

**Der Kern der negativen Koalitions- und Tarifvertragsfreiheit
– Wesen, Bedeutung und Eingriffsmöglichkeiten –**

Zusammenfassung

vorgelegt von

Prof. Dr. Martin Henssler

Geschäftsführender Direktor des
Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht
Prorektor für wissenschaftliches Personal und Planung
der Universität zu Köln

und

Prof. Dr. Clemens Höpfner

Direktor des Instituts für Arbeits-, Sozial- und
Wirtschaftsrecht, Abt. II
Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht,
Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht und Rechtstheorie
an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Kurzfassung des erstatteten Rechtsgutachtens

In der Diskussion um die Reichweite der – in einem weiten Sinne verstandenen – „negativen Koalitionsfreiheit“ ist zwischen zwei grundverschiedenen verfassungsrechtlichen Fragen zu differenzieren: Zum einen geht es um die Gewährleistung eines auf die verbandsrechtliche Mitgliedschaft abzielenden „Fernbleiberechts“, zum anderen um die sog. „negative Tarifvertragsfreiheit“.

Das Fernbleiberecht schützt den Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor der Zwangsmitgliedschaft in einer Koalition sowie vor der Ausübung von (erheblichem) Beitrittsdruck. Die überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung erkennt das Fernbleiberecht als Ausprägung der von Art. 9 Abs. 3 GG gewährleisteten negativen Koalitionsfreiheit an.

Bei der Diskussion um die negative Tarifvertragsfreiheit geht es im Kern darum, ob und inwieweit Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor der Bindung an einen Tarifvertrag geschützt sind, den sie nicht durch Mitgliedschaft im tarifschließenden Verband bzw. auf Arbeitgeberseite beim Firmentarifvertrag durch die Stellung als Partei des Tarifvertrags legitimiert haben. Nach der Rechtsprechung der deutschen Gerichte ist diese negative Tarifvertragsfreiheit nicht vom Schutzbereich der Koalitionsfreiheit gemäß Art. 9 Abs. 3 GG umfasst. Sie ist jedoch nach der im vorliegenden Rechtsgutachten entwickelten Auffassung als Ausprägung der Arbeitsvertragsfreiheit durch Art. 12 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich gewährleistet.

1. Teil: Fernbleiberecht und negative Tarifvertragsfreiheit

I. Verfassungs- und völkerrechtliche Garantie des Fernbleiberechts als Fall der negativen Koalitionsfreiheit

Der Schutzbereich von Art. 9 Abs. 3 GG umfasst neben der positiven auch die negative Koalitionsfreiheit in Form eines sog. „Fernbleiberechts“. Dieses Fernbleiberecht folgt materiell aus dem im Koalitionsbegriff wurzelnden Erfordernis eines freiwilligen Zusammenschlusses. Bestätigt wird es durch die Verankerung der negativen Koalitionsfreiheit im Staatsvertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion. Das nationale Verständnis der negativen Koalitionsfreiheit als von Art. 9 Abs. 3 GG geschütztes Fernbleiberecht wird zusätzlich gestützt durch

die parallele Rechtsprechung des EGMR, nach der das Recht des Arbeitgebers, nicht Mitglied in einer Koalition sein zu müssen, durch Art. 11 EMRK garantiert wird. Inhaltlich gewährleistet die negative Koalitionsfreiheit das Recht des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, keiner Koalition beitreten oder Mitglied in ihr bleiben zu müssen. Das Fernbleiberecht schützt Arbeitgeber und Arbeitnehmer zum einen vor einer hoheitlich angeordneten Zwangsmitgliedschaft in einer Koalition und zum anderen vor der Ausübung eines nicht unerheblichen, sozialinadäquaten Drucks zum Beitritt bzw. zum Verbleib in einer Koalition.

