



Frankfurter Institut
Kleine Handbibliothek • Band 18

Der tiefgreifende Wandel der neunziger Jahre stellt alles bislang Gewohnte weltweit in Frage. Er legt zugleich die Schwächen unserer eigenen Gesellschaft und ihrer Einrichtungen bloß. In solcher Zeit ist beides geboten: kritische Rückschau und ein unverstellter, ordnender Blick nach vorn.

Die kleine Handbibliothek des Frankfurter Instituts geht dazu wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Grundfragen nach. Sie sucht – wissenschaftlich fundiert und allgemein verständlich – Antwort und Orientierung zu geben, damit wir die Veränderungen steuern und gestärkt aus ihnen hervorgehen können.

Bernd Rütters

Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht

Zur Arbeitsmarktpolitik der Arbeitsgerichtsbarkeit

Mit einem Vorwort
von Gert Dahlmanns

Der Autor

Bernd Rütters ist seit 1971 ordentlicher Professor der Rechte für Zivilrecht und Rechtstheorie an der Universität Konstanz. Von 1976 bis 1989 war er Richter am Oberlandesgericht. 1984 war er Schlichter im Tarifkonflikt der Metallindustrie um die 35-Stunden-Woche. Er ist seit 1988 Mitglied der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages e.V. Er hat zahlreiche Bücher zum Zivil- und Arbeitsrecht sowie zur Rechtstheorie veröffentlicht. Seine Forschungsschwerpunkte sind kollektives Arbeitsrecht, Staatsverfassung und Arbeitsverfassung, Recht und Ideologie, ökonomische Steuerungsfunktionen des Rechts sowie Juristenprobleme beim Wechsel politischer Systeme.

Gefördert durch die

Herbert Quandt-Stiftung

Eine Stiftung der ALTANA AG, Bad Homburg v.d.H

© November 1996

Frankfurter Institut – Stiftung Marktwirtschaft und Politik
Kaiser-Friedrich-Promenade 157, 61352 Bad Homburg

ISBN 3-89015-054-3

Inhalt

Was uns regiert	
Ein Geleitwort	11
Gert Dahlmanns	
Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht	17
Bernd Rütters	
Vorwort	17
Einführung	19
A. Massenarbeitslosigkeit als Existenzbedrohung des politischen Systems	19
B. Arbeitsrecht als Beschäftigungsfaktor – Auch für das Bundesarbeitsgericht?	22
C. Das Arbeitsrecht unter den neuen Rahmenbe- dingungen der Weltwirtschaft	25
I. Der globale Markt	25
II. Der Gemeinsame Europäische Markt	28
III. Der globale Wettbewerb als Zensor und Korrektor sozialstaatlicher Irrwege	30
D. Zur Rolle des Arbeitsrechts in entwickelten Industriegesellschaften	34
I. Verdienste und Kosten	34
II. Verelendung des Proletariats als Auslöser der Entstehung	35

III. Arbeitsrechtsordnung, Wirtschafts- und Staatsverfassung als Funktionseinheit	37
IV. Die Mehrheit der Normzwecke – Der Irrtum vom Zweckmonopol des Sozialschutzes für Arbeitnehmer	39
V. Die Steuerungsfunktion des Arbeitsrechts für den Wirtschaftsprozeß – Irrwege der Rechtsanwendung	41
1. Die Verkenning der systempolitischen Funktionen und Zwecke des Arbeitsrechts	43
2. Grundsatzentscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit als Wirtschaftspolitik	44
VI. Das Arbeitsrecht der Gegenwart als Produkt des deutschen „Wirtschaftswunders“	45
1. Konjunkturaufschwung und geringe Beschäftigungsprobleme	46
2. Einseitige Orientierung an Großunternehmen der Güterproduktion	47
3. Defizite im Wirtschaftsverständnis der Juristen	48
Erster Teil: Zur Rolle der Rechtsprechung	51
A. Parteilichkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit? Zum vermeintlichen generellen Vorrang des Arbeitnehmerschutzes im Arbeitsrecht	51
B. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum gesetzlichen Kündigungsschutz	57
I. Zur verhaltensbedingten Kündigung	60
II. Krankheit als personenbedingter Kündigungsgrund	64

III. Perversion des Kündigungsschutzes?	67
1. Die richterliche Verkehrung der Ziele gegen den Willen des Gesetzgebers	68
2. Das außergesetzliche, richterrechtlich erlassene „ultima ratio“-Prinzip für die Kündigung	70
IV. Das Arbeitsverhältnis als „Lebensbund“ – Die Übernahme der Ideologie vom „personenrechtli- chen Gemeinschaftsverhältnis“	70
1. Die Vorschläge Herschels von 1958 und 1981	70
2. Der weltanschauliche Hintergrund	73
3. Wiedergewonnene Kontinuitäten? – Die Erneuerung der Lebensbundtheorie für das Arbeitsverhältnis	83
V. Folgen für den Standort Deutschland	89
 C. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur betrieblichen Mitbestimmung – Der Betriebsrat als Unternehmer	95
I. Die erzwingbaren Mitbestimmungsrechte und das Initiativrecht des Betriebsrats	96
II. Die Kaufhaus-Entscheidung des Bundesarbeits- gerichts – Mitbestimmung als wettbewerbsschäd- liche Verschärfung des Ladenschlußgesetzes	97
1. Die Blindheit des Bundesarbeitsgerichts für den Wettbewerb	97
2. Die Verdrängung der Normzwecke des Gesetzgebers	98
3. Die Grenzen der Initiativrechte des Betriebsrats	99
4. Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts	102
5. Folgen für den Standort Deutschland	102

D. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht – Richterliche Gesetzgebung ohne die gesetzlichen Richter	104
I. Die Quotenrechtsprechung zur Aussperrung	105
II. Die Proklamation des zulässigen Warnstreiks	106
III. Die richterliche Absegnung der „neuen Beweglichkeit“	108
IV. Die Liquidation des „ultima ratio“-Prinzips für das Arbeitskampfrecht	110
V. Die Folgen für die Kampfparität (Waffengleichheit) im Arbeitskampf und den Standort Deutschland	112
E. Das Bundesverfassungsgericht zum Recht der Gewerkschaften auf Werbung in den Betrieben während der Arbeitszeit	113
I. Das abrupte Ende einer 30-jährigen ständigen und bewährten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	113
II. Der Konflikt des Bundesverfassungsgerichts mit seinem eigenen Grundsatz der notwendigen Gegnerunabhängigkeit von Koalitionen	115
III. Folgen für den Standort Deutschland	118
F. Ergebnisse zum Ersten Teil	119
Zweiter Teil: Zur Rolle der Tarifparteien	124
A. Falsche Tarifstrategien als Antwort auf die Beschäftigungskrise	124

B. Das Nachgeben der Arbeitgeber – Mögliche Ursachen	126
I. Ausgehöhlte Waffengleichheit als Folge der Bundesarbeitsgerichts-Rechtsprechung?	127
II. Der Strukturwandel durch „just in time“- Produktionsverfahren	127
C. Der künftige Sinn von Arbeitskämpfen	128
D. Das Versagen und die Zukunft der Tarif- autonomie	129
I. Die Bewußtseins- und Strukturkrise der Tarifparteien beider Seiten	130
1. Der offene Verbändekrieg bei den Arbeitgebern	130
2. Die Versäumnisse und Divergenzen bei den Gewerkschaften	132
II. Die realen Beiträge der Tarifautonomie zur Beschäftigungspolitik	133
III. Die Strukturkrise der Verbände	134
IV. Die Tarifkrise als Ideologiekrisis der Tarifparteien	139
1. Verkannte Grundtatsachen	139
2. Das Scheitern der tradierten Verbände- ideologien an den neuen Wirklichkeiten	143
3. Der unterschätzte globale Wettbewerb	144
4. Die Konkurrenz der Mentalitäten und Verhaltensmuster in Dauerpartnerschaften	145
Dritter Teil: Ergebnisse in Thesen	147

Was uns regiert

Gert Dahlmanns

Wodurch eigentlich wird unser Leben und das unserer Zeitgenossen – läßt man für einen Moment das rein Persönliche einmal beiseite – in seinen großen Konturen, seinen Möglichkeiten und Grenzen entscheidend bestimmt? Was schafft der Gesellschaft und damit auch dem einzelnen dieses Flußbett, aus dem er, ihm bewußt oder nicht, nur schwer ausbrechen kann? Woraus leitet sich her, was insofern meist als Schicksal empfunden und hingenommen wird?

Die Antwort liegt nahe und wird doch oft nicht gesehen. Prägend in diesem Sinne und oft tatsächlich schicksalbestimmend ist vor allem die Ordnung, die eine Gesellschaft sich gegeben hat und laufend fortbildet, samt den dazu entwickelten Einstellungen und Einrichtungen, Systemen und Verfahren. Das uns zeitlich und räumlich nahe Beispiel der untergegangenen DDR führt das besonders deutlich vor Augen. Die auf diesem Territorium herrschende Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zog dem Leben aller dort Hineingeratenen und Hineingeborenen schon äußerlich nahezu unüberwindbare Grenzen und prägte auch im Innern Mentalität und Lebenslauf eines jeden.

Möglicherweise hat gerade das auf der östlichen Seite der alten Bundesrepublik gelegene Beispiel des systembedingten *Verlustes* von Freiheit – sprich von persönlicher Entfaltung- und wirtschaftlicher Gestaltungsmöglichkeit – den westlichen Blick dafür verstellt, daß auch unsere für gewöhnlich ganz unbefragt als reiner *Gewinn* eingestufte so-

zialstaatliche Ordnung mit dem fortlaufenden Ausbau ihrer Systeme und Ansprüche inzwischen vielfach einen Herrschaftscharakter angenommen hat, der sich in seinen Aus- und Nachwirkungen lähmend auf die Gesellschaft legt und den einzelnen, in völliger Verkehrung der ursprünglichen Absicht, in seiner Lebensplanung und -gestaltung ganz empfindlich treffen kann.

