Mehr Freiheit wagen im Arbeitsrecht?

Matteo Fornasier

I. Einleitung: (Vertrags-)Freiheit und Arbeitsrecht 153
II. Die „Entgrenzung" des Arbeitsverhältnisses und die Frage nach der Zukunft des Arbeitsrechts 155
III. Mehr Freiheit wagen im Individualarbeitsvertrag 158
1. Das Arbeitszeitrecht als Beispiel 158
2. Flexibilitätsinteresse versus Arbeitnehmerschutz: „Menü"-Regelungen als Ausweg aus dem Dilemma? 159
IV. Mehr Freiheit wagen in den kollektiven Arbeitsbeziehungen 161
1. Ausbau der Tarifdispositivität des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes 161
2. Kollektivvertragliche Gestaltung der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung 164
V. Mehr Freiheit wagen in der Arbeitsgesetzgebung 166
1. Das verfassungsrechtliche Argument in der Arbeitsrechtswissenschaft 167
2. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts 169
VI. Zusammenfassung 170

I. Einleitung: (Vertrags-)Freiheit und Arbeitsrecht

Mehr *Freiheit* wagen im Arbeitsrecht! – Mehr Freiheit wagen im *Arbeitsrecht?*

Das Arbeitsrecht und die Vertragsfreiheit stehen in einem unverkennbaren Spannungsverhältnis zueinander. Überspitzt könnte man sagen, das Arbeitsrecht sei geradezu ein natürlicher Feind der Vertragsfreiheit.

Historisch betrachtet entwickelte sich das Arbeitsrecht moderner Prägung, als mit der Abschaffung der ständischen Ordnung und dem Beginn der Industrialisierung die Erbringung von Arbeitsleistungen zum Gegenstand freier privater Verträge wurde.[1] Zuvor war das Arbeitsverhältnis ganz überwiegend ein Statusverhältnis. Der Zugang zum Beruf, der Lohn und die übrigen Arbeitsbedingungen wurden – namentlich durch die Zünfte – hoheitlich reguliert. Die geschuldete Arbeitsleistung wurde notfalls mithilfe der Polizei und der Strafgerichte erzwungen. Erst mit der Überwindung der feudalistisch-korpora-

[1] Zur Entstehung des modernen Arbeitsrechts und insbesondere zur Rolle der Vertragsfreiheit in diesem Kontext *Bruno Veneziani,* The Evolution of the Contract of Employment, in: The Making of Labour Law in Europe, hrsg. von Bob Hepple (London 1986) 31 ff.

tiven Gesellschaftsordnung und der Einführung der Gewerbefreiheit erreichte die Vertragsfreiheit das Arbeitsverhältnis und es konnte ein freier Arbeitsmarkt entstehen. Das Arbeitsverhältnis war nun privatisiert, sein Inhalt wurde autonom von den einzelnen Arbeitgebern und Arbeitnehmern als gleichberechtigten Verhandlungspartnern festgelegt. Doch die Gleichberechtigung war nur eine rechtlich-formale, tatsächlich diktierte der Arbeitgeber kraft seiner wirtschaftlichen Überlegenheit die Arbeitsbedingungen. In seinem Essay „Die Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses" aus dem Jahr 1928 bringt *Hugo Sinzheimer* die wirtschaftlichen Folgen der Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht zu Beginn der Industrialisierung folgendermaßen auf den Punkt: „Die klassische Zeit des ‚freien Arbeitsvertrages' ist zugleich die Zeit der ‚freien Konkurrenz'. In ihr ist der einzelne völlig vom freien Markt abhängig. Die ‚natürlichen Gesetze' von Angebot und Nachfrage beherrschen ohne jede Hemmung auch die Lohn- und Arbeitsbedingungen, die keine Grenze nach unten finden, weil sie jedem Unterangebot preisgegeben sind."[2]

Vor diesem Hintergrund entwickelte sich das Arbeitsrecht mit dem Ziel, die Vertragsfreiheit zum Schutz des Arbeiters als schwächerer Vertragspartei zu beschränken. Das Arbeitsrecht ist also seiner originären Bestimmung nach freiheitsbeschränkend. Mehr Freiheit im Arbeitsrecht – so könnte man folglich meinen – bedeutet zwangsläufig weniger Arbeitsrecht.

Bei genauerer Betrachtung zeigt sich jedoch, dass das Verhältnis zwischen Arbeitsrecht und Freiheit facettenreicher ist. Dies hängt damit zusammen, dass uns die Vertragsfreiheit im Arbeitsrecht nicht nur auf individueller Ebene begegnet, also auf der Ebene des Einzelarbeitsvertrags, sondern auch im Rahmen der kollektiven Arbeitsbeziehungen. Tarifautonomie ist nach überwiegendem Verständnis „kollektiv ausgeübte Privatautonomie" der Arbeitsvertragsparteien.[3] Auf dieser kollektiven Ebene ist das Machtungleichgewicht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern regelmäßig aufgehoben, so dass die Gewährung größerer Gestaltungsfreiheit nicht unbedingt mit der Schutzfunktion des Arbeitsrechts in Konflikt geraten muss.

---

[2] Abgedruckt in: *Hugo Sinzheimer,* Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Gesammelte Aufsätze und Reden, hrsg. von Otto Kahn-Freund und Thilo Ramm, Bd. I (Frankfurt am Main 1976).

[3] Siehe zu diesem Verständnis BAG 14.10.1997 – 7 AZR 811/96, NZA 1998, 778, 779 (unter 3.b)); BAG 23.3.2011 – 4 AZR 366/09, NZA 2011, 920 Rn. 40: „Der Abschluss von Tarifverträgen und die damit bewirkte Normsetzung ist kollektiv ausgeübte Privatautonomie." Siehe aus dem neueren Schrifttum *Frank Bayreuther,* Tarifautonomie als kollektiv ausgeübte Tarifautonomie (München 2005) 57 ff.; *Thomas Dieterich,* Tarif- und Betriebsautonomie – ein Spannungsverhältnis, in: FS Reinhard Richardi (München 2007) 117, 118; *Felix Hartmann,* Negative Tarifvertragsfreiheit im deutschen und europäischen Arbeitsrecht (Tübingen 2014) 101 ff.; *Clemens Höpfner,* Die Tarifgeltung im Arbeitsverhältnis (Baden-Baden 2015) 308 ff.; *Thomas Lobinger,* Stärkung oder Verstaatlichung der Tarifautonomie?, JZ 2014, 810, 812.

Schließlich verdient noch ein weiterer Freiheitsaspekt Aufmerksamkeit. Neben dem Individual- und dem Kollektivvertrag sind nämlich der dritte wichtige Gestaltungsfaktor des Arbeitsverhältnisses die Arbeitsgesetze. Auf dieser Ebene stellt sich die Frage, inwieweit der (einfache) Gesetzgeber frei ist, das Arbeitsrecht nach seinen arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen zu gestalten. Zu untersuchen ist hier, ob insbesondere das Verfassungsrecht und seine Auslegung durch Rechtsprechung und Wissenschaft die Gestaltungsspielräume des Arbeitsgesetzgebers zu sehr einengen. Angesprochen ist damit eine Freiheitsdimension, die sich nicht auf die Privatautonomie bezieht, sondern auf die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.

Im Folgenden sollen die drei genannten Aspekte der Freiheit im Arbeitsrecht – die Vertragsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien auf individueller und kollektiver Ebene sowie die politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers – genauer unter die Lupe genommen werden. Zuvor sei jedoch ein kurzer Blick auf die aktuelle Diskussion über die künftige Rolle des Arbeitsrechts geworfen.

