

# Kapitel 1: Das Arbeitsrecht und das Arbeitsverhältnis

## Fälle:

a) Der bei der Kleiderfabrik Neue-Kleidung GmbH beschäftigte Schneider S verlangt die Vergütung für den Monat Januar. Nach Feierabend hat S an drei Tagen bei der Familie A Kleidungsstücke geflickt und an anderen Tagen dem B aus einem von diesem beschafften Stoff einen Maßanzug geschneidert. Bei welchem Gericht muss S die Vergütungen einklagen?

b) Frau F verkauft im Gemüseladen ihres Ehemannes M und verlangt dafür Lohn. M will wissen, ob er die Geldbeträge, die er seiner Frau zahlt, als Betriebsausgaben vom Einkommen absetzen darf und ob Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet werden müssen. Wie ist es, wenn zwischen den Ehegatten ein Arbeitsvertrag geschlossen worden ist?

c) Die Rote-Kreuz-Schwester S, die in einem von ihrer Schwesternschaft betriebenen Krankenhaus tätig ist, kandidiert für den Betriebsrat. Der Wahlvorstand meint, die Schwester sei keine Arbeitnehmerin, sondern Vereinsmitglied des DRK.

Wie wäre ihre Rechtsstellung, wenn sie in einer von einem privaten Betreiber unterhaltenen Klinik aufgrund eines Gestellungsvertrages eingesetzt würde?

d) Die Fernsehreporterin R wird vom Sender S als freie Mitarbeiterin beschäftigt. Als S kündigt, meint R, sie genieße Kündigungsschutz nach dem KSchG, weil sie Arbeitnehmerin sei.

## A. Arbeitsrecht

**Schrifttum:** *Däubler*, Arbeitsrecht in globalisierter Wirtschaft, in: Festschrift Küttner, 2006, S. 531; *Hanau*, Entwicklungslinien im Arbeitsrecht, DB 1998, 68; *Herrmann*, Kollektivautonomie contra Privatautonomie – Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung und Mitbestimmung, NZA 2000, 14; *Janßen*, Arbeitsmarktflexibilisierung in der Sozialen Marktwirtschaft, 2005; *Loritz*, Die Wiederbelebung der Privatautonomie im Arbeitsrecht, ZfA 2003, 629; *Oetker*, Die Ausprägung der Grundrechte des Arbeitnehmers in der Arbeitsrechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland, RdA 2004, 8; *Picker*, Privatautonomie und Kollektivautonomie, in: Picker/Rüthers (Hrsg.), Recht und Freiheit, 2003, S. 25; *Rüthers* (Hrsg.), Der Konflikt zwischen Kollektivautonomie und Privatautonomie im Arbeitsleben, 2002; *ders.*, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014; *Söllner*, Arbeitsrecht im Spannungsfeld zwischen Gesetzgeber und Arbeitsgerichtsbarkeit, NZA 1992, 721; *Thüsing*, Arbeitsrecht zwischen Markt und Arbeitnehmerschutz, NZA 2004, 2576; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbstständige, 1988; *Zöllner*, Der kritische Weg des Arbeitsrechts zwischen Privatkapitalismus und Sozialstaat, NJW 1990, 1.

## I. Begriff/Entstehung/Aufgaben

### 1. Begriff

- 2 Das Arbeitsrecht ist ein Rechtsgebiet mit besonderer Faszination: Die Dynamik seiner Entwicklung, seine Praxisrelevanz, seine hohe sozialpolitische und wirtschaftliche Bedeutung heben es von vielen anderen Rechtsmaterien ab. Für den Großteil der Bevölkerung gestaltet es Existenzgrundlage und Lebensumstände, für Juristen bietet es ein außerordentlich breites Betätigungsfeld: Eine eigene Gerichtsbarkeit, die Arbeitsgerichtsbarkeit, eine eigene Fachanwaltsbezeichnung „Fachanwalt für Arbeitsrecht“, Einsatzmöglichkeiten in Arbeitsverwaltungen, Gewerkschaften, Verbänden und Unternehmen – und zwar nicht nur in Rechtsabteilungen, sondern auch im Personalbereich – veranschaulichen diese Vielfalt. Für Studierende ist das Arbeitsrecht damit attraktiv nicht nur als besonders lebendiges Grundlagenfach mit hoher Examensrelevanz, in dem sich zudem viele schuldrechtliche Fragen vertiefen lassen, sondern auch als Schwerpunktfach mit der Aussicht auf überdurchschnittliche – und krisenfeste – Berufschancen. Ziel dieses Lehrbuches ist es, Lernenden und Praktikern nicht nur die Grundkenntnisse des Arbeitsrechts zu vermitteln, sondern ihnen auch den Reiz dieses spannenden Rechtsgebietes nahe zu bringen.
- 3 Nüchtern betrachtet lässt sich Arbeitsrecht definieren als die Summe der Rechtsnormen, die sich auf die in abhängiger, weisungsgebundener Tätigkeit geleistete Arbeit beziehen. Sie wird von unselbstständigen „Arbeitnehmern“ geleistet, die ihren „Arbeitgebern“ vertraglich vereinbarte Dienste schulden. Die *Arbeitnehmer* geben also ihre Arbeit als geschuldete Leistung. Der Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB (Rdnr. 57 ff.) ist Hauptbegriff und zugleich Anknüpfungspunkt für das gesamte Arbeitsrecht.
- 4 Im Arbeitsrecht geht es maßgeblich um Macht (Wer hat das Sagen im Betrieb und Unternehmen, in der „Arbeitswelt“?) und um Geld (Welche Entgelte stehen den Arbeitnehmern zu? Wer trägt die notwendigen Aufwendungen?). Um die Gestaltung des Arbeitsrechts wird daher zu allen Zeiten, heute überwiegend in einem institutionalisierten Prozess organisierter Interessen, leidenschaftlich gerungen.