Für einige Jahrzehnte wollte dies kaum jemand erkennen oder benennen. Nicht einmal die Frage nach Nutzen und Grenzen sozialstaatlichen Ausbaus schien zulässig, weil es im westlichen Deutschland eine Entwicklung gab, die auf den ersten Blick paradiesisch erscheinen mußte. Der einzelne brauchte immer weniger zu arbeiten und verdiente doch immer mehr. Seine Wohlhabenheit – laufend durch weitere „Errungenschaften“ abgerundet – wuchs ständig, während sein persönlicher Einsatz dafür eher abnahm. Und das Ganze schien gegenüber allen denkbaren Abstürzen überdies verlässlich und dauerhaft gesichert. Selbst gelegentliche Arbeitslosigkeit, Alter, Krankheit und sonstige Gebrechen sollten keine nennenswerten materiellen Einbußen mehr nach sich ziehen. Die Politik – in diesem Prozeß gleichermaßen treibende Kraft wie Getriebene – goß immer mehr dieser Ansprüche in Gesetzesform und festigte damit den Eindruck der „Garantie“ dieses Wohlstands, der mit einem so ungeheuren Zuwachs an Freiraum und Freizeit für den einzelnen einhergegangen war, daß allein zu deren Ausfüllung, vom Massentourismus bis zur Allroundunterhaltung, ganze Industriezweige geschaffen werden mußten.

Illusionäre Systeme

Erst der Zeitenbruch von 1989/90 und die durch ihn mitausgelösten Globalisierungsschübe – in deren Folge sich

die Welt für das 21. Jahrhundert neu ordnet, ohne auf die Besitzstände überalternder, anspruchsvoller Gesellschaften wie der unseren Rücksicht nehmen zu müssen – lassen das Illusionäre dieser unserer Vorstellungen und Vorkehrungen sichtbar werden. Sie machen deutlich, in welchem Maße wir zu Gefangenen unserer eigenen Systeme und unreflektierten Wunschvorstellungen geworden sind und werfen unabweisbar die Frage auf, *was* uns denn eigentlich regiert – eine Überlegung, die viel wichtiger ist als die Frage, *wer* das im einzelnen besorgt.

Illusionäres haftete dem immer weiteren Aufstocken unserer einst bescheidenen, aber tragfähigen Sicherungssysteme und unserer einst zielgenauen sozialen Schutzbestimmungen schon sehr bald an. Zum einen stand hinter der Entwicklung keine durchdachte, vom Ordnungsrahmen abgestützte Konzeption, außer einer nebulösen Sozialstaatsidee und der verbreiteten Überzeugung, zu ihrer Verwirklichung müßten vor allem der Staat und die Kollektive ein großes Maß an Umverteilung besorgen und dazu immer neue Anspruchsgrundlagen und Instrumente schaffen. So wurde in einem jahrzehntelangen Wettbewerb auf allen Seiten – von jeder Bundes- und Landesregierung, gleich welcher Couleur, von jeder Stadt und Gemeinde, bei jeder Tarifverhandlung und vor jedem angerufenen Gericht – an „Sozialem“ immer wieder Neues geboren und bekräftigt.

Illusionär und in höchstem Maße gefährlich aber war diese Inflation von Ansprüchen und Leistungen vor allem deshalb, weil sie ohne drei für das längerfristige Funktionieren eines komplexen Sozialsystems unerläßliche Rücksichtnahmen erfolgte. Sie geschah ohne Rücksicht auf die wirtschaftlichen Voraussetzungen und Folgewirkungen dessen, was da erdacht, erlassen und erzwungen wurde. Sie erfolg-

te ohne Rücksicht auf die Leistungsfähigkeit und oft auch auf die wirklichen Bedürfnisse der kollektiv Beglückten, die doch immer mehr dafür zu zahlen hatten. Und sie wurde erst recht ohne Rücksicht auf die Grenzen der Opferbereitschaft unserer Kinder und Enkel betrieben, denen wir schon jetzt Sozialschulden in abschreckender Höhe hinterlassen.

Frei von all diesen Rücksichtnahmen entwickelte das „Soziale“ ein bizarres, nur an der Befriedigung durchorganisierten Gegenwartsinteressen orientiertes Eigenleben, das gegen jede Vernunft so tat, als stünden unserem Land zu jeder Zeit ganz selbstverständlich immer genügend hochproduktive Arbeitsplätze zur Verfügung, um die immer teurer werdende soziale Sicherung daran festzumachen.

Diese Wirtschaftsferne und Realitätsverkennung hat dazu geführt, daß staatliche Sozialpolitik in Deutschland in ihrer ganzen Breite seit langem schon ohne Beachtung ihrer eigenen ökonomischen *Grundlagen* betrieben und ohne Rücksicht auf ihre gesellschaftlichen *Auswirkungen* umgesetzt wird. Jedes mit sozialen Fragen befaßte Ressort und jede Disziplin üben, abgekoppelt von den übrigen, nach eigenen Vorstellungen größtmögliche Gruppen- und Einzelfallgerechtigkeit aus und fügt gerade dadurch dem Gesellschaftsganzen oft großen Schaden zu, der dann letztlich auch die eigenen Bemühungen wieder zunichte macht: im Zeitalter vernetzten Denkens eine hoffnungslos antiquierte Haltung mit freilich verheerender Eingriffs- und Langzeitwirkung. Skurriles Beispiel dieser Verselbständigung von Teilaspekten, die nicht mehr in den alles entscheidenden Kontext einer funktionierenden marktwirtschaftlichen Ordnung gebracht werden, ist eine Vielzahl der großangelegten sozialen Vorstöße des Bundesministers für Sozialordnung, der mit eben diesen Einzelaktionen die Bemühungen des

Bundesministers für Arbeit zunichte macht, bezahlbare Arbeitsplätze in Deutschland zu halten. Beide Ämter werden von derselben Person verwaltet.

