

Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

63

Stephan Seiwert

# Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht

Die Begrenzung individueller und kollektiver Vertragsfreiheit  
durch dispositives und zwingendes Gesetzesrecht



**Nomos**

**Studien zum  
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

Prof. Dr. Martin Henssler, Universität zu Köln  
Prof. Dr. Martin Franzen, Universität München  
Prof. Dr. Abbo Junker, Universität München  
Prof. Dr. Peter Schüren, Universität Münster

Band 63

Stephan Seiwert

# Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht

Die Begrenzung individueller und kollektiver Vertragsfreiheit  
durch dispositives und zwingendes Gesetzesrecht



**Nomos**

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

Zugl.: Bonn, Univ., Diss., 2016

ISBN 978-3-8487-4276-9 (Print)

ISBN 978-3-8452-8539-9 (ePDF)

1. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Dezember 2016 von der Universität Bonn als Dissertation angenommen. Danken möchte ich zunächst meinem Doktorvater, Herrn *Professor Dr. Raimund Waltermann*, der mein Interesse für das Arbeitsrecht geweckt und mir die Möglichkeit zur Mitarbeit an seinem Lehrstuhl gegeben hat. Herrn *Professor Dr. Gregor Thüsing, LL.M.* gilt besonderer Dank. Er hat zügig das Zweitgutachten erstellt und darüber hinausgehend in der Schlussphase des Projekts ganz überobligatorisch zu dessen Gelingen beigetragen. Herr *Professor Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M.* hat in dankenswerter Weise den Prüfungsvorsitz geführt. Herrn *Professor Dr. Henssler*, Herrn *Professor Dr. Franzen*, Herrn *Professor Dr. Junker* und Herrn *Professor Dr. Schüren* danke ich sehr für die Aufnahme in ihre schöne Schriftenreihe.

In meiner an die Annahme der Dissertation anschließenden Zeit als Mitarbeiter von *Professor Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter* lerne ich durch seine in jeder Hinsicht humane Art neue Seiten des wissenschaftlichen Betriebs kennen. Dafür gebührt ihm mein tiefer Dank.

In meiner wissenschaftlichen Entwicklung ermutigt und inspiriert haben mich während ihrer Assistentenzeit *Dr. Tim Husemann*, *Dr. Christian Picker*, *Dr. Adam Sagan* und *Professor Dr. Daniel Ulber*.

Verbunden bin ich meinen ehemaligen Kollegen Herrn *Richter Dr. Martin Assenmacher*, Herrn *RA Dr. Daniel Krämer*, Frau *RAin Dr. Antonia Reitter* und Herrn *Joachim Wenning* für das quantitative und qualitative Ausmaß an Zuspruch, Unterstützung, Rückendeckung und Solidarität, die ich durchgehend erfahren habe. Herr *Joachim Wenning* musste nicht nur stets die Ideen meiner Arbeit mit mir diskutieren, sondern hat auch in ganz und gar beeindruckender Weise die erste Lektüre der Arbeit übernommen.

Aus verschiedenen Gründen zu tief empfundenen Dank verpflichtet bin ich außerdem meinen guten Freunden *Dr. rer. nat. Daniel Richter, M. Sc., Dr. med. Christopher Willerscheid* und *Kommissar David Willerscheid, B.A.*, meinen Mitstreitern im Referendariat *Dr. Mathis Kampermann* und *Dr. Max Schulz*, meinen Eltern, meinen Schwiegereltern, meinem Schwiegeronkel und vor allem meiner Frau Lisa. Ihr ist diese Arbeit gewidmet.



# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	25
Einleitung	31
A. Tarifdispositives Recht	31
I. Grundgedanke tarifdispositiven Gesetzesrechts	31
II. Rechtshistorische Annäherung: Gemeinsame Entwicklung von Tarifvertrag, Arbeitnehmerschutzrecht und tarifdispositivem Gesetzesrecht	32
III. Tarifdispositives Recht als Dauerbaustelle der Arbeitsrechtswissenschaft	34
1. Schrittmacher: Tatsächliche Entwicklungen	34
2. Der Zusammenhang von Gestaltungsfreiheit, Kräfteungleichgewichten und Fehlentwicklungen	38
B. Untersuchungsgegenstand	41
I. Untersuchte Frage	41
II. Präzisierung: (Tarif-)dispositives Recht und Rechtmäßigkeit von (Tarif-)verträgen	42
III. Bisherige Untersuchungen	45
1. Tarifdispositives Recht	45
2. Parallelen im Bürgerlichen Recht	47
C. Unterfragen und Gang der Darstellung	49
Kapitel 1 Grundlagen: Private Gestaltungsfreiheit und staatliches Recht	50
A. Rechtliche Wirkung privater Regeln	50
I. Grundlegende Begriffe	50
1. Recht	50
2. Regel	52
3. Rechtsnorm	52
4. Private Rechtsetzung	53
5. Gestaltungsfreiheit und Vertragsfreiheit	55

II. Entstehung der rechtlichen Wirkung privater Regeln	55
1. Die Geltung von Recht	56
2. Zweigleisigkeit der Entstehung rechtlicher Wirkung privater Regeln	58
3. Bedeutung der Autonomie	61
a) Autonome Regelbildung als Voraussetzung der rechtlichen Wirkung	61
b) Zusammenspiel von Autonomie und Anerkennung durch den Aktstyp	63
4. Andere Erklärungsmodelle	65
a) Originäre Rechtsregelungsbefugnis	65
b) Delegation staatlicher Rechtsregelungsbefugnis	67
c) Besonderheiten bei der Setzung von Tarifvertragsnormen?	69
aa) Einordnung	69
bb) Lehre von der mitgliedschaftlichen Legitimation und „kollektiv ausgeübte Privatautonomie“	69
(1) Ausgangspunkt	69
(2) Herleitung der Tarifautonomie	70
(3) Die Erklärung der Wirkung der Tarifnormen	74
III. Kollision von autonomen Rechtsregeln und staatlichem Recht	75
1. Vorliegen von Kollisionen	75
2. Notwendigkeit der Auflösung von Kollisionen	76
3. Auflösung von Kollisionen	78
a) Insbesondere: Der Satz „lex superior derogat legi inferiori“ und der Stufenbau der Rechtsordnung	78
b) Kollision zwischen autonomem und staatlichem Recht	80
aa) Höherer Rang staatlichen Rechts	80
bb) Folgen von Kollisionen zwischen autonomen Rechtsregeln und staatlichem Recht	80
B. Grundrechte und Anerkennung autonomer Gestaltungen	82
I. Eingriff und Ausgestaltung	82
1. Eingriff	82
2. Ausgestaltung	84

3. Abgrenzung	85
4. (Tarif-)dispositives Recht – Eingriff oder Ausgestaltung?	88
II. Staatliche Schutzpflichten	91
1. Allgemeines	91
2. Staatliche Schutzpflicht und private Gestaltungsfreiheit	92
3. Insbesondere: Staatliche Schutzpflichten und Tarifvertrag	96
a) Ausgangspunkt	96
b) Strukturelle Unterlegenheit und ungewöhnlich belastende Folgen	96
c) Unentrinnbarkeit der staatlichen Schutzpflicht	99
d) Kein Grundrechtsverzicht durch Verbandsbeitritt	100
e) Zwischenergebnis	101
III. Bindung privater Regler an die Grundrechte?	102
1. Geklärtes im Bürgerlichen Recht	102
2. Ungeklärtes im kollektiven Arbeitsrecht	103
3. Hier zugrundegelegte Auffassung: Konsequente Anwendung der staatlichen Schutzpflichten-Verpflichtung	105
C. Zwischenergebnis	106
Kapitel 2 Struktur (tarif-)dispositiven Rechts	108
A. Die Dispositionswirkung	108
I. Ausgangspunkt	108
II. „Mutationstheorie“: Geltungsveränderung von Recht	108
1. Der Gedanke der „mutatio iuris“	108
2. Jus publicum privatorum pactis mutari non potest – Missachtung der Absolutheit der Geltung von Recht	109
3. Fortleben der Mutationstheorie	112
III. Dispositivität als Anwendungsvorbehalt	112
1. Die Unterscheidung von Geltung und Anwendbarkeit	113
2. Zwei Regelebenen	114
a) Anwendungsvorbehalte im Recht	114
b) Sachregel und Statusregel	116
3. Die Auflösung der Kollision von Sachregeln und abweichenden Rechtsregeln durch die Statusregel	118
a) Ausgangspunkt	118

b) Die Statusregel als Kollisionsregel	118
c) „Pactum derogat legi dispositivae“?	119
B. Begriff und Merkmale dispositiven Rechts	120
I. Merkmale dispositiven Rechts und Voraussetzungen der Disposition	120
1. Klassische Begriffsbestimmung	120
2. Das Dispositionssubjekt	121
3. Das Dispositionsobjekt	122
4. Der Dispositionsakt	123
a) Ausgangspunkt	123
b) Anforderungen an den Dispositionsakt	124
c) Tarifdispositives Recht	125
d) Begriffliche Systematisierung	126
e) Kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien	127
5. Dispositionsanforderungen	127
a) Zweck von Dispositionsanforderungen	128
b) Anforderungen an den Dispositionsinhalt	128
II. Begriff des dispositiven Rechts	131
1. Dispositives Recht	131
2. Tarifdispositives Gesetzesrecht	131
III. Abgrenzungen	132
1. Andere Bezeichnungen für dispositives Recht	132
2. Verbotsgesetze	134
C. Zwischenergebnis	135
Kapitel 3 Private Gestaltungsfreiheit und (tarif-)dispositives Gesetzesrecht	137
A. Ausgangspunkt: Determinanten privater Gestaltungsfreiheit	137
I. Determinanten	137
II. Beispiel: § 276 BGB	137
III. Gang der Darstellung	138

B. Generalklauseln, generalklauselartige Grundsätze und dispositives Recht	139
I. Generalklauseln, dispositives Recht und private Gestaltungsfreiheit	139
1. Bürgerliches Recht	140
a) Dispositives Recht und die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe	140
b) „AGB-Kontrolle“ als allgemeine Angemessenheitskontrolle am Maßstab der „wesentlichen Grundgedanken“ dispositiven Gesetzesrechts	141
c) Generalklauseln als faktische Anforderungen an den Dispositionsinhalt	143
2. Besonderheiten des Tarifrechts	143
a) § 242 BGB und die Lehre von der „Unzumutbarkeit“	144
b) § 138 BGB	148
II. Die Bindung an generalklauselartige „Grundsätze“	151
III. Zwischenergebnis	153
C. Feststellung privater Gestaltungsfreiheit durch Auslegung von Gesetzesrecht	154
I. Methodischer Ausgangspunkt: Auslegung von Statusregeln	154
II. Grammatische Auslegung	155
III. Systematische Auslegung	155
1. Ausgangspunkt	155
2. Grundsätzlich kein allgemeines gesetzgeberisches Konzept zum Status von Rechtsnormen	156
a) Konzept des BGB	156
b) Andere Gesetze	157
3. Besonderheiten des tarifdispositiven Rechts	159
a) Das Günstigkeitsprinzip	159
aa) Regelung in § 4 Abs. 3 TVG	159
bb) Verhältnis Tarifvertrag – Gesetz	162
(1) Das Günstigkeitsprinzip als vom Grundgesetz vorgegebene Statusregel für staatliches Recht?	164

(2) Das Günstigkeitsprinzip als ungeschriebene einfachrechtliche Statusregel für staatliches Recht?	165
cc) Zwischenergebnis	169
b) Kein „verdeckt“ tarifdispositives Recht	169
c) Abweichung von individualvertrags- und betriebsvereinbarungsdispositiven Rechtsregeln durch Tarifvertrag	171
IV. Historisch-genetische Auslegung	172
V. Auslegung nach dem Sinn des Gesetzes	173
1. Teleologische Auslegung eines Tatbestandsmerkmals	173
2. Ermittlung des Sinns des Gesetzes	174
a) Auslegungsmittel und Auslegungsziel	174
b) Kein automatischer Schluss von Schutzziele der Sachregel auf den Tatbestand der Statusregel	176
c) Zwischenergebnis	179
VI. Systemkonforme Auslegung	180
1. Ausgangspunkt	180
2. Unionsrecht	181
a) Kurze Grundlegung: Unionsrecht und privates Rechtsregeln	181
b) Unionsrechtskonforme Auslegung	183
aa) Richtlinienkonforme Auslegung und richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	183
bb) Konformauslegung anhand unmittelbar anwendbaren Unionsrechts	186
3. Verfassungsrecht	187
4. Zusammenschau: Private Disposition und systemkonforme Auslegung	187
VII. Zwischenergebnis: Möglichkeiten und Grenzen der Auslegung	188
D. Nicht durch Auslegung zu ermittelnde Beschränkungen privater Gestaltungsfreiheit durch dispositives Recht?	190
I. „Gemeinwohlbindung“ privaten Rechtsregels?	191
1. Ausgangspunkt: Begriff des Gemeinwohls	191
2. Gemeinwohlbindung in der Rechtsprechung	194
3. Rechtsbindung an das Gemeinwohl?	196
a) Ausgangspunkt	196

b) Delegationstheorie und Theorie der originären Rechtsetzungsbefugnis	196
c) Gemeinwohlbindung aus der Stellung des Einzelnen in der „Gemeinschaft“?	197
d) Beachtung des Gemeinwohls als Verfassungserwartung des Grundgesetzes	201
e) Sonderentwicklungen im kollektiven Arbeitsrecht	204
aa) Primär eigennütziges oder primär fremdnütziges Verständnis der Tarifautonomie?	204
bb) Arbeitskämpfrecht	208
f) Gemeinwohl als Topos der „guten Sitten“	210
4. Zwischenergebnis	210
II. „Richtigkeitsgewähr“ und (tarif-)dispositives Gesetzesrecht	211
1. Ausgangspunkt	211
2. Grundlage und systematische Einordnung der Lehre von der „Richtigkeitsgewähr“	212
a) Schmidt-Rimpler und die „Richtigkeitsgewähr“ des Individualvertrags	212
b) Heutige Bedeutung der „Richtigkeitsgewähr“	214
c) Einordnung	216
aa) Richtigkeitsgewähr und Höherrangiges Recht	216
bb) Eingriffsabwehr und Eingriffsrechtfertigung	217
cc) Der Richtigkeitsgedanke als Appell an den Gesetzgeber	218
3. Folgerungen für die Gestaltungsfreiheit bei tarifdispositivem Recht?	219
a) Inhaltskontrolle bei und aufgrund fehlender Parität?	219
b) Ungeschriebene gesteigerte Anforderungen an die Tariffähigkeit und besonderes Repräsentativitätserfordernis?	222
c) Nur „Modifikationen“ wegen nicht vorausgesetzter „Richtigkeitsgewähr“	224
4. Zwischenergebnis	226

