



FORSCHUNGSBERICHT

497

Anreize für ausgehandelte betriebliche Flexibilität bei der Arbeitszeitgestaltung

Anreize für ausgehandelte betriebliche Flexibilität

bei der Arbeitszeitgestaltung

Juristische Expertise

erstattet im Auftrage des

Bundesministeriums für Arbeit und Soziales

von Prof. Dr. jur. Achim Seifert

Friedrich-Schiller-Universität Jena

Erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales.

Die Durchführung der Untersuchungen sowie die Schlussfolgerungen aus den Untersuchungen sind von den Auftragnehmern in eigener wissenschaftliche Verantwortung vorgenommen worden. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales übernimmt insbesondere keine Gewähr für die Richtigkeit, Genauigkeit und Vollständigkeit der Untersuchungen.

Inhaltsverzeichnis

Zusammenfassung	4
A. Einführung.....	6
I. Gutachtenauftrag	6
II. Vorgehensweise.....	6
B. Anreize für eine kollektive Aushandlung betrieblicher Arbeitszeitkompromisse	7
I. Zur kollektivvertraglichen Gestaltung der Arbeitszeit	7
II. Funktionen einer Förderung kollektivvertraglicher Gestaltungen.....	9
III. Anknüpfungspunkte im geltenden Recht	10
1. Tarifdispositives Gesetzesrecht	10
2. Privilegierung von Kollektivverträgen im Kündigungsrecht	11
C. Optionen des Gesetzgebers für eine Arbeitszeitflexibilisierung.....	13
I. Recht auf befristete Teilzeit.....	13
1. Ausgestaltung des Rechts auf befristete Teilzeit.....	14
2. Förderung kollektivvertraglicher Regelungen.....	15
3. Betriebsratslose Kleinbetriebe	16
II. Einführung eines Wahlarbeitszeitmodells	16
1. Verhandlungsanspruch oder Recht auf Wahlarbeitszeit.....	17
2. Umfang des Wahlrechts.....	17
3. Förderung kollektivvertraglicher Regelungen.....	18
4. Kleinbetriebe	19
III. Annex: Wahl des Arbeitsortes („Recht auf Homeoffice“)	26
IV. Flexibilisierung des gesetzlichen Arbeitszeitschutzes.....	28
1. Gesetzliche Zulassung von Ruhezeitverkürzungen durch Tarifvertrag	28
2. Gesetzliche Zulassung von Arbeitszeitverlängerungen durch Tarifvertrag	33
3. Zur Reform des Arbeitszeitrechts der Union.....	34
D. Zulässigkeit einer Experimentierklausel	35
I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	35
1. Befristung des Gesetzes.....	35
2. Beschränkte Erprobung des Gesetzes.....	38
II. Zur Behandlung von „Altfällen“	40

Zusammenfassung

1. Die Schaffung von Anreizen für den Abschluss von Kollektivverträgen bei der Gestaltung der Arbeitszeit dient zwei Zielen. Sie erhöht zum einen die Chance eines angemessenen Ausgleichs zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen und kann zum anderen auch die innerhalb der Arbeitnehmerschaft divergierenden Arbeitszeitinteressen ausgleichen. Ansätze für solche Anreize finden sich in § 1 Abs. 4 und 5 KSchG sowie in § 125 Abs. 1 InsO. An dem Rechtsgedanken, der diesen Regeln zugrunde liegt, könnte der Gesetzgeber anknüpfen.

2. a) Bei der Einführung eines Rechts auf befristete Teilzeit sollte vorgesehen werden, dass Regelungen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen die Vermutung eines (dringenden) betrieblichen Grundes begründen können, der einem Begehren auf befristete Teilzeit entgegengehalten werden kann. Zur Wahrung der Kohärenz mit § 8 Abs. 7 TzBfG und § 15 Abs. 7 S. 1 Nr. 1 BEEG sollte der Anspruch unter dem Vorbehalt eines Schwellenwertes stehen.

b) Sollte der Gesetzgeber ein „Wahlarbeitszeitgesetz“ schaffen wollen, hat er die Wahl zwischen einem Verhandlungsanspruch und einem echten Anspruch auf Änderung der Arbeitszeit. Wird ein Anspruch auf Änderung der Arbeitszeit eingeführt, hat er die Option, diesen nur für die Änderung der Arbeitszeitlage anzuerkennen und die Arbeitszeitdauer hiervon auszunehmen. Bei den (dringenden) betrieblichen Gründen, die der Arbeitgeber einem Anspruch entgegensetzen kann, sollten in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 1 Abs. 5 KSchG und des § 125 Abs. 1 InsO dem Begehren entgegenstehende tarifvertragliche oder betriebliche Regelungen die widerlegliche Vermutung begründen, dass solche Gründe vorliegen. Ist eine Erstreckung auf Kleinbetriebe gewollt, empfiehlt es sich, eine Auditierung des betrieblichen Arbeitszeitkonzeptes als Grundlage dafür zu nehmen, dass dieses angemessen ist und bei Vorliegen seiner Voraussetzungen dem Arbeitnehmer als (dringender) betrieblicher Grund entgegengehalten werden kann. Insoweit bietet es sich an, die „Initiative Neue Qualität der Arbeit“ institutionell zu verfestigen.

c) Die Optionen des Gesetzgebers bei einer Flexibilisierung des gesetzlichen Arbeitzeitschutzes, insbesondere eine Verkürzung der täglichen Ruhezeiten durch Tarifvertrag, sind durch die Richtlinie 2003/88/EG über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung begrenzt. Eine Zulassung einer Verkürzung der Ruhezeit von 11 auf 9 Stunden an zwei Wochentagen ist zwar im Grundsatz zulässig. Es ist aber wegen Art. 18 Abs. 3 der Richtlinie dafür zu sorgen, dass die beiden Tage mit verkürzter Ruhezeit nicht aufeinanderfolgend sind. Grenzen könnten sich auch aus Art. 31 Abs. 2 GrChEU ergeben, wobei die Einzelheiten dieser Norm durch den EuGH noch nicht geklärt sind. Entsprechende Grenzen bestehen auch für eine gesetzliche Öffnung für eine Arbeitszeitverlängerung an 2 Wochentagen.

3. Eine Experimentierklausel ist verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn sie nicht in sachlich nicht nachvollziehbarer Weise die Öffnungsbefugnis beschränkt. Eine Beschränkung der Abweichungsbefugnis auf einzelne Branchen ist deshalb mit einem verfassungsrechtlichen Risiko behaftet. Ansonsten kann sie unproblematisch befristet werden. Es empfiehlt sich, eine Evaluierung der Erprobung sowie eine Meldepflicht im Hinblick auf die Tarifverträge, die von der Abweichungsbefugnis Gebrauch machen, vorzusehen. Bei Aufhebung des Gesetzes nach Ablauf der Befristung, können sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer grundsätzlich nicht auf Vertrauensschutz berufen. Gleichwohl empfiehlt es sich, in ein solches Gesetz eine Bestandschutzklausel oder eine Übergangsregel aufzunehmen, um von der Befristung eventuell ausgehende negative Anreize für Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu neutralisieren.

A. Einführung

I. Gutachtauftrag

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales hat mich gebeten, eine juristische Expertise zu der Frage zu verfassen, wie Anreize für eine ausgehandelte betriebliche Flexibilität bei der Arbeitszeitgestaltung gesetzt werden können. Hintergrund sind einzelne, gegenwärtig diskutierte Ansätze für eine Arbeitszeitflexibilisierung.

Aufgabe der vorliegenden juristischen Expertise soll es sein, am geltenden Recht anknüpfend und rechtspolitisch „Konzepte zu entwickeln und Ansätze rechtlich zu überprüfen, mit denen insbesondere im Arbeitszeitrecht die Belange der Beschäftigten und der Unternehmen zur verbesserten Wirkung gebracht und im Sinne eines ‚Flexibilitätskompromisses‘ austariert werden können“. Dabei soll insbesondere der Gedanke verfolgt werden, durch eine gesetzliche Regelung das Kollektivvertragssystem, also die Tarifautonomie oder Betriebsverfassung, zu stärken, indem Anreize für eine kollektivvertragliche Regelung der gewünschten „Flexibilitätskompromisse“ gesetzt werden.

II. Vorgehensweise

Die folgenden Überlegungen setzen bei dem Gedanken an, Anreize für kollektivvertragliche Vereinbarungen im Arbeitszeitrecht zu schaffen, fragen nach den Funktionen, die eine kollektivvertragliche Gestaltung der Arbeitszeit erfüllen kann, und arbeiten die im geltenden Recht an einzelnen Stellen vorhandenen Anreize zu einer kollektivvertraglichen Regelung von Arbeitsbedingungen auf (B.).

Der Hauptteil der Expertise soll allerdings einzelnen rechtspolitischen Optionen des Gesetzgebers für eine Arbeitszeitflexibilisierung gewidmet sein (C.). Im Einzelnen soll dabei das im Koalitionsvertrag geplante Recht auf befristete Teilzeit ebenso einer Analyse unterzogen werden wie die von verschiedener Seite angestellten Überlegungen zur Schaffung eines Wahlarbeitszeitgesetzes und einer Öffnung des gesetzlichen Arbeitszeitschutzes für abweichende Gestaltungen. Bei den aufgrund der Untersuchung unterbreiteten Lösungsvorschlägen soll soweit wie möglich von Rechtsgedanken ausgegangen werden, die bereits im geltenden Recht zumindest punktuell ihren Niederschlag gefunden haben, um das Arbeitsrecht möglichst inhaltlich kohärent fortzuentwickeln.

Der abschließende Teil der Expertise (D.) ist der Frage gewidmet, ob sich der Gesetzgeber bei einer Flexibilisierung des Arbeitszeitrechts einer „Experimentierklausel“ bedienen und ein entsprechendes Gesetz befristen darf.

B. Anreize für eine kollektive Aushandlung betrieblicher Arbeitszeitkompromisse

Ein wichtiger Gesichtspunkt, der im Rahmen dieser juristischen Expertise untersucht werden soll, ist die Frage, wie gesetzliche Anreize für eine kollektive Aushandlung von Arbeitszeitkompromissen aussehen könnten. So könnte eine Förderung des Abschlusses von Tarifverträgen ein Instrument sein, die seit einigen Jahrzehnten erodierende Tarifautonomie wieder zu stärken.

I. Zur kollektivvertraglichen Gestaltung der Arbeitszeit

Die Förderung von kollektivvertraglichen Arbeitszeitkompromissen wirft zunächst die grundsätzliche Frage nach dem Stellenwert kollektivvertraglicher Gestaltungen bei der Regelung der Arbeitszeit auf. Die folgenden Ausführungen müssen sich allerdings auf eine äußerst knappe Skizze beschränken.

Traditionell ist neben dem Arbeitsvertrag der Tarifvertrag der wesentliche Gestaltungsfaktor bei der Arbeitszeit gewesen. Durch tarifvertragliche Inhaltsnormen sind von Beginn der Tarifautonomie an Höchstarbeitszeiten festgelegt und auf diese Weise der zeitliche Umfang der vom Arbeitnehmer geschuldeten Arbeitsleistung begrenzt worden. Einzelne Fragen der Lage der Arbeitszeit sind zwar auch tarifvertraglich geregelt worden: Man denke nur an tarifvertragliche Verbote der Sonn- und Feiertagsarbeit oder an Rechtsnormen, welche Schichtarbeit begrenzen; durch negative Inhaltsnormen sind somit immer schon bestimmte, als nicht wünschenswert angesehene Gestaltungen der Lage der Arbeitszeit ausgeschlossen oder doch zumindest begrenzt worden.¹ Die eigentliche Festlegung der Arbeitszeitlage ist jedoch traditionell durch Betriebsvereinbarungen erfolgt, die in Ausübung des Mitbestimmungsrechts des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG abgeschlossen werden. Diese Fokussierung auf die betriebliche Ebene erklärt sich einmal daraus, dass der in der deutschen Tarifpraxis immer schon dominierende Verbandstarifvertrag die betrieblichen Besonderheiten nicht in den Blick nehmen kann. Die betriebliche Festlegung der Arbeitszeitlage ist darüber hinaus aber auch wegen der vom BAG in ständiger Rechtspre-

¹ Zum Begriff der negativen Inhaltsnorm statt vieler *Jens Schubert*, in: Kempen/Zachert, TVG, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014, § 1, Rdnr. 75 m. w. N.

chung angewandten Vorrangtheorie im Verhältnis von § 77 Abs. 3 Satz 1 und § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG² weitgehend „verbetrieblich“: Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Festlegung der Lage der Arbeitszeit ist nämlich nur dann durch Tarifvertrag ausgeschlossen, wenn eine abschließende tarifliche Regelung der Angelegenheit im Betrieb besteht, also eine unmittelbare und zwingende Wirkung des Tarifvertrages im Betrieb nach § 4 Abs. 1 TVG,³ was jedenfalls der Verbandstarifvertrag mit Blick auf die Lage der Arbeitszeit regelmäßig nicht leisten kann. In einer gewissen Vereinfachung lässt sich sagen, dass sich bei der Gestaltung der Arbeitszeit eine Arbeitsteilung zwischen der im Wesentlichen der Arbeitszeitdauer sich annehmenden Tarifautonomie und der den betrieblichen Besonderheiten Rechnung tragenden Regelung der Arbeitszeitlege durch die Betriebspartner herausgebildet hat.

Diese Arbeitsteilung zwischen den beiden kollektiven Regelungsebenen ist jedoch spätestens mit dem sog. „Leber/Rüthers-Kompromiss“ in der Metallindustrie 1985 aus den Fugen geraten. Mit dem Tarifkompromiss wurde der Einstieg in eine Verkürzung der Wochenarbeitszeit in Richtung 35-Stundenwoche durch eine Öffnung der Tarifverträge zugunsten abweichender Betriebsvereinbarungen bei der Festlegung der wöchentlichen Arbeitszeitdauer erkaufte.⁴ Die weitere Entwicklung führte zu einer weiteren Ausdünnung des tarifvertraglichen Arbeitszeitschutzes. Einige wenige Stichpunkte müssen hier ausreichen: So wurden namentlich Öffnungsklauseln zugunsten abweichender Betriebsvereinbarungen über beschäftigungssichernde Arbeitszeitverkürzungen in den Betrieben vereinbart, Arbeitszeitkorridore in Tarifverträgen zugelassen und die Errichtung von Arbeitszeitwertguthaben („Arbeitszeitkonten“) mit langen Ausgleichszeiträumen zugelassen, deren Umsetzung ebenfalls auf betrieblicher Ebene erfolgt. In der Folge dieser Entwicklung ist der Tarifvertrag nur noch sehr eingeschränkt als Gestaltungsfaktor zur Regelung der Arbeitszeit verfügbar. Dies gilt nicht nur für den nach wie vor dominierenden Verbandstarifvertrag, sondern auch für den Firmentarifvertrag in Unternehmen, die mehrere Betriebe besitzen.

Diese Ausdünnung der Regelungstiefe, wie sie die tarifautonome Gestaltung der Arbeitszeit erlebt hat, findet sich auch auf der betriebsverfassungsrechtlichen Ebene, wenn auch in weitaus geringerem Umfang. Zwar ist die Betriebsautonomie aufgrund der Vereinbarung von tarifvertraglichen Öffnungsklauseln gestärkt worden: Dies gilt auch und gerade für die Regelung der

² Ständige Rechtsprechung: vgl. nur BAG (GS) 3. 12. 1991, AP Nr. 51 zu § 87 BetrVG 1972 Lohngestaltung.

³ Vgl. BAG 14. 2. 1989 – Az. 1 AZR 97/88, AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Akkord m. w. N. aus der Rechtsprechung; für einen Überblick siehe ErfK/*Kania*, 16. Auflage (2016), BetrVG § 87, Rdnr. 15.

