

 jetzt bestellen

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von
Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas



Schulthess 

Festschrift für Wolfgang Portmann

Herausgegeben von
Roland A. Müller
Roger Rudolph
Anton K. Schnyder
Adrian von Kaenel
Bernd Waas

Schulthess § 2020

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2020

ISBN 978-3-7255-8103-0

www.schulthess.com

Inhaltsverzeichnis

Vorwort und Dank.....	V
Autorenverzeichnis.....	VII

ADRIAN VON KAENEL

Wolfgang Portmann – Ein Leben für zwei Künste	1
--	----------

JOSÉ JOÃO ABRANTES

Collective Labour Rights and the Autonomy of Labour Law (The Portuguese Example)	5
---	----------

JEREMIAS ADAMS-PRASSL

Workplace Regulation beyond Employment Law: Exploring the role of Data Protection.....	17
---	-----------

EDOARDO ALES

‘Worker’ (and) ‘Mobility’ in the Case Law of the Court of Justice EU on Free Movement: A Critical Appraisal	31
--	-----------

GABRIEL AUBERT

Réflexions sur les bonus (art. 322d CO).....	51
---	-----------

ROLAND BACHMANN

Einblick in den Kundenkreis als Voraussetzung für das nachvertragliche Konkurrenzverbot.....	67
---	-----------

KADRIYE BAKIRCI

The Vicarious Liability of Employers in Turkish Law	83
--	-----------

SAMUEL BAUMGARTNER / SARA LUSTENBERGER

Zur Zulässigkeit der alternativen objektiven Teilklagenhäufung	95
---	-----------

RALUCA DIMITRIU

**Work Discipline in the Workplace, with a Special Focus
on the Duty of Fidelity: The Case of Romanian Law** 113

JEAN-PHILIPPE DUNAND

**La Suisse et la « liste noire » de l'Organisation internationale
du travail (OIT)** 125

WOLFGANG ERNST

**Beschlussfassung durch den Betriebsrat –
Abstimmungsregelungen im BetrVG und ihre Probleme** 147

THOMAS GÄCHTER / PETRA KOLLER

**Arbeitsunfähigkeit und Invalidität im Arbeitsverhältnis –
Pflichten Arbeitgebender im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht** 159

JOAQUÍN GARCÍA MURCIA / IVÁN ANTONIO RODRÍGUEZ CARDO /

DIEGO ÁLVAREZ ALONSO

**Digital Technology in the Employment Relationship: An Approach
in the light of the Spanish Legislation on 'Digital Rights' at the
Workplace** 177

THOMAS GEISER

**Arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit – Ein Gespenst im
Arbeitsvertragsrecht** 191

IVANA GRGUREV

Divorce and Remarriage as (Un)Just Causes of Dismissal 203

PASCAL GROLIMUND

Vom Gerichtsstand in Arbeitssachen 221

ULRICH HAAS / CHRISTOPH METTLER

**Schiedsgerichtliche Streitigkeiten an der Schnittstelle zwischen
Arbeits- und Vereinsrecht** 237

HELMUT HEISS / RHEA SPECOGNA

Die kollisionsrechtliche Anknüpfung der Direktklage 255

ANGELA HENSCH

**Neues Verjährungsrecht: Auswirkungen auf die
Arbeitsrechtspraxis** 273

ROGER HISCHIER

Fristlose Kündigung von Kaderangestellten internationaler Konzerne 293

DENIS G. HUMBERT

Sorgenkind vorgetäuschte Krankheit..... 309

PETR HŮRKA

Autonomy of Will vs. Employee Protection 329

PETER R. ISLER / MIRJAM VÖGELI

Die VegüV in Kollision mit ausländischem Arbeitsrecht..... 339

SENAD JAŠAREVIĆ

Serbian Labour Law and its Future 357

TODOR KALAMATIEV / ALEKSANDAR RISTOVSKI

Temporary Work and Forms of Work Outside of the Employment Relationship in North Macedonia – de lege lata vs. de lege ferenda..... 369

ANDREAS KELLERHALS / WESSELINA UEBE

Europakompatibilität im Schweizer Arbeitsrecht..... 389

GYÖRGY KISS

Auflösung des Arbeitsverhältnisses unter Berufung auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Arbeitgebers: die Lösung des ungarischen Arbeitsrechts..... 403

THOMAS KOLLER

«Recht auf Arbeit» oder bloss «Recht auf Lohn»? – Aspekte eines (allfälligen) schuldrechtlichen Anspruchs des Arbeitnehmers gegenüber der Arbeitgeberin auf Beschäftigung nach schweizerischem Recht 421

JOACHIM LEGE

Die arbeits- und beamtenrechtliche Konkurrentenklage in Deutschland 439

LEANDER D. LOACKER

Pacta non semper servanda sunt: Überlegungen zu gesetzlichen Widerrufsrechten am Beispiel des Versicherungsvertrages..... 457

MATTHIAS MAHLMANN

Schiller und das Recht der Republik..... 479

ISAAK MEIER

Arbeitsgerichte als Forschungsgegenstand 491

LESZEK MITRUS

The Right to Holiday Leave under the EU Charter of Fundamental Rights..... 515

ROLAND A. MÜLLER / CHRISTIAN MADUZ / OLIVER SCHMID

Beitritts- und Verhandlungsanspruch von Arbeitsverbänden im Gesamtarbeitsvertragsrecht..... 529

PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF

«Unmittelbare Drittwirkung» von Bestimmungen der EU-Grundrechtecharta?..... 543

RAHEL AINA NEDI / ANDREAS HOLENSTEIN

Rechtswahl im Arbeitsrecht 555

HARRY F. NÖTZLI

Deferred Bonus..... 569

COSTAS PAPADIMITRIOU

The Settlement of Collective Labour Disputes in Greece 581

KURT PÄRLI / LUCA VECCHI

Der Tendenzbetrieb: Herkunft, Bedeutung und Zukunft eines Begriffs..... 601

MANFRED REHBINDER

Eugen Ehrlich über die sogenannte stillschweigende Willenserklärung..... 621

HANS MICHAEL RIEMER / GABRIELA RIEMER-KAFKA

Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers bei Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber mit Information von Drittpersonen oder der Öffentlichkeit..... 627

ROGER RUDOLPH	
Schutz vor Alterskündigung: Bestandsaufnahme und einige kritische Gedanken	637
URS SCHERRER	
Atypizitäten im Berufssport	649
ANTON K. SCHNYDER	
Ausgewählte Exponenten des Internationalen Privatrechts an der Universität Zürich	663
JEAN CHRISTOPHE SCHWAAB	
Quand les algorithmes embauchent et licencient	677
KRASSIMIRA SREDKOVA	
The European Social Charter and Bulgaria	699
JEAN-FRITZ STÖCKLI	
Funktionierender Wettbewerb bei Spitzenlöhnen	713
GAABRIEL TAVITS	
Collective Labour Relations in the Digital Economy: The Case of Estonia	731
BERND WAAS	
Tarifverträge für Solo-Selbständige?	743
ISABELLE WILDHABER / GABRIEL KASPER	
Quantifizierte Arbeitnehmer: Empirische Daten zu People Analytics in der Schweiz	755
Verzeichnis der Publikationen von Wolfgang Portmann	773

Der Tendenzbetrieb: Herkunft, Bedeutung und Zukunft eines Begriffs

KURT PÄRLI / LUCA VECCHI

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	601
II.	Der Tendenzbetrieb – eine «Erfindung» des deutschen Arbeitsrechts	603
	A. Entstehung und rechtliche Verankerung des Tendenzbetriebes	603
	B. Merkmale eines Tendenzbetriebes	606
	C. Auswirkungen des Tendenzbetriebs auf das Arbeitsverhältnis	607
	D. Konflikte mit der EMRK und dem EU-Recht.....	609
III.	Die Rezeption des Konzepts «Tendenzbetrieb» im schweizerischen Arbeitsrecht	612
	A. Der Tendenzbetrieb im Lichte der Rechtsprechung	612
	B. Die Auseinandersetzung mit dem Begriff in der Lehre.....	615
IV.	Status Quo und offene Fragen	616
	A. Rechtliche Auswirkung der Qualifikation «Tendenzbetrieb»	616
	B. Nutzniesser des Konzepts «Tendenzbetrieb»	619

I. Einleitung

Eine religiöse Gemeinschaft möchte eine neue Arbeitnehmerin einstellen und lässt bereits in der Stellenausschreibung erkennen, dass Interessenten/innen die religiösen Werte der Gemeinschaft teilen müssen; der Parteisekretär einer politischen Partei äussert sich in der Öffentlichkeit entgegen der offiziellen Meinung seines Arbeitgebers; ein Angestellter einer Stiftung, die sich für Asylbewerber/innen einsetzt, engagiert sich privat in einer rechtsextremen Partei. Eine Stiftung zur Förderung einer gesunden Ernährung verankert in den Arbeitsverträgen die Verpflichtung, sich getreu den Zielen der Stiftung zu ernähren. In arbeitsrechtlicher Hinsicht fragt sich in all diesen Fällen, ob von den Bewerber/innen bzw. den Angestellten erwartet werden darf, dass diese die Werte der (zukünftigen oder gegenwärtigen) Arbeitgeberin teilen, was sogar einen Einfluss auf das Freizeitverhalten haben kann.