Desillusionierende Folgen

Die Folgen dieser überall anzutreffenden partiellen Betriebsblindheit lassen sich inzwischen erkennen. Was der immer weitere Ausbau des Sozialen in erster Linie bringen sollte – Nettozuwächse beim einzelnen, Sicherung des Erworbenen und eine befriedete Gesellschaft – hat er schon wegen der fehlenden ökonomischen Voraussetzungen und der falsch gesetzten Anreize nicht leisten können. Das Gegenteil davon ist eingetreten. Unsicher geworden ist inzwischen nahezu alles, was in Aussicht gestellt oder schlicht als dauerhaft vorausgesetzt wurde: genügend Arbeitsplätze, finanzierbare Renten, vollumfängliche Leistungen im Krankheitsfall und vieles andere mehr, an das wir uns längst gewöhnt haben. Statt dessen sind Rekordzahlen auf der Negativseite zu verbuchen – von der Arbeitslosigkeit über die Steuer- und Abgabenlasten bis zur Staatsverschuldung. Dazu kommt die alarmierende Aussicht, daß eine fortlaufend kleiner werdende Zahl junger Menschen unter den schwierigeren Bedingungen globalen Wettbewerbs die Anwartschaften und Ansprüche der Älteren befriedigen und dazu die Systeme in bisher nicht vorgestelltem Umfang bedienen muß.

Das alles ist kein Zufall und auch nicht primäre Folge äußerer Einflüsse. Der ernüchternde Befund macht vielmehr deutlich, in welchem Maße die ohne Verknüpfung mit der marktwirtschaftlichen Ordnung konstruierten und ohne das Denken in Zusammenhängen angewandten Systeme uns inzwischen regieren. Sie greifen mittlerweile tatsäch-

lich spürbar in die Lebenschancen des einzelnen ein, engen seine Initiativräume, von deren Nutzung auch die Gesellschaft lebt, immer mehr ein und verdichten sich in vielen Fällen – nicht nur bei Millionen von Arbeitslosen – tatsächlich zum „Schicksal“.

Dabei dürfen wir es nicht bewenden lassen. Doch um wieder auf den richtigen Weg zu kommen, muß erst einmal der Nebel gelichtet und für klare Sicht gesorgt werden. Selbst davon sind wir noch weit entfernt. Noch werden die elementaren Zusammenhänge zwischen Wirtschafts- und Sozialordnung vielfach nicht gesehen oder geleugnet. Noch geben sich Funktionäre – im überkommenen Denken befangen – entschlossen, „mit Zähnen und Klauen an allem festzuhalten, was wir haben“. Es wäre der sicherste Weg, alles zu verlieren.

Statt dessen müssen jetzt sämtliche Teile unserer Sozial-, Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung kritisch daraufhin durchleuchtet und alle mit ihrer Umsetzung Betrauten künftig auch daran gemessen werden, was sie neben der Erzeugung und Erfüllung von Einzelansprüchen für das Gemeinwohl und für die Zukunftsvorsorge leisten.

Die hier vorgelegte Studie von Bernd Rütters untersucht in diesem Kontext in ausgewählten Bereichen der Teildisziplin Arbeitsrecht dessen Einfluß auf die wachsende Arbeitslosigkeit in Deutschland. Sie ist in ihrer faszinierenden Zusammenschau darüber hinaus eine eindringliche Hinführung zu unvoreingenommenem Sehen auf das, was uns heute allenthalben mit eisernem Griff regiert. Und sie läßt erkennbar werden, wie wir diesen Griff lockern und wieder zu einer vernünftigen Ordnung des Zusammenlebens zurückfinden können.

Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht

Bernd Rütters

Vorwort

Die seit Mitte der 70er Jahre andauernde und in Schüben gewachsene Massenarbeitslosigkeit in Deutschland bedeutet für die Betroffenen Sinnverlust und Leid, für die Volkswirtschaft eine schwere, zunehmend (er-)drückende Last, für die Staats- und Gesellschaftsordnung ein großes Stabilitätsrisiko und ein Zeugnis der Funktionsschwäche. Doch Arbeitslosigkeit ist – ob kollektiv oder individuell – kein unabänderliches Schicksal. In vielen Diskussionen mit Praktikern und Verbandsstäben beider Arbeitsmarktparteien ist dieses Thema immer wieder lebhaft erörtert worden, bislang leider mit geringen Konsequenzen für eine positive Beschäftigungsentwicklung. Jeder sieht die Verantwortung hauptsächlich bei anderen.

Der Anregung des Frankfurter Instituts, den möglichen arbeitsrechtlichen Ursachen und Therapien dieses Übels nachzugehen, bin ich daher bereitwillig gefolgt. Das Problemfeld ist weit und zerklüftet, vielen Einflußfaktoren ausgesetzt. Wissenschaftlich kompetent fühlt sich der Autor nur für die arbeitsrechtlichen Fragen und die Grundannahme, daß das Arbeitsrecht ein Steuerungsinstrument (neben vielen anderen) auch für mikro- und makro-ökonomische Prozesse darstellt.

