

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 391

Schutz bei Nachtarbeit

**Erfüllung der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben
durch Zuschläge oder Arbeitszeitverkürzung?**

Von

Laurens Brandt



Duncker & Humblot · Berlin

LAURENS BRANDT

Schutz bei Nacharbeit

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 391

Schutz bei Nachtarbeit

Erfüllung der verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben
durch Zuschläge oder Arbeitszeitverkürzung?

Von

Laurens Brandt



Duncker & Humblot · Berlin

Gedruckt mit finanzieller Unterstützung der Hans-Böckler-Stiftung

Hans **Böckler**
Stiftung ■■■
Mitbestimmung · Forschung · Stipendien

Die Juristische Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
hat diese Arbeit im Jahre 2024 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2025 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimplar

Druck: Metasystems Publishing & Printservices GmbH, Wustermark

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-19501-5 (Print)

ISBN 978-3-428-59501-3 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Verlagsanschrift: Duncker & Humblot GmbH, Carl-Heinrich-Becker-Weg 9,
12165 Berlin, Germany | E-Mail: info@duncker-humblot.de

Internet: <https://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Dissertation wurde im Sommersemester 2024 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg angenommen. Das Manuskript wurde im Januar 2024 abgeschlossen, die mündliche Verteidigung fand am 27. August 2024 statt. Rechtsprechung und Literatur sind noch bis Oktober 2024 eingearbeitet. Die im Februar 2025 veröffentlichte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (11. 12. 2024 – 1 BvR 1109/21) konnte nicht mehr berücksichtigt werden.

Zum Abschluss meiner Dissertation möchte ich die Gelegenheit nutzen, all denen zu danken, die mich auf diesem Weg unterstützt und begleitet haben.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Prof. Dr. Daniel Ulber, der mich auf die Problematik der Nacharbeit aufmerksam machte – ein Thema, das mich über die gesamte Zeit der Bearbeitung faszinierte. Ich danke ihm für die vielen Diskussionen und seine wertvollen Hinweise, seine stets wertschätzende Art und auch für seinen Humor. All dies hat mich motiviert, mein Projekt mit Begeisterung zu verfolgen und das Ziel nicht aus den Augen zu verlieren.

Ebenso danke ich meinem Zweitgutachter, Prof. Dr. Wolfhard Kohte, für seine konstruktive Kritik und seine kenntnisreichen Anmerkungen, die ich gerne aufgenommen habe.

Ein herzlicher Dank gilt allen Teilnehmerinnen und Teilnehmern unseres Kolloquiums, deren Rückmeldungen mir neue Perspektiven eröffnet und im Schreibprozess geholfen haben: Lisa Behr, Clemens Dahlke, Jonas Deyda, Sophie Dohmen, Aidan Harker, Dr. Kyra Klocke, Michael Spaeth, Jaqueline Stein, Lucas Wißmeyer und Julia Zenetti.

Darüber hinaus war der Austausch mit Expertinnen und Experten aus anderen Disziplinen und der gewerkschaftlichen Praxis äußerst bereichernd und hat meinen Blick auf das Thema erweitert. Dafür danke ich Rudolf Buschmann, Dr. Wolfgang Hien, Dr. Anna Horstmann, Stefan Soost sowie Prof. Dr. Hannes Zacher, Dr. Martin Zeschke und dem arbeitspsychologischen Kolloquium der Universität Leipzig.

Der Hans-Böckler-Stiftung danke ich für die großzügige Unterstützung mit einem Stipendium, welches die Erstellung der Arbeit erst ermöglicht hat. Prof. Dr. Olaf Deinert danke ich für die immer unterstützende und hilfreiche Begleitung als Vertrauensdozent der Stiftung. Die Drucklegung wurde durch einen Zuschuss der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung ermöglicht, für den ich mich ebenfalls bedanken möchte.

Nicht zuletzt danke ich Prof. Dr. Burkhard Boemke und meinen Kolleginnen und Kollegen an seinem Lehrstuhl für die gute Zusammenarbeit und das inspirierende Umfeld. Stellvertretend möchte ich mich bei Clara-Maria Buchstaller, Thilo Haase und Oskar Stoll bedanken für die Gespräche über das Thema ebenso wie für die Zerstreuung während der Pausen.

Danken möchte ich zudem noch Clarissa Ahmed, Pascal Annerfelt, Johannes Höller, Tom Lueken und Dr. Theresa Tschenker für den wertvollen Austausch. Ihre Perspektiven waren für meine Dissertation von großer Bedeutung.

Einen besonderen Dank widme ich meinen Eltern Cornelia und David, meinem Bruder Nils sowie Leonie und unserer kleinen Lotte für eure immerwährende Unterstützung und Liebe.

Leipzig, im März 2025

Laurens Brandt

Inhaltsübersicht

1. Kapitel

Einleitung 25

A. Problemstellung und These	27
B. Gang der Untersuchung	34
C. Hinweis zur Sprache	36

2. Kapitel

Geschichtliche Entwicklung der Nachtarbeit und des Nachtarbeitsrechts 37

A. Vor der deutschen Einigung	38
B. Kaiserreich	46
C. Weimarer Republik	59
D. Nationalsozialismus	62
E. Geteiltes Deutschland	64
F. Wiedervereinigtes Deutschland	73
G. Resümee und Folgerungen	85

3. Kapitel

Geltende Gesetzeslage zur Nachtarbeit 89

A. Arbeitsschutzrecht	90
B. Kollektives Arbeitsrecht	124
C. Steuer- und Abgabenrecht	131
D. Sozialrecht	137
E. Resümee und Folgerungen	140

4. Kapitel

Verfassungswidrigkeit des gesetzlichen Schutzkonzepts 144

A. Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte	145
B. Grundrechtliche Schutzpflichten und Privatrecht	150
C. Das Untermaßverbot als Prüfmaßstab	176

D. Von Nachtarbeit betroffene Grundrechte und ihre Abwägung	188
E. Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Mittel	260
F. Verfassungskonforme Neuregelung und Auslegung	274
G. Resümee	295

5. Kapitel

Unionsrechtswidrigkeit des § 6 Abs. 5 ArbZG	297
A. Begrenzung der Untersuchung auf Art. 12 a) ArbZ-RL	298
B. Auslegung des Art. 12 a) ArbZ-RL im Hinblick auf Umsetzungsmaßnahmen	303
C. Keine Erfüllung der Vorgaben durch § 6 Abs. 5 ArbZG	337
D. Gerichtliche Korrektur der unionsrechtswidrigen Rechtslage	347
E. Resümee	354

6. Kapitel

Grenzen tariflicher Abweichungsmöglichkeiten von § 6 Abs. 5 ArbZG	355
A. Rechtsprechung und Literatur zum Tarifvorbehalt des § 6 Abs. 5 Hs. 1 ArbZG	357
B. Eigener Ansatz zur Auslegung des § 6 Abs. 5 Hs. 1 ArbZG	372
C. Resümee	385

