

# Arbeitszeitpolitik durch die Judikatur?

## Eine kritische Betrachtung der Entscheidung des BAG v. 7.12.2005

Rechtsanwalt Hans Decruppe, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Köln,  
und Rechtsreferendar Mario Utess, Düsseldorf

### 1. Einleitung

Der 5. Senat des BAG hat sich in einer weitreichenden Entscheidung v. 7.12.2005 zu der Frage geäußert, ob es arbeitsvertraglich möglich ist, die einseitige Leistungsbestimmung des AG auch auf die Dauer der Arbeitszeit auszudehnen<sup>1</sup>. Besprechungen – so von Bauer<sup>2</sup> und Preis<sup>3</sup> – und Rezensionen in Zeitungen<sup>4</sup> feiern die Entscheidung als Durchbruch bzw. „Durchschlagendes gordische Knotens“ zur Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen. Dabei gibt die Entscheidung größten Anlass zu einer kritischen Auseinandersetzung. Denn neben der Frage, ob § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG sowie Regelungen des Kündigungsschutzrechts einer einseitigen Erhöhung der Arbeitszeit entgegenstehen, war auch zu entscheiden, ob die Verwendung derartiger vorformulierter Klauseln in Arbeitsverträgen gegen das Gebot von Treu und Glauben i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB verstößt. Das BAG hat all diese Fragen verneint. Die folgende inhaltliche Auseinandersetzung soll aufzeigen, dass die vom 5. Senat behauptete Berechtigung des AG zur einseitigen Erhöhung der Wochenarbeitszeit den grundrechtsrelevanten Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit des AN gem. Art. 2 Abs. 1 GG verletzt.

### 2. Die Entscheidung des BAG

Nach Ansicht des 5. Senates des BAG kann in einem vorformulierten Arbeitsvertrag vereinbart werden, dass der AG die vom AN zu erbringende wöchentliche Arbeitszeit um bis zu 25 % einseitig erhöhen und um bis zu 20 % verringern kann. Dem stehe die Gesetzesbestimmung über Abrufarbeit in § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG nicht entgegen. Soweit der Gesetzeswortlaut die Festlegung einer „bestimmten Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit“ fordere, könne damit – so das Verständnis des 5. Senats – auch eine bestimmte Mindestdauer der Arbeitszeit gemeint sein. Dies solle zumindest seit In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes gelten.

Die maximal zulässige Erhöhung der Dauer der Arbeitszeit ergebe sich in Anlehnung an die Rspr. des BAG zur Wirksamkeit von Widerrufsvorbehalten bei Vergütungsbestandteilen in vorformulierten Arbeitsverträgen. Hierbei wurde ein widerruflicher Anteil von 25 %–30% der Vergütung als zulässig erachtet<sup>5</sup>. Auch bei der einseitigen Gestaltung der Arbeitszeitdauer durch den AG sei daher ein entsprechend variabler Umfang der Arbeitszeit zulässig. Gleichzeitig nimmt der 5. Senat Abstand von der Notwendigkeit, arbeitsver-

tragliche Klauseln wegen Gesetzesverstoßes (§ 134 BGB) zu prüfen. Eine Inhaltskontrolle vorformulierter arbeitsvertraglicher Regelungen und somit auch eine Kontrolle von Regelungen bezüglich flexibel abrufbarer Arbeitszeit habe nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes ausschließlich im Rahmen der AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB zu erfolgen.

Die danach gebotene Inhaltskontrolle am Maßstab des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ergebe, dass auch bei arbeitgeberseitiger Bestimmung der Dauer der Arbeitszeit eine unangemessene Benachteiligung des AN entgegen den Geboten von Treu und Glauben nicht vorliege; jedenfalls, wenn die Erhöhung 25 % der Mindestarbeitszeit nicht überschreite, sei ein ausreichender Schutz der AN gewährleistet. Dies schließe nach Auffassung des BAG jedoch nicht aus, dass darüber hinaus auch noch Überstunden angeordnet werden könnten.

### 3. Der bisherige Meinungsstand

Das BAG stellt sich mit seiner Auslegung von § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG gegen die bislang absolut einhellige Meinung in der Lit.<sup>6</sup> Danach steht § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG in Teilzeitarbeitsverhältnissen Vereinbarungen entgegen, die dem AG das Recht einräumen, die Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit festzulegen, und zwar auch dann, wenn eine Mindestarbeitszeit vertraglich vereinbart wurde. Das einseitige Leistungsbestimmungsrecht des AG umfasse ausschließlich die Lage der Arbeitszeit, nicht jedoch deren Dauer. Preis stellt noch in der jüngsten Auflage des Erfurter Kommentars<sup>1</sup> klar:

1 BAC 7.12.2005 – 5 AZR 535/04, AuR 2006, 170.

2 Bauer/Günther, DB 2006, 950.

3 Preis/Lindemann, NZA 2006, 632.

4 FAZ v. 24.5.2006, S.23; Handelsblatt v.19.6.2006.

5 BAC 12.1.2005 – 5 AZR 364/04, AuR 2005, 71, 196, mit Anm. Preis/Lindemann 227.

6 Jacobs in Annuß/Thüsing, TzBfG, § 12 Rn.24; Boewer, TzBfG, § 12 Rn. 24; Buschmann in Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol, TZA, § 12 TzBfG Rn. 63; Lindemann, S. 256; Meinel/Heyn/Herms, TzBfG, § 12 Rn.29; ErfK/Preis, § 12 TzBfG Rn.23; HWK/Schmalenberg, § 12 TzBfG Rn.7; MünchArbR/Schüren, Ergänzungsband § 166 Rn. 20; Sievers, TzBfG, § 12 Rn.15; Kittner/Däubler/Zwanziger – Zwanziger, KSchR § 12 TzBfG Rn.14; Schaub, § 44 Rn. 102.