Ein Arbeitsverhältnis ist zum einen geprägt durch die Vertragsfreiheit und zeichnet sich zum anderen durch die vertraglichen Pflichten «Arbeit und Lohn» sowie «Treuepflicht und Fürsorgepflicht» aus. Zu Letzterer gehört nach Art. 328 Obligationenrecht (OR) auch die Pflicht der Arbeitgeberin, die Persönlichkeit des Arbeitnehmers zu achten und zu schützen. Nicht zu Unrecht wird Art. 328 OR als «Einfallstor» für die Grundrechte in das Arbeitsverhältnis bezeichnet.¹ Schranke der Vertragsfreiheit sind u.a. persönlichkeitsverletzende Vertragsinhalte. Die arbeitsvertragliche Abschlussfreiheit ist durch (wenige) gesetzliche Schranken und ebenfalls durch den Persönlichkeitsschutz eingeschränkt.²

Bei den gerade geschilderten Fällen muss eine Abwägung vorgenommen werden zwischen der Vertragsfreiheit, die sich regelmässig als Freiheit der stärkeren Vertragspartei, also der Arbeitgeberin, entpuppt,³ sowie der Treuepflicht des Arbeitnehmers und dem Anspruch der Arbeitnehmer auf Schutz ihrer Persönlichkeit einschliesslich Meinungs- und Religionsfreiheit.⁴ Soweit die religiöse Einstellung bzw. politisch/weltanschauliche Meinung keine Auswirkungen auf die Arbeit und die Zusammenarbeit im Betrieb hat,⁵ fällt das Abwägungsergebnis in «gewöhnlichen» Wirtschaftsunternehmen klar zu Gunsten der Freiheit der Arbeitnehmer/innen aus. Religion, politische Einstellung, Freizeitbeschäftigungen etc. sind Privatsache des Arbeitnehmenden und gehen die Arbeitgeberin während des ganzen Arbeitsverhältnisses, also vom Bewerbungsprozess bis zur Kündigung, grundsätzlich nichts an.⁶

Die Arbeitgeber in den eingangs erwähnten Beispielen verfolgen nun aber gerade nicht einen wirtschaftlichen, sondern vielmehr einen *ideellen Zweck*. Es liegt auf der Hand, dass solche Arbeitgeber ein viel weitergehendes Interesse daran haben, dass zur Treuepflicht der Arbeitnehmenden auch die «Treue zu den ideellen Zielen und Werten» gehört. Auch hinsichtlich der Schranken der Vertragsfreiheit dürfen für solche Arbeitgeber weniger strikte Schranken gelten. In Lehre und Praxis hat sich für Betriebe mit rein oder vorwiegend ideellem Zweck der Begriff «Tendenzbetrieb» etabliert.⁷ Gemäss Bundesgericht sind unter «Tendenzbetrieben» Unternehmen zu verstehen, «deren Zweck nicht hauptsächlich ge-

¹ Vgl. PORTMANN/RUDOLPH, in: Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Basler Kommentar zum Obligationenrecht I Art. 1–529 OR, 6. Aufl. Basel 2015, Art. 328 OR N 4 (zit. BSK OR I-AUTOR).

² Vgl. PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, Teil IV, 483 ff.

³ Vgl. PÄRLI, Gibt es ein Recht auf Arbeit?, in: BJM, 117 ff.

⁴ Ausführlich dazu RIEMER-KAFKA/SHERIFOSKA, Religion am Arbeitsplatz, in: ARV 2012, 305 ff.

⁵ Siehe im Zusammenhang mit der missbräuchlichen Kündigung die Formulierung in Art. 336 Abs. 1 lit. a und b OR: Eine Kündigung wegen persönlicher Eigenschaften oder wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte ist vermutungsweise missbräuchlich, der Arbeitgeberin steht indes der Entlastungsbeweis offen, dass sich die persönliche Eigenschaft bzw. die Ausübung der verfassungsmässigen Rechte die Zusammenarbeit im Betrieb beeinträchtigt bzw. sich auf die Arbeit auswirkt.

⁶ GEISER/MÜLLER/PÄRLI, Arbeitsrecht in der Schweiz, 4. Aufl. Zürich 2019, Rz. 232 ff.

⁷ BGE 130 III 699 E. 4.1, Pra 94 (2005) Nr. 74; GEISER/MÜLLER/PÄRLI (FN 6), Rz. 232; VISCHER/MÜLLER, Der Arbeitsvertrag, 4. Aufl. Basel 2014, § 24 Rz. 83.

winnorientiert ist und die eine Tätigkeit mit geistigem oder intellektuellem Charakter ausüben, sei es politischer, konfessioneller, gewerkschaftlicher, wissenschaftlicher, künstlerischer, karitativer oder ähnlicher Art».⁸

Bei den Schranken der Vertragsfreiheit und dem Ausmass der Treupflicht der Arbeitnehmenden gegenüber ihren Arbeitgebern wird also zwischen den erwähnten Tendenzbetrieben und den «gewöhnlichen», primär wirtschaftlich ausgerichteten Unternehmen unterschieden.

Im Gesetz wird zwar die Treupflicht der Arbeitnehmenden in Art. 321a OR explizit erwähnt, eine Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten von Arbeitgebern ist dem Gesetz aber nicht zu entnehmen. Woher kommt also diese Unterscheidung, die für die Lehre und die Gerichte selbstverständlich ist, vom Gesetzgeber aber nie so vorgenommen wurde? Was macht die Tendenz eines Betriebes aus und wie grenzt sich ein Tendenzbetrieb von einem «normalen» Betrieb ohne Tendenz ab? Wie verhält es sich mit wirtschaftlich tätigen Unternehmen, die nach aussen eine ganz klare religiöse oder politische Haltung vertreten? Mit diesen Fragen ist das thematische Feld abgesteckt, auf dem sich der Beitrag in der Folge bewegen wird.

Die Konzeption des Tendenzbetriebs ist indes keine schweizerische Erfindung. Aus diesem Grund widmet sich der Beitrag zu Beginn ausführlich dem Arbeitsrecht unseres Nachbarlandes Deutschland und dem dortigen Umgang mit Tendenzbetrieben (II). Dort hat der Begriff des Tendenzbetriebs im Gegensatz zur Schweiz eine lange Geschichte und Tradition. MARTIN PLUM etwa bezeichnet Deutschland als «Mutterland des Tendenzschutzes».⁹ Aufgezeigt wird danach, wie insbesondere der Tendenzschutz für Kirchen und kirchliche Träger sozialer Einrichtungen durch die Rechtsprechung des EGMR und vermehrt auch des EuGH unter Beschuss gerät. Anschliessend (III) wird die Thematik im schweizerischen Arbeitsrecht verortet und analysiert. Insbesondere soll aufgezeigt werden, wo die Unterschiede zwischen Betrieben mit und ohne Tendenz liegen, wenn es um die Treupflicht des einzelnen Arbeitnehmers geht.

II. Der Tendenzbetrieb – eine «Erfindung» des deutschen Arbeitsrechts

A. Entstehung und rechtliche Verankerung des Tendenzbetriebes

Die Geschichte des Tendenzbetriebs in Deutschland beginnt bereits kurz nach dem 1. Weltkrieg in der noch jungen Weimarer Republik. Im Jahr 1920 wurde der Begriff ein erstes

⁸ BGE 130 III 699 E. 4.1, Pra 94 (2005) Nr. 74.

⁹ PLUM, Tendenzschutz im europäischen Arbeitsrecht, Berlin 2011, 35.

Mal in den Beratungen zum Betriebsrätegesetz erwähnt.¹⁰ Im Parlament wurde damals befürchtet, dass Zeitungen und Verlage aufgrund dieses Gesetzes gezwungen sein könnten, Mitarbeiter einzustellen, welche nicht derselben politischen Gesinnung wie das Unternehmen angehören würden.¹¹ Daraufhin wurden schlussendlich in § 67 des Betriebsrätegesetzes vom 4. Februar 1920¹² Betriebe mit politischer, gewerkschaftlicher, militärischer, konfessioneller, wissenschaftlicher oder künstlerischer Bestrebung vom Betriebsrätegesetz ausgenommen, solange es die Eigenart der Bestrebung bedingte. Schon damals waren die Betriebe nicht bedingungslos vom Betriebsrätegesetz ausgenommen; der Ausschluss musste durch den Zweck der Unternehmung begründet werden.¹³ Die Ausnahmen für Tendenzbetriebe wurden von politisch linker Seite zwar stark kritisiert,¹⁴ sowohl das Konzept des Betriebsrates als auch die Ausnahmen davon für Tendenzbetriebe haben sich aber mit mehr oder weniger Konstanz bis in die heutige Zeit im deutschen Arbeitsrecht gehalten.¹⁵

Das aktuelle Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG)¹⁶ von Deutschland regelt die Rechte und Pflichten von Betriebsräten umfassend. In § 118 Abs. 1 BetrVG ist eine Ausnahme für Tendenzbetriebe vorgesehen, welche den Betriebsrat in seiner Handlungsfähigkeit einschränkt. Werden die Voraussetzungen der Bestimmung erfüllt, so ist es dem Betriebsrat nicht möglich, eine eigentlich im Gesetz vorgesehene Massnahme zu ergreifen. In tatsächlicher Hinsicht dürfte dies in Tendenzbetrieben vor allem Fragen in personellen und sozialen Angelegenheiten betreffen.¹⁷

Von den Tendenzbetrieben abzugrenzen sind die Religionsgemeinschaften und ihre erzieherischen und karitativen Einrichtungen.¹⁸ Ihnen spricht § 118 Abs. 2 BetrVG noch weiter-

¹⁰ Verhandlungen des Reichstages, Bd. 332. S. 4343 (4393), abrufbar unter: http://daten.digitalle-samm-lungen.de/bsb00000016/image_61 (zuletzt besucht am 22.8.2019).

¹¹ BARGON, Tendenzunternehmen 'zweiter Klasse?', Studien zum Arbeitsrecht Band 8, Baden-Baden 2015, 41.

¹² Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920 (RGBl. S. 147).

¹³ BARGON (FN 11), 41.

¹⁴ KORSCH, Arbeitsrecht für Betriebsräte, Berlin 1922, S. 171: «Davon abgesehen aber ist alles, was sich im Betriebsrätegesetz auf die Mitwirkung der Arbeiterklasse im Produktionsprozeß bezieht, fast gänzlich leere Phrase, absichtlich nichtssagende und verworrene Redensart. Und selbst bei diesen leeren Redensarten, wie sie z.B. die oben schon erörterten Nummern 1 und 2 des § 66 enthalten, fürchtet der Gesetzgeber, den Betriebsräten schon *zu viele* Rechte eingeräumt zu haben, und bemüht sich, diesen Fehler nach Kräften wiedergutzumachen, in dem er bestimmte Betriebe (nämlich solche, die nicht reinen Erwerbszwecken, sondern, «politischen, gewerkschaftlichen, militärischen, konfessionellen, wissenschaftlichen, künstlerischen und ähnlichen Bestrebungen,» dienen!) von der Anwendung dieser Vorschriften ausdrücklich ausnimmt.»