### 2. Arbeitsrecht und Industriegesellschaft

- 5 Das gegenwärtige Arbeitsrecht als Regulierungsinstrument aller aus weisungsgebundener Tätigkeit entstehenden „Arbeitsbeziehungen“ zwischen den individuellen und den kollektiv organisierten „Arbeitsmarktparteien“ (Arbeitnehmer und Arbeitgeber sowie ihre Verbände oder Repräsentanten) geht auf die entwickelte Industriegesellschaft des 20. Jahrhunderts zurück. Zu deren industriell organisierter Massenproduktion – also auch zu den damit vorgegebenen Belastungen an Fließbändern und durch ähnliche Arbeitsbedingungen – gibt es im Interesse der Überlebensbedürfnisse der wachsenden Weltbevölkerung keine prinzipiell humanere Alternative. Eine Diskussion über Sinn und Unsinn der Industriegesellschaft erübrigt sich, da sich diese Entwicklung in einer globalisierten Welt nicht rückgängig machen lässt. Das Arbeitsrecht ist ein notwendiger Bestandteil jeder modernen Gesellschaft; das gilt unabhängig von den weltanschaulichen Vorverständnissen und systemleitenden Prinzipien der jeweiligen Verfassungsordnung.

### 3. Arbeitsrecht als Reflex der Wirtschaftsformen und Staatssysteme

Das staatliche Arbeitsrecht ist ursprünglich als Arbeitnehmerschutzrecht entstanden. Die Verelendung breiter Schichten im Zuge der Industrialisierung führte im 19. Jahrhundert zu legislativen Maßnahmen, weil das soziale Elend des „vierten Standes“, der Arbeiterschaft, die Interessen und die Stabilität der gesamten staatlichen Ordnung zu gefährden drohte.

Die umfangreiche Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland ist ein eigenständiges, ungemein fesselndes Gebiet der Rechtsgeschichte, vielleicht besser: einer „Unrechtsgeschichte“, auf das hier nur verwiesen werden kann. Zwei historische Feststellungen sind für das zutreffende Verständnis des Arbeitsrechts besonders zu beachten.

Das Arbeitsrecht ist in seiner geschichtlichen Entwicklung regelmäßig ein Eckstein und Spiegel des jeweilig bestehenden politischen Herrschaftssystems. Es gibt kein „unpolitisches“ Arbeitsrecht. Seine Epochen werden von den jeweils etablierten Staatsformen und Herrschaftsideologien bestimmt. Nach den jeweils gültigen Verfassungsprinzipien unterscheiden wir sehr unterschiedliche Arbeitsrechtsordnungen („Arbeitsverfassungen“) im Kaiserreich, in der Weimarer Republik, im Nationalsozialismus, in der DDR und in der Bundesrepublik Deutschland. Die Staatsverfassung prägt die ihr zugehörige Arbeitsverfassung vor. Arbeitsrecht ist eine abhängige Variable des etablierten politischen Systems (Rüthers, Arbeitsrecht und politisches System, 1973). Heute wird das Arbeitsrecht zunehmend weltweit als ein Baustein und Teilsystem der sozial ausgestalteten Marktwirtschaft verstanden und fortentwickelt.

Die Abhängigkeit vom politischen System wird anschaulich am Beispiel des inzwischen 100 Jahre alten Betriebsverfassungsrechts: Jedem Wechsel der Staatsverfassung in Deutschland folgte bald eine neue gesetzliche Betriebsverfassung (WRV 1919; BetriebsräteG 1920; NS-Staat 1933: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit 1934; Erste Verfassung der DDR 1949: Beseitigung der frei gewählten Betriebsräte durch zentral gesteuerte Betriebsgewerkschaftsorganisationen 1950; Grundgesetz 1949: Betriebsverfassungsgesetz 1952, novelliert 1972 und 2001). Parallele Entwicklungen lassen sich auch in anderen europäischen Ländern beobachten, etwa in Italien (Henssler, in FS 100 Jahre Betriebsverfassung, 2020, S. 173 ff.).

