

Arbeitsrecht

Reichold

7. Auflage 2022
ISBN 978-3-406-77162-0
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

die Voraussetzungen des AEntG auf M und G zu. Nach dem „**Rangprinzip**“ gilt zwar der Vorrang des Gesetzes vor arbeits- oder tarifvertraglichen Regelungen. Hier ergibt sich jedoch aus der **Gesetzesauslegung**, dass nur „Mindestentgeltsätze“ normiert werden, die daher durch anderweitige Vereinbarungen nach oben verbessert werden dürfen. Das AEntG möchte nur eine Unterschreitung des Stundenlohns von 13 € verhindern, nicht aber eine Überschreitung. Die Kollision ist hier nicht nach dem Rang-, sondern nach dem „**Günstigkeitsprinzip**“ aufzulösen. Nachdem der Tariflohn hier höher liegt als der gesetzliche Mindestlohn, bleiben die Regelungen des Tarifvertrags wirksam. Aus den Bestimmungen des AEntG ergeben sich keine weitergehenden Ansprüche des M.

Ergebnis: M hat einen Anspruch auf Stundenlohn in Höhe von 16 € aus Tarifvertrag.

IV. Die Rechtsquellen im Einzelnen

1. Europarecht

a) Unmittelbare und vorrangige Wirkung vor nationalem Recht

Den ersten Rang in der „Normenhierarchie“ des Arbeitsrechts nimmt das **Europarecht** aufgrund seines **supranationalen Charakters** ein. Soweit Primärrecht (EUV, AEUV) und Sekundärrecht (Verordnung, Richtlinie) der EU reichen, müssen die nationale Gesetzgebung und sogar das nationale Verfassungsrecht zurücktreten (vgl. Art. 23 Abs. 1 GG). Anders als sonst im Völkerrecht können durch europäische Rechtsnormen Rechte und Pflichten **unmittelbar** zu Gunsten oder zu Lasten des Gemeinschaftsbürgers begründet werden. Nationale Gerichte müssen europäische Rechtssätze genauso anwenden wie das bisher allein maßgebliche nationale Recht. Mehr noch: Das EU-Recht wirkt nicht nur unmittelbar, sondern auch **vorrangig vor nationalem Recht**. Bei der Lösung arbeitsrechtlicher Fälle wird die höchste Ebene „Europa“ aber in aller Regel nur in Gestalt **umgesetzten Sekundärrechts** relevant: deutsche Normen müssen dann im Zweifel „europarechtsfreundlich“ ausgelegt werden (→ Rn. 23).

Der **Vertrag von Lissabon**, der im Dezember 2009 in Kraft trat, verschmolz den **EUV** (55 Artikel) mit dem „Vertrag über die Arbeitsweise der Union“ (**AEUV**, bisheriger EG-Vertrag, 358 Artikel) zur einheitlichen „**Europäischen Union**“. Laut Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV haben beide Verträge ausdrücklich den gleichen rechtlichen Stellenwert. Zudem existiert mit der „Charta der Grundrechte“ (GRCh) erstmals eine **verbindliche**, genuin gemeinschaftsrechtliche Grundlage auch z.B. **sozialer Grundrechte**. Doch verändert sich dadurch nichts an ihrer diffusen Wirkung im Kontext des Art. 6 Abs. 2 und 3 EUV. Betrachtet man zudem die (auf Art. 51, 52 GRCh verweisenden) Auslegungsregeln des Art. 6 Abs. 1 EUV zusammen mit Wirkungsbegrenzungen wie in Art. 27, 28 und 30 GRCh, haben diese Normen nicht einmal die Kraft, einen Mindeststandard zu gewährleisten, sondern führen zu einem „automatischen Gleichlauf der grundrechtlichen Gewährleistung mit dem jeweils geltenden Sekundärrecht“ (Krebber, RdA 2009, 224, 235). Im Wesentlichen

bleibt nur die Bekräftigung und Verweisung auf anderes Primärrecht einschließlich der **EMRK**. Diese kann aber durch die – für EU-Staaten ebenfalls verbindliche – Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (**EGMR**) weitergehende Grundrechtsstandards etablieren (z.B. *EGMR* 21.4.2009 – 68959/01 (Yapi-Yol Sen ./, Türkei), NZA 2010, 1423: Anerkennung des Streikrechts im öffentlichen Dienst).