¹⁵ Mehr zur Geschichte des Tendenzbetriebs in Deutschland siehe: BARGON (FN 111), 40 ff.

¹⁶ Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), das zuletzt durch Artikel 4e des Gesetzes vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2651) geändert worden ist.

¹⁷ HOHENSTATT/DZIDA, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl., Köln 2018, § 118 BetrVG N 21

¹⁸ KANIA, in: Küttner/Rölller (Hrsg.), Personalbuch 2019: Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 26. Aufl., München 2019, Tendenzbetrieb Rn. 2 (zit. AUTOR Personalbuch 2019).

gehende Autonomie zu und nimmt diese ganz vom Betriebsrätegesetz aus. Auf die verschiedenen Voraussetzungen, die ein Betrieb erfüllen muss, um als Tendenzbetrieb zu gelten, und auf die Abgrenzung zwischen Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaft soll im Folgenden näher eingegangen werden. Dafür lohnt sich zunächst ein Blick auf den Wortlaut von § 118 BetrVG:

(1) Auf Unternehmen und Betriebe, die unmittelbar und überwiegend

- 1. politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder*
- 2. Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes Anwendung findet,*

dienen, finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht. Die §§ 106 bis 110 sind nicht, die §§ 111 bis 113 nur insoweit anzuwenden, als sie den Ausgleich oder die Milderung wirtschaftlicher Nachteile für die Arbeitnehmer infolge von Betriebsänderungen regeln.

(2) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen unbeschadet deren Rechtsform.

Auffällig in § 118 Abs. 1 BetrVG ist zunächst, dass darin sowohl von Betrieben als auch von Unternehmen die Rede ist. Dies, obwohl das Betriebsverfassungsgesetz in erster Linie Regeln für den Betrieb enthält. Aus diesem Grund gilt es, die Begriffe zunächst voneinander abzugrenzen. Ein Betrieb ist eine «organisatorische Einheit, innerhalb derer der Unternehmer allein oder zusammen mit seinen Arbeitnehmern mithilfe sächlicher oder immaterieller Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt».¹⁹ Demgegenüber stellt das Unternehmen den Rechtsträger dar. Ein Unternehmen kann folglich aus mehreren Betrieben bestehen.²⁰ Daraus folgt, dass letztlich nur das Unternehmen eine Tendenz haben kann und nicht dessen Betrieb, da dieser lediglich einem arbeitstechnischen und nicht einem wirtschaftlichen oder ideellen Zweck dient.²¹ Ein Tendenzbetrieb leitet seine Tendenz vom Unternehmen ab, zu dem er gehört. Die Tendenz des Unternehmens muss sich indes nicht auf all seine Betriebe erstrecken, ein Unternehmen kann also aus Tendenzbetrieben und Betrieben ohne Tendenz bestehen.²²

¹⁹ BAG, Beschluss vom 31.5.2000 – 7 ABR 78/98 = NZA 2000, 1350; vgl. KLOPPENBURG, in: Düwell (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2018, § 1 N 9.

²⁰ KLOPPENBURG (FN 19), § 1 N 10.

²¹ FITTING/ENGELS/SCHMIDT/TREBINGER/LINSENMAIER, Betriebsverfassungsgesetz (mit Wahlordnung) Handkommentar, 27. Aufl. München 2014, § 118 N 5 (zit. FITTING § N).

²² FITTING (FN 211), § 118 N 5.

B. Merkmale eines Tendenzbetriebes

Um als Tendenzbetrieb oder -unternehmen qualifiziert zu werden, müssen die Voraussetzungen von § 118 Abs. 1 BetrVG erfüllt werden. Zunächst muss der Unternehmenszweck ein in § 118 Abs. 1 Ziff. 1. und 2. BetrVG aufgeführter sein. Ein Unternehmen kann auch mehrere der aufgeführten Ziele gleichzeitig verfolgen.²³ Die Aufzählung ist abschliessend und kann nicht auf Unternehmen angewendet werden, die einen anderen ideellen Zweck verfolgen.²⁴ Keine Rolle spielen dabei die Überzeugungen und Wertvorstellungen der Personen, denen das Unternehmen gehört, es kommt allein auf die Art des Unternehmens an.²⁵ Die in § 118 Abs. 1 Ziff. 1. und 2. BetrVG genannten Ziele und Zwecke müssen vom Unternehmen nicht ausschliesslich verfolgt werden. So ist es grundsätzlich möglich, als Tendenzunternehmen neben der Verfolgung geistig-ideeller Ziele auch mit einer Gewinnerzielungsabsicht zu agieren.²⁶ Davon ausgenommen sind lediglich Unternehmen, die karitative Zwecke verfolgen. Diese dürfen maximal kostendeckend arbeiten, denn bei gewinnorientierten Unternehmen steht nicht mehr «die Hilfe am leidenden Menschen, sondern die Erzielung von Unternehmensgewinnen durch Hilfeleistung»²⁷ im Vordergrund.²⁸

Stehen rein kommerzielle Gesichtspunkte bei der unternehmerischen Tätigkeit im Vordergrund, machen gewisse untergeordnete ethische und geistig-ideelle Ziele ein Unternehmen noch nicht zum Tendenzunternehmen.²⁹ Denn gemäss § 118 Abs. 1 BetrVG muss die Tendenz unmittelbar und überwiegend verfolgt werden. Unmittelbar bedeutet, der Hauptzweck der Unternehmung muss in erster Linie in der Erfüllung der Tendenz liegen.³⁰ An der Unmittelbarkeit fehlt es, wenn ein Unternehmen selbst rein wirtschaftliche Ziele verfolgt und durch seine Tätigkeit lediglich ein Tendenzunternehmen unterstützt, oder wenn die geistig-ideellen Ziele angestrebt werden, um die Erreichung eines nicht vom Tendenzschutz erfassten Ziels zu fördern.³¹

Als zweites Kriterium muss die Tendenz überwiegend verfolgt werden, wobei es sich um einen quantitativen und nicht um einen qualitativen Aspekt handelt.³² Entscheidend sind dabei nicht wirtschaftliche Kennzahlen, wie Umsatz und Gewinn eines Unternehmens oder seines Betriebs, sondern in welchem Umfang die personellen und sachlichen Mittel zur Erreichung des tendenzgeschützten Zwecks eingesetzt werden.³³ Ist die Unternehmenstätigkeit

²³ FITTING (FN 21), § 118 N 9; LAKIES (FN 19), § 118 N 17.

²⁴ WILDSCHÜTZ, in: Dörmer/Luczak/Wildschütz/Baek/Hoss (Hrsg.), Handbuch des Arbeitsrechts, 14. Aufl., Köln 2018, Kap 13 Rn. 279.

²⁵ FITTING (FN 211), § 118 N 8.

²⁶ FITTING (FN 21), § 118 N 10; WILDSCHÜTZ (FN 244), Kap 13 Rn. 259.

²⁷ BAG 29.06.1988 – 7 ABR 15/87, NZA 1989, 431.

²⁸ Vgl. FITTING (FN 21), § 118 N 18; WILDSCHÜTZ (FN 244), Kap 13 Rn. 267 f.

²⁹ FITTING (FN 2121), § 118 N 11.

³⁰ HOHENSTATT/DZIDA (FN 17), § 118 BetrVG N 11; WILDSCHÜTZ (FN 244), Kap 13 Rn. 282 f.

³¹ WILDSCHÜTZ (FN 244), Kap 13 Rn. 282 f.; HOHENSTATT/DZIDA (FN 17), § 118 BetrVG N 11.

³² BAG 27.7.1993 – 1 ABR 8/93, NZA 1994, 329; vgl. WILDSCHÜTZ (FN 24), Kap 13 Rn. 284.

³³ FITTING (FN 21), § 118 N 14; WILDSCHÜTZ (FN 244), Kap 13 Rn. 285 f.

keit personalintensiv, so ist es entscheidend, wie viel ihrer Arbeitszeitmenge die Unternehmung für die Erreichung der verschiedenen Ziele einsetzt und wie viel davon tatsächlich für die tendenzgeschützten Ziele verwendet wird.³⁴ Beim Personal ist es dabei nicht entscheidend, ob die Mitarbeiter selbst Tendenzträger sind oder es sich um gewöhnliche Mitarbeiter handelt, für die Berechnung der Arbeitszeitmenge werden auch die Stunden der Arbeitnehmenden berücksichtigt, welche selbst die Verwirklichung der Tendenz nur indirekt fördern.³⁵

Erfüllt ein Unternehmen die Voraussetzungen, um als Tendenzunternehmen und -betrieb zu gelten, so wird es trotzdem nicht automatisch von jeglichen Massnahmen des Betriebsrats befreit. Nur Massnahmen, welche sich negativ auf die tendenzgeschützte Zielerreichung auswirken, können von Betriebsräten in Tendenzbetrieben nicht durchgeführt werden. Die Massnahmen des Betriebsrats müssten das Potential haben, die tendenzgeschützte Zielerreichung zu verhindern oder zumindest erheblich zu erschweren.³⁶ Des Weiteren müssten die Massnahmen einen Arbeitnehmenden treffen, welcher selbst ein Tendenzträger ist. Tendenzträger sind Arbeitnehmende, deren Arbeitstätigkeit durch das Erfüllen der Tendenz geprägt wird.³⁷ Prägend bedeutet, dass die Arbeitnehmenden durch ihre Arbeitstätigkeit einen Einfluss auf die Verwirklichung der Tendenz haben müssen und dass dieser Einfluss nicht bloss ein geringfügiger sein darf.³⁸ Beispiele für Tendenzträger sind etwa Redakteure,³⁹ Rechtssekretäre eines Gewerkschaftsbundes,⁴⁰ Wissenschaftler, die selbst forschen oder lehren,⁴¹ oder auch Lehrer und Erzieher einer privaten Ersatzschule.⁴² Keine Tendenzträger sind demgegenüber Arbeitnehmende, die keinen oder nur einen sehr geringen Einfluss auf die Verwirklichung der Tendenz haben, und die Arbeiten verrichten, welche so auch in Unternehmen und Betrieben ohne Tendenz anfallen würden.⁴³

C. Auswirkungen des Tendenzbetriebs auf das Arbeitsverhältnis

Die Qualifikation als Tendenzunternehmen und deren Mitarbeitenden als Tendenzträger hat neben den kollektivrechtlichen auch individualarbeitsrechtliche Folgen. Dies kommt bereits im Bewerbungsprozess zum Tragen. So sind Fragen nach politischen und gewerkschaftlichen Ansichten an Tendenzträger im Gegensatz zu gewöhnlichen potentiellen Mitarbeitenden erlaubt.⁴⁴ Während dem laufenden Arbeitsverhältnis sind Tendenzträger dazu

³⁴ HOHENSTATT/DZIDA (FN 177), § 118 BetrVG N 13; WILDSCHÜTZ (FN 244), Kap 13 Rn. 286.