II. Die „Entgrenzung" des Arbeitsverhältnisses und die Frage nach der Zukunft des Arbeitsrechts

Die Frage nach dem richtigen Verhältnis von Freiheit und Zwang im Arbeitsrecht steht gegenwärtig wieder einmal im Fokus der Arbeitsrechtswissenschaft. Georg Annuß schrieb vor kurzem in seinem „Plädoyer für ein zukunftsfähiges Arbeitsrecht": „Angesichts tiefgreifender Veränderungen der sozialen Wirklichkeit hat sich die Hauptaufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft mittlerweile von der Rechtsdogmatik zur Rechtspolitik verschoben. Von ihr werden Antworten erwartet auf die Frage, welche Anpassungen des arbeitsrechtlichen Regelungssystems angesichts der geänderten gesellschaftlichen Wertvorstellungen geboten sind."[4] Dieser Perspektivenwechsel mag – nebenbei bemerkt – erklären, warum *Jürgen Basedow,* dessen Emeritierung den Anlass für den vorliegenden Beitrag gab, dem Arbeitsrecht in den letzten Jahren ein gesteigertes Interesse entgegengebracht hat.

Mit den tiefgreifenden Veränderungen der sozialen Wirklichkeit, von denen Annuß spricht, ist neben der Internationalisierung vor allem die Digitalisierung der Arbeitswelt gemeint. Ein wichtiger Gesichtspunkt der digitalen Transformation ist die zunehmende Automatisierung von Arbeitsabläufen, welche bewirkt, dass in vielen Tätigkeitsbereichen Maschinen an die Stelle des Menschen treten und so die Beschäftigungschancen bestimmter Personen auf dem Arbeitsmarkt verringern.[5] Darüber hinaus führt der Einsatz digitaler Informations- und Kommunikationstechnologien zu einer „Entgrenzung"[6] des

[4] *Georg Annuß,* Plädoyer für ein zukunftsfähiges Arbeitsrecht, NZA 2017, 345.

Arbeitsverhältnisses in örtlicher und zeitlicher Hinsicht. Das Bild vom Arbeitnehmer, der sich morgens auf den Weg zur Arbeit macht, um 8.00 Uhr das Werkstor passiert, sich einstempelt, unter der Aufsicht des Vorgesetzten seine Arbeitsleistung erbringt, sich mittags in der Kantine mit seinen Kollegen austauscht, um dann um 18.00 Uhr Feierabend zu machen und wieder den Heimweg anzutreten – dieses Bild trifft immer weniger auf die reale Arbeitswelt zu.[7] Viele Arbeitsvorgänge können heutzutage am Computer oder gar am Handy an jedem beliebigen Ort und zu jeder beliebigen Zeit erledigt werden, etwa abends im Café oder am Sonntagnachmittag zuhause auf dem Balkon. Um ein gänzlich fiktives Beispiel zu nennen: Man kann heute – die Flexibilität und das Vertrauen seines Chefs vorausgesetzt – Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg sein und seinen Lebensmittelpunkt im bayerischen Alpenvorland haben.

Der durch die Digitalisierung eingeleitete Wandel der Arbeitswelt eröffnet Chancen und Risiken zugleich: Chancen, weil er die Autonomie der Lebensgestaltung des Arbeitnehmers erweitert; Risiken, weil aus der Entgrenzung der Arbeit die Gefahr einer überobligatorischen Inanspruchnahme des Arbeitnehmers folgt. Vor diesem Hintergrund wird aktuell intensiv darüber diskutiert, ob und gegebenenfalls wie das Arbeitsrecht umzugestalten ist, damit die Arbeitsvertragsparteien die Freiräume nutzen können, die ihnen der technologische Fortschritt bietet, ohne dass dabei jedoch der soziale Schutz des Arbeit-

---

[5] Für viel Aufsehen sorgte in diesem Zusammenhang die Studie von *Carl Benedikt Frey/ Michael A. Osborne,* The Future of Employment: How Susceptible are Jobs to Computerisation? (Oxford 2013). Die Autoren kommen mit Blick auf den US-amerikanischen Arbeitsmarkt zu dem Ergebnis, dass etwa 47 % der Beschäftigten in den nächsten 10 bis 20 Jahren den Verlust ihres Arbeitsplatzes riskieren. Für eine Übertragung dieser Studie auf den deutschen Arbeitsmarkt s. das vom ZEW im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales erstellte Gutachten *Holger Bonin/Terry Gregory/Ulrich Zierahn,* Übertragung der Studie von Frey/Osborne (2013) auf Deutschland (Mannheim 2015), das den Anteil der durch die Automatisierung bedrohten Arbeitsplätze allerdings niedriger als in den USA beziffert.

[6] Zum Begriff siehe z.B. *Wolfgang Däubler,* Entgrenzung der Arbeit – ein Problem des Arbeitsrechts?, SR 2014, 45; *Hans Hanau,* Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, 2613; *Thomas Klebe,* Betriebsrat 4.0 – Digital und global?, NZA-Beilage 2017, 77, 81; *Katharina Uffmann,* Digitalisierung der Arbeitswelt – Wie gestalten wir die notwendigen Veränderungen?, NZA 2016, 977, 978.

[7] § 611a BGB n.F., der im Jahr 2017, also 117 Jahre nach Inkrafttreten des BGB, erstmals eine gesetzliche Definition des Arbeitsvertrags eingeführt hat, orientiert sich kurioserweise am Arbeitnehmerbild vergangener Tage (s. insbesondere Satz 2 der Regelung, der als wesentliches Merkmal das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf „Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit“ nennt). Allerdings ist die Formulierung der Vorschrift hinreichend flexibel, um auch neuere Beschäftigungsmodelle zu erfassen, in diesem Sinne auch *Ulrich Preis,* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[18], hrsg. von Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (München 2018) § 611a Rn. 13.

nehmers preisgegeben wird. Es mangelt nicht an Ideen und Konzepten, wie diese Herausforderung zu meistern ist. Manche Vorschläge sind gut durchdacht, andere weniger.

So war in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vor nicht allzu langer Zeit vom Jungunternehmer *Philip Siefer,* 35, zu lesen, der sich in der Start-up-Szene mit der Gründung der Firma „Einhorn Products" einen Namen gemacht hat.[8] Das offenbar recht erfolgreiche Unternehmen verdient sein Geld mit der Produktion veganer Kondome. Auf einem Workshop mit dem Titel „Unfuck the Economy" stellte *Siefer* seine Vorstellungen über die Zukunft der Arbeit vor: Die Mitarbeiter sollten ihr Gehalt selbst bestimmen dürfen, ebenso ihren Arbeitsort und die Zahl der Urlaubstage. „Wenn man keinen Bock hat, zur Arbeit zu kommen", so *Siefer,* „braucht man nicht zu kommen, das ist tatsächlich total ernst gemeint".

Weniger radikal, aber nicht minder ernst gemeint sind hingegen die Überlegungen im Weißbuch „Arbeiten 4.0", das Ende 2016 vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) vorgelegt wurde und aus einem Dialogprozess zwischen dem Ministerium und verschiedenen Stakeholdern hervorgegangen ist.[9] Auf über zweihundert Seiten werden im Weißbuch mögliche gesetzliche Anpassungen auf dem Gebiet des Individual- und Kollektivarbeitsrechts sowie des Sozialversicherungsrechts diskutiert. Auch der 71. Deutsche Juristentag, der im Jahr 2016 in Essen stattfand, befasste sich mit den rechtlichen Herausforderungen aus dem technologiebedingten Wandel der Arbeitsbedingungen.[10] Die im Weißbuch des BMAS und auf dem Juristentag formulierten Handlungsempfehlungen an den Gesetzgeber sorgen gegenwärtig für viel Diskussionsstoff in der Arbeitsrechtswissenschaft.[11] Hier ist nicht der Ort, um auf die große Vielfalt der derzeit ventilierten Reformmaßnahmen einzugehen. Selbst wenn man die Betrachtung allein auf die Regelungsvorschläge beschränkte, die den Abbau zwingenden Rechts und die Ausweitung der Privatautonomie zum Inhalt haben, wäre rasch der Rahmen des vorliegenden Beitrags gesprengt. Deswegen sollen im Folgenden lediglich einzelne exemplarische Aspekte des Arbeitsverhältnisses herausgegriffen werden, um die Vor- und Nachteile größerer privatautonomer Gestaltungsfreiheit im Arbeitsrecht zu beurteilen.

---

[8] Online abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/me-convention-2017/me-convention-wie-ein-kondomverkaeufer-die-arbeitswelt-umkrempeln-will-15202978.html>.