7 ErfK/Preis § 12 TzBfG Rn.23; so auch MünchArbR-TzBfG/Müller-Glöge § 12 Rn. 12.

„Unzulässig sind dagegen Bandbreitenregelungen, da hier gerade keine feste Arbeitszeitdauer vereinbart wird. (...) Aber auch eine Regelung, die den Arbeitszeitumfang nur geringfügig in die Disposition des AG stellt – etwa nach der AN z. B. zwischen 5 und 10 Stunden wöchentlich zu arbeiten hat – ist jedenfalls in Einzelarbeitsverträgen unzulässig.“

Diese aus dem eindeutigen Wortlaut des § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG abgeleitete Position wird zusätzlich begründet mit der st. Rspr. zum Verbot der Umgehung des Kündigungsschutzes seit der sog. Musiklehrerentscheidung des 7. Senates des BAG v. 12.12.1984<sup>8</sup>, mit der die sog. „Umgehungsrechtsprechung“ eingeleitet wurde. Danach verstößt ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des AG bezüglich der Dauer der wöchentlichen Arbeitszeit gegen das Kündigungsschutzrecht und ist wegen Umgehung des KSchG gem. § 134 BGB nichtig. Dem ist die Rspr.<sup>9</sup> gefolgt und dies wurde ebenfalls von der Lit. bisher so gesehen<sup>10</sup>. Auch die Vorinstanz, das LAG Düsseldorf, verweist<sup>11</sup> auf die herrschende Ansicht zu § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG und schließt sich der Entscheidung des 7. Senates v. 12. 12. 1984 an.

#### 4. Die Bewertung der Entscheidung

Die Entscheidung des 5. Senats ist abzulehnen. Ihr kann in wesentlichen Teilen sowohl dogmatisch als auch im Ergebnis nicht gefolgt werden. Sie verstößt nicht nur eklatant gegen geltendes einfaches materielles wie auch gegen Prozessrecht, sondern besneidet auch in grundrechtsrelevanter Weise die Rechte der AN. Bei der anschließenden rechtlichen Beurteilung soll darüber hinaus aufgezeigt werden, weshalb die nunmehr auch im Arbeitsrecht gebotene Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln auch die von der Verfassung gesetzten Maßstäbe zu beachten hat.

##### a) Verstoß gegen § 134 BGB

Von größter dogmatischer Reichweite ist die Abkehr des 5. Senats von der sog. „Umgehungsrechtsprechung“, wonach ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht bzgl. der Dauer der Arbeitszeit eine Umgehung zwingenden Kündigungsschutzes darstellt und damit gem. § 134 BGB nichtig ist. Diese Rspr. wird mit folgender Begründung für obsolet erklärt:

„In einer Entscheidung vom 12.12.1984 hat das BAG angenommen, eine arbeitsvertragliche Vereinbarung, die bei arbeitszeitabhängiger Vergütung den AG berechtige, die festgelegte Arbeitszeit später einseitig nach Bedarf zu reduzieren, stelle eine objektive Umgehung von zwingenden Vorschriften des Kündigungs- und Kündigungsschutzrechtes dar und sei nach § 134 BGB nichtig. Mit In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes zum 1.1.2002 erfolgt die Inhaltskontrolle einseitiger Leistungsbestimmungsrechte des AG jedoch nicht mehr nach diesen Grundsätzen. Maßgeblich sind vielmehr die §§ 305 ff<sup>12</sup>.“

##### aa) Rechtsverstoß i. S. v. § 134 BGB bleibt auch nach der Schuldrechtsreform vorrangig

Diese Argumentation überzeugt nicht. Der 5. Senat übersieht, dass § 134 BGB durch die Vorschriften über allgemeine Geschäftsbedingungen nicht verdrängt wird<sup>13</sup>, sondern eigenständig und vorrangig bestehen bleibt! Liegt nämlich ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot vor, so liegt darin implizit immer zugleich auch eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Dies verdeutlicht eine Entscheidung des BGH v. 25.9.2002<sup>14</sup>. Darin führt der 8. Senat des BGH aus:

„Das Berufungsgericht hat die beanstandete Klausel zu Recht als nach § 9 Abs. 1 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB) unwirksam angesehen. Die Klausel benachteiligt den Tankstellenbesitzer

als Vertragspartner der Bekl. unangemessen, weil sie den gesetzlichen Ausgleichsanspruch des Tankstellenbetreibers im Voraus beschränkt und damit gegen die zwingende Vorschrift des § 89 b Abs. 4 HGB verstößt. Sie ist wegen dieses Verstoßes nach § 134 nichtig und hält schon deshalb einer Inhaltskontrolle nicht stand.“

