
7. Assistententagung im Arbeitsrecht

Hamburg 2017

Buhl | Frieling | Krois | Malorny | Münder
Richter | Schmidt [Hrsg.]

Der erwachte Gesetzgeber

Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht

Dokumentation der 7. Assistentinnen-
und Assistententagung im Arbeitsrecht
vom 27.–29.07.2017



Nomos

7. Assistententagung im Arbeitsrecht

Hamburg 2017

Samir Buhl | Tino Frieling | Christopher Krois | Friederike Malorny
Matthias Mänder | Barbara Richter | Laura Schmidt [Hrsg.]

Der erwachte Gesetzgeber Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht

**Dokumentation der 7. Assistentinnen-
und Assistententagung im Arbeitsrecht
vom 27.-29.07.2017**



Nomos

Zitiervorschläge:

Bei erstmaliger Nennung: *Autor*, Assistententagung im Arbeitsrecht (AssT ArbR) 7 (2017), S. 1, 15.

Bei jeder weiteren Zitierung: *Autor*, AssT ArbR 7 (2017), S. 1, 15.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-4441-1 (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, Print)

ISBN 978-3-8452-8690-7 (Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Der vorliegende Band beinhaltet die Beiträge der 7. Assistent/innentagung im Arbeitsrecht, die vom 27. bis zum 29. Juli 2017 an der Bucerius Law School in Hamburg stattfand. Die Tagung brachte erneut junge Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler im Arbeitsrecht – Doktoranden, Habilitanden, Assistenten und wissenschaftliche Mitarbeiter – aus allen deutschsprachigen Ländern in bewährter Weise zusammen, um ihnen ein Forum für den wissenschaftlichen Diskurs zu bieten.

Die 7. Assistent/innentagung stand unter dem Generalthema „Der erwachte Gesetzgeber im Arbeitsrecht – Regulierung und Deregulierung im Arbeitsrecht“: Bekanntlich gehört es zu den (beinahe) unumstößlichen Weisheiten im Arbeitsrecht, von einem „untätigen“ Gesetzgeber auszugehen und ihm die Fähigkeit abzusprechen, die wahren Probleme der Praxis lösen zu können. Zahllose wissenschaftliche Beiträge enden mit der Feststellung, es bestehe Gesetzgebungsbedarf, aber nur, um im nächsten Satz resignierend festzustellen, dass mit dem Gesetzgeber nicht zu rechnen sei. In Deutschland hat der Gesetzgeber aber zuletzt gezeigt, dass er keineswegs so handlungsunfähig ist, wie oft behauptet. Er hat das Tarifrecht geändert und versucht, das Arbeitskampfrecht zu ändern, Mindeststandards für Löhne eingeführt und das Thema Arbeitnehmerüberlassung angepackt. Auch der europäische Gesetzgeber ist tätig geworden und hat mit der neuen Datenschutzgrundverordnung den Beschäftigtendatenschutz (neu-)regelt.

Der neu erwachte Gesetzgeber im Arbeitsrecht ruft zahllose Fragen auf, denen sich die Beiträge dieses Tagungsbands im Einzelnen widmen. Sie sind chronologisch entsprechend dem Verlauf der Tagung angeordnet. Unser besonderer Dank gilt dabei *Frau Professor Susanne Baer*, die mit ihrem Festvortrag der Tagung einen würdigen Einstieg und eine fruchtbare Grundlage für die weitere Diskussion gegeben hat. In ihrem Festbeitrag gewährte sie den Teilnehmern nicht nur einen interessanten Einblick in die Arbeitsweise des Bundesverfassungsgerichts, sondern rief auch dazu auf, nicht davor zurückzuschrecken, abweichende Meinungen zu vertreten. Gleichzeitig nannte sie aber auch das notwendige Ziel: über den Kompromiss zum Konsens zu gelangen. Nicht zuletzt gab sie den Teilnehmern mit auf den Weg, die Fragen des Arbeitsrechts nicht rein national zu beantwor-

ten, sondern sie auch im europäischen und internationalen Kontext zu beleuchten. Der aufmerksame Leser wird feststellen, dass diese Anregungen in mannigfacher Weise aufgegriffen wurden.

Unser Dank als Organisatoren der Tagung und Herausgeber dieses Bandes gebührt den zahlreichen Sponsoren, die unsere Tagung unterstützt haben: Als Hauptsponsoren sind zuvorderst die Sozietäten DLA Piper sowie CMS Hasche Sigle, der Hamburger Verein für Arbeitsrecht e.V. und die Sozietät Ruge Krömer zu nennen. Als weiteren Sponsoren danken wir außerdem dem Hugo Sinzheimer Institut für Arbeitsrecht, dem Verlag C.H. Beck, der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung), der Sozietät Müller-Knapp Hjort Wulff sowie dem Verlag Vahlen für ihre großzügige Unterstützung. Unser ganz besonderer Dank gilt außerdem dem NOMOS Verlag, der nicht nur als Sponsor der Tagung, sondern auch als Verleger dieses Tagungsbands hervortritt – und dabei im Besonderen Herrn *Dr. Matthias Knopik*, für die (erneut) erstklassige Betreuung dieses Projekts. Bedanken möchten wir uns auch bei unserem Lehrstuhlinhaber, *Professor Matthias Jacobs*, der es sich trotz Urlaubsabwesenheit nicht nehmen ließ, die Teilnehmer unserer Tagung per Videobotschaft in Hamburg ganz herzlich willkommen zu heißen. Nicht unerwähnt bleiben sollen schließlich auch die zahlreichen Helferinnen und Helfer am Lehrstuhl, die zum Gelingen der Tagung ganz wesentlich beigetragen haben – auch Ihnen gebührt unser Dank.

Die nächste Assistent/innentagung im Arbeitsrecht wird vom 26. bis zum 28. Juli 2018 in Zürich und damit zum ersten Mal in der Schweiz stattfinden. Wir freuen uns schon jetzt, viele altbekannte, aber hoffentlich auch viele neue Gesichter in Zürich zu sehen.