³⁵ HOHENSTATT/DZIDA (FN 17), § 118 BetrVG N 13; WILDSCHÜTZ (FN 24), Kap 13 Rn. 286.

³⁶ HOHENSTATT/DZIDA (FN 17), § 118 BetrVG N 21; WILDSCHÜTZ (FN 244), Kap 13 Rn. 292.

³⁷ BAG 14.5.2013 – 1 ABR 10/12, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 86, Rn. 19; HOHENSTATT/DZIDA (FN 17), § 118 BetrVG N 21.

³⁸ KANIA (FN 18), Personalbuch 2019, Tendenzbetrieb Rn. 15.

³⁹ BAG 20.4.2010 – 1 ABR 78/08, NZA 2010, 902.

⁴⁰ BAG 6.12.1979 – 2 AZR 1055/77, AP KSchG 1969 § 1 Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 2.

⁴¹ BAG 20.11.1990 – 1 ABR 87/89, NZA 1991, 513 (516).

⁴² BAG 22.5.1979 – 1 ABR 45/77, AP BetrVG 1972 § 118 Nr. 12.

⁴³ HOHENSTATT/DZIDA (FN 177), § 118 BetrVG N 22; LAKIES (FN 19), § 118 N 44.

⁴⁴ BENECKE, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, 4. Aufl., München 2018, § 33 Rn. 102.

verpflichtet, nicht gegen die Tendenz des Unternehmens zu verstossen. Dabei müssen Tendenzträger auch ausserbetrieblich mit ihren Handlungen und Äusserungen auf die Tendenz ihrer Arbeitgeberinnen Rücksicht nehmen.⁴⁵ Die Pflichten eines Tendenzträgers, insbesondere zur Rücksichtnahme, gehen also weiter als diejenigen eines gewöhnlichen Mitarbeitenden und erstrecken sich insbesondere auch in sein Privatleben.⁴⁶ Problematisch wäre beispielsweise, wenn sich ein verantwortlicher Redakteur einer linksliberalen Zeitung in den sozialen Medien zu einer rechtsradikalen Partei bekennen würde. Dies liesse sich nicht mit der Tendenz seiner Arbeitgeberin vereinbaren.⁴⁷ Der Verstoss eines Tendenzträgers gegen die Tendenz der Arbeitgeberin kann einen Kündigungsgrund darstellen und in offensichtlichen und schwerwiegenden Fällen ausnahmsweise gar eine fristlose Kündigung rechtfertigen.⁴⁸

Weitergehende Freiheiten geniessen Religionsgemeinschaften und ihre erzieherischen und karitativen Einrichtungen, denn sie sind in § 118 Abs. 2 BetrVG vom Betriebsrätegesetz komplett ausgenommen. Der Begriff der Religionsgemeinschaft ist identisch mit dem in Art. 137 Abs. 3 WRV⁴⁹ in Verbindung mit Art. 140 GG.^{50,51} Darunter wird in Deutschland ein «Verband verstanden, der die Angehörigen ein und desselben Glaubensbekenntnisses – oder mehrerer verwandter Glaubensbekenntnisse – zu allseitiger Erfüllung der durch das gemeinsame Bekenntnis gestellten Aufgabe zusammenfaßt.»⁵² Ob es sich tatsächlich um eine Religionsgemeinschaft handelt, bestimmt im Zweifelsfall das Gericht unter Einbezug der aktuellen Lebenswirklichkeit, der Kulturtradition und durch ein allgemeines wie auch religionswissenschaftliches Verständnis.⁵³ Weltanschauungsgemeinschaften sind gemäss Art. 137 Abs. 7 WRV den Religionsgemeinschaften gleichzustellen und damit ebenfalls unter § 118 Abs. 2 BetrVG zu fassen.⁵⁴ Die religiösen und weltanschaulichen Lehren dürfen dabei allerdings nicht als Vorwand für die Verfolgung wirtschaftlicher Zwecke dienen, wie dies gemäss einem Urteil des BAG bei der Scientology-Kirche der Fall ist.⁵⁵

⁴⁵ KANIA (FN 188), Personalbuch 2019, Tendenzbetrieb Rn. 21.

⁴⁶ DÖRNER (FN 24), Kap 4 Rn. 3113.

⁴⁷ Vgl. DÖRNER (FN 24), Kap 4 Rn. 3116.

⁴⁸ BAG 28.8.2003 – 2 ABR 48/02, NZA 2004, 501.

⁴⁹ Die Verfassung des Deutschen Reichs in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 401–2, veröffentlichten bereinigten Fassung.

⁵⁰ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. März 2019 (BGBl. I S. 404) geändert worden ist.

⁵¹ FITTING (FN 21), § 118 N 54.

⁵² BVerwG, Urteil vom 23.2.2005 – 6 C 2/04, NWZ 2005, 2101 (2102).

⁵³ BAG 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823 ff.

⁵⁴ FITTING (FN 21), § 118 N 54; HOHENSTATT/DZIDA (FN 17), § 118 BetrVG N 33; a.M. KANIA (FN 18), Personalbuch 2019, Tendenzbetrieb Rn. 2.

⁵⁵ BAG 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823 ff.

In Deutschland sind wie in der Schweiz gewisse Kirchen öffentlich-rechtlich organisiert. Diese sind bereits mit § 130 BetrVG vom Betriebsrätegesetz ausgenommen.⁵⁶ Unter § 118 Abs. 2 BetrVG fallen aus diesem Grund in erster Linie die privatrechtlich organisierten kleineren religiösen und weltanschaulichen Gemeinschaften. Wichtig ist die Bestimmung aber trotzdem auch für die öffentlich-rechtlich organisierten Kirchen, denn § 118 Abs. 2 BetrVG erfasst auch deren zahlreiche, rechtlich selbständigen, privatrechtlich organisierten karitativen und erzieherischen Einrichtungen. Bedeutsam in Deutschland sind insbesondere die Einrichtungen des katholischen Caritasbundes und des evangelischen Diakonischen Werkes.⁵⁷ Caritas, der Wohlfahrtsverband der römisch-katholischen Kirche in Deutschland, beschäftigt über all seine regionalen Verbände verteilt in 24 780 verschiedensten Einrichtungen insgesamt 659 875 Menschen.⁵⁸ Weitere 505 707 Angestellte arbeiten in den verschiedenen Einrichtungen der Diakonie Deutschland und fallen somit ebenfalls unter diese Bestimmung.⁵⁹ Beispiele dafür sind Kindergärten, Altenheime, Schulen und Krankenhäuser.⁶⁰ Damit § 118 Abs. 2 BetrVG auf eine solche Einrichtung Anwendung findet, genügt es nicht, wenn sich diese bloss zu den Werten der Religionsgemeinschaft bekennt. Vielmehr muss die Religionsgemeinschaft institutionell mit der karitativen oder erzieherischen Einrichtung verbunden sein und so Einfluss nehmen können, was bei der Caritas und der Diakonie Deutschland der Fall ist.⁶¹ Diese Möglichkeit der Einflussnahme muss so weit gehen, dass in einem Konfliktfall die Religionsgemeinschaft die karitative oder erzieherische Einrichtung überstimmen kann. In der Praxis nehmen die Religionsgemeinschaften oft Einfluss auf die Verwaltungen der Einrichtungen, beispielsweise in dem sie die Mehrheit der Aufsichtsratsmitglieder stellen.⁶² Auch sonst gehen die Rechte von Religionsgemeinschaften weiter als die der übrigen Tendenzbetriebe. So ist es ihnen erlaubt, Bewerber/innen über ihre Religion und ihre Ansichten dazu zu befragen.⁶³ Wie sogleich gezeigt wird, ist die Frage der Reichweite des Tendenzschutzes alles andere als unumstritten, und insbesondere bei mit der Verletzung von Loyalitätspflichten begründeten Beendigung kirchlicher Arbeitsverhältnisse oder der Nichtanstellung wegen der «falschen» religiösen Einstellung ergeben sich auch Konflikte mit höherrangigem Recht.

D. Konflikte mit der EMRK und dem EU-Recht

In mehreren Leitentscheiden prüfte der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) im Zusammenhang mit Arbeitnehmerkündigungen durch kirchliche Arbeitgeber

⁵⁶ HOHENSTATT/DZIDA (FN 17), § 118 BetrVG N 13; KANIA (FN 188), Personalbuch 2019, Tendenzbetrieb Rn. 2.

⁵⁷ LAKIES (FN 19), § 118 N 60.

⁵⁸ <https://www.caritas.de/diecaritas/wir-ueber-uns/wofuerwirstehen/millionenfache-hilfe> (zuletzt besucht am 21.8.2019).

⁵⁹ <https://www.diakonie.de/infografiken/die-diakonie-in-zahlen/> (zuletzt besucht am 21.8.2019).

⁶⁰ LAKIES (FN 19), § 118 N 65.

⁶¹ LAKIES (FN 19), § 118 N 66; vgl. HOHENSTATT/DZIDA (FN 17), § 118 BetrVG N 35.

⁶² HOHENSTATT/DZIDA (FN 177), § 118 BetrVG N 35.