Demgegenüber umfasst Art. 9 Abs. 3 GG nach der insoweit eindeutigen Rechtsprechung von BVerfG, BAG und BGH und dem klaren Willen des Verfassungsgesetzgebers keinen unmittelbaren „Schutz vor einer Tarifgeltung“, d.h. vor einer Bindung des Arbeitgebers oder Arbeitnehmers an einen von ihm nicht legitimierten Tarifvertrag. Eine „negative Tarifvertragsfreiheit“ ist vom Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG nicht erfasst. Die Tarifbindung ist für die negative Koalitionsfreiheit in ihrer Ausgestaltung als Fernbleiberecht nur mittelbar relevant, wenn die hoheitlich angeordnete Tarifgeltung einen so erheblichen Beitrittsdruck auf den Arbeitgeber oder Arbeitnehmer ausübt, dass dieser faktisch nicht mehr frei über seine Mitgliedschaft oder Nichtmitgliedschaft in der Koalition entscheiden kann. Das BVerfG hat einen derartigen erheblichen Beitrittsdruck bislang allerdings in keinem Fall bejaht.

II. Verfassungs- und unionsrechtliche Verankerung der negativen Tarifvertragsfreiheit als Fall der Arbeitsvertragsfreiheit

Auch wenn die negative Tarifvertragsfreiheit nicht von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst ist, ist sie doch als Teil der Arbeitsvertragsfreiheit verfassungsrechtlich gewährleistet. Normativer Anknüpfungspunkt hierfür ist die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Diese umfasst nach der Rechtsprechung des BVerfG als lex specialis zur allgemeinen Handlungsfreiheit auch die Vertragsfreiheit im Bereich der beruflichen Betätigung und damit auch die Arbeitsvertragsfreiheit.

Inhaltlich gewährleistet die Arbeitsvertragsfreiheit das Recht des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers, frei zu entscheiden, ob und mit wem sie ein Arbeitsverhältnis begründen (Abschlussfreiheit) und wie das Arbeitsverhältnis inhaltlich ausgestaltet werden soll (Inhaltsfreiheit). Die Bindung der Arbeitsvertragsparteien an einen von

ihnen nicht durch Verbandsmitgliedschaft legitimierten Tarifvertrag schränkt die Inhaltsfreiheit ein, weil jede von den Parteien getroffene Vereinbarung, die zum Nachteil des Arbeitnehmers vom Tarifvertrag abweicht, von diesem verdrängt wird und somit trotz eines entsprechenden Geltungswillens der Arbeitsvertragsparteien nicht anwendbar ist.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG greifen grundsätzlich nur solche Regelungen in die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG ein, die sich entweder unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen oder die zumindest eine objektiv berufsregelnde Tendenz aufweisen. Im Bereich arbeitsrechtlicher Normen verzichtet das BVerfG jedoch auf einen positiven Nachweis einer besonderen berufsregelnden Tendenz. Arbeitsrechtliche Normen, die den Inhalt des Arbeitsverhältnisses betreffen, stellen vielmehr stets einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG dar. So hat das BVerfG etwa eine landesgesetzliche Tariftreuerregelung als rechtfertigungsbedürftige eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des Unternehmers gewertet. Wenn bereits diese mittelbare hoheitliche Einflussnahme auf die Arbeitsbedingungen eine eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Berufsfreiheit darstellt, muss im Wege eines Erst-recht-Schlusses zwingend jede konstitutive gesetzliche Anordnung der Tarifgeltung in Außenseiterarbeitsverhältnissen als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG qualifiziert werden. Das bedeutet im Ergebnis, dass die Arbeitsvertragsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG auch und gerade einen Schutz vor tarifvertraglicher Fremdherrschaft über das Arbeitsverhältnis und somit eine „negative Tarifvertragsfreiheit“ gewährleistet.