Hamburg, im November 2017

*Samir Buhl, Tino Frieling,
Christopher Krois, Friederike Malorny,
Matthias Münder, Barbara Richter
und Laura Schmidt*

Inhalt

Verfassungsrecht und Arbeitsrecht <i>Susanne Baer</i>	9
La Sonnambula: Die Anwendbarkeit der Verzugspauschale nach § 288 V BGB im Arbeitsrecht <i>Jan Alexander Daum</i>	23
Die Reform des Betriebsrentengesetzes – von garantierten Leistungen zu freiem Fall? <i>Larissa Schobert</i>	41
Moderner Beschäftigtendatenschutz nach der DS-GVO und dem BDSG-neu? <i>Miriam Kersting</i>	55
Verbesserter Schutz der Leiharbeitnehmer durch die Reform des AÜG? – Zum Verbot der verdeckten Arbeitnehmerüberlassung und der Modifizierung des Gleichstellungsgrundsatzes <i>Philipp Matzke</i>	77
Rechtsmissbrauch beim Einsatz von Leiharbeit nach der AÜG- Reform 2017 <i>Ernesto Klengel</i>	101
Das Verbot des Streikbrechereinsatzes von Leiharbeitnehmern als unzulässige Weichenstellung für den Arbeitskampf? <i>Sebastian Beckerle</i>	121
Das Verbot des Streikeinsatzes von Leiharbeitnehmern – Ein unverhältnismäßiger Eingriff in die Freiheit des Arbeitskampfes <i>Hazel Franke</i>	143

Inhalt

Leiharbeitnehmereinsatz im Arbeitskampf – § 11 V AÜG als angemessener Ausgleich? <i>Thomas Klein / Dominik Leist</i>	165
Mindestlohn und Amateursport <i>Roland Czycholl</i>	189
Sponsoren	211

Verfassungsrecht und Arbeitsrecht¹

RiBVerfG Prof. Dr. Dr. h.c. Susanne Baer, LL.M.

Die Einladung zu dieser Tagung beschreibt, dass der einst ungehörte Ruf nach dem Gesetzgeber im Arbeitsrecht mittlerweile nicht mehr verhallt:

„Es gehört zu den unumstößlichen Weisheiten im Arbeitsrecht, von einem „untätigen“ Gesetzgeber auszugehen und ihm die Fähigkeit abzusprechen, die wahren Probleme der Praxis lösen zu können. Zahllose wissenschaftliche Beiträge enden mit der Feststellung, es bestehe Gesetzgebungsbedarf, aber nur, um im nächsten Satz resignierend festzustellen, dass mit dem Gesetzgeber nicht zu rechnen sei. In Deutschland hat der Gesetzgeber aber zuletzt gezeigt, dass er keineswegs so handlungsunfähig ist, wie oft behauptet wird. Er hat das Tarifrecht und mittelbar möglicherweise das Arbeitskampfrecht geändert, Mindeststandards für Löhne eingeführt und das Thema Arbeitnehmerüberlassung angepackt. Für die Abgrenzung von Dienst- und Werkverträgen plant er sogar eine Änderung des BGB (...).“

Unabhängig davon, was der deutsche Gesetzgeber getan hat und was er plant: Er muss Verfassungsrecht beachten. Nur was bedeutet das genau? Vor dem Hintergrund der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts scheinen mir drei Thesen zentral:

1. Nationales Verfassungsrecht hat auch im Arbeitsrecht erhebliche Bedeutung, obwohl dies ein stark europäisiertes Rechtsgebiet ist. Gerade das Grundgesetz ist heute zudem eine international und über die EU hinaus „eingebettete“ Verfassung, wo auch völkerrechtlich noch Potenziale auszuschöpfen wären.
2. Das Grundgesetz stellt also für den Gesetzgeber wie auch für die Arbeitsgerichte und - mittelbar - für alle im Arbeitsleben juristisch Tätigen vielfach Weichen. Es sollte nicht unterschätzt werden, wie wichtig da die „formellen“ Anforderungen sind. Klar sollte aber auch sein, dass für das Arbeitsrecht die ganze Palette der materiellen Grundrechte von Bedeutung ist. Das Bundesverfassungsgericht entscheidet, wo diese Rechte auch dem Gesetzgeber Grenzen setzen; der Rest liegt in seinem

¹ Eröffnungsrede zur Assistent*innentagung Arbeitsrecht Hamburg, 27. Juli 2017. Für wertvolle Hinweise und Anregungen danke ich Esther Graf und Gert Boch.

Spielraum und damit immer auch in der Hand derer, die zur Wahl gehen.

3. Wie sehr wir auch im Erwerbsleben darauf vertrauen können, dass Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit in sozial verantwortlicher Weise beachtet werden, gestalten allerdings künftig ganz wesentlich Sie. Es muss immer wieder neu bedacht und auch verhandelt werden. Meine dritte These lautet, dass Sie sich nicht scheuen sollten, in Diskussionen abweichende Meinungen zu vertreten. Aber achten Sie darauf, dass letztlich der Kompromiss im Konsens zählt.

These 1. Nationales Verfassungsrecht ist nicht out

Im Arbeitsrecht wird viel über Unionsrecht nachgedacht. Die deutschen Arbeitsgerichte sind auch überaus vorlagefreudig, um Fragen durch den Gerichtshof der Europäischen Union klären zu lassen. Manche haben behauptet - und manche wollen auch -, dass nationale Verfassungsgerichte an Bedeutung verlieren und dass nationales Verfassungsrecht nicht mehr den maßgeblichen Rahmen bildet. Das ist falsch. Deutsches Verfassungsrecht ist als nationales Recht auch für die Regelungen zum Erwerbsleben - und die damit eng zusammenhängenden Regelungen zur sozialen Sicherung oder auch für Regeln zur Chancengleichheit im Zugang zum Beruf durch Ausbildung und Bildung - alles andere als „out“. Die Reichweite der EU ist rechtlich begrenzt; der Anwendungsbereich der Charta der Grundrechte ist deshalb - in Art. 51 GRCh - beschränkt.² Auch Rechtsfragen des Arbeitslebens sind zudem nicht immer unionsrechtlich in einer Weise determiniert, dass nationales Verfassungsrecht keine Rolle mehr spielen würde.