b) Die Drittwirkung europäischen Primärrechts, insb. von Art. 157 AEUV

- 22 Verfassungsnormen wie die des AEUV (aber auch des GG) wirken **nur im Ausnahmefall direkt** auf privatrechtliche Beziehungen ein. Dazu sind sie häufig zu unpräzise formuliert. Die Regeln des AEUV richten sich ihrem Wortlaut nach in aller Regel ausschließlich an die Mitgliedstaaten bzw. an die Organe der Gemeinschaft. Ausnahmsweise wendet der Europäische Gerichtshof (EuGH) aber primärrechtliche Vorschriften unmittelbar auf Einzelfälle an. Im Arbeitsrecht haben die AEUV-Normen der Art. 45 (Arbeitnehmerfreizügigkeit) und Art. 157 (Entgeltgleichheit für Männer und Frauen) herausragende Bedeutung erlangt. Die Auswirkungen waren auch im deutschen Arbeitsrecht gravierend. So konnten die nahezu ausschließlich weiblichen Teilzeitkräfte eines deutschen Kaufhauses über den EuGH ihre Aufnahme in die betriebliche Altersversorgung durchsetzen, die vorher nur Vollzeitkräften gewährt wurde (*EuGH* NZA 1986, 599; *BAG* NZA 1990, 778; 1991, 635). Die europäischen Richter erkannten im Ausschluss der weiblichen Teilzeitkräfte eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, die mit Art. 157 AEUV nicht zu vereinbaren sei (was inzwischen durch einfaches AGG-Recht geregelt ist, vgl. §§ 1, 3 Abs. 2 AGG).

Im Arbeitsrecht spielt als unmittelbar anwendbare EU-Norm bei der Fallbearbeitung **allenfalls** der Grundsatz der Entgeltgleichheit nach **Art. 157 AEUV** eine Rolle. Der Schwerpunkt liegt meist bei Fällen *unmittelbarer* oder versteckter, also *mittelbarer Diskriminierung*. Damit Arbeitnehmer diese in größeren Betrieben aufdecken können, hat der deutsche Gesetzgeber *ergänzend* das **Entgelttransparenzgesetz** (EntgTranspG) geschaffen, das in Betrieben mit in der Regel mehr als 200 Mitarbeitern Arbeitnehmern einen Anspruch auf Auskunftserteilung über die Vergütung von in vergleichbarer Position beschäftigten Personen des anderen Geschlechts gewährt (→ § 8 Rn. 109 f.). Zwar hat auch die Rechtsprechung zu **Art. 45 AEUV**, also zur Arbeitnehmerfreizügigkeit, erhebliche Auswirkungen auf das nationale Arbeitsrecht. Jedoch greifen Art. 45 ff. AEUV im Gegensatz zu Art. 157 AEUV grundsätzlich nicht bei reinen Inlandstatbeständen. Daher sind Freizügigkeitsprobleme als Ausschnitt aus der Grundfreiheiten-Problematik primär nur in Europarechtsklausuren relevant (Schema bei *Thüsing*, EUArbR § 2 Rn. 80). Doch ist die EuGH-Rechtsprechung beachtlich, die zum **originären** Arbeitnehmerbegriff des Europarechts im Zusammenhang mit Art. 45 AEUV ergangen ist (→ § 2 Rn. 39; ferner *Thüsing*, EUArbR § 2 Rn. 12 ff.).

c) Die Wirkung europäischen Sekundärrechts (z.B. Richtlinien)