⁴ Dazu im Überblick *Seifert*, Umfang und Grenzen der Zulässigkeit tarifabweichender Betriebsvereinbarungen, 27 m. w. N.

Arbeitszeit. Hinzu kommt das erzwingbare Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates bei der Festlegung der Lage der Arbeitszeit nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG und bei der Anordnung von Kurzarbeit oder von Überstunden nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG. Doch auch hier wirken Fliehkräfte, man denke nur an die in der Praxis stark verbreiteten Modelle einer gleitenden Arbeitszeit. Auch die ganze Diskussion um die Flexibilisierung der Arbeitszeit nach den Wünschen der Arbeitnehmer („Wahlarbeitszeit“) zeigt, dass die Entwicklung in Richtung einer weiteren Individualisierung der Arbeitszeit – und zwar der Dauer wie der Lage der Arbeitszeit – verläuft, so dass sich auch einheitliche betriebliche Regelungen der Arbeitszeit für Arbeitnehmer immer stärker als Zwangskorsett erweisen können.

Die Steuerungsfähigkeit von Kollektivverträgen ist infolgedessen auf dem Gebiet der Arbeitszeit im Vergleich zu früher geringer. Gleichwohl kommt ihnen nach wie vor eine wichtige Funktion bei der Festlegung eines Mindestschutzes zu. Dies gilt nicht nur für die Festlegung von Höchstarbeitszeiten, sondern auch für Regelungen über die Lage der Arbeitszeit, die vor allem auf betrieblicher Ebene ausgehandelt werden. Unverkennbar ist allerdings, dass die zunehmende Pluralisierung der Arbeitszeitwünsche die Kollektivvertragsparteien stärker noch als früher dazu zwingt, einen zwingenden Rahmen für die Ausübung individueller Wünsche der Arbeitnehmer zu setzen. Die Herausforderung für eine Regelung der Arbeitszeit liegt vor allem darin, diesem Wandel Rechnung zu tragen und ein Gleichgewicht zwischen einem kollektiven Mindestschutz, der auf einzelvertraglicher Ebene typischerweise nicht durchgesetzt werden kann, und einer Sicherung individueller Autonomieräume der Arbeitnehmer herzustellen.

II. Funktionen einer Förderung kollektivvertraglicher Gestaltungen

Die Einbeziehung kollektivvertraglicher Regelungen kann bei Arbeitszeitkompromissen vor allem zwei Funktionen erfüllen. Zum einen erhöht eine tarifvertragliche Regelung der Arbeitszeit oder eine Betriebsvereinbarung die Angemessenheitsvermutung der getroffenen Abrede. Für den Tarifvertrag ergibt sich diese Angemessenheitsvermutung im Wesentlichen aus der Arbeitskampffreiheit, die es vor allem Gewerkschaften ermöglicht, auf die Gegenseite kollektiven Druck zu entfalten, um zum Abschluss eines bestimmten Tarifvertrages zu kommen. Für die Betriebsvereinbarung kann nicht in gleicher Weise eine Angemessenheitsvermutung beansprucht werden: Wegen der fehlenden rechtsgeschäftlichen Legitimation der Betriebsautonomie und des in vielen Betrieben bestehenden Kräfteungleichgewichts zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat ist die Betriebsvereinbarung in geringerem Maße Ausdruck einer kol-

lektiven Privatautonomie als der Tarifvertrag; nicht zuletzt deshalb unterwirft das BAG Betriebsvereinbarungen einer intensiveren Inhaltskontrolle als Tarifverträge und orientiert sich am Maßstab des § 75 BetrVG.⁵

Zum anderen können kollektivvertragliche Regelungen über die Arbeitszeit die sich immer mehr ausdifferenzierenden Wünsche der einzelnen Arbeitnehmer aggregieren und zum Ausgleich bringen. Eine Betriebsvereinbarung über eine Wahlarbeitszeit beispielsweise kann Kriterien dafür aufstellen, wie mit kollidierenden Wünschen von teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern nach einer Rückkehr zur bisherigen Arbeitszeit umzugehen ist oder wie Kollisionen bei dem Wunsch, an einem bestimmten Wochentag freizunehmen, aufgelöst werden können. Sicherlich können diese Funktion auch einseitig vom Arbeitgeber etablierte betriebliche Arbeitszeitkonzepte erfüllen. Der entscheidende Vorteil einer kollektivvertraglichen Regelung ist indessen, dass der Ausgleich divergierender Interessen auf der Arbeitnehmerseite von Arbeitnehmervertretern gebilligt ist und infolgedessen auch unterstellt werden darf, dass er auch die Akzeptanz der Mehrheit der Arbeitnehmer in einem Betrieb findet.

III. Anknüpfungspunkte im geltenden Recht

Das geltende Arbeitsrecht enthält an sehr unterschiedlichen Stellen Anreize für eine kollektive Gestaltung der Arbeitsbedingungen. Der Gedanke einer Förderung der kollektiven Regelung von Arbeitsbedingungen ist dem geltenden Recht somit durchaus vertraut.

1. Tarifdispositives Gesetzesrecht

Einen Anreiz des Gesetzes, den Tarifvertrag als Faktor zur Gestaltung des Arbeitsverhältnisses zu nutzen, bildet traditionell das tarifdispositive Gesetzesrecht. Das Gesetz eröffnet den Tarifvertragsparteien an vielen Stellen Regelungsspielräume, um sogar den gesetzlichen Mindestschutz von Arbeitnehmern durch Tarifvertrag zu verschlechtern.⁶ Rechtfertigung dieses tarifdispositiven Gesetzesrechts ist das Vertrauen des Gesetzgebers in die Tarifautonomie, einen angemessenen und sachnahen Interessenausgleich zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch Tarifvertrag verwirklichen zu können. Eine vergleichbare Angemessenheitsvermutung

⁵ Vgl. BAG 12. 12. 2006 – Az. 1 AZR 96/06, AP Nr 94 zu § 77 BetrVG 1972; ausführlicher hierzu *Richardi*, in: *Richardi* (Hrsg.), *BetrVG*, 12. Auflage (2010), § 77, Rdnr. 117 ff. m. w. N. In seiner älteren, nicht mehr fortgeführten Rechtsprechung unterwarf das BAG Betriebsvereinbarungen über eine Rechtskontrolle hinaus sogar auch noch einer Billigkeitskontrolle, da diese im Vergleich zum Tarifvertrag nur ein geringeres Maß von Autonomie verwirklichten: grundlegend BAG 30. 1. 1970, Az. 3 AZR 44/68, AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

⁶ Vgl. z.B. § 622 Abs. 4 BGB, §§ 7, 12 ArbZG. Eingehend zum tarifdispositiven Gesetzesrecht aus neuerer Zeit *Daniel Ulber*, *Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten*, Berlin 2010 m. w. N.

wird Betriebsvereinbarungen nicht entgegengebracht: Lediglich § 7 Abs. 1, 2 und 2a, § 12 ArbZG sowie § 21a Abs. 1 JArbSchG erlauben in begrenztem Umfang vom ArbZG bzw. vom JArbSchG abweichende Betriebsvereinbarungen „aufgrund eines Tarifvertrages“. Jenseits dieser Ausnahmeregeln ist eine Weitergabe der Tarifdispositivität von Gesetzesvorschriften an die Betriebspartner ausgeschlossen.⁷

Die Eröffnung solcher gesetzesabweichenden Regelungsspielräume für die Tarifvertragsparteien kommt regelmäßig der Arbeitgeberseite entgegen, wird doch durch den Abschluss von solchen gesetzesabweichenden Tarifverträgen ihren Interessen Rechnung getragen und eine Flexibilisierung von Arbeitsbedingungen ermöglicht; dies zeigt sich deutlich an den gerade erwähnten Öffnungsklauseln der §§ 7, 12 ArbZG, aber auch an der Befugnis der Tarifvertragsparteien zur Verkürzung der gesetzlichen Mindestkündigungsfristen.⁸ Die Gewerkschaften haben an einer Verschlechterung des gesetzlichen Mindestschutzes naturgemäß kein Interesse, können aber die gesetzlichen Abweichungsspielräume dazu nutzen, um auf anderen Gebieten Kompromisse mit der Arbeitgeberseite tarifvertraglich zu erreichen. Inwieweit dies rechtstat-sächlich geschieht und das tarifdispositive Gesetzesrecht infolgedessen den Abschluss von Tarifverträgen tatsächlich fördert, ist eine offene Frage und empirisch noch nicht umfassend aufgearbeitet. Für den vorliegenden Zusammenhang reicht indessen die Feststellung, dass tarifdispositives Gesetzesrecht für den Abschluss von Tarifverträgen Anreize setzen kann.

2. Privilegierung von Kollektivverträgen im Kündigungsrecht

Weitaus stärker spielt der Gedanke einer kollektiven Gestaltung von Arbeitsbedingungen bei der sozialen Auswahl im Recht der betriebsbedingten Kündigung eine Rolle.

Die nach § 1 Abs. 3 KSchG vor dem Ausspruch von betriebsbedingten Kündigungen vorzunehmende soziale Auswahl kann zwar einseitig durch den Arbeitgeber erfolgen. § 1 Abs. 4 KSchG, der durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 1. Oktober 1996⁹ eingeführt wurde, privilegiert jedoch die Festlegung der Gewichtung der einzelnen zu berücksichtigenden sozialen Gesichtspunkte zueinander, wenn diese durch Tarifvertrag oder durch eine Auswahlrichtlinie i. S. v. § 95 BetrVG erfolgt: Eine durch Kollektivvertrag vorgenommene Gewichtung der sozialen Gesichtspunkte kann nämlich durch die Arbeitsgerichte nur auf grobe

⁷ Dazu ausführlicher *Achim Seifert*, Umfang und Grenzen der Zulässigkeit von tarifabweichenden Betriebsvereinbarungen – zugleich ein Beitrag zur Bestimmung des Verhältnisses von Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung nach den §§ 77 Abs. 3, 87 ES BetrVG, § 4 TVG und Art. 9 Abs. 3 GG, Baden-Baden 2000, 199 ff. m. w. N.

⁸ Vgl. § 622 Abs. 4 BGB.

⁹ Arbeitsrechtliches Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz), BGBl. 1996, Teil 1, 1476.

Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Die kollektivvertragliche Regelung der sozialen Auswahl wird somit vom Gesetzgeber begünstigt. Gerade in Betrieben mit bis zu 500 Arbeitnehmern, in denen der Betriebsrat über kein Initiativrecht bei der Aufstellung von Auswahlrichtlinien verfügt,¹⁰ kann diese verminderte Kontrolldichte von Auswahlrichtlinien im arbeitsgerichtlichen Kündigungsschutzprozess einen Anreiz für Arbeitgeber bilden, eine solche Vereinbarung mit ihrem Betriebsrat herbeizuführen, um die Rechtssicherheit bei betriebsbedingten Kündigungen zu erhöhen.

Eine vergleichbare Privilegierung besteht für den zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat bei geplanten Betriebsänderungen abgeschlossenen Interessenausgleich mit Namensliste nach Maßgabe von § 1 Abs. 5 KSchG und § 125 Abs. 1 InsO: Dieser löst eine gesetzliche Vermutung dahingehend aus, dass die Kündigung durch dringende betriebliche Erfordernisse i. S. v. § 1 Abs. 2 KSchG bedingt ist; überdies kann die soziale Auswahl von den Arbeitsgerichten nur auf grobe Fehlerhaftigkeit überprüft werden. Der Gesetzgeber schafft mit dieser Vermutungsregel für Arbeitgeber einen Anreiz, einen Interessenausgleich, dessen Abschluss vom Betriebsrat nicht erzwungen werden kann, zu vereinbaren, um Kündigungsschutzverfahren im Rahmen von Betriebsänderungen zu straffen. Der Betriebsrat kann durch den Abschluss eines Interessenausgleichs mit Namensliste auf die geplante Betriebsänderung und ihre Durchführung Einfluss nehmen, schwächt allerdings die kündigungsschutzrechtliche Rechtsposition der namentlich aufgelisteten Arbeitnehmer. Inwieweit das Konzept des Gesetzgebers tatsächlich aufgeht, lässt sich mangels empirischer Studien hierzu nicht sagen.

Den genannten punktuellen Vorschriften lässt sich somit der Gedanke entnehmen, dass eine kollektive Gestaltung der gesetzlich genannten Arbeitsbedingungen eine geringere arbeitsgerichtliche Kontrolldichte nach sich zieht. Dahinter steht das Vertrauen des Gesetzgebers in die höhere Fähigkeit kollektivvertraglicher Regelungen, einen gegenüber einseitigen Gestaltungen des Arbeitgebers angemesseneren Ausgleich zwischen den Interessen des Arbeitgebers und der Arbeitnehmer zu verwirklichen.¹¹ Diese punktuell durch das Gesetz ausgeformte Förderung kollektivvertraglicher Gestaltungen ist für die weiteren Überlegungen im Auge zu behalten.

¹⁰ Vgl. § 95 Abs. 2 BetrVG.

¹¹ Vgl. statt vieler *Kiel*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht – Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen*, 4. Auflage (2012), § 1 KSchG, Rn. 793 m. w. N. im Hinblick auf den Interessenausgleich mit Namensliste.

C. Optionen des Gesetzgebers für eine Arbeitszeitflexibilisierung

Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen zur Förderung kollektivvertraglicher Vereinbarungen im geltenden Recht sollen im Folgenden die wichtigsten in der Diskussion befindlichen Optionen des Gesetzgebers bei einer gesetzlichen Regelung einer Arbeitszeitflexibilisierung und damit verknüpfbare Anreize für eine kollektivvertragliche Gestaltung erörtert werden. Bei den zu behandelnden Flexibilisierungsmöglichkeiten orientiert sich die Expertise an der Leistungsbeschreibung.

I. Recht auf befristete Teilzeit

Ein wichtiges Element für eine Flexibilisierung der Arbeitszeit ist das Recht auf Teilzeit, das in § 8 TzBfG verankert ist. Sonderregelungen bestehen außerdem für die Elternzeit nach § 15 Abs. 5 bis 7 BEEG und für schwerbehinderte Personen in § 81 Abs. 5 Satz 3 SGB IX. Die Regelungen sind allerdings nur teilweise aufeinander abgestimmt, was zu Recht immer wieder kritisiert worden ist.¹²

Einen Rechtsanspruch des teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmers auf Rückkehr zu einer Vollzeitbeschäftigung normiert ausdrücklich lediglich § 15 Abs. 5 Satz 4 BEEG für teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer in Elternzeit: Sie haben ein Rückkehrrecht zu der bisherigen Arbeitszeit, soweit dem dringende betriebliche Gründe nicht entgegenstehen. Die allgemeine Vorschrift des § 9 TzBfG räumt teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern zwar nur ein Recht auf bevorzugte Berücksichtigung bei der Besetzung eines entsprechenden freien Arbeitsplatzes bei gleicher Eignung ein, soweit dem keine dringenden betrieblichen Gründe oder Arbeitszeitwünsche anderer Arbeitnehmer entgegenstehen, doch erwerben sie bei Vorliegen dieser gesetzlichen Voraussetzungen einen individuellen Rückkehranspruch gegen ihren Arbeitgeber.¹³

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD sieht allerdings die gesetzliche Verankerung eines solchen Rückkehrrechts vor, namentlich die Anerkennung einer „befristeten Teilzeit“.¹⁴ Die Rückkehr zur bisherigen Arbeitszeit soll nach diesem Modell somit bereits beim Übergang zur Teilzeitbeschäftigung des Arbeitnehmers festgelegt werden. Die Anerkennung einer solchen befristeten Teilzeit ist einmal für eine verbesserte Vereinbarkeit von Familie und

¹² Siehe z.B. ErfK/Preis, 16. Auflage (2016), § 8 TzBfG, Rdnr. 56 ff.