[9] Das Weißbuch ist abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Publikationen/a883-weissbuch.pdf?__blob=publicationFile&v=9>. Dem Weißbuch war im Frühjahr 2015 ein Grünbuch vorausgegangen, abrufbar unter <http://issuu.com/support.bmaspublicispixelpark.de/docs/gruenbuch-arbeiten-vier-null?e=26749784/43070407>.

[10] *Rüdiger Krause,* Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. Deutschen Juristentag (München 2016) B1.

[11] Siehe etwa die in Fn. 6 zitierten Beiträge; s. außerdem *Peter Hanau,* Arbeits- und Sozialversicherungsrecht 4.0 im Weißbuch des BMAS, RdA 2017, 213.

III. Mehr Freiheit wagen im Individualarbeitsvertrag

1. Das Arbeitszeitrecht als Beispiel

Ein zentrales Thema in der aktuellen rechtspolitischen Diskussion, das auch im Weißbuch des BMAS[12] und im Gutachten zum Deutschen Juristentag[13] breiten Raum einnimmt, ist die Arbeitszeit.[14] Das deutsche Arbeitszeitgesetz, das die europäische Arbeitszeitrichtlinie[15] umsetzt, teilweise jedoch strengere Vorgaben zum Schutz der Arbeitnehmer enthält als die Richtlinie,[16] zieht der privatautonomen Gestaltung der Arbeitszeit Grenzen. Es regelt beispielsweise bestimmte tägliche Höchstarbeitszeiten sowie Mindestruhepausen und -zeiten. Diese Regelungen können von den Individualparteien des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich nicht zulasten des Arbeitnehmers abbedungen werden.[17] Lediglich auf tarifvertraglicher Grundlage sind gewisse Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz gestattet, wenn auch nur in sehr beschränktem Umfang.[18]

Es stellt sich nun die Frage, ob das Arbeitszeitgesetz in seiner geltenden Fassung Spielräume für flexible Arbeitszeitmodelle bietet, wie sie von vielen Arbeitnehmern gewünscht werden und dank der modernen Informations- und Kommunikationstechnologie häufig auch ohne Nachteile für den Arbeitgeber realisierbar sind. Als Hindernis erweist sich beispielsweise § 5 Abs. 1 ArbZG, wonach den Arbeitnehmern nach Beendigung der täglichen Arbeitszeit eine ununterbrochene Ruhezeit von mindestens elf Stunden zustehen muss. Ein Arbeitszeitmodell zum Beispiel, bei dem der Arbeitnehmer täglich von 8 bis 14 Uhr ins Büro geht und dann, nachdem die Kinder im Bett sind, sich noch einmal von 21.30 bis 23.30 Uhr im Home Office an die Arbeit setzt, ist derzeit mit dem geltenden Recht nicht vereinbar, da zwischen der Beendigung

---

[12] Weißbuch (Fn. 9) 115 ff.

[13] *Krause,* Gutachten (Fn. 10) B32 ff.

[14] Siehe nun auch den Gesetzgebungsvorschlag der FDP-Bundestagsfraktion, BT-Drucks. 19/1174 vom 13.3.2018.

[15] Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.11.2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. 2003 L 299/9.

[16] So schreibt etwa die europäische Arbeitszeitrichtlinie eine wöchentliche Höchstarbeitszeit von 48 Stunden vor und erlaubt es den Arbeitsvertragsparteien, die Arbeitszeit auf die einzelnen Arbeitstage (unter Berücksichtigung der obligatorischen Mindestruhezeiten) frei zu verteilen. Das deutsche Arbeitszeitgesetz (ArbZG) ist im Vergleich dazu insofern strenger, als es eine maximale tägliche Arbeitszeit von acht (und unter bestimmten Umständen von zehn) Stunden vorschreibt.

[17] Eine eng begrenzte Ausnahme sieht § 3 Satz 2 ArbZG vor. Nach dieser Vorschrift kann die in § 3 Satz 1 ArbZG festgelegte tägliche Höchstarbeitszeit von acht Stunden von den Individualparteien des Arbeitsverhältnisses unter bestimmten Voraussetzungen einverständlich auf bis zu zehn Stunden verlängert werden.

[18] § 7 ArbZG.

der täglichen Arbeitszeit um 23.30 Uhr und der Wiederaufnahme der Arbeit am nächsten Morgen um 8 keine 11 Stunden liegen.

Wie ist also dem Flexibilitätsbedürfnis der Arbeitsvertragsparteien Rechnung zu tragen? Die Möglichkeit der tarifvertraglichen Abweichung von den Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes hilft kaum weiter. Zum einen sind der Gestaltungsfreiheit der Tarifvertragsparteien enge Grenzen gesetzt: Sie können die Mindestruhezeit höchstens um zwei Stunden verkürzen und dies auch nur unter der Bedingung, dass die damit verbundene Arbeitszeitverlängerung mit Blick auf die „Art der Arbeit" erforderlich ist und innerhalb eines festzulegenden Zeitraums ausgeglichen wird.[19] Hinzu kommt, dass der Tarifvertrag als Gestaltungsmittel der Arbeitsbedingungen in zahlreichen Branchen faktisch keine Rolle spielt. Angesichts der stetig abnehmenden Tarifbindung[20] ist zu erwarten, dass in Zukunft solche „weiße Flecken" in der Tariflandschaft sogar noch zunehmen werden. Können die gewünschten Anpassungen des Arbeitszeitrechts somit nicht auf tarifvertraglicher Grundlage erreicht werden, stellt sich unweigerlich die Frage, ob nicht – getreu dem Motto „Mehr Freiheit wagen!" – eine Erweiterung der individualvertraglichen Dispositionsmöglichkeiten einen Ausweg böte.

Meiner Meinung nach – und diese Überlegungen gelten über die Arbeitszeit hinaus auch für andere Arbeitsbedingungen – bestehen gegen die Ausweitung der Vertragsfreiheit auf der Ebene des Individualarbeitsvertrags grundsätzliche Bedenken. Der technologische Wandel mag zwar den Arbeitsvertragsparteien größere Handlungsautonomie beschert haben, wenn es darum geht zu bestimmen, wie, wo und wann die Arbeitsleistung zu erbringen ist. An der Grundstruktur des Arbeitsverhältnisses hat sich jedoch nichts geändert, nämlich am eingangs erwähnten Machtgefälle zwischen den Arbeitsvertragsparteien und den daraus resultierenden Risiken für die faktische Selbstbestimmung des Arbeitnehmers. Die Aufweichung der zwingenden Arbeitnehmerschutzvorschriften hätte somit zur Folge, dass die Lohn- und Arbeitsbedingungen – um noch einmal in den Worten Sinzheimers zu sprechen – „keine Grenze nach unten fänden, weil sie jedem Unterangebot preisgegeben wären".

2. Flexibilitätsinteresse versus Arbeitnehmerschutz: „Menü"-Regelungen als Ausweg aus dem Dilemma?

Wie könnte nun dem Wunsch nach einer Flexibilisierung der Arbeitsrechtsordnung entsprochen werden, ohne dabei den sozialen Schutz des Arbeitneh-

---

[19] § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG.