Die hier entwickelten Thesen zur Problemlage und -lösung werden umstritten sein. Das ist ein Zweck ihrer Formulie-

rung, denn die zu erwartende Kontroverse bewirkt mindestens, daß den arbeitsrechtlich Tätigen ihr möglicher Anteil an der weiteren Entwicklung bewußt wird. Bisher wird er – zumal bei den Normsetzern aller Sparten (Gesetzgebung, Arbeitsgerichtsbarkeit, Tarif- und Betriebsparteien) – gern verdrängt. Der eilige Leser findet eine Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen im Dritten Teil.

Meinen wissenschaftlichen Assistenten, den Herren Assessoren J. Beninca, Ch. Fischer und Herrn A. Ruoff habe ich für die kritische Durchsicht und Ergänzung meines Manuskriptes herzlich zu danken. Frau Gisela Vogel hat in bewährter Weise den Text druckfertig gemacht.

Bottighofen/TG, im September 1996

Bernd Rütters

Einführung

A. Massenarbeitslosigkeit als Existenzbedrohung des politischen Systems

Die Arbeitslosenstatistik weist seit längerem etwa 4 Mio. Arbeitslose (also eine Arbeitslosenquote von ca. 10 %) aus. Ihre Angaben sind zu niedrig, weil einige beschäftigungswillige Gruppen der Bevölkerung in ihr nicht berücksichtigt werden, etwa unfreiwillige Frührentner und Beschäftigte in arbeitsmarktpolitischen Maßnahmen der Bundesanstalt für Arbeit. Wenn man real von 5 bis 5,5 Mio. Arbeitslosen ausgeht, dürfte das nicht übertrieben sein. Nimmt man die stille Reserve von resignierten, nicht registrierten Arbeitssuchenden hinzu, so würde sich die Zahl nochmals um ca. 2 Mio. erhöhen.

Mehr als 5 Mio. Arbeitslose sind ein Alarmsignal für die *Stabilität* der Wirtschaftsordnung, der Gesellschaftsordnung und des gesamten politischen Systems. Diese langandauernde Massenarbeitslosigkeit gefährdet die Existenz des Gemeinwesens Bundesrepublik. Die Warnlampen leuchten in Westdeutschland seit Mitte der siebziger Jahre, als die Arbeitslosigkeit die Ein-Millionen-Grenze erreichte und Mitte der achtziger Jahre, als die Zwei-Millionen-Grenze überschritten wurde. Der Vereinigungsprozeß – politisch ein Glücksfall! – hat diese ökonomischen und sozialen Risiken verschärft. Den sozialen Sicherungssystemen, insbesondere der Altersversorgung, droht ein Kollaps, wenn es nicht gelingt, die Zahl der Arbeitslosen massiv zu verkleinern, also in absehbarer Zeit zahlreiche neue Arbeitsplätze zu schaffen.

Dem Abbau dieser Arbeitslosigkeit – der Reduktion um die Hälfte bis zum Jahr 2000 – sollte das am „Runden Tisch“ beim Kanzler beschlossene „Bündnis für Arbeit“ dienen. Inzwischen ist deutlich geworden: Dieses Bündnis hat fast so viele verschiedene Inhalte wie es Teilnehmer gab am „Runden Tisch“. Die Runde hat eine Worthülse produziert, aus der in der Folge jeder Teilnehmer andere Inhalte hervorzauberte.

Immerhin scheinen alle Teilnehmer gemeinsam überzeugt gewesen zu sein, es müsse endlich etwas zur Schaffung von mehr Arbeitsplätzen geschehen. Die Lasten für dieses Ziel sah dann jeder bei anderen.

Die Massenarbeitslosigkeit hat viele Ursachen. Sie läßt sich nicht auf einzelne, dominante Faktoren zurückführen. Wenn die Beschäftigungskrise gemeistert werden soll, müssen alle ihre Ursachen überprüft und systemverträglich abgebaut oder gemildert werden.

In der öffentlichen Debatte über den Abbau der Arbeitslosigkeit ist es üblich geworden, daß die jeweils für eine ihrer Ursachen Zuständigen und Verantwortlichen den Einfluß des von ihnen zu vertretenden Faktors vehement bestreiten oder verharmlosen. Von dieser Strategie darf sich eine unbefangene Ursachenanalyse nicht behindern lassen. Es geht darum, sich den Fragen zu stellen: Wer schafft Arbeit? Was be- oder verhindert die Schaffung neuer Arbeitsplätze? In einer marktwirtschaftlichen Ordnung hängt der Abbau der Arbeitslosigkeit entscheidend von der Bereitschaft privater, nicht zuletzt auch ausländischer Investoren ab, in neue Arbeitsplätze zu investieren. Diese Bereitschaft wird primär von der Erwartung mittel- und längerfristiger Rentabilität des Anlagekapitals abhängen.

Dem folgenden Analyseversuch liegt die Annahme zugrunde, daß die gegenwärtige Beschäftigungskrise in Deutschland nicht auf einem Mangel an Arbeitsaufgaben, sondern an rentablen Arbeitsplätzen beruht. Zu tun gibt es reichlich, aber die Arbeitsleistung ist zu den derzeitigen „Preisen“ (also den Lohn- und Lohnzusatzkosten) im internationalen Wettbewerb vielfach zu teuer. Es fehlt mithin weder an Arbeitsaufgaben noch an Arbeitskräften, sondern an investitionsbereiten Unternehmern. Arbeitgeber, die mehr Arbeitsplätze anbieten, sind die Mangelware.