7. Kapitel

Ergebnisse und Ausblick	387
A. Verfassungswidrigkeit des Schutzkonzepts in § 6 ArbZG	388
B. Unionsrechtswidrige Umsetzung von Art. 12 a) ArbZ-RL in § 6 Abs. 5 ArbZG	392
C. Kein Abwälzen der staatlichen Verpflichtungen auf die Tarifparteien	393
D. Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung des § 6 Abs. 5 ArbZG	395
E. Ausblick auf eine gesetzliche Neuregelung	396
F. Fazit	398
Literaturverzeichnis	400
Stichwortverzeichnis	431

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung	25
A. Problemstellung und These	27
I. Nachtarbeit: Kein aktuelles Thema?	27
II. Gesundheitliche und soziale Folgen der Nachtarbeit	29
III. Die Vorgaben des Verfassungs- und Unionsrechts für den Schutz bei Nachtarbeit	30
IV. Erfüllung dieser Vorgaben durch § 6 ArbZG?	31
1. Die besondere Bedeutung des § 6 Abs. 5 ArbZG	32
2. Inhalt und praktische Anwendung des § 6 Abs. 5 ArbZG	32
3. Zuschläge als Mittel des Arbeitsschutzes?	33
V. These und zentrale Fragen	34
B. Gang der Untersuchung	34
C. Hinweis zur Sprache	36

2. Kapitel

Geschichtliche Entwicklung der Nachtarbeit und des Nachtarbeitsrechts	37
A. Vor der deutschen Einigung	38
I. Nachtarbeit als Ausnahme in vorindustrieller Zeit	39
II. Zunahme der Nachtarbeit durch die industrielle Revolution	40
1. Verschlechterung der Arbeits- und Lebensverhältnisse	40
a) Umwälzung der gesellschaftlichen Verhältnisse	41
b) Zunahme der Nachtarbeit	42
2. Erste gesetzliche Regelung der Nachtarbeit: Das Preußische Regulativ 1839	43
a) Entstehungsgeschichte	43
b) Nachtarbeitsverbot für Jugendliche	44
c) Mangelnde Durchsetzung	45
B. Kaiserreich	46
I. Erkämpfte Arbeitszeitverkürzung und Ausbreitung der Nachtschichtarbeit	46
1. Etablierung dauerhafter Arbeiterorganisationen und der sozialen Frage	46
2. Zusammenhang von Arbeitszeitverkürzung und Zunahme von Schichtsystemen	47

II.	Das Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen	48
1.	Ungenutzte Ermächtigung des Bundesrats 1878	48
2.	Verbot der Nachtarbeit für Arbeiterinnen 1891	49
a)	Bedeutungsgewinn der (internationalen) Arbeiterbewegung	50
b)	Sichtweise der bürgerlichen Parteien auf die Frauennachtarbeit	50
c)	Sichtweise der Sozialdemokratie auf die Frauennachtarbeit	51
d)	Sichtweise der Frauenbewegung auf die Frauennachtarbeit	52
e)	Der Beschluss des Nachtarbeitsverbots	52
3.	Internationales Nachtarbeitsverbot für Arbeiterinnen 1906/1919	53
a)	Vorgeschichte und Motive für die internationale Regelung	53
b)	Internationale Arbeiterschutzkonferenz und Einrichtung des Internationalen Arbeitsamtes	54
c)	Beschluss und Ratifizierung des internationalen Arbeiterinnennachtarbeitsverbots	54
d)	Feministische Kritik	55
e)	Fortschreibung des Verbots auf Ebene der ILO	56
4.	Zwischenergebnis: Frauenspezifisches Nachtarbeitsverbot zum Familienschutz	57
III.	Weitere Entwicklung im Kaiserreich	57
1.	Zunahme der Nachtarbeit über die Industrie hinaus	57
2.	Gesetzgeberischer Stillstand und gewerkschaftliche Thematisierung	58
3.	Aussetzung der Nachtarbeitsverbote während des Ersten Weltkriegs	58
C.	Weimarer Republik	59
I.	Gesetzliche Einführung des Achtstundentages	60
II.	Der Kampf um den Achtstundentag als zentraler Konflikt	60
III.	Gesetzlicher Mehrarbeitszuschlag im Arbeitszeitnotgesetz 1927	61
D.	Nationalsozialismus	62
I.	Entwicklung bis zum Kriegsbeginn	62
II.	Kriegswirtschaft, Nachtarbeit und Verteidigung der Zuschläge	63
E.	Geteiltes Deutschland	64
I.	Bundesrepublik Deutschland	64
1.	Beibehaltung des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen	65
a)	Wachsende Kritik am frauenspezifischen Nachtarbeitsverbot	65
b)	Erfolgreiche Gesetzesinitiativen zur Neuregelung des Arbeitszeitrechts	66
2.	Tarifliche Regulierung zwischen Abgeltung und Schutz	67
a)	Tarifpolitik in den Anfangsjahren der Bundesrepublik: „Zudecken“ mit Zulagen	67
b)	Tarifpolitik zur „Humanisierung der Arbeit“: Eindämmung der und Schutz bei Nachtarbeit	68
c)	Tarifpolitik in den 1980er Jahren: Scheitern qualitativer Ansätze	70

II.	Deutsche Demokratische Republik	71
	1. Nachtarbeit in der Industriegesellschaft DDR	71
	2. Abschaffung des Nachtarbeitsverbots für Frauen	71
	3. Geschlechtsneutrale Vergünstigungen für Nachtarbeitnehmer	72
F.	Wiedervereinigtes Deutschland	73
I.	Erlass des Arbeitszeitgesetzes 1994	73
	1. Reformdruck durch die europäische Rechtsentwicklung	73
	a) Urteil des EuGH zum französischen Frauennachtarbeitsverbot	73
	b) Verabschiedung der sog. Arbeitszeitrichtlinie	74
	2. Reformdruck durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts	75
	a) Doppelte Gleichheitswidrigkeit des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen	76
	b) Verpflichtung zur Schaffung eines geschlechtsneutralen Schutzsystems	77
	3. Reformdruck durch gesplante Rechtslage in Ost- und Westdeutschland	78
	4. Politischer und ökonomischer Kontext der Neuregelung	78
	5. Gesetzgebungsprozess	79
II.	Entwicklungen seit 1994	80
	1. Abschaffung branchenspezifischer Nachtarbeitsverbote	80
	2. Depolitisierung der Nachtarbeit	81
	3. Weitere Zunahme der Nachtarbeit seit Erlass des ArbZG	82
	4. Gründe für die Zunahme der Nachtarbeit	82
	5. Unveränderter Gender-Gap	83
	6. Neue Ansätze qualitativer Tarifregelungen	84
G.	Resümee und Folgerungen	85
I.	Entkoppelung der Nachtarbeit von der Industriearbeit	86
II.	Keine gesetzliche Tradition eines Schutzes bei Nachtarbeit	86
III.	Zuschläge als dominierende tarifliche Regelungsform	87
IV.	Kontinuität der öffentlich-rechtlichen Regelung	87
V.	Problem für Familien- und Sorgearbeit sowie Gleichstellungshemmnis	88