- 23 Auf der Ebene des Sekundärrechts tritt die Europäisierung des deutschen Arbeitsrechts bei der Rechtsanwendung (Fallbearbeitung) in der Regel **nicht**

direkt in Erscheinung. Eine Ausnahme hiervon kann seit dem 25.5.2018 die *Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)* darstellen, soweit sie nicht durch das reformierte BDSG umgesetzt wurde (→ § 8 Rn. 103 ff.). Auch das harmonisierte Recht bleibt aber jedenfalls nationales Recht (z.B. § 613a BGB). Das (umgesetzte) Sekundärrecht ist daher in der Normenhierarchie und im Prüfungsaufbau grundsätzlich nicht anders zu behandeln als sonstiges nationales Gesetzesrecht (→ Rn. 29). **Aber Achtung:** Normen wie z.B. § 15 AGG oder § 613a BGB, die auf europäischen Richtlinien beruhen, müssen **europarechtskonform** ausgelegt werden. Nicht das Richterrecht des BAG, sondern das des EuGH ist verbindlich für umgesetzte nationale Normen europäischer Herkunft. Deshalb wird im Rahmen dieses Lernbuchs bei einzelnen Sachproblemen besonders auf die europäische Rechtsprechung zur deutschen Sachnorm hingewiesen.

Beispiel: Beim Verstoß gegen das *Benachteiligungsverbot* des § 7 Abs. 1 AGG macht sich der Arbeitgeber nach § 15 Abs. 2 AGG entschädigungspflichtig. Die aktuelle Gesetzesfassung ist eine Reaktion auf Urteile des EuGH, die in der früheren Version des § 611a Abs. 2 BGB keine hinreichende Sanktionierung erkannten (→ § 7 Rn. 14 f.). Der EuGH war maßgebliche Auslegungsinstanz, weil § 611a BGB bzw. § 15 Abs. 2 AGG auf eine EG-Richtlinie zurückgehen. Aus dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 S. 1 AGG („angemessene Entschädigung in Geld“) geht im Kontrast zu § 15 Abs. 1 AGG eindeutig hervor, dass es nicht um materiellen Schadensersatz, sondern um einen Ausgleich „immateriellen Schadens“ geht, der als Instrument präventiver Verhaltenssteuerung eingesetzt wird (vgl. nur ErfK/Schlachter, § 15 AGG Rn. 1 ff.; Wagner, AcP 206 (2006), 352, 398 ff.). Rechtsdogmatisch lässt sich dies mit deutschen Grundsätzen schwerlich in Einklang bringen, doch geht es hier um die „Europäisierung“ des Privatrechts, die deshalb auch eine *verschuldensunabhängige* Haftung fordert (dazu Kamanabrou, RdA 2006, 336 f.).

Die *derzeit* wesentlichen „europäischen“ Regelungen des deutschen Arbeitsrechts sind in der folgenden Übersicht zusammengefasst: 24

Schaubild 6: Europäisches Sekundärrecht im deutschen Arbeitsrecht

1. Arbeitsvertragsrecht:

a) AGG (insb. §§ 6–18, 22–23)	Umsetzung der RL 2000/43/EG, RL 2000/78/EG, RL 2002/73/EG
b) § 613a BGB	Umsetzung der RL 1977/187/EWG bzw. RL 2001/23/EG
c) Nachweisgesetz (NachwG)	Umsetzung der RL 1991/533/EWG
d) § 17 Abs. 2, 3 KSchG	Umsetzung der RL 1975 /129 EWG bzw. RL 1998/59 EG
e) Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG)	Umsetzung der RL 1997/81/EG und RL 1999/70/EG
f) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG)	Umsetzung der RL 2008/104/EG

2. Arbeitsschutzrecht:

- | | |
|---|---|
| a) Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) | Umsetzung insb. der Rahmen-RL 1989/391/EWG; weitere Einzel-RLen sind umgesetzt in Verordnungen, z.B. ArbeitsstättenVO |
| b) Arbeitszeitgesetz (ArbZG) | Umsetzung der RL 1993/104/EG bzw. RL 2003/88/EG |
| c) Mutterschutzgesetz (MuSchG) | Umsetzung der RL 1992/85/EWG bzw. RL 2014/27/EU |
| d) Jugendarbeitsschutzgesetz (JArbSchG) | Umsetzung der RL 1994/33/EG |
| e) Beschäftigtendatenschutz (insb. § 26 BDSG) | Umsetzung der DSGVO, insb. Art. 88 |

3. Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer:

- | | |
|-------------------------------------|---|
| a) Europ. Betriebsrätegesetz (EBRG) | Umsetzung der RL 1994/45/EG bzw. 2009/38/EG |
| b) SE-Beteiligungsgesetz (SEBG) | Umsetzung der RL 2001/86/EG |

2. Deutsches Verfassungsrecht**a) Verfassungsgeltung als „Drittwirkung“**

- 25 Vor allem der Grundrechtsteil des deutschen Grundgesetzes (Art. 1–19 GG) sollte ursprünglich den einzelnen Bürger vor staatlichen Übergriffen schützen, nicht dagegen die privatautonom arrangierten Beziehungen der Bürger inhaltlich gestalten („Abwehrfunktion“ der Grundrechte). Verfassungsnormen wirken daher in der Regel **nicht direkt** auf privatrechtliche Beziehungen ein (sog. **mittelbare** Drittwirkung), was bei einem unbestimmten Prinzip wie dem Sozialstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) auf der Hand liegt. Sie steuern vielmehr die Gesetzgebung, die z.B. aufgrund Art. 3 Abs. 2 GG (in Verbindung mit Art. 157 AEUV, also Gleichbehandlung von Mann und Frau) die einfachrechtlichen Normen der §§ 611a, 611b und 612 Abs. 3 BGB a.F. als Grundrechtssicherung und -verstärkung erlassen hatte, bevor 2006 das AGG verkündet wurde. Zunehmend wird auch bei der verfassungsrechtlichen Kontrolle des Zivilrechts die **Schutzfunktion** der Grundrechte entfaltet (vgl. ErfK/Schmidt, Einl. GG Rn. 38 ff.).

b) Unmittelbare Drittwirkung

- 26 Im Ausnahmefall kann aber eine Bestimmung wie **Art. 9 Abs. 3 S. 2 GG**, wo es zum Schutz des Koalitionsrechts heißt, dass

„Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen“, nichtig, „hierauf gerichtete Maßnahmen“ rechtswidrig sind,

mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattet sein: sie ist konkret genug auf eine Rechtsfolge hin formuliert. Daher wäre eine Vertragsklausel, die das Arbeitsverhältnis mit dem Beitritt zu einer Gewerkschaft automatisch enden ließe, von Verfassungs wegen unwirksam (= nichtig, § 134 BGB, vgl. auch BAG NJW 2007, 622: Verpflichtung zur dauerhaften Mitgliedschaft in Arbeitgeberverband verstößt gegen negative Koalitionsfreiheit).

c) Mittelbare Drittwirkung

Die regelmäßig zu bejahende mittelbare Drittwirkung der Verfassung muss 27 bei Streitigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer berücksichtigen, dass jeder der Konfliktparteien jeweils eigene Grundrechte zur Seite stehen. Im folgenden Beispiel stehen sich Art. 12 GG (Vertragsbindung) und Art. 4 GG (Gewissensfreiheit) in einer Weise gegenüber, die eine sorgfältige **Güter- und Interessenabwägung** beider Grundrechtspositionen im Lichte des Grundgesetzes erfordert und „einfache“ Lösungen verhindert (vgl. ErfK/Schmidt, Einl. GG Rn. 76 ff.).

Beispiel: Bernd Richter ist Leiter der Forschungsabteilung Human-Pharmakologie in einem pharmazeutischen Unternehmen. Bei der Entwicklung eines neuen Medikaments stellt sich dessen mögliche Zweckbestimmung für den militärischen Einsatz im Falle eines Nuklearkriegs heraus. Eine von Bernd geforderte Erklärung des Arbeitgebers, jede militärische Nutzung der entwickelten Substanz auszuschließen, wird abgelehnt. Bernd weigert sich deshalb aus medizinisch-ethischen Gründen, die Entwicklung dieser Substanz weiter zu betreuen. Nach Abmahnung wird ihm hierauf gekündigt.