¹³ Vgl. BAG 15. 8. 2006 – 9 AZR 8/06, NZA 2007, 255 ff.; ebenso die Einschätzung von ErfK/Preis, 16. Auflage (2016), § 9 TzBfG, Rdnr. 2.

¹⁴ Deutschlands Zukunft gestalten – Koalitionsvertrag zwischen CDU/CSU und SPD, 18. Legislaturperiode, 50.

Beruf ein wichtiger Baustein, da sie lebensphasenorientierte Arbeitszeitmodelle ermöglicht.¹⁵ Eine solche auf Zeit vereinbarte Verkürzung der Arbeitszeit kann darüber hinaus aber auch als „Bildungsteilzeit“ und somit zur Weiterbildung des Arbeitnehmers genutzt werden; entsprechende Regelungen zur „Bildungsteilzeit“ finden sich etwa im österreichischen Arbeitsrecht („Bildungskarenz“), wo sie mit Lohnersatzleistungen der Arbeitslosenversicherung („Weiterbildungsgeld“) verknüpft werden können.¹⁶

1. Ausgestaltung des Rechts auf befristete Teilzeit

Ein Recht auf befristete Teilzeit verlangt vom Arbeitgeber sicherzustellen, dass zu dem Zeitpunkt, der vom Arbeitnehmer für die Rückkehr in die bisherige Vollzeitbeschäftigung anvisiert ist, ein für ihn passender Arbeitsplatz zur Verfügung steht. Eine solche gesetzliche Regelung würde dem Arbeitgeber somit eine obligation de résultat aufbürden, während bei der Geltendmachung einer Verlängerung der Arbeitszeit gemäß § 9 TzBfG nach der Rechtsprechung des BAG erst dann ein Rechtsanspruch des Arbeitnehmers auf Verlängerung der Arbeitszeit, wenn ein entsprechender Arbeitsplatz frei ist und der teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mindestens die gleiche Eignung im Vergleich zu anderen Bewerbern aufweist.¹⁷ Der Arbeitgeber kann gegen diesen Anspruch dringende betriebliche Gründe sowie Arbeitszeitwünsche anderer teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer einwenden: Da aber die Belastung des Arbeitgebers bei einem Recht auf befristete Teilzeit größer ist – hier ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt wieder Vollzeit zu beschäftigen –, sollte eine gesetzliche Regelung des Rechts auf befristete Teilzeit dem Arbeitgeber den Einwand der betrieblichen Gründe (vgl. § 8 Abs. 4 TzBfG) an die Hand geben.

Ein wichtiges Problem eines Rückkehrrechts im Rahmen einer befristeten Teilzeit ist, dass sich während der Laufzeit der Vereinbarung zwischen den Arbeitsvertragsparteien wesentliche Umstände ändern können und eine Anpassung erforderlich werden kann. Damit ist das Problem einer Störung der Geschäftsgrundlage angesprochen, dass vom Gesetzgeber im Jahre 2001 – unter Heranziehung der Rechtsprechungsgrundsätze zum Wegfall der Geschäftsgrundlage – allgemein in § 313 BGB kodifiziert worden ist. Eine gesetzliche Regelung der befristeten Teilzeit sollte dem Rechtsgedanken des § 313 BGB Rechnung tragen und die Änderung wesentlicher Umstände seit Abschluss der befristeten Teilzeitvereinbarung berücksichtigen. Zwar ist

¹⁵ In diesem Sinne Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Arbeit weiterdenken – Grünbuch Arbeiten 4.0, 51; ähnlich auch djbZ 2015, 121 f.

¹⁶ Vgl. § 11 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (ArVAG) sowie § 26 Arbeitslosenversicherungsgesetz (AlVG). Zur „Bildungskarenz“ im Überblick *Franz Marhold/Michael Friedrich*, Österreichisches Arbeitsrecht, 2. Auflage, Wien & New York 2012, 233 f. m. w. N.

¹⁷ Vgl. BAG 15. 8. 2006 – 9 AZR 8/06, NZA 2007, 255 ff.

eine solche flankierende Regelung nicht unbedingt erforderlich, da im Fall ihres Fehlens die Arbeitsgerichte bei wesentlichen Änderungen seit dem Abschluss der Vereinbarung über eine befristete Teilzeit unmittelbar auf die Grundsätze über die Störung der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB zurückgreifen würden. Aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit sollte aber erwogen werden, eine ausdrückliche Regelung hierzu gesetzlich vorzusehen. Vorbild hierfür könnten die Vorschriften über den Interessenausgleich mit Namensliste sein: § 1 Abs. 5 Satz 3 KSchG sowie § 125 Abs. 1 Satz 2 InsO schließen nämlich die Privilegierung des Interessenausgleichs mit Namensliste aus,¹⁸ soweit sich die Sachlage nach Zustandekommen des Interessenausgleichs wesentlich geändert hat.

2. Förderung kollektivvertraglicher Regelungen

Auch ein solches Recht des Arbeitnehmers auf befristete Teilzeit lässt sich mit dem Gedanken einer Förderung kollektivvertraglicher Regelungen der Frage verknüpfen. Ansatzpunkte hierzu finden sich bereits in den Regeln über den Anspruch auf Teilzeit. So erlaubt § 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG, dass die betrieblichen Gründe, die der in Anspruch genommene Arbeitgeber einem Teilzeitbegehren des Arbeitnehmers entgegensetzen kann, auch durch Tarifvertrag festgelegt werden; § 8 Abs. 4 Satz 4 TzBfG ermöglicht eine arbeitsvertragliche Einbeziehung dieser Regelungen in die Arbeitsverhältnisse nicht tarifgebundener Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die sich im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages bewegen. So sollte die anvisierte gesetzliche Regelung eines Rückkehrrechts teilzeitbeschäftigter Arbeitnehmer, sofern sie den Anspruch ebenfalls unter den Vorbehalt betrieblicher Gründe stellt, eine § 8 Abs. 4 Satz 3 TzBfG entsprechende Vorschrift vorsehen.

Darüber hinaus ist zu überlegen, weitere Anreize für eine kollektivvertragliche Gestaltung zu setzen. So könnte ein zusätzlicher Anreiz für eine kollektivvertragliche Regelung des Rechts auf befristete Teilzeit dadurch geschaffen werden, dass eine Regelung der betrieblichen Gründe, die der Arbeitgeber einer Rückkehr zur Vollzeitbeschäftigung entgegenhalten kann, durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung die widerlegliche Vermutung begründet, dass es sich um einen relevanten betrieblichen Grund handelt. In Betracht kommen hier namentlich Rechtsnormen eines Tarifvertrages oder Regelungen einer Betriebsvereinbarung, die eine Auflösung von Konflikten zwischen den Interessen einzelner Arbeitnehmer ermöglichen. Man denke nur an eine Betriebsvereinbarung, die wegen der beschränkten Zahl möglicher Teilzeitbeschäftigungen im Betrieb Sachgründe für die Bevorzugung des Teilzeitwunsches einzelner

¹⁸ Zu diesen Privilegierungen oben S. 8.

Arbeitnehmer festlegen (z.B. Teilzeit zur besseren Betreuung eines unterhaltspflichtigen oder pflegebedürftigen Kindes oder nahen Angehörigen). Auch ist denkbar, dass tarifvertraglich oder durch Betriebsvereinbarung ein betrieblicher Überforderungsschutz in Anlehnung an das altersteilzeitrechtliche Modell des § 3 Abs. 1 Nr. 3 ATG verankert wird. Insoweit ließe sich der Rechtsgedanke der für die betriebsbedingte Kündigung geltenden Vermutungsvorschriften des § 1 Abs. 5 Satz 1 KSchG und § 125 Abs. 1 Satz 1 InsO fruchtbar machen.

3. Betriebsratslose Kleinbetriebe

Der Koalitionsvertrag macht keine Aussagen über den sachlichen Geltungsbereich eines zu schaffenden Rechts auf befristete Teilzeit. Geht man aber davon aus, dass dieses Recht in die bereits bestehenden gesetzlichen Regeln über das Recht des Arbeitnehmers auf Teilzeit nach § 8 TzBfG eingepasst werden sollen, wird auch für dieses Recht der Schwellenwert des § 8 Abs. 7 TzBfG mit der Folge gelten, dass es nur gegenüber Arbeitgebern geltend gemacht werden kann, die ausschließlich der Personen in Berufsbildung in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigen. Infolgedessen bedarf es keiner Sonderregelung für betriebsratslose Kleinbetriebe, die nicht unter den sachlichen Geltungsbereich des § 1 BetrVG fallen.

II. Einführung eines Wahlarbeitszeitmodells

Eine weitere Option des Bundesgesetzgebers für eine Flexibilisierung der Arbeitszeit, die allerdings nicht geringe Überschneidungen mit dem Recht auf Teilzeit aufweist, bietet die Einführung einer Wahlarbeitszeit zugunsten der Arbeitnehmer. Sie ist durch den ersten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung aus dem Jahre 2011 in die rechtspolitische Diskussion eingeführt worden.¹⁹ Stark diskutiert ist das Konzept einer Wahlarbeitszeit, das der Deutsche Juristinnenbund (djb) im Jahre 2015 vorgestellt hat.²⁰ Auch die arbeits- und sozialrechtliche Abteilung des 71. Deutschen Juristentages in Essen hat sich mit der Einführung von Wahlarbeitszeiten für Arbeitnehmer beschäftigt, allerdings aus der Perspektive der „Digitalisierung der Arbeitswelt“: So hat sich die Abteilung durch Beschluss mit großer Mehrheit dafür ausgesprochen, dem Arbeitnehmer „unabhängig von § 8 TzBfG das Recht auf Bestimmung der zeitlichen Lage der Arbeitszeit [einzuräumen], sofern keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen“.²¹

¹⁹ Vgl. Erster Gleichstellungsbericht, Neue Wege – gleiche Chancen: Gleichstellung von Frauen und Männern im Lebensverlauf, BT-Drucks. 17/6240, 195.

²⁰ Die Vorschläge des djb sind dargestellt und begründet in: djb-Kommission für Arbeits-, Gleichstellungs- und Wirtschaftsrecht, Konzept für ein Wahlarbeitszeitgesetz, djbZ 2015, 121 ff.

²¹ Beschluss Nr. II.3. der arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung des 71. DJT. Bei der Würdigung dieses Beschlusses sollte allerdings berücksichtigt werden, dass angesichts des Fernbleibens der Vertreter der

1. Verhandlungsanspruch oder Recht auf Wahlarbeitszeit

Auf einer grundsätzlichen Ebene stellt sich die Frage, mit welcher Rechtsqualität die Wahlarbeitszeit normiert werden sollte.

In Betracht kommt eine „weiche“ Regelung durch Verankerung eines Verhandlungsanspruches des Arbeitnehmers. Dies wäre ein Novum, kennt doch das geltende Individualarbeitsrecht, soweit ersichtlich, keinen gesetzlichen Verhandlungsanspruch des Arbeitnehmers. Der Vorteil einer solchen Ausgestaltung dürfte darin liegen, dass weitaus weniger intensiv in die Rechtsposition von Arbeitgebern eingegriffen wird und deshalb möglicherweise auch leichter politisch durchsetzbar ist. Auch verstrickt er Arbeitgeber mit ihren Arbeitnehmern in einen Dialog über die Ausgestaltung der individuellen Arbeitszeit: Sofern der Arbeitgeber den von Arbeitnehmern geäußerten Arbeitszeitwünschen ablehnend gegenübersteht, dürfte er in den meisten Fällen unter Begründungs- und Rechtfertigungszwang sein. Nachteilig ist an der Einführung eines Verhandlungsanspruches, dass er dem Arbeitnehmer praktisch kein effektives Mittel an die Hand gibt, um seine Interessen gegenüber dem Arbeitgeber wirkungsvoll geltend zu machen. Trotzdem könnte ein Verhandlungsanspruch eine Option sein, die Einführung von Wahlarbeitszeiten zunächst einmal zu erproben.

Weiterhin kann eine gesetzliche Regelung dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Abänderung der Arbeitszeit einräumen. Namentlich der djb-Entwurf sieht einen solchen Rechtsanspruch des Arbeitnehmers für den Fall vor, dass dem Arbeitszeitwunsch des Arbeitnehmers keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.²²

Für den Fall, dass lediglich ein Verhandlungsanspruch verankert werden soll, bedürfte es keiner weiteren flankierenden Regeln. In den folgenden Überlegungen soll allerdings von einem Rechtsanspruch auf Wahlarbeitszeit ausgegangen werden, da dies weitere Probleme aufwirft.

2. Umfang des Wahlrechts

Ferner stellt sich die Frage, auf welche Aspekte der Arbeitszeit ein Recht auf Wahlarbeitszeit sich beziehen soll: auf die Arbeitszeitdauer und die Arbeitszeitlage oder nur auf Letztere. Das djb-Konzept für ein Wahlarbeitszeitgesetz schließt beide Komponenten der Arbeitszeitgestaltung ein und darüber hinaus anscheinend auch den Arbeitsort.

²² Arbeitgeberverbände von der Abteilungsabstimmung die Ausgewogenheit der Beschlüsse zweifelhaft ist. Das Gutachten von *Rüdiger Krause* geht allerdings auf das Wahlarbeitszeitkonzept nicht näher ein. Vgl. djbZ 2015, 121, 128 f.

Rechtspolitisch ist aber durchaus vorstellbar, die Wahlarbeitszeit ausschließlich auf die Arbeitszeitlage zu beschränken. Dies hätte den politischen Vorzug, dass das Recht auf Teilzeit – einschließlich des Rechts auf befristete Teilzeit – ausgeklammert wäre und infolgedessen keine wesentlichen Überschneidungen entstehen würden.²³ Es würde sich hierbei um eine „kleine Lösung“ handeln, die politisch möglicherweise leichter durchzusetzen ist als eine Reform, welche die Festlegung der Arbeitszeitdauer einschließt.

3. Förderung kollektivvertraglicher Regelungen

Hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat ein betriebliches Wahlarbeitszeitkonzept vereinbart (z.B. im Rahmen der Ausübung des Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG), sollen nach dem Vorschlag des djb dringende betriebliche Gründe, die einem Anspruch des Arbeitnehmers entgegengehalten werden können, vorliegen, wenn dessen Arbeitszeitwunsch nicht mit diesem Konzept vereinbar ist. Fehlt es an einem betrieblichen Wahlarbeitszeitkonzept, soll (widerleglich) vermutet werden, dass dem Arbeitszeitbegehren des Arbeitnehmers keine dringenden betrieblichen Gründe entgegenstehen.²⁴ Das Fehlen einer Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat führt somit zu einer schwächeren Position des Arbeitgebers bei der Geltendmachung von Einwendungen gegen den Anspruch des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber muss die gesetzliche Vermutung erschüttern und den – oftmals nicht leicht zu erbringenden – Entlastungsbeweis führen.

Das Modell setzt zweifelsohne starke Anreize für Arbeitgeber, ein betriebliches Wahlarbeitszeitkonzept mit ihren Arbeitgebern auszuhandeln. Mit der Anordnung einer gesetzlichen Vermutung knüpft es unausgesprochen an dem Rechtsgedanken von § 1 Abs. 5 KSchG und § 125 Abs. 1 InsO an,²⁵ für dessen Heranziehung ich mich ausdrücklich aussprechen möchte. Problematisch ist in dem Modell des djb indessen, dass lediglich die Betriebsvereinbarung als kollektivrechtlicher Gestaltungsfaktor zur Regelung eines betrieblichen Wahlarbeitszeitkonzeptes eingesetzt werden darf. Dies läuft der Wertung des Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG zuwider, wonach der Tarifautonomie innerhalb der Rechtsordnung ein höherer Rang als betriebsverfassungsrechtlichen Regelungen zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat einzuräumen ist.²⁶ Aus diesem Grunde sollte eine gesetzliche Regelung auch vorsehen, dass ein betriebliches Wahlarbeitszeit-

²³ Allerdings schließt das Recht auf Teilzeit nach § 8 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 5 Satz 3 bis 4 TzBfG auch die Verteilung der Arbeitszeit ein.

