beiden Sanktionsformen mit einiger Wahrscheinlichkeit die Effektivität des Arbeitsrechts erhöht.

Ausgewählte Fragen des Arbeitsrechts und insbesondere des kollektiven Arbeitsrechts in der Slowakischen Republik sind Gegenstand des Beitrags von *Monika Uhlerová* und *Marek Švec*. *Uhlerová*, eine promovierte Politikwissenschaftlerin, ist Präsidentin des slowakischen Gewerkschaftsbunds KOZ SR und stellvertretende Vorsitzende des Wirtschafts- und Sozialrats der Slowakischen Republik. *Švec* lehrt als Assistenzprofessor an der Rechtsfakultät der Matej Bel-Universität in *Banská Bystrica* und wirkt als Generalsekretär und Präsidiumsmitglied der slowakischen Arbeitsrechtsvereinigung. Die beiden Autoren beschreiben eine Arbeitsrechtswirklichkeit während und nach der Pandemie, die nach ihrer Wahrnehmung in vielen Unternehmen zu einer verstärkten Ausrichtung auf Unternehmensinteressen genutzt wurde und damit den »latenten Kapitalismus« verstärkte. Die neuere

Entwicklung des kollektiven Arbeitsrechts in der Slowakischen Republik kennzeichnen die beiden Autoren mit dem Begriff des »Gewerkschaftsparadoxes«, das sich aus drei Paradoxien zusammensetzt: der faktischen Rückbildung der Bedeutung von Gewerkschaften trotz ausgebauter Rechtspositionen im Arbeitsgesetzbuch und in anderen arbeitsrechtlichen Gesetzen; das Festhalten am bisherigen Stand der gesetzlichen Regelung trotz der Notwendigkeit der Anpassung an geänderte Arbeitsorganisation (Home-Office, Telearbeit, verstärkte Flexibilität, veränderte Arbeitszeitmodelle ua.); der wachsende Abstand zwischen gewerkschaftlichen Handlungsbefugnissen und zurückbleibendem Arbeitnehmerschutz. In ihren abschließenden Bemerkungen beobachten die beiden Autoren mit Sorge das Aufkommen neuer »unabhängiger« Gewerkschaften (die Anführungszeichen im Original, AH) und anderer Zusammenschlüsse, die Sonderinteressen bestimmter Arbeitnehmergruppen vertreten, sich aber nicht in die großen Gewerkschaftsstrukturen des Landes einfügen. Kollektivität als Strukturmerkmal des Arbeitsrechts macht auch der polnische Arbeitsrechtsprofessor *Mirosław Włodarczyk* von der Universität Łódź zum Gegenstand seiner Abhandlung. Er beschreibt unter anderem den Wandel der Gewerkschaftsbewegung in seinem Land ab 1989 von einer in erster Linie Arbeitnehmerinteressen schützenden zu einer an parlamentarischer Gesetzgebungsarbeit mitwirkenden Institution.

Zu Krisen kann es auch innerhalb der Welt der Gewerkschaften kommen. *Nelson Mannrich* und *Alessandra Barichello Boskovic* aus Brasilien, Professor für Arbeitsrecht in Sao Paulo und Anwältin und Professorin für Arbeitsrecht in Sao Paulo, heben die Bedeutung von Gewerkschaften gerade in Krisenzeiten hervor. Die Corona-Pandemie mit ihren vielfältigen Auswirkungen auf das Arbeitsleben und seine Organisationsformen haben nach Auffassung der Autoren gezeigt, wie wichtig es ist, auf solche Krisen nicht nur individuelle, sondern auch kollektive Antworten zu finden. Krisen zeigen sich allerdings auch in den Gewerkschaften selbst. Vor allem der Rückgang der Mitgliederzahlen in Folge zunehmender Individualisierung und die aus Sicht der Autoren unzureichende Demokratisierung der gewerkschaftlichen Organisationen erfordern Reformen. Ebenfalls das brasilianische Arbeitsrecht zum Gegenstand hat die Abhandlung von *Alexandre Agra Belmonte*, Richter am Obersten Arbeitsgericht

Brasiliens und Präsident der Brasilianischen Akademie für Arbeitsrecht. Er widmet sich dem Grundrecht auf Angemessene Vorkehrungen in Fällen der Diskriminierung von Minderheiten in den Arbeitsbeziehungen. Nach theoretischen, von *Robert Alexy* inspirierten Ausführungen zu Gegensätzen und Kollisionen von Prinzipien und Grundrechten gelangt der Verfasser zu Begriff und Typen von Diskriminierung und zum Ursprung des Konzeptes der Angemessenen Vorkehrungen, das in dem multilingualen und multikulturellen Einwanderungsland Brasilien bereits seit den 1960er Jahren Beachtung findet. Eine anschauliche Konkretisierung findet das Konzept der Angemessenen Vorkehrungen in dem *leading case* des Obersten Arbeitsgerichts vom 2. Dezember 2020. Der Verfasser wirkte in dieser Entscheidung als Berichterstatter, was auch in der Ausführlichkeit der Wiedergabe von Teilen der Begründung zum Ausdruck kommt. Der der Entscheidung zugrundeliegende Sachverhalt hat das Problem unzureichender Abstimmung von familiärer Lebenswelt (mit einem behinderten Kind) und Arbeitswelt zum Gegenstand und damit eine gewisse Ähnlichkeit mit dem von *Eva Kocher* erörterten Problem.

Vor dem Hintergrund globaler Lieferketten begründet *Diego Ledesma Iturbide*, Dozent für Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität von Buenos Aires, warum in Bezug auf die Theorie und Dogmatik rechtlicher Sorgfaltspflichten umgedacht werden muss. Über das bestehende Gesetzesrecht hinaus müssen in die Bestimmung transnationaler Sorgfaltspflichten auch die Menschenrechte und die zu ihnen entwickelten Doktrinen sowie die im Wege privater Selbstregulierungen gewonnenen Anforderungen an *compliance* international tätiger Unternehmen einbezogen werden.