3. Kapitel

Geltende Gesetzeslage zur Nachtarbeit

A.	Arbeitsschutzrecht	90
I.	Grundlagen	91
	1. Öffentliches Gefahrenabwehrrecht	91
	2. „Doppelwirkung“ als privates Arbeitsschutzrecht	91
	a) Dogmatische Konstruktion und Reichweite	92
	b) Rechtsfolgen bei Verletzung des § 618 Abs. 1 BGB	93
	c) Praktische Bedeutung	93
	3. Verhältnis von ArbSchG und ArbZG	94

4. Persönlicher Anwendungsbereich	94
II. Arbeitszeitgesetz	95
1. Festlegung der Arbeitszeit (§ 6 Abs. 1 ArbZG)	95
a) Zweck	95
b) Rechtsfolgen bei Verletzung	96
c) Unbestimmtheit der Norm	97
d) Fehlende Rechtsprechung	99
e) Anwendung in der Praxis	100
f) Zwischenergebnis: Missglückte und ineffektive Norm	101
2. Begrenzung der täglichen Höchstarbeitszeit (§ 6 Abs. 2 ArbZG)	101
a) Zweck	101
b) Rechtsfolgen bei Verletzung und Tarifdispositivität	102
c) Eingeschränkte Schutzwirkung	102
d) Zwischenergebnis: Bei 5-Tage-Woche keine besondere Schutzwirkung	102
3. Gesundheitsuntersuchung (§ 6 Abs. 3 ArbZG)	102
a) Zweck	103
b) Rechtsfolgen	103
c) Anwendung in der Praxis	104
d) Zwischenergebnis: Abhängig vom einzelnen Nachtarbeiter	104
4. Umsetzung auf einen Tagarbeitsplatz (§ 6 Abs. 4 S. 1 ArbZG)	105
a) Zweck	105
b) Ausübung und Voraussetzungen	105
aa) Gesundheitsgefahr durch Nachtarbeit	106
bb) Gesundheitsgefahr durch Doppelbelastung	106
c) Rechtsfolgen	107
aa) Ablehnungsrecht des Arbeitgebers	107
bb) Personenbedingtes Kündigungsrecht bei berechtigter Ablehnung	108
d) Zwischenergebnis: Gefahr der Kommerzialisierung der Gesundheit	108
5. Zusätzliche, bezahlte freie Tage oder Zuschlag (§ 6 Abs. 5 ArbZG)	109
a) Zweck	110
b) Verhältnis der beiden Alternativen	111
c) Angemessenheit der Zuschlagshöhe	112
aa) Rechtsprechung zur Zuschlagshöhe: Rahmen und feste Richtwerte	112
bb) Rechtsprechung zu abgesenktem Zuschlag bei Zweckverfehlung	114
cc) Beurteilung in der Literatur	116
d) Tarifvorbehalt	117
e) Anwendung in der Praxis	118
f) Zwischenergebnis: Kommerzialisierung durch Zuschläge	119

6. Gleichbehandlung bei Weiterbildung und Aufstiegsförderung (§ 6 Abs. 6 ArbZG)	119
a) Zweck	119
b) Zwischenergebnis: Kein besonderer Schutz	120
7. Zwischenergebnis: Ineffektiver Schutz mit § 6 Abs. 5 ArbZG als Zentralnorm	120
III. Arbeitsschutzgesetz	121
1. Regelungstechnik des ArbSchG	121
2. Nachtarbeit als Gefährdungsfaktor im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung	122
a) Zweck der Gefährdungsbeurteilung	122
b) Nachtarbeit als gefährdende Arbeitszeitgestaltung	122
c) Nachtarbeit als psychische Belastung	122
3. Anwendung in der Praxis	123
4. Zwischenergebnis: § 5 ArbSchG als Verfahrensnorm mit begrenzter Wirkung	123
B. Kollektives Arbeitsrecht	124
I. Tariffrecht	124
1. Mögliche tarifliche Regelungen zu Entgelt und Belastungsschutz	124
2. Tarifliche Verschlechterung von gesetzlichen Regelungen in § 6 ArbZG	125
3. Zwischenergebnis: Ambivalente Wirkung für Gesundheits- und Sozialschutz	126
II. Betriebsverfassungsgesetz	126
1. Einführung und Ausgestaltung von Nachtarbeit	127
2. Arbeitsmedizinische Untersuchung	128
3. Umsetzung auf einen Tagarbeitsplatz	128
4. Ausgleichsleistung	129
5. Gleichberechtigte Teilhabe	129
6. Gefährdungsbeurteilung und erforderliche Arbeitsschutzmaßnahmen	130
7. Zwischenergebnis: Gesetzliche Effektivierungsmöglichkeiten	130
C. Steuer- und Abgabenrecht	131
I. Einkommenssteuergesetz	131
1. Rechtslage: Steuerfreiheit von Nachtarbeitszuschlägen	131
2. Zweck der Steuerfreiheit	132
3. Auswirkungen der Steuerfreiheit	132
a) Für die betroffenen Arbeitnehmer: Anreiz zur Nachtarbeit	132
b) Für die betroffenen Arbeitgeber: Verbilligung der Nachtarbeit	133
c) Begünstigung der Zuschlags- gegenüber der Freizeitgewährung	134
4. Beurteilung in der steuerrechtlichen Literatur	135
5. Zwischenergebnis: Verfehlte Begünstigung von Nachtarbeit und Zuschlägen	135
II. Sozialversicherungsentgeltverordnung	135
1. Beitragsfreiheit von Nachtarbeitszuschlägen	136
a) Auswirkungen auf Arbeitgeber: Verbilligung der Nachtarbeit	136

b) Auswirkungen auf die Arbeitnehmer: Kurzfristige Vergünstigung, langfristige Nachteile	136
c) Auswirkungen auf die Sozialversicherung: Geringere Einnahmen trotz höherer Kosten	137
2. Zwischenergebnis: Verfehlte Begünstigung zu Lasten der Allgemeinheit	137
D. Sozialrecht	137
I. Prävention durch die Sozialversicherungsträger	137
1. Prävention durch die Krankenkassen	138
2. Prävention durch die Rentenversicherungsträger	138
3. Prävention durch die Unfallversicherungsträger	138
II. Rehabilitation durch die gesetzliche Kranken- und Rentenversicherung	139
III. Rehabilitation und Entschädigung durch die gesetzliche Unfallversicherung	139
1. Arbeitsunfälle	139
2. Berufskrankheiten	139
IV. Ergebnis	140
E. Resümee und Folgerungen	140
I. Geringer Gesundheitsschutz	141
1. Geringe präventive Schutzwirkung der gesetzlichen Normen	141
2. Probleme des kollektiven Schutzes	142
3. Rehabilitation, aber keine Entschädigung	142
II. Geringer Sozialschutz	142
III. Kein kohärentes Schutzkonzept	142