III. Beschränkungen aus dem „Wesen“ dispositiven Rechts	226
1. „Ermächtigung“ durch dispositives Recht?	228
a) Bedeutung der Frage für die private Gestaltungsfreiheit	228
aa) Historischer Ausgangspunkt	228
(1) Savignys Deutung des dispositiven Rechts als Ergänzung des unvollständigen Parteiwillens	228
(2) Bülows Gegenkonzeption des dispositiven Rechts als Medium des Transports der staatlichen Ordnung	229
bb) Ermächtigung und Einschränkung der Gestaltungsfreiheit	230
b) Positionierung von Rechtsprechung und Literatur	232
aa) Positionierung der kollektivarbeitsrechtlichen Rechtsprechung?	233
bb) Positionierung der kollektivarbeitsrechtlichen Literatur	234
c) Ermächtigung durch dispositives Recht in der geltenden Rechtsordnung?	236
aa) Delegationstheorien und Erklärung der Rechtswerdung privaten Handelns	236
(1) Konzeptionelle Mängel einer „Delegation“ als Zuständigkeitsübertragung	236
(2) Privates Recht aufgrund staatlicher Ermächtigung?	238
(3) Publizierungserfordernisse, Staatsaufsicht, Pflicht zur Wahrnehmung	239
bb) Lösung auf Basis der geltenden Rechtsordnung: Aufteilung in Autonomie (Zuständigkeit), Aktstyp (Befugnis) und Nichtverstoß gegen höherrangiges Recht	239
cc) Keine rechtlichen Folgen einer rein faktischen „Indienstnahme“	242
dd) Zwischenergebnis	243

d) Bestehen von Besonderheiten des tarifdispositiven Rechts: Ermächtigung durch Ausweitung der personellen oder sachlichen Reichweite der Tarifautonomie?	244
aa) Tarifdispositives Recht und Außenseiterwirkung – personelle Reichweite der Tarifautonomie	245
(1) Ausgangspunkt: „staatsmandatarischen“ Tätigwerden	245
(a) These: Staatsmandat und Inhaltsbindung	245
(b) Hintergrund: Lehre von der mitgliedschaftlichen Legitimation	246
(c) Widersprüchlichkeiten der Annahme eines „staatsmandatarischen“ Tätigwerdens	247
(2) Personelle Reichweite der Tarifautonomie	250
(a) Ausgangspunkt	250
(b) Rechtsprechung des BVerfG und Ordnungswirkung	252
(c) Autonomiebegriff, Wortlaut und Systematik des Art. 9 Abs. 3 GG	253
(d) Ordnung auch mit Außenseiterberührung als Funktionsbedingung der Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen	253
(e) Zwischenergebnis	256
(3) Schutz der Außenseiter und Mitglieder gegenüber dem Tarifvertrag	257
(a) Ausgangspunkt	257
(b) Aktualisierung staatlicher Schutzpflichten bei tarifdispositivem Recht	258
(c) Wesentlichkeitsvorbehalt	259
(d) Unmittelbare und mittelbare Einwirkung von Tarifverträgen auf die Einzelnen – Entscheidung des BAG vom 29. 7. 2009	263

(e) Zwischenergebnis	266
(4) Zwischenergebnis	266
bb) Tarifdispositives Gesetzesrecht und Verschlechterung gegenüber der gesetzlichen Sachregel – sachliche Reichweite der Tarifaufonomie	267
(1) Ausgangspunkt: Die Überlegung Kohtes – „sachnahe Konkretisierung“	267
(2) Delegation wegen Mitwirkung bei der Erfüllung staatlicher Schutzpflichten?	267
(3) Umfasst die Tarifaufonomie in sachlicher Hinsicht nur Arbeitnehmerschutz?	268
(a) Hintergrund: „Eingriffsdogmatisches“ vs. „kompetenzparalleles“ Verständnis von Art. 9 Abs. 3 GG	268
(b) Trennung von Zuständigkeit und Abwehrrecht	269
(c) Tarifaufonomie als umfassende Zuständigkeit zur Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen	270
e) Zwischenergebnis	273
2. Beschränkung aufgrund einer „Ordnungsfunktion“ oder „Leitbildfunktion“ dispositiven Rechts?	274
a) Ausgangspunkt	274
b) Die Entwicklung des Ordnungsverständnisses im Bürgerlichen Recht	276
aa) Stammler: Dispositives Recht als objektive Ordnung	276
bb) Raiser: Dispositives Recht als Maßstab für die immanenten Schranken zugeteilter Freiheiten	277
cc) Die Ausformung des Ordnungsgedankens bei Nipperdey	279
dd) Aufnahme des Ordnungsverständnisses in Form des Leitbildgedankens in der AGB-Rechtsprechung und im AGBG	281
(1) Ausgangspunkt	281
(2) „Leitbildfunktion“	283
(3) Institutionenlehre und Missbrauchsgedanke	284

c) Der Ordnungsgedanke und der Leitbildgedanke im kollektiven Arbeitsrecht	287
aa) Ausgangspunkt	287
bb) Erfordernis eines Sachgrunds zur Abweichung auch für den Tarifvertrag	288
cc) Die Bindung an die „Tragenden Grundsätze des Arbeitsrechts“	290
(1) Ausgangspunkt	290
(2) Die Entscheidung des BAG vom 3. 10. 1969	290
(3) Verständnis der „tragenden Grundsätze“ in der Literatur	292
(a) Verständnis als Verbot der Gesetzesumgehung?	292
(b) Bindung an die „ordnungspolitischen Grundentscheidungen“ der Rechtsordnung?	294
(c) Mindestschutz vor Verschlechterung?	295
(4) Bewertung: Ausdruck des Respekts vor tarifvertraglicher Gestaltung?	296
(5) Zwischenergebnis	297
dd) Beschränkung auf eine „den Grundsatz wahrende Einzelausformung“?	297
ee) Zwischenergebnis	301
d) Unvereinbarkeit der Ableitung von Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit aus der „Ordnungsfunktion“ dispositiven Rechts mit der geltenden Rechtsordnung	302
aa) Ausgangspunkt	302
bb) Ordnungsfunktion und Ordnungswirkung dispositiven Rechts	303
cc) Verständnis des dispositiven Rechts als Spiegel des Verständnisses privater Freiheit	305
(1) Ausgangspunkt	305
(2) Freiheit und rechtliche Selbstbestimmung als oberster Wert	306
(3) „Gerechtigkeit“ oder Gemeinschaft als oberster Wert	308
(4) Der Mittelweg des Grundgesetzes	313

dd) Unbeachtlichkeit anderer Begründungen	318
ee) Methodische Bedenken – Überwindung institutionellen Rechtsdenkens	320
e) Zwischenergebnis	323
IV. Zwischenergebnis: Nicht durch Auslegung zu ermittelnde Beschränkungen privater Gestaltungsfreiheit durch dispositives Recht	323
E. Feststellung dispositiven Rechts durch Rechtsfortbildung	326
I. Ausgangspunkt	326
II. Lücken im Recht bei fehlender und bestehender Statusregel	327
1. Grundlagen	327
a) Die Lücke als Voraussetzung der Rechtsfortbildung	327
b) Die Lücke im engeren Sinn	331
c) Die Lücke im weiteren Sinn	333
2. Lücken im engeren Sinn bei bestehender Statusregel – insbesondere bei tarifdispositivem Recht	334
a) Ausgangspunkt	334
b) Lückenfeststellung anhand „der“ Zwecke dispositiven Rechts oder Maßgeblichkeit der einzelnen Norm?	335
aa) Dispositives Recht im Allgemeinen	335
bb) Tarifdispositives Recht im Besonderen	339
(1) Ausgangspunkt	339
(2) Stets bezweckter Schutz?	340
(a) Ausgangspunkt	340
(b) Verfolgt der Gesetzgeber bei arbeitsrechtlicher Gesetzgebung stets ein Schutzanliegen gegenüber Arbeitnehmern?	340
(c) Kein „Unterlaufen“ des Schutzanliegens?	341
cc) Zwischenergebnis	343
c) Nicht hinreichende Richtlinienumsetzung	344
d) Rechtsfortbildung zur Erfüllung von Schutzpflichten	348
aa) Ausgangspunkt	348

bb) Schutzpflichtenerfüllung und Methode der Rechtsfortbildung im Zivilrecht	350
e) Lücke durch erwartungswidrige Entwicklung der Tarifautonomie?	354
aa) Ausgangspunkt	354
bb) Voraussetzungen der nachträglichen Gesetzeslücke	355
cc) Tariffähigkeit als unzureichende Anforderung?	356
dd) Zwischenergebnis	359
f) Bildung von Fallgruppen der Lückenwahrscheinlichkeit bei tarifdispositivem Gesetzesrecht	359
aa) Ausgangspunkt: Gruppenbildung	359
bb) Gruppe 1: Verbindlicher Grundsatz	360
(1) Ausgangspunkt	360
(2) Einzelne tarifdispositive Normen	361
(a) § 13 Abs. 1 S. 1 BUrLG und § 4 Abs. 4 S. 1 EFZG	361
(b) § 76 Abs. 8 BetrVG	362
(c) § 86 BetrVG	364
(d) § 8 Abs. 4 S. 3 TzBfG	365
(e) § 17 Abs. 3 S. 1 BetrAVG	366
cc) Gruppe 2: Genaue Grenzen durch Dispositionsanforderungen oder sehr begrenzte Abweichungsmöglichkeiten	367
(1) Ausgangspunkt	367
(2) Einzelne tarifdispositive Normen	367
(a) § 48 Abs. 2 ArbGG	367
(b) § 3 Abs. 1 BetrVG	368
(c) § 21a Abs. 1 S. 4 BetrVG	369
(d) § 38 Abs. 1 S. 5 BetrVG	369
(e) §§ 47 Abs. 4, 55 Abs. 4, 72 Abs. 4 BetrVG	370
(f) § 117 Abs. 2 S. 2 BetrVG	370
(g) § 13 Abs. 4 S. 1 TzBfG	371
(h) §§ 7, 12 ArbZG und § 21a JArbschG	371
(i) § 622 Abs. 4 S. 1 BGB	372
dd) Gruppe 3: Kein verbindlicher Grundsatz und keine genauen Grenzen	373

3. Offene, anfängliche Lücken im engeren Sinn bei fehlender Statusregel	374
4. Lücken im weiteren Sinn	376
III. Durchführung der Rechtsfortbildung	377
1. Ausfüllen der Lücke	377
2. Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung	378
IV. Zwischenergebnis: Feststellung dispositiven Rechts durch Rechtsfortbildung	379
F. Besonderheiten des Status von Richterrecht?	381
G. Ergebnis	385
Kapitel 4 Anwendung der Ergebnisse	389
A. Ausgangspunkt	389
B. Festlegung der Anzahl der Verlängerung oder der Höchstdauer von Befristungen von Arbeitsverträgen nach § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG	390
I. Ausgangspunkt	390
II. Meinungsstand	391
1. Ausgangspunkt	391
2. Rechtsprechung des BAG	392
3. Literatur	394
4. Zwischenergebnis	395
III. Stellungnahme	396
1. Dominierender zwingender Grundsatz der Sachgrundbefristung?	396
a) Ausgangspunkt	396
b) „Leitbildcharakter“ staatlicher Sachregeln	396
c) Generalklauselartiger zwingender Grundsatz	398
d) Sachregeln als Gesichtspunkt bei Auslegung und Rechtsfortbildung	399
2. Schluss auf Grenzen der tarifvertraglichen Gestaltungsfreiheit aus dem „Neugründungsprivileg“?	399
3. Lösung durch Rechtsfortbildung	401
a) Ausgangspunkt: Lücke	401

b) Der Rahmen: Verhinderung von Befristungsmissbrauch und grundrechtliches Bestandsschutzinteresse	404
aa) Adressat der Richtlinie und der Schutzpflichten	405
bb) Der unionsrechtliche Rahmen: Konkretisierung des „Befristungsmissbrauchs“	406
cc) Der verfassungsrechtliche Rahmen: Schutzpflicht für Bestandsschutzinteressen	409
c) Ausfüllung der Lücke	411
aa) Bindung an einen Sachgrund	411
bb) Konkretisierung des Sachgrunds und Rechtsmissbrauchskontrolle	415
IV. Ergebnis	416
C. Abweichung vom Gleichstellungsgrundsatz in der Arbeitnehmerüberlassung, §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 8 Abs. 1 AÜG n. F. (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Hs. 2 AÜG a. F.)	417
I. Ausgangspunkt und Entwicklung	417
II. Meinungsstand	421
III. Eigene Lösung zur Bestimmung der Reichweite der Gestaltungsfreiheit	422
1. Ausgangspunkt	422
2. Auslegung von §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 8 Abs. 1 AÜG n. F. (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Hs. 2 AÜG a. F.)	423
a) Wortlaut und Systematik	423
b) Historie und Genese	423
aa) Erstes Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt	423
bb) Erstes Gesetz zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes	425
c) Sinn des Gesetzes	427
d) Systemkonforme Auslegung	429
aa) Auslegung der nationalen Vorschrift	429
bb) Auslegung der Richtlinienvorschrift	429
(1) Art. 5 Abs. 2 RL 2008/104/EG	430
(2) Art. 5 Abs. 4 RL 2008/104/EG	431
(3) Art. 5 Abs. 3 RL 2008/104/EG	431
(a) Ausgangspunkt	431

