

# 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? **1**
- 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.
- 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.

## I. 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 Selbständige, 1988; *Zöllner*, Der kritische Weg des Arbeitsrechts zwischen Privatkapitalismus und Sozialstaat, NJW 1990, 1.

### 1. Begriff/Entstehung/Aufgaben

- a) **Begriff.** 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 Lebensum- **2**

stände, 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 unselbständigen „Arbeitnehmern“ geleistet, die ihren „Arbeitgebern“ vertraglich vereinbarte Dienste schulden. Die *Arbeitnehmer* geben also ihre Arbeit als geschuldete Leistung. Der Arbeitnehmerbegriff (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.
- 5 **b) Arbeitsrecht und Industriegesellschaft.** 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.
- 6 **c) 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: ei-

ner „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. **7**

Die Abhängigkeit vom politischen System wird anschaulich am Beispiel des 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 freigewählten Betriebsräte durch zentral gesteuerte Betriebsgewerkschaftsorganisationen 1950; Grundgesetz 1949: Betriebsverfassungsgesetz 1952, novelliert 1972 und 2001).

**d) 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 gegen BAG AP Nr. 2 zu § 134 BGB). Zur Bindung der arbeitsrechtlichen Normsetzer (insbesondere der Tarifparteien) an die Grundrechte vgl. Rdnr. 120, 659. **8**

Zwischen dem Arbeitsrecht und der Wirtschaftsordnung besteht ein unlösbarer Zusammenhang (vgl. dazu Zöllner, NJW 1990, 1). Das Arbeitsrecht kann in seinen umfassenden Steuerungsaufgaben zutreffend 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 Wirtschafts-„verfassung“ 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.) **9**

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 nach h.L. in Art. 9 Abs. 3 (jedenfalls) einen Kernbereich der staatsfreien Tarifautonomie und (als Hilfsinstrument derselben) der 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“ bezeichnet wird. 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 unerträgliche soziale Folgewirkungen des freien Marktes zu verhindern und zu mildern.
- 11** e) **Eigentumsverfassung und Arbeitsrecht.** 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 auch aus dem Privateigentum 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, in Lehrbüchern bis heute vertreten, wird der Vielfalt der ordnungspolitischen Aufgaben des Arbeitsrechts nicht mehr gerecht.
- 13** Das Arbeitsrecht erfüllt in entwickelten Industriegesellschaften mehrere zentrale Aufgaben:
- 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 Tarifautono-

mie 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 Industriegesellschaften, 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 in jeder Industriegesellschaft wird maßgeblich vom Arbeitsrecht beeinflusst.

14

f) **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“ (Gammillscheg, AcP 164 (1964), 385, 388). Aus Dienern des Gesetzes sind macht- und selbstbewusste Herren der Arbeitsrechtsordnung – leider oft mit 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). Dabei scheut sich der 1. Senat des BAG nicht, seine veränderten Vorstellungen zur Rechtspolitik entgegen der Rspr. des Großen Senats unter wiederholter und mehrfach kritizierter Verletzung seiner Vorlagepflicht (§ 45 Abs. 2, 4 ArbGG)

16

durchzusetzen, etwa den „ultima-ratio“-Grundsatz und die Kampfparität im Arbeitskampfrecht nahezu vollständig zu liquidieren (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 durch die wachsende Normsetzungsfreude der letztinstanzlichen Gerichte maßgeblich gefördert (vgl. auch Rdnr. 20 ff.).
- 18** g) **Grenzen der individuellen Vertragsfreiheit.** 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 jedoch 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 oft 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 gar nichts anderes übrig, als auf die Arbeitsbedingungen des Arbeitgebers einzugehen. Nicht zu Unrecht hat man die Vertragsfreiheit als Vogelfreiheit 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 Kollektivvereinbarungen sowie die Beteiligung der Arbeitnehmer an den Entscheidungsprozessen im Betrieb und im Unternehmen.
- 20** h) **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/Richardi, § 5 Rdnr. 1 ff.; vgl. aber den Diskussionsentwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes, Henssler/Preis, NZA 2007, Beil. zu Heft 21 sowie

Rdnr. 114). Die Gesetzgebung begnügt sich mit kurzatmig konzipierten, oft schludrig formulierten und kurzfristig novellierten Einzelgesetzen.