[20] Im Jahr 1998 betrug der Anteil der Arbeitnehmer, die bei einem tarifgebundenen Arbeitgeber beschäftigt waren, noch 76 % in Westdeutschland und 63 % in Ostdeutschland. 2008 lagen die entsprechenden Werte bei nur noch 58 % bzw. 47 %, s. Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut (WSI), Tarifarchiv 2017, Statistisches Taschenbuch Tarifpolitik (Düsseldorf 2017), Graphik 1.6.

mers aufs Spiel zu setzen? Eine Lösung könnten sogenannte „Menü"-Regelungen bieten:[21] Anstatt die einzelnen Arbeitnehmerschutzvorschriften dispositiv auszugestalten, könnte der Gesetzgeber den Arbeitsvertragsparteien im Sinne einer „Menüwahl" die Wahl zwischen verschiedenen Sets zwingender gesetzlicher Regelungen einräumen, die jeweils auf ein bestimmtes Beschäftigungsmodell zugeschnitten sind und für dieses konkrete Beschäftigungsmodell ein angemessenes Schutzniveau garantieren. So könnte das Gesetz beispielsweise als Alternative zur Eingehung eines „Normalarbeitsverhältnisses" die Möglichkeit zum Abschluss eines Telearbeitsvertrags einführen und damit den Bedürfnissen jener Arbeitnehmer entgegenkommen, die – etwa wegen der Betreuung kleiner Kinder – bei der Gestaltung ihrer Arbeitszeit und bei der Wahl des Arbeitsortes in besonderer Weise auf Flexibilität angewiesen sind. Für ein solches Telearbeitsverhältnis könnten – soweit arbeitsmedizinisch vertretbar – kürzere gesetzliche Mindestruhezeiten gelten, um es den Arbeitnehmern zu ermöglichen, ihre Tätigkeit, wie im obigen Beispiel skizziert, am späten Abend und am frühen Vormittag zu verrichten. Die Verkürzung der Mindestruhezeit könnte im Gegenzug durch eine Erhöhung des gesetzlichen Mindesturlaubs kompensiert werden. Zusätzlich könnte den „Tele-Arbeitnehmern" ein nicht dispositiver (zeitlich befristeter) Entgeltfortzahlungsanspruch gewährt werden, falls sie wegen der Pflege kranker Familienangehöriger an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert sind.[22]

Eine „Menü"-Regelung weitet die Gestaltungsfreiheit der Arbeitsvertragsparteien insoweit aus, als sie sich bei der Eingehung des Arbeitsverhältnisses zwischen verschiedenen Beschäftigungsmodellen entscheiden können. Darüber hinaus können sie auch im Laufe des Arbeitsverhältnisses jederzeit einvernehmlich von einem Beschäftigungsmodell zum anderen wechseln. Da gleichzeitig jedoch die einzelnen Arbeitnehmerschutzvorschriften innerhalb des gewählten Menüs zwingend ausgestaltet sind, besteht keine Gefahr, dass der Arbeitgeber die vergrößerten Gestaltungsspielräume einseitig zu seinem Vorteil und zum Schaden des Arbeitnehmers ausnutzt.

---

[21] Siehe zum regulatorischen Modell der „Menü"-Regelung, das auch außerhalb des Arbeitsrechts diskutiert wird, grundlegend *Ian Ayres,* Menus matter, U. Chi. L. Rev. 73 (2006) 3; s. aus dem deutschen Schrifttum *Gregor Bachmann,* Optionsmodelle im Privatrecht, JZ 2008, 11, 13 f., 15 f. (der in diesem Zusammenhang von „strengen Optionsmodellen" spricht), sowie *Stefan Bechtold,* Die Grenzen zwingenden Vertragsrechts (Tübingen 2010) 121 ff.

[22] Nach geltender Rechtslage steht dem Arbeitnehmer in einer solchen Situation lediglich ein dispositiver Anspruch auf Lohnfortzahlung nach § 616 Satz 1 BGB zu, s. hierzu näher *Marcus Bieder,* in: Beck-Online Großkommentar (München, Stand: 1.5.2018) § 616 BGB Rn. 20 ff. (zur Anwendung der Norm auf den Arbeitsausfall wegen der Betreuung kranker Angehöriger) sowie Rn. 47 ff. (zum dispositiven Charakter des Anspruchs).

IV. Mehr Freiheit wagen in den kollektiven Arbeitsbeziehungen

1. Ausbau der Tarifdispositivität des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes

Auf kollektivvertraglicher Ebene scheint auf den ersten Blick nichts gegen eine Ausweitung der Vertragsfreiheit zu sprechen. Hier besteht, wie schon erwähnt,[23] typischerweise ein Machtgleichgewicht zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, so dass erwartet werden kann, dass der Inhalt der Kollektivvereinbarung auch ohne staatliches Eingreifen für beide Seiten interessengerecht ist.

Tatsächlich wird in der gegenwärtigen rechtspolitischen Diskussion immer wieder ein Ausbau des tarifdispositiven Gesetzesrechts gefordert.[24] Darunter werden arbeitsrechtliche Regelungen verstanden, die nur im Rahmen von Tarifverträgen, nicht jedoch im Individualarbeitsvertrag zulasten des Arbeitnehmers abbedungen werden können. Tarifdispositive Normen entziehen sich damit der im übrigen Schuldvertragsrecht dominierenden Dichotomie von zwingendem und dispositivem Recht und bilden gewissermaßen eine Zwischenkategorie: Für die Individualparteien sind sie zwingender Natur, für die Kollektivvertragsparteien hingegen dispositiv. Ein Beispiel ist der bereits angesprochene § 7 ArbZG, der in gewissem Umfang eine Verlängerung der gesetzlich statuierten Höchstarbeitszeiten auf tarifvertraglicher Grundlage erlaubt. Ähnliche Regelungen finden sich im Kündigungsrecht,[25] im Urlaubsrecht,[26] im Teilzeit- und Befristungsrecht[27] sowie im Recht der Arbeitnehmerüberlassung[28] und der betrieblichen Altersversorgung.[29] Derartige gesetzliche Tariföffnungsklauseln erweitern die Autonomie der Sozialpartner. Sie ermöglichen insbesondere Anpassungen des arbeitsrechtlichen Ordnungsrahmens an die spezifischen Bedürfnisse bestimmter Wirtschaftszweige und Unternehmen. Dadurch tragen sie der liberalen Vorstellung Rechnung, dass private Akteure und ihre jeweiligen Interessenverbände in eigenen Angelegenheiten regelmäßig über größere Sachkunde und Wissen verfügen als der staatliche Gesetzgeber. Darüber hinaus wird darauf hingewiesen, dass die mit dem tarifdispositiven Gesetzesrecht eröffneten Gestaltungsspielräume Anreize für die Arbeitgeber zum Koalitionsbeitritt bzw. zum Abschluss von Haustarifverträgen

---

[23] Oben I.

[24] *Annuß,* NZA 2017, 345, 347; *Steffen Kampeter,* Für eine veränderte Arbeitsordnung in einer digitalen Arbeitswelt, SR 2017, 196, 201.

[25] § 622 Abs. 4 BGB.

[26] § 13 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG).

[27] §§ 12 Abs. 3, 13 Abs. 4, 14 Abs. 2 Satz 3 Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG).

[28] § 8 Abs. 2 AÜG; dazu näher sogleich.

[29] § 19 Abs. 1 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG).

schaffen und auf diese Weise dem derzeitigen Trend zur „Tarifflucht" zahlreicher Unternehmen entgegenwirken können.[30]

Allerdings lehren die Erfahrungen vor allem aus der Zeitarbeitsbranche, dass das regulatorische Instrument des tarifdispositiven Gesetzesrechts nicht frei von Risiken ist. § 8 Abs. 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) schreibt den Gleichstellungsgrundsatz fest, wonach Leiharbeitnehmern die gleichen Arbeitsbedingungen einschließlich des Arbeitsentgelts zu gewähren sind wie der Stammbelegschaft im Entleiherbetrieb. Der Grundsatz ist tarifdispositiv ausgestaltet: Nach § 8 Abs. 2 AÜG können Tarifverträge vom Equal-pay- bzw. Equal-treatment-Grundsatz zulasten der Leiharbeitnehmer abweichen. In der Praxis spielt diese Öffnungsklausel eine erhebliche Rolle. Den Arbeitgebern gewogene Gewerkschaften wie etwa die Christlichen Gewerkschaften,[31] aber auch Gewerkschaften des Deutschen Gewerkschaftsbundes schlossen in der Vergangenheit für die Leiharbeitnehmer Tarifverträge ab, die eine deutliche Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen gegenüber dem gesetzlichen Gleichstellungsgrundsatz bewirken. Nun könnte man geneigt sein, die praktische Relevanz solcher Tarifverträge herunterzuspielen, da der Organisationsgrad unter den Arbeitnehmern in der Zeitarbeitsbranche äußerst gering ist und die tarifschließenden Gewerkschaften folglich nur eine kleine Minderheit der Leiharbeitnehmer repräsentieren.[32] Nach § 4 Abs. 1 i.V.m. § 3 Abs. 1 Tarifvertragsgesetz (TVG) binden Tarifverträge zur Regelung des Einzelarbeitsverhältnisses nur die Mitglieder der tarifschließenden Organisationen. Tatsächlich jedoch sind die angesprochenen Tarifverträge in ihren Wirkungen alles andere als vernachlässigbar, sondern prägen die Arbeitsbedingungen in der Leiharbeitsbranche nahezu flächendeckend. Der Grund dafür ist in § 8 Abs. 2 Satz 3 AÜG zu sehen. Nach dieser Vorschrift können die vom Gleichstellungsgrundsatz abweichenden Tarifverträge auch im Verhältnis zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitsvertragsparteien durch einzelvertragliche Bezugnahme zur Geltung gebracht werden.[33] Die überwiegende