Das Thema des Grundeinkommens greifen *Alexander De Becker*, Professor für Arbeitsrecht an der Universität Ghent, und *Flore Claus*, wissenschaftliche Mitarbeiterin an dieser Universität, mit der humorvoll-utopischen Ankündigung eines »Right to Laziness«, eines Rechts auf Faulheit, auf. Ausgangspunkt ist die Frage, wie sich das Grundeinkommen in den internationalen Rechtsrahmen einfügen lässt. Dieser Frage folgen die Autoren unter den beiden Blickwinkeln des Rechts auf Arbeit und des Rechts auf Nichtarbeiten im Sinne eines »Right to Leisure«, also eines Rechts auf freie Zeit. Letzteres schmolz bereits im Zuge der Vorbereitung und Verabschiedung der

Allgemeinen Menschenrechtserklärung bis zur dann verabschiedeten nüchternen Fassung des Artikels 24 ab (»Everyone has the right to rest and leisure, including reasonable limitation of working hours and periodic holidays with pay«). Bis in die Gegenwart ist das (Arbeits-)Recht gegenüber Rechtsansprüchen auf freie Zeit, mit Ausnahme der arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen zur Ruhezeit, zurückhaltend geblieben. Auch die Diskussion um das Grundeinkommen als einer ökonomischen Ergänzung des Rechts auf freie Zeit ist bislang vorwiegend theoretisch und sozialwissenschaftlich, kaum praktisch und rechtswissenschaftlich geführt worden.

Im Vergleich zu dem utopischen Ausblick nimmt sich *Jordi García Viña*, Professor für Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Universität Barcelona, mit den Auswirkungen der digitalen Plattformen auf die Arbeitsbeziehungen ein gegenwärtiges Thema vor. In den durch diese neue Organisationsform der Arbeit aufgeworfenen Fragen von Status und Abhängigkeit kommt es auf die genaue Bestimmung im Einzelfall des Verhältnisses von Selbst- und Fremdbestimmung, der Einfügung in die unternehmerische Organisation der Arbeitsverteilung und Ergebnisüberwachung ua. an. Seiner abschließenden Bemerkung, dass auf diesem Feld »there are many challenges that law experts have in the coming years«, kann man gewiss zustimmen.

Auch an dem alten, das kollektive Arbeitsrecht mitbegründenden Recht auf Streik geht die technologische Entwicklung nicht spurlos vorüber. *Cláudio Teixeira Damilano* und *Gilbert Stürmer*, Rechtsanwalt und Arbeitsrechtsforscher an der Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), der zweite Professor ebendort, untersuchen das Problem, dass durch die vordringende Ersetzung von Menschen durch Maschinen die Gruppen menschlicher Akteure für Arbeitsniederlegungen kleiner werden. Als Alternative schlagen sie die Form des virtuellen Streiks vor, mit dem im Internet Druck auf die Unternehmen mit Hilfe von kritischen online-Informationen erzeugt werden kann. Eine zweite große Aufgabe für die Gewerkschaften, um mit der technologischen Entwicklung Schritt halten zu können, ist nach Ansicht der Autoren der Ausbau gewerkschaftseigener Einrichtungen der Aus- und Weiterbildung, in denen Gewerkschaftsmitglieder das nötige Wissen für technologisch entwickeltes Arbeiten und Handeln erwerben können. *Alfredo Sánchez-Castañeda*, Professor und Forscher an der Nationalen Autonomen Universität in

Mexiko, skizziert mit Hinweisen auf Etappen der Arbeitsrechtsgeschichte die auseinanderstrebende Entwicklung von betrieblicher Wirklichkeit und rechtlicher Regulierung. Angesichts der Vielfalt neuer Arbeitsformen spricht er sich für ein Tätigkeitsrecht aus, das ungeachtet der Unterscheidung zwischen abhängiger und selbständiger Arbeit einen von ethischen Grundsätzen bestimmten und von Marktrationalität unabhängigen rechtlichen Rahmen schafft.

Martin Štefko, Professor (*Associate Professor*) an der Prager Karls-Universität, nimmt in seinem Beitrag das Arbeitsrecht in der Zeit nach der Pandemie in den Blick. Er fragt, welche vor- und nachsorgenden Maßnahmen für die von Covid-19 bedrohten oder erfassten Beschäftigtengruppen getroffen werden müssen. Sein konkreter empirischer Bezug sind Personen, die in der kritischen Infrastruktur beschäftigt sind, wie beispielsweise die Mitglieder der Freiwilligen Feuerwehren oder Polizeikräfte. Auch in der Tschechischen Republik war das Arbeitsrecht auf das massive Infektionsgeschehen nicht eingerichtet. Aus den Erfahrungen mit Pandemiemaßnahmen in Arbeitsbeziehungen und mit daraus folgenden Haftungsfolgen erwächst nach Ansicht des Verfassers Lern- und Anpassungsbedarf auch für das Arbeitsrecht.

Der vierte und letzte Teil des Buches nimmt die Zukunft des Arbeitsrechts in den Blick. Einen gehaltvollen Auftakt macht *Manfred Weiss*, emeritierter Professor für Arbeitsrecht und Zivilrecht an der Frankfurter Johann-Wolfgang-Goethe-Universität. Unter dem Titel der »Herausforderungen für das Arbeitsrecht« trägt er auf der Grundlage seiner langjährigen Erfahrungen im europäischen und internationalen Arbeitsrecht eine Reihe von neuen Bedingungen zusammen, an die sich das Arbeitsrecht anpassen muss. Dazu gehört die Erweiterung auf neue Tätigkeitsgruppen in den Bereichen des *crowdworking* und der Plattformarbeit, deren arbeitsrechtliche Statusgrenzen aufgrund der Digitalisierung diffus geworden sind. Hier spricht er sich für einen gemeinsamen Bestand an rechtlichen Regelungen ungeachtet des Beschäftigtenstatus aus, sieht aber auch die fortbestehende Schwierigkeit der Abgrenzung von Selbständigkeit. Weitere Entwicklungsthemen sind die Verstärkung der Arbeitnehmermitwirkung an Entscheidungen des Managements und die stärker transnationale Fassung arbeitsrechtlicher Mindeststandards, um mit der verstärkten Globalisierung von Unternehmens- und Lieferkettenorganisation mithalten zu können. Es gibt aus

seiner Sicht viel Anpassungsbedarf im Arbeitsrecht, aber keinen Bedarf nach einem neuen Paradigma der Arbeit.