Wichtiger ist aber: Gerade deutsches Verfassungsrecht ist heute international eingebettet; wir leben in einem „embedded constitutionalism“. Das funktioniert vor allem über die mittlerweile in ständiger Rechtsprechung gefestigte Maßgabe, die Grundrechte im Lichte der EMRK - und diese in der Auslegung des EGMR - zu interpretieren. Desgleichen findet Unionsrecht heute praktisch immer Eingang in unsere Überlegungen. Nationale Verfassungs- und Höchstgerichte sind insofern - in Karlsruhe und anderen Mitgliedstaaten - im ständigen Gespräch auch mit den internationalen Ge-

2 Hier setzt die ultra vires Kontrolle des Verfassungsgerichts an.

richten darüber, was Grundrechte tatsächlich garantieren sollen. Es ist ein Gespräch in der EU, im Europarat und auch in den Vereinten Nationen.

Wir leben also verfassungsrechtlich nicht im isolierten Nationalstaat, sondern haben uns mit dem Grundgesetz - sehr früh! - entschieden, „als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa dem Frieden der Welt zu dienen“, und uns „zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft“ bekannt. Das ist der O-Ton der Präambel und des Art. 1 Abs. 2 des Grundgesetzes. Die Lektüre lohnt. Die Maßgaben für den Gesetzgeber finden sich auch zum Arbeitsrecht nicht nur im Grundgesetz, sondern auch im ratifizierten Völkerrecht, vorrangig der EMRK. Potenziell weiter aufschlussreich sind daneben die Pakte und besonderen Konventionen der Vereinten Nationen, gegen Sexismus, Rassismus und Behinderung, für Gleichbehandlung in jeder Hinsicht. Es wäre gut, wenn dies auch in der Arbeitsrechtswissenschaft und in den Universitäten in der Lehre systematischer berücksichtigt werden würde.

Der Blick auf ausländische und internationale Rechtsordnungen zeigt dann auch, dass Deutschland mit dem Grundgesetz verfassungsrechtlich alles andere als schlecht dasteht. Das wird im bedrückenden Schatten der höchst beunruhigenden Rechtsentwicklungen besonders deutlich, namentlich mit Blick auf Polen und auf Ungarn als Mitgliedstaaten der Europäischen Union, mit Blick auf die Türkei, mit der wir im Europarat sitzen, und mit Blick auf den aus verfassungsvergleichender Perspektive verblassten Leitstern USA. Das komparativ gute „Standing“ des deutschen Verfassungsrechts zeigt sich auch an der heute weltweit intensiv rezipierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Es lebt von einer Rechtswirklichkeit, in der diese Rechtsprechung nicht nur akzeptiert wird. Zur Qualität des Konstitutionalismus in Deutschland gehört, dass Rechtsprechung eng begleitet und kritisiert wird. Das ermöglicht es, sich zu verbessern. Die deutsche Verfassungsstaatlichkeit lebt zudem auch von einer kritischen Rechtswissenschaft und einer engagierten Rechtspraxis. Dabei mögen Sie jeweils unterschiedlich bewerten, wie wir als Verfassungsgericht im konkreten Fall urteilen. Insgesamt ist entscheidend, dass Sie sich an der Diskussion beteiligen. Und Sie können sicher sein, dass das Bundesverfassungsgericht hart daran arbeitet und sehr ernsthaft darum ringt, auch im Wissen um die Kritik zu überzeugenden Entscheidungen zu kommen.

Die erste These zielt also darauf, im Arbeitsrecht die Verfassung nicht aus den Augen zu verlieren, und sich an der Diskussion um Demokratie,

Rechtsstaatlichkeit und Grundrechte weltweit aktiv zu beteiligen. Das Grundgesetz hat in seiner heutigen Auslegung ein großes Potenzial, auch für die sich rapide wandelnde Arbeitswelt der Zukunft Leitplanken zu setzen. Dafür ist die Offenheit für die Rechtsordnung der EU und das Völkerrecht sowohl des Europarats wie auch der Vereinten Nationen sehr wichtig.

These 2. Verfassungsrecht setzt vielfach Leitplanken für die gerechte Gestaltung der Erwerbsarbeit

Dazu kommen die teils noch ungehobenen Schätze, die das Grundgesetz selbst für den Umgang des Rechts mit der Erwerbsarbeit bereithält. Verfassungsrecht ist nicht die andere Welt, sondern zwingendes Fundament des Arbeitsrechts und mit ihm tief verwoben. Das war und ist nicht selbstverständlich, aber heute und hier Rechtswirklichkeit. Das Grundgesetz stellt dem erwachten Gesetzgeber, für den sich Ihre Tagung interessiert, auch mehrfach Weichen.

Das Grundgesetz beantwortet die Frage nach der Gesetzgebungskompetenz und nach dem Gesetzgebungsverfahren auf der formellen, aber alles andere als nur formalistischen Seite. Viele meinen, gerade die Kompetenzfrage sei immer völlig klar. Das stimmt dann nicht, wenn der Gesetzgeber materiell sowohl Erwerbsarbeit als auch soziale Sicherung oder beispielsweise den Sonntag oder die Technik oder die Familie oder das Altern regelt. Gerade Arbeitsrecht muss daher immer im Kontext verstanden werden, nicht zuletzt in engen Bezügen zu anderen Rechtsgebieten. Wonach bestimmt sich dann die Gesetzgebungskompetenz - die faktisch oft auch den unterschiedlichen politischen Zugriff steuert -, wenn die Ladenöffnung und die Arbeitszeit am Wochenende zugunsten der Familien geregelt werden?