---

[30] In diesem Sinne etwa das Weißbuch des BMAS (Fn. 9) 157; s. auch *Annuß,* NZA 2017, 345, 347; *Kampeter,* SR 2017, 196, 201; *Stefan Greiner,* Tarifdispositives Gesetzesrecht – Fluch oder Segen für die Tarifautonomie?, NZA 2018, 563; krit. *Daniel Ulber,* Tarifdispositives Recht und Privilegierung Tarifgebundener als Stärkung der Tarifbindung?, SR 2018, 85, 90 ff.

[31] Die von der Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personalserviceagenturen (CGZP) in diesem Zusammenhang abgeschlossenen Tarifverträge haben sich allerdings als ungültig herausgestellt, da das Bundesarbeitsgericht der CGZP die Tariffähigkeit abgesprochen hat, s. BAG 14.12.2010 – 1 ABR 19/10, NZA 2011, 289; BAG 23.5.2012 – 1 AZB 58/11, NZA 2012, 623.

[32] Nach *Peter Schüren,* Leiharbeit in Deutschland, RdA 2007, 231, 232, kann sich in der Zeitarbeitsbranche keine Arbeitnehmervereinigung auf eine über 5 % hinausgehende Mitgliederbasis stützen.

[33] Voraussetzung hierfür ist, dass das fragliche Arbeitsverhältnis in den (persönlichen, räumlichen und fachlichen) Geltungsbereich des Tarifvertrags fällt.

Zahl von Arbeitgebern macht von dieser Möglichkeit Gebrauch und verweist in ihren Arbeitsvertragsformularen auf die gesetzesderogierenden Tarifverträge. Als Folge dieser Praxis stellt die von § 8 Abs. 1 AÜG angeordnete Gleichstellung von Leiharbeitnehmern und Stammbelegschaft im Entleiherbetrieb nichts weiter als eine Schimäre dar.[34]

Das Beispiel der Leiharbeitsbranche belegt, dass die Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags gefährdet ist, wenn Kollektivverhandlungen – entgegen ihrem ursprünglichen Zweck – nicht zur Verbesserung, sondern zur Absenkung des Arbeitnehmerschutzes geführt werden.[35] Die Arbeitgeber haben nämlich in diesem Fall ein Interesse daran, Kollektivvereinbarungen gerade mit besonders durchsetzungsschwachen Arbeitnehmervereinigungen abzuschließen. Unter solchen Voraussetzungen kann nicht davon ausgegangen werden, „dass die vereinbarten tariflichen Regelungen den Interessen beider Seiten gerecht werden und keiner Seite ein unzumutbares Übergewicht vermitteln".[36] Die Problematik verschärft sich weiter durch die Möglichkeit der einzelvertraglichen Bezugnahme, die bei tarifdispositiven Regelungen regelmäßig vorgesehen ist:[37] Obwohl die tarifschließenden Gewerkschaften meist nur wenige der betroffenen Arbeitnehmer repräsentieren, steht es im Belieben der Arbeitgeber, den gesetzesderogierenden Tarifvertrag durch die Verwendung von Verweisungsklauseln im Einzelarbeitsvertrag auf sämtliche Arbeitsverhältnisse zu erstrecken. Vor diesem Hintergrund lässt sich nachvollziehen, warum Franz Gamillscheg das tarifdispositive Gesetzesrecht als „Danaergeschenk" bezeichnet hat, das im Wesentlichen dazu diene, die „Verantwortung [des Staates] für den Abbau sozialer Besitzstände auf die Sozialpartner abzuschieben".[38]

---

[34] Um das Jahr 2010 herum betrug in Nordrhein-Westfalen die Lohndifferenz zwischen Leiharbeitnehmern und in Normalarbeitsverhältnissen beschäftigten Arbeitnehmern bei vergleichbarer Tätigkeit zwischen 35 und 45 %, s. *Raimund Waltermann,* Fehlentwicklung in der Leiharbeit, NZA 2010, 482.

[35] Allgemein zu den mit dem tarifdispositiven Gesetzesrecht verbundenen Problemen *Rudolf Buschmann,* Abbau des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes durch kollektives Arbeitsrecht?, in: FS Richardi (Fn. 3) 93, 95 ff.; *Monika Schlachter/Melanie Klauk,* Tarifdispositivität – eine zeitgemäße Regelung?, AuR 2010, 354; *Stephan Seiwerth,* Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht (Baden-Baden 2017) 440 ff.; *Daniel Ulber,* Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten (Berlin 2010) 463 ff.

[36] So die Formel des BAG zur Beschreibung der Richtigkeitsgewähr des Tarifvertrags, BAG 26.10.2016 – 7 AZR 140/15, NZA 2017, 463, Rn. 22.

[37] § 622 Abs. 4 Satz 2 BGB, § 13 Abs. 1 Satz 2 BUrlG, §§ 12 Abs. 3 Satz 2, 13 Abs. 4 Satz 2, 14 Abs. 2 Satz 4 TzBfG, § 19 Abs. 2 BetrAVG.

[38] *Franz Gamillscheg,* Kollektives Arbeitsrecht, Bd. I (München 1997) § 16 V 1 a (S. 698 f.). Ähnlich aus jüngerer Zeit *Klaus Bepler,* Stärkung der Tarifautonomie – Welche Änderungen des Tarifvertragsrechts empfehlen sich?, Gutachten B zum 70. Deutschen Juristentag (München 2014) B62, wonach für die „Repräsentanten hoheitlicher Gewalt" ein

Eine Lösung des Problems könnte darin liegen, allein repräsentativen Tarifvertragsparteien die Abbedingung des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzes zu erlauben.[39] Dadurch wäre sichergestellt, dass die tarifschließenden Organisationen auf Arbeitnehmerseite über eine gewisse Durchsetzungsmacht verfügen und somit dem Ausschluss gesetzlicher Arbeitnehmerrechte nur unter der Bedingung zustimmen, dass die Vereinbarung insgesamt fair und ausgewogen ist (was beispielsweise die Gewährung kompensierender Vorteile durch den Arbeitgeber voraussetzt). Ein anderer denkbarer Ansatz besteht darin, die Möglichkeit der individualvertraglichen Bezugnahme auf den gesetzesderogierenden Tarifvertrag für nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien insgesamt auszuschließen[40] oder sie lediglich tarifgebundenen Arbeitgebern vorzubehalten.[41] Geradezu zwingend geboten erscheint eine solche Einschränkung der Bezugnahmemöglichkeit, wenn man das tarifdispositive Gesetzesrecht als Mittel zur Stärkung der Tarifautonomie versteht.[42] Können nämlich – wie bisher – auch nicht tarifgebundene Arbeitgeber durch Verweisung auf den einschlägigen Tarifvertrag von den gesetzlichen Arbeitnehmerschutzvorschriften abweichen, besteht für sie kein Anreiz zum Koalitionsbeitritt.

2. *Kollektivvertragliche Gestaltung der betrieblichen und unternehmerischen Mitbestimmung*

Zustimmung verdient der Ruf nach Ausweitung der Kollektivvertragsfreiheit, wenn es um die Gestaltung der Arbeitnehmermitbestimmung am Arbeitsplatz und in den Leitungsorganen des Unternehmens geht. Auf diesem Gebiet hat vor allem die unionsrechtliche Gesetzgebung wichtige Impulse gegeben. In der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat aus dem Jahr 1994,[43]

---

erhebliches Interesse besteht, die Nutzung der vom tarifdispositiven Gesetzesrecht eröffneten Gestaltungsspielräume „politisch zu erzwingen, um nicht als Gesetzgeber Adressat verbreiteter Unzufriedenheit zu sein, sondern die Rolle an die Tarifvertragsparteien abzugeben".