Richtigerweise ist also jede Vertragsklausel vorrangig am Maßstab des § 134 BGB zu überprüfen. Liegt ein Gesetzesverstoß vor, hält die Klausel schon allein deswegen einer Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB nicht stand. Diese Grundsätze gelten selbstverständlich auch nach In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes uneingeschränkt weiter. Der Hinweis des BGH auf „§ 9 AGBG (jetzt § 307 Abs. 1 Satz 1)“ macht deutlich, dass durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz insoweit gerade keine Änderung der Rechtslage eingetreten ist. Eine Änderung müsste sich insoweit aus dem Wortlaut der AGB-Normen bzw. aus der Gesetzesbegründung ergeben. Das Gegenteil ist der Fall. In der Gesetzesbegründung<sup>15</sup> zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz wird ausgeführt:

„Trotz des Schutzes durch zwingende gesetzliche Vorschriften und kollektive Vereinbarungen besteht auch im Arbeitsrecht ein Bedürfnis nach richterlicher Kontrolle der einseitig vom AG festgesetzten Arbeitsbedingungen; (...) Das BAG geht deshalb so vor wie der BGH vor Schaffung des AGB-Gesetzes. Auf der Grundlage von §§ 242 und 315 BGB werden Arbeitsbedingungen im Prinzip so überprüft, als fände jedenfalls § 9 ABGB auf sie Anwendung. Dabei ist die Rspr. des BAG allerdings nicht einheitlich. (...) Die aus dieser uneinheitlichen Rspr. entstehende Rechtsunsicherheit sollte durch die Streichung der Bereichsausnahme beseitigt werden. Dadurch wird auch dafür gesorgt, dass das Schutzniveau der Vertragsinhaltskontrolle im Arbeitsrecht nicht hinter demjenigen des Zivilrechts zurückbleibt.“

Der besondere Schutz durch die AGB-Kontrolle sollte damit auch im Arbeitsrecht neben den Schutz durch zwingende gesetzliche Vorschriften treten, diesen Schutz also nicht ersetzen. Die aus den §§ 134, 138 BGB folgende Unwirksamkeit des Vertrages kann somit – auch im Arbeitsrecht – jederzeit geltend gemacht werden<sup>16</sup>.

##### bb) KSchG als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB

Als Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB gilt nach allgemeiner Auffassung auch das KSchG. Gem. §§ 1 und 2 KSchG sind Kündigungen, also auch Änderungskündigungen, rechtsunwirksam, wenn sie sozial ungerechtfertigt sind. Das Kündigungsschutzrecht zugunsten des AN ist zwingend<sup>17</sup>. Vorherige abweichende Vereinbarungen in

8 BAG 12.12.1984 – 7 AZR 509/83, AuR 1985, 161.

9 S. zuletzt LAG Mecklenburg – Vorpommern 6.4.2006 – 1 Sa 37/06: „Wenn die Bekl. in ihrer Berufungsbegründung ausführt, es sei nicht nachvollziehbar, wieso durch eine solche vertragliche Regelung der Kündigungsschutz eingeschränkt werde, vermag das Berufungsgericht hierfür keine besseren Gründe auszuführen, als bereits im Urt. des BAG v. 12.12.1984 enthalten sind, auf die nochmals verwiesen wird.“

10 Schaub, 3 44 Rn. 101; APS/Künzel, § 2 KSchG Rn 63; MünchKommBGB/Müller-Glögge, § 611 Rn. 435.

11 LAG Düsseldorf 17.9.2004 – 18 Sa 224/04, AuR 2005, 275.

12 BAG 7.12.2005, a.a.O.

13 BGH 25.9.2002 – VIII ZR 253/99; Palandt/Heinrichs, vor § 307 Rn.15; MünchKommBGB/Basedow, Vorb. § 307 Rn. 9.

14 Lakies, AR-Blattei SD, AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht, Rn. 29.

15 BGH 25.9.2002, a.a.O.

16 BT-Drucks. 14/6857, S. 53.

17 Däubler/Dorndorf Einleitung Rn. 78; so auch MünchArbR-BGB/Müller-Glögge, § 611 Rn. 64.

18 V.Hoyningen-Huene/Linck, KSchG, § 1 Rn. 7 ff.

Arbeitsverträgen zum Nachteil des AN sind unwirksam<sup>19</sup>. Auch sog. Umgehungsgeschäfte, d. h. Rechtsgeschäfte, die ein gesetzliches Verbot umgehen, ohne dieses konkret zu nennen, sind nach § 134 BGB nichtig<sup>20</sup>. Darauf basierte mit zutreffender Begründung auch die Entscheidung des BAG v. 12.12.1984<sup>21</sup>.

Danach verstößt eine Klausel, die ein einseitiges Bestimmungsrecht des AG bezüglich der Arbeitszeitdauer festlegt, gegen § 2 KSchG i. V. m. § 1 Abs. 2, § 1 Abs. 3 KSchG, § 622 BGB. Der zwingende Kündigungsschutz, der auch für die Veränderung von Arbeitsbedingungen über das Recht der Änderungskündigung uneingeschränkt gilt, wird umgangen, wenn es dem AG gestattet wird, durch einseitige Erklärungen Arbeitszeit und Arbeitsentgelt nach Belieben abrufen zu können, ohne sich an die gesetzlichen Kündigungsschutzbestimmungen halten zu müssen.