Auf die Folgen von Vereinzelung und Vereinsamung arbeitender Menschen in der post-industriellen und nun noch dazu post-pandemischen Gegenwart geht die rumänische Professorin für Arbeitsrecht *Raluca Dimitriu* ein. Die Vereinzelung hat über ihre psychologische Seite hinaus Folgen für rechtliche Handlungsmöglichkeiten im Arbeitsrecht. Zur Dezentralisierung der Unternehmensorganisation kommt der durch die Digitalisierung der Arbeit beschleunigte Individualismus der Arbeitenden. Dementsprechend schwieriger ist es geworden, kollektives Handeln zu organisieren. Verstärkt wurde der Rückzug aus den Kollektiven der Arbeit durch die Covid-19-Krise. In der Sicherung eines Grundbestandes kollektiver Handlungsformen im Arbeitsleben gegen alle Vereinzelung liegt eine wichtige Aufgabe auch der arbeitsrechtlichen Gestaltung.

An der Universität Palermo wirkt *Calogeo Massimo Cammalleri*, der mit seinem gedankenreichen, aber in Teilen schwer nachvollziehbaren »Blick über den Zaun« die Arbeit neu zu denken und neu auszurichten beansprucht. Ohne erkennbaren Zusammenhang mit dem Thema des Arbeitsrechts in Krisenzeiten entfaltet der Verfasser Gedanken zu arbeitsrechtlichen Fragen, die er nach eigenem Bekunden und ausweislich seines Literaturverzeichnisses seit 2008 in einer Vielzahl von Publikationen vorgebracht hat. Die hier angeschlagenen Töne sind stark, die Überzeugungskraft ist schwach, so wenn der Verfasser beispielsweise den Arbeitsvertrag durchgängig nicht als Ausgleichs- und Schutzinstitut, sondern als juristisches Mittel der Unterdrückung ansieht, das als Ersatz für Sklaverei und Knechtschaft geschaffen wurde. Bei solchen starken Festlegungen bleibt für das Regelwerk des Arbeitsrechts naturgemäß wenig Raum, und gar kein Raum bleibt für individuelle Autonomie und kollektive Gegenmacht mit Hilfe von Recht.

Wer die »Doughnut Economics« noch nicht kennt, hat in dem Beitrag zu »Capitalism, Doughnut Economics, *Eldorica* and the Role of Labor Law« von *Beryl Ter Haar* Gelegenheit zum Kennenlernen. Die in Warschau und Groningen lehrende und forschende Professorin für Arbeitsrecht will den Wandel der Arbeit unter Rückgriff auf den wirtschaftswissenschaftlichen Denkansatz des »Doughnut« von *Kate Raworth* (ein Ring mit der

ökologischen Obergrenze auf der Außenseite und der gesellschaftlichen Grundlage auf der Innenseite) und den utopischen Zukunftsentwurf »Eldorica« des niederländischen Künstlers und Schriftstellers *Juriaan Andriessen* veranschaulichen. Als Einstieg wählt sie die Wirtschafts- und Finanzkrise von 2008, deren Auswirkungen sie mit Bezug auf *Wolfgang Streecks* Frage »How Will Capitalism End?« und dem von ihm verwendeten Begriff des »Interregnums« kennzeichnet: den vorläufigen Zusammenbruch der Systemintegration auf der Makroebene mit der Folge verstärkter Notwendigkeit individueller Lebensbewältigung. Im Arbeitsleben führen die Funktionsschwächen der neoliberalen Markt- und Institutionenordnung zum Schrumpfen kollektiver Formen der Interessenvertretung und zu einer wachsenden Vielfalt unregelter oder unklarer Erwerbsformen.

III. Ein Gedanke zum Schluss

Das Buch enthält nur mit Mühe gebändigte Vielfalt. Das macht das *Durchlesen* des Buches schwer. Nicht schwer ist es hingegen, *in* dem Buch zu lesen. Aus den 22 Beiträgen des Buches lässt sich nach Interesse auswählen. Wer sich auf diese Leseweise einlässt, wird in dem Buch Anregendes und Informatives finden. In einer Reihe von Beiträgen werden philosophische und soziologische Grundlagen des Arbeitsrechts in einer Weise diskutiert, die zum Weiterdenken im Lichte krisenhafter Veränderungen einlädt. Es liegt in der Natur der Vielfalt, dass nicht alles überzeugt und manches verwundert, aber ausreichend viel zu denken gibt.

Prof. em. Dr. iur. Armin Höland, Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg

Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law – Regulating Market Organisers sowie Platform Work in Europe – Towards Harmonisation?

Von Eva Kocher, 2022, Hart Publishing, Oxford ua., 260 S., ISBN 9781509949861, 102,60 €; Hrsg. von Maria Teresa Carinci/Filip Dorsemont, Sammelband, 2021, Intersenia, Cambridge, 265 S., ISBN 9781839701641, 79 €

Hier geht es um gleich zwei englischsprachige Bücher zum Thema Plattformarbeit. Eines ist von *Eva Kocher*, die sich in zahlreichen Aufsätzen und verschiedenen Forschungsprojekten mit Plattformarbeit befasst und bereits den Band »Selbstständige Unselbstständigkeit – Crowdworking zwischen Autonomie und Kontrolle«¹ herausgegeben hat. Im Frühjahr 2022 erschien nun ihre englischsprachige Monografie »Digital Work Platforms at the Interface of Labour Law – Regulating Market Organisers«. Das Werk ist eine Tiefenbohrung und bietet weit mehr als ein ausführliches Gutachten zur nach wie vor grundlegenden Frage des Arbeitnehmerstatus (»classification«) der Plattformbeschäftigten, die schon häufiger im Zentrum arbeitsrechtlicher Untersuchungen zum Thema stand. *Eva Kocher* beleuchtet Schnittstellen des Arbeitsrechts mit anderen Forschungsgebieten wie der Organisationstheorie. Eine wirkliche Neuheit in der arbeitsrechtlichen Debatte um Plattformarbeit sind unter anderem ihre Analysen zur Rolle der Plattformen als Organisationen einerseits und andererseits als »Market Organisers«, also als Organisatorinnen von Arbeitsmärkten oder, wenn man so übersetzen will, als Veranstalter oder Betreiber digitaler Arbeitsmärkte. Zu dieser konzeptionellen Analyse kommt ein Fokus auf die Durchsetzung der (teilweise noch zu regelnden) Rechte von Plattformbeschäftigten. Denn während die Prüfung, wie Plattformarbeit sich unter rechtliche Konzepte wie etwa das des Arbeitsvertrages subsumieren lässt, inzwischen wissenschaftlich ausführlicher bearbeitet wurde, bleibt die Frage, wie Rechte für Arbeitnehmende unter den besonderen Bedingungen digitaler Arbeitsmärkte auch

¹ Hensel, Schönefeld, Kocher ua. (Hrsg.), Selbstständige Unselbstständigkeit – Crowdworking zwischen Autonomie und Kontrolle, Baden-Baden 2019.

tatsächlich zur Anwendung gebracht werden können, häufig noch offen. Ohne Letzteres bleibt aber auch die Statusfrage eine eher theoretische Debatte. *Eva Kocher* nimmt hier eine äußerst spannende Einteilung verschiedener Rechtsansprüche vor und macht neue Vorschläge für die rechtspolitische Debatte der Klassifizierung Plattformbeschäftigter.