4. Kapitel

Verfassungswidrigkeit des gesetzlichen Schutzkonzepts	144
A. Anwendbarkeit der nationalen Grundrechte	145
I. Geltung der deutschen Grundrechte im Anwendungsbereich des Unionsrechts	146
II. Determination durch Unionsrecht bei der Nachtarbeit	147
III. Ergänzende Anwendbarkeit der Charta-Grundrechte	148
IV. Ergebnis	150
B. Grundrechtliche Schutzpflichten und Privatrecht	150
I. Schutzpflicht oder Abwehrrecht	151
1. Die grundrechtliche Problematik der Dreieckskonstellation	152
2. Herrschende Meinung: Die Schutzpflicht als weitere Grundrechtsdimension	154
a) Objektiver Gehalt der Grundrechte	154
aa) Dogmatische Begründung	154
bb) Kritik	156
b) Ableitung aus der Menschenwürde	156
aa) Dogmatische Begründung	156

bb) Kritik	157
c) Gesellschaftsvertragstheoretischer Ansatz	157
aa) Dogmatische Begründung	158
bb) Kritik	158
3. Andere Ansicht: Die abwehrrechtliche Lösung	159
a) Zurechnung erlaubten Verhaltens zum Staat als dessen Eingriff	160
b) Auferlegung der Duldungspflicht als staatlicher Eingriff	160
c) Kritik	161
4. Eigene Wertung	162
a) Entscheidung für die Schutzpflichtenlösung	162
b) Aufnahme von Kritikpunkten der abwehrrechtlichen Lösung	163
5. Anwendung auf die Problematik der Nachtarbeit	163
II. Schutzpflichten im Privatrecht	164
1. Erste Ansicht: Formale Vertragsfreiheit	165
a) Historische Grundlagen	166
b) Dogmatische Begründung	166
c) Historisch-empirische Entwicklung	166
2. Zweite Ansicht: Sozialstaatliche Sichtweise	167
3. Dritte Ansicht: Materielle Vertragsfreiheit	168
a) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	168
b) Beurteilung in der Literatur	169
c) Aufnahme in die Gesetzgebung	170
4. Eigene Wertung	170
a) Kritik des formellen Verständnisses der Vertragsfreiheit	170
b) Kritik der sozialstaatlichen Sichtweise	171
c) Zustimmung zum materiellen Verständnis der Vertragsfreiheit	172
d) Schutz der Vertragsfreiheit durch deren allgemeine Beschränkung	172
e) Bedeutung des Sozialstaatsgebots in Bezug auf die Vertragsfreiheit	173
5. Anwendung auf die Problematik der Nachtarbeit	173
III. Ergebnis	175
C. Das Untermaßverbot als Prüfmaßstab	176
I. Tatbestand: Schutzpflichtauslösende Situation	176
II. Rechtsfolge: Staatliche Handlungspflicht	177
1. Legislative als primäre Adressatin der Schutzpflicht	177
2. Spielraum des Gesetzgebers und verfassungsrechtliche „Leitplanken“	178
III. Inhalt und Kontrolle des Untermaßverbots	180
1. Herrschende Meinung: Eingeschränkte Kontrolle des Gesetzgebers	180
a) Solitärer Maßstab in der zweiten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch	181
b) Allgemeiner Maßstab bei der Kontrolle der Schutzpflichtenerfüllung	181

2. Andere Ansicht: Strenge Kontrolle des Gesetzgebers	183
3. Eigene Ansicht	184
a) Schutzzielbestimmung durch begrenzte Abwägung der Grundrechte	185
b) Auswahl der Mittel durch den Gesetzgeber	186
c) Einschätzungsspielraum und Beobachtungspflicht des Gesetzgebers	186
d) Rechtsfolge eines ungenügenden Schutzes	187
IV. Ergebnis	188
D. Von Nachtarbeit betroffene Grundrechte und ihre Abwägung	188
I. Vorbemerkungen zur Schicht- und Nachtarbeitsforschung	189
1. Healthy worker-Effekt	189
2. Abgrenzung zwischen Schicht- und Nachtarbeitsforschung	190
3. Forschungsstand zu sozialen Folgen	191
II. Grundrechte des Nachtarbeitnehmers I: Gesundheit	191
1. Leben und körperliche Unversehrtheit	192
a) Rechtlicher Rang der Grundrechte	192
b) Schutzbereich und Schutzpflichtenseite des Grundrechts auf Leben	193
c) Schutzbereich und Schutzpflichtenseite des Grundrechts auf körperliche Unversehrtheit	193
2. Forschungsstand und rechtliche Würdigung im Nachtarbeitsurteil 1992	195
a) Berücksichtigung arbeitswissenschaftlicher und -medizinischer Erkennt- nisse	195
b) Rechtliche Würdigung	196
3. Neue Erkenntnisse zur Chronobiologie des Menschen	197
4. Neue Erkenntnisse zu Gefahren für die körperliche Unversehrtheit	198
a) Schlafstörungen	198
b) Immundefunktion und Hormonausschüttung	199
c) Magen-Darm-Erkrankungen und Stoffwechselstörungen	200
d) Unfallrisiko	201
e) Psychische Erkrankungen	201
f) Kognitive Beeinträchtigungen	203
g) Menstruations- und Schwangerschaftsbeschwerden	204
h) Mehrfachbelastung mit Gefahrstoffen	204
5. Neue Erkenntnisse zu Gefahren für das Leben	204
a) Herzinfarkttrisiko	205
b) Krebsrisiken	205
6. Rechtliche Würdigung des aktuellen Kenntnisstandes	207
a) Körperliche Unversehrtheit	207
b) Leben	208
c) Zwischenergebnis	208

III.	Grundrechte des Nachtarbeitnehmers II: Sozialleben sowie Erwerbsarbeit	208
1.	Übertragbarkeit der Rechtsprechung zu gemeinsamen arbeitsfreien Zeiten	209
a)	Vergleichbarkeit mit der Nachtarbeit	209
b)	Schutzpflichtenkonstellation	210
c)	Zwischenergebnis: Staat schuldet Minimalschutz vor sozialen Belastungen	210
2.	Ehe und Familie	211
a)	Schutzbereich der Ehe	211
b)	Schutzbereich der Familie	212
c)	Schutzpflichtenseite und Schutzniveau	213
d)	Schutzbereich und -pflicht des „Elternrechts“	214
e)	Tatsächliche Beeinträchtigungen des Ehe- und Familienlebens und der Kindererziehung	214
aa)	Beeinträchtigung der freien Rollenwahl	215
bb)	Beeinträchtigung des Zusammenlebens in Ehe und Familie	216
cc)	Erhöhte Trennungs- und Scheidungsrate	217
dd)	Unerfüllter Kinderwunsch	219
f)	Rechtliche Würdigung	219
3.	Demokratische Partizipation und gesellschaftliche Teilhabe	220
a)	Tatsächliche Beeinträchtigung	220
b)	Rechtliche Würdigung	221
4.	Freizeit	222
a)	Grundrechtliche Fundierung der Freizeit	222
aa)	Freizeitschutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht	222
bb)	Völkerrechtsfreundliche Auslegung des Grundgesetzes	223
cc)	Eigene Position: Auch „bloße“ Freizeit grundrechtlich geschützt	224
b)	Tatsächliche Betroffenheit der Freizeit	225
5.	Einschränkungen bei Berufswahl und Weiterbildung	225
IV.	Grundrechte des Nachtarbeitnehmers III: Gesamtbelastung und Grundrecht auf gesunde Arbeit	226
1.	Gesamtbelastung durch multiple Beeinträchtigung	226
2.	Verschränkung im Normumfeld zu einem Grundrecht auf gesunde Arbeit	227
a)	Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts in ähnlichen Fällen	228
b)	Prägung eines Grundrechts auf gesunde Arbeit?	228
c)	Unionsrechtliche Vorgaben	229
d)	Zwischenergebnis: Grundrecht auf gesunde Arbeit geboten	230
V.	Grundrechte des Arbeitgebers	230
1.	Berufsfreiheit	231
a)	Sachlicher Schutzbereich und Schutzintensität	231
b)	Persönlicher Schutzbereich und Schutzintensität	233