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 heute zum wesentlichen, ja zum überwiegenden 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

Angesichts dieser Tatsache führt die lapidare Feststellung der h. M., Richterrecht sei keine Rechtsquelle, es habe „nur faktische, keine rechtliche Bindungswirkung“ (MünchArbR/Richardi, § 6 Rdnr. 32 f.; Picker, JZ 1988, 1 ff., 69 ff.), zu Fehlvorstellungen (näher Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 8. Aufl. 2015, Rdnr. 235–258). Wer das geltende deutsche Arbeitsrecht sucht, wird es überwiegend 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 große Teile der arbeitsrechtlichen Normsetzung vom Parlament durch Untätigkeit an das BAG delegiert worden. 22

## 2. 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).

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 noch dem Kündigungsschutz des Arbeitnehmers Rechnung tragen. Das soll durch zwingende gesetzliche Bestimmungen verhindert werden. 24

(1) *Entgeltsschutz*: Lange Zeit kannte das deutsche Arbeitsrecht keinen Entgeltsschutz im Sinne eines staatlichen Mindestlohnes. Vorübergehend wurde er durch das mit Gesetz v. 22.4.2009 reaktivierte Mindestarbeitsbedingungengesetz (Mi-ArbG) dergestalt gesichert, dass die Bundesregierung durch Rechtsverordnung in bestimmten Wirtschaftszweigen, in denen die Tarifbindung nur schwach aus- 25

geprägt 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 ab 1.1.2015 brutto 8,50 Euro bzw. ab 1.1.2017 voraussichtlich brutto 8,84 Euro je Zeitstunde (näher Rdnr. 272). Bei Arbeitsausfall etwa durch Krankheit behält der Arbeitnehmer kraft zwingenden Gesetzes (vgl. EFZG; Rdnr. 368 ff.) unter bestimmten Voraussetzungen seinen Entgeltanspruch. Nach dem Bundesurlaubsgesetz hat jeder Arbeitnehmer in jedem Kalenderjahr einen Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (Rdnr. 402 ff.).

- 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. 398 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.
- 27** (3) *Kündigungsschutz*: Weil der Arbeitsplatz regelmäßig die einzige Erwerbsquelle des Arbeitnehmers ist, soll er durch das Kündigungsschutzgesetz (Rdnr. 462 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, er 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.
- 29** d) Die *richterliche Inhaltskontrolle i. S. einer Billigkeitskontrolle* ist im Arbeitsrecht 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 (vgl. z. B. ArbG Frankfurt/Main DB 1999, 2474), arbeitsvertragliche Einheitsregelungen, aber auch Betriebsver-

einbarungen darauf zu überprüfen, ob ihr Inhalt in schwerwiegender Weise gegen Gerechtigkeitsgrundsätze verstößt (BAG AP Nr. 8 zu § 242 BGB Ruhegehalt – Unverfallbarkeit; NZA 1994, 937). Die Unbilligkeit muss krass und offensichtlich sein. Als Rechtsgrundlage dient u. a. § 315 BGB (zahlreiche Beispiele bei Gamillscheg, Arbeitsrecht I, S. 149 ff.). Seit im Zuge der Schuldrechtsreform die früher für das Arbeitsvertragsrecht geltende Bereichsausnahme vom AGB-Recht aufgehoben wurde (vgl. § 310 Abs. 4 BGB), sind außerdem nahezu alle Arbeitsverträge (Ausnahme: Arbeitsverträge mit Führungskräften) einer strengen Inhaltskontrolle unterworfen. Als vom Arbeitgeber vorformulierte Verträge unterliegen sie der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB (Rdnr. 177 ff.). Obwohl arbeitsrechtliche Besonderheiten (§ 310 Abs. 4 Satz 2 BGB) zu berücksichtigen sind, hat die Rechtsprechung seither zahlreiche früher als wirksam angesehene Vertragsklauseln beanstandet.

### 3. 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. 655 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. 735 ff.) erzwingen können.

Die Gewerkschaften, zu denen sich die Arbeitnehmer im Wege der Selbsthilfe zusammengeschlossen haben und die bis zur Mitte des 19. Jahrhunderts sowie zur Zeit der NS-Herrschaft verboten waren, sind heute verfassungsrechtlich geschützt. Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet den Arbeitnehmern die Freiheit, sich zu Gewerkschaften 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. 680 ff.).

Beispiel: In einem Verbandstarifvertrag einigen sich der Arbeitgeberverband A und die Gewerkschaft G für eine bestimmte Arbeit auf einen Stundenlohn von 14,- Euro. Ein Arbeitgeber, der dem Verband A angehört, vereinbart im Arbeitsvertrag mit einem in der Gewerkschaft G organisierten Arbeitnehmer einen Stundenlohn von 12,50 Euro. Zwingende Wirkung des Tarifvertrags: Die Lohnvereinbarung von 12,50 Euro wird verdrängt. Unmittelbare Wirkung des Tarifvertrags: Der Tariflohn von 14,- Euro tritt an die Stelle der einzelvertraglichen Vereinbarung (§ 4 Abs. 1 Satz 1 TVG; Rdnr. 681), wird aber nicht Bestandteil des Einzelarbeitsvertrags.