Legt man insofern die Rechtsauffassung des 5. Senats zugrunde, bestünde die Möglichkeit, über die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB gesetzliche Verbote und damit auch zwingenden Kündigungsschutz zu umgehen.

#### b) Verletzung des **Prozessgrundrechts** auf gesetzlichen Richter – **Art. 101 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Art. 95 GG, § 2 RsprEinhG**

Mit seiner Auffassung versagt der 5. Senat den AN nicht nur das vom Gesetzgeber ausdrücklich zugedachte Schutzniveau der Vertragskontrolle<sup>22</sup>, sondern er weicht in dieser Rechtsfrage von einer Entscheidung eines anderen obersten Gerichtshofes, nämlich von der bereits oben zitierten Entscheidung des BGH v. 25.9.2002<sup>23</sup>, ab. Während der BGH einen Verstoß gegen ein Verbotsgesetz neben der AGB-Kontrolle prüft, lehnt der 5. Senat des BAG dies ab. Eine Divergenz der obersten Bundesgerichte in einer solch wichtigen Rechtsfrage kann jedoch im Interesse der Einheitlichkeit der Rspr. nicht hingenommen werden. Der 5. Senat wäre daher nach § 2 RsprEinhG, Art. 95 Abs. 3 GG verpflichtet gewesen, die streitige Rechtsfrage dem Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes gem. § 11 RsprEinhG vorzulegen.

Obwohl der Gemeinsame Senat keine weitere Rechtsmittelinstanz darstellt, stellt die Nichtvorlage eines Verfahrens an den Gemeinsamen Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes eine Verletzung des Prozessgrundrechts auf den gesetzlichen Richter gem. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG dar<sup>24</sup>.

#### c) Verstoß gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG

Die Entscheidung des 5. Senats verstößt ferner gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG. Danach muss eine Vereinbarung über Abrufarbeit eine

„bestimmte Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeit festlegen“.

Die herrschende Meinung folgert hieraus zu Recht, dass Vereinbarungen, wodurch der AG ermächtigt wird, einseitig die wöchentliche Arbeitszeit festzulegen, unzulässig sind<sup>25</sup>. Dies ist auch nach dem Wortlaut eindeutig: Wurde die Dauer der Arbeitszeit in einer Vereinbarung bestimmt festgelegt, dann kann sie nicht nachträglich einseitig bestimmbar sein.

Darüber hinaus ergibt auch eine Auslegung nach dem Sinn und Zweck der Norm kein anderes Ergebnis. Zu Unrecht verweist der 5. Senat auf die Gesetzesbegründung der Vorgängernorm § 4 BeschFG. Die Gesetzesbegründung stützt vielmehr eindeutig die Position der herrschenden Meinung. Der ursprüngliche Gesetzesentwurf zu § 4 BeschFG vom 11.10.1984 enthielt noch keine Regelung zur Festlegung der Dauer der Arbeitszeit. Nach der Musiklehrerentscheidung des BAG<sup>26</sup> und starker Kritik von Seiten der Lit. am Gesetzentwurf<sup>27</sup> hatte der Gesetzgeber reagiert und einen ent-

sprechenden Passus in § 4 Abs. 1 BeschFG eingefügt<sup>28</sup>. Diese Überlegungen wurden in der Gesetzesbegründung erläutert und zwar auch unter ausdrücklicher Berücksichtigung der Musiklehrerentscheidung<sup>29</sup>.

Die in diesem Zusammenhang in der Urteilsbegründung getätigte Aussage, die von der h. M. zu § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG vertretene Auslegung bedeute das „Aus“ für Arbeit auf Abruf und konterkarriere den Zweck des Gesetzes, nämlich die „Flexibilisierung der Arbeit“, ignoriert den vorstehend dargestellten Willen des Gesetzgebers. Dabei übersieht die Urteilsbegründung, dass § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG die 1985 geschaffene Norm des § 4 Abs. 1 BeschFG sogar noch verschärft hat, weil dort lediglich die Dauer der Arbeitszeit geregelt werden musste, gemäß der geltenden Rechtslage nach dem TzBfG aber sogar eine Festlegung der Dauer der wöchentlichen und täglichen Arbeitszeit im Arbeitsvertrag erforderlich ist<sup>30</sup>. Diese Verschärfung der Rechtslage zugunsten des Arbeitnehmerschutzes dokumentiert offenkundig den Willen des Gesetzgebers, die vom 5. Senat postulierte „Flexibilisierung der Arbeit“ in engen Grenzen zu halten. Der 5. Senat urteilt damit contra legem.