c) Tatsächliche Betroffenheit durch staatliche Regulierung der Nachtarbeit	234
aa) Wirtschaftlich sinnvolle Nachtarbeit	234
(1) Mögliche ökonomische Vorteile von Nachtarbeit	234
(2) Mögliche ökonomische Nachteile	236
(3) Folgen für die betriebswirtschaftliche Kalkulation	237
bb) Technisch notwendige Nachtarbeit	237
cc) Gesellschaftlich notwendige Nachtarbeit	238
d) Rechtliche Würdigung	238
aa) Grundsätzlich Regelung der Berufsausübung	239
bb) Abweichende Wertung bei technologisch notwendiger Nachtarbeit?	239
cc) Abweichende Wertung bei gesellschaftlich notwendiger Nachtarbeit?	240
dd) Einfluss der typisierten Unternehmensgröße	241
2. Eigentumsfreiheit	241
3. „Unternehmerfreiheit“	242
VI. Interessen der Allgemeinheit	243
1. Funktionsfähigkeit der Sozialversicherungssysteme	243
a) Gesetzgeberische Begründung zum Mindestlohngesetz	243
b) Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	244
c) Anwendung auf das Arbeitszeitrecht und die Nachtarbeit im Besonderen	244
aa) Arbeitszeitrecht	244
bb) Nachtarbeit	245
2. Tatsächliche Gleichstellung von Männern und Frauen	245
a) Gleichstellungsgebot aus Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG	245
b) Nachtarbeit als Gleichstellungshindernis	246
aa) Gleichrangigkeit von Zuschlag und Freizeitausgleich widerspricht Vereinbarkeit	246
bb) Fester Zuschlagssatz bei bestehendem Gender-Pay-Gap als faktische Ungleichbehandlung	247
3. Interesse an Versorgungssicherheit	247
4. Sicherheit Dritter	247
VII. Begrenzte Abwägung der unterschiedlichen Rechte	248
1. Gewichtung der grundrechtlichen Position des Nachtarbeitnehmers	249
a) Leben und körperliche Unversehrtheit	249
b) Ehe und Familie	251
c) Demokratische Partizipation und gesellschaftliche Teilhabe	252
d) Freizeit	252
e) Berufswahl und Weiterbildung	253
f) Die einzelnen Beeinträchtigungen übersteigende Gesamtbelastung	253
2. Gewichtung der grundrechtlichen Position des Arbeitgebers	253
a) Berufsausübungsregelung	254

b) Wirtschaftliche Effekte von Nachtarbeit in der Praxis	254
c) Keine Veränderung seit der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts	255
3. Gewichtung der Interessen der Allgemeinheit	255
4. Begrenzte Abwägung der Grundrechts- und Verfassungspositionen	256
a) Neue Erkenntnisse über weitere gesundheitliche Gefahren	256
b) Notwendige Einbeziehung aller Grundrechtspositionen des Nachtarbeitnehmers	256
c) Einbeziehung der daraus resultierenden Gesamtbelastung	257
d) Keine veränderten Erkenntnisse bei den Grundrechtspositionen des Arbeitgebers	257
e) Ergebnis für die Gegenüberstellung der Grundrechtspositionen	258
5. Schlussfolgerungen für die Ermittlung des Mindestschutzniveaus	258
a) Verpflichtung zum präventiven Mindestschutz	258
b) Keine Kommerzialisierung von Gesundheit und Sozialleben ohne gesetzliche Eingrenzung	259
c) Beschränkung der Nachtarbeit auf ein erträgliches Maß	259
VIII. Ergebnis	260
E. Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Mittel	260
I. Monetärer Zuschlag gem. § 6 Abs. 5 Alt. 2 ArbZG	262
1. Gemeinwohlbedingt erforderliche Nachtarbeit	262
a) Widersprüchliche Argumentation des BAG	262
b) Reaktionen der Rechtsprechung auf die Kritik	263
c) Verfassungsrechtliche Beurteilung: Kein effektiver Schutz	264
2. Sonstige Nachtarbeit	264
a) Schutzpflicht zugunsten des einzelnen Nachtarbeitnehmers	265
b) Unterordnung unter die wirtschaftlichen Erwägungen des Arbeitgebers	266
c) Vergütungsregelung als Fremdkörper im Gefahrenabwehrrecht	268
d) Inkohärenz des Regelungssystems	269
e) Zu geringe Zuschlagshöhe und verfehlte Orientierung an Tarifverträgen	270
f) Verfassungsrechtliche Beurteilung: Kein effektiver Schutz	272
II. Gewährung bezahlter freier Tage gem. § 6 Abs. 5 Alt. 1 ArbZG	272
III. Arbeitszeitgestaltung gem. § 6 Abs. 1 ArbZG	273
IV. Ergebnis	274
F. Verfassungskonforme Neuregelung und Auslegung	274
I. Neuregelung durch die Legislative	275
1. Gesetzgeber als primärer Adressat der Schutzpflicht	275
2. Vorteile einer bestimmten und klaren gesetzlichen Neuregelung	276
3. Exekutive und Judikative als sekundäre Adressaten der Schutzpflicht	276
4. Recht und Pflicht des Gesetzgebers zur schutzpflichtkonformen Neuregelung	277

II.	Verfassungskonforme Auslegung durch die Judikative	277
1.	Methode und Grenzen der verfassungskonformen Auslegung	278
2.	Keine Bindung der Auslegung an die Gesetzeszwecke des § 1 ArbZG	279
a)	Die Berücksichtigung des Sozialschutzes ablehnende Ansicht	279
b)	Die Berücksichtigung des Sozialschutzes bejahende Ansicht	280
c)	Eigene Stellungnahme	281
aa)	Wortlaut des § 1 ArbZG	281
bb)	§ 1 ArbZG bloße Auslegungshilfe	282
3.	Verfassungskonforme Auslegung des § 6 Abs. 5 ArbZG	283
a)	Vorrang der Gewährung bezahlter freier Tage	283
aa)	Wortlaut der Norm	283
bb)	Kein Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers	284
cc)	Ergebnis und Folgen	285
b)	Zeitlicher Horizont des Freizeitausgleichs	285
c)	Tatsächliche Verringerung der Arbeitszeit	286
d)	Umfang der zusätzlichen freien Tage	287
4.	Verfassungskonforme Auslegung des § 6 Abs. 1 ArbZG	288
a)	Unzulässigkeit der Anordnung von Dauernachtarbeit	289
aa)	Auslegung der Begriffe „arbeitswissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über die menschengerechte Gestaltung der Arbeit“	289
bb)	Anwendung auf die Anordnung von Dauernachtarbeit	290
cc)	Gesetzlicher Schutzbedarf auch bei „freiwilliger“ Dauernachtarbeit	290
dd)	Ergebnis für Dauernachtarbeiter in Vollzeit	291
b)	Vorgaben für die Schichtplangestaltung	291
III.	Verfassungsprozessuale Möglichkeiten und Entscheidung des BVerfG	292
1.	Richtervorlage gem. Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG bei Schutzpflichtverletzung	292
2.	Verfassungsbeschwerde bei Schutzpflichtverletzung	293
3.	Entscheidung des BVerfG	294
IV.	Ergebnis	294
G.	Resümee	295