²⁴ djbZ 2015, 121, 128.

²⁵ Dazu oben 9 f. m. w. N.

²⁶ Zum Vorrang des Tarifvertrages vor der Betriebsvereinbarung eingehend *Achim Seifert*, Umfang und Grenzen der Zulässigkeit von tarifabweichenden Betriebsvereinbarungen.

konzept auch durch Tarifvertrag erfolgen kann: Immerhin kann der Abschluss von Firmentarifverträgen die Möglichkeit eröffnen, vergleichbar einer Betriebsvereinbarung an die betrieblichen Interessen angepasste Regelungen vorzusehen. Ein älteres Beispiel hierfür bietet der Tarifvertrag der DB AG zur Änderung arbeitszeitrechtlicher Bestimmungen Bahnwahrbeitszeit (BAWAZ) von 1995.²⁷

In engem Zusammenhang mit der Förderung kollektivvertraglicher Vereinbarungen steht der Vorschlag des djb, dem Betriebsrat in Anlehnung an § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei der Entscheidung über individuelle Arbeitszeitwünsche an die Hand zu geben.²⁸ Damit könnte in letzter Instanz die Einigungsstelle eine Lösung in streitigen Einzelfällen erlassen.²⁹ Eines solchen Konfliktlösungsmechanismus bedarf es jedoch nicht, denn der Arbeitnehmer besitzt nach dem hier unterstellten Modell einen Rechtsanspruch auf Änderung seiner Arbeitszeit, der auf der Einwendungsebene vom Arbeitgeber (dringende) betriebliche Gründe entgegengehalten werden können. Das Vorliegen der Anspruchsvoraussetzungen sowie der Einwendungen des Arbeitgebers ist aber als Rechtsstreitigkeit von den Arbeitsgerichten zu entscheiden; eine Einschaltung der Einigungsstelle in diesen Fällen würde zu einer systemfremden Vermengung von Rechts- und Regelungsstreitigkeiten führen.

4. Kleinbetriebe

Ein Sonderproblem stellen die nicht betriebsratsfähigen Kleinstbetriebe dar, die nicht unter den sachlichen Geltungsbereich der gesetzlichen Betriebsverfassung fallen. In ihnen ist eine betriebsverfassungsrechtliche Gestaltung der Arbeitszeitflexibilisierung ausgeschlossen. Theoretisch denkbar ist zwar eine tarifvertragliche Gestaltung, soweit Kleinstbetriebe Mitglied eines Arbeitgeberverbandes bzw. einer Innung sind, die nach § 54 Abs. 3 Nr. 1 HandwO einen Tarifvertrag abgeschlossen hat, oder ein Tarifvertrag, unter dessen Geltungsbereich sie fallen, nach Maßgabe von § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärt worden ist. Rechtstatsächlich dürfte jedoch die normative Geltung eines Tarifvertrages für die ganz überwiegende Mehrheit der nicht betriebsratsfähigen Betriebe die Ausnahme bilden.

²⁷ Der Tarifvertrag ist abgedruckt in: NZA 1995, 878 f.

²⁸ Vgl. djbZ 2015, 121, 126.

²⁹ Vgl. § 87 Abs. 2 i. V. m. § 76 BetrVG.

a) Schaffung eines Schwellenwertes

Eine Lösung des Problems könnte darin bestehen, ein Wahlarbeitszeitgesetz mit einem Schwellenwert zu versehen, der dessen Anwendungsbereich auf Betriebe mit einer bestimmten Mindestgröße beschränkt. Insoweit ließe sich am Anspruch auf Teilzeitarbeit anknüpfen, der auf Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmern ausschließlich der Personen in Berufsbildung beschränkt ist.³⁰ Diese Lösung besitzt schon deshalb eine gewisse Plausibilität, als es Überschneidungen zwischen dem Anspruch auf Teilzeit und einem Wahlarbeitszeitgesetz gibt: Die Wahlarbeitszeit soll nämlich auch und gerade in der Verkürzung der regelmäßigen Arbeitszeit bestehen.

Für einen Schwellenwert lässt sich überdies auch das bereits erwähnte neue Niederländische Gesetz zur Arbeitszeitflexibilisierung (*Wet flexibel werken*) von 2015 ins Feld führen: Das Recht des Arbeitnehmers, nach seinen Wünschen die Arbeitszeitdauer, den Arbeitsort oder die Lage der Arbeitszeit unter dem Vorbehalt dringender betrieblicher oder dienstlicher Interessen anzupassen, finden nämlich lediglich auf Arbeitgeber Anwendung, die nicht weniger als 10 Arbeitnehmer beschäftigen.³¹ Damit sollen Kleinstbetriebe vor den organisatorischen Belastungen geschützt werden, die aus einer Anwendung des neuen Gesetzes resultieren können.³²

b) Schutzmechanismen bei Geltung für Kleinstbetriebe

Beschreitet man nicht diesen Weg eines eingeschränkten sachlichen Geltungsbereichs und soll das zu schaffende Wahlarbeitszeitgesetz auch in Kleinbetrieben gelten, die nach Maßgabe des § 1 BetrVG nicht betriebsratsfähig sind, ist zu überlegen, wie an Stelle von Kollektivverträgen ein angemessener Arbeitnehmerschutz sichergestellt wird. Soll verhindert werden, dass der Arbeitgeber betriebliche Arbeitszeitkonzepte einseitig festlegt, bedarf es eines Korrektivs jenseits des kollektiven Arbeitsrechts, um eine ausgewogene Gestaltung, die Arbeitgeber- wie Arbeitnehmerinteressen in gleicher Weise integriert, sicherzustellen. Dabei hat der Gesetzgeber verschiedene Handlungsoptionen, die im Folgenden kurz analysiert werden sollen.

³⁰ Vgl. § 8 Abs. 7 TzBfG, § 15 Abs. 7 Satz 1 Nr. 1 BEEG.

³¹ Art. 2 Abs. 16 Satz 1 *Wet flexibel werken*.

³² Zum Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen vor größenspezifischen Belastungen durch arbeitsrechtliche Vorschriften siehe *Achim Seifert*, Arbeitsrechtliche Sonderregeln für kleine und mittlere Unternehmen, RdA 2004, 200 ff.; vgl. *ders.*, Arbeitsrecht für Klein- und Mittelbetriebe, in: Otto-Brenner-Stiftung/Michael Blank, Arbeitsrecht für Klein- und Mittelbetriebe, Frankfurt am Main 2005, 11, 15 ff. m. w. N.

(1) Anlehnung an das betriebliche Eingliederungsmanagement?

Der djb schlägt für Betriebe ohne Betriebsrat vor, das Verfahren zum betrieblichen Eingliederungsmanagement nach § 84 SGB IX insoweit zum Vorbild zu nehmen, das in der Lage sei, die Vielfalt der Interessen verfahrensmäßig angemessen zu repräsentieren.³³ Wie dies im Konkreten aussehen soll, bleibt indessen unklar. Dem Verweis auf § 84 SGB IX lässt sich lediglich die Einbeziehung betrieblicher Akteure wie des Betriebsarztes entnehmen; eine Interessenvertretung i. S. v. § 93 SGB IX besteht für diese Betriebe gerade nicht und eine Beteiligung des Integrationsamtes³⁴ dürfte nur sinnvoll sein, wenn behinderte Menschen betroffen sind. Eine Anknüpfung am betrieblichen Eingliederungsmanagement ist somit für die Lösung des Problems nicht zielführend.

(2) Verwaltungsbehördliche Kontrolle

Eine Möglichkeit könnte darin liegen, betriebliche Arbeitszeitkonzepte in Kleinbetrieben einer verwaltungsbehördlichen Aufsicht zu unterwerfen, um sicherzustellen, dass zwingendes Recht beachtet worden ist.

Eine solche Rechtskontrolle, welche an die Stelle einer kollektivvertraglichen Kontrolle treten und namentlich am Maßstab der zwingenden Vorschriften des ArbZG erfolgen würde (z.B. Einhaltung der gesetzlichen Ruhezeiten, Beachtung des Sonn- und Feiertagsverbotes usw.), wäre ein Novum im deutschen Recht. Soweit die Einhaltung von gesetzlichen Mindestarbeitsbedingungen verwaltungsbehördlich kontrolliert wird (z.B. im Mindestlohnrecht durch die Behörden der Zollverwaltung),³⁵ erfolgt die Kontrolle gegenüber sämtlichen Betrieben, unabhängig davon, ob sie einen Betriebsrat haben oder tarifgebunden sind. Gleichwohl wäre eine solche Verwaltungskontrolle, welche die Funktion eines Substituts eines fehlenden kollektivvertraglichen Interessenausgleichs erfüllen würde, durchaus denkbar und durchführbar.

Eine hiervon zu trennende Frage ist, ob eine solche Verwaltungskontrolle nicht nur die Rechtmäßigkeit, sondern auch die Angemessenheit eines betrieblichen Arbeitszeitkompromisses einschließen sollte. Punktuelle Ansätze hierzu finden sich in § 15 ArbZG, wonach die Aufsichtsbehörde einzelne gesetzesabweichende Arbeitszeitgestaltungen (z.B. eine von § 3 ArbZG abweichende längere tägliche Arbeitszeit für Bau- und Montagearbeiten) bewilligen *kann*. Bei der Ausübung ihres pflichtgemäßen Ermessens hat die zuständige Behörde eine Abwägung zwi-

³³ Vgl. djbZ 2015, 121, 127.

³⁴ Zu den Aufgaben des Integrationsamtes siehe § 102 SGB IX.

³⁵ Vgl. § 14 MiLoG, § 16 AEntG sowie § 17a AÜG.

schen dem Flexibilisierungsinteresse des Arbeitgebers an einer gesetzesabweichenden Arbeitszeitgestaltung einerseits und dem zentralen Zweck des Arbeitsgesetzes, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu gewährleisten (§ 1 Nr. 1 Alt. 1 ArbZG) andererseits, vorzunehmen. Ein solcher Ermessensspielraum bei der Entscheidung über die Genehmigung betrieblicher Arbeitszeitkonzepte ließe sich durch konkretisierende Verwaltungsvorschriften bändigen, was die Rechtssicherheit für die Beteiligten erhöhen würde.

Der Nachteil einer verwaltungsbehördlichen Kontrolle dürfte sein, dass sie schwerfällig und unter Umständen auch langwierig sein kann sowie personelle Ressourcen innerhalb der zuständigen Behörden erfordert, ohne die eine effektive Kontrolle nicht möglich ist. Schon jetzt ist aber die Bereitstellung einer angemessenen Personalausstattung für eine verwaltungsbehördliche Kontrolle von Arbeitsbedingungen – z.B. durch die Behörden der Zollverwaltung – nicht selten ein Problem.

(3) Beschlussverfahren in Anlehnung an § 126 InsO?

Zumindest kurz angerissen werden soll die Frage, ob eine Überprüfung von betrieblichen Arbeitszeitkonzepten in Kleinstbetrieben im Rahmen eines arbeitsgerichtlichen Beschlussverfahrens in Anlehnung an § 126 InsO erfolgen sollte. § 126 InsO baut auf der Vorschrift des § 125 InsO über den Interessenausgleich mit Namensliste auf, der innerhalb des Insolvenzverfahrens zwischen Insolvenzverwalter und Betriebsrat bei geplanten Betriebsänderungen i. S. v. § 111 BetrVG abgeschlossen werden kann, und sieht ein Ersatzverfahren u.a. für Betriebe vor, die keinen Betriebsrat haben. Bei Betrieben, die nicht unter den sachlichen Geltungsbereich der Betriebsverfassung fallen, kann der Insolvenzverwalter beim Arbeitsgericht die Feststellung beantragen, dass die anvisierte Kündigung der Arbeitsverhältnisse bestimmter, im Antrag bezeichneter Arbeitnehmer durch dringende betriebliche Erfordernisse bedingt und sozial gerechtfertigt ist.³⁶ Das arbeitsgerichtliche Verfahren wird im Beschlussverfahren ausgetragen³⁷ und die rechtskräftige Feststellungsentscheidung des Gerichts bindet auch die namentlich in dem Beschluss genannten Arbeitnehmer.³⁸

Eine Übertragung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens nach § 126 InsO auf die Kontrolle von betrieblichen Arbeitszeitregelungen ist jedoch nicht sachgerecht. Die insolvenzrechtliche Vorschrift dient der Vermeidung einer Vielzahl von Kündigungsschutzprozessen durch Bündelung

³⁶ Vgl. § 126 Abs. 1 Satz 1 InsO.

³⁷ Vgl. § 126 Abs. 2 InsO.

³⁸ Vgl. § 127 Abs. 1 Satz 1 InsO.

in einem gemeinsamen Beschlussverfahren.³⁹ Eine vergleichbare Interessenlage besteht aber bei der hier erwogenen Überprüfung betrieblicher Arbeitszeitkonzepte nicht.

(4) Auditierung

Als weitaus effizienter könnte sich aber die Pflicht von Arbeitgebern in Kleinbetrieben erweisen, eine Auditierung ihres betrieblichen Arbeitszeitkonzeptes durchzuführen.

Das geltende Recht sieht bereits an verschiedenen Stellen Auditierungsverfahren vor. So können sich Unternehmen die Leistungsfähigkeit ihres betrieblichen Umweltmanagements und ihrer Umweltorganisation im Rahmen eines Umweltaudits attestieren lassen.⁴⁰ Ferner sieht § 9a BDSG die Möglichkeit vor, dass Anbieter von Datenverarbeitungssystemen und -programmen und datenverarbeitende Stellen ihr Datenschutzkonzept sowie ihre technischen Einrichtungen durch unabhängige und zugelassene Gutachter prüfen und bewerten lassen.⁴¹ Der Grundgedanke dieser Auditverfahren ist, dass unternehmensexterne (objektive) Gutachter das Vorliegen eines bestimmten Qualitätsstandards überprüfen und dessen Vorliegen zertifizieren. Derartige Datenschutzaudits haben einen hohen Stellenwert.

Diesen Gedanken eines Auditverfahrens könnte man auf die Überprüfung betrieblicher Arbeitszeitkonzepte aufgrund eines Wahlarbeitszeitgesetzes übertragen. Hierfür stehen verschiedene Optionen zur Verfügung.

(a) Berufskammern

Denkbar wäre, diese Auditaufgabe den Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern und anderen Berufskammern zu übertragen. Ausschüsse, in denen Arbeitgeber wie Arbeitnehmer paritätisch vertreten wären, könnten die ihnen unterbreiteten betrieblichen Arbeitszeitkonzepte überprüfen. Bei näherem Hinsehen erweist sich diese Option jedoch als wenig erfolgversprechend. Abgesehen davon, dass das Arbeitsrecht nicht im Vordergrund der Tätigkeit der Kammern steht und infolgedessen eine ausreichende arbeitsrechtliche Expertise zur Beurtei-

³⁹ Statt vieler *Caspers*, in: MünchKomm-InsO, § 126, Rdnr. 1.

⁴⁰ Die Rechtsgrundlage für das Umweltaudit sind die Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 vom 25. 11. 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001, sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (ABl. EU 2009 Nr. L 342/1) und das Umweltauditgesetz.