Auch wenn die Weigerung eines Arbeitnehmers, seiner Arbeitspflicht nachzukommen, in der Regel eine Kündigung rechtfertigt, muss hier der ernsthafte **Gewissenskonflikt** des B arbeitsrechtlich (Drittwirkung des Art. 4 GG) berücksichtigt werden. Das BAG hat deshalb das Weisungsrecht des Arbeitgebers aus § 106 GewO wegen Art. 4 GG zugunsten des B eingeschränkt: Nur dann, wenn dem in Gewissenskonflikt geratenen Arbeitnehmer kein adäquater anderer Arbeitsplatz zugewiesen werden kann, findet eine Kündigung (personenbedingt) ihre soziale Rechtfertigung nach § 1 Abs. 2 KSchG. Hätte B an zweifelsfrei zivilen Zwecken dienenden Medikamenten weiterarbeiten können, so wäre der Arbeitgeber bei Nichtbeschäftigung wegen § 615 BGB (Annahmeverzug) zur Entgeltfortzahlung zu verpflichten (→ § 8 Rn. 46 ff.), weil eine personenbedingte Kündigung dann scheitern müsste (BAG NJW 1990, 203).

Die Wertvorstellungen des Grundgesetzes finden ihre Berücksichtigung in 28 den **Generalklauseln** des Privatrechts. Der Grundsatz der mittelbaren Drittwirkung der Verfassung achtet dabei die besondere privatrechtliche Konfliktlösung und gesteht ihr den Vorrang zu. Besonders häufig ist der Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) das Einfallstor für grundrechtliche Wertungen. So wurde vom BAG eine Kündigung während der Probezeit, die allein auf die Homosexualität des Arbeitnehmers gestützt wurde, für unwirksam, weil treuwidrig (§ 242 BGB) gehalten. Das grundsätzlich freie Kündigungsrecht während der ersten sechs Monate darf nicht für eine diskriminierende Kündigung aus Gründen der sexuellen Identität missbraucht werden (BAG NJW

1995, 275). Ähnliches gilt für das Tragen eines islamischen Kopftuchs, das für sich alleine noch nicht die Kündigung einer Verkäuferin in einem Kaufhaus rechtfertigt (*BAG NJW* 2003, 1685; *EuGH NZA* 2021, 1085). Denn damit macht die Verkäuferin Gebrauch von ihrem Grundrecht aus Art. 4 Abs. 1 GG, das auch vom EuGH bei der Prüfung einer Diskriminierung beachtet wird. Auch beim Mitarbeiter, der das Ein- und Ausräumen alkoholischer Getränke mit seinem muslimischen Glauben nicht vereinbaren kann, muss vor der Kündigung als mildere Maßnahme eine „**Umsetzung**“, d.h. die Zuweisung einer anderen Tätigkeit, vom Arbeitgeber geprüft werden (*BAG NJW* 2011, 3319).

3. Gesetzesrecht

a) Innerstaatliches Gesetz

- 29 Gesetzesrecht ist innerstaatliches Recht, das aber auch internationalen (z.B. Abkommen der Internationalen Arbeitsorganisation – IAO) oder supranationalen (z.B. Richtlinien der EU → Rn. 23 f.) Ursprungs sein kann. Der Bundestag hat auch dann, wenn er keine eigenen, sondern europäische oder internationale Gesetzgebungsinitiativen verfolgt (und verfolgen *muss*, vgl. Art. 4 Abs. 3 AEUV), im Wege der Umsetzung (**Transformation**) auf die nationale Ebene noch beträchtliche Gestaltungsspielräume. Völkerrecht gibt ebenso wie sekundäres Europarecht (Art. 288 AEUV) dem nationalen Gesetzgeber häufig nur **Rahmenregelungen** vor, solange eine „Mindestharmonisierung“ das Ziel ist (vgl. Art. 151 Abs. 4 AEUV). Im Arbeitsschutz dagegen verbleiben naturgemäß weniger Umsetzungsspielräume (vgl. *Wank*, DB 1996, 1134; *Wlotzke*, NJW 1997, 1469). Der EuGH kontrolliert diese Umsetzungsmaßnahmen auf ihre Europarechtskonformität.