Eingriffe in die von Art. 12 Abs. 1 GG geschützte negative Tarifvertragsfreiheit sind zulässig, wenn sie dem Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG entsprechen und nach der Drei-Stufen-Theorie den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gerecht werden. Bei der Bindung an einen nicht mitgliedschaftlich legitimierten Tarifvertrag ist regelmäßig die Berufsausübungsfreiheit und damit die erste Stufe im Sinne der Drei-Stufen-Lehre betroffen. Eine staatlich angeordnete, heteronome Tarifgeltung ist danach verfassungsrechtlich gerechtfertigt, wenn sie aufgrund vernünftiger Allgemeinwohlerwägungen zweckmäßig erscheint. Dabei gebührt dem Gesetzgeber auf dem Gebiet der Arbeitsmarkt-, Sozial- und Wirtschaftsordnung nach der Rechtsprechung des BVerfG ein weitgehender Einschätzungs- und Prognosevorrang.

Neben die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG treten ergänzend das Demokratie- und das Rechtsstaatsprinzip. Aus diesen zentralen Verfassungsstrukturentscheidungen folgt, dass jede Normsetzung gegenüber Privaten, die nicht auf eine Legitimation durch den Betroffenen zurückzuführen ist, einer hinreichenden Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk bedarf. Der Staat darf über die auf die Verbandsmitglieder begrenzte Normsetzungsgewalt der Koalitionen hinaus seine Normsetzungsbefugnis nicht in beliebigem Umfang außerstaatlichen Stellen überlassen und den Bürger nicht schrankenlos der normsetzenden Gewalt autonomer Gremien ausliefern, die ihm gegenüber nicht demokratisch bzw. mitgliedschaftlich legitimiert sind. Praktisch relevant sind die spezifischen verfassungsrechtlichen Vorgaben des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips vor allem im Zusammenhang mit der Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen.

Die negative Tarifvertragsfreiheit ist nicht nur verfassungsrechtlich in Art. 12 Abs. 1 GG, sondern auch unionsrechtlich im Grundrecht der unternehmerischen Freiheit nach Art. 16 GRC verankert. Der EuGH hat sich in jüngerer Zeit mehrfach im Zusammenhang mit der Betriebsübergangs-Richtlinie zur Reichweite der Tarifbindung des Betriebserwerbers geäußert. Nach seiner Auffassung folgt aus Art. 16 GRC ein Schutz des Betriebserwerbers vor einer zeitlich unbegrenzten dynamischen Bindung an einen Tarifvertrag über Bezugnahmeklauseln. Der Erwerber muss deshalb im Fall dynamischer Bezugnahmeklauseln in der Lage sein, nach dem Betriebsübergang die für die Fortsetzung seiner Tätigkeit erforderlichen Anpassungen vorzunehmen. Dazu zählt insbesondere die einseitige Änderung der Arbeitsbedingungen durch Änderungskündigung.

2. Teil: Grenzen der Eingriffsbefugnis des Gesetzgebers

I. Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen

§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 TVG in seiner seit dem 16.8.2014 geltenden Fassung hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand, soweit er eine Allgemeinverbindlichkeit ermöglicht, obwohl insgesamt keine mehrheitliche (normative und schuldrechtliche) Bindung an den für allgemeinverbindlich zu erklärenden Tarifvertrag innerhalb seines Geltungsbereichs vorliegt.

Aufgrund der wesentlichen Abschwächung der Voraussetzungen an die Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen durch das sog. Tarifautonomiestärkungsge-

setz wird das vom BVerfG bereits zur alten Fassung des § 5 TVG festgestellte „Defizit staatlicher Entscheidungsfreiheit“ nicht mehr im Verfahren der Entscheidung über die Allgemeinverbindlichkeit kompensiert. § 5 TVG wird daher den Anforderungen des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips nicht gerecht.

Darüber hinaus greift § 5 TVG in die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Arbeitsvertragsfreiheit der nicht kraft Verbandsmitgliedschaft an den allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag gebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein. Eine Rechtfertigung über das Sozialstaatsprinzip scheidet aus, weil die Gewährung eines „menschenswürdigen“ oder „existenzsichernden“ Mindestentgelts bereits durch den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn nach §§ 1, 3 MiLoG gesichert wird. Auch zum Schutz der organisierten Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor Außenseiterkonkurrenz ist eine Allgemeinverbindlicherklärung unter den Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 TVG in seiner neuen Fassung nicht erforderlich.