### 4. Der Zusammenhang von Staatsverfassung, Wirtschaftsverfassung und Arbeitsrechtsordnung

Das Grundgesetz prägt durch zahlreiche Einzelbestimmungen, vor allem durch die Grundrechte aus den Art. 1, 2, 3, 4, 5, 9 Abs. 3, 12, 14 und 15 GG, in einem verfassungsrechtlichen Ordnungsrahmen die Arbeitsrechtsordnung vor. Die Verfassungsgarantien aus Art. 9 Abs. 3 GG wirken auf das Arbeitsrecht und die gesamte Privatrechtsordnung ein (positive und negative Koalitionsfreiheit, Daseins- und Betätigungsrecht der sozialen Koalitionen, Einrichtungsgarantien der Tarifautonomie und des Arbeitskampfes). Die übrigen genannten Grundrechte haben eine mittelbare Drittwirkung über die Generalklauseln des Zivilrechts (§§ 138, 157, 242, 826 BGB). Die Auffassung, dass die Grundrechte mit Ausnahme von Art. 9 Abs. 3 GG im Privatrecht nur „mittelbar“ im Sinne einer objektiven Wertordnung wirken, hat sich auch im Arbeitsrecht durchgesetzt (BAG (GS) NZA 1985, 702; 1986, 643). Zur Bindung der arbeitsrechtlichen Normsetzer (insbesondere der Tarifparteien) an die Grundrechte vgl. RdNr. 120, 659.

Zwischen dem Arbeitsrecht und der Wirtschaftsordnung besteht ein unlösbarer Zusammenhang (vgl. dazu Zöllner, NJW 1990, 1). Das Arbeitsrecht kann in seinen um-

fassenden Steuerungsaufgaben nur als Baustein und Teilbereich der jeweiligen „Wirtschaftsverfassung“ verstanden werden. Unter Wirtschaftsverfassung ist die Summe aller Normen (nicht nur der verfassungsrechtlichen) zu verstehen, welche den Einsatz der Produktionsmittel und die Verteilung der im Wirtschaftsprozess erzeugten Güter regeln (so Zöllner/Loritz/Hergenröder, § 1 II). Der fundamentale Zusammenhang zwischen Staatsverfassung, Arbeits- und Wirtschaftsverfassung wird in den meisten Lehrbüchern des Arbeitsrechts nicht oder nur am Rande erwähnt. Das geht auf die Fortschreibung eines alten Missverständnisses in der Rspr. des BVerfG zurück. Das Gericht stellte in seiner Entscheidung zum Investitionshilfegesetz (BVerfGE 4, 7, 17 f.) die These auf, das Grundgesetz sei „wirtschaftspolitisch neutral“. Im Mitbestimmungsurteil wurde diese Aussage bekräftigt (BVerfGE 50, 290, 336 f.). Der Irrtum ist offensichtlich. Das Grundgesetz garantiert in Art. 9 Abs. 3 die staatsfreie Tarifautonomie (und zwar nicht nur deren Kernbereich!) und (als Hilfsinstrument derselben) die Arbeitskampffreiheit. Staatsfreie Tarifautonomie und Arbeitskampffreiheit gibt es aber nur in marktwirtschaftlichen Ordnungen (Rüthers, Arbeitsrecht und politisches System, 1973, S. 16 f.).

- 10 In der Bundesrepublik ist das Arbeitsrecht ein Grundpfeiler der Wirtschaftsordnung, die als „soziale Marktwirtschaft“ ausgestaltet ist. Damit ist eine Ordnung gemeint, in der die Kräfte des Marktes sich nicht völlig frei und unkontrolliert entfalten können, sondern in welcher der Staat („Sozialstaat“ Art. 20 Abs. 1; 28 Abs. 1 GG) Rahmenbedingungen und Grenzen der marktwirtschaftlich zu treffenden („privaten“) Entscheidungen festlegt, um so die sozialen Folgewirkungen des freien Marktes zu berücksichtigen und verträglich zu gestalten.

## 5. Eigentumsverfassung und Arbeitsrecht

- 11 Eine wichtige, unverzichtbare Grundlage der marktwirtschaftlichen Ordnung ist das private Eigentum an den Produktionsmitteln, wie es im Grundgesetz (Art. 14, 15) garantiert ist. Die jeweilige Eigentumsordnung hat weitreichenden Einfluss auf die Grundstruktur des Arbeitsrechts in all seinen Teilbereichen (Arbeitsvertrag, Betriebsverfassung, Tarifautonomie und Mitbestimmung). Das private Eigentum an den Unternehmen, also an den Arbeitsstätten, bewirkt eine wirtschaftliche und rechtliche Vormachtstellung des Arbeitgebers, die durch das Arbeitnehmerschutzrecht – sei es staatlich oder durch die Tarif- oder Betriebsparteien – kompensiert wird. Andererseits ergibt sich aus dem Privateigentum auch eine ökonomische und rechtliche Schranke der arbeitsrechtlichen Schutzgesetzgebung.
- 12 Das GG spricht in Art. 9 Abs. 3 insoweit konsequent von der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen durch die Verbände am Arbeitsmarkt. Es ist zu beachten, dass die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer zugleich Wirtschaftsbedingungen der Arbeitgeber und beide ökonomisch untrennbar miteinander verknüpft sind. Hieraus ergibt sich, dass arbeitsrechtlicher Sozialschutz nur insoweit dauerhaft gewährleistet ist, als er aus der real vorhandenen Produktivität des Wirtschaftsprozesses finanziert werden kann (Rüthers, in: Festschrift E. Wolf, 1985, S. 565). Die Entstehungsgeschichte des modernen Arbeitsrechts im 19. Jahrhundert, als es darum ging, die „Proletarier“ vor weiterer Verelendung zu schützen, hat dazu geführt, den einzigen oder doch damals zutreffend vorrangigen Zweck des Arbeitsrechts im Schutz der abhängigen Arbeitnehmer gegen die übermächtigen Arbeitgeber zu sehen. Diese Sicht wird heute der Vielfalt der ordnungspolitischen Aufgaben des Arbeitsrechts nicht mehr gerecht.