Das Bundesverfassungsgericht hatte das in einem Fall zu klären, in dem sich Möbelhäuser gegen eine Regelung über den Ladenschluss am Samstag in Thüringen wehrten³. Da stellt sich die sozialpolitische und auch religionspolitische Frage, wie wichtig der Sonntag ist (und für wen genau, wie der Karfreitag, an dem - was der Erste Senat kürzlich klarstellen

3 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 14. Januar 2015 - 1 BvR 931/12 -, BVerfGE 138, 261.

musste⁴ - von Nichtgläubigen nicht verlangt werden kann, andächtige Ruhe zu bewahren). Und dahinter steckt eine Kompetenzfrage. Der Senat entschied, dass eine landesrechtliche Begrenzung der Samstagsarbeit in Verkaufsstellen dem Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG für die Arbeitszeit zuzuordnen ist. Die Kompetenz für das Recht des Ladenschlusses, die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG normiert ist, erstreckt sich nicht auf arbeitszeitrechtliche Regelungen. Der Clou war nur: Es handelt sich um eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz, von der der Bund nach Ansicht des Senats nicht abschließend Gebrauch gemacht hat (im Sinne von Art. 72 Abs. 1 GG). Denn er hat die Arbeitszeiten nicht deutlich erkennbar erschöpfend geregelt. Daher war dem Land Thüringen die Regelungskompetenz durch den weiterhin geltenden § 17 Abs. 4 ThürLadSchlG nicht vollständig entzogen. Der Senat hat in der Entscheidung betont, dass dies „derzeit“ gilt. Damit markiert das Bundesverfassungsgericht die Leitplanke für den Spielraum des Bundesgesetzgebers, das eventuell auch zu ändern. Solange er das nicht tut, dürfen die Länder regeln. Sie sind hier sogar mehr als der Impulsgeber im Bundesrat, der allerdings im Arbeitsrecht ebenfalls nicht zu unterschätzen ist.

Der Fall zeigt, dass Arbeitsrecht nicht zu eng gefasst werden darf. Was der Gesetzgeber tut, ist immer auch Ausdruck einer bestimmten Sozial- und Wirtschaftspolitik. Da schwingen Vorstellungen zu Reichtum und Armut als Antworten auf die Klassenfrage wie auch zur Familien- und Geschlechterordnung oder auch zu Inländern und Ausländern mit. Diese Orientierungen geben - hoffentlich! - den Ausschlag, wenn wir alle die Möglichkeit erhalten, in Bund und Ländern zu wählen, wer dann legitimiert entscheidet. Das Grundgesetz legt fest, wer da eine Stimme hat, und markiert, wo jedwede politische Mehrheit ihre Grenze findet.

Neben den Kompetenzen gibt es weitere, zu Unrecht als „nur“ formell beschriebene Grenzen, die der erwachte Gesetzgeber zu beachten hat. Sie ergeben sich aus dem Demokratieprinzip und den konkreten Vorgaben dazu. Das Bundesverfassungsgericht hat in den letzten Jahren mehrfach betont, dass Politik immer auch ein Raum der Kompromisse ist und kein Perfektionismus. Das betonen die Entscheidungen zum menschenwürdi-

4 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 27. Oktober 2016 – 1 BvR 458/10 -, www.bverfg.de.

gen Existenzminimum mit dem Regelsatz in der Grundsicherung,⁵ zur gesetzlichen Regelung einer Fusion von Hochschulen⁶ oder auch zum Atomausstieg⁷. Es gibt im Regelfall keinen Anspruch darauf, dass der Gesetzgeber von sich aus Entwicklungen beobachtet oder Sachverhalte ermittelt. Sondern es gibt Demokratie, an der Sie mitwirken können.

Zum verfassungsrechtlichen Schwur kommt es dann bei den materiellen Grenzen politischer Mehrheitsentscheidungen. Auf sie konzentriert sich die Debatte meist. Ich werde - selbstverständlich - nicht über anhängige Verfahren und darin aufgeworfene Fragen sprechen. Daher sage ich nichts zu den zuletzt vermehrt eingegangenen Fragen mit tariflichem Hintergrund, wie dem Sozialkassenverfahren im Baugewerbe oder den Differenzierungsklauseln in jüngerer BAG-Rechtsprechung. Ich sage auch nichts zur Rechtsprechungskompetenz des BAG in Fragen der befristeten Beschäftigung. Vielmehr will ich einige Aspekte bereits veröffentlichter Entscheidungen der jüngeren Zeit hervorheben.

Das Bundesverfassungsgericht reagiert in ihnen darauf, dass der Gesetzgeber handelt. Denn wo der Gesetzgeber handelt, wird sehr oft auch „Karlsruhe“ gefragt, ob er das so durfte, oder zumindest mit dem Verfassungszaunpfahl gewunken. Das ist Teil einer lebendigen Verfassungskultur. Bisweilen kommen allerdings auch Zweifel auf, ob der verfassungsrechtliche Zeigefinger allein zur Entlastung von politischer Verantwortung erhoben wird. So sind Verfahren natürlich erwartbar und völlig funktionsgerecht, wenn sich Einzelne gegen Mehrheitsentscheidungen wehren, deren Kosten auf sie abgewälzt werden. Verfahren können aber auch ein Verfassungsgericht strukturell überfordern, wenn beispielsweise „Karlsruhe den Euro stoppen“ soll. Manchmal sind Verfahren vor dem Verfassungsgericht auch nur ein politischer Schaukampf. Jedenfalls sind gerade gesellschaftlich kontroverse Entscheidungen aus der Perspektive eines Verfassungsgerichts in den Parlamenten zuallererst und sehr gut aufgehoben.

Sehr viele aufgeregte Anliegen, die nach Karlsruhe getragen werden, sind nach dem Verfahrensrecht denn auch nicht zulässig und deshalb nicht

5 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 9. Februar 2010 - 1 BvL 1/09, 1 BvL 3/09, 1 BvL 4/09 -, BVerfGE 125, 175; Beschluss des Ersten Senats vom 23. Juli 2014 - 1 BvL 10/12, 1 BvL 12/12, 1 BvR 1691/13 -, BVerfGE 137, 34.

6 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 12. Mai 2015— 1 BvR 1501/13, 1 BvR 1682/13 -, BVerfGE 139, 148.