⁶³ PLUM (FN 99), 56.

in Deutschland eine Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK).⁶⁴ Besondere Aufmerksamkeit erhielten die Fälle Schüth und Obst. Herr Schüth wurde von der katholischen Kirche und Herr Obst von der Mormonenkirche wegen ausserehelichen Beziehungen entlassen. Das Bundesarbeitsgericht hatte die Kündigungen in beiden Fällen gestützt, eine arbeitsvertragliche Verpflichtung zur ehelichen Treue widerspreche der Rechtsordnung nicht. Die Kündigung durch die Arbeitgeber stelle eine verhältnismässige Massnahme dar, die Glaubwürdigkeit der Kirche zu schützen. Auch eine vorherige Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen.⁶⁵

Der EGMR musste darüber befinden, ob die Kündigungen der kirchlichen Arbeitgeber wegen eines ausserdienstlichen Verhaltens das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 8 EMRK verletzen. Dabei musste der Gerichtshof eine Abwägung zwischen den Rechten der Beschwerdeführer und den Konventionsrechten der Katholischen Kirche und der Mormonenkirche vornehmen. Der Gerichtshof betonte, Art. 9 (Religionsfreiheit) in Verbindung mit Art. 11 (Vereinigungsfreiheit) schütze die Eigenständigkeit von Religionsgemeinschaften gegen unzulässige staatliche Einmischung.⁶⁶

Im Fall Schüth entschied der Gerichtshof, dass die deutschen Gerichte die Abwägung zwischen den Interessen am Schutz des Privatlebens des Beschwerdeführers und den Interessen des kirchlichen Arbeitgebers nicht sorgfältig vorgenommen hätten. Herr Schüth habe zwar durch das Eingehen des Arbeitsvertrages mit der Katholischen Kirche sein Recht auf Achtung des Privatlebens eingeschränkt, die Beschränkung gehe aber nicht soweit, im Fall einer Trennung oder Scheidung ein enthaltsames Leben zu führen.⁶⁷ Weiter relevant für den Fall war die Tatsache, dass ein von einem kirchlichen Arbeitgeber gekündigter Mitarbeiter nur begrenzte Möglichkeiten habe, eine neue Stelle zu finden.⁶⁸ Im Ergebnis kam der EGMR zum Schluss, dass Deutschland im Fall Schüth gegen die staatlichen Verpflichtungen aus Art. 8 EMRK verstossen hatte. Anders fiel der Entscheid im Fall Obst aus: In diesem Fall hat Deutschland die Konventionsrechte nicht verletzt. Massgeblich war für den Gerichtshof u.a., dass Herr Obst als Pressesprecher die Mormonenkirche gegen aussen vertrat.⁶⁹

Illustrativ ist auch der Fall Siebenhaar. Frau Siebenhaar arbeitete als Kindergärtnerin in einer von einer kirchlichen Institution getragenen Einrichtung. Sie war arbeitsvertraglich

⁶⁴ EGMR, *Obst/Deutschland*, Urteil vom 23.10.2010, Nr. 425/03; EGMR, *Schüth/Deutschland*, Urteil vom 23.9.2010, Nr. 1620/03; EGMR, *Rommelfanger/Deutschland*, Urteil vom 6.9.1989, Nr. 12242/86; EGMR, *Van der Heijden/Niederlande*, Urteil vom 8.3.1985, DR 41, S. 264 ff.; siehe zur Problematik weiterführend: KÄMPER/PUTTLER, *Straßburg und das kirchliche Arbeitsrecht*, Berlin 2013, sowie: MÜLLER, *Kirchliches Selbstbestimmungsrecht und individuelles Arbeitsrecht*, Berlin 2015.

⁶⁵ BAG 16.9.1999 – 2 AZR 712/98, NZA 2000, 208; BAG 24.4.1997 – 2 AZR 268/9, NZA 1998, 145 (149).

⁶⁶ EGMR, *Obst/Deutschland*, Urteil vom 23.10.2010, Nr. 425/03, Rz. 44; EGMR, *Schüth/Deutschland*, Urteil vom 23.9.2010, Nr. 1620/03, Rz. 58.

⁶⁷ EGMR, *Schüth/Deutschland*, Urteil vom 23.9.2010, Nr. 1620/03, Rz. 71.

⁶⁸ EGMR, *Schüth/Deutschland*, Urteil vom 23.9.2010, Nr. 1620/03, Rz. 63.

⁶⁹ EGMR, *Obst/Deutschland*, Urteil vom 23.10.2010, Nr. 425/03, Rz. 51.

verpflichtet, sich sowohl beruflich als auch privat im Einklang mit dem Ethos der evangelischen Kirche zu verhalten. Nachdem bekannt wurde, dass Frau Siebenhaar aktives Mitglied einer Sekte war, wurde ihr deswegen von der Arbeitgeberin ausserordentlich (fristlos) gekündigt. Die deutschen Arbeitsgerichte schützten diese Kündigung, da die Arbeitnehmerin gravierend gegen ihre vertraglich zugesicherten Loyalitätspflichten verstossen habe.⁷⁰ Frau Siebenhaar machte vor dem Gerichtshof eine Verletzung von Art. 9 EMRK und eine Verletzung von Art. 14 in Verbindung mit Art. 9 EMRK geltend. Der EGMR stellte vorab fest, dass im vorliegenden Fall kein direktes staatliches Handeln zur allfälligen Verletzung der EMRK-Rechte vorliege. Zu prüfen sei jedoch, ob der Staat seine positiven Pflichten erfüllt habe, um die Beschwerdeführerin wirksam vor Verletzung ihrer Rechte durch den privaten Arbeitgeber zu schützen.⁷¹ Im Ergebnis stellte der EGMR keine Verletzung von Art. 9 EMRK fest. Mit der Unterzeichnung des Arbeitsvertrags hätte die Beschwerdeführerin wissen müssen, dass ihre aktive Mitgliedschaft in einer Sekte mit der Tätigkeit in einer von der evangelischen Kirche geführten pädagogischen Institution nicht vereinbar war. Die deutschen Gerichte hätten bei der Vornahme der Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitnehmerin und der Arbeitgeberin einen Ermessensspielraum, Art. 9 EMRK verpflichte den deutschen Staat nicht, die Interessen der Arbeitnehmerin höher zu gewichten.⁷²

Die drei Fälle zeigen auf, dass der einer Arbeitgeberin innerstaatlich gewährte Tendenzschutz in bestimmten Konstellationen eine Verletzung von in der EMRK verankerten Rechten darstellt, die auch in Arbeitsverhältnissen zur Geltung kommen.⁷³ Eine Schranke bildet auch das EU-Anti-Diskriminierungsrecht. Angesichts des ausgeprägten Tendenzschutzes im deutschen (kirchlichen) Arbeitsrecht ist es nicht erstaunlich, dass die ersten Entscheide des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) Fragen zur Auslegung des in der Richtlinie 2000/78/EG verankerten arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbotes aufgrund der Religion und Weltanschauung betreffen.

In der Rechtssache Vera Egenberger kam der EuGH zum Schluss, der kirchliche Arbeitgeber dürfe die religiöse Einstellung von Bewerbenden nur berücksichtigen, wenn diese angesichts des Ethos der betreffenden Kirche oder Organisation für die Ausübung der konkreten Tätigkeit eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstelle.⁷⁴ Im konkreten Fall ging es um eine befristete Stelle als wissenschaftliche Mitarbeiterin für das Verfassen eines Berichtes zur Umsetzung der UN-Antirassismus-Konvention. Für den

⁷⁰ EGMR, *Siebenhaar/Deutschland*, Urteil vom 3.2.2011, Nr. 18136/02, Rz. 14 ff.

⁷¹ EGMR, *Siebenhaar/Deutschland*, Urteil vom 3.2.2011, Nr. 18136/02, Rz. 38 ff.

⁷² EGMR, *Siebenhaar/Deutschland*, Urteil vom 3.2.2011, Nr. 18136/02, Rz. 46.

⁷³ In Umsetzung des Vorabentscheidungsverfahrens hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) der Klägerin eine Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen wegen diskriminierender Nichtanstellung aufgrund der Religion zugesprochen, siehe BAG, Urteil C-414/16 vom 17.4.2018, NZA 2018, 569; siehe weiterführend dazu: PÄRLI, Die unterschätzte Bedeutung der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR für das Arbeitsrecht, in: AJP 2015, 1671 ff.

⁷⁴ EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16, Slg. 2018 I-00257, Rz. 69.

EuGH muss die Beurteilung, ob diese Voraussetzungen erfüllt seien oder nicht, einer gerichtlichen Beurteilung zugänglich sein.⁷⁵ Mit anderen Worten, die kirchliche Arbeitgeberin kann nicht autonom darüber befinden, ob eine bestimmte religiöse Einstellung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit in einer kirchlichen Organisation erforderlich ist.⁷⁶ Komplexer war die Ausgangslage im Falle einer Kündigung eines Chefarztes wegen dessen Scheidung und Wiederverheiratung durch ein von einem katholischen Träger betriebenes Spital in Deutschland. Fraglicher Arbeitgeber sah für Mitarbeitende, die der katholischen Kirche angehörten, erhöhte Loyalitätspflichten vor. Der EuGH entschied, die Anforderung, den heiligen und unauflöshchen Charakter der Ehe nach dem Verständnis der katholischen Kirche zu beachten, erscheine nicht als wesentliche, rechtmässige und gerechtfertigte berufliche Anforderung.⁷⁷

III. Die Rezeption des Konzepts «Tendenzbetrieb» im schweizerischen Arbeitsrecht

A. Der Tendenzbetrieb im Lichte der Rechtsprechung

Im Gegensatz zu Deutschland ist der Begriff «Tendenzbetrieb» in der Schweiz nicht gesetzlich verankert. Das Konzept wurde vielmehr durch Lehre und Rechtsprechung eingeführt bzw. aus dem deutschen Recht rezipiert. Nachfolgend wird gezeigt, wie das Bundesgericht und in einem Fall auch ein kantonales Obergericht die Figur des Tendenzbetriebes begründen und anwenden.