Das Arbeitsrecht erfüllt in entwickelten Industriegesellschaften mehrere zentrale Aufgaben: **13**

- Es schützt die im Regelfall (jedoch nicht immer) sozial schwächeren und wirtschaftlich unterlegenen Arbeitnehmer im Sinne von Mindeststandards, vor allem in den individualrechtlichen Beziehungen des Einzelarbeitsvertrags.
- Es schafft durch die kollektivrechtlichen Institutionen der Betriebsverfassung (Betriebsautonomie), der Unternehmensmitbestimmung und der Tarifautonomie die Voraussetzungen eines fairen Ausgleichs und einer Harmonisierung der gegensätzlichen und der gemeinsamen kollektiven Interessen der Arbeitsmarktparteien.
- Es fördert eine möglichst reibungs- und konfliktarme und effektive Produktion von Waren und Dienstleistungen im Interesse der Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Wirtschaftsstandorte und der Sicherung eines ausreichenden Wachstums als Grundlage möglichst hoher Beschäftigungsraten.
- Es sichert die Stabilität der Gesellschafts- und Staatsordnung durch die rechtliche Kanalisierung schichtspezifischer Interessengegensätze der Arbeitsmarktparteien.

Arbeitsrecht ist nach allem ein besonders „systemnahes“, politisches Recht. Sein Geltungsbereich erfasst und beeinflusst einen großen und für die politische Entwicklung besonders bedeutenden Teil der Bevölkerung in den Industrie- und Dienstleistungsgesellschaften, die – als Folge der weit fortgeschrittenen Arbeitsteilung einerseits und Unternehmenskonzentration andererseits – zu Recht als „Arbeitnehmergesellschaften“ bezeichnet werden. Das kollektive soziale und ökonomische Schicksal dieser Großgruppe der Bevölkerung wird in jedem Industrieland maßgeblich vom Arbeitsrecht beeinflusst. **14**

## 6. Arbeitsrecht und Rechtspolitik

Aus den geschilderten Verknüpfungen des Arbeitsrechts mit der jeweiligen Staats- und Wirtschaftsordnung folgt, dass es für diese Rechtsdisziplin keinen fertigen Endzustand geben kann. Es ist niemals „abgeschlossen“, sondern wird von den zuständigen Normsetzern (Gesetzgebung, Tarif- und Betriebsparteien, Arbeitsgerichtsbarkeit) fortlaufend den sich wandelnden technischen und ökonomischen Fakten sowie den wechselnden gesellschaftlichen und politischen Zielen („Sozialidealen“) angepasst. **15**

Daraus erklärt sich, dass der permanente, nicht selten mit politischer Leidenschaft geführte „Kampf ums Recht“ (Jhering, Der Kampf um's Recht, 20. Aufl., 1921) im Arbeitsrecht seit jeher eine besondere Aktualität hat, verursacht durch sehr unterschiedliche materielle Interessen und weltanschauliche Vorverständnisse der Arbeitsmarktparteien. Es gibt kein wertfreies oder weltanschauungsfreies Arbeitsrecht.

Die Besonderheit der Rechtspolitik im Arbeitsrecht besteht darin, dass sie im Vergleich zu anderen Rechtsdisziplinen in einem außergewöhnlichen Umfang von der Arbeitsgerichtsbarkeit geleistet wird. Das BAG wie auch die Landesarbeitsgerichte werden dadurch, dass wichtige Materien überhaupt nicht gesetzlich geregelt sind (Arbeitnehmerhaftung, Koalitionsrecht, Arbeitskampfrecht) und dass das vorhandene Gesetzesrecht oft veraltet, widersprüchlich und von Generalklauseln durchsetzt ist, zu den „eigentlichen Herren des Arbeitsrechts“ (Gamillscheg, AcP 164 (1964), 385, 388). Aus Dienern des Gesetzes sind einflussreiche Gestalter der **16**

Arbeitsrechtsordnung – mit gelegentlich schwankenden Regelungszielen und -ergebnissen – geworden (zum Selbstverständnis des BAG als Ersatzgesetzgeber, wenn die Gesetzgebung untätig bleibt, vgl. für das Arbeitskampfrecht BAG (GS) AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = RdA 1971, 185; BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; NZA 1984, 393; 1988, 846). Kritisiert wird diese Machtposition, wenn veränderte Vorstellungen zur Rechtspolitik entgegen der Rspr. des Großen Senats unter Verletzung der Vorlagepflicht (§ 45 Abs. 2, 4 ArbGG) durchgesetzt werden, so etwa, wenn der „ultima-ratio“-Grundsatz und die Kampfparität im Arbeitskampfrecht nahezu vollständig liquidiert werden (BAG NZA 1988, 846; BAG JZ 2010, 254 m. Anm. Rüthers/Höpfner; kritisch dazu Henssler, Festschrift Wank, 2014, S. 136, 148).