[39] Diesem Modell folgte der inzwischen aufgehobene § 24 Abs. 1 MiLoG, der übergangsweise und unter bestimmten Voraussetzungen tarifvertragliche Abweichungen vom gesetzlichen Mindestlohn zulasten der Arbeitnehmer zuließ.

[40] In diesem Sinne *Waltermann,* NZA 2010, 482, 487; ebenfalls kritisch gegenüber der Bezugnahmemöglichkeit *Reinhard Richardi,* Verbandsmitgliedschaft und Tarifgeltung als Grundprinzip der Tarifautonomie, NZA 2013, 408, 411.

[41] So *Olaf Deinert,* Gesetzliche Anreize für die Verbandsmitgliedschaft zur Stärkung der Tarifbindung, SR 2017 (Sonderausgabe), 24, 29 (die Bezugnahmemöglichkeit *tarifgebundener* Arbeitgeber soll verhindern, dass organisierte Arbeitnehmer infolge ihrer Verbandsmitgliedschaft systematisch schlechter gestellt werden als Außenseiter); ebenso *Greiner,* NZA 2018, 563, 565.

[42] Siehe die Nachweise oben in Fn. 30.

[43] Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22.9.1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen,

die die Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmern in transnationalen Unternehmen regelt, überließ der europäische Gesetzgeber die nähere Ausgestaltung der Arbeitnehmerbeteiligung weitgehend den Sozialpartnern: Die Beteiligungsrechte werden im Einzelnen durch Vereinbarungen zwischen der zentralen Unternehmensleitung auf der einen Seite und einem Verhandlungsgremium von Belegschaftsvertretern auf der anderen Seite festgelegt.[44] Nur wenn sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht auf eine besondere Form der Arbeitnehmerbeteiligung verständigen, greift das gesetzliche Regelungsmodell ein.[45]

Diese sogenannte Verhandlungslösung bildete bekanntlich die Blaupause für die Lösung der Mitbestimmungsproblematik in der Societas Europaea (SE). Der Unionsgesetzgeber sah in der autonomen Regelung der Arbeitnehmermitbestimmung durch die Sozialpartner den Königsweg, um zum einen die (rechtlichen und kulturellen) Differenzen in den kollektiven Arbeitsbeziehungen der verschiedenen Mitgliedstaaten zu überwinden[46] und zum anderen die Mechanismen der Mitbestimmung an die transnationale Organisationsstruktur der betroffenen Unternehmen anzupassen. Die für die SE entwickelte Lösung wurde auch für die Europäische Genossenschaft (Societas Cooperativa Europaea, SCE)[47] sowie für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften[48] übernommen. Darüber hinaus fand das Verhandlungsmodell

---

ABl. 1994 L 254/64; inzwischen ersetzt durch Richtlinie 2009/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.5.2009 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, ABl. 2009 L 122/28.

[44] Art. 6 Richtlinie 2009/38/EG; siehe ferner den 19. Erwägungsgrund der Richtlinie, der in diesem Zusammenhang den „Grundsatz der Autonomie der Sozialpartner" besonders hervorhebt.

[45] Art. 7 i.V.m. Anhang I Richtlinie 2009/38/EG. Das gesetzliche Modell der Informations- und Konsultationsrechte der Arbeitnehmer wird darüber hinaus maßgebend durch die Vorschriften der nationalen Umsetzungsgesetze geprägt, in Deutschland durch die §§ 21 ff. Gesetz über Europäische Betriebsräte (EBRG).

[46] Siehe speziell zu diesem Aspekt als ausschlaggebendem Grund für die Einräumung großer Gestaltungsfreiheit an die Sozialpartner *Etienne Pataut,* Collective Agreements in Europe: European Social Dialogue and Contractual Autonomy, in: Employee Participation and Collective Bargaining in Europe and China, hrsg. von Jürgen Basedow/Chen Su/Matteo Fornasier/Ulla Liukkunen (Tübingen 2016) 83, 98 f. (im Zusammenhang mit der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat).

[47] Art. 4 Richtlinie 2003/72/EG des Rates vom 22.7.2003 zur Ergänzung des Statuts der Europäischen Genossenschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. 2003 L 207/25.

[48] Art. 16 Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.10.2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. 2005 L 310/1; inzwischen ersetzt durch Art. 133 Richtlinie (EU) 2017/1132

in die Rahmenrichtlinie über die Unterrichtung und Anhörung von Arbeitnehmern Eingang,[49] die bestimmte Mindestvorgaben für die Arbeitnehmerbeteiligung auch in Fällen ohne grenzüberschreitenden Bezug regelt.

Die Eröffnung von Gestaltungsspielräumen für die Sozialpartner bei der Gestaltung der betrieblichen und unternehmerischen Arbeitnehmermitbestimmung ist zu begrüßen. Sie bietet die Möglichkeit, das System der Arbeitnehmerbeteiligung für neuartige Formen der Betriebs- und Unternehmensorganisation zu öffnen.[50] Vor diesem Hintergrund ist zu bedauern, dass der Europäische Gerichtshof vor kurzem das Territorialitätsprinzip der deutschen unternehmerischen Mitbestimmung durchgewunken hat.[51] Wäre die Entscheidung anders ausgefallen, hätte sich für den deutschen Gesetzgeber die Gelegenheit ergeben, nach dem Vorbild der Verhandlungslösung der SE auch im deutschen Gesellschaftsrecht die Privatautonomie bei der Ausgestaltung der unternehmerischen Mitbestimmung aufzuwerten.[52]

V. Mehr Freiheit wagen in der Arbeitsgesetzgebung

Zuletzt ist noch kurz auf die Frage einzugehen, wie es um die politische Gestaltungsfreiheit des Arbeitsgesetzgebers bestellt ist. Wie bereits erwähnt, ist hiermit eine Freiheitsdimension angesprochen, die sich nicht auf die Privatautonomie bezieht. Es geht nämlich nicht um das Verhältnis zwischen Bürger und Staat, sondern allein um die Beziehungen zwischen öffentlichen Institutionen untereinander, genauer: um die Unabhängigkeit des einfachen Gesetz-

---

des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, ABl. 2017 L 169/46.

[49] Art. 5 Richtlinie 2002/14/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.3.2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2002 L 80/29. Im deutschen Recht ermöglicht etwa § 3 BetrVG Kollektivvereinbarungen zur Regelung betriebsverfassungsrechtlicher Fragen.

[50] Besondere Herausforderungen an das System der Arbeitnehmermitbestimmung ergeben sich z.B. bei Matrixorganisationen, s. *Stefan Witschen,* Matrixorganisationen und Betriebsverfassung, RdA 2016, 38; speziell zu den Herausforderungen bei transnationalen Unternehmen *Maria-Susanna Schumacher,* Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats in internationalen Konzernunternehmen, NZA 2015, 587.

[51] EuGH 18.7.2017, Rs. C-566/15 – *Konrad Erzberger ./. TUI AG.* Kritisch zur Begründung des Gerichtshofs *Florian Rödl,* Wichtige Einsichten: Territorialanknüpfung des Arbeitsrechts und allseitige Kollisionsnormen mit Unionsrecht vereinbar, EuZA 2018, 88, 90 ff.