Wenn der Einfluß des Arbeitsrechts auf die Investitionsbereitschaft geprüft werden soll, ist eine Tatsache nochmals festzuhalten: Es geht nicht um einen monokausalen Faktor. Die Schaffung neuer Arbeitsplätze wird von vielen Umständen beeinflusst, z.B. der Steuerbelastung, dem Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht (Dauer von Genehmigungsverfahren), den Bodenpreisen, den Energiekosten, der Infrastruktur, den staatlichen Investitionshilfen, den Währungsparitäten, den Marktchancen, von der Stabilität der politischen und gesellschaftlichen Rahmenbedingungen.

Das Arbeitsrecht ist also nur ein Einflußfaktor unter anderen. Aber seine wirtschaftspolitischen Steuerungseffekte verdienen weit mehr Beachtung, als ihnen bisher von allen seinen Schöpfern (Parlament, Arbeitsgerichte, Tarif- und Betriebsparteien) und Anwendern zuteil wird. Die offene Arbeitslosigkeit von 4 und 5 Millionen Menschen gefährdet nicht nur die sozialen Sicherungssysteme, sondern die gesamte Staats- und Gesellschaftsordnung. Wir werden zu schnellen und einschneidenden Korrekturen (= Umsteuerungen) bei allen Einflußfaktoren auf den Arbeitsmarkt bereit sein müssen, wenn die existentiellen Gefahren, die

aus der gegenwärtigen Lage drohen, vermieden werden sollen.

B. Arbeitsrecht als Beschäftigungsfaktor – Auch für das Bundesarbeitsgericht ?

Zu den wichtigen Rahmenbedingungen unternehmerischer Entscheidungen, gerade über Investitionen, gehört auch das Arbeitsrecht. Der damit angedeutete Zusammenhang zwischen *Arbeitsmarkt* und *Arbeitsrecht* ist in der Bundesrepublik Deutschland lange verkannt und vernachlässigt, später, als er unabweisbar zutage lag, von maßgeblichen Institutionen – etwa der Arbeitsgerichtsbarkeit und den Gewerkschaften – verdrängt oder verleugnet worden. Erst in der Mitte der 80er Jahre gewann dieser Zusammenhang – als Folge der etwa 1975 beginnenden Massenarbeitslosigkeit – Aufmerksamkeit in der arbeitsrechtlichen Literatur¹. Es gibt allerdings noch heute Lehrbücher des Arbeitsrechts, in denen die Stichworte Arbeitsmarkt, Marktwirtschaft, Wirtschaftsordnung oder Wirtschaftsverfassung nicht vorkommen oder kaum beachtet werden². Wichtige Teilbereiche des geltenden Arbeitsrechts, wie etwa der Kündigungsschutz und die Betriebsverfassung, werden von den meisten Standardkommentaren und Handbüchern nicht als Elemen-

1 Vgl. etwa Reuter, *ORDO*, Bd. 36, 1985, S. 51; Möschel, *Arbeitsmarkt und Arbeitsrecht*, *ZRP* 1988, 48; Rütters, *Arbeitsrecht und Arbeitsmarkt*, in: Maier-Leibnitz, *Zeugen des Wissens*, Mainz 1986, S. 739; Hanau, in: *Festschrift zum 125-jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin, New York 1984, S. 227; Zöllner, *NJW* 1990, 1 ff.

2 Z.B. Söllner, *Grundriß des Arbeitsrechts*, 11. Aufl., München 1994.

te einer im Grundsatz marktwirtschaftlichen Ordnung gesehen und dogmatisch eingeordnet.

Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat sich der Einsicht in die marktsteuernde Funktion und Wirkung seiner Judikate trotz vieler kritischer Hinweise aus der Wirtschaftspraxis und der Wirtschafts- und Rechtswissenschaft lange Zeit und in manchen Bereichen bis heute verweigert. Das hat rechtzeitige Folgenabwägungen und Korrekturen nachhaltig verzögert und verhindert.

Inzwischen läßt sich der Zusammenhang zwischen Arbeitsrecht und Arbeitsmarkt nicht länger verkennen. Die nun schon Jahre andauernde, breite, nicht selten auch verschwommene und verwirrend geführte Diskussion über die Beschäftigungskrise und den Wirtschaftsstandort Deutschland hat auch die Rolle des Arbeitsrechts in das öffentliche Blickfeld gerückt. Zum ersten Mal – soweit ersichtlich – hat ein Präsident des Bundesarbeitsgerichts den Zusammenhang von Arbeitsrecht und Wirtschaftsentwicklung öffentlich bestätigt. Auf seiner Jahrespressekonferenz hat Präsident Dieterich, zugleich Honorarprofessor für Arbeitsrecht an der Gesamthochschule Kassel, nach einer Meldung der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 24. Januar 1996 die Einsicht bekundet, daß das deutsche Arbeitsrecht ein bedeutsamer Faktor für den Wirtschaftsstandort Deutschland sei.