⁴¹ Eine Zertifizierung datenschutzrechtlich verantwortlicher Stellen im Hinblick auf die Einhaltung datenschutzrechtlicher Standards sehen auch Art. 42-43 Datenschutzgrundverordnung Verordnung (EU) 2016/679 vom 27. 4. 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. EU 2016 Nr. L 119/1).

lung von Arbeitszeitkonzepten überhaupt erst einmal aufgebaut werden müsste, bestehen jedenfalls für die Industrie- und Handelskammern auch gesetzliche Beschränkungen, da zu ihren Aufgaben nicht die Wahrnehmung sozialpolitischer und arbeitsrechtlicher Interessen gehört.⁴² Hinzu kommt, dass die Kammern jedenfalls nach geltendem Recht keine paritätisch mit Arbeitnehmer- und Arbeitgebervertretern besetzten Ausschüsse vorsehen: Nur in Berufsbildungsfragen besteht eine Vertretung der Arbeitnehmer in den Berufsbildungsausschüssen der Kammern.⁴³ Wollte man die Kammern für eine Überprüfung von betrieblichen Arbeitszeitkonzepten in Kleinbetrieben in Anspruch nehmen, wären somit größere Änderungen in der Organisationsverfassung erforderlich. Aus diesem Grunde aber auch wegen der fehlenden Sachkompetenz der Kammern auf dem Gebiet des Arbeitsrechts empfiehlt es sich nicht, diese rechtspolitische Option weiterzuverfolgen.

(b) Gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien

Weitaus interessanter ist es, die Schaffung gemeinsamer Einrichtungen durch die Tarifvertragsparteien (§ 4 Abs. 2 TVG) zu fördern, die Überprüfungs- oder Zertifizierungsstellen für Betriebe im Geltungsbereich des Tarifvertrages vorsehen würden. Durch Allgemeinverbindlicherklärung nach Maßgabe von § 5 TVG könnten solche Rechtsnormen von Tarifverträgen über gemeinsame Einrichtungen auch auf nicht tarifgebundene Arbeitgeber – und die meisten kleinen Arbeitgeber werden zu dieser Gruppe gehören – erstreckt werden. Seit dem Wegfall des 50-Prozent-Klausel in § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 TVG a.F. aufgrund des Tarifautonomiestärkungsgesetzes vom 11. August 2014⁴⁴ können die Rechtsnormen eines Tarifvertrages leichter auf Außenseiter erstreckt werden. Ein solches Vertrauen in Einrichtungen, die im Wege der kollektiven Selbsthilfe der Verbände des Arbeitslebens geschaffen werden, entspricht auch dem Grundgedanken der Verfassungsgarantie der Koalitionsfreiheit in Art. 9 Abs. 3 Satz 1 GG, die auch die Institutsgarantie der Tarifautonomie einschließt.⁴⁵

Konkrete Anknüpfungspunkte für solche gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien auf dem Gebiet der Arbeitszeit scheint es in der Tarifpraxis allerdings nicht zu geben.⁴⁶ Es bedürfte deshalb einer gezielten Förderung (z.B. durch finanzielle Leistungen der öffentlichen

⁴² Vgl. § 1 Abs. 5 IHKG.

⁴³ Vgl. §§ 71 ff. BBiG.

⁴⁴ Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie, BGBl. 2014 Teil 1, 1348.

⁴⁵ Statt vieler ErfK/*Linsenmaier*, 16. Auflage (2016), GG Art. 9, Rdnr. 51 ff. m. w. N. aus der Rechtsprechung des BVerfG und des BAG.

⁴⁶ Vgl. dazu den Überblick über die Tarifpraxis im Bereich der gemeinsamen Einrichtungen bei *Achim Seifert*, in: Kempen/Zachert, 5. Auflage, Frankfurt am Main 2014, § 4, Rdnr.

Hand), um die Errichtung von gemeinsamen Einrichtungen im Arbeitszeitwesen zu unterstützen. Sollte dieser Weg rechtspolitisch gewollt sein, ist ferner zu überlegen, den durch das Tarifautonomiestärkungsgesetz vom 11. August 2014⁴⁷ eingefügten § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG dahingehend zu ergänzen, dass auch die Allgemeinverbindlicherklärung von gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien, welche die Beratung, Unterstützung und Zertifizierung betrieblicher Arbeitszeitmodelle zum Gegenstand haben, zur Sicherung ihrer Funktionsfähigkeit erfolgen kann. Auch wenn bereits vor der Novellierung des § 5 TVG in der Rechtsprechung des BAG anerkannt war, dass ein öffentliches Interesse für eine Allgemeinverbindlicherklärung eines Tarifvertrages in der Sicherung der Funktionsfähigkeit einer gemeinsamen Einrichtung liegen kann,⁴⁸ könnte doch eine entsprechende Ergänzung von § 5 Abs. 1a Satz 1 TVG Signalwirkung für die Tarifpraxis entfalten.

(c) Initiative Neue Qualität der Arbeit (INQA)

Eine weitere Option des Gesetzgebers zur Schaffung eines Audits von Arbeitszeitmodellen könnte in einer institutionellen Verfestigung der 2002 vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales ins Leben gerufenen „Initiative Neue Qualität der Arbeit (INQA)“ liegen. Die Initiative bringt Vertreter von Bund, Ländern, Arbeitgeberverbänden und Kammern, Gewerkschaften, der Bundesagentur für Arbeit, Unternehmen, Sozialversicherungsträgern sowie Stiftungen zusammen, um eine Debatte darüber zu führen, „wie Arbeitsbedingungen gewinnbringend für alle Seiten gestaltet werden können“.⁴⁹ Dabei sollen „konkrete und tragfähige Lösungsmöglichkeiten für die komplexen Herausforderungen bei der Gestaltung von Arbeit“ erarbeitet werden.⁵⁰ Inhaltliche Handlungsfelder von INQA sind bislang die Themen Personalführung, Chancengleichheit & Diversity, Gesundheit sowie Wissen & Kompetenz gewesen. Die Arbeitszeitpolitik gehört hierzu nicht.

Gleichwohl könnte eine Fortentwicklung von INQA ein gangbarer Weg sein, um eine Auditierung von Arbeitszeitmodellen in Kleinbetrieben zu verankern. Die Initiative hat nämlich bereits Erfahrungen mit der Auditierung, da sie ein Auditierungsprogramm „INQA-Audit Zukunftsfähige Unternehmenskultur“ betreibt. Eine Institutionalisierung könnte beispielsweise durch die Errichtung einer Stiftung „Initiative Neue Qualität der Arbeit“ mit Bundesmitteln erfolgen, wie

⁴⁷ Gesetz zur Stärkung der Tarifautonomie, BGBl. 2014 Teil 1, 1348.

⁴⁸ Vgl. BAG 28. 3. 1990 – 4 AZR 536/89, AP Nr. 25 zu § 5 TVG. Dazu im Überblick statt vieler *Seifert*, in: *Kempen/Zachert*, TVG, § 5, Rdnr. 56.

⁴⁹ So § 1 Abs. 1 und 2 der Geschäftsordnung der Initiative Neue Qualität der Arbeit.

⁵⁰ Vgl. § 1 Abs. 2 Satz 1 der Geschäftsordnung der Initiative Neue Qualität der Arbeit.

dies im Datenschutzrecht durch die vom Bund 2013 gegründete „Stiftung Datenschutz“ geschehen ist.⁵¹ Eine solche Stiftung müsste auch den Auftrag haben, flexible Arbeitszeitmodelle zu erarbeiten, *Best Practices* auf diesem Gebiet zu sammeln und allgemein zugänglich zu machen und eine Evaluierung von betrieblichen Arbeitszeitkonzepten vorzunehmen. Für die Gründung einer solchen Stiftung bedürfte es noch nicht einmal einer gesetzlichen Grundlage, wie das Beispiel der „Stiftung Datenschutz“ zeigt, bei der es sich um eine rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts handelt.⁵² Die Evaluierung selbst könnte durch einen paritätisch mit Vertretern von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden besetzten Ausschuss erfolgen. Auf diese Weise könnte den Verbänden des Arbeitslebens jenseits der Tarifautonomie bei der betrieblichen Arbeitszeitpolitik eine wichtigere Rolle zufallen.

III. Annex: Wahl des Arbeitsortes („Recht auf Homeoffice“)

Nach der Leistungsbeschreibung soll im Rahmen der Expertise auch ausgelotet werden, wie nach geltendem Recht „eine Kompromissbildung mit einer größeren Wahlfreiheit der Arbeitnehmer [...] beim Arbeitsort“ möglich sind. Da die Ansätze in engem Zusammenhang mit dem Konzept eines Wahlarbeitszeitgesetzes diskutiert werden, soll die Problematik hier als Annex zu den Vorschlägen zu einem Wahlarbeitszeitgesetz erörtert werden.

Die Rechtsposition von Arbeitnehmern bei der Festlegung des Arbeitsortes ist nach geltendem Recht indessen schwächer ausgestaltet als bei der Gestaltung der Arbeitszeit. Grundsätzlich verfügt der Arbeitgeber in den Grenzen des Arbeitsvertrages über ein Weisungsrecht hinsichtlich des Ortes der Arbeitsleistung (§ 106 Satz 1 GewO). Auch wenn dieses einseitige Leistungsbestimmungsrecht vom Arbeitgeber nach billigem Ermessen auszuüben ist und somit auch die Interessen des Arbeitnehmers zu berücksichtigen sind, folgt daraus noch lange kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Festlegung des Arbeitsortes. Deshalb ist dem geltenden Recht auch ein allgemeines Recht des Arbeitnehmers auf Telearbeit fremd. Lediglich für schwerbehinderte Arbeitnehmer hat das LAG Niedersachsen in einem viel beachteten Urteil vom 6. Dezember 2010 in engen Voraussetzungen einen Anspruch auf Änderung des Arbeitsortes, insbesondere

⁵¹ Zur Stiftung Datenschutz nähere Informationen unter: <https://stiftungdatenschutz.org/startseite/>. Allerdings ist zuzugestehen, dass die Stiftung Datenschutz bislang noch nicht die ihr zugemessenen Auditierungsaufgaben erfüllt, da sie vom Bund nicht mit ausreichenden Finanzmitteln ausgestattet ist und die mangelnde Beteiligung der Datenschutzbeauftragten der Länder und des Bundes in den Stiftungsorganen Anlass zur Kritik gegeben hat; dazu z.B. der Antrag der Fraktionen der SPD und von BÜNDNIS 90/Die Grünen, Unabhängigkeit der Stiftung Datenschutz sicherstellen, BT-Drucks. 17/11825.

⁵² Vgl. § 1 Abs. 2 der Satzung der Stiftung Datenschutz.

durch Übergang zu Telearbeit, aus Arbeitsvertrag i. V. m. § 81 Abs. 4 Satz 1 SGB IX anerkannt.⁵³ Umgekehrt hat der Arbeitgeber aber grundsätzlich nicht das Recht, Telearbeit im Wege des Weisungsrechtes (§ 106 Satz 1 GewO) einzuführen; hierfür bedarf es normalerweise einer Änderung des Arbeitsvertrages. Auch besitzt der Betriebsrat grundsätzlich kein Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung des Arbeitsortes der Arbeitnehmer. Ein dem Mitbestimmungsrecht bei der Festlegung der Lage der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) vergleichbares Recht des Betriebsrates sieht das BetrVG im Hinblick auf die Festlegung des Arbeitsortes nicht vor. Wohl aber kann die Einführung von Telearbeitsplätzen eine Versetzung i. S. v. § 95 Abs. 3 BetrVG darstellen, so dass das Zustimmungsrecht des Betriebsrates nach § 99 Abs. 1 BetrVG ausgelöst wird.⁵⁴

Rechtsvergleichend bietet sich auch für das Recht auf Wahl des Arbeitsortes ein Blick auf die bereits erwähnte Niederländische Regelung („*Wet flexibel werken*“) an, die dem Arbeitnehmer insoweit allerdings keinen Rechts-, sondern nur einen Verhandlungsanspruch einräumt.⁵⁵ Wegen der mit dem Übergang zum Homeoffice verbundenen organisatorischen Bürden für Unternehmen wäre die Einräumung eines solchen Verhandlungsanspruches durchaus eine gangbare rechtspolitische Option.

Sollte die Einräumung eines Rechts auf Wahl des Arbeitsortes rechtspolitisch gewollt sein, ist zu überlegen, wegen der damit verbundenen Eingriffe in die Organisationsautonomie von Arbeitgebern dieses Recht an die Geltendmachung sachlicher Gründe durch den Arbeitnehmer zu binden.⁵⁶ Dies wäre nichts Anderes, als die Ansätze aufzugreifen und weiter auszudifferenzieren, welche das LAG Niedersachsen in dem erwähnten Urteil vom 6. Dezember 2010⁵⁷ punktuell für schwerbehinderte Arbeitnehmer entwickelt hat.

Will man sich rechtspolitisch nicht mit einer weichen Regelung begnügen und stattdessen einen Rechtsanspruch auf Wahl des Arbeitsortes einführen, wofür sich beispielsweise die Arbeits- und sozialrechtliche Abteilung des 71. Deutschen Juristentages in Essen ausgesprochen hat,⁵⁸ könnte dieses nach denselben Grundsätzen wie ein Recht auf Wahlarbeitszeit ausgestaltet und

⁵³ LAG Niedersachsen v. 6. 12. 2010 – 12 Sa 860/10 (juris-doc.).

⁵⁴ Statt vieler *Fitting/Engels/Schmidt/Trebingner/Linsenmaier*, BetrVG, 27. Auflage (2014), § 99, Rdnr. 145; LAG Düsseldorf 10. 9. 2014 – 12 Sa 505/14, LAGE Nr. 44 zu § 307 BGB 2002.

⁵⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 1 und 4 *Wet flexibel werken*. Demgegenüber hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Anpassung der Arbeitszeitdauer und der Lage seiner Arbeitszeit, soweit nicht schwerwiegende betriebliche oder dienstliche Belange entgegenstehen (vgl. Art. 2 Abs. 1 und 5 *Wet flexibel werken*).

⁵⁶ Für eine solche eher behutsame Vorgehensweise habe ich mich in meinem Referat für die Arbeits- und sozialrechtliche Abteilung des 71. DJT in Essen ausgesprochen.

⁵⁷ LAG Niedersachsen v. 6. 12. 2010 – 12 Sa 860/10 (juris-doc.).

⁵⁸ Vgl. Beschluss Nr. III.1. der arbeits- und sozialrechtlichen Abteilung des 71. DJT. In diesem Sinne auch *Rüdiger Krause*, Digitalisierung der Arbeitswelt – Herausforderungen und Regelungsbedarf, Gutachten B zum 71. DJT, München 2016, B 81 ff.

in demselben Gesetz geregelt werden. Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Ausführungen unter II.

IV. Flexibilisierung des gesetzlichen Arbeitzeitschutzes

Die Leistungsbeschreibung wirft ferner die Frage auf, ob im ArbZG weitere Öffnungsklauseln zugunsten abweichender Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen eingeführt werden sollten. Mit der Eröffnung solcher Flexibilisierungsspielräume sollen auf der Arbeitgeberseite Anreize für ausgehandelte betriebliche Wahlarbeitszeitkonzepte gesetzt werden. Die hierzu diskutierten rechtspolitischen Vorschläge sollen somit im Zusammenhang mit einem Wahlarbeitszeitgesetz (dazu oben II.) zu sehen sein. Eine solche Flexibilisierung des gesetzlichen Arbeitzeitschutzes wirft vor allem unionsrechtliche Fragen auf.