b) Materielles Gesetz

- 30 Rechtssätze sind für die Arbeitsvertragsparteien nicht nur dann verbindlich, wenn sie im **formellen Sinne** als Parlamentsgesetz erlassen werden (zum Arbeitsrecht als Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes vgl. Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG). Vielmehr gehört zu einem Gesetz im **materiellen Sinn** jede allgemein verbindliche Rechtsnorm, soweit sie – sei es auch nur durch gesetzliche Ermächtigung – demokratisch legitimiert ist. Hierzu gehören insbesondere
- die Rechtsverordnungen der Exekutive nach Art. 80 GG (z.B. Arbeitsstättenverordnung, Bildschirmarbeitsverordnung),
 - die Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrags (§ 5 TVG) durch den Bundesminister für Arbeit und Soziales,
 - das autonome Satzungsrecht der Berufsgenossenschaften (Unfallverhütungsvorschriften) aufgrund gesetzlicher Ermächtigung (§ 15 SGB VII).

Die so erlassenen Normen dürfen nicht so wesentlich sein, dass sie dem Parlamentsvorbehalt unterliegen und damit der formellen Gesetzgebung bedürften. Ein gutes Beispiel für den Übergang von einer verbandlichen (privatrechtlich legitimierte) hin zu einer allgemeinverbindlichen (öffentlich-rechtlich legitimierte) Norm ist die **Allgemeinverbindlicherklärung** im Tarifrecht: Denn jetzt erfassen die Rechtsnormen des Tarifvertrags in seinem Geltungsbereich auch die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer (§ 5 Abs. 4 TVG → § 12 Rn. 20).

c) Gewohnheitsrecht und Richterrecht

Auch ohne demokratische Legitimation und daher nur in einem Restbereich 31 können Arbeitsrechtssätze gebildet werden durch

- Gewohnheitsrecht (aa) und
- Richterrecht (bb).

aa) Gewohnheitsrecht

Es entsteht nur bei lang andauernder und allgemeiner Rechtsüberzeugung, 32 die von den Beteiligten als verbindlich anerkannt wird. Wichtigstes Beispiel ist der sog. einfachrechtliche **Gleichbehandlungsgrundsatz**, der nicht verwechselt werden darf mit dem Gleichheitssatz der Verfassung (Art. 3 Abs. 1 GG), dem Gleichberechtigungssatz (Art. 3 Abs. 2 GG) und dem Benachteiligungsverbot (Art. 3 Abs. 3 GG, vgl. Reichold, JZ 2004, 384).

Ebenfalls gewohnheitsrechtlich anerkannt ist die „**Betriebliche Übung**“ 33 (→ Rn. 50 ff.), die sich als Gleichbehandlung „in der Zeit“ charakterisieren lässt.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist Ausdruck **austeilender Gerechtigkeit** (*ius-titia distributiva*): der Arbeitgeber muss seine betrieblich verbundenen Arbeitnehmer nach „sozialen“ Maßstäben in proportional ausgewogener Weise gleich behandeln. Einzelne Arbeitnehmer dürfen im Vergleich zu anderen, die ihrer Stellung und Funktion nach vergleichbar sind, nicht willkürlich (sachfremd) schlechter gestellt werden. Der Grundsatz hat anspruchsbegründende Wirkung, z.B. beim willkürlichen Ausschluss eines Arbeitnehmers von einer Gratifikation oder einer sonstigen freiwilligen Leistung (vgl. auch § 1b Abs. 1 S. 4 BetrAVG: Rechtsgrund einer Betriebsrente). Normiert ist er für einen Teilbereich z.B. in **§ 4 Abs. 1 S. 1 TzBfG**: 34

„Ein teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer darf wegen der Teilzeitarbeit nicht schlechter behandelt werden als ein vergleichbarer vollzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, es sei denn, dass sachliche Gründe eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen“ (dazu näher Thüsing, ZfA 2002, 249).