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. 683 ff.).

Im Beispielsfall würde ein arbeitsvertragliches Entgelt von 15,- Euro/Stunde nicht durch den Tarifvertrag verdrängt.

30

31

32

#### 4. 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. 988 ff.) über Arbeitsbedingungen sowie über betriebliche Fragen schließen.

Auch die Rechte des Betriebsrats dienen dem Schutz der Arbeitnehmer. Zahlreiche Maßnahmen des Arbeitgebers in sozialen, personellen und wirtschaftlichen Angelegenheiten bedürfen der Beteiligung des Betriebsrats (Rdnr. 901 ff.).

So hat der Betriebsrat bei den in § 87 Abs. 1 BetrVG aufgeführten sozialen Angelegenheiten ein Mitbestimmungsrecht (Rdnr. 905 ff.). Der Arbeitgeber kann also eine dort genannte Maßnahme (z. B. Änderung des Beginns der täglichen Arbeitszeit oder die Anordnung von Kurzarbeit oder Überstunden) nicht einseitig vornehmen; sie bedarf der Zustimmung des Betriebsrats.

#### 5. Mitwirkung von Arbeitnehmervertretern in Gesellschaftsorganen

- 34** Das zum 1.7.2004 in Kraft getretene Drittelbeteiligungsgesetz (BGBl. 2004 I, S. 974) und die Mitbestimmungsgesetze (MitbestG 1976, MontanmitbestimmungsgG) sehen eine Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsorganen von Kapitalgesellschaften vor (Rdnr. 1030 ff.). Für die supranationale Gesellschaftsform der Europäischen Aktiengesellschaft (SE) sieht das SEBG in einigen Konstellationen ebenfalls mitbestimmungsrechtliche Regularien vor, die sowohl das Aufsichts- als auch das Verwaltungsgremium betreffen (Rdnr. 1044 ff.). Ähnliche Regelungen bestehen für grenzüberschreitende Verschmelzungen nach dem MgVG. Diese Formen der Unternehmensmitbestimmung können ebenfalls – allerdings nur mittelbar – dem Schutz der Arbeitnehmer dienen. Die Arbeitnehmervertreter stehen nicht – wie der Betriebsrat – dem Arbeitgeber gegenüber; sie sind Mitglieder des Kontrollorgans (bei der SE eventuell auch des Verwaltungsorgans) des Unternehmens und entscheiden auch über solche Fragen, welche Arbeitnehmerinteressen nicht unmittelbar berühren (vgl. den Fall Mannesmann: Abstimmung über die Abfindung des Vorstandsvorsitzenden).

#### 6. Rechtsschutz

- 35** Rechtsschutz wird im Arbeitsrecht durch die Gerichtsbarkeit in Arbeitssachen gewährt. Einzelheiten zum arbeitsgerichtlichen Verfahren: Rdnr. 1045 ff.

Im Fall a ist der Monatslohn als Anspruch aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis mit der GmbH beim Arbeitsgericht einzuklagen (§ 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG).

## II. Arbeitsverhältnis

**Schrifttum:** *Franzen*, Der Franchisevertrag als Arbeitsvertrag?, in: Festschrift 50 Jahre BAG, 2004, S. 31; *Gerber*, Die Scheinselbständigkeit im Rahmen des Einzelarbeitsvertrages, 2005; *Grobys*, Abgrenzung von Arbeitnehmern und Selbständigen, NJW-Spezial 2005, 81; *Hromadka*, Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter?, NJW 2003, 1847; *Menken*, Arbeitsrechtliche Probleme des Ehegattenverhältnisses, DB 1993, 161; *Richardi*, Der Begriff des leitenden Angestellten, AuR 1991, 33; *ders.*, „Scheinselbständigkeit“ und arbeitsrechtlicher Arbeitnehmerbegriff, DB 1999, 958; *Schirdewahn*, Die vier zentralen Begriffe des Arbeitsrechts, 2005; *Schwarze*, Arbeitnehmerbegriff und Vertragstheorie, ZfA 2005, 81; *Wank*, Arbeitnehmer und Selbständige, 1988.

- 36** Das Arbeitsrecht gilt für Arbeitsverhältnisse und für deren Vertragsparteien, nämlich Arbeitnehmer (Rdnr. 57 ff.) und Arbeitgeber (Rdnr. 63 f.). Diese zentra-