Ein erstes Mal wurde der Begriff «Tendenzbetrieb» durch das Bundesgericht in BGE 122 V 267 erwähnt. In dieser Entscheidung ging es um eine Telefonistin, die im Bewerbungsgespräch einen Fragebogen auszufüllen hatte, der u.a. sehr detaillierte Fragen zu ihrem Privatleben enthielt. Das Bundesgericht stellte fest, dass diese Fragen nicht erlaubt seien, insbesondere weil die Bewerberin keine besondere Vertrauensstellung inne habe und weil es sich bei der Telefonmarketingfirma nicht um einen Tendenzbetrieb handle.⁷⁸ Das Bundesgericht zitiert hierfür MANFRED REHBINDER, welcher ab der vierten Auflage seines Lehr-

⁷⁵ EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16, Slg. 2018 I-00257, Rz. 59.

⁷⁶ Siehe dazu die Urteilscommentierung von FUHLROTT, Unterschiedliche Behandlung von Bewerbern wegen ihrer Konfession im Stellenbesetzungsverfahren eines kirchlichen Arbeitgebers, in: NZA 2018, 569.

⁷⁷ EuGH, Urteil vom 11.8.2018, Rs. C-68/17, Slg. 2018 I-000696; siehe zu diesem Urteil SPRENGER, 99 f. Der Fall wurde mittlerweile vom BAG am 20.2.2019 (Az. 2 AZR 746/14) i.S. der Erwägungen des EuGH entschieden; siehe zum Ganzen MALORNY, Diskriminierungsschutz als Grenze kirchlicher Selbstbestimmung, in: EuZA 2019, 441 ff.

⁷⁸ BGE 122 V 267 E. 4 a).

buchs zum Arbeitsrecht, welches 1977 erschien, den Begriff des Tendenzbetriebs verwendet, ohne im Einzelnen näher darauf einzugehen.⁷⁹ Angesichts der Vertrautheit REHBINDERS mit dem deutschen Arbeitsrecht kann davon ausgegangen werden, dass REHBINDER damit zumindest das Grundkonzept des Tendenzbetriebes nach deutschem Verständnis gemeint hat.⁸⁰

In BGE 123 III 129 wurde der Tendenzbetrieb erneut am Rande thematisiert. Das Bundesgericht erachtete es in dieser Entscheidung als zweifelhaft, «ob sich der Arbeitgeber vor der Anstellung erkundigen darf, ob ein Arbeitnehmer einer Gewerkschaft angehört, ausser dieser Umstand hätte eine entscheidende Bedeutung für das von ihm geführte Unternehmen («Tendenzbetrieb»)».⁸¹ In BGE 130 IV 699 definiert schliesslich das Bundesgericht den Begriff des Tendenzbetriebes wie folgt: «Darunter sind Unternehmen zu verstehen, die nicht in erster Linie gewinnstrebig sind und die eine Tätigkeit mit spirituellem oder intellektuellem Charakter ausüben, beispielsweise eine politische, konfessionelle, gewerkschaftliche, wissenschaftliche, künstlerische, karitative oder ähnliche Tätigkeit.»⁸² Hintergrund des Falles bildete die Entlassung eines Gewerkschaftssekretärs wegen dessen Mitgliedschaft in einer religiösen Vereinigung, deren Ziele den Idealen der Gewerkschaft widersprachen. Das Bundesgericht hielt mit Bezug auf Art. 336 Abs. 1 lit. b OR fest, die Kündigung gegenüber einer Partei, die in Ausübung eines verfassungsmässigen Rechts eine Verpflichtung aus dem Arbeitsvertrag verletze oder die Arbeit im Unternehmen in schwerwiegender Weise beeinträchtige, sei nicht missbräuchlich. Dies gelte insbesondere für Arbeitnehmer, denen eine erhöhte Treuepflicht obliegt, wie namentlich den Angestellten von Tendenzbetrieben.

Eine Tendenzbetrieb-Konstellation lag auch der Entscheidung des Bundesgerichts vom 30. Juni 2008 zu Grunde.⁸³ Eine Stiftung, die sich der Förderung der natürlichen Methoden der Geburtenkontrolle verschrieben hatte, stellte einer Bewerberin (für ein Ausbildungsverhältnis) sehr intime Fragen zur persönlichen Empfängnisverhütung. Gemäss Bundesgericht haben die kantonalen Behörden darin zu Recht eine Verletzung der Persönlichkeit der Bewerberinnen erkannt und der Stiftung die Bewilligung zur Lehrlingsausbildung entzogen.⁸⁴ Eine Arbeit in einem Tendenzbetrieb bedeutet demzufolge nicht, dass die Arbeitnehmenden auf weltanschauliche und religiöse Freiheiten gänzlich verzichten müssen.

In zwei weiteren bundesgerichtlichen Entscheidungen spielten Fragen des Tendenzbetriebes eine nur marginale Rolle. In BGE 143 II 443 war die Rechtmässigkeit einer fristlosen

⁷⁹ REHBINDER, Schweizerisches Arbeitsrecht, 4. Aufl., Bern 1977, 34.

⁸⁰ Rehbinders habilitierte 1968 an der Freien Universität Berlin und erhielt die *venia legendi* für die Fächer Rechtssoziologie, Handelsrecht und Arbeitsrecht.

⁸¹ BGE 123 III 129 E. 3 b) cc), Pra. 1997 Nr. 110.

⁸² BGE 130 IV 699 E. 4.1.

⁸³ BGer, Urteil 2C_103/2008 vom 30.6.2008.

⁸⁴ BGer, Urteil 2C_103/2008 vom 30.6.2008. Zwar verwendet das Bundesgericht im Urteil den Begriff «Tendenzbetrieb» nicht, bei der fraglichen Stiftung handelt es sich aber zweifellos um einen Tendenzbetrieb.

Entlassung eines langjährigen Mitarbeiters der Schweizerischen Bundesbahnen (SBB) wegen intensivem Besuch pornographischer Webseiten während der Arbeitszeit zu beurteilen. Das Bundesgericht hielt fest, zwar sei die SBB kein sogenannter Tendenzbetrieb, doch würde es sich um ein typisches Service-Public-Unternehmen handeln, das seinen guten Ruf pflegen müsse.⁸⁵ Daraus folgt eine Erhöhung der Treupflicht, wie sie in den typischen Tendenzbetrieben von den Arbeitnehmenden eingefordert werden kann.⁸⁶

Anschaulich ist, wenn auch nur am Rande mit der Tendenzbetriebsthematik zusammenhängend, der folgende Fall: Wegen seiner am Handgelenk sichtbaren Tätowierung – ein Hakenkreuz – erhielt ein Mann keine Praktikumsstelle für eine von der Invalidenversicherung (IV) getragene Umschulung. Die potenziellen Arbeitgeber hatten Angst, Patientinnen und Patienten würden durch das Hakenkreuz schockiert. Die IV-Stelle stellte daraufhin die Finanzierung der Umschulung ein. Zu Recht, befand das Bundesgericht, denn das vom Beschwerdeführer erwartete Verhalten, nämlich das Abdecken der Tätowierungen während der Arbeitszeit, stelle lediglich eine geringe Einschränkung der Religionsfreiheit dar und könne deshalb von ihm verlangt werden.⁸⁷ Es gehe, so das Bundesgericht, im vorliegenden Fall nicht um die Beschäftigung in einem sogenannten Tendenzbetrieb, «in welchem in Bezug auf die weltanschauliche oder religiöse Ausrichtung des Arbeitnehmers erhöhte Anforderungen gestellt werden dürfen».⁸⁸ Die Arbeitgeber würden vielmehr aus Gründen befürchteter Kundenreaktion eine Bewerbung nicht berücksichtigen.⁸⁹

Kantonale Urteile mit expliziter Nennung des Begriffs «Tendenzbetrieb» sind selten. Umso gewichtiger ist der Entscheid des Obergerichts Zürich vom 20. April 2001.⁹⁰ Das Gericht erachtet einen Vermieterverband, der mittels seiner Verbandszeitschrift an die Öffentlichkeit tritt, als Tendenzbetrieb. Genannter Verband kündigte das Arbeitsverhältnis einer juristischen Mitarbeiterin mit der Begründung, sie hätte durch ihr Verhalten im Privatleben Verbandinteressen verletzt. Die Juristin machte die Missbräuchlichkeit dieser Kündigung geltend. Die erste Instanz und das Obergericht lehnten die Klage wegen missbräuchlicher Kündigung ab. An die Treupflicht von Arbeitnehmern, die in einem Tendenzbetrieb eine tendenzrelevante Stelle besetzen, seien erhöhte Anforderungen zu stellen.⁹¹ Implizit wird in diesem Urteil auch deutlich, dass die erhöhten Anforderungen in Tendenzbetrieben nicht für alle Arbeitnehmenden gleichermassen gelten. Betroffen von der höheren Treupflicht sind fraglos Führungspersonen, aber auch weitere Personen, deren Wirken öffentlichkeitswirksam ist.

⁸⁵ BGE 143 II 443 E. 7.4.

⁸⁶ Zur Frage, ob auch der Staat als Arbeitgeber als Tendenzbetrieb zu qualifizieren ist, siehe unten IV) B).

⁸⁷ BGer, Urteil 9C_301/2008 vom 2.7.2008, E. 5.1.

⁸⁸ BGE 130 III 699 E. 4.

⁸⁹ BGer, Urteil 9C_301/2008 vom 2.7.2008, E. 4.1; vgl. PÄRLI, Grundrechtliche Schranken der Pflicht zur Selbsteingliederung in der Invalidenversicherung, in: HAVE 3/2009, 260 ff.

⁹⁰ OGer ZH vom 20.4.2001, JAR-2002-172.

⁹¹ OGer ZH vom 20.4.2001, JAR-2002-172, E. 5 d).