(b) Achtung des Gesamtschutzes durch jeden wirksamen Tarifvertrag – bloßer Appell der Richtlinie?	432
cc) Zwischenergebnis	433
3. Rechtsfortbildung	434
a) Lücke	434
aa) Lückenhaftigkeit des AÜG wegen fehlender Grenze	434
bb) Notwendigkeit der Fortbildung der Richtlinie oder bestehende Lohnuntergrenzen als hinreichende Grenze?	435
cc) Gleichlauf der tarifvertraglichen Gestaltungsfreiheit nach dem AÜG mit den Anforderungen der Leiharbeitsrichtlinie	436
dd) Lückenhaftigkeit auch der Leiharbeitsrichtlinie wegen fehlender Grenze	437
ee) Zwischenergebnis: Maßgeblichkeit der Fortbildung der Richtlinie, nicht des AÜG	438
b) Durchführung der Fortbildung der Richtlinie	438
IV. Ergebnis	439
Kapitel 5: Schlussbetrachtung: (Tarif-)dispositives Recht zwischen Autonomie und Heteronomie	440
A. Gestaltungsfreiheit, Kräfteungleichgewicht und Fehlentwicklung	440
B. Vermeidung von Fehlentwicklung durch Reduzierung von Gestaltungsfreiheit	443
I. Entwicklung bei Individualverträgen	443
II. Entwicklung bei Betriebsvereinbarungen	445
III. Entwicklung bei Tarifverträgen	447
1. Ausgangspunkt	447
2. Entwicklung von Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit	450
a) Ausgangspunkt	450
b) Einschränkungen de lege ferenda	450
c) Arbeitsvertragliche Bezugnahmemöglichkeit als Problem	452

C. Vermeidung von Fehlentwicklung durch Reduzierung von Kräfteungleichgewichten	455
I. Ausgangspunkt	455
II. Stärkung der mitgliedschaftlichen Basis der Tarifaufonomie	455
1. Vitale Mitgliedschaft als Basis der Tarifaufonomie	455
2. Rechtsökonomische Grundlegung	456
3. Der Ausbau und die exklusive Gestaltung tarifdispositiven Rechts als Anreiz?	461
a) Ausgangspunkt: „Rigidität“ und „Flexibilität“	461
b) Exklusive Anreize für Arbeitgeber?	461
c) Exklusive Anreize für Arbeitnehmer?	463
III. Streichung der arbeitsvertraglichen Bezugnahmemöglichkeit	464
IV. Einführung eines Repräsentativitätserfordernisses	466
1. Ausgangspunkt	466
2. Konzeptionelle Überlegungen	467
3. Rechtlicher Rahmen	469
4. Anregungen zu Operationalisierung und Messbarkeit der Repräsentativität aus dem Rechtsvergleich: Blick nach Frankreich	471
D. Hat tarifdispositives Recht eine Zukunft?	474
Kapitel 6: Zusammenfassung der wichtigsten Gesichtspunkte: Inwieweit und wodurch ist die private Gestaltungsfreiheit bei (tarif-)dispositivem Recht eingeschränkt?	479
Literaturverzeichnis	485
Personen- und Sachverzeichnis	521



## Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Auffassung
A. d. V.	Anmerkung des Verfassers
a. F.	alte Fassung
ABl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AktG	Aktiengesetz
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
ArbrGgw	Das Arbeitsrecht der Gegenwart
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
AuR	Arbeit und Recht
AVR	Arbeitsvertragsrichtlinien (der Kirchen)
AZVO	Arbeitszeitverordnung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
BB	Der Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrAVG	Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz

## *Abkürzungsverzeichnis*

BFernstrG	Bundesfernstraßengesetz
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BT-Drs.	Bundestags-Drucksache
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
C. trav.	Code du travail (franz. Arbeitsgesetzbuch)
CGZP	Tarifgemeinschaft Christlicher Gewerkschaften für Zeitarbeit und Personaldienstleistungen
d. h.	das heißt
DB	Der Betrieb
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DGWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
DJT	Deutscher Juristentag
Doc. Ass. Nat.	Document de l'Assemblée Nationale
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DRW	Deutsche Rechtswissenschaft
DVBL	Deutsche Verwaltungsblatt
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
Einls.	Einleitungssatz
EL	Ergänzungslieferung
EU	Europäische Union
EuR	Zeitschrift Europarecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht

f.	Die folgende Seite/Randnummer
ff.	Die folgenden Seiten/Randnummern
Fn.	Fußnote
FS.	Festschrift
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewO	Gewerbeordnung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedächtnisschrift
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H. d. V.	Hervorhebung des Verfassers
h. M.	herrschende(n) Meinung
HGB	Handelsgesetzbuch
i. B. a.	in Bezug auf
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
i. S. v.	im Sinn von
i. Ü.	im Übrigen
insb.	insbesondere
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JbArbR	Jahrbuch des Arbeitsrechts
JbJ.ZivR.Wiss.	Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
LAG	Landesarbeitsgericht
li. Sp.	linke Spalte
m. E.	meines Erachtens
m. N.	mit Nachweisen
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. zahlr. N.	mit zahlreichen Nachweisen
MiLoG	Mindestlohngesetz
n. F.	neue Fassung

## *Abkürzungsverzeichnis*

NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht Rechtsprechungsreport
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Rechtsprechungsreport
oHG	offene Handelsgesellschaft
RdA	Recht der Arbeit
re. Sp.	rechte Spalte
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Rn.	Randnummer(n)
RT	Reichstag
SAE	Sammlung Arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SchlVO	Verordnung über das Schlichtungswesen
SGB	Sozialgesetzbuch
SGb.	Die Sozialgerichtsbarkeit
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
sog.	sogenannt(e)
SR	Soziales Recht
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
stellv.	stellvertretend
SZ	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
TVG	Tarifvertragsgesetz
TVO	Tarifvertragsordnung
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem
VerfBY	Verfassung des Freistaates Bayern
VerfHB	Verfassung der Freien und Hansestadt Hamburg
VerfRP	Verfassung für Rheinland-Pfalz
VerwArch	Verwaltungsarchiv

vgl.	vergleiche
WissZeitVG	Gesetz über befristete Arbeitsverträge in der Wissenschaft
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZESAR	Zeitschrift für Europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht



# Einleitung

## A. Tarifdispositives Recht

### I. Grundgedanke tarifdispositiven Gesetzesrechts

Durch tarifdispositives Gesetzesrecht eröffnet der Gesetzgeber die Möglichkeit, durch Tarifvertrag abweichende Regeln mit rechtlicher Wirkung von dem für Arbeitsvertrags- und Betriebsvereinbarungsparteien zwingenden Gesetzesrecht zu schaffen. Dieses Regelungsmuster folgt dem allseits akzeptierten, besonders im Bereich der Tarifautonomie historisch gewachsenen Gedanken unserer freiheitlich-demokratischen Rechtsordnung, gesellschaftliche Kräfte zu aktivieren und gesellschaftlichen Gruppen die Regelung von Angelegenheiten, die sie selbst betreffen und die sie besonders sachkundig beurteilen können, zu eigener Verantwortung zu überlassen.<sup>1</sup> Das tarifdispositive Recht kann in dieser Hinsicht als eine Erscheinungsform des Subsidiaritätsgedankens aufgefasst werden.<sup>2</sup> Die gegenüber dem Gesetzgeber größere Sachnähe der Tarifvertragsparteien und ihre kürzere Reaktionszeit auf veränderte Bedingungen soll in einer sonst ausgeschlossenen Flexibilität auf die Bedürfnisse einzelner Betriebe und Wirtschaftszweige Rücksicht nehmen.<sup>3</sup> Dem liegt die Erwartungshaltung

---

1 *Waltermann*, in: FS Bepler, 2012, S. 569 (573); vgl. *BVerfG* 9. 5. 1972 – 1 BvR 518/62 u. a. (Facharztbeschluss), BVerfGE 33, 125 (156 f.); *BVerfG* 27. 2. 1973 – 2 BvL 27/69 (Heimarbeitsausschuss), BVerfGE 34, 307 (317); *BAG* 15. 8. 2012 – 7 AZR 184/11, BAGE 143, 10 Rn. 27; *Richardi*, JZ 2011, 282 (287); *Waltermann*, Rechtsetzung, 1996, S. 136.

2 *Thüsing*, ZfA 2008, 590 (596); *Thüsing*, in: Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2016, Einl. Rn. 56; *Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, 2007, Einl., Rn. 380. Der Subsidiaritätsgedanke (oder das Subsidiaritätsprinzip) ist zu verstehen als hintergründiges Konstitutionsprinzip der Verfassung, d. h. als Leitidee, die, ohne ausdrücklich im Verfassungstext zu erscheinen, die einzelnen Sätze der geschriebenen Verfassung verbindet und innerlich zusammenhält; so zum Subsidiaritätsprinzip *Peters/Ossenbühl*, Übertragung, 1967, S. 20 f.; vgl. stellvertretend *Isensee*, Subsidiaritätsprinzip, 2001, *passim*, insb. S. 108 ff., 318; *Herzog*, Der Staat 2 (1963), 399 (*passim*, insb. 400).

3 Vgl. stellv. BT-Drs. 12/5888, S. 20 re. Sp.; BT-Drs. 14/4374, S. 14 li. Sp.; BT-Drs. 15/25, S. 38 re. Sp.; *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 698; *Thüsing*, ZfA 2008, 590 (596); *Wiedemann*, in: Wiedemann, TVG, 2007, Einl. Rn. 380.

zugrunde, dass eine andere als die gesetzliche Regelung im Spiel der Kräfte der Sozialpartner über die gesamte Vereinbarung gesehen einen Ausgleich schafft, der den Interessen der Parteien gerecht wird.<sup>4</sup> Tarifdispositiv ausgestaltete Normen finden sich an vielen Stellen des Arbeitsrechts.<sup>5</sup>

## II. Rechtshistorische Annäherung: Gemeinsame Entwicklung von Tarifvertrag, Arbeitnehmerschutzrecht und tarifdispositivem Gesetzesrecht

Das Muster tarifdispositiven Gesetzesrechts ist gleichzeitig mit der Etablierung der unmittelbaren und zwingenden Wirkung des Tarifvertrags entstanden.<sup>6</sup> Der Rat der Volksbeauftragten erließ am 23. 12. 1918 die „Verordnung über Tarifverträge, Arbeiter- und Angestelltenausschüsse und Schlichtung von Arbeitsstreitigkeiten“,<sup>7</sup> deren § 1 die unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrags und das Günstigkeitsprinzip schuf. Die „Verordnung über die Regelung der Arbeitszeit der Angestellten während der Zeit der wirtschaftlichen Demobilmachung“ vom 18. 3. 1919<sup>8</sup> stellte den Grundsatz des Achtstundentags auch für Angestellte auf und schuf gleichzeitig in § 7 Abs. 1 die erste deutsche tarifdispositive Vorschrift:

---

4 Vgl. stellv. BT-Drs. 10/2102, S. 26 re. Sp.; BAG 28. 3. 2006 – 1 ABR 58/04 (CGM), BAGE 117, 308 Rn. 47; BAG 18. 3. 2015 – 7 AZR 272/13, NZA 2015, 821 Rn. 26.

5 So im Arbeitsgerichtsverfahren, § 48 Abs. 2 ArbGG, im Arbeitszeitschutz, §§ 7, 12 ArbZG, § 21a JArbSchG, in der Arbeitnehmerüberlassung, §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 8 Abs. 1 AÜG n. F. (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Hs. 2 AÜG a. F.), in der betrieblichen Altersversorgung, § 17 Abs. 3 BetrAVG, im Betriebsverfassungsrecht, §§ 3, 21a, 38 Abs. 1 S. 5, 47 Abs. 4, Abs. 9, 55 Abs. 4 S. 1, 72 Abs. 4, Abs. 8, 73a Abs. 4, 76 Abs. 8, 76a Abs. 5, 117 Abs. 2 S. 2 BetrVG, im Datenschutzrecht, § 4 Abs. 1 BDSG, bei den Kündigungsfristen, § 622 Abs. 4 BGB, im Urlaubsrecht, § 13 BUrlG, in der Entgeltfortzahlung, § 4 Abs. 4 EFZG, in §§ 100a, 104, 140 des Seemannsgesetzes zu Arbeitszeitregelungen, bei der sozialrechtlichen Beschränkung der Altersgrenze nach § 41 S. 2 SGB VI, im Teilzeitarbeitsrecht, §§ 8 Abs. 4 S. 3, 12 Abs. 3, 13 Abs. 4 TzBfG und im Befristungsrecht, § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG, § 1 Abs. 1 S. 3 WissZeitVG.

6 Vgl. zum Folgenden auch die breiter angelegten Darstellungen der Historie bei Bock, Arbeitnehmerschutzrecht, 2005, S. 48 ff. und D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, 2010, S. 37 ff.

