

Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht

63

Stephan Seiwert

Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht

Die Begrenzung individueller und kollektiver Vertragsfreiheit
durch dispositives und zwingendes Gesetzesrecht



Nomos

**Studien zum
deutschen und europäischen Arbeitsrecht**

Herausgegeben von

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

Band 63

Stephan Seiwert

Gestaltungsfreiheit in Tarifverträgen und tarifdispositives Gesetzesrecht

Die Begrenzung individueller und kollektiver Vertragsfreiheit
durch dispositives und zwingendes Gesetzesrecht



Nomos

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

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

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

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

1. Auflage 2017

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

Vorwort

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

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

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

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

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

Bergisch Gladbach, im Juli 2017

Stephan Seiwerth

Inhaltsverzeichnis

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

Abkürzungsverzeichnis

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

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