II. OT-Mitgliedschaft und die sog. „Blitz-Rechtsprechung“ des BAG

Die OT-Mitgliedschaft im Stufenmodell ist nach der zutreffenden Rechtsprechung des BAG zulässig. Sie ist durch die Verbandsautonomie der Koalition und durch die individuelle Koalitionsfreiheit des OT-Mitglieds legitimiert. Dem Verband steht es aufgrund seiner als Bestandteil der innerverbandlichen Organisation von Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Satzungsautonomie frei, eine Mitgliedschaftsform vorzusehen, die nicht die Rechtsfolgen des § 3 Abs. 1 TVG auslöst.

Voraussetzung für die Zulässigkeit der OT-Mitgliedschaft im Stufenmodell ist nach der Rechtsprechung des 4. Senats eine klare und eindeutige Trennung der Befugnisse von Mitgliedern mit und ohne Tarifbindung.

Der Arbeitgeber, der von der Vollmitgliedschaft in die OT-Mitgliedschaft wechselt, ist weiterhin tarifgebunden, wenn die Verbandssatzungen nicht hinreichend klar und eindeutig zwischen den Befugnissen von Mitgliedern mit und ohne Tarifbindung trennen. Etwas anderes gilt, wenn für den Fall der Unwirksamkeit des Wechsels hilfsweise der Austritt aus dem Verband erklärt wird. Dann endet die Mitgliedschaft und damit auch die Tarifgebundenheit des Arbeitgebers.

Von der Rechtsprechung bisher nicht geklärt ist der Fall des Beitritts eines Neumitglieds als OT-Mitglied bei unzulässiger Verbandssatzung. Sofern der Arbeitgeber

nicht erklärt, dass er hilfsweise eine Vollmitgliedschaft im Verband anstrebt, und es auch sonst keine Hinweise auf eine Unterwerfung unter die tarifliche Normsetzungsgewalt des Verbands gibt, fehlt eine mitgliedschaftliche Legitimation der Tarifgeltung. Der Arbeitgeber ist dann tarifrechtlich als Nichtmitglied zu behandeln. Die Behandlung des Arbeitgebers im Fall des gescheiterten Beitritts in die OT-Mitgliedschaft als Vollmitglied würde einen Eingriff in die negative Tarifvertragsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG bedeuten. Eine Rechtfertigung hierfür ist nicht ersichtlich.

Die sog. „Blitz-Rechtsprechung“ des BAG, die einen Arbeitgeber, der unmittelbar vor Abschluss eines Tarifvertrags in die OT-Mitgliedschaft wechselt oder aus dem Verband austritt, tarifrechtlich als Vollmitglied nach § 3 Abs. 1 TVG behandelt, stellt einen nicht gerechtfertigten Eingriff in den Schutzbereich der negativen Tarifvertragsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG dar. Die Rechtsprechung zum Blitzwechsel und Blitzaustritt ist weder geeignet noch erforderlich, um das Ziel der Wahrung einer funktionierenden Tarifautonomie zu erreichen.

III. Überlassungshöchstdauer nach § 1 Abs. 1b AÜG

Die in § 1 Abs. 1b Satz 5 und 6 AÜG enthaltene, nach Verbandszugehörigkeit des Entleihers differenzierende Möglichkeit von Öffnungsklauseln für eine betriebsbezogene individuelle Vereinbarung der Überlassungshöchstdauer durch Betriebs- oder Dienstvereinbarung ist verfassungswidrig, soweit sie für nicht tarifgebundene Betriebe eine Höchstgrenze von 24 Monaten vorgibt.