7 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. Dezember 2016 - 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12 -, www.bverfg.de.

zur Entscheidung anzunehmen. Viele sind beispielsweise nicht hinreichend substantiiert. Das zeigt, wie schwer der Sprung von der fachrechtlichen zur verfassungsrechtlichen Argumentation tatsächlich fällt. Manchmal ist auch der Rechtsweg noch nicht erschöpft. Dann hatten die Fachgerichte noch keine Gelegenheit, in Frage gestellte Hoheitsakte auch auf ihre Verfassungskonformität hin zu prüfen und, wenn dies vertretbar ist, Konflikte verfassungskonform zu lösen. So sind unmittelbar nach Verabschiedung des Gesetzes über den Mindestlohn mehrere Verfassungsbeschwerden eingelegt worden, waren aber unzulässig. Eine Verfassungsbeschwerde von 14 ausländischen, auch im Inland tätigen Transportunternehmen genügte nicht dem Grundsatz der Subsidiarität, denn die Unternehmen hatten sich zunächst an die Fachgerichte zu wenden⁸. Auch der 17-jährige Arbeitnehmer in der Systemgastronomie, der eine Verletzung von Art. 3 Abs. 1 GG rügte, weil Volljährige für dieselbe Tätigkeit den gesetzlichen Mindestlohn erhalten, muss sich erst vor den Arbeitsgerichten wehren⁹. Daneben war eine Verfassungsbeschwerde gegen die zeitlich verzögerte Einführung des Mindestlohnes für Zeitungszustellerinnen und Zeitungszusteller mangels hinreichender Angaben zur tatsächlichen Situation der oder des Betroffenen nicht hinreichend substantiiert und deswegen ebenfalls unzulässig¹⁰. Nicht zuletzt enden Rechtsstreite mit offensichtlich verfassungsrechtlichen Bezügen vor den Fachgerichten nicht selten durch Vergleich. Entsprechend ist ein weit gediehenes Verfahren in dieser Sache jüngst kurz vor dem BAG verglichen worden. Auch wenn wir zu rund 6.000 Verfahren im Jahr entscheiden, lassen sich deshalb nicht alle Fragen verfassungsgerichtlich beantworten.

So sind meines Wissens bislang keine Verfahren gegen die neuen Regeln zur Entgelttransparenz anhängig. Für die Bearbeitung dessen, was – an sich euphemistisch - Gender Pay Gap genannt wird, gibt es mittlerweile politischen Konsens. Ob die Bearbeitung auch Beseitigung der Diskriminierung bedeutet, wird sich zeigen. Verfassungsrechtlich spielt hier auch der Grundsatz eine Rolle, dass fehlende Parität die Bindungskraft des idealiter als paritätisch gedachten Vertrages schwächt. Die Grundlagen für

8 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 2015 - 1 BvR 555/15 -, www.bverfg.de.

9 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 2015 - 1 BvR 37/15 -, www.bverfg.de.

10 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 25. Juni 2015 - 1 BvR 20/15 -, www.bverfg.de.

dieses Verständnis von sozial kontextualisierter Freiheit hat das Bundesverfassungsgericht in den Entscheidungen zum Handelsvertreter¹¹ und zur Bürgerschaft¹² gelegt, also zu Art. 2 Abs. 1 GG.

Dazu kommt - evident - das Diskriminierungsverbot. Allerdings ist Art. 3 GG ein eher noch ungehobener Schatz, auch im Arbeitsrecht. Es wird vom AGG selbstverständlich nicht verdrängt oder überspielt, auch wenn das AGG im Unterschied zu in Deutschland noch weit verbreiteten eher formalistischen Positionen verdeutlicht, was Gleichbehandlung konkret bedeutet. Art. 3 GG hat nun auch nicht nur einen Absatz - was im juristischen Alltagswissen und in der juristischen Ausbildung deutlicher verankert werden müsste. Das Gebot der tatsächlichen Gleichstellung im Geschlechterverhältnis in Absatz 2 hat ebenso Potenzial wie das Verbot der Diskriminierung aus den in Absatz 3 benannten Gründen. Dort fehlt die sexuelle Orientierung; da sie jedoch strukturell den Merkmalen des Satzes 1 stark ähnelt, sind nach mittlerweile ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ähnliche Rechtfertigungsanforderungen zu stellen, wo Ungleichbehandlungen ausnahmsweise legitimiert werden sollen.

Pauschale Regeln, denen letztlich Ressentiments zugrunde liegen, tragen danach nicht mehr. Diese ratio informiert auch die Entscheidung zum Kopftuch einer Lehrerin und einer Sozialarbeiterin in der öffentlichen Schule. Auch das ist Arbeitsrecht. Im Jahr 2015 konstatierte der Erste Senat - mit 6 zu 2 Stimmen¹³-, dass ein Verbot religiöser Bekundungen im Schuldienst allein durch das äußere Erscheinungsbild unabhängig von einer konkreten Gefahr Frauen benachteiligt, weil sie die pädagogische Tätigkeit im Schuldienst von Voraussetzungen abhängig macht, die tatsächlich ganz überwiegend Frauen nicht erfüllen können. Zwar handelt es sich um eine geschlechtsneutral formulierte Regelung. Doch erfasst es Männer nur in verschwindend geringer Zahl, wie im Fall Turban tragender Sikhs (die bislang arbeitsrechtlich in Deutschland nur fiktiv in Erscheinung treten¹⁴). Sie trifft vielmehr faktisch ganz überwiegend muslimische

11 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 7. Februar 1990 - 1 BvR 26/84 -, BVerfGE 81, 242.

12 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 19. Oktober 1993 - 1 BvR 567/89, -1 BvR 1044/89 -, BVerfGE 89, 214; Beschluss des Ersten Senats vom 6. Dezember 2005 - 1 BvR 1905/02 -, BVerfGE 115, 51 <68 f., Rn. 43 ff.>.

13 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 25. Januar 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 -, BVerfGE 138, 296 <353 f. Rn. 143>.

14 Zur – bejahten – Helmpflicht VG Freiburg, Urt. v. 29.10.2015 - 6 K 2929/14 -.

Frauen, die aus religiösen Gründen ein Kopftuch tragen. Zu rechtfertigen ist das nicht.