#### d) Verstoß gegen **Art. 2 Abs. 1 GG**

Neben dem Verstoß gegen einfachgesetzliche Vorschriften verstößt ein einseitiges Bestimmungsrecht des AG auch gegen die in Art. 2 Abs. 1 GG normierte allgemeine Handlungsfreiheit. Der Schutzbereich von Art. 2 Abs. 1 GG ist umfassend<sup>31</sup> und erstreckt sich auf jedes menschliche Verhalten. Zum sachlichen Schutzbereich gehören daher Betätigungen jedweder Art und Güte, ohne dass diese einen besonders prägenden Bezug zur Entfaltung der Individualpersönlichkeit aufweisen müssten<sup>32</sup>. Auch banale Tätigkeiten und alltägliche Verhaltensweisen genießen Grundrechtsschutz. Es wird das Recht auf Selbstbestimmung garantiert<sup>33</sup>, nicht nur die Handlungsfreiheit als solche, sondern auch die Ausübung<sup>34</sup>.

#### aa) Grundrecht zur Selbstbestimmung über die *Verwertung* der eigenen Arbeitskraft und zur Selbstbestimmung des Einzelnen *im* Rechtsleben

So wird über Art. 2 Abs. 1 GG insbes. auch das Recht auf die entgeltliche Verwertung der eigenen Arbeitskraft geschützt<sup>35</sup>. Dieses ist dem großen Bereich der individuellen wirtschaftlichen Betäti-

19 KR – Etzel § I KSchG Rn. 31.

20 Allgemeine Meinung, vgl. statt vieler Palandt – *Heinrichs* § 134 Rn. 28.

21 BAG 12.12.1984, a.a.O.; LAG *Mecklenburg-Vorpommern* 6.4.2006, a.a.O.

22 S.o.Fn.18.

23 BGH 25.9.2002, a.a.O.

24 Schmidt-Bleibtreu/Klein – *Brockmeyer* Art. 95 Rn. 9.

25 *Jacobs* in Annuß/Thüsing TzBfG § 12 Rn.24; *Boewer* TzBfG § 12 Rn. 24; *Buschmann* in *Buschmann/Dieball/Stevens-Bartol* TZA § 12 TzBfG Rn. 63; *Lindemann* S.256; *Meinel/Heyn/Herms* TzBfG § 12 Rn. 29; *ErffK/Preis* § 12 TzBfG Rn.23; *HWK/Schmalenberg* § 12 TzBfG Rn.7; *MünchArbR/Schüren* Ergänzungsband § 166 Rn. 20; *Sievers* TzBfG § 12 Rn. 15; *Kittner/Däubler/Zwanziger* – *Zwanziger* KSchR § 12 TzBfG Rn. 14; *Schaub*, § 44 Rn. 102.

26 BAG 12.12.1984 a.a.O.

27 Hanau NZA 1984,345 (347); *Schüren* RdA 1985, 22 (24).

28 GK-TZA *Mikosch* Art. 1 § 4 BeschFG Rz. 3.

29 So die Gesetzesbegründung zu § 4 BeschFG 1985 BT-Drucksache 10/3206 S. 30 L

30 *Preis/Lindemann* NZA 2006, 632 (633).

31 BVerfG 1.8.1078-2 BvR 123/76

32 Dreier, in: *H.Dreier Grundgesetz – Kommentar*, Bd.1, Art. 2 I Rn. 27.

33 *BVerwG* 18.7.1967 – I C 9.66.

34 *BVerfG* 26.7.2005 – I BvR 80/95.

35 *BVerwG* 21.5.1970 – II C 12.66.

gung zuzuordnen<sup>36</sup>, die nicht nur dem freien Unternehmer, sondern jedem Bürger und AN gleichberechtigt zusteht. Schutzwürdig ist dabei nicht nur die Verwertung der eigenen Arbeitskraft als solche, sondern insbes. auch der zeitliche Umfang dieser Verwertung, also die Dauer der Arbeitszeit. Arbeitszeit ist individuelle Lebenszeit. Und diese Lebenszeit und ihre Gestaltung für Arbeit einerseits und für Familie, Kultur, Vereins- oder sonstiges Privatleben andererseits unterliegt dem ausschließlichen und unveräußerlichen individuellen Selbstbestimmungsrecht des AN, soweit damit nicht die Rechte anderer verletzt werden oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird.

#### bb) Geltung von Art. 2 Abs. 1 GG im Arbeitsverhältnis

Die Grundrechte verpflichten grundsätzlich nur die Träger öffentlicher Gewalt. Es entspricht jedoch allgemeiner Meinung, dass sie auch in das Privatrecht ausstrahlen. Gerade im Arbeitsrecht ist die Beachtung von grundrechtlich geschützten Positionen im Hinblick auf das ungleiche Machtverhältnis der Parteien zueinander in besonderer Weise geboten<sup>37</sup>. Allgemein gilt der Grundsatz, dass den Grundrechten eine Ausstrahlungswirkung innewohnt. Insbes. am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 GG wird dies deutlich. Der hier aufgenommene Vorbehalt der „Rechtee anderer“ lässt erkennen, dass diese Vorschrift nicht nur das Verhältnis Staat–Bürger, sondern zugleich jenes der Bürger untereinander im Blick hat<sup>38</sup>. Dabei ist darüber hinaus zu berücksichtigen, dass gerade im Bereich des Arbeitsrechtes hinter den für AN geltenden Rechten auch das Interesse der Allgemeinheit am sozialen Frieden steht<sup>39</sup>.