Mit der geltenden und noch zu verhandelnden arbeitsrechtlichen Regulierung von Plattformarbeit, aber auch der faktischen Situation Beschäftigter und dem Handeln kollektiver Akteure ist auch der von *Maria Teresa Carinci* und *Filip Dorsemont* herausgegebene Sammelband befasst, das zweite hier besprochene Buch. Es ist im Herbst 2021 erschienen. Hier wird die europäische Perspektive in den Fokus gerückt. Der Band stellt die Frage »towards harmonisation?«, es geht also darum, ob sich die Regulierung, aber auch der bestehende und durch Rechtsprechung ausdefinierte rechtliche Rahmen von Plattformarbeit in Europa auf eine Harmonisierung zubewegt. Im Band finden sich dazu zum einen ausführliche Länderberichte – und zwar aus Belgien (von *Fabienne Kéfer*), Frankreich (von *Barbara Gomes* und *Tatiana Sachs*), den Niederlanden (von *Antoine Jacobs*), Italien (von *Maria Teresa Carinci*), Spanien (von *Fita Ortega*) und UK (von *Nicola Countouris*). Den Bericht zu Rechtsprechung, politischen Vorhaben und kollektiven Akteuren im deutschen Recht in diesem Band hat *Rüdiger Krause* beige-steuert. Zum anderen nimmt *Luca Ratti* in seinem Kapitel die – nach wie vor nicht abgeschlossenen – europäischen Gesetzgebungsvorhaben in den Blick. *Filip Dorsemont* analysiert die kollektiven Arbeitnehmerrechte der, wie er sie nennt »Gig Economy« (S. 209). Die beiden Herausgeber schließen mit einer rechtsvergleichenden Analyse, so dass ein europäisches Bild entsteht.

I. Fundiertes Wissen zur rechten Zeit

Beide Bücher erscheinen zur richtigen Zeit. Denn zum einen wird – während der Koalitionsvertrag der amtierenden Bundesregierung auf die geplante europäische Regulierung verweist² – in Europa aktuell intensiv um einen rechtlichen Rahmen für die Arbeitsbedingungen auf Plattformen gestritten.³ Diesen zu schaffen sei, so *Nicola*

Countouris in *Carinci/Dorsemont* (S. 170), überfällig. Es ist die Zeit rechtspolitischer Weichenstellungen: Nachdem die Kommission im Dezember 2021 einen Vorschlag für eine Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit⁴ gemacht hat, dem ein Sozialpartnertdialog vorausging (dazu *Ratti*, S. 203), werden immer neue Varianten der Richtlinie verhandelt. Die beiden Bücher behandeln zwar den später erschienenen Entwurf der Richtlinie, aber bei den aktuellen rechtspolitischen Debatten in Brüssel stehen genau die in beiden Büchern grundlegend thematisierten Fragen – der Status Plattformbeschäftigter als Arbeitnehmer*in und die Rolle von Plattformen als Arbeitgebende mit entsprechenden Pflichten – im Mittelpunkt. Sowohl die Richtlinie als auch die ebenfalls im Gesetzgebungsverfahren befindliche KI-Verordnung (»AI Act«)⁵ sollen insbesondere zum algorithmischen Management Regeln schaffen. Eine Technik, die – wie beide Bücher in unterschiedlicher Tiefe beleuchten – in der Plattformarbeit entscheidende Auswirkungen hat. *Eva Kocher* widmet dem wissenschaftlichen und politischen Diskurs um Regulierung ein eigenes Kapitel (S. 16 ff.), das deutlich macht, dass das Feld wesentlich über den Bereich des Arbeits- und Sozialrechts hinausgeht. Die europäische Gesetzgebungsstrategie würdigt *Luca Ratti* bei *Carinci/Dorsemont* als kohärent (S. 189 ff.).

Die Verhandlungen um die Richtlinie zur Plattformarbeit, Kern der arbeitsrechtlichen Regulierung auf europäischer Ebene, werden von intensiver Lobbyarbeit begleitet und verzögern sich.⁶ Von der Nichtregierungsorganisation Observatoire des Multinationales wurden die »Uber files 2« veröffentlicht, die ua. die Lobbyarbeit digitaler Plattformen in Brüssel unter die Lupe nehmen.⁷ Der »Uber«-Whist-

2 <https://www.hrw.org/news/2023/01/09/eu-pass-directive-protect-workers-rights> (26.4.2023).

3 <https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20221212IPR64513/digital-workers-better-working-conditions-and-protection-of-rights> (26.4.2023).

4 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on improving working conditions in platform work COM(2021)762 final, 2021/0414(COD).

5 Vorschlag der Kommission vom 21.4.2021 COM(2021) 206 final, 2021/0106(COD).

6 *Kugoth*, Richtlinie zu Plattformarbeit verzögert sich, 19.1.2023, <https://background.tagesspiegel.de/mobilitaet/richtlinie-zu-plattformarbeit-verzoegert-sich> (26.4.2023); *Maximilian Henning*, Scheinselbstständigkeit: Lobby kämpft gegen EU-Plattformrichtlinie, 5.5.2022, <https://netzpolitik.org/2022/scheinselbststaendigkeit-lobby-kaempft-gegen-eu-plattformrichtlinie/> (26.4.2023).

7 <https://corporateeurope.org/sites/default/files/2022-10/Uber%20Files%20.pdf> (26.4.2023).

leblower *Marc MacGann*,⁸ wurde in diesem Zusammenhang auch im europäischen Parlament angehört.⁹ Nach monatelangen Verhandlungen wurde im Europäischen Parlament am 2. Februar 2023 die zuvor im Beschäftigungsausschuss ausgehandelte Übereinkunft mit 376 Ja- zu 212 Nein-Stimmen angenommen.¹⁰ Der Ball liegt nun wieder im Feld des Ministerrats. Vor diesem Hintergrund sind präzise rechtswissenschaftliche Analysen wie die der vorliegenden Bücher hilfreich und wünschenswert.