§ 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG ist bereits in rechtsdogmatischer und legitimatorischer Hinsicht missglückt. Die durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistete Normsetzungsbefugnis der Koalitionen erstreckt sich nur auf die Mitglieder der tarifvertragschließenden Parteien. Tarifvertragliche Öffnungsklauseln können daher keine Regelungswirkung gegenüber Außenseitern entfalten.

Bei § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG handelt es sich um einen gezielten Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit der nicht tarifgebundenen Entleiher. Der Gesetzgeber übt mit der Vorschrift gezielt Druck auf Außenseiter-Arbeitgeber aus, dass diese dem tarifzuständigen Arbeitgeberverband beitreten. Der Eingriff lässt sich weder mit dem Schutz der Leiharbeitnehmer noch mit dem Schutz der Stammebelegschaft rechtfertigen. Aufgrund dieses finalen Eingriffs in Art. 9 Abs. 3 GG ist § 1 Abs. 1b Satz 6 AÜG evident verfassungswidrig.

IV. Nachbindung an Tarifverträge

§ 3 Abs. 3 TVG enthält im Grundsatz eine verfassungskonforme und zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie erforderliche Regelung zur Verhinderung der „Flucht aus dem Tarifvertrag“. Verfassungsrechtlich problematisch ist hingegen die fehlende zeitliche Begrenzung der Nachbindung. Eine unbegrenzte Nachbindung an unbefristete Tarifverträge greift in die negative Koalitionsfreiheit gem. Art. 9 Abs. 3 GG ein, weil hierdurch ein erheblicher, sozialinadäquater Druck auf den Arbeitgeber zum Verbleib im Arbeitgeberverband ausgeübt wird. Darüber hinaus liegt aufgrund der zwingenden Tarifgeltung im Nachbindungszeitraum auch ein Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete negative Tarifvertragsfreiheit des austrittswilligen Verbandsmitglieds vor.

Zur Vermeidung der Tariffucht ist eine zeitlich unbefristete Nachbindung nicht erforderlich, so dass eine Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe ausscheidet. De lege lata gilt entgegen der Rechtsprechung des BAG bereits jetzt eine Höchstgrenze von fünf Jahren. De lege ferenda bietet es sich an, die Nachbindung nach § 3 Abs. 3 TVG entsprechend dem Vorbild des § 613a Abs. 1 S. 2 BGB auf den Zeitraum von einem Jahr ab Beendigung der Mitgliedschaft zu begrenzen. Damit würde auf der einen Seite eine Tariffucht effektiv verhindert und auf der anderen Seite der Druck zum Verbleib im Arbeitgeberverband deutlich verringert. Zugleich würde hierdurch ein Anreiz zum Verbandsbeitritt geschaffen, der zu einer Stärkung der Tarifautonomie beiträgt.

V. Nachwirkung von Tarifverträgen

Die Nachwirkung des Tarifvertrags gem. § 4 Abs. 5 TVG greift nicht in die negative Koalitionsfreiheit des Arbeitgebers ein. Sie übt nach Auffassung des BVerfG keinen unzulässigen Druck auf den Arbeitgeber aus, den Verbandsaustritt zu unterlassen, weil dieser es selbst in der Hand hat, die im Nachwirkungszeitraum nur noch dispositiv geltenden Tarifnormen durch anderweitige Abmachung mit dem Arbeitnehmer abzulösen. § 4 Abs. 5 TVG stellt auch keine eingriffsgleiche Beeinträchtigung der Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitgebers dar. Die Vertragsfreiheit wird aufgrund der fehlenden zwingenden Wirkung des nachwirkenden Tarifvertrags durch § 4 Abs. 5 TVG nicht beeinträchtigt.

Allerdings verstößt das durch die Rechtsprechung des BAG entwickelte Verbot von „Vorratsabmachungen“ gegen die verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit in ihrer Ausprägung als Arbeitsvertragsfreiheit sowohl des Arbeitgebers als auch des Arbeitnehmers. Es gibt keine sachliche Rechtfertigung dafür, dass die Arbeitsvertragsparteien nicht bereits bei Abschluss des Arbeitsvertrags oder zu einem beliebigen anderen Zeitpunkt vor Eintritt der Nachwirkung ein vom Tarifvertrag abweichendes Regelungsmodell der Arbeitsbedingungen vereinbaren dürfen, das nach Ablauf des Tarifvertrags Wirkung entfaltet.