Dabei wird diesseits nicht verkannt, dass eine verfassungskonforme Auslegung als methodisches Prinzip grundsätzlich nur bei Gesetzen und nicht bei vertraglichen Regelungen in Betracht kommt<sup>40</sup>. Die Vertragspartner sind keine Grundrechtsadressaten. Es obliegt jedoch den Zivilgerichten, gerade bei der Anwendung von Generalklauseln zum Schutz der Privatautonomie bei der Auslegung darauf zu achten, dass Verträge nicht als Instrument der Fremdbestimmung dienen<sup>41</sup>. Fehlt den privatrechtlichen Verträgen die grundsätzlich vorausgesetzte Parität zwischen den Parteien, so ist die in hohem Maße schwächere Partei durch eine Beachtung der Grundrechte zu schützen<sup>42</sup>. Die grundrechtskonforme Auslegung findet bei Verträgen, die unter Verwendung von vorformulierten Klauseln geschlossen werden, ihren Eingang über die Inhaltskontrolle nach §§ 307, 241 II, 242 BGB<sup>43</sup>. So sind auch bei der Beurteilung, ob eine unangemessene Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB vorliegt, die Wertentscheidungen des Grundgesetzes und des Europarechtes mit zu berücksichtigen<sup>44</sup>.

#### cc) Beachtung der Grundrechte bei der Vertragsauslegung durch die Arbeitsgerichte

Auch die ArbG müssen bei der Auslegung und Anwendung des Arbeitsrechtes diese Schutzpflicht erfüllen und den Wertentscheidungen der Verfassung Geltung verschaffen<sup>45</sup>. Dies hat das BAG schon frühzeitig in seiner grundlegenden Entscheidung v. 3.12.1954 unmissverständlich anerkannt?

„Zwar nicht alle, aber doch eine Reihe bedeutsamer Grundrechte der Verfassung sollen nicht nur Freiheitsrechte gegenüber der Staatsgewalt garantieren, sie sind vielmehr *Ordnungsgrundsätze* für das soziale Leben, die in einem aus dem Grundrecht näher zu entwickelnden Umfang unmittelbare Bedeutung auch für den Rechtsverkehr der Bürger untereinander haben. So dürfen sich privatrechtliche Abmachungen, Rechtsgeschäfte und Handlungen nicht in Widerspruch setzen zu dem, was man das *Ordnungsgefüge*, den *ordre public* einer konkreten Staats- und Rechtsordnung nennen kann. In einem Staatswesen, dessen

Grundgesetz, wie es in der Bundesrepublik der Fall ist, der öffentlichen Gewalt, insbes. auch den Gesetzgebern des Bundes und der Länder verbietet, die Menschenwürde anzutasten, Diskriminierungen der Rasse, der Religion, der Abstammung usw. vorzunehmen und die im Rahmen der allgemeinen Gesetze geübte Freiheit der religiösen, politischen oder sozialen Meinungsäußerung einzuschränken, sind Grundwertungen der Menschenwürde, der bürgerlichen Gleichheit und der geistigen Freiheit in dieses Ordnungsgefüge eingegangen, mit denen sich auch die Ordnung im Betrieb oder Verträge und Maßnahmen der Rechtsgenossen nicht in offenen, den *freiheitlich-demokratischen* Rechtsstaat missachtenden Widerstreit setzen dürfen. Solche Grundrechte berühren also nicht nur das Verhältnis des einzelnen Bürgers zum Staat, sondern auch das der Bürger dieses Staates als Rechtsgenossen untereinander. Auch das normative Bekenntnis des GG zum sozialen Rechtsstaat (Art. 20, 28 GG), das für die Auslegung des GG und anderer Gesetze von grundlegender Bedeutung ist (...) spricht für die unmittelbare privatrechtliche Wirkung der Grundrechtsbestimmungen, die für den Verkehr der Rechtsgenossen untereinander in einer freiheitlichen und sozialen Gemeinschaft unentbehrlich sind.“

#### dd) Einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des AG bzgl. Arbeitszeit als Verstoß gegen die allgemeine Handlungsfreiheit des AN

Legt man diese Maßstäbe der Beurteilung eines über vorformulierte Klauseln in den Arbeitsvertrag aufgenommenen einseitigen Leistungsbestimmungsrechts des AG zur Dauer der vom AN zu leistenden Arbeitszeit zugrunde, wird deutlich, dass hierin ein schwerwiegender Eingriff in den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 1 GG vorliegt. Dem AN wird gem. § 106 GewO nicht nur die Entscheidung genommen, wann er seine Arbeitsleistung zu erbringen hat – dies allein ist dem Grunde nach gerade hinnehmbar – sondern auch welchen Umfang der Arbeitszeit er zu erbringen hat. Der AG ist mit einer derartigen Klausel berechtigt, über die Lebenszeit des AN zu verfügen. Ein Fremd-Verfügungsrecht Privater über die individuelle Lebenszeit anderer besteht nach der Verfassung nicht. Ein derartiges einseitiges Leistungsbestimmungsrecht ist folglich mit der Verfassungsordnung prinzipiell nicht vereinbar.