Während der rechtliche Rahmen, den beide Bücher zum Gegenstand haben, politisch verhandelt wird, sind die Gerichte aller Mitgliedsstaaten zudem längst mit den Rechtsfragen der Plattformarbeit befasst. Die für das deutsche Recht grundlegende Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitnehmerstatus eines Crowdworkers¹¹ wird selbstverständlich sowohl im Kapitel zur Rechtslage in Deutschland von *Rüdiger Krause in Carinci/Dorssemont* (S. 40) als auch bei *Eva Kocher* (S. 105 ff., 110, 112) analysiert. Aber auch die jüngste Entscheidung zu den essenziellen Arbeitsmitteln von Fahrradlieferant*innen¹² zeigt, dass es bei Plattformarbeit um mehr geht als »just another technical revolution«, wie *Eva Kocher* in ihrem Einführungskapitel (S. 1 ff.) formuliert. Nicht nur, dass bereits diese Urteile deutlich machen, wie ein neues Verständnis von zB. Weisungsgebundenheit bei digitaler Arbeit auch arbeitsrechtliche Grundsätze für Arbeitsverhältnisse jenseits der Plattformen weiterentwickelt. Die Rolle von Plattformen am Arbeitsmarkt, der Einsatz von algorithmischem Management, extensive Datennutzung – all dies wird aufgrund rasanter technischer Entwicklung für alle Bereiche der Arbeitswelt auch rein faktisch weiter an Bedeutung gewinnen (*Kocher*, S. 4). *Carinci* und *Dorssemont* sprechen zu Recht von Plattformarbeit als »tip of the iceberg of an epochal transformation of work« (S. 2) – also von Plattformarbeit als Spitze des Eisbergs einer epochalen Transformation von Arbeit. Deshalb sind die beiden Bücher für alle spannend, die sich mit Digitalisierung und Transformation – also mit der Arbeit der Zukunft insgesamt befassen.

II. Eva Kocher: Blick weit über den arbeitsrechtlichen Tellerrand

Eva Kocher erklärt gleich zu Beginn (S. 3 ff.) wie weit das von ihr beforschte Feld digitaler Plattformen ist. Und

zugleich nimmt sie sich (erfolgreich) vor, weiter zu forschen, als ausschließlich im Bereich des klassischen Arbeitsrechts, dem sie sich aber ebenfalls in einem ausführlichen Kapitel zur Frage der Klassifizierung abhängiger Arbeit widmet (S. 28 ff.). Wegweisend für die arbeitsrechtswissenschaftliche Forschung – nicht nur, aber vor allem zur Zukunft der Arbeit – ist die interdisziplinäre Ausrichtung der Analyse von *Eva Kocher*. Sie greift dafür nicht nur auf empirische Studien und ihre eigene interdisziplinäre Forschung zur Plattformarbeit zurück (S. 12 ff.). Bereits das ist in rechtswissenschaftlichen Arbeiten keinesfalls selbstverständlich. Darüber hinaus hat *Eva Kocher* auch eine organisationstheoretische Herangehensweise gewählt, um das Phänomen Plattformarbeit, die dabei eingesetzte Technik sowie die mithilfe dieser Technik geschaffenen Machtstrukturen zu untersuchen.

1. (Re-)Konstruktion arbeitsrechtlicher Kategorien

In ihrer Analyse der theoretischen Grundlagen für die Klassifizierung Beschäftigter (S. 115 ff.) nimmt *Eva Kocher* ua. die Arbeiten von *Supiot*, *Freedland*, *Davidov* und *Countouris* in den Blick. Ihr Ausgangspunkt liegt also tiefer, als Analysen, die mithilfe juristischer Auslegungsmethoden die Anwendbarkeit des Arbeitsvertragsrechts auf Plattformarbeit prüfen. *Kocher* möchte herausfiltern, welche Zwecke und funktionelle Ideen herangezogen werden, um zu rechtfertigen und zu erklären, warum es überhaupt unterschiedliche Kategorien Beschäftigter, also die so relevanten »Statusfragen«, gibt. Quasi eine Rückbesinnung auf die Wurzeln arbeitsrechtlicher Regulierung, um ihre Verästelung für die digitale Gegenwart (und Zukunft) neu zu denken. Das Kapitel kommt ua. zu dem Ergebnis, dass Menschenrechtsansätze im Arbeitsrecht

8 *Lewis et al.*, The Uber whistleblower: I'm exposing a system that sold people a lie, <https://www.theguardian.com/news/2022/jul/11/uber-files-whistleblower-lobbyist-mark-macgann> (26.4.2023).

9 *Henning*, Plattformarbeit – EU-Parlament hört Uber-Files-Whistleblower an, 26.10.2022, <https://background.tagesspiegel.de/digitalisierung/eu-parlament-hoert-uber-files-whistleblower-an> (26.4.2023).

10 *Bourgery-Gonse*, EU Parliament adopts position on platform workers directive, 2.2.2023 (updated: 6.2.2023) <https://www.euractiv.com/section/gig-economy/news/eu-parliament-adopts-position-on-platform-workers-directive/> (26.4.2023).

11 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – NZA 2021, 552.

12 BAG, 10.11.2021 – 5 AZR 334/21 – NZA 2022, 401.

einen theoretischen Rahmen schaffen können, der es ermöglicht, universelle Rechte zu ermitteln, auf die alle Arbeitenden Anspruch haben sollten (S. 135). *Eva Kocher* spricht im gesamten Buch übrigens von »worker« und erläutert zu Beginn explizit (S. 15), dass sie bewusst einen Begriff jenseits rechtlicher Kategorien nutzt – also nicht etwa »employee«/Arbeitnehmer*in – um die Menschen zu bezeichnen, die Plattformarbeit ausüben. *Kocher* zufolge ist es wichtig, jede Rechtsvorschrift sowohl im Hinblick auf ihre allgemeine Funktion des Adressierens von Abhängigkeiten als auch hinsichtlich des spezifischen normativen Werts, den sie fördert, zu analysieren (S. 135).