[52] Siehe zu entsprechenden Überlegungen z.B. *Christoph Teichmann,* Reform der Unternehmensmitbestimmung durch Einführung einer Verhandlungslösung, in: Deutsche Mitbestimmung unter europäischem Reformzwang, hrsg. von Mathias Habersack/Caspar Behme/Horst Eidenmüller/Lars Klöhn (Frankfurt am Main 2016) 135.

gebers von den Vorgaben des Verfassungsrechts. Im Ausgangspunkt besteht kein Zweifel daran, dass die Regelungsmacht des Gesetzgebers auch im Arbeitsrecht verfassungsrechtlichen Schranken und verfassungsgerichtlicher Kontrolle unterliegen muss. Die Bindung an das Verfassungsrecht bedingt insbesondere, dass der Gesetzgeber bei der Regulierung der Arbeitsbeziehungen stets um einen vernünftigen Ausgleich zwischen der unternehmerischen Freiheit einerseits und dem sozialen Schutz des Arbeitnehmers andererseits bemüht sein muss, da beide Interessen den Rang verfassungsrechtlicher Schutzgüter besitzen. Allerdings dürfen die verfassungsrechtlichen Grenzen nicht zu eng gezogen sein. Wie in anderen Bereichen der Wirtschaftspolitik, so ist auch auf dem Gebiet der Arbeitsmarktpolitik unter Fachleuten oftmals lebhaft umstritten, welche regulatorischen Maßnahmen zu ergreifen sind, um bestimmte, allgemein für wünschenswert gehaltene Ziele zu erreichen – etwa ein hohes Beschäftigungsniveau oder eine gerechte Wohlstandsverteilung in der Gesellschaft. Die wirtschaftlichen Zusammenhänge sind in der Realität häufig zu komplex, als dass sich die Auswirkungen einzelner Regelungsmaßnahmen genau voraussagen ließen. In einer solchen Situation sollte dem Gesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt werden, die in der Theorie entwickelten Regelungsmodelle in der Praxis auszutesten. Sind jedoch die Vorgaben der Verfassung an den Gesetzgeber zu streng, eröffnen sich ihm keine regulatorischen Experimentierräume. Kurzum: Die Konstitutionalisierung des Arbeitsrechts birgt die Gefahr seiner Petrifizierung.

1. Das verfassungsrechtliche Argument in der Arbeitsrechtswissenschaft

In der Arbeitsrechtswissenschaft ist die Haltung verbreitet, die verfassungsrechtlichen Schranken für die Ausgestaltung des Arbeitsrechts eher restriktiv zu interpretieren. So fehlte es in der Debatte um die Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns nicht an Stimmen, die das Regelungsvorhaben als verfassungswidrig geißelten.[53] Nun mag man mit guten Gründen darüber streiten, ob ein flächendeckender gesetzlicher Mindestlohn wirtschafts- und arbeitsmarktpolitisch sinnvoll ist. Dass sich eine solche Regelungsmaßnahme aus verfassungsrechtlichen Gründen verbieten soll, ist indessen schwer nach-

[53] Paradigmatisch *Thomas Lobinger,* Mindestlohn läuft dem Sozialstaatsprinzip zuwider, Süddeutsche Zeitung vom 6.6.2013, bei dem es einleitend heißt: „In der Öffentlichkeit wird die Mindestlohndebatte heute zumeist als eine rein politische Auseinandersetzung geführt. Dabei übersieht man leicht, dass sie auch gewaltige rechtliche, namentlich verfassungsrechtliche Fragen aufwirft. Die Handlungsspielräume der Politik sind deshalb kaum so groß, wie es auf Anhieb erscheinen mag.“ Teilweise wird der Verfassungsverstoß darin gesehen, dass sich der gesetzliche Mindestlohn auch gegenüber tarifvertraglichen Entgeltbestimmungen durchsetzt, so etwa *Martin Henssler,* Mindestlohn und Tarifvertrag, RdA 2015, 43, 44 ff.; *Gregor Thüsing,* Mindestlohn im Spannungsverhältnis staatlicher und privatautonomer Regelung, ZfA 2008, 590, 600 ff. (Tarifdispositivität des Mindestlohns „verfassungsrechtlich ohne Alternative“); *Lobinger,* JZ 2014, 810, 815 ff.

zuvollziehen, zumal wenn man bedenkt, dass eine allgemeine gesetzliche Lohnuntergrenze nicht nur in 21 weiteren Mitgliedstaaten der EU existiert,[54] sondern darüber hinaus auch in Ländern wie den USA und Japan,[55] in denen der wirtschaftlichen Freiheit traditionell hohe Bedeutung beigemessen wird. Auf den Juristen mag das verfassungsrechtliche Argument deswegen einen besonderen Reiz ausüben, weil es von der Notwendigkeit enthebt, die tatsächlichen Folgen einer geplanten Regelung zu prognostizieren und auf dieser Grundlage das Für und Wider der Regelungsmaßnahme zu wägen. Eine solche an den Realfolgen orientierte Beurteilung ist viel aufwendiger, da sie empirische Erkenntnisse voraussetzt, die gewöhnlich nur andere Wissenschaften zu liefern vermögen.[56]

Ähnliche Beobachtungen lassen sich auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts machen. Dort werden in der rechtspolitischen Diskussion regelmäßig verfassungsrechtliche Einwände gegen gesetzgeberische Maßnahmen geltend gemacht,[57] die als Reaktion auf die erodierende Tarifbindung darauf zielen, die Geltung tarifvertraglicher Regelungen auf sogenannte Außenseiter zu erstrecken, also auf Arbeitsvertragsparteien, die nicht den tarifschließenden Organisationen angehören.[58] Dabei bleibt häufig außer Betracht, dass in anderen europäischen Arbeitsrechtsordnungen – trotz ähnlicher verfassungs- bzw. grundrechtlicher Rahmenbedingungen – keine Bedenken gegen die Außenseitergeltung von Tarifverträgen geäußert werden. Die Fixierung auf das Verfassungsrecht mag vielleicht erklären, weswegen die Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht ganz im Gegensatz zu anderen Gebieten des Privat-

---

[54] Siehe die Übersicht in *Europäische Kommission,* Industrial Relations in Europe 2014 (2015), Box 2.2. (S. 48).

[55] Siehe in den USA auf Bundesebene Sec. 206 Fair Labor Standard Act (29 U.S.C. 201), in Japan das Gesetz Nr. 137 vom 15.4.1959. In beiden Rechtsordnungen kann der gesetzliche Mindestlohn auch nicht in Tarifverträgen unterschritten werden.

[56] Zwar kommt auch die verfassungsrechtliche Kontrolle von Gesetzen nicht ohne eine realfolgenbezogene Betrachtung aus, etwa bei der Frage, ob die in Rede stehende Regelung geeignet und erforderlich ist, einen verfassungslegitimen Zweck zu erreichen. Diese Prüfungspunkte haben jedoch in der Praxis meistens nur den Charakter einer Plausibilitätskontrolle, die nicht auf vertiefte empirische Untersuchungen gestützt wird.

[57] *Bayreuther,* Tarifautonomie (Fn. 3) 123 ff.; *Lobinger,* JZ 2014, 810, 817 f.; *Manfred Löwisch/Volker Rieble,* Tarifvertragsgesetz[4] (München 2017) Grundlagen Rn. 170, § 3 Rn. 10; *Hartmann,* Negative Vertragsfreiheit (Fn. 3) 359 f., 437; a.A. hingegen *Deinert,* SR Sonderausgabe 2017, 24, 25; *Wolfgang Linsenmaier,* in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht[18], hrsg. von Rudi Müller-Glöge/Ulrich Preis/Ingrid Schmidt (München 2018) Art. 9 GG Rn. 59.