- 17 Die von den politischen Parteien betriebene Politisierung der Arbeitsgerichtsbarkeit – nicht zuletzt bei der Besetzung wichtiger Richterstellen – wird durch die in vielen Bundesländern anzutreffende Ressortierung der Arbeitsgerichte außerhalb der Justiz- oder Rechtspflegeministerien und die Normsetzungsfreude der letztinstanzlich entscheidenden Gerichte maßgeblich gefördert (vgl. auch Rdnr. 20 ff.).

## 7. Grenzen der individuellen Vertragsfreiheit

- 18 Das Arbeitsrecht ist als *Arbeitnehmerschutzrecht* entstanden; es dient auch heute vornehmlich dem Schutz des Arbeitnehmers. Für den Arbeitnehmer ist der Arbeitsvertrag (Rdnr. 39 ff.), den er mit dem Arbeitgeber (Rdnr. 63) schließt, regelmäßig ein besonders wichtiges Rechtsgeschäft: Der Arbeitnehmer stellt dem Arbeitgeber seine Arbeitskraft zur Verfügung; von dem Arbeitsentgelt hat er seinen und seiner Familie Lebensunterhalt zu bestreiten. Deshalb ist er darauf angewiesen, dass er einen entsprechenden Lohn erhält, seine Gesundheit durch die Arbeit nicht gefährdet wird und ihm sein Arbeitsplatz möglichst erhalten bleibt. Das könnte der Arbeitnehmer – theoretisch – durch entsprechende Vereinbarungen im Arbeitsvertrag mit dem Arbeitgeber erreichen. Denn es steht den Vertragsparteien frei, die Vertragsbedingungen auszuhandeln. Dabei werden die Parteien, die widerstreitende Interessen verfolgen, durch gegenseitiges Nachgeben zu einem Ausgleich gelangen, der von beiden regelmäßig als gerecht empfunden wird. Der Grundsatz der Vertragsfreiheit funktioniert aber nur dann, wenn sich ungefähr gleich starke Partner gegenüberstehen. Das ist gerade beim Arbeitsvertrag nicht der Fall, weil der Arbeitnehmer regelmäßig der schwächere Teil ist und deshalb auf den Inhalt des Vertrags nicht in gleicher Weise wie der Arbeitgeber Einfluss nehmen kann.
- 19 Die Geschichte des 19. Jahrhunderts zeigt, dass die Arbeitgeber gerne die billigsten Arbeitskräfte (Kinder, Jugendliche, Frauen) einstellten, übermäßig lange Arbeitszeiten sowie Hungerlöhne vereinbarten; oftmals wurde im Arbeitsvertrag festgelegt, dass der Arbeitnehmer Waren abnehmen musste, die zu überhöhten Preisen auf den Lohn angerechnet wurden (Trucksystem). Der Arbeitnehmer war nur formell frei darin, ob er das Angebot des Arbeitgebers annahm; in der Sache blieb ihm nichts anderes übrig, als auf die Arbeitsbedingungen des Arbeitgebers einzugehen. Nicht zu Unrecht hat man die Vertragsfreiheit daher als Vogel-freiheit des Arbeitnehmers bezeichnet. Zur geschichtlichen Entwicklung des Arbeitsrechts vgl. MünchArbR/Richardi, § 2.

Einen Ausgleich der potentiellen Unterlegenheit der Arbeitnehmer versucht das Arbeitsrecht auf verschiedenen Wegen zu erreichen: durch die Einschränkung der Vertragsfreiheit beim Arbeitsvertrag, die Anerkennung von Kollektivvereinbarun-



gen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Entscheidungsprozessen im Betrieb und im Unternehmen.

## 8. Vom Rechtsstaat zum Richterstaat?

Die Bundesrepublik Deutschland hat, trotz mehrerer vergeblicher Anläufe und einer ganzen Reihe von Entwürfen, bis heute kein Arbeitsgesetzbuch, nicht einmal ein Arbeitsvertragsgesetz (MünchArbR/Fischinger, § 5 Rdnr. 1 ff.; vgl. aber den Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, Henssler/Preis, NZA 2007, Beil. zu Heft 21 sowie Rdnr. 123). Die Gesetzgebung begnügt sich mit kurzatmig konzipierten, oft nachlässig formulierten und kurzfristig novellierten Einzelgesetzen. Das gilt auch für den in das BGB eingefügten § 611a, der – etwa mit Blick auf die Bedeutung der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb – mehr Fragen aufwirft als er beantwortet.