2. Marktmacht und Unterordnung

Die Statusfrage bzw. die Bedeutung verschiedener Kategorien von Arbeit – abhängiger, selbstständiger, arbeitnehmerähnlicher usw. – ist im Arbeitsrecht deshalb entscheidend, so *Kochers* Analyse, weil die Legitimation von Beschäftigtenrechten im Arbeitsrecht mit dem ungleichen Machtverhältnis und der so begründeten Verletzlichkeit der Arbeitnehmerseite begründet wird (S. 128 ff.). Was aber sind die Machtressourcen im Arbeitsverhältnis? *Kocher* unterscheidet zwischen Marktmacht und »bürokratischer Macht« (S. 131). Letztere wird durch Hierarchien hergestellt, in denen Beschäftigten eine Rolle zugewiesen wird: Hier kommt die aus dem Arbeitsrecht vertraute Über-/Unterordnung zum Ausdruck. Üben aber digitale Plattformen diese Art von Macht aus und wenn ja: wie? Dieser Frage geht *Kocher* im fünften und sechsten Kapitel ihres Buches nach.

3. Die Macht der Plattformen: Marktmacht statt hierarchischer Struktur

Weit über den Tellerrand des Arbeitsrechts hinaus blickt *Eva Kocher* insbesondere mit ihrer Analyse zur Rolle der Plattformen als Organisationen (S. 137 ff.). *Kocher* zieht im entsprechenden Kapitel Organisationstheorien heran, um – wie sie selbst schreibt, nicht abschließend – zu analysieren, mit welchen Mitteln Plattformen die Abhängigkeiten herstellen, die arbeitsrechtlich für die Statusfrage relevant sind. Äußerst spannend ist, wie dabei herausgearbeitet wird, dass Kontrolle und Management, also organisatorische Macht, zunehmend indirekt über

Einfluss auf Verstand und Sinne von Beschäftigten ausgeübt wird und weniger durch enge arbeitsvertragliche Grenzen und körperliche Kontrolle (S. 143 ff.). Hierzu gehören Feedback-Systeme der Plattformen und indirekte Steuerung der Motivation von Beschäftigten.

Wichtig ist auch, die Rolle von Plattformen als »Market Organisers« zu verstehen, die *Kocher* erläutert (S. 146 ff.). Demnach gehen die Strategien über Outsourcing und Offshoring hinaus. Statt direkter Kontrolle nutzen Plattformen Marktmechanismen wie Klassifizierung, Evaluierung oder das Einführen verschiedener »Level«. Und insbesondere die Datennutzung spielt eine zentrale Rolle für die Organisation dieser Märkte. Zwar wollten Arbeitgeber schon immer möglichst viele Informationen über ihre Beschäftigten sammeln; doch Big Data schafft hierfür neue technische Möglichkeiten – und Wissen, das auch dazu genutzt werden kann und von Plattformen auch dazu genutzt wird, menschliches Verhalten zu beeinflussen oder sogar indirekt zu kontrollieren (S. 152).

Kocher gelingt es in diesem Kapitel, die Grenzen eines Arbeitsrechts aufzuzeigen, das von Geschäftsmodellen ausgeht, die auf Hierarchie und organisatorische Integration von Arbeitskraft in ein Unternehmen angewiesen sind. Diesen Rahmen haben digitale Arbeitsplattformen jedoch *Kochers* Analyse zufolge verlassen (S. 153). Während die Rolle als Vermittler statt Arbeitgeber, die Plattformen sich selbst zuschreiben, keine neue Strategie zur Umgehung von Arbeitsrecht ist, identifiziert es *Kocher* als neue Herausforderung, welche Koordinationsmechanismen die Plattformen dafür nutzen. Während ein Marktplatz nachgeahmt wird, halten Plattformen Beschäftigte tatsächlich davon ab, direkten Marktzugang für sich nutzen zu können (S. 154).

4. Geeignete Kategorien: Klassenfrage des Arbeitsrechts

Aufbauend auf diesen Analysen fragt *Kocher* im sechsten Kapitel nach geeigneten Kategorien für Arbeiter*innen auf Plattformen, die digitale Arbeitsmärkte organisieren, sie wägt Pro und Contra für das Schaffen neuer Kategorien ab (S. 169 ff.). Während Nachteile wie mehr Rechtsunklarheit und neue Schlupflöcher zur Umgehung von Arbeitsrecht durch prekäre Rechtsformen auf der Hand liegen, sieht *Kocher* dennoch Chancen für die

Rechtsdurchsetzung von Beschäftigtenrechten, wenn es gelingt, passende Kategorien für die Plattformarbeit zu schaffen (S. 171 ff.). Denn arbeitsrechtliche Statusfragen sind kein Selbstzweck, sondern beziehen sich auf Rechtsverhältnisse, die auf Vereinbarungen und Verträgen beruhen, aber in Bezug auf ihren Inhalt und Umfang durch Gesetze bestimmt sind, so *Kocher*. Klassifizierung bedeutet somit eine Ausweitung klassenbasierter Ansätze auf den Bereich des Rechts durch die Institutionalisierung einer bestimmten sozialen Beziehung, die Anknüpfungspunkt ist für Zugang zu (Arbeits-)Rechten (S. 174).

5. Ein neuer Status dort, wo es darauf ankommt

Zusammengefasst (S. 178) schlägt *Eva Kocher* deshalb vor, die Rolle von Plattformen als »Marktbetreiber« (»market organiser«) in die Regulierung einfließen zu lassen. Hierbei sind *Kochers* Analyse zufolge – überzeugend vor dem Hintergrund ihrer vorherigen Ergebnisse zur Bedeutung von Marktmacht und indirekter Steuerung – vor allem zwei Aspekte in den Blick zu nehmen: Erstens die Systeme, die Plattformen nutzen, um das Verhalten Arbeitnehmender zu steuern. Und zweitens die Ausübung eines entscheidenden Einflusses auf den Zugang der Beschäftigten zum Dienstleistungsmarkt anstelle des Herstellens einer Hierarchie (S. 163 ff.). Eine »one size fits all«-Lösung werde aber nicht funktionieren. Deshalb widmet *Kocher* sich im siebten Kapitel (S. 179 ff.) einzelnen Regulierungsfeldern. Hier werden Rechte identifiziert, die allen Beschäftigten unabhängig von ihrem rechtlichen Status gewährt werden sollten: Menschenrechte, Gleichheitsrechte, soziale Sicherung und Rechte für Eltern. Bei anderen Feldern (arbeits-)rechtlicher Regulierung, so *Kocher*, sei eine Unterscheidung anhand von Status nicht notwendig, da es sich um generelle Prinzipien fairer Vertragsbeziehungen handele: Kündigungsschutz, Mindestentgelte, Zugang zum Recht. Übrig bleiben jedoch eine Menge rechtlicher Ansprüche, für die es sich aus *Kochers* überzeugender Sicht lohnt, die Statusfrage an die Bedingungen der Plattformarbeit anzupassen, da sie hier entscheidend ist: Regulierung von Arbeitsschutz, Arbeitszeit, Weiterbildung und Qualifizierung. Hier können Plattformen in ihrer Rolle als »Regelsetzer

und Datensammler« (S. 217) in die Verantwortung genommen werden.