B. Die Auseinandersetzung mit dem Begriff in der Lehre

Die Thematik «Tendenzbetrieb» wird in den Kommentaren zum Arbeitsvertragsrecht in den Art. 319/320 OR (Abschluss des Arbeitsvertrages), Art. 321b OR (Zulässige Datenbearbeitung im Bewerbungsverfahren und während der Anstellung), bei der Treuepflicht des Arbeitnehmers (Art. 321a OR) sowie im Zusammenhang mit dem Schutz vor missbräuchlicher Kündigung (Art. 336 Abs. 1 lit. b OR, Ausübung verfassungsmässiger Rechte) und der fristlosen Kündigung (Art. 337 OR) thematisiert. Der Begriff des Tendenzbetriebs wird dabei nicht anders oder differenzierter verstanden, als es das Bundesgericht tut, und es wird im Wesentlichen auch auf die oben besprochenen Fälle über die Entlassung eines Gewerkschaftssekretärs⁹² und die Kündigung einer Juristin eines Mieterverbands verwiesen.⁹³ Etwas ausführlicher auf den Begriff des Tendenzbetriebs geht PHILLIP GREMPER in seiner Dissertation zum Thema «Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte» ein. So stellt er klar, dass unter den Begriff keine Betriebe fallen können, die zwar grundsätzlich rein wirtschaftlich tätig sind, daneben aber durchaus auch eine andere, allenfalls gar ideelle Zielsetzung verfolgen. Bei Tendenzbetrieben besteht ein enger Zusammenhang zwischen der Ausübung ihrer verfassungsmässigen geistig-ideellen Rechte und den in ihrer Tendenz liegenden, persönlichkeitsrelevanten Aspekten.⁹⁴

Zumindest ein Teil der Lehre unterscheidet im Gegensatz zur knapp gehaltenen Definition des Bundesgerichts zwischen verschiedenen Mitarbeitenden von Tendenzbetrieben. So wird klargestellt, dass das Arbeitsverhältnis mit einem Tendenzbetrieb nicht per se eine erhöhte Bindung und Treuepflicht entstehen lässt. Diese erhöhten Treuepflichten sollen nicht für alle Mitarbeitenden eines Tendenzbetriebs, sondern nur für sogenannte Tendenzträger gelten.⁹⁵ Tendenzträger sind Arbeitnehmende, deren berufliche Tätigkeit einen Zusammenhang zur Tendenz des Arbeitgebers aufweist.⁹⁶ Nicht alle Angestellten eines Tendenzbetriebs sind automatisch auch Tendenzträger. Eine Person, die z.B. bei einer kirchlichen Institution als Reinigungskraft angestellt ist, ist kein Tendenzträger.⁹⁷ Auch bei einer einfachen kaufmännischen Lehrstelle innerhalb eines Tendenzbetriebs handelt es sich nicht um eine Tendenzträgerstelle.⁹⁸

⁹² BGE 130 IV 699.

⁹³ OGer ZH vom 20.4.2001, JAR-2002-172.

⁹⁴ GREMPER, Arbeitsrechtliche Aspekte der Ausübung verfassungsmässiger Rechte, Dissertation, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A Privatrecht, Band 29, Basel und Frankfurt am Main 1993, 95 f.

⁹⁵ BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (FN 1), Art. 321a N 10; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–363 OR, 7. Aufl. Zürich 2012, Art. 321a N 5; VISCHER/MÜLLER (FN 7), § 15 Rz. 53.

⁹⁶ GREMPER (FN 94), 96.

⁹⁷ GREMPER (FN 94), 96.

⁹⁸ RUDOLPH, Kommentar zum Bundesgerichtsurteil vom 30. Juni 2008, 2C_103/2008, ARV online 2009, Nr. 400.

Die Vorstellung davon, was ein Tendenzbetrieb ist und was nicht, orientiert sich dabei offensichtlich am deutschen Vorbild. Und doch ist sie, auch aufgrund der relativ oberflächlichen Behandlung des Begriffs, nicht identisch damit. In erster Linie gilt es festzuhalten, dass die schweizerische Definition im Gegensatz zum deutschen § 118 BetrVG nicht abschliessend festhält, welche Zielsetzung geistig-ideeller Art ein Tendenzbetrieb haben muss. In der Schweiz ist der Begriff bis heute in keinem Gesetz zu finden und hat seine Bedeutung lediglich durch die spärliche Rechtsprechung und Literatur erlangt. Dementsprechend ist auch die Bedeutung für die Rechtswirklichkeit in der Schweiz nicht dieselbe wie in Deutschland, wo die Nichtanwendbarkeit eines ganzen Gesetzes von der Klassifizierung als Tendenzbetrieb und -unternehmen abhängt. Die primäre Bedeutung in der Schweiz hat der Tendenzbetrieb, wenn es darum geht, wie weit die Arbeitgeberin das Privatleben der Arbeitnehmenden etwas angeht. Darauf soll im nun folgenden Kapitel näher eingegangen werden.

IV. Status Quo und offene Fragen

A. Rechtliche Auswirkung der Qualifikation «Tendenzbetrieb»

Gemeinhin wird die Bedeutung des Tendenzbetriebes auf die erhöhte Treuepflicht der Tendenzträger/innen in diesem Betrieb reduziert. Diese Betrachtungsweise greift zu kurz. Die Bejahung eines Tendenzbetriebes wirkt sich vielmehr bereits auf die Bewerbungsphase und den Anstellungsentscheid der Arbeitgeberin aus. Ein Tendenzbetrieb kann hier von einer erweiterten vertraglichen Abschlussfreiheit profitieren.

Ein Tendenzbetrieb ist grundsätzlich berechtigt, die Bewerber/innen nach ihrer Bereitschaft zur Anerkennung der ideellen Zielsetzungen des Unternehmens zu fragen. Entsprechende Fragen des Arbeitgebers sind durch Art. 328b OR gedeckt. In Tendenzbetrieben können Fragen zu politischen, religiösen und anderen weltanschaulichen Einstellungen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin Bestandteil der Eignungsabklärungen bilden. Die Eignung für das Arbeitsverhältnis umfasst je nach Betrieb und vor allem auch je nach Stellung der Person im Betrieb auch Aspekte des Privatlebens. In der Lehre werden teils illustre Beispiele genannt. So darf die Parteisekretärin einer politischen Partei auch in ihrer Freizeit keine politischen Ansichten äussern, die der politischen Haltung ihres Arbeitgebers grundsätzlich zuwiderlaufen⁹⁹ und der Redaktor einer überparteilichen Zeitung kann dazu verpflichtet werden, keine politischen Ämter in einer Partei anzunehmen.¹⁰⁰

⁹⁹ STAEHELIN, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1–529 OR), Band V/2c – Das Obligationenrecht, Art. 319–330a OR, Der Arbeitsvertrag, Art. 321a N 29, 4. Aufl. Zürich 2006.

¹⁰⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (FN 954), Art. 321a N 5.

Aus Art. 328b OR lassen sich die Grenzen des Tendenzschutzes ableiten. Die Norm beschränkt die Zulässigkeit der Bearbeitung von Arbeitnehmerpersonendaten durch die Arbeitgeberin. Erlaubt ist die Datenbearbeitung nur aus zwei Gründen. Zum einen betrifft dies Personendaten für die Eignungsabklärung und zum anderen Personendaten, die zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses erforderlich sind. Weiter verweist Art. 328b OR auf das Datenschutzgesetz (DSG). Art. 328b OR schützt den Arbeitnehmer bzw. die Arbeitnehmerin als schwächere Vertragspartei.¹⁰¹ Folglich ist der Begriff der «Eignung» für Tendenzbetriebskonstellationen eng auszulegen. Das heisst, die Übereinstimmung der Anschauungen einer Person mit den ideellen Zielsetzungen der Arbeitgeberin darf nur dann gefordert werden, wenn dies für die Ausübung der konkreten Tätigkeit absolut erforderlich ist. Nicht für alle Stellen innerhalb eines Tendenzbetriebes gelten deshalb notwendigerweise die gleichen Massstäbe. Als Orientierung für die Auslegung des Begriffs «Eignung» bietet sich die Terminologie in den EU-Anti-Diskriminierungsrichtlinien 2000/43/EG und 2000/78/EG an.¹⁰² Nach Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass eine Ungleichbehandlung (u.a. wegen der Religion, der Weltanschauung) keine Diskriminierung darstellt, «wenn das betreffende Merkmal aufgrund der Art einer bestimmten beruflichen Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern es sich um einen rechtmäßigen Zweck und eine angemessene Anforderung handelt.» Die Mitgliedstaaten dürfen nach der genannten Richtlinie zudem in ihren Rechtsvorschriften vorsehen, dass von für Tendenzbetriebe arbeitenden Personen ein aufrichtiges und loyales Verhalten im Sinne des Ethos der Organisation verlangt werden kann. Im bereits weiter oben erwähnten EuGH-Fall Vera Egenberger ging es um die Frage, ob eine kirchliche Organisation bei einer befristeten Stelle von einer wissenschaftlichen Mitarbeiterin, die für das Verfassen eines Berichtes zur Umsetzung der UN-Anti-Rassismus-Konvention eingestellt werden sollte, die Kirchenzugehörigkeit verlangen dürfe. Der EuGH kam zum Schluss, die Beurteilung, ob die Voraussetzungen erfüllt seien oder nicht, müsste einer gerichtlichen Beurteilung zugänglich sein.¹⁰³ Mit anderen Worten, die kirchliche Arbeitgeberin kann nicht autonom darüber befinden, ob eine bestimmte religiöse Einstellung für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit in einer kirchlichen Organisation erforderlich ist. In Umsetzung des Vorabentscheidungsverfahrens hat das Bundesarbeitsgericht (BAG) der Klägerin eine Entschädigung in der Höhe von zwei Monatslöhnen wegen diskriminierender Nichtanstellung aufgrund der Religion zugesprochen.¹⁰⁴ Fragen zu eigentlich privaten Eigenschaften von potentiellen Arbeitnehmenden sind folglich nur erlaubt, wenn sie sich auf die Tendenz der Arbeitgeberin beziehen, und es

¹⁰¹ Art. 328b OR kann nur zu Gunsten der Arbeitnehmenden abgeändert werden, siehe Art. 362.

¹⁰² Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft; Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf.

¹⁰³ EuGH, Urteil vom 17.4.2018, Rs. C-414/16, Slg. 2018 I-00257, Rz. 55.