20

Die Scheu oder Funktionsunfähigkeit der Gesetzgebung gegenüber einer arbeitsrechtlichen Gesamtkodifikation und die daraus sich ergebenden Lücken führten zwangsläufig (wegen des Rechtsverweigerungsverbot) zu einem Übergang umfassender Normsetzungsaufgaben auf die Arbeitsgerichtsbarkeit. Das geltende deutsche Arbeitsrecht ist bis heute trotz vieler ausufernder Detailregelungen zu einem wesentlichen Teil Richterrecht, wie Franz Gamillscheg es bereits in den 60er Jahren des vergangenen Jahrhunderts festgestellt hat: „Das Richterrecht ist unser Schicksal!“ (AcP 164 (1964), 385 ff.).

21

Angeichts dieser Tatsache führt die lapidare Feststellung der h. M., Richterrecht sei keine Rechtsquelle, es habe „nur faktische, keine rechtliche Bindungswirkung“ (MünchArbR/Fischinger, § 6 Rdnr. 32 f.; Picker, JZ 1988, 1 ff., 69 ff.), zu Fehlvorstellungen (näher Rüthers/Fischer/Birk, Rechtslehre, 11. Aufl. 2020, Rdnr. 235–258). Wer das geltende deutsche Arbeitsrecht sucht, wird es vielfach nur als Richterrecht finden. Die Bindungswirkung der Entscheidungen letzter Instanz für die Untergerichte ist prozessrechtlich im Ergebnis stärker gewährleistet als die Gesetzesbindung. Rechtsfragen, zumal solche der Normsetzungskompetenz, sind immer auch Machtfragen. Seit langem sind wichtige Teile der arbeitsrechtlichen Normsetzung vom Parlament durch Untätigkeit an das BAG delegiert worden, wie insbesondere beim Streikrecht sehr deutlich wird.

22

## II. Einschränkung der Vertragsfreiheit durch den Staat

Das Arbeitsrecht hält am Grundsatz der Vertragsfreiheit fest (vgl. § 105 Satz 1 GewO). Wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit der Arbeitnehmer wird die Vertragsfreiheit aber vom Staat durch nicht abdingbare Gesetze eingeschränkt.

23

a) Vertragsfreiheit bedeutet zunächst *Abschlussfreiheit*. Danach ist jeder frei darin, ob und mit wem er einen Vertrag schließt. Das kann dazu führen, dass bestimmte Personengruppen nur schwer einen Arbeitsplatz finden. Dem wirken gesetzliche Vorschriften entgegen.

So darf der Arbeitgeber einen Bewerber bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses z. B. nicht wegen seines Geschlechts benachteiligen (§§ 7, 1 AGG). Das SGB IX sieht vor, dass private und öffentliche Arbeitgeber (mit mindestens 20 Arbeitsplätzen) gegenüber dem Staat verpflichtet sind, auf wenigstens 5 % der Arbeitsplätze Schwerbehinderte zu beschäftigen (vgl. §§ 71 ff. SGB IX).

- 24** b) Vertragsfreiheit bedeutet auch die *Freiheit der inhaltlichen Gestaltung* des Vertrags. Beide Parteien sind in der Lage, den Inhalt des Vertrags frei zu bestimmen. Das kann – insbesondere bei einem Überangebot von Arbeitskräften – zu Arbeitsbedingungen führen, die weder dem Entgeltsschutz noch dem Gesundheitsschutz oder dem Kündigungsschutz des Arbeitnehmers Rechnung tragen. Das soll durch zwingende gesetzliche Bestimmungen verhindert werden.
- 25** (1) *Entgeltsschutz*: Lange Zeit konnte das deutsche Arbeitsrecht keinen Entgeltsschutz im Sinne eines staatlichen Mindestlohnes. Vorübergehend sollte er durch das mit Gesetz v. 22.4.2009 reaktivierte Mindestarbeitsbedingengesetz (MiArbG) gesichert werden, da die Bundesregierung durch Rechtsverordnung in bestimmten Wirtschaftszweigen, in denen die Tarifbindung nur schwach ausgeprägt war, Mindestentgelte festsetzen konnte. Praktische Bedeutung hat das MiArbG indes nicht erlangt. Mit Inkrafttreten des Mindestlohngesetzes (MiLoG) am 16.8.2014 hat sich die Rechtslage grundlegend geändert: Nunmehr hat jeder Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung eines Arbeitsentgelts mindestens in Höhe des Mindestlohns durch den Arbeitgeber (vgl. § 1 Abs. 1 MiLoG). Dieser beträgt seit 1.1.2020 brutto 9,35 Euro je Zeiteinheit (näher Rdnr. 313). Daneben tritt eine Vielzahl branchenspezifischer Mindestlöhne, die aufgrund von nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz (AEntG) erlassenen Rechtsverordnungen für alle Arbeitgeber verbindlich sind. Bei Arbeitsausfall etwa durch Krankheit behält der Arbeitnehmer kraft zwingenden Gesetzes (vgl. EFZG; Rdnr. 433 ff.) unter bestimmten Voraussetzungen seinen Entgeltanspruch.
- 26** (2) *Gesundheitsschutz*: Ihm dienen z. B. die gesetzlich festgelegte Höchstarbeitszeit (vgl. etwa § 3 ArbZG), der gesetzliche Anspruch auf Erholungsurlaub (BUrlG), die Bestimmungen zum Schutze der arbeitenden Jugend (JArbSchG), die Vorschriften zum Schutze der erwerbstätigen Mutter (MuSchG; Rdnr. 466 ff.), die Pflicht des Arbeitgebers zur Krankenfürsorge bei Aufnahme des Arbeitnehmers in die häusliche Gemeinschaft (§ 617 BGB) und zu Schutzmaßnahmen (ArbSchG, § 618 BGB, § 62 HGB) sowie zahlreiche Unfallverhütungsvorschriften. Der Regeneration der Arbeitskraft dient der bezahlte Erholungsurlaub, auf den nach dem Bundesurlaubsgesetz jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr einen Anspruch hat (Rdnr. 471 ff.).
- 27** (3) *Kündigungsschutz*: Weil der Arbeitsplatz regelmäßig die einzige Erwerbsquelle des Arbeitnehmers ist, soll er durch das Kündigungsschutzgesetz (Rdnr. 541 ff.) besonders gesichert werden. Danach kann das Arbeitsverhältnis, das länger als sechs Monate bestanden hat, vom Arbeitgeber in Betrieben mit mehr als zehn Arbeitnehmern nur unter besonderen Umständen wirksam gekündigt werden (§§ 1 Abs. 1, 23 Abs. 1 Satz 2, 3 KSchG). Deutschland zählt damit weltweit zu den Ländern mit dem am stärksten ausgeprägten Kündigungsschutz.
- 28** c) Der arbeitsrechtliche Sozialschutz hat ökonomische Funktionsgrenzen. Die unlösbare Verknüpfung des Arbeitsrechts mit der Wirtschaftsordnung kann gegenläufige Wirkungen entfalten. Das gilt vor allem dort, wo die Vertragsfreiheit der Arbeitgeberseite unterschiedliche Gestaltungsmöglichkeiten gibt, etwa zwischen der Schaffung neuer Arbeitsplätze oder der Investition in anderen Bereichen (Automation, Auslandsproduktion, Verzicht auf erhöhten Umsatz). Schon Friedrich Engels hat darauf hingewiesen, dass die Gesetze der ökonomischen Organisation der Gesellschaft mächtiger sind als alle juristischen Gesetze (Karl Marx/Friedrich