Das ist in einer öffentlichen Verlautbarung des Bundesarbeitsgerichts eine ebenso neue wie späte, aber mit Nachdruck zu begrüßende Erkenntnis. Viele Jahre lang haben bisher maßgebliche Repräsentanten an der Spitze des Bundesarbeitsgerichts, Präsidenten und Vizepräsidenten, immer wieder die Meinung vertreten, das Gericht entscheide

nur Einzelfälle mit dem Ziel möglichst vollkommener Einzelfallgerechtigkeit. Die arbeitsmarktsteuernde Wirkung der Entscheidungen wurde nachdrücklich in Abrede gestellt. Es ist daher erfreulich, daß der jetzt amtierende Präsident diesen Zusammenhang zu einem Hauptpunkt seiner Jahrespressekonferenz gemacht hat.

Er hat sodann die Anerkennung des Zusammenhanges von Arbeitsrecht und Wirtschaftsstandort (also auch Arbeitsmarkt und Beschäftigungsentwicklung) nach dem FAZ-Bericht mit einer subjektiven Wertung verbunden: Er äußerte die Ansicht, das *zuverlässige* deutsche Arbeitsrecht sei ein *positiver* Faktor für den Wirtschaftsstandort Deutschland. Diese Äußerung enthält zwei Behauptungen, nämlich

- das deutsche Arbeitsrecht sei „zuverlässig“, verbürge also Rechtssicherheit,
- seine Wirkung auf die Investitionsbereitschaft sei positiv.

Den beiden Thesen kommt eine besondere Bedeutung zu, weil das deutsche Arbeitsrecht zu einem ganz erheblichen Teil aus dem sog. Richterrecht besteht, also aus den rechtskräftigen Entscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit, besonders des Bundesarbeitsgerichts und – gelegentlich – des Bundesverfassungsgerichts. Das liegt u.a. daran, daß die Bundesrepublik Deutschland, trotz mehrerer Anläufe der Gesetzgebung, bis heute kein umfassendes Arbeitsgesetzbuch, ja nicht einmal ein Arbeitsvertragsgesetz zustande gebracht hat. Die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände haben 1977 aus gegenteiligen Motiven die sozialliberale Regierungskoalition gemeinsam veranlaßt, das im Entwurf vorliegende Arbeitsvertragsgesetz nicht zu verabschieden. Eine andere Ursache des wuchernden Richterrechts

liegt darin, daß das Parlament in gesellschaftspolitisch brisanten Teilgebieten des Arbeitsrechts, z.B. im Arbeitskampfrecht, weitgehend regelungsunwillig oder -unfähig ist. Schließlich sind große Teile der arbeitsrechtlichen Einzelgesetze, z.B. der gesetzliche Kündigungsschutz, mit weit gefaßten Generalklauseln („sozial gerechtfertigt“, „wichtiger Grund“) gespickt, in denen, wie schon Philipp Heck wußte, die konkrete Normsetzungsbefugnis vom Gesetzgeber auf die Gerichte delegiert wird. So sind die Richter die eigentlichen Herren des deutschen Arbeitsrechts. „Das Richterrecht ist unser Schicksal“ (Gamillscheg).

Aus allen diesen Gründen kommt der Sicht des Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts als Repräsentanten der wichtigsten Normsetzer und Rechtspolitiker des deutschen Arbeitsrechts eine herausragende Bedeutung zu. Die herausgehobene rechtspolitische Funktion des Bundesarbeitsgerichts wäre Anlaß genug, die genannten Äußerungen seines Präsidenten zur Rolle des Arbeitsrechts für die Standortfrage bereits unter den herkömmlichen Bedingungen der Wirtschaftsentwicklung zu untersuchen und ihren Realitätsgehalt herauszufinden.

C. Das Arbeitsrecht unter den neuen Rahmenbedingungen der Weltwirtschaft

I. Der globale Markt

Schon in der Vergangenheit hatte die deutsche Wirtschaft ihre Firmenbeziehungen, „joint ventures“ und Direktinvestitionen im Ausland genutzt, um auf diesen Märkten einzukaufen, den eigenen Absatz zu steigern oder dort zu produzieren. In der jüngsten Vergangenheit haben maßgebliche Veränderungen diese Tendenz verstärkt. Zu nennen

sind zum einen die Zusammenführung der nationalen Einzelmärkte zu einem gemeinsamen europäischen Markt und zum anderen die Öffnung der osteuropäischen Angebots- aber auch Nachfragemärkte nach dem Fall des eisernen Vorhangs. Dies hat eine weltweite Umwälzung ausgelöst und intensiviert, die völlig neue Rahmenbedingungen der Weltwirtschaft geschaffen hat. Der Zusammenbruch der Sowjetunion, das verheerende Scheitern der Experimente des realen Sozialismus haben eine neue Weltlage hervorgebracht. Der Umbruch Ende der achtziger Jahre – mit der Vereinigung Deutschlands als „Nebeneffekt“ – ist in seiner Tragweite nur den großen Epochenschnitten der Geschichte, etwa der Reformation, der Aufklärung und der französischen Revolution vergleichbar. Die politische Befreiung der Völker des Ostblocks hat eine rasante Globalisierung der Märkte und der Kapitalströme beschleunigt und auf diese Länder erweitert. Zusammen mit den technologischen Möglichkeiten der neuen Medien und Datennetze ist eine Kommunikationsdichte und -geschwindigkeit entstanden, die das internationale Wirtschaftsgeschehen in einer noch vor wenigen Jahren unvorstellbaren Weise revolutioniert hat.