1. Gesetzliche Zulassung von Ruhezeitverkürzungen durch Tarifvertrag

Ein Vorschlag in der rechtspolitischen Diskussion besteht darin, eine Öffnungsklausel im ArbZG zu verankern, die eine tarifvertragliche Verkürzung der gesetzlichen Ruhezeiten von 11 auf 9 erlaubt (u.U. nur für bestimmte Tätigkeiten), wobei eine solche Ruhezeitverkürzung auf zwei Tage in der Woche beschränkt würde und Ausgleichsruhezeiten z.B. innerhalb eines Monats gewährt würden; rechtssystematisch wäre eine solche gesetzliche Öffnungsklausel in § 7 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG zu verankern. Eine derartige Abweichungsbefugnis soll den Tarifvertragsparteien allerdings nur für den Fall gegeben werden, dass ein betriebliches Wahlarbeitszeitkonzept vorliegt, das Formen der Arbeitszeitflexibilisierung im Interesse der Arbeitnehmer verankert, insbesondere durch ein Recht auf zeit- oder ortsflexible Erbringung der Arbeit, ein Anspruch auf Arbeitszeitkorridore, Regelungen zu flankierenden Maßnahmen des betrieblichen Gesundheitsmanagements und/oder Regelungen zur Erfassung der Arbeitszeit beim mobilen Arbeiten (Angebot von Arbeitszeitkonten). Eine solche Abweichungsbefugnis, die eine Flexibilisierung der gesetzlichen Ruhezeiten durch Tarifvertrag ermöglicht, könnte in der Tat für Arbeitgeber einen Anreiz bilden, ein betriebliches Wahlarbeitszeitkonzept mit ihrem Betriebsrat oder mit der in ihrem Betrieb vertretenen Gewerkschaft zu vereinbaren. Sie wirft allerdings die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit Unionsrecht auf, namentlich mit der Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (im Folgenden „Arbeitszeitrichtlinie“) und der Charta der Grundrechte der EU (GrChEU).

a) Vereinbarkeit mit der Arbeitszeitrichtlinie

Nach Art. 4 der Arbeitszeitrichtlinie, der durch § 5 Abs. 1 ArbZG in deutsches Recht umgesetzt worden ist, müssen die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen treffen, damit jedem Arbeitnehmer pro 24-Stunden-Zeitraum eine Mindestruhezeit von elf zusammenhängenden Stunden gewährt wird. Die Arbeitszeitrichtlinie erlaubt den Mitgliedstaaten jedoch, Abweichungen von diesen arbeitszeitrechtlichen Grundsätzen vorzunehmen. Dies kann auch durch die Zulassung abweichender Tarifverträge geschehen.

(1) Begriff der Sozialpartner

Art. 18 Arbeitszeitrichtlinie schafft Befugnisse zur Abweichung von einzelnen Vorschriften der Richtlinie durch Sozialpartnervereinbarungen. Mit dem Begriff der Sozialpartner sind ausschließlich Tarifvertragsparteien auf den unterschiedlichen Regelungsebenen umschrieben.⁵⁹ Die in einzelnen Mitgliedstaaten existierende Vereinbarungsbefugnis gesetzlich institutionalisierter Arbeitnehmervertretungen im Betrieb fällt somit nicht unter die Abweichungsbefugnis. Dies gilt namentlich für die Betriebsautonomie von Arbeitgeber und Betriebsrat nach dem BetrVG: Vom ArbZG abweichende Betriebsvereinbarungen sind infolgedessen nicht erfasst. Der Begriff der Sozialpartner wird auch in anderen Richtlinien der Union in diesem Sinne gebraucht.⁶⁰ Hätten auch die Betriebspartner in diese Abweichungsbefugnis einbezogen werden sollen, hätte der Richtliniengeber den Begriff des Arbeitnehmervertreters gebraucht.⁶¹ Die in § 7 Abs. 1 und 2a ArbZG zugelassenen Abweichungen vom ArbZG in einer Betriebsvereinbarung sind nur dann mit Art. 18 Abs. 2 der Arbeitszeitrichtlinie vereinbar, wenn diese durch Tarifvertrag zugelassen und in ihrem Abweichungsumfang durch die tarifvertragliche Öffnungsklausel auch konditioniert sind; dem trägt § 7 Abs. 1 und 2a ArbZG durch das Erfordernis, dass eine solche gesetzesabweichende Betriebsvereinbarung „aufgrund eines Tarifvertrages“ abgeschlossen worden sein muss.⁶²

⁵⁹ So auch *Daniel Ulber*, in: Ulrich Preis/Adam Sagan (Hrsg.), *Europäisches Arbeitsrecht: Grundlagen, Richtlinien, Folgen für das deutsche Recht*, Köln 2015, § 6, Rdnr. 273 f., insbesondere 277; ebenso *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker, *Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, Richtlinie 2003/88/EG*, Art. 18, Rdnr. 5.

⁶⁰ So z.B. in der Richtlinie 97/81/EG vom 15. 12. 1997 zur der von UNICE, CEEP und EGB geschlossenen Rahmenvereinbarung über Teilzeitarbeit (ABl. EG Nr. L 14/9).

⁶¹ Vgl. z.B. Art. 2e) Richtlinie 2002/14/EG vom 11. 3. 2002 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft (ABl. EG Nr. L 80/29): Arbeitnehmervertreter sind danach „die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten vorgesehenen Vertreter der Arbeitnehmer.“

⁶² In diesem Sinne auch *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker, *Kommentar zum Europäischen Arbeitsrecht, Richtlinie 2003/88/EG*, Art. 18, Rdnr. 5; vgl. auch *Ulber*, in: Preis/Sagan, *Europäisches Arbeitsrecht*, § 6, Rdnr. 273 f., insbesondere 277.

(2) Inhaltliche Grenzen der Abweichungsbefugnis

Materielle Voraussetzung für eine Ausweitung der Tarifautonomie durch die Mitgliedstaaten bei der Regelung der Ruhezeiten ist, dass die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten müssen.⁶³ Dieses Erfordernis ist deckungsgleich mit der Begrenzung der Abweichungsbefugnis der Mitgliedstaaten in Art. 17 Abs. 2 Arbeitszeitrichtlinie. Nach der zu Art. 17 Arbeitszeitrichtlinie vorhandenen Rechtsprechung des EuGH, die auch zur Auslegung von Art. 18 Arbeitszeitrichtlinie herangezogen werden kann, handelt es sich bei der Abweichungsbefugnis um Ausnahmen, die so auszulegen sind, „dass ihr Anwendungsbereich auf das zur Wahrung der Interessen, deren Schutz sie ermöglichen, unbedingt Erforderliche begrenzt sind“.⁶⁴ Die Ausnahmetatbestände sind somit eng auszulegen.

Die durch den abweichenden Tarifvertrag eingeräumten Ruhezeiten müssen nach der Rechtsprechung des EuGH dadurch gekennzeichnet sein, „dass der Arbeitnehmer während dieser Zeiten gegenüber seinem Arbeitgeber keiner Verpflichtung unterliegt, die ihn daran hindern kann, frei und ohne Unterbrechung seinen eigenen Interessen nachzugehen, um die Auswirkungen der Arbeit auf seine Sicherheit und Gesundheit zu neutralisieren“. Auch können sie nur als „gleichwertig“ mit dem Schutz des Art. 3 Arbeitszeitrichtlinie angesehen werden, wenn sie sich „unmittelbar an die erbrachte Arbeitszeit anschließen, deren Ausgleich sie dienen, um eine Ermüdung oder Überlastung des Arbeitnehmers durch die Kumulierung aufeinanderfolgender Arbeitsperioden zu verhindern.“⁶⁵ Das Erfordernis der Gleichwertigkeit sei „umso dringlicher, wenn die regelmäßige tägliche Arbeitszeit abweichend von der allgemeinen Regel [...] verlängert wird“.⁶⁶

Es spricht Einiges dafür, dass der Gerichtshof mit „Arbeitsperiode“ hier den 24-Stunden-Zeitraum gemeint hat. Davon geht jedenfalls das Schrifttum zur Arbeitszeitrichtlinie aus.⁶⁷ Diese

⁶³ Art. 18 UAbs. 3 Arbeitszeitrichtlinie.

⁶⁴ EuGH 9. 9. 2003 – C-151/02 (*Jaeger*), Slg. 2003 I-8389, Rdnr. 89; EuGH 14. 10. 2010 – Rs. C-428/09 (*Union syndicale Solidaires Isère*), Slg. 2010 I-09961, Rdnr. 40. Aus dem Schrifttum statt vieler *Daniel Ulber*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, Köln 2015, § 6, Rdnr. 222 f. m. w. N.

⁶⁵ So der EuGH in ständiger Rechtsprechung: vgl. EuGH 9. 9. 2003 – C-151/02 (*Jaeger*), Slg. 2003 I-8389, Rdnr. 94 sowie EuGH 14. 10. 2010 – Rs. C-428/09 (*Union syndicale Solidaires Isère*), Slg. 2010 I-09961, Rdnr. 50.

⁶⁶ EuGH 9. 9. 2003 – C-151/02 (*Jaeger*), Slg. 2003 I-8389, Rdnr. 95 sowie EuGH 14. 10. 2010 – Rs. C-428/09 (*Union syndicale Solidaires Isère*), Slg. 2010 I-09961, Rdnr. 51.

⁶⁷ Vgl. insbesondere *Ulber*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 6, Rdnr. 240 f. mit Beispielen, sowie *Gallner*, in: Franzen/Gallner/Oetker, Kommentar zum Europäischem Arbeitsrecht, Richtlinie 2003/88/EG, Art. 18, Rdnr. 5. Siehe auch ErfK/*Wank*, 16. Auflage (2016), ArbZG § 7, Rdnr. 29.

Sichtweise liegt letztlich auch § 7 Abs. 9 ArbZG zugrunde, der im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Jaeger* durch Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003⁶⁸ eingefügt wurde. Zumindest besteht ein großes unionsrechtliches Risiko, dass der EuGH den Begriff so präzisieren wird. Auch hat der EuGH insoweit bislang keine Differenzierung nach einzelnen Tätigkeiten (zwischen gefahrgeneigten und weniger gefahrgeneigten Tätigkeiten) vorgenommen. Damit ist der Spielraum des deutschen Gesetzgebers für die Zulassung einer Verkürzung der Ruhezeiten durch Tarifvertrag begrenzt. Zwar wäre durchaus möglich, eine tarifvertragliche Verkürzung der Ruhezeit von 11 auf 9 Stunden an zwei Tagen der Woche gesetzlich zuzulassen. Die Verteilung der Tage mit verkürzter Ruhezeit müsste allerdings so erfolgen, dass auf einen Tag mit verkürzter Ruhezeit ein Tag mit verlängerter Ruhezeit folgt, um das Unmittelbarkeitserfordernis der Rechtsprechung des EuGH zu wahren. Die Bildung von Blöcken, etwa mit zwei Tagen verkürzter Ruhezeit und dann anschließend einem oder mehreren Tagen mit verlängerter Ruhezeit, sind demgegenüber mit dem Risiko behaftet, vom EuGH nicht mehr als den Anforderungen an eine angemessene Ausgleichsruhezeit genügend angesehen zu werden. Ein Ausgleichszeitraum von einem Monat, wie er ebenfalls diskutiert wird, ist mit diesem Unmittelbarkeitserfordernis indessen nicht vereinbar.

b) Grundrecht auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

Auch das Grundrecht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit und auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten (Art. 31 Abs. 2 GrChEU) zieht einer gesetzlichen Arbeitszeitgestaltung durch den deutschen Gesetzgeber unionsrechtliche Grenzen. Es steht im gleichen Range wie die Verträge.⁶⁹

Gesetzliche Eingriffe in das Arbeitszeitrecht betreffen einen Bereich, der durch die Richtlinie 2003/88/EG vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung harmonisiert worden ist, und wirkt sich somit auf die Umsetzung dieser Richtlinie in deutsches Recht aus. Derartige Eingriffe des nationalen Gesetzgebers, „die die Erreichung des mit der Richtlinie verfolgten Zieles gewährleisten sollen, einschließlich derjenigen, mit denen nach der eigentlichen Umsetzung die bereits erlassenen nationalen Rechtsvorschriften ergänzt oder geändert werden“, gehören zur Durchführung von Unionsrecht durch die Mitgliedstaaten („normative

⁶⁸ BGBl. I S. 3002. Zu den Hintergründen der Regelung siehe BT-Drucks. 15/1587, 31 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des EuGH.

⁶⁹ Vgl. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EUV.

Durchführung“) und unterliegen somit der Grundrechtsbindung nach Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GrChEU.⁷⁰

Allerdings ist der Schutzbereich des Grundrechts des Art. 31 Abs. 2 GrChEU vom EuGH bislang noch nicht konturiert worden. Der Gerichtshof hat die Bestimmungen der Arbeitszeitrichtlinien zwar wiederholt als „besonders wichtige Regeln des Sozialrechts der Union“ charakterisiert,⁷¹ jedoch Aussagen darüber, inwieweit die sekundärrechtlichen Vorschriften Teil an der Garantie des Rechts auf gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen haben, vermieden. Nach den Erläuterungen zu Art. 31 GrChEU, die als Anleitung für die Auslegung der Charta der Grundrechte verfasst worden und von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten gebührend zu berücksichtigen sind,⁷² stützt sich dessen Abs. 2 auf die Arbeitszeitrichtlinie sowie auf Art. 2 ESC. Sicherlich ist nicht davon auszugehen, dass damit der gesamte Inhalt der Arbeitszeitrichtlinie primärrechtlichen Schutz genießt, zumal die Chartavorschrift nur den Charakter eines Grundsatzes i. S. v. Art. 52 Abs. 5 GrChEU besitzt, der keine individuellen Rechte begründet, sondern lediglich ein Handeln der Union und der Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht zur Umsetzung seiner Ziele.⁷³ Wohl aber wird man annehmen dürfen, dass der in der Richtlinie festgelegte Arbeitszeitschutz, insbesondere die Höchstarbeitszeiten, jedenfalls in einem Kern zum sachlichen Schutzbereich des Art. 31 Abs. 2 GrChEU gehören. Wo hier die Grenzen im Einzelnen verlaufen, ist noch nicht geklärt. Bei einer Auslegung im Lichte des Rechts auf gerechte Arbeitsbedingungen in Art. 2 ESC, auf das die Erläuterungen zu Art. 31 GrChEU ebenfalls Bezug nehmen, sind die arbeitszeitrechtlichen Spielräume des nationalen Gesetzgebers sehr groß: Nach der Auslegungspraxis des Europäischen Ausschusses für Soziale Rechte, dem für die Überwachung der ESC zuständigen Sachverständigenausschuss,⁷⁴ gilt erst eine tägliche Arbeitszeit von 16 Stunden und eine wöchentliche Arbeitszeit von 60 Stunden als nicht mehr angemessen i. S. v. Art. 2 Nr. 1 ESC.⁷⁵ Wie der EuGH hier judizieren wird, ist somit offen.

⁷⁰ So ausdrücklich *EuGH*, Rs. 144/04 (*Werner Mangold/Rüdiger Helm*), Slg.2005, I-9981 Rn. 51. Ebenso *Hans Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 2. Auflage (2013), Art. 51, Rn. 18.

⁷¹ Vgl. *EuGH* 14. 10. 2010 – Rs. C-428/09 (*Union syndicale Solidaires Isère*), Slg. 2010 I-09961, Rdnr. 36 m. w. N.

⁷² Vgl. Art. 52 Abs. 7 GrChEU, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV.

⁷³ Zum Grundsatzcharakter von Art. 31 GrChEU *Sebastian Krebber*, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Auflage (2016), Art. 31 GrChEU, Rdnr. 3 m. N.; *Peter Hanau*, NZA 2010, 1, 3. Allerdings meint *Beate Rudolf*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der EU, 4. Auflage (2014), Art. 31, Rdnr. 20, dass die sich aus der Arbeitszeitrichtlinie ergebenden konkreten Rechte der Arbeitnehmer mit Blick auf Art. 31 Abs. 2 GrChEU ein „Rückschrittsverbot“ begründeten, ohne dies mit Blick auf den Grundsatzcharakter der Vorschrift aber näher zu begründen.