Zugleich gewährleistet Art. 2 Abs. 1 GG die Privatautonomie als Selbstbestimmung des Einzelnen im Rechtsleben durch eigenbestimmte Vertragsgestaltung. Privatautonomie setzt nach der st. Rspr. des *BVerfG* zugleich voraus, dass die Bedingungen der Selbstbestimmung auch tatsächlich gegeben sind<sup>47</sup>. Ist dies nicht der Fall, so ist es Aufgabe des Rechts – des Gesetzgebers und der Gerichte –, auf die Wahrung der Grundrechtspositionen der beteiligten Parteien hinzuwirken, um zu verhindern, dass sich für einen Vertragsteil die Selbstbestimmung in eine Fremdbestimmung verkehrt<sup>48</sup>.

36 Starck, in: Mangoldt/Klein/Starck, GG I. Art. 2 Abs. 1 Rn 148.

37 Kempf, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, S. 24 f.

38 Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Handbuch des Staatsrechts von Isensee/Kirchhof, Band IV, § 152, Rn. 39.

39 Gamillscheg, Die Grundrechte im Arbeitsrecht, S. 18.

40 ErfK/Dieterich Art. 2 GG Rn. 33.

41 Dieterich RdA, 1995, 129 (131); Fastrich RdA 1997, 65 ff.

42 BGH 24.4.1994 – IX ZR 93/93; zustimmend Preis, DB, 1994, 261 ff.

43 BVerfG 6.2.2001 – 1 BvR 12/92.

44 BGH 1 6 2005 – IV ZR 100/02

45 Stein in AR-Blattei SD 830, Rn. 127.

46 BAG 3.12.1954 – 1 AZR 150/54.

47 BVerfG 26.7.2005 – 1 BvR 80/95.

48 BVerfG 26.7.2005, a.a.O.

Das Argument, dem AN obliege doch selbst die Entscheidung, ob er einen solchen Vertrag mit Fremdbestimmungsrechten des AG abschließt, ignoriert die gesellschaftlichen Umstände und Machtverhältnisse. Die im Arbeitsrecht bestehende objektive Vertragsdisparität angesichts der ungleichen wirtschaftlichen Machtverteilung zwischen den Arbeitsvertragsparteien verbietet es, den Kräften des Arbeitsmarktes „freies Spiel der Kräfte“ zu lassen. Diese objektive Vertragsdisparität wird durch die dramatische Situation auf dem Arbeitsmarkt noch zusätzlich verschärft. Da der AN auf den Arbeitsplatz existenziell – zur Sicherung seiner Lebensgrundlage und derjenigen seiner Familie – angewiesen ist, besteht für ihn damit ein faktischer Kontrahierungszwang<sup>49</sup>, der es nicht zulässt, vom AG vorgelegte und vorformulierte Vertragstexte nachzuverhandeln oder einzelne Klauseln abzulehnen. Der sozialstaatliche Gesetzgeber ist daher – wie auch das *BVerfG*<sup>50</sup> stets betont – gehalten, den AN zu ihrem eigenen Schutz die verfassungsmäßigen Grund- und Freiheitsrechte zu garantieren<sup>51</sup>. Diese Garantie muss selbstverständlich auch bei der Auslegung bzw. der Inhaltskontrolle von Klauseln in Arbeitsverträgen durch die staatlichen Gerichte Berücksichtigung finden. Schließlich sind die Gerichte an die Grundrechte nach Art. 1 Abs. 3 GG als unmittelbar geltendes Recht gebunden. Gleichwohl unterlässt es der 5. Senat, die verfassungsrechtlichen Schutzanforderungen aus Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen.

#### e) Verstoß gegen § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB

Aus den vorstehenden Ausführungen – den Verstößen wegen Umgehung des KSchG, den Verstößen gegen § 12 Abs. 1 Satz 2 TzBfG und gegen Art 2 Abs. 1 GG – ergibt sich bereits unmittelbar, dass Klauseln, die den AG zur einseitigen Leistungsbestimmung hinsichtlich der vom AN zu erbringenden Dauer der Arbeitszeit berechtigen, stets zugleich eine unangemessene Benachteiligung des AN i. S. v. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB darstellen. Dies hätte im besprochenen Fall bereits genügt, die Klausel ad acta zu legen. Stattdessen begibt sich der 5. Senat ohne juristische Not auf das schlüpfrige Terrain von „Treu und Glauben“.

Die Wortverbindung „Treu und Glauben“ soll nach allgemeinem Verständnis den in der Gesellschaft herrschenden soziaethischen Wertvorstellungen Eingang in das Recht verschaffen<sup>52</sup>. Gesellschaftliche Wertvorstellungen und ihre Gewichtung sind jedoch stets interessengebunden und unterliegen dem Wandel der Zeit wie dem des Zeitgeistes. Und diesem Zeitgeist erliegt der 5. Senat, wenn er im Rahmen der „Abwägung der berechtigten Interessen der Beteiligten“ in höchst kritik- und fragwürdiger Weise ausführt:

*„Der AG hat ein berechtigtes Interesse an einer gewissen Flexibilität der Arbeitsbedingungen. Die Erbringung von Arbeit in starren Arbeitszeitrastern ist heute kaum noch möglich. Kurzfristige Auftragsschwankungen erfordern flexible Arbeitszeitsysteme. (...) Bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsverhältnis muss der AG die Möglichkeit haben, auf unterschiedlichen Arbeitsfall rasch und angemessen reagieren zu können.“*

Eine empirische Begründung für diese Annahme wird vom 5. Senat nicht gegeben und existiert auch nicht. Insbesondere existiert kein sachlicher Nachweis, dass der AG mit dem vorhandenen rechtlichen Instrumentarium zur Arbeitszeitgestaltung nicht betriebswirtschaftlich angemessen operieren kann. Je nach Branche mag eine Interessenlage des AG bestehen, die Lage der Arbeitszeit mehr oder weniger flexibel zu gestalten. Hierfür mögen die Annahmen des 5. Senats eine Begründung liefern. Die Annahmen liefern jedenfalls keine hinreichende Begründung für die Notwendigkeit von Abrufarbeit bzw. ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des AG bzgl. der Dauer der Arbeitszeit.