VI. Tarifvertragliche Betriebs- und Betriebsverfassungsnormen

Die §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 Satz 2 TVG begründen eine normative Tarifgebundenheit der Außenseiter-Arbeitnehmer an betriebliche und betriebsverfassungsrechtliche Tarifnormen, ohne dass diese die tarifschließende Gewerkschaft durch Verbandsmitgliedschaft zur Tarifnormsetzung legitimieren. Damit liegt ein Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 TVG in seiner Ausprägung als negative Tarifvertragsfreiheit vor. Dieser Eingriff ist gerechtfertigt, wenn die Betriebsnorm lediglich eine Begünstigung der (Außenseiter-)Arbeitnehmer enthält, die diese zurückweisen können, oder von diesen ein Verhalten einfordert, das der Arbeitgeber anderenfalls einseitig durch Ausübung seines Weisungsrechts herbeiführen könnte. Maßnahmen zur Beschäftigungssicherung sind hingegen im Wege einer verfassungskonformen Auslegung von §§ 3 Abs. 2, 4 Abs. 1 Satz 2 TVG einer Regelung durch Betriebsnorm nicht zugänglich. Sie sind stets als Inhaltsnorm zu qualifizieren, ihre Geltung beschränkt sich daher grundsätzlich auf die nach § 3 Abs. 1 TVG tarifgebundenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer.

VII. Tariftreueregelungen

Landesgesetzliche Tariftreueregelungen, die den Unternehmer im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens verpflichten, seinen Arbeitnehmern tarifliche Arbeitsbedingungen zu gewähren, greifen nicht in die negative Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG ein. Durch eine Tariftreueverpflichtung wird kein Zwang oder erheblicher Druck auf den Arbeitgeber zum Eintritt in den Arbeitgeberverband ausgeübt.

Tariftreueregelungen stellen nach der insoweit zutreffenden Rechtsprechung des BVerfG eine eingriffsgleiche Beeinträchtigung der von Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Arbeitsvertragsfreiheit des Arbeitgebers ein. Entgegen der Auffassung des BVerfG ist dieser Grundrechtseingriff jedoch nicht zu rechtfertigen. Tariftreueregelungen sind kein milderes Mittel im Vergleich zur Allgemeinverbindlicherklärung von Tarifverträgen, weil sie dynamisch auf die örtlich und fachlich einschlägigen Tarifverträge in ihrer „jeweils geltenden“ Fassung verweisen und damit – anders als bei der Allgemeinverbindlicherklärung – eine inhaltliche Prüfung des Tarifvertrags, auf den der Außenseiter verpflichtet werden soll, durch die zuständige Behörde ausschließt.

VIII. Ausblick: Tarifdispositives Arbeitszeitrecht

Eine besondere Funktion sollte der Tarifautonomie schließlich im Rahmen der von der Bundesregierung in der letzten Legislaturperiode angedachten Reform des Arbeitszeitrechts zukommen, von der zu erwarten ist, dass sie von der nächsten Bundesregierung wieder aufgegriffen wird.