⁷⁴ Vgl. Art. 24 und 25 ESC.

⁷⁵ Vgl. Conseil de l'Europe, Digest de jurisprudence du Comité européen des droits sociaux, Straßburg 2008, S. 26 m. N.

Es lässt sich infolgedessen nicht vorhersagen, ob die diskutierten rechtspolitischen Optionen, soweit sie nicht mit der Arbeitszeitrichtlinie vereinbar sind, darüber hinaus auch einen Verstoß gegen Art. 31 Abs. 2 GrChEU darstellen. Auch wenn die Wahrscheinlichkeit eines Verstoßes bei den diskutierten Öffnungen im Bereich der Ruhezeiten und der Dauer der Arbeitszeit insgesamt als eher gering einzustufen ist, besteht doch ein Restrisiko.

2. Gesetzliche Zulassung von Arbeitszeitverlängerungen durch Tarifvertrag

Ferner wird eine gesetzliche Öffnungsklausel erwogen, die eine Verlängerung der täglichen Höchstarbeitszeit von 8 auf bis zu 12 Stunden für maximal 2 Tage in der Woche zulässt, sofern eine Wochenarbeitszeit von 48 Stunden bezogen auf einen Zeitraum von 3 Monaten nicht überschritten und eine ununterbrochene Ruhezeit von 11 Stunden eingehalten wird und eine Verkürzung des Ausgleichszeitraums von Überstunden oder ein Anspruch der Beschäftigten auf eine 4-Tage-Woche vorgesehen ist. Ebenso wie bei der Verkürzung der Ruhezeit soll auch für diese Option gelten, dass ein betriebliches Wahlarbeitszeitkonzept vorliegt.⁷⁶ Solche abweichenden Tarifverträge sind nach geltendem Recht nicht zulässig: Die gesetzliche Öffnung des § 7 ArbZG für abweichende Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen aufgrund eines Tarifvertrages geht nicht so weit: Sie lassen lediglich Arbeitszeitverlängerungen für bestimmte Wirtschaftszweige oder Berufsgruppen zu⁷⁷ oder solche, soweit in die Zeit in wesentlichem Umfang Arbeitsbereitschaft oder Bereitschaftsdienst fällt.⁷⁸ Auch bei dieser rechtspolitischen Option stellt sich die Frage nach ihrer Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht.

Dies gilt vor allem mit Blick auf die Arbeitszeitrichtlinie. Art. 6 Abs. 1 Arbeitszeitrichtlinie verpflichtet die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die durchschnittliche Arbeitszeit pro Siebentageszeitraum 48 Stunden einschließlich der Überstunden nicht überschreitet. Überdies dürfen die wöchentliche Mindestruhezeit von 24 Stunden sowie die elfstündige tägliche Ruhezeit⁷⁹ grundsätzlich nicht angetastet werden. Doch auch für die Zulassung von Arbeitszeitverlängerungen durch Tarifvertrag ist die gerade erörterte Abweichungsbefugnis von Art. 18 Abs. 2 und 3 Arbeitszeitrichtlinie einschlägig. Dies bedeutet, dass Mitgliedstaaten zwar Verlängerungen der täglichen Höchstarbeitszeit von 8 Stunden durch Tarifvertrag durchaus zulassen können, und zwar auch bis zu 12 Stunden; die Richtlinienvorschrift begrenzt nämlich nicht die Befugnis zur Abweichung von Art. 3. Allerdings haben sie dafür Sorge zu tragen, dass die von einer

⁷⁶ Zu den Anforderungen an ein solches betriebliches Wahlarbeitszeitkonzept siehe oben S. 26.

⁷⁷ Vgl. z.B. § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 ArbZG.

⁷⁸ Vgl. § 7 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2a ArbZG.

⁷⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Arbeitszeitrichtlinie.

solchen Maßnahme betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten oder in Ausnahmefällen, in denen die Gewährung solcher Ausgleichsruhezeiten aus objektiven Gründen nicht möglich ist, einen angemessenen Schutz erhalten.

Somit gilt auch hier die oben (vgl. 1.) ausführlich diskutierte Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache *Jaeger* und der Rechtssache *Union syndicale solidaires Isère*. Wegen der daraus sich ergebenden Unmittelbarkeit des Ausgleichs im Anschluss an die Arbeitsperiode können infolgedessen die beiden Arbeitstage, für welche die Arbeitszeit durch Tarifvertrag verlängert wird, nicht aufeinanderfolgend sein: Es muss somit auf den Tag mit verlängerter Arbeitszeit ein Werktag folgen, an dem weniger oder überhaupt nicht gearbeitet wird. Da der zu prüfende Regelungsvorschlag die Abweichungsbefugnis dahingehend konditioniert, dass ein Anspruch der Beschäftigten auf eine 4-Tage-Woche besteht, könnte den Anforderungen von Art. 18 Abs. 3 Arbeitszeitrichtlinie gut dadurch Rechnung getragen werden, dass der freie Tag zwischen den beiden Tagen mit verlängerter Arbeitszeit liegt.

Eine gesetzliche Abweichungsbefugnis greift auch in das Grundrecht des Art. 31 Abs. 2 GrChEU auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen ein, das auch den Schutz von Höchstarbeitszeiten einschließt. Wo diese liegen (sollen), erschließt sich nicht aus der Grundrechtsnorm: Es wurde bereits oben (vgl. 1.) gezeigt, dass dieses Grundrecht durch die Rechtsprechung des EuGH bislang erst kaum konturiert worden ist.

3. Zur Reform des Arbeitszeitrechts der Union

Angesichts dieser engen Gestaltungsräume, die das Arbeitszeitrecht der Union lässt, stellt sich die Frage nach seiner Reform. Insbesondere die Frage der Ruhezeiten spielte in der Diskussion um die Reform der Arbeitszeitrichtlinie eine nicht unwesentliche Rolle.⁸⁰ So sah der Vorschlag der Kommission von 2004 für eine Richtlinie zur Änderung der Arbeitszeitrichtlinie⁸¹ eine Abänderung von Art. 17 Abs. 2 und Art. 18 Abs. 3 dahingehend vor, dass bei einer Verkürzung der in Art. 3 vorgesehenen elfstündigen Ruhezeit die betroffenen Arbeitnehmer gleichwertige Ausgleichsruhezeiten innerhalb einer angemessenen Frist, die 72 Stunden nicht überschreiten darf, erhalten müssen. Der abgeänderte Richtlinienvorschlag von 2005 ging sogar noch weiter und strich das 72-Stunden-Erfordernis und erlaubte die Konkretisierung der angemessenen

⁸⁰ Zur Reformdiskussion im Überblick *Ulber*, in: Preis/Sagan, Europäisches Arbeitsrecht, § 6, Rdnr. 338 ff. m. w. N.

⁸¹ KOM(2004) 607 endgültig.

Ausgleichsfrist durch die einzelstaatliche Gesetzgebung, Tarifverträge oder in einer Vereinbarung zwischen den Sozialpartnern.⁸²

Der nach Art. 154 AEUV geführte soziale Dialog der europäischen Sozialpartner scheiterte indes am 14. Dezember 2012.⁸³ Die Europäische Kommission hat daraufhin das Vorhaben einer Reform der Arbeitszeitrichtlinie nicht fortgeführt. Die Frage, ob es in der näheren Zukunft tatsächlich zu einer Reform der Arbeitszeitrichtlinie kommen wird, die insbesondere auch die Regelungen zu den Ruhezeiten „flexibilisiert“, ist nach derzeitigem Stand eher mit nein zu beantworten. Der deutsche Gesetzgeber darf somit nicht darauf hoffen, dass der Richtlinienggeber die arbeitszeitrechtlichen Flexibilisierungsspielräume demnächst erhöhen wird.

D. Zulässigkeit einer Experimentierklausel

Abschließend ist noch die Frage zu klären, ob es verfassungsrechtlich zulässig ist, für ein Gesetz zur Arbeitszeitflexibilisierung eine Experimentierklausel vorzusehen. Eine solche Klausel würde die gesetzlichen Vorschriften befristen und eine Erprobung, etwa durch die Zulassung nur bestimmter vom ArbZG abweichender Tarifverträge (z.B. auf bestimmte Branchen begrenzt) vorsehen.

I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit

1. Befristung des Gesetzes

Der Gesetzgeber hat auf dem Gebiet des Arbeitsrechts bislang nur vereinzelt auf Experimentierklauseln zurückgegriffen. Prominentes Beispiel ist das Befristungsrecht. So war die Geltung der sachgrundlosen Befristungsmöglichkeit, die im Jahre 1985 durch § 1 Abs. 1 des Gesetzes über arbeitsrechtliche Vorschriften zur Beschäftigungsförderung („Beschäftigungsförderungsgesetz“) eingeführt worden war,⁸⁴ auf knapp fünf Jahre befristet, wurde mehrfach verlängert und erst mit der Schaffung des heutigen § 14 Abs. 2 TzBfG entfristet.⁸⁵ Auch im Recht der Arbeitnehmerüberlassung arbeitete der Gesetzgeber vereinzelt mit einer Befristung gesetzlicher Regelungen: Die durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1985 erfolgte Verlängerung der maximalen Überlassungsdauer eines Leiharbeitnehmers an den gleichen Arbeitgeber von drei auf sechs Monate war zunächst bis zum 31. Dezember 1989 befristet;⁸⁶ die Befristung wurde

⁸² Vgl. KOM(2005) 246 endgültig.

⁸³ Vgl. die Mitteilung „Europäische Arbeitszeitverhandlungen geplatzt“, in: *ArbuR* 2013, 45 f.

⁸⁴ BGBl. 1985, Teil I, S. 710.

⁸⁵ Zur Entwicklungsgeschichte der sachgrundlosen Befristung im Überblick *Helga Laux/Monika Schlachter*, TzBfG, 2. Auflage (2011), § 14, Rdnr. 98 ff. m. w. N.

⁸⁶ Vgl. Art. 8 Nr. 1a), Nr. 2 sowie Nr. 7 des Beschäftigungsförderungsgesetzes vom 27. 4. 1985 (BGBl. 1985, Teil I, S. 710).

durch das Beschäftigungsförderungsgesetz 1990 bis zum 31. Dezember 1995 verlängert.⁸⁷ Noch weitaus häufiger finden sich Experimentierklauseln in sozialrechtlichen Gesetzesvorschriften, insbesondere auch im Arbeitsförderungsrecht. Pars pro toto sei an dieser Stelle nur auf die befristeten Leistungen der Arbeitsförderung, namentlich auf die assistierte Ausbildung (§ 130 SGB III), die Sonderregelungen zur Eingliederung von Ausländern mit Aufenthaltsgestattung (§ 131 SGB III) und auf die Sonderregelungen für die berufliche Weiterbildung (§ 131a SGB III) hingewiesen. Das Land Nordrhein-Westfalen beispielsweise hat sogar seine gesamte Landesgesetzgebung befristet und unterzieht die geltenden Vorschriften infolgedessen einer regelmäßigen Überprüfung.⁸⁸ Der Gesetzgeber in Bund und Ländern geht somit von einer grundsätzlichen Zulässigkeit der Befristung von Gesetzen aus; auch die Gemeinsame Geschäftsordnung der Bundesministerien (GGO) geht hiervon aus, wenn sie in ihrem § 43 Abs. 1 Nr. 6 die Bundesregierung bei Gesetzesvorlagen zu einer Begründung verpflichtet, die auch Erwägungen zu einer Befristung des geplanten Gesetzes zu enthalten haben.

Das BVerfG lässt in seiner ständigen Rechtsprechung die Befristung von Gesetzen in Grenzen durchaus zu.⁸⁹ Zentrale Voraussetzung für die Verfassungsmäßigkeit ist die Komplexität der vom Gesetzgeber zu regelnden Materie, die zu Schwierigkeiten bei der vom Gesetzgeber vorzunehmenden Prognose führen. Will der Gesetzgeber soziales Handeln in einem bestimmten Lebensbereich durch Rechtsregeln steuern, muss er eine Prognose über die Auswirkungen der in Aussicht genommenen Gesetzesregelung vornehmen. Hierzu bedarf es grundsätzlich einer empirischen Grundlage, die es erlaubt, zukünftige Entwicklungen zu prognostizieren. Besteht eine tatsächliche Unsicherheit über die Auswirkungen einer anvisierten Gesetzesregelung, verfügt er über einen Prognosespielraum, der bei deren verfassungsrechtlichen Überprüfung Berücksichtigung findet. In solchen Fällen einer Unsicherheit über die tatsächlichen Auswirkungen einer geplanten Gesetzesreform kann der Gesetzgeber befugt sein, ein Gesetz zunächst „zur Erprobung“ zu erlassen, um es nach Ablauf einer festgelegten Geltungsfrist zu überprüfen und gegebenenfalls eine Anpassung vorzunehmen. Liegt eine Fehlprognose des Gesetzgebers vor, kann dieser sogar zu einer Korrektur verpflichtet sein.⁹⁰

⁸⁷ Gesetz zur Verlängerung beschäftigungsfördernder Vorschriften (Beschäftigungsförderungsgesetz 1990 – BeschFG 1990) vom 22. 12. 1989, BGBl. 1989, Teil I, Nr. 61, S. 2406.

⁸⁸ Dazu im Überblick *Andrea Becker*, Die Befristungsgesetzgebung in Nordrhein-Westfalen, NVwZ 2010, 1071 ff.

⁸⁹ Für einen Überblick über die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung siehe *Hans-Detlef Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, Berlin 1989, 95 ff. m. w. N.

⁹⁰ So das BVerfG zur Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Unternehmensorganen nach dem MitbestG 1976: vgl. BVerfG 1. 3. 1979 – Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290, 332 ff.

Von einer solchen Unsicherheit der tatsächlichen Wirkungszusammenhänge kann bei gesetzlichen Regelungen der Arbeitszeit, wie sie etwa durch ein Recht auf befristete Teilzeit oder durch ein Wahlarbeitszeitgesetz angedacht sind, ausgegangen werden. Letztlich greifen derartige Gesetzesregelungen in die Organisationsautonomie des Arbeitgebers ein und können die Kompetenz des Arbeitgebers, die Dauer der Arbeitszeit sowie die Lage der Arbeitszeit entsprechend seinem Konzept festzulegen, erheblich beeinträchtigen. Gerade in kleinen und mittleren Unternehmen kann die Schaffung solcher Rechtspositionen für die Arbeitnehmer zu erheblichen Organisationsbelastungen führen, insbesondere durch die damit erforderlich werdenden Abstimmungsprozesse mit anderen Arbeitnehmern oder die Beschaffung von (befristetem) Ersatzpersonal für Arbeitnehmer, deren Arbeitszeit (vorübergehend) verkürzt worden ist. Entsprechendes gilt auch für die Einführung eines Rechts des Arbeitnehmers auf Bestimmung des Arbeitssortes: Auch eine solche gesetzliche Regelung könnte die Organisationskompetenz des Arbeitgebers stark beschränken. Wie sich solche Regelungen zukünftig auswirken würden, insbesondere wie stark solche Rechte von Arbeitnehmern in Anspruch genommen, welche Arbeitszeitoptionen vorwiegend gewählt werden würden, entzieht sich einer soliden Prognose des Gesetzgebers. Diese nicht unerhebliche Unsicherheit bei den diskutierten rechtspolitischen Vorschlägen auf dem Gebiet des Arbeitszeitrechts begründet einen weiten Prognosespielraum des Gesetzgebers. Dieser Unsicherheit kann er grundsätzlich durch die Befristung entsprechender gesetzlicher Vorschriften zur Flexibilisierung der Arbeitszeit Rechnung tragen.