Schließlich stehen dem AG bereits genügend zulässige Flexibilisierungsmittel zur Verfügung, um Arbeitsbedarf und verfügbare Arbeitskraft sinnvoll miteinander in Einklang zu bringen. So sind kurzfristige freiwillige Regelungen ebenso denkbar wie die ungleichmäßige Verteilung der Arbeitszeit, die Vereinbarungen von Arbeitszeitkonten, Überstunden, die Einstellung von Aushilfen etc., und nicht zuletzt haben auch die Tarifvertragsparteien gem. § 12 Abs. 3 TzBfG die Möglichkeit, Bandbreitenregelungen etc. zu vereinbaren. Es zeigt sich also, dass eine wirtschaftliche Notwendigkeit, die Flexibilisierung der Arbeitsbedingungen nicht nur auf die Lage der Arbeitszeit zu beziehen, sondern auch auf deren Dauer auszudehnen, nicht besteht, wenn der AG das bereits bestehende arbeitsrechtliche Instrumentarium beherrscht. Jede darüber hinausgehende Forderung ist nicht wirtschaftlichen Erfordernissen, sondern nur ideologisch dem Zeitgeist – dem neoliberalen Flexibilisierungsfetisch – geschuldet.

#### 5. Zusammenfassung und Ausblick

Die Entscheidung v. 7.12.2005 führt zu größter Rechts- und Planungsunsicherheit auf Seiten des AN. Die Besprechung der Entscheidung von *Bauer/Günther* in DB 06,950 ff. unter der Überschrift „*Heutelang, morgen kurz*“ und seine Vorstellung, nach dieser Entscheidung seien – so wörtlich – „sogar noch weitergehende Regelungen zur Arbeitszeitflexibilisierung bis zur Grenze des § 138 BGB denkbar“ – lässt ahnen, wohin die Reise für die AN gehen soll. Eine entscheidungsgetreue Umsetzung bietet dem AG ungeahnte – bisher nicht zur Verfügung stehende – Möglichkeiten der Gestaltung von Arbeitsverträgen. Denkbar sind demnach auch Bandbreitenregelungen, die einen Arbeitszeitkorridor festlegen. Bei einer regelmäßigen Wochenarbeitszeit von 30 Std. und der vereinbarten Arbeit auf Abruf in den vom 5. Senat festgelegten Grenzen soll sich – so *Umnuss* in der FAZ<sup>53</sup> – eine denkbare Spannweite von 24 bis 37,5 Wochenstunden ergeben<sup>54</sup> – bei entsprechender Anpassung der Vergütung. Daneben tritt wie bisher die Möglichkeit, Überstunden abzufordern.

Die Dauer der Arbeitszeit, d. h. höchstpersönliche Lebenszeit der AN, soll der Verfügungsgewalt der AG unterworfen und im Interesse der Kapitalverwertung abgerufen werden können. Eine mit den Vorgaben der Verfassung nicht zu vereinbarende Vorstellung, zu deren Realisierung die vorliegende Entscheidung die juristischen Schlei-sentore geöffnet hat. Die Protagonisten der neoliberalen Flexibilisierung und Deregulierung jubilieren.

*Bauer/Günther* sehen die Entscheidung als „ein deutliches Signal an die Arbeits- und Tarifvertragsparteien“. In der Tat: Sie ist ein Warnsignal für die AN und Gewerkschaften, sich auf derartige Regelungen in Individual- wie in Kollektivvereinbarungen nicht einzulassen. Es bleibt zudem nur die Hoffnung, dass die Rspr. die dogmatische und verfassungsrechtlich nicht haltbare sowie contra legem gefällte Entscheidung des 5. Senats v. 7.12.2005 schnellstmöglich korrigieren möge.

<sup>49</sup> *Murswiek*, in: Sachs, GG, Art. 2, Rn. 55a.

<sup>50</sup> *BVerfG* 26.7.2005, a.a. O.

<sup>51</sup> *BVerfG* 26.7.2005, a.a. O.; *Aussem*, Die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Arbeitsrecht, S. 104.

<sup>52</sup> *Palandt/Heinrichs* § 242 Rn. 3.

<sup>53</sup> FAZ v. 24.5.2006, S.23.

<sup>54</sup> Nach *Bauer/Günther* – s. Fri. 2 – soll demgegenüber nur eine maximale Sparbreite einer Bandbreitenregelung von insgesamt 25% ab der Mindestarbeitszeit zulässig sein.

[Zusammenfassung/Summary auf S. 376]