7 RGBl. 1918, 1456.

8 RGBl. 1919, 315.

„Abweichend von den Bestimmungen der §§ 1 bis 3 und 5 kann durch Tarifvertrag eine anderweitige Regelung der Arbeitszeit und der Überstunden getroffen werden.“

Die Demobilmachungsverordnung wurde durch die am 1. 1. 1924 in Kraft getretene Arbeitszeitverordnung (AZVO)<sup>9</sup> ersetzt. Auch hier war der Grundsatz der Achtstundentag, § 1 AZVO. Unter anderem wurde eine Erhöhung der täglichen Arbeitszeit auf bis zu zehn Stunden durch Tarifvertrag zugelassen, § 5 Abs. 1, 9 AZVO, daneben bestanden noch einige andere Ausnahmen, §§ 1, 3, 4, 6, 10 AZVO.

Im Mai 1924 arbeiteten mehr als 70 % der Beschäftigten – abweichend vom Grundsatz – länger als acht Stunden.<sup>10</sup> Obwohl die Erreichung und Beibehaltung des Achtstundentags ein zentrales sozialpolitisches Ziel von Gewerkschaften und Sozialdemokratie war<sup>11</sup>, wurde die zunehmende tatsächliche Abweichung vom Grundsatz durch Tarifverträge mitverursacht. Die Rahmenbedingungen der Zeit begünstigten entsprechende Abschlüsse. Zum einen waren die Gewerkschaften durch die Hyperinflation geschwächt. Zum anderen unterlagen Arbeitskämpfe in der Weimarer Republik einer staatlichen Zwangsschlichtung, ab dem 1. 1. 1924 gemäß der „Verordnung über das Schlichtungswesen“ (SchlVO)<sup>12</sup>. Eine kämpfende Tarifvertragspartei konnte eine paritätisch besetzte Schlichtungskommission einberufen, Art. 1 § 5 SchlVO. Konnten sich die Parteien nicht einigen, konnte ein Schiedsspruch vom Schlichter für verbindlich erklärt werden, Art. 1 § 6 SchlVO. Arbeitskämpfe wurden nach einem Schlichterspruch rechtswidrig. Der Schlichter war jedenfalls bei größeren Streitigkeiten meist der Reichsarbeitsminister oder ein Stellvertreter, Art. 1 § 2, 6 SchlVO. Die Zwangsschlichtung führte so zu verbindlichen politischen Einflüssen auf die Tarifvertragsabschlüsse. Der politische Wille ging um 1923 zunächst eher dahin, durch eine Arbeitszeitsteigerung die volkswirtschaftliche Produktivität zu erhöhen.<sup>13</sup>

---

9 RGBl. 1923, 1249.

10 *Bischoff*, Arbeitszeitrecht, 1987, S: 101, gegen Ende des Jahres war die Mehrarbeit aber stark eingedämmt, vgl. S. 116 f.

11 Vgl. etwa Verhandlungen des RT, Bd. 357, S. 9111; *Bischoff*, Arbeitszeitrecht, 1987, S. 89 f., 108 ff.

12 RGBl. 1923, 1043. Zuvor gab es noch weitergehende Möglichkeiten der Zwangsschlichtung durch §§ 21, 23 der Demobilmachungsverordnung vom 3. 9. 1919, RGBl. 1919, 1500.

13 *Bischoff*, Arbeitszeitrecht, 1987, S. 75 f., 78 ff., 95 f.; *Tietje*, Grundfragen, 2001, S. 37.

In der Bundesrepublik wurden die sukzessiv geschaffenen Arbeitnehmerschutzgesetze jeweils teilweise tarifdispositiv ausgestaltet. Das BUrlG vom 8. 1. 1963<sup>14</sup> erklärt in § 13 Abs. 1 S. 1 das Gesetz für tarifdispositiv mit Ausnahme des Grundsatzes des bezahlten Urlaubs, des Geltungsbereichs und des Mindesturlaubs, §§ 1, 2, 3 Abs. 1 BUrlG. Nachfolgende Gesetze<sup>15</sup> gestalteten nicht mehr einen zwingenden Grundsatz bei Tarifdispositivität im Übrigen, sondern legten umgekehrt fest, von welchen Vorschriften durch Tarifvertrag abgewichen werden kann.<sup>16</sup>

### III. Tarifdispositives Recht als Dauerbaustelle der Arbeitsrechtswissenschaft

#### 1. Schrittmacher: Tatsächliche Entwicklungen

Fragen im Zusammenhang mit tarifdispositivem Recht wurden durch tatsächliche Entwicklungen klärungsbedürftig. In den 50er bis 70er Jahren war das vor allem die zunehmende Kodifikation<sup>17</sup> und richterrechtliche Entwicklung von Arbeitnehmerschutzrecht,<sup>18</sup> sowie die Gestaltungsfreiheit, die den Tarifvertragsparteien von Verfassungen wegen zu verbleiben habe. Die Diskussion der Zeit war beherrscht von der Kraft der kollektiven Gestaltungsebene.

---

14 BGBl. I 1963, 2.

15 Vgl. im Einzelnen die Darstellungen bei *D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, 2010*, S. 45 ff. und *Thüsing*, in: *Thüsing/Braun, Tarifrecht, 2016*, Einl. Rn. 52.

16 Zu Beispielen siehe Fn. 5.

17 Vgl. stellv. *Biedenkopf*, *Grenzen*, 1964, S. 184: Vollständig tarifdispositive Gestaltung des BUrlG sei verfassungsrechtlich geboten.

18 Vgl. stellv. *Canaris*, in: *GS Dietz, 1973*, S. 199 ff., insb. zu den richterrechtlich determinierten Grenzen der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Rückzahlung von Gratifikationen. Anlässlich des 80. Geburtstages von *Alfred Hueck* 1969 stellte *Herschel*, *RdA* 1969, 211 (215) im Hinblick auf das tarifdispositive Recht fest: „Wer sich in das arbeitsrechtliche Schrifttum der 20er Jahre vertieft, steht unter dem Eindruck, wie sehr sich damals die Pioniere des kollektiven Arbeitsrechts [...] um die Grundlagen dieses Teils der Rechtsordnung [des tarifdispositiven Rechts] ringen mussten. Heute gehören diese fast restlos zum gesicherten Bestand unseres Rechts. Indessen erschließen sich uns in diesem Bereich ständig neue Probleme, die nicht frei von Komplikationen und Schwierigkeiten mancherlei Art sind.“ Dieser Satz hat heute unverändert seine Berechtigung.

Heute treten Fragen im Zusammenhang mit tarifdispositivem Recht unter veränderten Vorzeichen auf. Unter den tatsächlichen Voraussetzungen eines abnehmenden Organisationsgrads auf Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite<sup>19</sup> kann das Regelungsmuster des tarifdispositiven Gesetzesrechts zu Schwierigkeiten führen.<sup>20</sup> Kollektive Mechanismen sollen dazu dienen, eine typisiert angenommene „strukturelle Unterlegenheit“<sup>21</sup> von Arbeitnehmern durch eine zweite Regelungsebene auszugleichen, auf der ein Kräftegleichgewicht besteht. Besteht es (teilweise) nicht, stellen sich neue Fragen. 1991 hatten die DGB-Gewerkschaften etwa 11,8 Mio. Mitglieder, 2015 waren es noch etwa 6,1 Mio.<sup>22</sup> Damit korrespondiert die sinkende Tarifbindung der Arbeitgeber.<sup>23</sup> Von ihr hängt die Wirkkraft der Tarifautonomie primär ab. Dies auch und vor allem deshalb, weil tarifgebundene Arbeitgeber regelmäßig für ihr Unternehmen in Arbeitsverträgen Bezugnahmen auf den Tarifvertrag vornehmen, an den sie gebunden sind, etwa kraft ihrer Mitgliedschaft im Arbeitgeberverband, der mit der Gewerkschaft einen Tarifvertrag geschlossen hat. Der jeweilige Inhalt des geltenden Tarifvertrags ist dann auf die Arbeitnehmer anwendbar, ohne dass es dafür ihrer Gewerkschaftsmemberschaft bedürfte. Die tatsächliche Wirkung, die Tarifverträge entfalten, ist durch die regelmäßig unternehmens-einheitlich vorgenommene arbeitsvertragliche Bezugnahme auf Tarifverträge, durch die deren Inhalt Bestandteil des Arbeitsvertrags wird, deutlich

---

19 Vgl. BT-Drs. 17/2600, S. 326 f., Rn. 901 ff.

20 Zu anderen Folgen des Schwäche der Tarifautonomie, insb. zu den Auswirkungen auf die Systeme der sozialen Sicherheit der Gegenwart, wie bei den Leistungen nach dem SGB III und der Zukunft, namentlich bei der Rentenversicherung (die als warnender Indikator dient) vgl. *Waltermann*, SGB. 2013, 433 ff.; *Waltermann*, NZA 2013, 1041 ff.; zu Rückwirkungen auf das Instrument der Allgemeinverbindlicherklärung und Gemeinsamen Einrichtungen *Greiner/Hanau/Preis*, SR-Sonderausgabe 2014, 2 (insb. 8 ff.); vgl. weiter auch *Seiwerth*, EuZA 2014, 450 (452 ff.).

21 Stellv. *BVerfG* 26. 6. 1991 – 1 BvR 779/85 (Aussperrung), *BVerfGE* 84, 212 (229); *BVerfG* 23. 11. 2006 – 1 BvR 1909/06 (Abrufarbeit), NZA 2007, 85 Rn. 49 f.; *BAG* 28. 3. 2006 – 1 ABR 58/04 (CGM), *BAGE* 117, 308 Rn. 45 (mit Bezug zu tarifdispositivem Recht); *BAG* 19. 6. 2007 – 1 AZR 396/06, *BAGE* 123, 134 Rn. 20.

22 [www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen](http://www.dgb.de/uber-uns/dgb-heute/mitgliederzahlen), Stand: 25. 1. 2016.

23 Vgl. zu diesem Zusammenhang schon *Hueck/Nipperdey*, Arbeitsrecht II/1, 1967, S. 3 f.

höher als kraft normativer Wirkung nach §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG.<sup>24</sup> Letztere setzt kumulativ auf der Arbeitnehmerseite Zugehörigkeit zur tarifschließenden Gewerkschaft und auf Arbeitgeberseite eigene Tarifbindung oder Zugehörigkeit zum tarifschließenden Arbeitgeberverband voraus.

In der arbeitsrechtswissenschaftlichen Wahrnehmung herausstechend ist hier die Entwicklung der Anfang der 2000er Jahre aus beschäftigungspolitischen Gründen deregulierten Leiharbeit. In den §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 8 Abs. 1 AÜG n. F. (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Hs. 2 AÜG a. F.)<sup>25</sup> ist vorgesehen, dass Leiharbeitnehmern in der Zeit der Überlassung die gleichen Arbeitsbedingungen zu gewähren sind wie vergleichbaren Stammarbeitnehmern des Entleihers. Ein Tarifvertrag kann abweichende Regelungen zulassen, im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren. Das dort verwendete Regelungsmuster tarifdispositiven Gesetzesrechts führte zu einer nicht vorhergesehenen,<sup>26</sup> in diesem Maß wohl – trotz des Einsatzes als beschäftigungspolitisches Instrument – nicht intendierten<sup>27</sup> und in Bezug auf die Spätfolgen der Ausweitung des Niedriglohnsektors auch für die Zukunft problematischen<sup>28</sup> Entwicklung. Die damals vorgenommene Deregulierung der Leiharbeit ist

---

24 Die tatsächliche Wirkung lag 2010 bei etwa 59 % der Arbeitsverhältnisse, vgl. Statistisches Bundesamt, Tarifbindung 2010, 2013, S. 7. Für das Jahr 2013 gibt *Visser*; ICTWSS Database, 2016 einen Wert von 57,6 % an. Rechnet man bei den ersten Zahlen den öffentlichen Dienst heraus, wo in (fast) allen Arbeitsverhältnissen Tarifverträge in Bezug genommen werden, ergibt sich eine Tarifwirkung auf etwa 49 % der Arbeitsverhältnisse (eigene Berechnung auf Grundlage der Zahlen von Statistisches Bundesamt, Tarifbindung 2010, 2013, S. 7 und Statistisches Bundesamt, Verdienststrukturen 2010, 2013, S. 11). 1996 lag die Tarifwirkung noch bei knapp 76 %, siehe Amsterdam Institute for Advanced Labour Studies, ICTWSS Database, 2013.

25 Ausführlich speziell zu diesen Vorschriften unten Kap. 4 C, S. 417 ff.

26 Stellv. *Rieble/Klebeck*, NZA 2003, 23 (28) und die (zurückhaltend zu bewertende Stellungnahme) *Lembke*, BB 2003, 98 (99): „Schätzungen gehen davon aus, dass sich die Zeitarbeit [durch den tarifdispositiven Gleichbehandlungsgrundsatz] um rund 50 % verteuert“.

27 BT-Drs. 15/25, S. 38: „Die Ausnahme [vom Gleichbehandlungsgrundsatz] ermöglicht es den Tarifvertragsparteien, die Arbeitsbedingungen flexibel zu gestalten und beispielsweise Pauschalierungen beim Arbeitsentgelt zuzulassen und die Leistungen für Zeiten des Verleihs und Nichtverleihs in einem Gesamtkonzept zu regeln“.