Der Senat erinnert insofern daran¹⁵: Das Grundgesetz bietet Schutz auch vor faktischen Benachteiligungen aufgrund des Geschlechts (und zitiert 6 vorgängige Entscheidungen!). Zwar komme eine Rechtfertigung faktischer Benachteiligungen grundsätzlich in Betracht. Doch fehlt hier ein hinreichender Rechtfertigungsgrund. Wichtiger noch: „Auch soweit argumentiert wird, ein Kopftuchverbot schütze Frauen vor derjenigen Diskriminierung, die einem religiösen Bedeckungsgebot selbst innewohne, trägt dies nicht, denn dieser Schutz wirkt sich hier tatsächlich als Benachteiligung aus“. Paternalismus funktioniert hier ebenso wenig wie beim Arbeitsschutz durch Nachtarbeitsverbote nur für Frauen¹⁶. Die Benachteiligung lässt sich auch nicht damit rechtfertigen, das Kopftuch signalisiere eine ablehnende Haltung zur Gleichberechtigung von Männern und Frauen, denn dies ist weder automatisch noch durchgängig der Fall. Hier wird noch mehr zu entscheiden sein, je nach Aufgabe und rechtlicher Rahmung der jeweiligen Erwerbsarbeitsposition der Betroffenen. Dazu gehört dann auch das - mit den Positionen der Generalanwältinnen und den Entscheidungen Achbita und Bougnani¹⁷ intensivierte - Gespräch mit dem EuGH und dem EGMR¹⁸, im eingebetteten Konstitutionalismus.

Im Arbeitsrecht kommt zur Parität als Voraussetzung bindender Verträge und zum Diskriminierungsschutz ein weiterer Aspekt hinzu. Es fehlt ja nicht nur individuell Parität. Sie fehlt im Erwerbsleben vielmehr insbesondere strukturell, und diese strukturelle Unterlegenheit der Beschäftigten in Abhängigkeit vom Arbeitgeber will das Grundgesetz nicht akzeptieren. Das ist die ratio von Art. 9 Abs. 3 GG. Die Erfahrung zeigt allerdings - und das Grundgesetz ist so angelegt -, dass Tarifautonomie nicht mit vermachteter Interessenpolitik verwechselt werden darf. Mit Art. 9 Abs. 3 GG wird Gerechtigkeit im Erwerbsleben nicht einfach Privaten überlassen.

15 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 25. Januar 2015 - 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 -, BVerfGE 138, 296 <354 Rn. 144>.

16 BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 28. Januar 1992 - 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91 -, BVerfGE 85, 191.

17 EuGH Urteil vom 17. März 2017, C-157/15 (Achbita v. Secure Solutions) mit Schlussanträgen von GA Kokott; EuGH, Urteil vom 27. März 2017 (Bougnani und ADDH v. Micropole Universe) mit Schlussanträgen von GA Sharpston

18 Vgl. EGMR, Urteil vom 15. Januar 2013, Nr. 48420/10 u.a. - Eweida v. UK; EGMR, Urteil vom 26. November 2015 Nr. 64846/11 - Ebrahimian v. France.

Der Kampf gegen Dumpinglöhne wird zwar auch gewerkschaftlich geführt (u.a. mit dem Mittel der Tariffähigkeit, wie in der Auseinandersetzung um die Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen, CGZP). Aber es ist den Tarifvertragsparteien in vielen Branchen nicht gelungen, allgemeinverbindliche Tarifverträge mit einem Mindestlohn herbeizuführen. Sie ermöglichen im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung durch den Abschluss von Tarifverträgen auch selbst Ausnahmen vom Grundsatz der Lohngleichheit; tatsächlich liegen die Löhne der Leiharbeitsverträge zumeist erheblich unter dem Tarifniveau der Entleiherbranchen. Geplant ist nun, die derzeit gesetzlich vorgesehene Überlassungshöchstdauer von 18 Monaten über die Öffnungsklausel branchentariflich auf bis zu vier Jahre auszudehnen¹⁹; argumentiert wird mit Besonderheiten der Branche. Werden damit nicht aber - wie in der Metallindustrie - die Wirtschaftskraft einer Branche und die überdurchschnittlich hohen Tariflöhne auf dem Rücken der strukturell unterlegenen Beschäftigten in der Leiharbeit erkaufte? Wenn das so ist, funktioniert Tarifautonomie nicht. Dann ist der Gesetzgeber durchaus wieder gefragt.

Desgleichen gibt es zwar auch in Gewerkschaften ein Engagement gegen die Benachteiligung von Frauen in den Entgeltstrukturen und gegen andere Formen der Diskriminierung. Aber das Handeln des Gesetzgebers - und noch mehr die politischen Forderungen, die das motivierten - zeigen, dass garantierte Autonomie nicht immer ausreicht, um Missstände zu beseitigen.

Das prägt auch die jüngere Entwicklung in der Tarifpolitik selbst. Der Gesetzgeber interveniert hier allerdings nicht zugunsten von Unterlegenen, und das ist ein wichtiger, dogmatisch tendenziell vernachlässigter Gesichtspunkt. Er handelt vielmehr auf der Grundlage eines relativ großen und mächtigen politischen Konsenses, um das Verhalten bestimmter Akteure einzudämmen. Die Leitplanken des Spielraums des Gesetzgebers hat der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts jüngst im Urteil zum Tarifeinheitsgesetz markiert.²⁰

19 So die IG Metall und die Metallarbeitgeber, was sicherlich Signalwirkung haben wird (vgl. <http://www.mdr.de/nachrichten/wirtschaft/inland/igmetall-leiharbeit-100.html>).