¹⁰⁴ BAG, Urteil C-414/16 vom 17.4.2018, NZA 2018, 569.

sich bei den zu besetzenden Stellen um die eines Tendenzträgers handelt. So kann die Caritas Fragen bezüglich der religiösen Anschauungen oder *economiesuisse* bezüglich der politischen Einstellung des Bewerbers stellen.¹⁰⁵ Demgegenüber ist das Fragerecht von Tendenzbetrieben bei Nichttendenzträgerstellen darauf beschränkt zu klären, ob die Bewerber der Tendenz des Betriebs feindlich gegenüberstehen.¹⁰⁶

Unbestrittenermassen gelten für Tendenzträger/innen in Tendenzbetrieben erhöhte Treuepflichten. Selbstredend haben die betroffenen Arbeitnehmenden im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeiten alles zu unterlassen, was den betrieblichen Interessen schaden könnte. Dies trifft indes auch auf Arbeitnehmende in gewöhnlichen Betrieben zu. Auch sie trifft die in Art. 321a OR verankerte Treuepflicht, die auch in Nichttendenzbetrieben vertraglich erweitert werden kann. Dennoch bestehen Unterschiede. Die Treuepflicht in einem Tendenzbetrieb umfasst persönlichkeitsensible Bereiche, wie die Religionszugehörigkeit, die Weltanschauung oder die politische Haltung, und schliesst eine Pflicht zur betrieblichen Interessenwahrung durch entsprechendes Verhalten im Privatleben ein. Noch einmal ist aber darauf hinzuweisen, dass diese sehr weitgehenden Beschränkungen der auch grundrechtlich geschützten Freiheiten nur für Personen in Tendenzbetrieben gelten, die durch ihre Funktion als Tendenzträger zu qualifizieren sind.

Eine Verletzung der Treuepflicht kann eine ordentliche oder bei schweren Verfehlungen auch eine ausserordentliche (fristlose) Kündigung zur Folge haben. Auch hier unterscheidet sich die Rechtslage in einem Tendenzbetrieb von derjenigen eines gewöhnlichen Betriebs. Eine ordentliche Kündigung wegen Ausübung verfassungsmässiger Rechte ist nach Art. 336 Abs. 1 lit. b OR missbräuchlich, sofern die Arbeitgeberin nicht beweist, dass durch die Ausübung der verfassungsmässigen Rechte eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt oder die Zusammenarbeit im Betrieb wesentlich erschwert wird. Kündigt ein Tendenzbetrieb bspw. einem Mitarbeiter wegen dessen Zugehörigkeit zu einer politischen Partei oder der öffentlichkeitswirksamen Unterstützung einer den Idealen der Arbeitgeberin zuwiderlaufenden politischen oder religiösen Bewegung, so kann die Arbeitgeberin sich (allenfalls erfolgreich) darauf berufen, dass eine Treuepflichtverletzung vorliegt und die Kündigung somit, wiewohl wegen der Ausübung verfassungsmässiger Rechte ausgesprochen, nicht missbräuchlich ist. Festzuhalten ist indes, dass auch in einem gewöhnlichen Betrieb die Ausübung verfassungsmässiger Rechte durch die Treuepflicht eingeschränkt wird; der Massstab ist indes weniger streng bzw. die Abwägung erfolgt zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Arbeitgeberin und den ideellen Interessen der Arbeitnehmerin, während in Tendenzbetrieben die Abwägung je zwischen ideellen Interessen vorgenommen werden muss.

¹⁰⁵ STREIFF/VON KAENEL/RUDOPLPH (FN 94), Art. 328b N 5.

¹⁰⁶ RUDOLPH, Kommentar zum Bundesgerichtsurteil vom 30. Juni 2008, 2C_103/2008, ARV online 2009, Nr. 400.

B. Nutzniesser des Konzepts «Tendenzbetrieb»

Welche Betriebe gelten als Tendenzbetriebe? Die Anerkennung des Status «Tendenzbetrieb» bringt wie gezeigt wurde für eine Arbeitgeberin einige Vorteile. Nach welchen Kriterien wird nun ein Tendenzbetrieb von einem gewöhnlichen Betrieb unterschieden? Gemäss der spärlichen Rechtsprechung und der in diesem Punkt wenig erhellenden Lehre verfolgt ein Tendenzbetrieb nicht in erster Linie wirtschaftliche, sondern ideelle Ziele. Es sind Betriebe, die «eine Tätigkeit mit spirituellem oder intellektuellem Charakter ausüben, beispielsweise eine politische, konfessionelle, gewerkschaftliche, wissenschaftliche, künstlerische, karitative oder ähnliche Tätigkeit».¹⁰⁷

Diese Definition wirft eine Reihe von Fragen auf. Vorab ist in terminologischer Hinsicht bemerkenswert, dass der Begriff «Tendenzbetrieb» den «Betrieb» erwähnt und gleichzeitig von «Unternehmen» die Rede ist. Relevant ist jedoch auch der Begriff des Arbeitgebers. Die im Tendenzbetrieb relevante Treuepflicht ist vertraglicher Natur (eine durch den Vertrag übernommene gesetzliche Pflicht) und setzt somit ein Arbeitsverhältnis zwischen einem Arbeitgeber und einem Arbeitnehmer voraus. Zu präzisieren ist indes, dass beim Personalverleih die Treuepflicht (auch) gegenüber dem Einsatzbetrieb besteht. Auch wer als Arbeitnehmer über einen Personalverleih in einem Tendenzbetrieb tätig ist, untersteht einer erhöhten Treuepflicht (sofern und soweit die fragliche Tätigkeit von einem Tendenzträger ausgeübt werden muss). Möglich ist weiter, dass in einem Konzern einzelne Betriebe als Tendenzbetriebe zu bezeichnen sind und andere nicht. Die erhöhten Treuepflichten gelten selbstverständlich nur für Mitarbeitende (und Tendenzträger/innen) im Tendenzbetrieb.

Wie wird der Unternehmens- bzw. Betriebszweck festgestellt? Sinnvollerweise erfolgt eine Orientierung an dem gesellschaftsrechtlichen Unternehmenszweck. Am offensichtlichsten wird dies bei Vereinen, verfolgen diese doch bereits per Definition gemäss Art. 60 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) einen ideellen Zweck. Doch selbst bei eigentlich auf wirtschaftliche Tätigkeiten ausgerichteten Gesellschaftsformen wie die der Aktiengesellschaft schliesst der Gesetzgeber in Art. 620 Abs. 3 OR eine andere als eine wirtschaftliche Zwecksetzung nicht explizit aus. Eine Unterscheidung zwischen Unternehmen mit ideellem und wirtschaftlichem Zweck lässt sich angesichts jüngerer Entwicklungen bezüglich der sogenannten «corporate social responsibility» nicht mehr trennscharf vornehmen. Auch Profitunternehmen sind heute bestrebt, den gesellschaftlichen und auch ideellen Nutzen hervorzuheben (und sei es auch nur zu Marketingzwecken). Entsprechende Bekenntnisse finden sich im «code of ethics» und «code of conducts» bei zahlreichen Firmen. In diesen Dokumenten werden für alle Hierarchiestufen der Unternehmung hohe ethische Standards eingefordert. Dies allein darf jedoch nicht genügen, um als Tendenzbetrieb zu gelten. Entscheidend sollte wie im deutschen Recht auch in der Schweiz die unmittelbare und überwiegende Verfolgung der geistig-ideellen Zielsetzung sein. Die Frage, ob es sich

¹⁰⁷ BGE 130 III 699 E. 4.1, Pra 94 (2005) Nr. 74.

um einen Tendenzbetrieb handelt oder nicht, kann nicht einfach auf die Frage der Gesellschaftsform und auch nicht auf das Vorhandensein von geistig-ideellen Zielsetzungen reduziert werden. Entscheidend ist einerseits das Verhältnis zwischen der konkreten geistig-ideellen Zielsetzung und den wirtschaftlichen Zielen und andererseits, mit welchen Mitteln die ideellen Ziele verfolgt werden. Blosser Bekenntnisse in «code of ethics» und «code of conducts» zu gewissen Werten dürften insgesamt in den allermeisten Fällen doch eher nur untergeordnete Ziele sein und die rein kommerzielle unternehmerische Tätigkeit im Vordergrund stehen. Nur, wenn der Hauptzweck des Betriebs in der Verfolgung der Tendenz besteht und zu diesem Zweck auch ein erheblicher Umfang der sachlichen und personellen Mittel eingesetzt wird, handelt es sich um einen Tendenzbetrieb.

Abschliessend ist noch auf die Frage einzugehen, ob und wie sich die Frage des Tendenzbetriebes auch bei staatlichen Arbeitgeberinnen stellt. Auch wenn sich die Bindungen zwischen Arbeitnehmenden und staatlichen Arbeitgebern in den letzten Jahren gewandelt haben – weitgehende Abschaffung des Beamtenstatus, Verabschiedung von der Idee des Sonderstatusverhältnisses, Aufhebung der Wohnsitzpflicht usw. – besteht zwischen Arbeitnehmenden und staatlichen Arbeitgebern dennoch ein besonderes Näheverhältnis. Bereits Art. 20 Bundespersonalgesetz (BPG) drückt dies aus, indem er die darunterfallenden Angestellten des Bundes nicht nur zur Loyalität gegenüber der konkreten Arbeitgeberin (z.B. Bundesamt für Verkehr), sondern zusätzlich auch gegenüber dem Bund selbst verpflichtet. Diese doppelte Loyalität schulden die Arbeitnehmenden auch ausserhalb ihres Arbeitsverhältnisses.¹⁰⁸ Der Treuepflicht kommt deshalb im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis eine besondere Rolle zu. Die «Tendenz» des staatlichen Arbeitgebers besteht in den Prinzipien des demokratischen Rechtsstaates.¹⁰⁹ Es versteht sich deshalb von selbst, dass zumindest ein grundsätzliches Einverständnis der staatlichen Angestellten zu eben diesen Werten verlangt werden kann. Oder mit anderen Worten: der Staat muss keine Staatsfeinde anstellen.

¹⁰⁸ HELBING, in: Portmann/Uhlmann (Hrsg.), Stämpfli Handkommentar zum Bundespersonalgesetz (BPG), Bern 2013, Art. 20 N 51.

¹⁰⁹ Urteil der Eidg. Personalrekurskommission vom 31.5.2001, Verwaltungspraxis der Bundesbehörden, VPB 2001, Nr. 95, S. 1098.