5. Kapitel

Unionsrechtswidrigkeit des § 6 Abs. 5 ArbZG 297

A.	Begrenzung der Untersuchung auf Art. 12 a) ArbZ-RL	298
I.	§ 6 Abs. 5 ArbZG als Umsetzungsnorm des Art. 12 a) ArbZ-RL	299
1.	Keine Erfüllung des Art. 12 a) ArbZ-RL ohne § 6 Abs. 5 ArbZG	300
2.	Die Umsetzung von Art. 12 a) ArbZ-RL in nationales Recht	301
a)	Meinungsspektrum zur Umsetzung	301
b)	Eigene Stellungnahme	302

II.	Ergebnis	303
B.	Auslegung des Art. 12 a) ArbZ-RL im Hinblick auf Umsetzungsmaßnahmen	303
I.	Gesicherte Grundlagen zu Art. 12 a) ArbZ-RL	304
II.	Rechtsprechung des EuGH zu Umsetzungsmaßnahmen	304
1.	Rechtssache Glavna direktsia I	305
2.	Rechtssache Coca-Cola European Partners	305
3.	Zwischenergebnis: Widersprüchliche Rechtsprechung	306
III.	Literaturauffassungen zu Umsetzungsmaßnahmen	307
IV.	Methodische Auslegung des Art. 12 a) ArbZ-RL	308
1.	Wortlaut	308
2.	Historie	309
3.	Systematik	310
a)	Verhältnis zum Schutz der Tagarbeitsnehmer	311
b)	Verhältnis zum Urlaubsanspruch gem. Art. 7 ArbZ-RL	311
c)	Verhältnis zur ArbSch-RRL und den dazu erlassenen Einzel-RL	312
aa)	Folgerungen aus den allgemeinen Pflichten der ArbSch-RRL	312
bb)	Folgerungen aus der Rechtsprechung zur Lärmschutz-Richtlinie	313
d)	Verhältnis zur speziellen Arbeitszeit-RL für das Fahrpersonal	314
e)	Aufforderung der EU-Kommission gegenüber Österreich	314
4.	Sinn und Zweck	315
a)	Schutz der Sicherheit und Gesundheit durch Einschränkung der Nachtarbeit (ErwG 8)	315
b)	Schutz der Freizeit (ErwG 5)	315
aa)	Freie Disposition über die Freizeit zugunsten von Gesundheit und Sozialleben	316
bb)	Erhöhter Freizeitbedarf aufgrund schlechterer Nutzbarkeit der Ruhezeit bei Nachtarbeit	316
cc)	Normative Anknüpfung	317
c)	Keine Kommerzialisierung von Gesundheit und Sicherheit (ErwG 4)	317
5.	Zwischenergebnis: Normatives Gebot der Arbeitszeitverkürzung	318
V.	Auslegungsentscheidung gem. ILO-Übereinkommen Nr. 171?	318
1.	Rechtliche Bedeutung des Erwägungsgrundes 6 der ArbZ-RL	319
a)	Meinungsstand in Rechtsprechung und Literatur	319
b)	Eigene Stellungnahme: ILO-Recht als Auslegungshilfe	320
2.	Anwendung auf die ILO-Regelungen zur Nachtarbeit	321
a)	Keine Anwendbarkeit der ILO-Übereinkommen Nr. 4, 41 und 89	321
b)	Anwendbarkeit des ILO-Übereinkommens Nr. 171 als Auslegungshilfe	322
3.	Zwischenergebnis: Keine Auslegung anhand des ILO-Rechts	323

VI.	Auslegungsentscheidung anhand der Vorgaben des Primärrechts	323
1.	Auslegung gem. Art. 31 Abs. 2 GRCh	324
a)	Rechtsprechung des EuGH	324
b)	Meinungsspektrum in der Literatur	324
c)	Verhältnis der beiden Absätze des Art. 31 GRCh zueinander	325
d)	Schutz der Nachtarbeit durch Art. 31 Abs. 2 GRCh	326
aa)	Wortlaut	326
bb)	Historie	328
cc)	Systematik	329
dd)	Sinn und Zweck	329
ee)	Zwischenergebnis	329
e)	Verhältnis von Art. 31 Abs. 2 GRCh und Art. 12 a) ArbZ-RL	329
aa)	Grundrechtliche Schutzpflicht aus Art. 31 Abs. 2 GRCh	330
bb)	Weitere Vorgaben der grundrechtlichen Fundierung für die Auslegung des Art. 12 a) ArbZ-RL	331
f)	Vorgaben für die primärrechtskonforme Auslegung	332
g)	Zwischenergebnis	334
2.	Auslegung gem. Art. 7, 9 und 12 GRCh	334
3.	Auslegung gem. Art. 153 Abs. 2, 5 AEUV	334
4.	Zwischenergebnis: Primärrecht unterstreicht Auslegungsergebnis	335
VII.	Ergebnis	336
C.	Keine Erfüllung der Vorgaben durch § 6 Abs. 5 ArbZG	337
I.	Durchführung von Unionsrecht durch § 6 Abs. 5 ArbZG?	337
1.	Rechtsprechung des EuGH zum Begriff der Durchführung von Unionsrecht	337
2.	Literatur zur Durchführung durch (tarifliche) Nachtarbeitszuschläge	338
3.	Eigene Stellungnahme	339
a)	Zusätzliche freie bezahlte Tage gem. § 6 Abs. 5 Alt. 1 ArbZG im Anwendungsbereich	339
b)	Zuschlag auf das Bruttoentgelt gem. § 6 Abs. 5 Alt. 2 ArbZG im Anwendungsbereich?	341
4.	Zwischenergebnis	342
II.	Erfüllung des Art. 12 a) ArbZ-RL nur durch Arbeitszeitverkürzung	342
1.	Zusätzliche bezahlte freie Tage	342
2.	Zuschlag auf das Bruttoentgelt	343
a)	Verstoß gegen Primärrecht, das Art. 12 a) ArbZ-RL konkretisiert	343
b)	Verstoß gegen Art. 12 a) ArbZ-RL	343
c)	Zwischenergebnis: Keine unionsrechtskonforme Umsetzung durch Zuschlagsverpflichtung	344
3.	Kein freies Wahlrecht zwischen den beiden Alternativen	345
III.	Ergebnis	346