Engels, Werke, Bd. 19, 1962, S. 251). Wer das nicht beachtet, mag Wunschvorstellungen idealen Arbeitsrechtsschutzes rechtlich normieren, bewirkt aber evtl. das Gegenteil des Gewollten, wie z. B. negative Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt. Der Arbeitsrechtsschutz muss, wenn er wirksam werden soll, diese Doppelwirkung beachten. Normativer Sozialschutz verursacht dort, wo er von ökonomischen Gesetzmäßigkeiten durchkreuzt wird, bisweilen mehr Schaden als Nutzen.

d) Die *richterliche Inhaltskontrolle i. S. einer Billigkeitskontrolle* ist im Arbeitsrecht seit jeher ein wichtiges Instrument zum Ausgleich unterschiedlicher struktureller Machtpositionen der Arbeitsvertragsparteien. Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat im Verlauf der Entwicklung des Arbeitsrechts zunehmend für sich die Befugnis in Anspruch genommen, Einzelvertragsklauseln, arbeitsvertragliche Einheitsregelungen, aber auch Betriebsvereinbarungen darauf zu überprüfen, ob ihr Inhalt in schwerwiegender Weise gegen Gerechtigkeitsgrundsätze verstößt (BAG AP Nr. 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt – Unverfallbarkeit; NZA 1994, 937). Als Rechtsgrundlage diente lange Zeit in erster Linie § 315 BGB. Seit im Zuge der Schuldrechtsreform die früher für das Arbeitsvertragsrecht geltende Bereichsausnahme vom AGB-Recht aufgehoben wurde (§ 310 Abs. 4 BGB), sind die Möglichkeiten der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln massiv ausgeweitet worden. Seither unterliegen nahezu alle Arbeitsverträge (Ausnahme: Arbeitsverträge mit Führungskräften), weil vom Arbeitgeber vorformuliert, der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (Rdnr. 205 ff.). Obwohl arbeitsrechtliche Besonderheiten (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) zu berücksichtigen sind, hat die Rechtsprechung seither eine Vielzahl früher als unbedenklich angesehene Vertragsklauseln beanstandet. 29

### III. Vertragsfreiheit und Tarifvertrag

Einseitig zum Nachteil des schwächeren Arbeitnehmers wirkende Ergebnisse werden vermieden, wenn beim Vertragsschluss auf der Arbeitnehmerseite nicht der einzelne Arbeitnehmer, sondern eine Vereinigung der Arbeitnehmer steht. Das ist beim Tarifvertrag (Rdnr. 775 ff.) der Fall. Hier führt das Prinzip der Vertragsfreiheit in aller Regel zu gerechten Ergebnissen, da annähernd gleich starke Parteien den Tarifvertrag schließen und diesen notfalls durch Arbeitskampf (Rdnr. 864 ff.) erzwingen können. 30