20 BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 u.a. -, www.bverfg.de.

Der Ausgangspunkt sollte sehr deutlich geworden sein: „Das Freiheitsrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG schützt alle koalitionspezifischen Verhaltensweisen, insbesondere den Abschluss von Tarifverträgen, deren Bestand und Anwendung sowie Arbeitsk Kampfmaßnahmen. Das Grundrecht vermittelt jedoch kein Recht auf unbeschränkte tarifpolitische Verwertbarkeit von Schlüsselpositionen und Blockademacht zum eigenen Nutzen.“ (Leitsatz 1) Das ist eine Absage an Ordnungsvorstellungen mit Freiheit nur im Kernbereich. Daher betont Leitsatz 2: „Art. 9 Abs. 3 GG schützt die Koalitionen in ihrem Bestand, ohne dass damit eine Bestandsgarantie für einzelne Koalitionen verbunden wäre. Staatliche Maßnahmen, die darauf zielen, bestimmte Gewerkschaften aus dem Tarifgeschehen herauszudrängen oder bestimmten Gewerkschaftstypen die Existenzgrundlage zu entziehen, sind mit Art. 9 Abs. 3 GG ebenso unvereinbar wie die Vorgabe eines bestimmten Profils.“

Damit ist nicht jede Vorgabe untersagt. Doch muss sie legitime Ziele verfolgen und verhältnismäßig sein, um diese zu erreichen. Bislang war klar, dass der Gesetzgeber zwischen den sich gegenüberstehenden Tarifvertragsparteien Parität herstellen kann. Neu entschieden ist nun, dass er „auch Regelungen zum Verhältnis der Tarifvertragsparteien auf derselben Seite treffen darf, um strukturelle Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Tarifverhandlungen auch insofern einen fairen Ausgleich ermöglichen und in Tarifverträgen mit der ihnen innewohnenden Richtigkeitsvermutung angemessene Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen hervorbringen können.“ (Leitsatz 3).

Wie immer verfügt der Gesetzgeber insoweit über eine Einschätzungsprärogative und, da es sich um sozialpolitische Gestaltung handelt, über einen weiten Handlungsspielraum. Aber es gibt eben auch Grenzen: So genügt es nicht, dass Pluralismus anstrengend ist. „Schwierigkeiten, die sich nur daraus ergeben, dass auf einer Seite mehrere Tarifvertragsparteien auftreten, rechtfertigen eine Beschränkung der Koalitionsfreiheit grundsätzlich nicht.“ (Leitsatz 4). Und es geht verfassungsrechtlich nicht an, die Kleinen unzumutbar zu belasten. Daher hat der Senat die Beeinträchtigungen von Art. 9 Abs. 3 GG weitgehend für verfassungsgemäß gehalten. Er hat das Tarifeinheitsgesetz entsprechend ausgelegt und dort Nachbesserung eingefordert, wo die Rechte derjenigen, deren erkämpfte Vereinbarungen nun verdrängt werden, ignoriert werden würden.

Die abweichende Meinung weicht nur in der Subsumtion ab, nicht in den Maßstäben. Sie hat Zweifel daran geäußert, ob tatsächlich eine Störung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie vorliegt. Sie ist auch von

einer anderen Vorstellung der Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts getragen, das nicht reparieren sollte, was der Gesetzgeber mit verfassungsrechtlichen Bruchstellen gebaut hat. Aber für die Zukunft gilt: Art. 9 Abs. 3 GG ist ein Freiheitsrecht mit einer bestimmten sozialen Funktion, die Tarifautonomie und auch der Arbeitskampf sind grundrechtlich geschützt, und einschränken lässt sich dies nur aus guten Gründen und nicht um jeden Preis.

Der Gesetzgeber handelt also. Nur einige auch langjährige Rufe nach dem Gesetzgeber bleiben nach wie vor ungehört. So bleibt der Gesetzgeber oft untätig, wo der politische Dissens und damit die politischen Kosten einer gesetzlichen Regelung zu hoch sind. Das unterscheidet den Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht: Gerade dort, wo gesellschaftlich Konsens herrscht, unter dem nur Wenige leiden, muss ein Verfassungsgericht den Mut haben, zugunsten der Minderheit zu entscheiden²¹. Das ist der Kern eines verwirklichten Konstitutionalismus. Dafür steht beispielsweise die Entscheidungen zum Kopftuch, das den Berufschancen von muslimischen Frauen nicht pauschal entgegenstehen darf, oder zum Mutterschutz und zur Elternzeit, die auch bei Massenentlassungen zu berücksichtigen sind. Über solche Entscheidungen wird nie weithin gejubelt. Aber das ist die Aufgabe eines Verfassungsgerichtes: Es muss gerade diejenigen zu ihrem Recht verhelfen, die sich im politischen Betrieb nicht ohne weiteres durchsetzen - denn dann bräuchten sie verfassungsrechtliche Hilfe nicht.

Bleibt der Gesetzgeber untätig, folgt daraus auch deshalb keine rechtlose Anarchie, kein darwinistischer Kapitalismus, kein Recht des Stärkeren. Gerade im Arbeitsrecht schlägt dann die Stunde der Fachgerichte. Ein Gesetzgeber darf sich fast immer gegen Gesetzgebung entscheiden. Aber Rechtsschutzverweigerung darf im Rechtsstaat nicht sein. Also springen Fachgerichte ein, um Konflikte zu klären. Das funktioniert weithin, hat aber selbst auch wieder Grenzen. Die Entscheidung des BAG zur Zulässigkeit eines Flashmob als Arbeitskampfmaßnahme im Einzelhandel - um nur ein Beispiel zu nennen - überschritt diese allerdings nicht²².