D. Gerichtliche Korrektur der unionsrechtswidrigen Rechtslage	347
I. Richtlinienkonforme Auslegung des § 6 Abs. 5 ArbZG	348
1. Methodik der richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung	348
2. Anwendung auf § 6 Abs. 5 ArbZG	349
3. Zwischenergebnis: Vorrang des Freizeitausgleichs	351
II. Unmittelbare Horizontalwirkung des Art. 31 Abs. 2 GRCh	351
1. Methodik der unmittelbaren Horizontalwirkung	351
2. Rechtsprechung des EuGH zu Art. 31 Abs. 2 GRCh	352
3. Anwendung auf § 6 Abs. 5 ArbZG	352
III. Negative Wirkung des Art. 31 Abs. 2 GRCh	352
1. Methodik der negativen Wirkung	352
2. Anwendung auf § 6 Abs. 5 ArbZG	353
IV. Ergebnis	353
E. Resümee	354

6. Kapitel

Grenzen tariflicher Abweichungsmöglichkeiten von § 6 Abs. 5 ArbZG 355

A. Rechtsprechung und Literatur zum Tarifvorbehalt des § 6 Abs. 5 Hs. 1 ArbZG	357
I. Herrschende Meinung: Spielraum der Tarifparteien	358
1. Darstellung	358
a) Rechtsprechung des BAG	359
b) Literatur	360
c) Zusammenfassung	361
2. Rechtstheoretischer Hintergrund	362
3. Kritik	363
a) Kein Grundrechtsverzicht der Normunterworfenen durch Beitritt zu einer Koalition	363
b) Keine größere Sachnähe der Tarifparteien beim Gesundheitsschutz	365
c) Eingeschränkte Möglichkeit kollektiver Selbsthilfe	365
d) Gefahr der Kommerzialisierung des Gesundheitsschutzes	367
II. Andere Ansicht: Strikte Kontrolle der Tarifregelung	368
1. Darstellung	368
2. Rechtstheoretischer Hintergrund	369
3. Kritik	370
a) Originäre Tarifautonomie auch im Rahmen tarifdispositiven Gesetzes- rechts	370
b) Keine Delegation durch staatliche Indienstnahme der Tarifregelung	371
III. Ergebnis	372

B. Eigener Ansatz zur Auslegung des § 6 Abs. 5 Hs. 1 ArbZG	372
I. Rechtstheoretischer Hintergrund	373
II. Grundrechtsbindung des Staates, nicht der Tarifparteien	374
III. Umsetzungspflicht des Mitgliedstaats, nicht der Tarifparteien	375
IV. Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung des Tarifvorbehalts	376
1. Einschränkung des Tarifvorbehalts	377
2. Methodische Zulässigkeit dieser Auslegung	377
3. Verbleibender Regelungsspielraum der Tarifparteien	378
4. Vereinbarkeit dieser Auslegung mit der Tarifautonomie	378
V. Rechtsfolge bei Unterschreiten des gebotenen Mindestschutzes	380
VI. Konsequenzen für die bestehenden Tarifverträge	381
1. Keine geltungserhaltende Auslegung	381
2. Kein Anspruch auf Anpassung	382
3. Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung	383
4. Zwischenergebnis: Keine Unwirksamkeit oder Anpassung des Tarifvertrags	384
C. Resümee	385

7. Kapitel

Ergebnisse und Ausblick 387

A. Verfassungswidrigkeit des Schutzkonzepts in § 6 ArbZG	388
I. Kein Schutz von Gesundheit und Sozialleben durch Zuschläge	389
II. Schutz von Nachtarbeitnehmern und Allgemeinheit durch Arbeitszeitverkürzung	391
B. Unionsrechtswidrige Umsetzung von Art. 12 a) ArbZ-RL in § 6 Abs. 5 ArbZG	392
C. Kein Abwälzen der staatlichen Verpflichtungen auf die Tarifparteien	393
D. Verfassungs- und unionsrechtskonforme Auslegung des § 6 Abs. 5 ArbZG	395
E. Ausblick auf eine gesetzliche Neuregelung	396
F. Fazit	398
Literaturverzeichnis	400
Stichwortverzeichnis	431

„Denn die einen sind im Dunkeln
Und die anderen sind im Licht.
Und man sieht nur die im Lichte
Die im Dunkeln sieht man nicht.“

Bertolt Brecht, Die Dreigroschenoper

1. Kapitel

Einleitung

Die vorliegende Untersuchung berührt Grundfragen des Arbeitsrechts und ist von hoher Aktualität. Der Satz mag zunächst verwundern: Ist Nachtarbeit nicht ein Thema längst vergangener Debatten über die Humanisierung der Industriearbeit? Und wurde bei ihrer Regelung im Arbeitszeitgesetz 1994 nicht ein Kompromiss gefunden, der die widerstreitenden Interessen der Betroffenen berücksichtigt und allseits akzeptiert ist? Diese Regelungen wirken sich in der Praxis vor allem so aus, dass Nachtarbeitnehmer für ihre Arbeitsleistung mehr Geld erhalten, nämlich Zuschläge. Nachtarbeit ist allerdings für jeden Menschen schädlich, so das BVerfG im Jahr 1992.¹ Die Gesundheit und das Sozialleben der betroffenen Arbeitnehmer gefährdet sie ganz erheblich (siehe sogleich A. II. und ausführlich 4. Kapitel D. II.–IV.).

Aus dieser Regelungsform ergeben sich deshalb Grundfragen unserer Sozial- und Wirtschaftsordnung, die weit über das konkrete Beispiel hinausweisen: Können erhebliche Gesundheitsgefährdungen und soziale Einschränkungen in Geld aufgewogen werden? Dürfen sie in einem von Ungleichheit geprägten Vertragsverhältnis kommerzialisiert werden? Darf der Staat die Aushandlung derart wichtiger Fragen der Selbstregulierung der wirtschaftlichen Sphäre überlassen oder muss er effektive und zwingende Vorgaben zum Mindestschutz machen? Welche Rolle kommt dabei den Tarifparteien, insbesondere den Gewerkschaften zu?