Das unterschiedliche Arbeitspensum der Vollzeit- und Teilzeitbeschäftigten 35 rechtfertigt für sich alleine also keine Differenzierung. Davon zu unterscheiden sind aber die strengeren **Gleichstellungsgebote (= Diskriminierungs- oder Benachteiligungsverbote)** z.B. wegen des Geschlechts, der ethnischen Herkunft, der Religion, des Alters oder der Behinderung (vgl. §§ 1, 3, 7 AGG).

Hier wird eine unterschiedliche Behandlung allein wegen des Frau-Seins, der Ausländer-Eigenschaft, der fremden Religion, des höheren Alters oder der Schwerbehinderung ausdrücklich **verbotten**. Solche strikten Verbote (→ § 1 Rn. 11) werden durch **zwingendes Recht** von außen an den Arbeitgeber herangetragen, sind für ihn also „Fremdbestimmung“. Der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz dagegen sorgt für eine „Selbstbindung“ des Arbeitgebers: seine **eigenen** (relativen) Differenzierungsmerkmale muss er konsequent und sachlich anwenden. Der Richter prüft ihre inhaltliche sachliche Rechtfertigung und die konsequente Durchführung. So dürfen z.B. am Arbeitsmarkt besonders gesuchte Arbeitnehmer besser bezahlt werden als andere Mitarbeiter (vgl. BAG NJW 1996, 1914; NZA 2001, 782: Arbeitsmarktzulage), Angestellte mit hoher Qualifikation eine höhere Weihnachtsgratifikation erhalten als leicht anzulernende gewerbliche Arbeitnehmer (vgl. BAG NJW 2003, 2333: Schnellrestaurant), und nach Betriebsübergang bei Gehaltserhöhungen die übernommenen Mitarbeiter anders behandelt werden als die Stammbesetzung (vgl. BAG NJW 2007, 2939; ferner BAG NZA 2009, 1202: Ungleichbehandlung bei kompensatorischem Lohnausgleich).

Wichtig: Die Gleichbehandlung im Arbeitsrecht hat unterschiedliche Dimensionen

1. **„Gleichstellung/Verbot der Diskriminierung“:** Hierzu bedarf es einer besonderen gesetzlichen Anordnung wie im AGG: der Arbeitgeber wird so zu einem gesetzeskonformen Verhalten gezwungen (eine geschlechtsspezifische Diskriminierung z.B. ist grundsätzlich unzulässig!). Auch wenn das AGG sich als „Gleichbehandlungsgesetz“ bezeichnet, werden damit weitergehende *absolute Verhaltensgebote* zugunsten eines menschenwürdigen und marktrationalen Umgangs dekretiert, die rechtsdogmatisch nicht Gleichbehandlung, sondern „Gleichstellung“ als gesellschaftlich erwünschtes Ergebnis bezwecken.
2. **„Gleichbehandlung“:** Sie beschränkt die Privatautonomie des Arbeitgebers beim Umgang mit einer Mehrzahl von vergleichbaren Arbeitnehmern auf **sachlich nachvollziehbare** Differenzierungen – Gleichbehandlung „in der Person“, ohne dass damit bestimmte Inhalte wie beim AGG vorgegeben werden; vielmehr geht es hier nur um erwünschte rationale **Verfahrensweisen** (gewohnheitsrechtliche Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 GG).
3. **„Betriebliche Übung“:** Sie bindet den Arbeitgeber an regelmäßig wiederholte Verhaltensweisen im Sinne einer „Selbstbindung“ – Gleichbehandlung „in der Zeit“ (→ Rn. 50).

bb) Richterrecht

- 36 Es wird im Arbeitsrecht vor allem durch das **Arbeitskampfrecht** (→ § 13) geprägt. Weil der Gesetzgeber (entgegen seinem rechtsstaatlichen Auftrag) untätig blieb, musste das BAG zusammen mit dem BVerfG die wesentlichen Grundsätze der Zulässigkeit von Streik bzw. Aussperrung auf der Grundlage von Art. 9 Abs. 3 GG festlegen. Ähnliches gilt für die Grundsätze der **Hafungsprivilegierung des Arbeitnehmers**, wenn er bei seiner Arbeitstätigkeit