Allerdings kann den Gesetzgeber die Pflicht treffen, die befristete gesetzliche Regelung nach Ablauf der Befristung, in Ausnahmefällen sogar vor diesem Zeitpunkt, zu korrigieren. Diese verfassungsrechtliche Pflicht des Gesetzgebers zur Korrektur von Gesetzen, die andere tatsächliche als die intendierten Wirkungen auslösen, lässt sich der Mitbestimmungs-Entscheidung des BVerfG vom 1. März 1979 entnehmen.⁹¹ Um eine ausreichende empirische Grundlage für die Feststellung dessen, ob gesetzliche Regelungen zur Arbeitszeitflexibilisierung die gewünschten Effekte haben oder unerwünschte Nebeneffekte zu korrigieren sind, empfiehlt es sich, in diese eine Berichtspflicht und die Pflicht zur Evaluierung der Erfahrungen mit dem Gesetz nach einer aussagekräftigen Geltungsdauer aufzunehmen. Bei der konkreten Ausgestaltung einer solchen gesetzlichen Berichtspflicht kann auf eine Reihe bereits geltender gesetzlicher Vorschriften des Arbeitsrechts zurückgegriffen werden.⁹² Allerdings setzt eine solche Evaluierungsklausel voraus, dass eine Meldepflicht für die vom Gesetz abweichenden Tarifverträge eingeführt wird. Das nach geltendem Recht bestehende Instrumentarium reicht hierfür nicht aus. Insbesondere

⁹¹ Vgl. BVerfG 1. 3. 1979 – Az. 1 BvR 532, 533/77, 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, 290.

⁹² Vgl. z.B. § 24 AEntG, § 23 MiLoG.

die sich aus § 7 TVG ergebende Pflicht der Tarifvertragsparteien zur Übersendung des von ihnen abgeschlossenen Tarifvertrages an das vom BMAS geführte Tarifregister führt nicht zu dem gewünschten Erfolg, da eine inhaltliche Prüfung des zu registrierenden Tarifvertrages durch das Ministerium nicht vorgenommen wird. Wohl aber könnte den Tarifvertragsparteien eine solche Mitteilungspflicht gegenüber dem BMAS gesetzlich aufgebürdet werden, ohne dass damit ein größerer bürokratischer Aufwand verbunden wäre.

2. Beschränkte Erprobung des Gesetzes

Von der Befristung des Gesetzes zu trennen ist die Frage, ob der Gesetzgeber eine Erprobung der in Aussicht genommenen Arbeitszeitflexibilisierung dergestalt vornehmen kann, dass die Regelung nur auf eine bestimmte Anzahl von Tarifverträgen oder auf Tarifverträge bestimmter Branchen begrenzt wird. Dabei handelt es sich um eine Begrenzung der sachlichen Geltungsbereichs des Gesetzes.

Erprobungsklauseln finden sich in einer Reihe gesetzlicher Vorschriften des Bundes- und der Länder.⁹³ So enthalten die gewerberechtlichen Vorschriften des § 13 GewO und des § 32 GastG Erprobungsklauseln zur Förderung von Existenzgründungen. Das Hochschulrecht der meisten Bundesländer lässt die Erprobung reformorientierter Hochschulmodelle und damit verbunden die Abweichung von einer Reihe gesetzlicher Organisationsvorschriften zu.⁹⁴ Schließlich sei auf die Schulgesetze der Länder hingewiesen, welche die Durchführung von Schulversuchen und damit Erprobungen auf der Verwaltungsebene zulassen.⁹⁵

Zentraler verfassungsrechtlicher Prüfmaßstab für die Erprobung einer gesetzlichen Arbeitszeitflexibilisierung ist vor allem der allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz in Art. 3 Abs. 1 GG, da Unternehmen, deren Tarifverträge nicht unter den Geltungsbereich fallen, von der Möglichkeit zur Abweichung von den in Aussicht genommenen Arbeitszeitvorschriften ausschließt. Auch hier gilt das zur Zulässigkeit von befristeten Gesetzen Gesagte entsprechend. Der Gesetzgeber verfügt gerade bei komplexen Sachverhalten wie der anvisierten Flexibilisierung der Arbeitszeit über eine weitgehende Einschätzungsprärogative, welche die Befugnis einschließt, ein gesetzliches Modell zunächst zu erproben. Eine solche Erprobung kann deshalb durchaus verhältnismäßig sein. Dies hängt von der Ausgestaltung einer solchen Erprobungsklausel ab.

⁹³ Für einzelne ältere Beispiele aus dem Telekommunikationsrecht *Horn*, Experimentelle Gesetzgebung unter dem Grundgesetz, 34 ff. m. w. N.

⁹⁴ Vgl. z.B. § 4 Thüringer Hochschulgesetz v. 21.12.2006 (GVBl. S. 601); § 13 Abs. 7 Sächsisches Hochschulgesetz v. 10.12.2008 (GVBl. ; § 7a Berliner Hochschulgesetz i. d. F. v. 26. 7. 2011 (GVBl. S. 378).

⁹⁵ Vgl. z.B. § 138 Schleswig-Holsteinisches Schulgesetz v. 24. 1. 2007.

Denkbar ist *erstens*, eine Beschränkung der gesetzlichen Regelung auf eine oder mehrere bestimmte Wirtschaftszweige (z.B. Metall- und Elektroindustrie oder Chemische Industrie) vorzunehmen. Gesetzliche Vorschriften, deren Geltungsbereich auf bestimmte Branchen begrenzt ist, sind dem geltenden Arbeitsrecht nicht fremd: Man denke nur an die besonderen Regeln für das Bauhauptgewerbe.⁹⁶ Eine branchenspezifische Beschränkung des Geltungsbereichs müsste indessen auf sachliche Gründe gestützt sein, welche die Beschränkung gerade auf die vom Gesetz genannten Branchen rechtfertigen, wenn sie mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar sein soll. Es dürfte indessen schwierig sein, solche sachlichen Kriterien zu finden, die eine solche Branchenbeschränkung für eine gesetzliche Abweichungsbefugnis bei der Ruhezeit und der täglichen Arbeitszeit rechtfertigen. Rechtspolitisch ist überdies zu überlegen, ob eine solche Begrenzung des Geltungsbereichs auf bestimmte Branchen sinnvoll ist, denn die Branchen, in denen ein besonderer Bedarf nach der geplanten Arbeitszeitflexibilisierung besteht, sind möglicherweise nicht *ex ante* abschließend bestimmbar: Eine Erprobung des Gesetzes unter Beschränkung auf bestimmte Branchen könnte sich deswegen als lückenhaft erweisen.

Zweitens könnte eine Erprobung des Gesetzes durch eine Beschränkung auf eine bestimmte Anzahl von gesetzesabweichenden Tarifverträgen erfolgen. Eine solche Lösung sähe sich nicht den Bedenken, die gegenüber einer Branchenspezifischen Erprobung bestehen, ausgesetzt. Im Falle einer solchen „Kontingenz-Regelung“ würde gelten, dass diejenigen Tarifvertragsparteien von der gesetzlichen Öffnung Gebrauch machen dürfen, die am schnellsten zu einem Tarifvertragsabschluss kommen. Dies könnte ein gangbarer Weg sein. Allerdings müsste die gesetzlich festgelegte Höchstzahl so bemessen sein, dass eine solche Anzahl von Tarifverträgen eine solide empirische Aussagen darüber, ob die erprobte gesetzliche Regelung der in sie gesetzten Erwartung, kollektivvertragliche Arbeitszeitkompromisse zu stärken, tatsächlich auch erfüllt.

Drittens könnte eine Erprobungsklausel die Inanspruchnahme der Abweichungsbefugnis der Tarifvertragsparteien an eine behördliche (z.B. ministerielle) Genehmigung knüpfen. Das Ministerium hätte dann zu prüfen, ob es sich bei dem beabsichtigten Tarifabschluss um einen Vorgang handelt, der für die Erprobung der gesetzlichen Regelung geeignet ist. Doch auch hier müssen sachliche Kriterien für eine Genehmigung entwickelt werden, da ansonsten Probleme mit Blick auf Art. 3 Abs. 1 GG entstehen können.

Gleichviel, wie man die angedachte Erprobungsklausel ausgestaltet, gilt auch hier das oben (1.) zur Evaluierung des Erprobungsgesetzes Gesagte entsprechend.

⁹⁶ Z.B. §§ 3, 4 AEntG; § 13 Abs. 2 BUrlG.

II. Zur Behandlung von „Altfällen“

Eine Folgeproblematik gesetzlicher Experimentierklauseln ist die Frage, wie Arbeitsverhältnisse zu behandeln sind, deren Parteien von dem in Aussicht genommenen Gesetz über die Arbeitszeitflexibilisierung Gebrauch gemacht haben, sofern das Gesetz nach Ablauf der vorgesehenen Experimentierklausel außer Kraft treten sollte. Sind durch Tarifvertrag gesetzesabweichende Regelungen getroffen worden, hätte eine nicht erfolgte Verlängerung ihrer gesetzlichen Grundlagen zur Folge, dass sie unwirksam werden. Mühevoll ausgehandelte Arbeitszeitkompromisse gingen auf diese Weise verloren und die Akteure wären auf den arbeitszeitrechtlichen Status quo ante zurückgeworfen. Angesichts dieser weitreichenden Folgen einer nicht erfolgten Verlängerung einer Experimentierklausel stellt sich die Frage nach der verfassungsrechtlichen Beurteilung dieser Lage.

Im Kern handelt es sich hierbei um eine Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit einer unechten Rückwirkung von Gesetzen.⁹⁷ Denn der Verfall der gesetzlichen Grundlage bestimmter Arbeitszeitregelungen wegen der Nichtverlängerung des befristeten Gesetzes führt dazu, dass das Gesetz auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte für die Zukunft einwirkt. Solche unechten Rückwirkungen von Gesetzen sind in der Regel zulässig. Das Vertrauen des Bürgers in den Fortbestand bestimmter gesetzlichen Vorschriften genießt regelmäßig keinen verfassungsrechtlichen Schutz.

Grenzen zieht allerdings der im Rahmen des Rechtsstaatsprinzips gewährleistete Vertrauensschutzgrundsatz. Eine unechte gesetzliche Rückwirkung erweist sich ausnahmsweise dann als Verstoß gegen den verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz, wenn die gesetzliche Regelung einen Eingriff vornimmt, mit dem die betroffenen Bürger nicht rechnen mussten und infolgedessen auch nicht in ihr Handlungskalkül aufgenommen haben.⁹⁸ Geht man von diesen Grundsätzen der Rechtsprechung aus, erweist sich bei einer befristeten gesetzlichen Regelung das Vertrauen der Rechtsunterworfenen in deren Fortbestand über deren Verfallsdatum hinaus als grundsätzlich nicht schutzwürdig: Die gesetzliche Experimentierklausel signalisiert ihnen, dass die betreffende gesetzliche Regelung nur bis zum Ablauf der Befristung gilt und deren Verlängerung von einer erneuten Entscheidung des parlamentarischen Gesetzgebers abhängt. Lediglich in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen kann bei befristeten Gesetzen der verfassungsrechtlich gebotene Vertrauensschutz verletzt werden: So hat das BVerfG entschieden,

⁹⁷ Zum Begriff der unechten Rückwirkung vgl. BVerfG 23. 11. 1999 - 1 BvF 1/94, BVerfGE 101, 239, 263 m. w. N.; aus dem Schrifttum statt vieler *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 GG, Rdnr. 88 ff. m. w. N.

⁹⁸ BVerfG v. 28. 11. 1984 - 1 BvR 1157/82, BVerfGE 68, 287, 307. Allgemein hierzu *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20, Rdnr. 91.

dass etwa die vorzeitige Aufhebung einer befristet erlassenen gesetzlichen Vorschrift das schutzwürdige Vertrauen der Rechtsunterworfenen in deren Kontinuität bis zum Ablauf der eigentlich geltenden Befristung enttäuscht wird und deshalb nur unter besonderen Voraussetzungen zulässig sein kann.⁹⁹ Diese Ausnahmefälle sind jedoch mit Blick auf die anvisierte befristete gesetzliche Regelung des Arbeitszeitrechts nicht einschlägig.

Eine Experimentierklausel, die nur eine Öffnung des ArbZG zugunsten von gesetzesabweichenden Tarifverträgen nur für eine bestimmte Zeitdauer vorsieht, wäre infolgedessen mit Verfassungsrecht durchaus vereinbar. Es stellt sich indessen die Frage, ob eine solche zeitliche Befristung von Arbeitszeitflexibilisierungen rechtspolitisch sinnvoll wäre. Immerhin könnte sie einen negativen Anreiz für die Inanspruchnahme der gesetzlichen Öffnungen bilden, da die Transaktionskosten für ihre Aushandlung nicht mit einer ausreichend langen Laufzeit der Vereinbarungen kompensiert würden. Es empfiehlt sich deshalb, für Vereinbarungen, die in zulässiger Weise von der gesetzlichen Öffnung Gebrauch gemacht haben, eine Bestandschutzregel: Sollte diese Option gewählt werden, könnte der Gesetzgeber am Modell des Schwellenwertes des § 23 Abs. 1 Satz 2 KSchG anknüpfen, der durch das Gesetz zu Reformen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003¹⁰⁰ eingeführt wurde. Zumindest sollte aber eine Übergangsregel zugunsten der aufgrund der befristeten gesetzlichen Regelung abgeschlossenen Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen und der individualarbeitsvertraglichen Arbeitszeitabreden vorgesehen werden. Auch für einen solchen befristeten Bestandsschutz gibt es im Arbeitsrecht Vorbilder: Beispielhaft sei nur auf die arbeitszeitrechtliche Übergangsregelung des § 25 ArbZG hingewiesen, die für von § 7 ArbZG abweichende und zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des ArbZG bestehende oder nachwirkende Tarifverträge eine dreijährige Weitergeltung vorsieht.¹⁰¹

⁹⁹ Vgl. BVerfG 15. 3. 2000 – 1 BvL 16/96, 1 BvL 17/96, 1 BvL 18/96, 1 BvL 19/96, 1 BvL 20/96 u.a., BVerfGE 102, 68, 97.

¹⁰⁰ BGBl. 2003 Teil I, S. 3002.

¹⁰¹ Eine ähnliche Übergangsregelung zugunsten abweichender Tarifverträge enthält § 24 MiLoG.

Diese Publikation wird im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales kostenlos herausgegeben. Sie darf weder von Parteien noch von Wahlbewerbern oder Wahlhelfern während des Wahlkampfes zum Zwecke der Wahlwerbung verwendet werden. Dies gilt für Europa-, Bundestags-, Landtags- und Kommunalwahlen. Missbräuchlich ist insbesondere die Verteilung auf Wahlveranstaltungen, an Informationsständen der Parteien sowie das Einlegen, Aufdrucken oder Aufkleben parteipolitischer Informationen oder Werbemittel. Untersagt ist gleichfalls die Weitergabe an Dritte zum Zwecke der Wahlwerbung. Unabhängig davon, wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Publikation dem Empfänger zugegangen ist, darf sie auch ohne zeitlichen Bezug zu einer bevorstehenden Wahl nicht in einer Weise verwendet werden, die als Parteinahme der Bundesregierung zugunsten einzelner politischer Gruppen verstanden werden könnte. Außerdem ist diese kostenlose Publikation - gleichgültig wann, auf welchem Weg und in welcher Anzahl diese Publikation dem Empfänger zugegangen ist - nicht zum Weiterverkauf bestimmt.

Alle Rechte einschließlich der fotomechanischen Wiedergabe und des auszugsweisen Nachdrucks vorbehalten.