Betrachtet man die Thematik der Nachtarbeit genauer, geht es also um ganz grundlegende Themen. An ihrem Beispiel ist zu untersuchen, ob der Staat unter Umständen in freiwillig geschlossene Verträge eingreifen muss, um eine Partei zu schützen oder ob dies im Gegenteil gerade die Vertragsfreiheit verletzt. Dahinter stehen Fragen nach dem Verhältnis von Privatrecht und Verfassungsrecht und letztendlich nach dem Staatsverständnis. Darf der moderne Staat des Grundgesetzes akzeptieren, dass Grundrechte „abgekauft“ werden oder unterscheidet er sich vom liberalen Nachtwächterstaat des 19. Jahrhunderts nicht gerade durch eine Skepsis gegenüber schrankenloser Vertragsfreiheit? Denn rechtliche Gleichheit führt unter den Bedingungen tatsächlicher Ungleichheit nicht automatisch zu gerechten Ergebnissen. Das ist der Grundgedanke des Arbeitsrechts, das in erster Linie Arbeit-

¹ BVerfG 28. 1. 1992 – 1 BvR 1025/84, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, E 85, 191, 208.

nehmerschutzrecht ist und gilt erst Recht dort, wo höchstrangige Rechtsgüter zum Tauschobjekt gemacht werden. Es ist daher kein Zufall, dass das Bundesverfassungsgericht ausgerechnet in der Entscheidung zur Nachtarbeit die grundrechtlichen Schutzpflichten erstmals im Arbeitsrecht zur Geltung gebracht hat. Es hat dabei den Gesetzgeber ausdrücklich in die Pflicht genommen, gesetzliche Schutzregelungen zu erlassen, weil privatautonome kein hinreichender Schutz zu erwarten sei. Diese Regelungen müssen aber selbstverständlich entgegenstehende Grundrechte des Arbeitgebers achten. An der Materie entfalten sich daher ganz grundsätzliche Probleme zum Zusammenhang von Grundrechten und Privatrecht,² zum Verhältnis von Grundgesetz und Privatautonomie im Arbeitsrecht³ und zum Regelungsspielraum im Schuldvertragsrecht,⁴ der dem demokratisch gewählten Gesetzgeber verbleibt.

In der Folge der Entscheidung des BVerfG wurde im Jahr 1994 das ArbZG erlassen. Zuvor war der Gesetzgeber in Westdeutschland jahrzehntelang untätig geblieben. Nachtarbeit war deshalb, abgesehen von ihrem frauendiskriminierenden Verbot für Arbeiterinnen, gesetzlich nicht beschränkt und stattdessen ein wichtiger Regelungsgegenstand in Tarifverträgen geworden. Letzteres ist bis heute so geblieben. Auch daraus folgen ganz grundlegende Probleme des Arbeitsrechts, etwa zum Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten:⁵ Wenn der Staat verpflichtet ist, die Nachtarbeit zu regeln, die Tarifparteien diese Materie aber bereits geregelt haben, stellt sich die Frage, in welchem Verhältnis die unterschiedlichen Normen zueinanderstehen. Dies gilt insbesondere, weil sich die Tarifparteien darauf berufen können, dass ihnen Art. 9 Abs. 3 GG ihre Autonomie bei der Wahrung und Förderung der Wirtschafts- und Arbeitsbedingungen garantiert. Klärungsbedürftig ist daher, ob der Gesetzgeber den Tarifparteien Freiräume zugestehen darf oder sogar muss, die ihm selbst nicht offenstünden.

Schließlich ist Nachtarbeit seit der ersten ArbZ-RL aus dem Jahr 1993⁶ auch ein wichtiger Gegenstand des Unionsrechts. Die EU macht den Mitgliedstaaten detaillierte Vorgaben für ihre Regelungen zur Nachtarbeit. Diese sind mittlerweile durch die europäischen Grundrechte auch primärrechtlich überformt. Hier schließen sich weitere Grundsatzfragen an, etwa nach einer Schutzpflichtendimension der Unionsgrundrechte⁷ und der Wirkung von Unionsrecht unter Privaten im Arbeitsrecht.⁸ Außerdem, welcher Handlungsspielraum den Mitgliedstaaten zusteht, wenn eine

² Dazu *Canaris*, AcP 1984, 201 ff.; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht.

³ Dazu *Dieterich*, RdA 1995, 129 ff.

⁴ Dazu *Zöllner*, AcP 1996, 1 ff.

⁵ Dazu *Ulber*, Tarifdispositives Gesetzesrecht im Spannungsfeld von Tarifautonomie und grundrechtlichen Schutzpflichten.

⁶ Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung, ABl. EG L 307, S. 18 (im Folgenden: erste ArbZ-RL).

⁷ Dazu *Suerbaum*, EuR 2003, 390 ff.

⁸ Dazu *Wank*, RdA 2020, 1 ff.

Materie unionsrechtlich geregelt ist und wie das Unionsrecht dazu steht, wenn der Gesetzgeber den Tarifparteien Möglichkeiten eröffnet, von Umsetzungsgesetzen abzuweichen.

Wie stehen diese unterschiedlichen rechtlichen Vorgaben im Verhältnis zueinander? Und welche Rolle verbleibt dem Gesetzgeber: Befindet er sich „in der Klemme“⁹ zwischen den verschiedenen Anforderungen, droht der „Jurisdiktionsstaat“¹⁰? Oder verbleibt der Legislative dennoch ein Spielraum bei der Gewichtung der unterschiedlichen Interessen, über dessen Ausfüllung demokratisch gestritten werden kann?

Diesen Fragen wird in der Untersuchung nachgegangen. Im Mittelpunkt steht dabei die Norm des § 6 Abs. 5 ArbZG: Soweit keine tarifvertraglichen Ausgleichsregelungen bestehen, hat der Arbeitgeber dem Nachtarbeitnehmer für die während der Nachtzeit geleisteten Arbeitsstunden eine angemessene Zahl bezahlter freier Tage oder einen angemessenen Zuschlag auf das ihm hierfür zustehende Bruttoarbeitsentgelt zu gewähren. Es ist verblüffend, wie viele Grundsatzprobleme diese Norm, die aus einem einzigen Satz besteht, aufwirft. Alle skizzierten Fragen aus dem Verfassungs- und Unionsrecht sowie zum Verhältnis von Gesetzesrecht und Tarifautonomie kreuzen sich in dieser einen Vorschrift und führen zu einem höchst komplexen Zusammenspiel, dem das Gesetz gerecht werden muss. Sie sollen in der Arbeit abgeschichtet und bearbeitet werden.

In diesem Kapitel wird aber zunächst genauer erklärt, was die Problematik bei der Nachtarbeit und ihrer aktuellen Regelung ist. Dafür wird zunächst auf die Aktualität des Themas eingegangen (A. I.) und es werden die Folgen der Nachtarbeit (A. II.) sowie die Vorgaben für den Schutz bei Nachtarbeit aus dem Verfassungs- und Unionsrecht dargestellt (A. III.). Danach wird § 6 Abs. 5 ArbZG als Zentralnorm des gesetzlichen Regelungskonzepts in der Auslegung durch die herrschende Meinung erläutert und begründet, weshalb Zweifel daran bestehen, dass die Norm den höherrangigen Vorgaben genügt (A. IV.). Abschließend werden die These und die sich ergebenden, zentralen Fragen der Untersuchung genannt (A. V.) Die Einleitung endet mit einem Überblick über die Kapitel der Untersuchung (B.) und einem Hinweis zur verwendeten Sprache (C.).

A. Problemstellung und These

I. Nachtarbeit: Kein aktuelles Thema?

Nachtarbeit ist alles andere als ein Thema der Vergangenheit. An ihr zeigen sich stellvertretend allgemeine Trends, die unsere heutige Arbeitswelt prägen. Flexibi-

⁹ In Anlehnung an den Titel des Beitrags von *Hain*, DVBl 1993, 982 ff.

¹⁰ *Böckenförde*, Der Staat 1990, 1, 29.