28 Vgl. *Waltermann*, NZA 2010, 482 (486); *Waltermann*, SGB. 2013, 433 ff.

zu sehen in dem politischen und ökonomischen Kontext der Jahrtausendwende. *Peter Hanau* benannte in seinem Gutachten zum 63. Deutschen Juristentag im Jahr 2000 „Welche arbeits- und -ergänzenden sozialrechtlichen Regelungen empfehlen sich zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit?“ das tarifdispositive Recht und den davon Gebrauch machenden Tarifvertrag als das „ideale Instrument zur flexiblen Anpassung genereller und starrer gesetzlicher Regelungen an unterschiedliche und sich wandelnde Situationen“. <sup>29</sup> Die „Unflexibilität“ des Tarifvertragssystems war als einer der Hauptprobleme der Arbeitsrechtsordnung empfunden worden. <sup>30</sup> Mit der Bemerkung, das Fehlen eines Repräsentativitätserfordernisses von Gewerkschaften habe im Hinblick auf die „Dominanz der ‚Einheitsgewerkschaften‘ des DGB [...] noch keine Schwierigkeiten gemacht, so daß auch im vorliegenden Zusammenhang keine Sonderregelungen erforderlich sein dürften“, das Problem müsse „aber im Blick behalten werden“ <sup>31</sup> ist schon viel gesagt über die Entwicklung der Diskussion und der Wahrnehmung des tarifdispositiven Rechts im folgenden Jahrzehnt. In die durch die Kombination eines in der Leiharbeit besonders niedrigen Organisationsgrads <sup>32</sup>, Tarifdispositivität und Bezugnahmemöglichkeit auf Tarifverträge in Einzelverträgen entstandene Bresche stießen die arbeitsvertraglich in Bezug genommenen, also nicht vermittelt über Mitgliedschaft wirkenden Tarifwerke fast mitgliedloser <sup>33</sup> „christlicher“ Gewerkschaften und führten zur teilweise erheblichen Verschlechterung der Arbeitsbedingungen <sup>34</sup> gegenüber der Gleichbehandlungspflicht bei einer hypothetischen Einstel-

---

29 *Hanau*, DJT-Gutachten, 2000, S. C 62.

30 Vgl. in wissenschaftlicher Reflektion stellvertretend *Dieterich/Hanau/Hensler u. a.*, RdA 2004, 65 ff.; weiterhin *Bepler*, DJT-Gutachten, 2014, S. B 48; *Hanau*, DJT-Gutachten, 2000, S. C 13 ff., C 51 ff.; *Papier*, RdA 1989, 137 (137 f.); *Preis*, Grundfragen, 1993, S. 20 ff. m. N.

31 *Hanau*, DJT-Gutachten, 2000, S. C 64.

32 Die sich im Mittel befindliche Schätzung des DGB, arbeitsmarkt aktuell 7/2008, S. 4 ging von einem Organisationsgrad von 2,5 % aus.

33 Bei der CGZP, deren Tarifverträge besonders ins Blickfeld gerieten, waren nach eigenen, im Verfahren zur Feststellung der Tariffähigkeit gemachten Angaben im Jahr 2008 lediglich 1.282 Leiharbeitnehmer organisiert, nach Angaben der Bundesagentur für Arbeit waren im gleichen Jahr 760.604 Leiharbeitnehmer insgesamt beschäftigt, vgl. *BAG* 14. 12. 2010 – 1 ABR 19/10 (Tarifunfähigkeit CGZP), *BAGE* 136, 302 Rn. 15. Das entspricht einem Organisationsgrad von unter 0,2 %.

34 Die Studie des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes NRW, Zeitarbeit in Nordrhein-Westfalen, 2008, zeigt teilweise erhebliche Entgeltabweichungen nach unten, in der Größenordnung von 35-45 %, S. 73 ff. Das deckt

lung beim Entleiher, §§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 8 Abs. 1 AÜG n. F. (§§ 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 9 Nr. 2 Hs. 2 AÜG a. F.).<sup>35</sup>

Angesichts dieser Entwicklung wurde die vom Gesetzgeber ausgehende Öffnung von Schutzvorschriften zur tarifvertraglichen Disposition bei gleichzeitiger Möglichkeit der arbeitsvertraglichen Inbezugnahme zugespitzt als „Abbau des gesetzlichen Arbeitnehmerschutzrechts durch kollektives Arbeitsrecht“<sup>36</sup> bezeichnet. Einprägsam ist auch *Gamillschegs* Bezeichnung des tarifdispositiven Gesetzesrechts als „Danaergeschenk“<sup>37</sup>: Die Gewerkschaften müssten den Schutzstandard stets neu gegen Abweichungswünsche der Arbeitgeberseite verteidigen, ggf. durch Zugeständnisse an anderer Stelle. Zum anderen müssten sie jede Verschlechterung ihren Mitgliedern gegenüber verantworten.<sup>38</sup>

## 2. Der Zusammenhang von Gestaltungsfreiheit, Kräfteungleichgewichten und Fehlentwicklungen

Die Vorgänge um den tarifdispositiven Gleichstellungsgrundsatz in der Leiharbeit weisen auf das Zusammenspiel von privater Gestaltungsfreiheit, Kräfteungleichgewichten und Fehlentwicklungen hin,<sup>39</sup> das prägend für jedes private Rechtsregeln ist.

Jedes Belassen und jedes Ausüben von privater Freiheit ist seit jeher anfällig für Fehlentwicklungen, bewertet – bei aller damit einhergehenden Unschärfe – sowohl von der Warte eines kräftemäßig unterlegenen Freiheitsausübenden als auch von der des Gemeinwohls<sup>40</sup>. Ob sich private Freiheit tatsächlich verwirklicht, hängt vom Kräfteverhältnis der Parteien

---

sich im Wesentlichen mit den Daten der Bundesagentur für Arbeit, im Bereich der Helfertätigkeit gibt sie für das Jahr 2014 hier (stellvertretend) einen Medianverdienst von 2098 Euro außerhalb und 1487 Euro innerhalb der Arbeitnehmerüberlassung an, also eine Entgeltabweichung von 30 %, siehe Bundesagentur für Arbeit, *Zeitarbeit - Aktuelle Entwicklungen*, 2016, S. 20 f.

35 Zur Entwicklung *Fuchs/Manske*, in: GS Zachert, 2010, S. 249 (256 ff.); *Krause*, *Leiharbeit*, 2012, S. 20 ff.

36 So *Buschmann*, in: FS Richardi, 2007, S. 93 ff.; *D. Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht*, 2010, S. 27 f.

37 *Gamillscheg*, *Kollektives Arbeitsrecht I*, 1997, S. 698.

38 Zur Gegenauffassung noch Kap. 1 B.I, Fn. 282.

39 Näher genau zu diesem Beispiel unten Kap. 5 B.III, S. 447 ff.

40 Zum Gemeinwohlbegriff vgl. unten Kap. 3 D.I.1, S. 191 ff.

ab. Um mit *Flume* zu sprechen ist es das „ewige Dilemma der Privatautonomie, daß diese immer wieder durch ungleiche Machtverteilung in Frage gestellt wird“.<sup>41</sup> Das BVerfG hat erkannt, dass „Privatautonomie auf dem Prinzip der Selbstbestimmung beruht, also voraussetzt, daß auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind“.<sup>42</sup> Der bürgerlich-rechtliche Vertrag ist nur unter der Bedingung eines Mindestmaßes rechtsgeschäftlicher Entscheidungsfreiheit, die nicht nur eine formale, im Sinn einer verfahrensmäßigen Gewähr, sondern auch eine Freiheit im Sinn einer tatsächlichen Entscheidungsfreiheit<sup>43</sup> der Vertragspartner voraussetzt, funktionsfähig.<sup>44</sup> Das hat das BVerfG auch für den Tarifvertrag festgestellt: „Funktionsfähig ist die Tarifautonomie folglich nur, solange zwischen den Tarifvertragsparteien ein ungefähres Kräftegleichgewicht – Parität – besteht“<sup>45</sup>. Die Ausübung von Freiheit bei ungleichem Kräfteverhältnis wird unter ansonsten freiheitlichen Bedingungen in Unfreiheit umschlagen. Dies ab einem gewissen Ausmaß zu verhindern, ist Aufgabe des

- 
- 41 *Flume*, Allgemeiner Teil II, 1992, S. 10. Einschränkung *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 (24 f., 28): die entscheidende Frage könne „doch nur sein, welche Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit so relevant sind, daß sie Einfluß auf die Validität vertraglicher Regelungen haben“; zustimmend *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (278). Zu erkennen ist darin aber eher eine Relativierung der Aussage *Flumes* als eine Abkehr.
- 42 *BVerfG* 7. 2. 1990 – 1 BvR 26/84 (Handelsvertreter), BVerfGE 81, 242 (254 f.); *BVerfG* 28. 1. 1992 – 1 BvR 1025/82 u. a. (Nachtarbeitsverbot), BVerfGE 85, 191 (213).
- 43 Zur Unterscheidung von formaler und materialer Freiheit *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (277 ff.); *Kramer*; Krise, 1974, S. 20 f.; *Lorenz*, Schutz, 1997, S. 498 f.; *Hönn*, in: FS Kraft, 1998, S. 251 (259 f.). Terminologisch führt ein Verhandlungsgleichgewicht grundsätzlich, mit der Ausnahme insb. des Vorliegens von Willensmängeln, zu der Möglichkeit der Selbstbestimmung.
- 44 Vgl. dazu aus der Rechtsprechung *BVerfG* 7. 2. 1990 – 1 BvR 26/84 (Handelsvertreter), BVerfGE 81, 242 (254 f.); *BVerfG* 28. 1. 1992 – 1 BvR 1025/82 u. a. (Nachtarbeitsverbot), BVerfGE 85, 191 (213); *BVerfG* 19. 10. 1993 – 1 BvR 567/89 (Bürgerschaft), BVerfGE 89, 214 (231 ff.); *BVerfG* 6. 2. 2001 – 1 BvR 12/92 (Unterhaltsverzichtsantrag), BVerfGE 103, 89 (100); *BVerfG* 23. 11. 2006 – 1 BvR 1909/06 (Abrufarbeit), NZA 2007, 85 (86 f.); *BAG* 16. 3. 1994 – 5 AZR 339/92 (Rückzahlung Ausbildungskosten), BAGE 76, 155 (166 ff.); *BAG* 23. 9. 2003 – 1 AZR 576/02, BAGE 107, 347 (354); *Dieterich*, RdA 1995, 129 (130 ff.); *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 45 ff.; *Hönn*, Kompensation, 1982, S. 109 ff.; *Preis*, Grundfragen, 1993, S. 18, 27 f., 133 ff., 216 ff.; *Säcker*, Gruppenautonomie, 1972, S. 205 f.; *Thüsing*, in: FS Wiedemann, 2002, S. 559 (563 ff.); *Thüsing*, RdA 2005, 257 (259 ff.); *Waltermann*, Rechtsetzung, 1996, S. 64 ff.
- 45 *BVerfG* 4. 7. 1995 – 1 BvF 2/86 u. a. (Kurzarbeitergeld), BVerfGE 92, 365 (395).

Staats als Adressat der Grundrechte in ihrer Schutzpflichtdimension und als Koordinator privater Freiheit.<sup>46</sup> Der Staat erfüllt diese Aufgabe unter anderem durch die von ihm getragene Rechtsordnung. Dass das Kräftegleichgewicht isoliert kaum (oder nicht) empirisch zu messen ist,<sup>47</sup> sondern abhängig von Wertungen ist,<sup>48</sup> liegt auf der Hand. An den grundlegenden Zusammenhängen ändert die fehlende Messbarkeit nichts und ist auch zumindest nicht schädlich, soweit es im rechtspolitischen Maßstab um typisierte Konstellationen geht. Der Gesetzgeber kann und muss vom Einzelfall abstrahieren und typisieren<sup>49</sup> – mit der Folge, dass sowohl Verträge erfasst werden, bei denen ein Verhandlungsgleichgewicht besteht, als auch im Einzelfall solche nicht, bei denen Ungleichgewichtslagen bestehen.

Unter den Bedingungen einer vitalen, ein Kräftegleichgewicht auf allen Ebenen gewährleistenden Tariflandschaft wären die Entwicklungen in der Leiharbeit so nicht denkbar gewesen: Vielmehr wäre bei ordnungsgemäßen Tarifverträgen mit normativer Geltung auch gegenüber einer arbeitsvertraglichen Bezugnahme auf „christliche“ Tarifverträge das Günstigkeitsprinzip, § 4 Abs. 3 TVG, anwendbar gewesen und mit hohem Grad kollektiv organisierte Leiharbeitnehmer hätten sich eine unangemessene Behandlung auch nicht gefallen lassen. Es war bezeichnend, dass tarifliche Regeln, die die Arbeitsbedingungen von Leiharbeitnehmern verbesserten, von den einen höheren Organisationsgrad aufweisenden Stammebeschäften der Entleiher erstritten<sup>50</sup> und, in staatlicher Einschränkung priva-

---

46 Ausführlich unten Kap. 1 B.II, S. 91 ff.

47 Siehe kritisch *Bartholomeyczik*, AcP 166 (1966), 30 (57) und später insb. *Medicus*, Privatautonomie, 1994, S. 19 ff. und (exemplarisch) *Zöllner*, NZA-Beil. 2006, 99 (102). Dies wurde zum Anlass genommen, die ganze „Lehre von den Ungleichgewichtslagen“ abzulehnen. Vgl. zu den wenigen Ansätzen, die eine „Messung“ versucht haben *Krämer*, Richtigkeitsgewähr, 2015, S. 56 ff. Vgl. auch *Preis*, Grundfragen, 1993, S. 136; *Wolf*, Entscheidungsfreiheit, 1970, S. 105, 127, 133.

48 Ähnlich *Krämer*, Richtigkeitsgewähr, 2015, S. 56; *Stütze*, Entgelthöhe, 2010, S. 191. Siehe auch die umfassend angelegte Arbeit von *Hönn*, Kompensation, 1982, *passim*, insb. 88 ff.

49 Vgl. für den Arbeitsvertrag zum einen *BVerfG* 28. 1. 1992 – 1 BvR 1025/82 u. a. (Nachtarbeitsverbot), BVerfGE 85, 191 (213) und zum anderen im Zusammenhang mit AGB-Recht und der „Aufgabe, die Schutzbedürftigkeit handhabbar zu typisieren, damit rechtssichere Rechtsanwendung annähernd möglich wird“ *Preis*, in: FS Richardi, 2007, S. 339 (341 ff.).