Existenz und Betätigung der Gewerkschaften, zu denen sich die Arbeitnehmer im Wege der Selbsthilfe zusammengeschlossen haben, sind heute verfassungsrechtlich geschützt. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet allen Arbeitnehmern die Freiheit, sich zu ihnen zusammenzuschließen. Die Gewerkschaften treten den Arbeitgebern und den gleichfalls durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützten Arbeitgeberverbänden als ebenbürtige Partner gegenüber; sie schließen mit diesen den Tarifvertrag ab. Die Normen des Tarifvertrags wirken wie ein Gesetz unmittelbar und zwingend auf den Arbeitsvertrag ein (§§ 1, 3, 4 TVG; Einzelh.: Rdnr. 804 ff.). 31

Beispiel: In einem Verbandstarifvertrag einigen sich der Arbeitgeberverband A und die Gewerkschaft G für eine bestimmte Tätigkeit (Entgeltgruppe) auf einen Stundenlohn von 16,- Euro. Ein Arbeitgeber, der dem Verband A angehört, vereinbart im Arbeitsvertrag mit einem in der Gewerkschaft G organisierten Arbeitnehmer einen Stundenlohn von 14,50 Euro. Zwingende Wirkung des Tarifvertrags: Die Lohnvereinbarung von 14,50 Euro wird verdrängt. Unmittelbare Wirkung des Tarifvertrags: Der Tariflohn von 16,- Euro tritt an die Stelle der

einzelvertraglichen Vereinbarung (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG; Rdnr. 805), wird aber nicht Bestandteil des Einzelarbeitsvertrags.

- 32** Die Vertragsfreiheit der Parteien des Arbeitsvertrags wird durch den Tarifvertrag jedoch insoweit nicht eingeschränkt, als die einzelvertragliche Abmachung für den Arbeitnehmer günstiger ist als die tarifliche Regelung (§ 4 Abs. 3 TVG; Günstigkeitsprinzip; Rdnr. 807 ff.).

Im Beispielsfall würde ein arbeitsvertragliches Entgelt von 17,- Euro/Stunde nicht durch den Tarifvertrag verdrängt.

#### IV. Schutz des Arbeitnehmers durch die Betriebsverfassung

- 33** Verträge gibt es auch auf der betrieblichen Ebene; so kann der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber eine Betriebsvereinbarung (§ 77 BetrVG; Rdnr. 1059 ff.) über Arbeitsbedingungen sowie über betriebliche Fragen schließen. Die inzwischen 100 Jahre alte Betriebsverfassung ist eine der wichtigsten Säulen des deutschen Arbeitnehmerschutzsystems. Weltweit hat kein demokratisch legitimiertes Vertretungsorgan der Arbeitnehmer mehr zwingende Mitbestimmungsrechte als der deutsche Betriebsrat. So muss er bei allen wichtigen Maßnahmen des Arbeitgebers in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten beteiligt werden (Rdnr. 1079 ff.).

Beispielsweise besteht bei den in § 87 Abs. 1 BetrVG aufgeführten sozialen Angelegenheiten ein Mitbestimmungsrecht (Rdnr. 1084 ff.). Der Arbeitgeber kann also eine dort genannte Maßnahme (z. B. Änderung des Beginns der täglichen Arbeitszeit, die Anordnung von Kurzarbeit oder von Überstunden) nicht einseitig vornehmen; sondern muss zuvor die Zustimmung des Betriebsrats einholen. Anderenfalls ist die Maßnahme unwirksam.

#### V. Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern in Gesellschaftsorganen

- 34** Weltweit führend ist Deutschland auch im Bereich der sog. Unternehmensmitbestimmung. Das zum 1.7.2004 in Kraft getretene Drittelbeteiligungsgesetz (BGBI. 2004 I, S. 974) und die Mitbestimmungsgesetze (MitbestG 1976, MontanmitbestimmungsgG) sehen eine Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsorganen von Kapitalgesellschaften vor (Rdnr. 1194 ff.), wobei in den großen Gesellschaften mit mehr als 2000 Arbeitnehmern sogar die Hälfte der Aufsichtsratsmitglieder von den Arbeitnehmern gewählt werden. Mitbestimmungsrechtliche Regularien gibt es nach dem SEBG auch für die supranationale Gesellschaftsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) (Rdnr. 1217 ff.) und nach dem MgVG auch für Unternehmen, die aufgrund einer grenzüberschreitenden Verschmelzung entstehen. Diese Formen der Unternehmensmitbestimmung dienen ebenfalls – wenn auch mittelbar – dem Schutz der Arbeitnehmer. Die Arbeitnehmervertreter stehen nicht – wie der Betriebsrat – dem Arbeitgeber gegenüber, sondern sind Mitglieder des Kontrollorgans (bei der SE eventuell auch des Verwaltungsorgans) des Unternehmens. Sie entscheiden also auch über solche Fragen, welche Arbeitnehmerinteressen nicht unmittelbar berühren. Sie stellen aber sicher, dass bei allen Entscheidungen (etwa Standortentscheidung) auch die Belange der Belegschaft berücksichtigt werden.