Es ist heute unbestritten, dass das Arbeitszeitrecht in Deutschland dringend reformbedürftig ist. Das Arbeitszeitgesetz, das 1994 die frühere Arbeitszeitordnung in den Kernaussagen unverändert abgelöst hat, hat – ebenso wie das Bundesurlaubsgesetz – noch den körperlich schwer arbeitenden Industriearbeiter vor Augen, der seine tägliche Arbeit am Stück im Betrieb des Arbeitgebers erbringt. Dieses Leitbild ist nicht erst durch die Digitalisierung der Arbeitswelt, die heute in aller Munde ist, überholt. Vor allem in den Berufen der Wissens- und Dienstleistungsgesellschaft hat die Arbeitsleistung längst ihre Orts- und Zeitgebundenheit verloren. Der Arbeitnehmer kann seine Arbeitsleistung häufig von zuhause, ggf. sogar von jedem beliebigen Standort aus erbringen, und auch hinsichtlich der zeitlichen Lage der Arbeitszeit besteht vielfach eine hohe Flexibilität. Die digitale Entwicklung hat diesen Prozess nicht hervorgerufen, beschleunigt ihn aber dramatisch. Nicht selten wird es im Interesse gerade auch des Arbeitnehmers sein, eine dienstliche E-Mail von zuhause aus zu beantworten, wenn damit eine längere Konferenz am Folgetag im Büro entbehrlich wird. Es liegt daher auf der einen Seite nahe, die starren Regelungen zur tagesbezogenen Höchstarbeitszeit und zu den Ruhezeiten zu modernisieren und zu flexibilisieren.

Auf der anderen Seite ist allerdings nicht zu vernachlässigen, dass es auch heute noch den Typus des körperlich hart arbeitenden Industriearbeiters gibt, zu dessen Gesundheitsschutz eine strikte Erholungsphase zwischen den Arbeitszeiten unumgänglich ist. Darüber hinaus birgt die mit der Digitalisierung verbundene Schnelligkeit des Arbeitslebens ebenfalls gesundheitliche Gefahren für Arbeitnehmer auch auf körperlich weniger anspruchsvollen Arbeitsplätzen (Stichwort „burnout“), denen häufig nur durch klar definierte psychische Erholungszeiten entgegengewirkt werden kann.

Schließlich ist zu beachten, dass die Spielräume des deutschen Gesetzgebers im Arbeitszeitrecht begrenzt sind. So gibt die Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG in Art. 3 eine tägliche Ruhezeit von elf Stunden für die Mitgliedstaaten verbindlich vor, ohne dass – wie im Fall der täglichen Höchstarbeitszeit – ein Bezugszeitraum existiert, innerhalb dessen eine Verkürzung der Ruhezeit ausgeglichen werden könnte. Abweichungen von der elfstündigen täglichen Ruhezeit sind daher nur unter den strengen Voraussetzungen der Art. 17, 18 RL 2003/88/EG zulässig.¹

Im Spannungsfeld dieser vielfältigen Interessen sowohl auf Arbeitgeber- wie auf Arbeitnehmerseite hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im November 2016 das Weißbuch „Arbeiten 4.0“ vorgestellt.² Darin werden, teilweise beruhend auf Vorarbeiten des Deutschen Juristinnenbundes,³ erste gesetzgeberische Gedanken zu einem „Wahlarbeitszeitgesetz“ entwickelt, das u.a. eine – zeitlich befristete und nach zwei Jahren zu evaluierende – konditionierte und begrenzte Abweichung von den derzeit bestehenden Regelungen des Arbeitszeitgesetzes hinsichtlich der Tageshöchstarbeitszeit und der Ruhezeit durch Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgebers ermöglicht. Voraussetzung hierfür ist, dass ein Tarifvertrag eine solche Abweichung vom Arbeitszeitgesetz zulässt und dass ein Wahlarbeitszeitkonzept in Form einer Betriebsvereinbarung existiert, das klare Festlegungen zur Aufzeichnung der Arbeitszeit und zur Durchführung von Gefährdungsbeurteilungen enthält.⁴

¹ EuArbR/*Gallner*, 2. Aufl. 2018, RL 2003/88/EG Art. 3 Rn. 5.

² Abrufbar unter <http://www.bmas.de/DE/Service/Medien/Publikationen/a883-weissbuch.html>.

³ Vgl. dazu *Uffmann*, NZA-Beil. 2017, 45 (52).

⁴ BMAS, Weißbuch Arbeiten 4.0, 2016, S. 125.