III. Caraci und Dorssemont: Noch kein einheitliches Bild in Europa

Die jeweiligen Kapitel der Länderberichte im Sammelband von *Carinci* und *Dorssemont* beginnen meist mit einem Überblick zur empirischen Forschung als »Mapping« (so etwa *Jacobs*, S. 127). Das ist weniger interdisziplinär als *Kochers* Vorgehen, aber von Nöten, da die Frage »worüber reden wir eigentlich?« für die Plattformarbeit nicht abschließend beantwortet, aber auch ein »moving target« ist. In ihrer vergleichenden Analyse halten *Carinci* und *Dorssemont* fest, dass es europaweit an offiziellen Statistiken fehlt – was auch auf den prekären Status vieler Plattformarbeitenden zurückzuführen ist (S. 228). Die Herausgeber halten es für zu früh, um festzustellen, ob sich in der Rechtsprechung europäischer Gerichtshöfe ein neues Konzept von Unterordnung abzeichnet, das geeignet wäre, den Schutz von Plattformbeschäftigten ausreichend zu sichern. Zudem ließen sich mit der Statusfrage gar nicht alle Probleme lösen (S. 233). *Carinci* und *Dorssemont* halten es für notwendig, die Sammlung von Daten und ihre Verarbeitung durch Algorithmen transparent und insbesondere auch Interessenvertretungen zugänglich zu machen (S. 4). Sie sehen die nationalen und europäischen Gesetzgeber in der Pflicht, Prekarisierungsrisiken einzudämmen, stellen aber fest, dass (zum Zeitpunkt der Bearbeitung) mit Frankreich, Belgien und Italien erst – aber immerhin – drei nationale Gesetzgeber tätig geworden sind. Die nationalen Regelungen zielen jeweils darauf ab, die arbeitsrechtliche Statusfrage zu klären (S. 236).

Schade ist, dass keines der nordischen Länder in die rechtsvergleichende Analyse aufgenommen wurde. Das hätte den Band um eine wichtige Perspektive ergänzt und womöglich Ansätze von erfolgreichem kollektivem Handeln erläutern können. So verweist etwa *Antoine Jacobs* in seinem Beitrag zu den Niederlanden auf den Tarifvertrag der dänischen Gewerkschaft für »Hilfr« (S. 148), für den es in den Niederlanden bisher keine Entsprechung gibt. Gerade hier wäre interessant

gewesen, mehr über die rechtlichen und tatsächlichen Rahmenbedingungen dort zu erfahren, wo es gelingt, Tarifbindung herzustellen.

IV. Entscheidend: Gewerkschaftsrechte, kollektives Handeln und Mitbestimmung

Erfreulich und vor dem Hintergrund von Rechtsdurchsetzungsdefiziten notwendig ist, dass beide Bücher sich sowohl mit dem Handeln kollektiver Akteure der Interessenvertretung – Gewerkschaften und Betriebsräten – als auch dem (notwendigen) rechtlichen Rahmen dafür befassen. *Eva Kocher* hat ihrem Kapitel zur Durchsetzung von Beschäftigtenrechten einen Unterabschnitt zu kollektiven Rechten gewidmet, den »grundlegendsten und wichtigsten Arbeitnehmerrechten« (S. 207), die »unverzichtbar sind für die Weiterentwicklung sozialer Standards in der Plattformarbeit« (S. 217). Deren Durchsetzung in der Plattformarbeit sicher zu stellen, hält *Kocher* zu Recht für eines der drängendsten Themen (S. 217). Diese Einschätzung teilen auch *Carinci* und *Dorssemont* (S. 237). Und *Filip Dorssemont* hat ein ganzes Kapitel des Bandes (S. 209 ff.) der Koalitionsfreiheit, dem Streikrecht, dem Recht auf Kollektivverhandlungen sowie Informations- und Konsultationsrechten gewidmet. Äußerst interessant ist hier etwa, dass gemäß *Dorssemont* der französische Code du travail um eine Vorschrift ergänzt wurde, der gemäß selbstständige Plattformbeschäftigte sich an konzertierter Verweigerung der Erbringung ihrer Dienstleistungen beteiligen dürfen mit dem Ziel, ihre Forderungen zu verteidigen (S. 219). Zudem hat der italienische Kassationsgerichtshof Selbstständigen Streikrechte zugesprochen, was allerdings begrenzt ist auf die Kategorie der Selbstständigen, die rechtlich untergeordnet sind und die selbst keine Arbeitnehmenden beschäftigen (S. 218). Entsprechend der Analyse von *Kocher*, s.o., hält auch *Dorssemont* das Merkmal der Unterordnung (»subordination«) für nicht ausreichend als Qualifizierungsmerkmal für kollektive Rechte. Er schlägt vor, diese Rechte allen Akteuren zu gewähren, die keine Arbeitgeber sind und über keine Autonomie beim Management ihrer ökonomischen Risiken verfügen. Was das Kapitel von *Dorssemont* leider nicht leisten kann, aber für weitere