Die Arbeitsgerichte riskieren gerade im Arbeitskampfrecht allerdings laufend diesen Klassiker-Einwand der Überschreitung richterlicher Rechtsfortbildung. Wo der Gesetzgeber nicht handelt, ist diese Kritik oft

21 BVerfG, Urteil vom 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 u.a. -, Rn. 24, www.bverfg.de.

22 BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 26. März 2014 - 1 BvR 3185/09 -, www.bverfg.de.

wohlfeil. Im Arbeitsrecht stört die Untätigkeit des Gesetzgebers nur dann besonders, wo die Freiheit der Rechtssubjekte zur eigenverantwortlichen Regelung ihrer Angelegenheiten mangels Parität von vornherein nicht trägt (wie im Fall der individuellen Arbeitsvertragsgestaltung). Untätigkeit ist auch problematisch, wo sogar Regelungen unter Bedingungen der Parität zwangsläufig versagen, weil Dritte betroffen sind, die an den Aushandlungen nicht beteiligt waren (wie bei der Drittbetroffenheit im Arbeitskampf). Den Arbeitskampf, der viele gerade auch in Situationen der Tarifkollisionen stört, hat der Gesetzgeber aber eben gerade nicht adressiert, und auch das Bundesverfassungsgericht zwingt ihn dazu nicht. Verfassungsrechtlich ist nur im Ausnahmefall zwingend zu handeln. Er liegt vor, wenn Schutzpflichten verletzt oder Gesetzgebungsaufträge in hohem Maße ignoriert werden. Das ist jedoch selten. Der Ausgangspunkt bleibt, dass auch das Bundesverfassungsgericht die Legislative weder ersetzen kann noch soll noch will.²³ Hier ist genuin die Politik gefragt.

These 3. Abweichende Meinungen: Zwischen Mut und Demut.

Ich hoffe, Sie fragen sich - als die Zukunft der Arbeitsrechtswissenschaft in Deutschland -, was sie können und sollen und wollen. Was künftig im Arbeitsrecht, oder eigentlich breiter: im Zusammenhang mit der Erwerbsarbeit normiert sein soll, was also wirklich gelten soll, woran wir uns binden, muss immer wieder neu bedacht und auch verhandelt werden. Scheuen Sie sich nicht, in Diskussionen abweichende Meinungen zu vertreten. Wer in der „h.M.“ einrastet, rostet.

Aber behalten Sie auch im Blick, dass letztlich der Kompromiss im Konsens zählt. Rechtswissenschaft wird noch zu oft als ein Metier betrieben und beschrieben, in dem um die eine eigene beste Idee konkurriert werden muss, man „Recht haben“ sollte -, „sich durchsetzen“, „jedenfalls gewinnen“ usw. Die Praxis der Beratungen des Bundesverfassungsgerichts zeigt mir - ähnlich wie die inter- und transdisziplinäre Forschung in der kritischen Rechtswissenschaft, im vergleichenden Verfassungsrecht und nicht zuletzt in den Gender Studies vorher -, dass das unproduktiv ist, wenn es um das überzeugendere Recht der Zukunft geht. Produktiv ist es

23 Siehe dazu BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 18. Juli 2012 – 1 BvR 10/10, 1 BvL 2/11 -, BVerfGE 132, 134 <173 ff., Rn. 97 ff.>; sowie Urteil des Ersten Senats vom 11. Juli 2017 - 1 BvR 1571/15 u.a. -, www.bverfg.de, Rn. 24.

demgegenüber, immer wieder zu klären, wo wir einig sind, und genauer zu bestimmen, wovon wir ausgehen wollen - dem Grundgesetz -. Das verpflichtet uns, Kompromisse nicht auf Kosten Einzelner oder gar Schwächerer zu schmieden. Wir können und müssen dann jeweils konkret klären, wo es auch unterschiedliche Lösungen gibt, wo Meinungen voneinander abweichen. Aber der Konsens ist, was zählt.

Ich wünsche Ihnen den Mut dazu - im Wissen um die Einbettung des deutschen Rechts in Europa und der Welt, im Wissen um den Wert des Rechtsstaats und einer funktionierenden Verfassungsgerichtsbarkeit und mit einem scharfen Blick für die Leitplanken, die auch im Arbeitsrecht zu beachten sind - ganz unabhängig von Macht und Mehrheiten.

La Sonnambula: Die Anwendbarkeit der Verzugs pauschale nach § 288 V BGB im Arbeitsrecht

Jan Alexander Daum*

A. Prolog

Gerät der Arbeitgeber mit der Zahlung des Lohns in Verzug, kann der Arbeitnehmer neben dem geschuldeten Entgelt gemäß §§ 280 I, II, 286, 288 I BGB Verzugszinsen verlangen. So weit, so unstrittig. Durch den mit Wirkung vom 29.7.2014 eingefügten § 288 V 1 BGB¹ könnte ein weiterer Anspruch hinzutreten: Demnach kann ein Gläubiger von seinem säumigen Schuldner einen Pauschalbetrag in Höhe von 40 Euro verlangen. Die Anwendbarkeit dieses Anspruchs im Arbeitsrecht beschäftigt derzeit die Arbeitsgerichte der ersten beiden Instanzen² sowie die Literatur. Geht man nämlich davon aus, dass durch die Pauschale die Rechtsverfolgungskosten des Gläubigers abgegolten werden sollen, könnte sie in Konflikt mit § 12a I 1 ArbGG geraten. Danach hat auch die obsiegende Partei im erstinstanzlichen arbeitsgerichtlichen Verfahren ihre Rechtsverfolgungskosten grundsätzlich selbst zu tragen. Obgleich der Betrag von 40 Euro zunächst gering erscheinen mag: Die praktische Relevanz dieser Frage kann angesichts von über 100.000 Zahlungsklagen, die jährlich vor deutschen Arbeitsgerichten eingehen, nicht überschätzt werden.³

In Anlehnung an den Titel der Tagung soll versucht werden, die hochkomplexe juristische Fragestellung mit Vincenzo Bellinis Oper „La son-

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht, Abt. II (Prof. Dr. H.-D. Steinmeyer) der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster.

1 BGBl. I 2014, S. 1218.

2 Die Anwendbarkeit bejahen LAG Niedersachsen – 5 Sa 1263/16 –, juris; LAG Berlin-Brandenburg – 15 Sa 1992/16 –, juris; LAG Köln – 12 Sa 524/16, ArbR 2017, 47; LAG BaWü – 3 Sa 34/16 –, juris; sie wird verneint von ArbG Nürnberg – 12 Ca 6016/15, NZA-RR 2017, 185; ArbG Düsseldorf – 2 Ca 5416/15, BeckRS 2016, 69306.

3 Ausführlich zur Statistik der Arbeitsgerichtsbarkeit *Grotmann-Höfling*, AUR 2016, 407 m.w.N.