50 Zur Konstruktion *Krause*, NZA 2012b, 830 ff.; *Krause*, Leiharbeit, 2012, S. 37 ff.; siehe auch *Brors*, AuR 2014, 258 ff.

ter Gestaltungsfreiheit als Gegenmaßnahme zu Fehlentwicklungen, Mindestlöhne durch Rechtsverordnung, § 3a AÜG, festgesetzt wurden. Auch der zum 1. 1. 2015 eingeführte staatliche Mindestlohn<sup>51</sup> ist Folge und Ausdruck der Schwäche der Tarifautonomie. Er ist nötig, weil es die Tarifebene teilweise nicht mehr vermochte, auch im Niedriglohnbereich angemessene Arbeitsbedingungen zu schaffen.

Die vor allem bürgerlich-rechtliche Erfahrung, dass private Gestaltungsfreiheit multipliziert mit einem praktischen Kräftegleichgewicht Fehlentwicklungen ergibt,<sup>52</sup> ist im kollektiven Arbeitsrecht – auf kollektiver Ebene – eine neuere Erscheinung, die ausweislich der Mitgliedszahlen erst etwa seit Beginn der 90er Jahre begonnen hat. Sie ist aber, wie das Beispiel des tarifdispositiven Achtstundentags der Weimarer Zeit zeigt, nicht ganz ohne Parallele. Dort waren – vergrößert – die Gewerkschaften wegen hoher Arbeitslosigkeit, Hyperinflation und Zwangsschlichtung geschwächt.<sup>53</sup>

## B. Untersuchungsgegenstand

### I. Untersuchte Frage

Zur Vermeidung von Fehlentwicklungen im Zusammenhang mit (tarif-)dispositivem Recht kann – wie mit jeder privaten Gestaltung – angesetzt werden an der Minimierung der Gestaltungsfreiheit oder an der Minimierung des Kräftegleichgewichts.<sup>54</sup> Geht einer der beiden Faktoren gegen null, werden sich zumindest durch private Freiheitsausübung keine Fehlentwicklungen ergeben. Der Faktor des Kräftegleichgewichts ist nicht nur, aber vor allem, ein außerrechtlicher. Er wird im Rahmen der Schlussbetrachtung zu würdigen sein.<sup>55</sup> Der Faktor der privaten Gestaltungsfreiheit beim Regeln mit rechtlicher Wirkung ist dagegen ein rein

---

51 BGBl. I 2014, S. 1348 ff.

52 Dieses „mathematische“ Bild habe ich entwickelt für meinen Vortrag zur 5. Arbeitsrechtlichen Assistententagung in Bochum, vgl. *Seiwerth*, in: Husemann/Wietfeld, Assistententagung 2015, 2015, S. 75 (78 ff.).

53 Dazu soeben Einl. A.II, S. 32 f.

54 Zu diesen drei Faktoren soeben Einl. A.III.2, S. 38 ff.

55 Unten Kap. 5, S. 440 ff.

rechtlicher. Die Grenzen der privaten Gestaltungsfreiheit, insbesondere bei (tarif-)dispositivem Recht, werden in dieser Arbeit ermittelt.

Private Regeln, die von dispositivem Recht abweichen, befinden sich regelmäßig in einem Spannungsfeld mit der „ursprünglichen“ Regelung des Gesetzgebers, die meistens unter anderem das Ziel verfolgt, Fehlentwicklungen zu verhüten. Vom Gesetzgeber ist nach *Werner Flume* „zu erwarten, dass er die Intention hat, den Rechtsgedanken zu verwirklichen“<sup>56</sup>. Wer dagegen einen (Tarif-)Vertrag abschließt, tut das jedenfalls nicht notwendigerweise.<sup>57</sup> Im Bereich (tarif-)dispositiven Gesetzesrechts tritt eine (tarif-)vertragliche Regel, die der Eigengesetzlichkeit, der „Selbstherrlichkeit“ des privaten Reglers folgt,<sup>58</sup> an die Stelle einer gesetzlichen Regelung, die „den Rechtsgedanken“ verwirklicht; dies deshalb, weil es der Gesetzgeber so zugelassen hat<sup>59</sup>. In dieser Arbeit wird untersucht, inwieweit der zugrunde liegende „Rechtsgedanke“ auch bei privaten Regeln, die an die Stelle der gesetzlichen Regeln treten, zu verwirklichen ist. Die der Arbeit zugrunde liegende Frage ist mit anderen Worten: *Inwieweit und wodurch ist die private Gestaltungsfreiheit bei (tarif-)dispositivem Recht eingeschränkt?* Ein Teil davon ist die Beantwortung der Frage, ob einmal als gegeben unterstellte implizite Zielvorstellungen des Gesetzgebers, wie mit der durch die dispositive Gesetzesausgestaltung eröffneten Gestaltungsfreiheit umgegangen werden soll, verbindlich ist.

## II. Präzisierung: (Tarif-)dispositives Recht und Rechtmäßigkeit von (Tarif-)verträgen

Mögen auch zumeist tatsächliche Entwicklungen Anlass für die Beschäftigung mit tarifdispositivem Recht gewesen sein, stellt sich die Frage, wie weit ein (Tarif-)vertrag vom Gesetz, auch bei (tarif-)dispositiver Ausgestaltung, in rechtlicher Hinsicht abweichen kann, prinzipiell bei jeder (tarif-)dispositiven Vorschrift. Der Wortlaut speziell tarifdispositiver Vorschriften ist zunächst oft sehr weit: Danach könnte die progressiv ansteigende, nach Betriebszugehörigkeit gestaffelte gesetzliche Kündigungsfrist nach § 622 BGB durch entsprechende Regelung in einem Tarifvertrag auf

---

56 *Flume*, Allgemeiner Teil II, 1992, S. 5 f.

57 Ausführlich unten Kap. 3 D.I.3.d), S. 201 ff.

58 Ausführlich unten Kap. 1 A.II.2, S. 58 ff. und A.II.3, S. 61 ff.

59 Ausführlich unten Kap. 2 A.III, S. 112 ff.

eine Woche verkürzt werden oder die Tarifvertragsparteien könnten nach § 14 Abs. 2 S. 3 TzBfG eine unbeschränkte tägliche Verlängerungsmöglichkeit für auf einen Tag sachgrundlos befristete Arbeitsverträge schaffen. Beidseitig normative Tarifbindung nach den §§ 3 Abs. 1, 4 Abs. 1 TVG ist dabei nicht vonnöten, eine arbeitsvertragliche Inbezugnahme einer tarifvertraglichen Gestaltung ist regelmäßig möglich. Eine durchsetzungs- und mitgliederstarke Gewerkschaft fände sich zwar nicht zu so einem Tarifvertragsabschluss bereit. Die Rechtsfrage nach den Grenzen der Rechtmäßigkeit von Tarifverträgen bei Abweichung von tarifdispositivem Gesetzesrecht hingegen bleibt aber auch dann bestehen.

Wer nach der Reichweite privater Gestaltungsfreiheit im Rahmen der staatlichen Rechtsordnung fragt, sucht nach den Grenzen autonomen Regels überhaupt. Der hiesige Untersuchungsgegenstand wird eingekreist, wenn auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit des Regels durch (Tarif-)Vertrag im Umkreis tarifdispositiven Rechts eine gedankliche Trennung zwischen den Ebenen der *Regelungszuständigkeit der (Tarif-)vertragsparteien*, ihrer *Regelungsbefugnis* und der *inhaltlichen Rechtmäßigkeit der fraglichen (Tarif-)regelung* vorgenommen wird.<sup>60</sup> Aus dem öffentlichen Recht stammend, werden, worauf insbesondere *Waltermann*<sup>61</sup> zu Recht hinweist, durch diese noch häufiger aufzugreifende Aufteilung ganz verschiedene Fragestellungen unterschieden: Die Zuständigkeit eines Trägers öffentlicher Gewalt ist gegeben, wenn ihm die *Aufgabe* für eine bestimmte Materie übertragen ist. Der generelle Aufgabenbereich der Tarifvertragsparteien umfasst nach Art. 9 Abs. 3 GG die „Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen“.<sup>62</sup> Die *Regelungsbefugnis* bezeichnet die konkreten Handlungsmöglichkeiten, die dem Träger öffentlicher Gewalt zur Verfügung stehen, etwa die Möglichkeit, Verwaltungsakte oder Rechtsverordnungen zu erlassen. Übertragen auf die Tarifvertragsparteien stellt sich hier insbesondere die Frage, ob eine bestimmte Regelung rechtstechnisch in einem Tarifvertrag mit normativer Wirkung verwirklicht werden kann. Diese beiden Ebenen werden hier nicht schwer-

---

60 Siehe zu dieser Systematisierung vor allem *Waltermann*, *Rechtsetzung*, 1996, S. 53 ff., 84 ff., 99 f., 112 ff., 135 ff.; vgl. daneben *Neumann*, *Tarifboni*, 2012, S. 49 f.; *Olschewski*, *Standorterhaltung*, 2010, S. 113 ff. m. w. N.; *Schnorr*, JR 1966, 327 (330 ff.); *Waltermann*, RdA 2007, 257 (260 f. m. w. N).

61 Exemplarisch *Waltermann*, RdA 2007, 257 (261); *Waltermann*, *Differenzierungsklauseln*, 2016, S. 59 ff.

62 Dazu ausführlich unten Kap. 1 A.II.3, S. 61 ff.

punktmäßig beleuchtet. Die Ebene der inhaltlichen Rechtmäßigkeit der Maßnahme dagegen befasst sich mit ihrer Übereinstimmung mit höherrangigem Recht. Dies umreißt den hiesigen Untersuchungsgegenstand. Untersucht wird die Rechtmäßigkeit einer von höherrangigem, dispositivem, staatlichem Recht abweichenden Regel in einem Tarifvertrag.

Im Spannungsfeld von dispositivem und zwingendem Recht und Tarifvertrag ergibt sich eine Vielzahl von Fragestellungen. Andere aktuelle Untersuchungen haben sich aus primär verfassungsrechtlicher Sicht der Frage gewidmet, wie viel aus dem Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Gesetzgeber mit zwingendem Gesetzesrecht wegen der grundrechtlichen Schutzpflichten füllen muss<sup>63</sup> oder wegen des Freiheitsgehaltes von Art. 9 Abs. 3 GG füllen darf<sup>64</sup>. Die hiesige Untersuchung der rechtsdogmatischen Konstruktion dispositiven Rechts im Allgemeinen und tarifdispositiven Rechts im Besonderen ist diesen Fragen zu einem guten Teil logisch vorgelagert. Wenn und je stärker der Tarifvertrag an Schutzgedanken der tarifdispositiv gestellten Norm gebunden wären und dies dann konsequent auch judizierbar wäre, verschöbe sich der Standort, von dem aus die (Nicht-)Erfüllung legislativer Schutzpflichten zu beurteilen wäre. Gleichmaßen würde sich, bei einer Betonung des Freiheitsgehalts von Art. 9 Abs. 3 GG, durch von Seiten des Staats bei der Gestaltung von Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen auferlegte Bindungen die Intensität eines Eingriffs in Art. 9 Abs. 3 GG erhöhen.<sup>65</sup>

Die Arbeit ist keine Gesamtbetrachtung des dispositiven Rechts, sie konzentriert sich auf den Bereich der privaten Gestaltungsfreiheit. Für die Vielfalt der (rechts-)ökonomischen, (rechts-)soziologischen oder „Governance“-Fragen im Zusammenhang mit dispositivem Recht kann auf aktuelle Darstellungen verwiesen werden.<sup>66</sup>

---

63 Aus dieser Perspektive aus jüngerer Zeit monographisch *D. Ulber, Tarifdispositives Gesetzesrecht, 2010*.

64 Aus dieser Perspektive aus jüngerer Zeit monographisch *Bock, Arbeitnehmerschutzrecht, 2005*, insb. S. 305 ff.

65 Zum verfassungsrechtlichen Rahmen noch ausführlich Kap. 1 B, S. 82 ff.

66 *Cziupka, Vertragsrecht, 2010*, S. 259 ff.; *Kähler, Begriff, 2012*, S. 161 ff.; *Möslein, Recht, 2011*, S. 120 ff, 265 ff. jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

### III. Bisherige Untersuchungen

#### 1. Tarifdispositives Recht

Fragen im Zusammenhang mit tarifdispositivem Recht wurden in der Vergangenheit aus einer anderen Perspektive diskutiert.<sup>67</sup> Mit Bezug auf den hiesigen Untersuchungsgegenstand finden sich in der Literatur aber dennoch vereinzelt Äußerungen zu Vorgaben (tarif-)dispositiven Rechts für die Rechtmäßigkeit von Tarifverträgen:

„Die Änderung der nachgiebigen Bestimmungen muß inhaltlich nach Maßgabe [...] der Gerechtigkeitsgedanken der durch den Vertrag ausgeschalteten oder modifizierten gesetzlichen Regeln die Interessen beider Teile angemessen berücksichtigen. Sie muss ‚fair‘ sein“<sup>68</sup>;

„Dem nachgiebigen Recht stehen die Tarifparteien mit derselben Freiheit gegenüber wie die Parteien des Einzelvertrages. Diese Freiheit ist nicht unbegrenzt. Denn das sog. dispositive Recht ist nach richtiger Ansicht kein unverbindlicher Vorschlag des Gesetzgebers an die Vertragsparteien, von dem sie nach freiem Belieben abweichen können, sondern es gibt einem bestimmten Vertragstyp die Regelung, die nach allgemeiner Erfahrung und einer oft Jahrhunderte alten Übung dem Wesen des Vertrages und den wohlabgewogenen Interessen der Parteien am besten gerecht wird. Es liegt nicht im Rahmen der Vertragsfreiheit, von dieser Regelung willkürlich und ohne jeden berechtigten Grund abzuweichen [...]. Das nachgiebige Recht will den Parteien nur die Möglichkeit geben, den Vertragsinhalt den besonderen Umständen des Einzelfalles anzupassen.“<sup>69</sup>;

„Der dem Gesetz zugrunde liegende Schutzgedanke ist jedenfalls in der Regel zwingend ausgestaltet, so dass den Tarifvertragsparteien Dispositionsfreiheit lediglich hinsichtlich der Einzelausformung verbleibt“<sup>70</sup>; „beim tarifdispositiven Recht [sind] die Sozialpartner verpflichtet, die ‚Politik des Gesetzes‘ einzuhalten“<sup>71</sup>;

„Unterscheidung zwischen dem ganzen Drum und Dran einer arbeitsschutzrechtlichen Regelung und ihrem unabdingbaren Kern“<sup>72</sup>;

---

67 Oben Einl. A.III, S. 34 ff.

68 *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil I/1, 1959, S. 301.