Im Grundsatz ist die Idee einer Änderung des Arbeitszeitgesetzes begrüßenswert. Zwar dient das Arbeitszeitrecht in erster Linie dem Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers, sodass eine vollständige Flexibilität und Dispositivität nicht angezeigt ist. Gleichwohl existieren auch im Bereich des Gesundheitsschutzes keine einheitlichen, für jeden Arbeitnehmer geltenden objektiven Vorgaben. Das Ziel einer Reform des Arbeitszeitrechts muss daher sein, ein zwingendes Mindestschutzniveau mit einer Stärkung der Autonomie des Arbeitnehmers zu kombinieren. Ein neues Arbeitszeitrecht, das auf der einen Seite eine strikte Trennung von Arbeitszeit und Freizeit vorsieht und auf der anderen Seite eine flexiblere Kombination, etwa durch erweiterte Ausgleichsmöglichkeiten und Ausnahmen für Bagateltätigkeiten,⁵ zulässt, ist im Ansatz ein vielversprechendes Modell.

In ihrer konkreten Ausgestaltung sind die im Weißbuch „Arbeiten 4.0“ genannten Vorgaben allerdings nicht überzeugend. Zu kritisieren ist in erster Linie, dass für eine Abweichung von den Vorgaben des Arbeitszeitgesetzes neben der Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien kumulativ sowohl ein Tarifvertrag als auch eine Betriebsvereinbarung erforderlich sind.⁶ Zum Schutz der Gesundheit und der Privatautonomie des Arbeitnehmers ist eine derart übertriebene Kumulation von Vereinbarungen nicht notwendig. Angesichts der typischerweise bestehenden Imparität zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann es zwar nicht genügen, die Regelungen des Arbeitszeitgesetzes schlicht vertragsdispositiv zu stellen. Die mit dem Erfordernis einer tarifvertraglichen Vereinbarung verbundene Schlechterstellung des nicht tarifgebundenen Arbeitgebers ist insofern mit dessen negativer Koalitions- und Tarifvertragsfreiheit vereinbar, weil der Arbeitnehmer anderenfalls bei Abschluss des Arbeitsvertrags faktisch zu einer Abweichung vom Arbeitszeitgesetz gezwungen werden könnte.

Mit Blick auf die Tarifautonomie des Art. 9 Abs. 3 GG und die damit verbundene Richtigkeitsgewähr oder Angemessenheitsvermutung des Tarifvertrags überzeugt es jedoch nicht, zusätzlich zu einer tarifvertraglich vereinbarten Abweichungsbefugnis eine Betriebsvereinbarung als Voraussetzung der Dispositivität des Arbeitszeitgesetzes zu verlangen. Das würde bedeuten, dass das Modell der Wahlarbeitszeit

⁵ Zweifelhaft ist aber deren Vereinbarkeit mit Unionsrecht, vgl. EuGH v. 1.12.2005 – CV-14/04, NZA 2006, 89 (Dellas) Rn. 43; *Krause*, NZA-Beil. 2017, 53 (57); zum Diskussionsstand *EuArbR/Gallner*, 2. Aufl. 2018, RL 2003/88/EG Art. 2 Rn. 11a.

⁶ Kritisch auch *Uffmann*, NZA-Beil. 2017, 45 (52); zustimmend dagegen *Krause*, NZA-Beil. 2017, 53 (57).

in einer Vielzahl von betriebsratlosen Betrieben in der Praxis von vornherein ausscheiden würde, sofern der Gesetzgeber nicht wie in § 7 Abs. 3 S. 1 ArbZG anordnen würde, dass in Betrieben ohne Betriebsrat eine schriftliche Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer genügt. Damit würde der Gesetzgeber die Effektivität des Tarifsystems unter den Vorbehalt einer betrieblichen Vereinbarung stellen. Dieses systemwidrige Modell würde in einem eklatanten Wertungswiderspruch zu der Grundsatzregelung des § 77 Abs. 3 BetrVG stehen.