Forschung sicher von Interesse ist, ist eine Analyse der Hürden, die sich in der Plattformarbeit für die Ausübung dieser kollektiven Rechte stellen und welche Maßnahmen Gewerkschaften und Arbeitnehmerkollektive ergreifen, um ihnen in der Praxis zu begegnen. Hinweise dazu finden sich in den Länderberichten im Band von *Carinci/Dorssemont*. *Fernando Fita Ortega* etwa berichtet (S. 122 ff.), dass sich in Spanien neue Gewerkschaften im Bereich der Plattformen gebildet haben, die »traditionellen Gewerkschaften« aber nachgezogen hätten und ebenfalls neue Formen digitaler Organisierung aufgegriffen haben und z.B. zugeschnittene Websites eingerichtet haben. *Rüdiger Krause* identifiziert für Deutschland dagegen mit Initiativen aus dem Jahr 2012 die bereits etablierten Gewerkschaften ver.di, IG Metall und NGG als innovative Kraft im Bereich des gewerkschaftlichen Handelns in Bezug auf Crowdwork (S. 48 ff.). Im Bericht zu den Niederlanden nimmt *Antoine Jacobs* zu Recht auch die Arbeitgeberseite in den Blick und stellt fest, dass einige Plattformen sich für einen sozialpartnerschaftlichen Dialog zur Verfügung gestellt haben. Zugleich haben allerdings auch niederländische Gewerkschaften das auch hierzulande und dementsprechend ebenfalls von *Rüdiger Krause* (S. 49) thematisierte europäische Wettbewerbsrecht als Hürde für tarifautonomes Handeln dort identifiziert, wo die Statusfrage ungeklärt bleibt oder Plattformbeschäftigte tatsächlich selbstständig sind (S. 147; zur Thematik auch *Kocher*, S. 45). Ein Problem, das nach der Verabschiedung der Leitlinien zu Tarifverträgen für Selbstständige¹³ hoffentlich entschärft ist.

V. In English, please

In der Danksagung schreibt *Eva Kocher*, »some gathering of courage« – etwas Mut zu sammeln – sei nötig gewesen, um ein englischsprachiges Buch zu veröffentlichen. Ein Gefühl, das aus der Perspektive einer Autorin juristischer Texte mit ihrem hohen Bedarf an sprachlicher Präzision sehr gut nachvollziehbar ist. Und zugleich braucht es eben

13 EU-Kommission, PM vom 22.9.2022, Kartellrecht: Leitlinien zu Tarifverträgen für Selbstständige verabschiedet, https://germany.representation.ec.europa.eu/news/kartellrecht-leitlinien-zu-tarifvertragen-fur-selbststandige-verabschiedet-2022-09-29_de (26.4.2023).

auch Courage und womöglich etwas mehr Geduld und Mühe (und eine gute App), sich englischsprachigen Rechtstexten zu Analysen rechtlicher Kategorien als Leser*in zu stellen. Es ist gut, dass *Eva Kocher* die Courage für einen englischen Text hatte. Publizieren auf Englisch erscheint immer noch als Ausnahme. Das jedoch schneidet von internationalen Diskursen, die sich (und das trifft nicht nur auf den Bereich der Plattformarbeit zu) mit Phänomenen der globalisierten Arbeitswelt befassen, die national nur unzureichend regulierbar sind. Wichtige Urteile des Bundesverfassungsgerichts, Grundwerte unseres Rechts- und Wirtschaftssystems, kluge wissenschaftliche Überlegungen, die Rezeption europäischer Regulierung und Rechtsprechung und nicht zuletzt auch Errungenschaften der deutschen Arbeiter*innenbewegung – allen voran die Mitbestimmung – können jedoch nur dann internationale Rechtswissenschaft und -praxis sowie europäische Rechtspolitik beeinflussen, wenn sie zugänglich sind. Und das sind deutschsprachige Texte nun einmal jenseits unserer Landesgrenzen für die wenigsten Leser*innen. Und zugleich droht hierzulande ein »Kochen im eigenen Brei«. Dem juristischen Bedarf an sprachlicher Präzision und dem genauen Verständnis von – über Landesgrenzen nun einmal trotz Unionsrecht uneinheitlichen – einzelnen Begriffen wie »worker«, trägt *Eva Kocher* methodisch durch ein kurzes Kapitel zum Begriffsverständnis Rechnung (S. 14).

Und auch dieser persönliche Hinweis sei erlaubt: wer in internationalen Verlagen publiziert, darf auch für juristische Fachliteratur ein ästhetisches Cover verwenden. Der Band von *Carinci/Dorssemont* ist mit dem zu den Debatten um die Rechte der »Rider« so passenden Bild »Radfahrer« von *Natalia Goncharova* aus 1913 wahrlich geschmückt. Diese schöne Wahl des Covers mag daran liegen, dass *Dorssemont*, wie er selbst sagt, »nebenbei« Kunstgeschichte studiert und die Darstellung von Arbeit in der bildenden Kunst erforscht.¹⁴

VI. Fazit

Zwei Bücher, die allen wärmstens zu empfehlen sind, die sich (rechts-)wissenschaftlich und -politisch mit der Digitalisierung der Arbeitswelt insgesamt und Plattformarbeit als einer ihrer Erscheinungen befassen. Texte, die auch Anwaltschaft und Richter*innen ans Herz zu legen sind, die mit arbeitsrechtlichen Statusfragen und neueren

Vertragsformen befasst sind, bevor es einen hoffentlich eindeutigeren rechtlichen Rahmen durch eine Richtlinie und – in noch weiterer Ferne – ihrer Umsetzung im deutschen Recht gibt. Es lohnt sich auch über die konkreten Fragen der Plattformarbeit hinaus, *Eva Kochers* kluge Gedanken zur Notwendigkeit arbeitsrechtlicher Statusfragen nachzuvollziehen. Sowohl der interdisziplinäre Ansatz von *Kocher* als auch die Rechtsvergleiche in beiden hier besprochenen Bänden sind unerlässlich für die Weiterentwicklung des Arbeitsrechts. Nicht nur die nationalen Gesetzgeber, sondern auch Gerichte, Anwaltschaft und Gewerkschaften können und sollten über Landesgrenzen hinweg voneinander lernen und aufeinander Bezug nehmen, denn die Plattformen agieren grenzüberschreitend. Hierfür ist der Blick über den Tellerrand des deutschen Rechts, den diese Bücher bieten, mehr als nur hilfreich. Dass beide Bände die Perspektive der Plattformbeschäftigten und dem Anliegen, gute digitale Arbeit zu schaffen, Raum geben, ist äußerst erfreulich und angesichts der – insbesondere von *Eva Kocher* so detailliert in den Blick genommenen – Machtverhältnisse zwischen Plattformen und Beschäftigten auch geboten.

Prof. Dr. Johanna Wenckebach, Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht, Frankfurt aM.

¹⁴ Hierzu ist *Dorssemonts Sinzheimer* Vorlesung aus 2022 zu »Monuments to Labour: The Glorification of Labour as a Pillar of the Nation – State« sehr zu empfehlen, abrufbar unter <https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/dokumentationen-18183-sinzheimer-vorlesung-und-verleihung-des-hugo-sinzheimer-preises-2022-43683.htm> (26.4.2023).