69 *Nikisch*, Arbeitsrecht Bd. 2, 1959, S. 229 (wohl als erster so mit Bezug explizit auf tarifdispositives Recht; darüber hinaus prophezeiend, dass sich diese Auffassung durchsetzen würde).

70 *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, TVG, 2007, Einl., Rn. 388.

71 *Wiedemann*, in: *Wiedemann*, TVG, 2007, Einl., Rn. 199.

72 *Gamillscheg*, Kollektives Arbeitsrecht I, 1997, S. 702.

„§ 7 AZO, eine andere Zulassungsnorm, enthält zwar keine solche [geschriebene] Grenze; aber auch hier wird man den Parteien nicht die Freiheit geben, ganz unangemessen lange Arbeitszeiten zu vereinbaren“<sup>73</sup>;

„Bei der Frage nach der Reichweite der Regelungsbefugnis bei Tarifdispositivität ist in Rechtsprechung und Literatur schon immer die Auffassung vertreten worden, dass die Tarifvertragspartner bei tarifdispositivem Gesetzesrecht nicht schrankenlos tätig werden können, vielmehr sich die tariflichen Regelungen im Rahmen der gesetzlichen Wertordnung halten müssen“<sup>74</sup>;

„Der gesetzliche Rahmen oder Grundsatz [...] kann gestaltet aber nicht verlassen werden“<sup>75</sup>;

„Die tariflichen Normen müssen einen *insgesamt gleichwertigen Schutz* gewähren [...]. Soweit eine Norm tarifdispositiv ausgestaltet ist, dispensiert das Gesetz nicht von der *gesetzlichen Werteordnung*, sondern nur von der Ausgestaltung im Einzelnen“<sup>76</sup>;

„Im Übrigen dürfen tarifvertragliche Abweichungen die allgemeine Schutzkonzeption des jeweiligen Gesetzes nicht völlig außer Acht lassen [...]“<sup>77</sup>;

„Tarifverträgen ist regelmäßig ein Regelungsbereich in Abweichung von ansonsten zwingendem Recht eröffnet um einer branchennahen und dort sachgerechten Fortschreibung des Gesetzes willen. Die Frage, ob die sich daraus ergebende Grenze überschritten wurde, führt zu einer mit weiteren gesetzlichen Regelungen alltäglicher werdenden Form zulässiger, der Tarifautonomie aber an sich fremder Tarifizensur“<sup>78</sup>.

Dabei scheinen die Aussagen Folge eines nicht offengelegten Vorverständnisses zu sein. Denn trotz fehlender Anhaltspunkte im Wortlaut dispositiver Normen erfolgt ohne Ausnahme keine nähere Begründung, systematische Anbindung oder Konkretisierung. Das überrascht, hängt doch die Reichweite privater Gestaltungsfreiheit unmittelbar vom Verständnis des dispositiven Rechts ab. Die Vernachlässigung einer gründlichen Aufarbeitung im Bereich des tarifdispositiven Rechts mag ihren Grund darin haben, dass zumindest in der Vergangenheit unter Bedingungen mitgliederstarker, vitaler Koalitionen die private Gestaltungsfreiheit, zumindest in der Wahrnehmung, selten in einer für bedenklich gehaltenen Art genutzt wurde.

---

73 *Gamillscheg*, RdA 1968, 407 (409).

74 *Fuchs*, NZA 2009, 57 (62).

75 *Schüren*, in: FS BAG 50, 2004, S. 877 (886).

76 *J. Ulber*, in: Ulber, AÜG, 2011, § 9 Rn. 212 (Hervorhebung im Original).

77 *Krause*, in: Jacobs/Krause/Oetker/Schubert, Tarifvertragsrecht, 2013, § 1 Rn. 144.

78 *Bepler*, DJT-Gutachten, 2014, S. B 64 f. Fn. 149.

## 2. Parallelen im Bürgerlichen Recht

Man hat sich im Bürgerlichen Recht weitaus länger als im kollektiven Arbeitsrecht mit dem Verständnis vom „Wesen“ des dispositiven Rechts und sich wandelnden Vorstellungen des Verhältnisses des Individuums und des privaten Willens zum Staat und seinem Recht beschäftigt. Ausgangspunkt der bürgerlich-rechtlichen Diskussion war lange Zeit das durch den Gebrauch von AGB entstehende Kräfteungleichgewicht. *Teichmann* stellte in seiner 1970 erschienenen Habilitationsschrift, die die Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen untersucht hat, fest:

„Es gewinnt aber auch die Auffassung an Boden, die aus abdingbaren gesetzlichen Bestimmungen selbst trotz ihres nachgiebigen Charakters Schranken der Parteiautonomie gewinnen will. Gewiß könne die einzelne Norm durch eine vertragliche Regelung abgeändert werden. Der Gesetzgeber habe aber in einem dispositiven Gesamtkomplex eine Ordnung der verschiedenen gegenläufigen Interessen aufgestellt, die man nicht ohne Grund umstoßen dürfe. Verschiebungen dieses Gesamtgleichgewichts, Abweichungen vom Leitbild des Gesetzes sind nach dieser Meinung nur zulässig, wenn sie sachlich gerechtfertigt werden können.“<sup>79</sup>

Gemeint ist damit die Konstruktion von Einschränkungen der privaten Gestaltungsfreiheit, die sich nicht aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben. Insoweit eröffnet sich eine Parallele zum hiesigen Untersuchungsgegenstand und den vereinzelt Äußerungen über die Gestaltungsfreiheit bei tarifdispositivem Recht.<sup>80</sup> Wo das Vorliegen von Missbrauch oder zumindest eine, wie auch immer gestaltete Fehlentwicklung des Gebrauchs von privater Gestaltungsfreiheit empfunden wird, stellt sich die Frage und das Bedürfnis nach einer Kontrolle des Gebrauchs der Freiheit. In Reaktion darauf<sup>81</sup> hat der Gesetzgeber im AGB-Gesetz 1976<sup>82</sup> mit § 9 Abs. 2 AGBG eine Kontrolle privater Disposition in Formularverträgen anhand der „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ eingeführt.<sup>83</sup> Dabei hat er sich an den schon vorher in der Rechtsprechung des

---

79 *Teichmann*, Gestaltungsfreiheit, 1970, S. 13.

80 Soeben Einl. B.III.1, S. 45 ff.

81 Entsprechend hieß es in der Gesetzesbegründung zum AGBG, BT-Drs. 7/3919, S. 13: Es gehe darum, „die durch eine ungehemmte Entwicklung im Bereich der AGB gestörte Funktion des Vertragsrechts wiederherzustellen“.

82 AGB-Gesetz vom 9. 12. 1976, BGBl. I, S. 3317.

83 BT-Drs. 7/3919, S. 23.

BGH entwickelten Grundsätzen über die „Leitbildfunktion“ des dispositiven Gesetzesrechts orientiert.<sup>84</sup> Regelmäßig formulierte der BGH:<sup>85</sup>

„Formulärmäßig festgelegte Abweichungen von dispositiven gesetzlichen Regeln dürfen nicht gegen das gesetzliche Leitbild des Vertrages verstoßen“.<sup>86</sup>

Ergebnis dieser Rechtsprechung war etwa, dass beim Kauf fabrikneuer Möbel – so der wohl erste Fall der damals noch nicht so benannten Leitbildkontrolle – die Gewährleistung trotz fehlender Anhaltspunkte im Gesetzeswortlaut aufgrund von „immanente[n] Schranken“ nicht vollkommen ausgeschlossen werden durfte, wohl aber statt der damals zustehenden Rechte der Wandelung und der Minderung ein vertragliches Nachbesserungsrecht vereinbart werden konnte.<sup>87</sup>

Die Einführung einer Generalklausel zur Kontrolle von Verträgen am „Leitbild“ dispositiven Gesetzesrechts war im Wesentlichen der Schlusspunkt der bürgerlich-rechtlichen Diskussion um eine gegenüber privater Gestaltungsfreiheit graduell resistente Kraft des als „gerecht“ bewerteten dispositiven Gesetzesrechts.<sup>88</sup> Heute gelten die zwischen Unternehmer und Verbraucher und die zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geschlossenen Verträge in aller Regel auch bei nur einmaliger Verwendung des Texts als unter die Kontrolle fallende Allgemeine Geschäftsbedingungen und als vom Unternehmer bzw. Arbeitgeber gestellt, § 310 Abs. 3 BGB.<sup>89</sup> Wesentliche strukturelle Machtungleichgewichte in der Rechtsordnung sind damit bereits erfasst. Die praktische Bedeutung von § 307 Abs. 1 BGB liegt heute auch weniger im Schutz gerade vor den – situativen – Gefahren vorformulierter Vertragsbedingungen als vielmehr in einer Vertragskontrolle am Maßstab dispositiven Gesetzesrechts bei typisiert angenommenen Kräfteungleichgewichtslagen.<sup>90</sup>

---

84 Zu dieser „Ordnungs-“ oder „Leitbildfunktion“ unten Kap. 3 D.III.2, S. 274 ff.

85 Zu dieser Rechtsprechung unten Kap. 3 D.III.2.b)dd), S. 281 ff.

86 *BGH* 8. 10. 1969 – VIII ZR 20/68, *NJW* 1970, 29 (32).

87 *BGH* 29. 10. 1956 – II ZR 79/55 (Fabrikneue Möbel), *BGHZ* 22, 90 (94 ff.).

88 Zu dieser Einschränkung der Gestaltungsfreiheit als Antwort auf die durch Kräfteungleichgewichte entstandenen Fehlentwicklungen unten Kap. 5 B.I, S. 443 ff.

89 Das BAG hat erkannt, dass der Arbeitsvertrag insoweit Verbrauchervertrag ist, vgl. *BAG* 25. 5. 2005 – 5 AZR 572/04, *BAGE* 115, 19 (28 ff.); vgl. *BVerfG* 23. 11. 2006 – 1 BvR 1909/06 (Abrufarbeit), *NZA* 2007, 85 (86).

90 Ähnlich wie hier *Höfling*, Vertragsfreiheit, 1991, S. 47 f. Vgl. schon die kritische Betrachtung von *Lieb*, *AcP* 178 (1978), 196 (insb. 197 f., 205).

In jüngerer Zeit wurde dem Phänomen des dispositiven Rechts im Bürgerlichen Recht monographisch Beachtung geschenkt.<sup>91</sup> Trotz der sorgfältigen Anlage der Werke wird wenig überraschend die hier zu untersuchende Frage nach der privaten Gestaltungsfreiheit bei dispositivem Recht kaum behandelt. Eine Kontrolle von Verträgen am Maßstab dispositiven Rechts wird im Bürgerlichen Recht vor allem durch die – im kollektiven Arbeitsrecht nicht in vergleichbarem Maß wirkmächtigen – Generalklauseln geleistet.<sup>92</sup>

### C. *Unterfragen und Gang der Darstellung*

Die Untersuchungsfrage hier ist: „Inwieweit und wodurch ist die private Gestaltungsfreiheit bei (tarif-)dispositivem Recht eingeschränkt?“ Aufgegliedert wird sie in die Fragen „Wie ist die private Gestaltungsfreiheit im Recht konturiert und wie ist das Verhältnis privater Gestaltung zu staatlichem Recht?“ (Kapitel 1); „Was ist die dogmatische Grundstruktur des Regelungsmusters des (tarif-)dispositiven Rechts?“ (Kapitel 2); „Wie ist der durch staatliches Recht determinierte Raum privater Gestaltungsfreiheit festzustellen?“ (Kapitel 3). Dem schließt sich die Anwendung der gefundenen Ergebnisse auf die Bestimmung der privaten Gestaltungsfreiheit bei zwei Komplexen tarifdispositiven Rechts (Kapitel 4) an. In einer Schlussbetrachtung (Kapitel 5) werden die gefundenen Erkenntnisse in einem größeren Zusammenhang, dem Zusammenspiel von Kräfteungleichheit und Gestaltungsfreiheit, verortet. Die wichtigsten Gesichtspunkte der Arbeit werden in Kapitel 6 zusammengefasst.

Die Frage nach der Reichweite der Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen ist nicht zu beantworten ohne den Blick auf bürgerlich-rechtliche Individualverträge als Grundform der Erzeugung von Regeln mit rechtlicher Wirkung durch Private.<sup>93</sup> Obschon der Schwerpunkt auf dem Tarifvertrag liegt, wird so gleichzeitig die Gestaltungsfreiheit in Individualverträgen im Zusammenhang mit dispositiven und zwingenden Regeln untersucht.

---

91 *Cziupka*, Vertragsrecht, 2010; *Kähler*, Begriff, 2012; *Möslein*, Recht, 2011.