[58] Eine solche Geltungserstreckung tarifvertraglicher Regelungen kann etwa durch eine Erleichterung der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, durch ein System der Tariftreue oder durch die Einführung einer Erga-omnes-Geltung von Tarifnormen – s. speziell hierzu den rechtspolitischen Vorschlag von *Sudabeh Kamanabrou,* Erga-Omnes-Wirkung von Tarifverträgen (Tübingen 2011) – erreicht werden.

rechts bislang eine eher untergeordnete Rolle spielt:[59] Angesichts der engen Schranken, die das Verfassungsrecht der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vermeintlich setzt, werden offenbar nur geringe Spielräume für den Import ausländischer Lösungsansätze und Regelungsideen gesehen.[60] In der Folge werden keine Anstrengungen unternommen, sich mit ausländischen Rechtsordnungen vertieft auseinanderzusetzen.[61]

2. *Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*

Im Kontrast zur überwiegend restriktiven Haltung der Arbeitsrechtswissenschaft steht die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Das Gericht betont zwar, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Arbeitsbeziehungen stets einen gerechten Ausgleich zwischen den konfligierenden Grundrechten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers herstellen muss. Doch folgt daraus nicht, dass die Legislative jeglicher Gestaltungsfreiheit beraubt würde. In der Entscheidung zum Arbeitnehmerüberlassungsgesetz heißt es beispielsweise: „Da beide Arbeitsvertragsparteien unter dem Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG stehen, sind die kollidierenden Grundrechtspositionen in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und so zu begrenzen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden. Dem Gesetzgeber ist dabei ein weiter Gestaltungsfreiraum eingeräumt. Die Einschätzung der für die Konfliktlage maßgeblichen ökonomischen und sozialen Rahmenbedingungen liegt in seiner politischen Verantwortung, ebenso die Vorausschau auf die künftige Entwicklung und die Wirkungen seiner Regelung. Dasselbe gilt für die Bewertung der Interessenlage, d.h. die Gewichtung der einander entgegenstehenden Belange und die Bestimmung ihrer Schutzbedürftigkeit.“[62]

Auch bei der Kontrolle gesetzlicher Vorschriften auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts übt das Bundesverfassungsgericht regelmäßig Zurück-

---

[59] Das fehlende Interesse an der Rechtsvergleichung im Arbeitsrecht beklagt insbesondere *Gamillscheg,* der im Vorwort seines Lehrbuchs zum kollektiven Arbeitsrecht (Fn. 38) schreibt, wünschenswert sei „ein Schritt weg von der ausschließlichen Binnenbetrachtung, mit der es Rechtsprechung und Lehrbücher (und viele Monographien) immer noch genügen lassen, damit dem Kurzsichtigen vergleichbar, der sich weigert, eine Brille aufzusetzen“. Für eine „Intensivierung des Rechtsvergleichs“ plädiert auch *Raimund Waltermann,* Stärkung der Tarifautonomie – Welche Wege könnte man gehen?, NZA 2014, 874, 878.

[60] Zur Rolle der Rechtsvergleichung als Inspirationsquelle für die Gesetzgebung vgl. auch *Jürgen Basedow,* Comparative Law and its Clients, Am. J. Comp. L. 62 (2014) 821, 842 ff.

[61] Ausnahmen bestätigen die Regel, s. aus jüngerer Zeit etwa *Hartmann,* Negative Vertragsfreiheit (Fn. 3) 385 ff.; *Abbo Junker,* Kollektives Arbeitsrecht in Europa – Überblick über das Arbeitskampfrecht und das Tarifsystem der Mitgliedstaaten, RdA-Beilage 2009, 4; *Kamanabrou,* Erga-Omnes-Wirkung (Fn. 58) 121 ff.; *Stephan Seiwerth,* Stärkung der Tarifautonomie – Anregungen aus Europa?, EuZA 2014, 450.

[62] BVerfG 29.12.2004 – 1 BvR 2582/03, 2283/03, 2504/03, NZA 2005, 153, 155.

haltung. So billigte es das System der Tariftreueverpflichtung bei der öffentlichen Auftragsvergabe.[63] Ebenso wurde das umstrittene Tarifeinheitsgesetz unter Hinweis auf die Entscheidungsprärogative des Gesetzgebers im Wesentlichen nicht beanstandet.[64] In seiner „Flash-Mob"-Entscheidung eröffnete das Gericht schließlich auch weite Spielräume für die Ausgestaltung und Fortbildung des Arbeitskampfrechts durch die Arbeitsgerichte.[65]

Insgesamt verdient die Tendenz des Bundesverfassungsgerichts zum *judicial restraint* Beifall, da sie eine Versteinerung des Arbeitsrechts verhindert und dem Gesetzgeber Experimentiermöglichkeiten gewährt, um sachgerechte Lösungen für die arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Herausforderungen unserer Zeit zu finden.

VI. Zusammenfassung

1. Der technologische Wandel und vor allem die Digitalisierung bringen eine „Entgrenzung" des Arbeitsverhältnisses in örtlicher und zeitlicher Hinsicht mit sich. Damit einher geht der Wunsch vieler Arbeitgeber und Arbeitnehmer nach einer Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen. Das geltende Arbeitsrecht vermag jedoch den gewandelten Bedürfnissen der neuen Arbeitswelt nicht immer Rechnung zu tragen.

2. Eine Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen durch die Ausweitung der Vertragsfreiheit auf einzelvertraglicher Ebene erscheint nicht empfehlenswert. Trotz der technologiebedingten Veränderungen der Arbeitswelt besteht nämlich das strukturelle Machtgefälle zwischen den Individualparteien des Arbeitsverhältnisses fort. Der Arbeitnehmer ist weiterhin sozial schutzbedürftig. Der Wunsch nach mehr Freiheit bei der Gestaltung der Arbeitsbedingungen könnte jedoch mithilfe eines „Menüwahl"-Modells erreicht werden, bei dem den Arbeitsvertragsparteien verschiedene Sets arbeitsrechtlicher

---

[63] BVerfG 11.7.2006 – 1 BvL 4/00, NZA 2007, 42 (s. im vorliegenden Kontext insbesondere Rn. 90 der Entscheidung, in der das Gericht ausdrücklich anerkennt, dass „der Gesetzgeber die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen [darf], indem er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder mittelbar zur Anwendung kommen"). Kritisch wiederum *Volker Rieble,* Besprechung: Sudabeh Kamanabrou, Erga-omnes-Wirkung von Tarifverträgen [2011], EuZA 2012, 496, 499 („Das Gericht ist ersichtlich von großer Unlust in der Befassung mit Koalitionsfreiheit und Tarifautonomie getragen und winkt so ziemlich alles durch [...]").

[64] BVerfG 11.7.2017 – 1 BvR 1571/15, 1588/15, 2883/15, 1043/16, 1477/16, NZA 2017, 915 (s. im vorliegenden Kontext insbesondere den 4. Leitsatz der Entscheidung, wonach der Gesetzgeber bei der Regelung der Strukturbedingungen der Tarifautonomie „über eine Einschätzungsprärogative und einen weiten Handlungsspielraum" verfügt).

[65] BVerfG 26.3.2014 – 1 BvR 3185/09, NZA 2014, 493, Rn. 25.

Regeln zur Auswahl geboten werden (z.B. durch die Wahl zwischen einem „normalen“ und einem Telearbeitsvertrag).

4. Auf kollektivvertraglicher Ebene bestehen angesichts des annähernden Kräftegleichgewichts zwischen den Verhandlungsparteien prinzipiell keine Bedenken gegen die Ausweitung der Vertragsfreiheit durch den Ausbau des tarifdispositiven Gesetzesrechts. Insbesondere bei der Gestaltung der betrieblichen und der unternehmerischen Mitbestimmung erscheint es sinnvoll, den Kollektivvertragsparteien mehr Möglichkeiten der Einflussnahme einzuräumen. Unbillige Ergebnisse drohen allerdings dann, wenn auch durchsetzungsschwache Gewerkschaften vom gesetzlichen Arbeitnehmerschutz abweichen können und der Gesetzgeber eine Erstreckung der gesetzesderogierenden Tarifverträge auf nicht tarifgebundene Arbeitsvertragsparteien durch einzelvertragliche Bezugnahme erlaubt.

5. Mehr politische Gestaltungsfreiheit für den Arbeitsgesetzgeber ist wünschenswert. Aus dem Verfassungsrecht sollten nicht allzu starre Vorgaben für die Ausgestaltung des Arbeitsrechts abgeleitet werden. Auf diese Weise werden dem Gesetzgeber Experimentierräume garantiert, um die sozial- und arbeitsmarktpolitischen Herausforderungen unserer Zeit zu bewältigen. Zu wünschen ist außerdem, dass die Rechtsvergleichung in der Arbeitsrechtswissenschaft eine größere Rolle spielt. Der Blick auf ausländische Rechtsordnungen ist hilfreich, um regulatorische Lösungen für die Probleme der modernen Arbeitswelt zu finden.