92 Dazu unten Kap. 3 B.I.1, S. 140 ff.

93 Vgl. auch *Preis*, Grundfragen, 1993, S. 223 f. m. N. im Kontext der Rechtfertigung von individualarbeitsrechtlichen Sonderwegen, nachdem das Problem der Kräfteungleichgewichte auch im bürgerlichen Recht verstärkt Aufmerksamkeit erfahren hatte.

# Kapitel 1 Grundlagen: Private Gestaltungsfreiheit und staatliches Recht

Dispositives Recht ist angesiedelt an der Naht zwischen privatem Regeln und staatlicher Vorgabe, zwischen Selbst- und Fremdbestimmung, zwischen Autonomie und Heteronomie. Soll eine Naht umfassend betrachtet werden, kann das nicht ohne Betrachtung auch der verbundenen Elemente geschehen. Die Notwendigkeit eines Grundlagenteils entspringt dem Befund, dass gerade im Zusammenhang mit (tarif-)dispositivem Recht viel vernebelt wird durch uneinheitliche, verschieden aufgeladene Begriffe und ein differierendes, teils diffuses, fast immer nicht offengelegtes Vorverständnis davon, wie privates Handeln zu Regeln mit rechtlicher Wirkung etwa in Vertrag oder Tarifvertrag wird. Von den jeweiligen Vorverständnissen vom Verhältnis von staatlicher Gesetzgebung und privatautonomer oder tarifautonomer Regelung hängt die Beantwortung beinahe sämtlicher Folgefragen ab. Das hier zugrundegelegte Vorverständnis soll offengelegt werden.<sup>94</sup> Dabei sind die Grundlagen privaten Rechtsregels an dieser Stelle nicht neu zu entwickeln, sondern das Vorhandene ist systematisiert darzustellen.

## *A. Rechtliche Wirkung privater Regeln*

### I. Grundlegende Begriffe

#### 1. Recht

Es wäre vermessen, beginnen zu wollen mit der Darlegung dessen was Recht „ist“. Es genügt, aus der Mixtur all dessen, was unter „Recht“ ver-

---

94 Nur so kann eine Kontrolle durch offenen Diskurs entstehen. Die Explizitmachung möglichst aller Umstände, die zu Schlussfolgerungen führen, ist ein methodischer Grundansatz dieser Arbeit. Vgl. zur methodischen Rechtsanwendung in der Rechtsprechung zur Sicherstellung des Demokratieprinzips und der Gewaltenteilung *Preis*, in: FS Wank, 2014, S. 413 (415 f.).

standen werden kann, eine solche Menge herauszudestillieren, über die weitgehende Einigkeit besteht und die für den Gegenstand hinreichend ist.

Recht dient – gegebenenfalls neben anderen Zielen, denen das Recht verpflichtet ist oder sich verpflichtet hat<sup>95</sup> – der Herstellung einer Ordnung des menschlichen Zusammenlebens.<sup>96</sup> Dieser Anspruch bedingt es, Recht zu verstehen als einen Imperativ, eine verbindliche Anweisung für menschliches Verhalten.<sup>97</sup> Nicht zutreffend ist die Kritik, die auf die tatsächliche Existenz von Normen hinweist, die nicht unmittelbar Gebote

---

95 So z. B. eindrücklich *BVerfG* 14. 2. 1968 – 2 BvR 557/62, BVerfGE 23, 98 (98 f.), Ls. 1: „Nationalsozialistischen ‚Rechts‘vorschriften kann die Geltung als Recht abgesprochen werden, wenn sie fundamentalen Prinzipien der Gerechtigkeit so evident widersprechen, daß der Richter, der sie anwenden oder ihre Rechtsfolgen anerkennen wollte, Unrecht statt Recht sprechen würde“, Ls. 3: „Einmal gesetztes Unrecht, das offenbar gegen konstituierende Grundsätze des Rechtes verstößt, wird nicht dadurch zu Recht, daß es angewendet und befolgt wird“; vgl. auch *BVerfG* 23. 10. 1952 – 1 BvB 1/51 (SRP-Verbot), BVerfGE 2, 1 (13); *BVerfG* 17. 8. 1956 – 1 BvB 2/51 (KPD-Verbot), BVerfGE 5, 85 (140) und aus der Literatur *Alexy*, *Geltung*, 1992, S. 29 ff.; *Bachmann*, *Ordnung*, 2006, S. 21; *Dreier*, NJW 1986, 890 (896): „Minimum an ethischer Rechtfertigung“; *Heckmann*, *Geltungskraft*, 1997, S. 24 ff., 25; *Neuner*, *Rechtsfindung*, 1992, S. 6 ff., insb. S. 26 f.; *Radbruch*, 1932, S. 29 ff.; insb. zum Positivismus der Rechtswissenschaft des Anfangs des 20. Jahrhunderts *Rüthers*, *Auslegung*, 1968, S. 91 ff.; eher skeptisch z. B. *Adomeit*, *Rechtsquellenfragen*, 1969, S. 81 f.; *Becker*, *Normsetzung*, 2005, S. 78 f.; *Kirchhof*, *Rechtsetzung*, 1987, S. 38; *Taupitz*, *Standesordnungen*, 1991, S. 553.

96 Vgl. stellvertretend für verschiedene Zeiten *Kirchhof*, *Rechtsetzung*, 1987, S. 31; *Meyer-Cording*, *Rechtsnormen*, 1971, S. 3; *Haenel*, *Staatsrecht*, 1892, S. 115; *Kaiser/Knütel*, *Privatrecht*, 2014, S. 28; *Raiser*, *AGB*, 1935, S. 68; *Regelsberger*, *Pandekten*, 1893, S. 58; *Zippelius*, *Rechtstheorie*, 2012, S. 11 ff.

97 Sog. „Imperativentheorie“, begründet wohl in den 1780er Jahren von *Bentham*, *Principles*, 1789, Nachdr. 1948, insb. S. 332; für den deutschen Sprachraum wohl erstmals *Thon*, *Rechtsnorm*, 1878, S. 3 ff.; vgl. *Adomeit*, *RdA* 1967, 297 (300); *Becker*, *Normsetzung*, 2005, S. 78; *Engisch*, *Einheit*, 1935, S. 4, 6 f.; *Kirchhof*, *Rechtsetzung*, 1987, S. 31 ff.; *Meyer-Cording*, *Rechtsnormen*, 1971, S. 3; *Nawias-ky*, *Rechtslehre*, 1948, S. 8, 13, 24, 97; *Regelsberger*, *Pandekten*, 1893, S. 59 f.; *Röhl/Röhl*, *Rechtslehre*, 2008, S. 230 ff. Kritisch z. B. *Bydlinski*, *Methodenlehre*, 1991, S. 197 ff.; *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, 1995, S. 71 ff. Der Gegenentwurf von *Kelsen*, *Hauptprobleme*, 1923, S. 176, 206 f., 212, 225, 292 und öfter versteht den Rechtssatz als „hypothetisches Urteil“ über einen bedingten Willen des Staats, insb. hält er innerhalb des Begriffs vom Recht eine Garantie von dessen Durchsetzung für notwendig. Richtigerweise besteht zwischen beiden Ansätzen nur ein gradueller Unterschied hinsichtlich des Maßes der Konkretisierung der Normen, vgl. *Bucher*, *Normsetzungsbefugnis*, 1965, S. 50 f. Die Frage der Garantie der Durchsetzung ist ohnehin eher eine der *Geltung*, vgl. unten A.II.1., S. 56.

oder Verbote statuieren. Denn auch diese enthalten eine Geltungsanordnung und beanspruchen Befolgung. Im Übrigen bereiten sie den Boden für Sätze, die unmittelbare Anweisungen enthalten.<sup>98</sup>

## 2. Regel

Unter dem neutralen, weiten Begriff der *Regel* wird hier jeder Satz gefasst, der ein Sollen zum Ausdruck bringt.<sup>99</sup> Etwas zu *regeln* bedeutet damit, eine Ordnung durch Sollenssätze zu schaffen. Nicht durch den Begriff der Regel impliziert ist eine rechtliche Wirkung im Sinn eines *verbindlichen* Sollens. Hat eine Regel eine solche verbindliche Sollensanordnung, so mag man von einer „Regel mit rechtlicher Wirkung“, kürzer: einer „*Rechtsregel*“ sprechen.

## 3. Rechtsnorm

Der Begriff der *Rechtsnormen* ist zu zerlegen in „Recht“ und „Norm“, Normen außerhalb des Rechts bleiben also außer Betracht. Die Rechtsnorm wird hier verstanden als generelle Regel mit rechtlicher Wirkung, die heteronom gilt.<sup>100</sup> Damit mag nicht jede Rechtsnorm erfasst sein, sondern nur eine typische beschrieben. Eigentlich ist die Rechtsnorm ein Typusbegriff.<sup>101</sup> Das Merkmal der Generalität hat die Unbestimmtheit der Adressaten bei der Normentstehung und damit eine gewisse Breitenwir-

---

98 Vgl. *Kirchhof*, *Rechtsetzung*, 1987, S. 31 ff.; *Larenz/Canaris*, *Methodenlehre*, 1995, S. 74 ff.; *Röhl/Röhl*, *Rechtslehre*, 2008, S. 231 f. Man mag hier aufteilen in *lex perfectae*, die ihren eigenen Imperativ enthalten und in *lex imperfectae*, die diesen nicht enthalten.

99 So auch bei *Bachmann*, *Ordnung*, 2006, S. 22.

100 Wie hier *Becker*, *Normsetzung*, 2005, S. 75 ff.; *Kirchhof*, *Rechtsetzung*, 1987, S. 57 ff., insb. 95 f.; *Meyer-Cording*, *Rechtsnormen*, 1971, S. 17 ff., 26 ff., 46; *Säcker*, *Gruppenautonomie*, 1972, S. 96; *Waltermann*, *Rechtsetzung*, 1996, S. 93 f.; ähnlich *Taupitz*, *Standesordnungen*, 1991, S. 550. Dabei kann auch „autonomes Recht“ heteronom sein, vgl. allein *Axer*, *Normsetzung*, 2000, S. 49 ff. Einschränkung *Bydlinski*, *Methodenlehre*, 1991, S. 250 Fn. 143 „in aller Regel von heteronomer Beschaffenheit“.

101 Vgl. *Kirchhof*, *Rechtsetzung*, 1987, S. 26 f.; 95 f.

kung im Auge.<sup>102</sup> Heteronom ist eine Regel grundsätzlich dann, wenn sie ohne oder gegen den Willen der ihr Unterworfenen ergangen ist oder wenn sie in einem Prozess erzeugt wurde und Geltung erlangt, der eine Regelproduktion ohne oder gegen den Willen der Normadressaten gestatten würde oder in dieser Weise später geändert werden kann.<sup>103</sup> Nicht geteilt wird dabei die Terminologie der „Wiener Schule“, die jede rechtlich verbindliche Regel menschlichen Verhaltens als Rechtsnorm bezeichnet<sup>104</sup>, damit wäre auch der Einzelvertrag eine Rechtsnorm. Es ginge sonst die begriffliche Unterscheidung von Autonomie und Heteronomie verloren.<sup>105</sup>

#### 4. Private Rechtsetzung

Recht wurde oben verstanden als verbindliche Anweisung für menschliches Verhalten. Die Verknüpfung mit dem Begriff „privat“ wirft die Frage auf, ob auch Private – zunächst begrifflich – zur Schaffung einer solchen verbindlichen Anweisung fähig sind. Verbreitet wurde dies wegen eines „Rechtsetzungsmonopols“ des Staats verneint.<sup>106</sup> Einem solchen Postulat steht, worauf zutreffend hingewiesen worden ist, aber unsere pluralistische Gesellschaftsordnung entgegen, die sich in Rechtsordnung und Wirklichkeit widerspiegelt.<sup>107</sup> An der Erzeugung der konkreten verbindlichen Ver-

---

102 Grundlegend *Jellinek*, Gesetz, 1913, S. 142 ff.; 146 ff.; ausführlich *Kirchhof*, Rechtsetzung, 1987, S. 64 ff.; vgl. *Taupitz*, Standesordnungen, 1991, S. 551.

103 Ausführlich *Kirchhof*, Rechtsetzung, 1987, S. 84 ff.; vgl. *Bucher*, Normsetzungsbefugnis, 1965, S. 87 f.; *Meyer-Cording*, Rechtsnormen, 1971, S. 7; *Richardi*, Kollektivgewalt, 1968, S. 32.

104 Vgl. allein *Adomeit*, Rechtsquellenfragen, 1969, S. 72; *Kelsen*, Souveränität, 1928, S. 118 f. Umfassende Nachweise bei *Säcker*, Gruppenautonomie, 1972, S. 96 f. mit Fn. 65.

105 Im Wesentlichen handelt es sich um eine terminologische Frage; Unterschiede in der Sache bestehen zwischen den beiden Sichtweisen hier wohl nicht; so auch *Säcker*; Gruppenautonomie, 1972, S. 97; *Waltermann*, Rechtsetzung, 1996, S. 95 m. w. N.

106 Vgl. im Einzelnen die Nachweise bei *Meyer-Cording*, Rechtsnormen, 1971, S. 39 ff.

107 Ausführlich *Kirchhof*, Rechtsetzung, 1987, S. 107 ff.; *Ossenbühl*, in: *Isensee/P. Kirchhof*, HStR V, 2007, § 100 Rn. 38 f.; vgl. *Biedenkopf*, Grenzen, 1964, S. 104; *Galperin*, in: FS Molitor, 1962, S. 143 (156); *Meyer-Cording*, Rechtsnormen, 1971, S. 40 ff.; *Raiser*, AGB, 1935, S. 74; *Waltermann*, Rechtsetzung, 1996, S. 122 ff.