Da ist zunächst die enorm gestiegene Geschwindigkeit des freien Kapitalverkehrs bei sinkenden Transaktionskosten zu nennen. Sie begünstigt die Möglichkeit weltweiter Direktinvestitionen für jedes international aktionswillige Wirtschaftssubjekt. Auf der Suche nach der höchsten Rendite ist das Kapital weltweit mobil. Es versteht sich von selbst, daß global tätige Unternehmen dort investieren wollen, wo sie die günstigsten Rahmenbedingungen vorfinden. Damit wird das frei floatende Investitionskapital zum Kontrollfaktor nationaler Investitionshindernisse, auch solcher, die in rechtlichen Regulierungen liegen.

Der zweite maßgebliche Wirkungsfaktor ist der große Zuwachs an wirtschaftlicher Betätigungsfreiheit, sogar in der VR China, vor allem aber in der westlichen und asiatischen Welt. Durch den weitgehend freien Waren- sowie Personen- und Dienstleistungsverkehr etabliert sich in zunehmender Geschwindigkeit und Ausdehnung eine neue, die nationalen Grenzen sprengende (Welt-)Wirtschaftsordnung. Umfassende „Weltmärkte“ für Kapital, Rohstoffe, Waren und Dienstleistungen sind heute nicht mehr fiktive Rechengrößen der Wirtschaftswissenschaftler. Der Weltmarkt ist real möglich an jedem Personalcomputer, der an ein internationales Datennetz angeschlossen ist.

Dazu kommt eine Neuorientierung in der internationalen Arbeitsteilung. Die traditionellen Industrieländer haben ihre früher selbstverständliche technologische Überlegenheit weitgehend verloren. Und selbst wo das Know-how noch nicht in den sich entwickelnden Ländern vorhanden sein sollte, ist durch den erleichterten Technologie- und Wissenstransfer die Produktion fast überall möglich. Da auch die Überwindung von Entfernungen weit weniger als früher kostet, ist der Transport vom Produzenten auf den Markt kein wirtschaftliches Hindernis mehr. Die Internationalisierung und Globalisierung der Wirtschaft schreiten auch auf diesem Weg voran.

Dieser hochkomplexe Prozeß hat das Wirtschaftsleben weltweit für fast jeden einzelnen verändert, sei er Produzent oder Konsument, Unternehmer oder Arbeitnehmer.

Wir sind also auf dem Weg, eine vom globalen Markt gesteuerte Weltwirtschaftsgesellschaft zu werden. Für Europa und speziell für Deutschland zeichnen sich einschneidende Veränderungen sowohl der ökonomischen Verhal-

tensweisen wie der Branchenstrukturen, der Mentalitäten und des Verbandswesens beider Arbeitsmarktparteien ab. Die Gewerkschaften wehren sich innerlich noch gegen diese unaufhaltsamen Veränderungen. Sie wollen „Solidarität statt Globalisierung“³. Doch niemand kann hoffen, sich dauerhaft und erfolgreich gegenüber den globalen Trends einer neuen freien internationalen Wirtschaftsordnung ab- und einschließen zu können.

Folgende Faktoren bestimmen die Entwicklung einer vernetzten Weltwirtschaft:

- globale Qualitätsfähigkeit, d.h. die Möglichkeit, qualitative Spitzenprodukte mit den modernen Produktionstechniken nahezu überall auf der Welt herzustellen,
- global fast ungehemmter und unverzüglicher Kapitalverkehr,
- global verbesserter Arbeitskräfte- und Dienstleistungsaustausch,
- globale Kommunikations- und Informationstechniken,
- globale günstige Transportmöglichkeiten,
- globaler Wettbewerb (Markt), der aus dem Zusammenwirken dieser Faktoren entstanden ist.

II. Der Gemeinsame Europäische Markt

Nach dem Beitritt von Österreich, Finnland und Schweden stellt die Europäische Union nun einen Wirtschaftsraum

3 So der Titel eines Berichts über den 16. Weltkongreß des Internationalen Bundes Freier Gewerkschaften, auf dem 190 Gewerkschaften aus 136 Ländern 127 Millionen Organisierte repräsentierten, vgl. iw-gewerkschaftsreport 2/1996, S. 54 ff.

von über 360 Mio. Menschen dar, in dem die für den globalen Markt bereits festgestellten Verhältnisse in noch weit stärkerem Maße gegeben sind. Innerhalb der sich als Rechtsgemeinschaft verstehenden Union, die insbesondere die Realisierung eines unverfälschten Wettbewerbs im Binnenmarkt verfolgt, tritt neben das Fehlen bzw. den schrittweisen Abbau „schützender“ nationaler Schranken noch ein weiterer Gesichtspunkt hinzu, der nationaler Reglementierungswut entgegensteht.

Lassen sich gegenüber der Konkurrenz aus dem fernen Osten Unterschiede auf dem Arbeitsmarkt noch durch grundlegend verschiedene Gesellschaftsstrukturen möglicherweise rechtfertigen, so erscheint dies innerhalb der Kulturgemeinschaft Europas ausgeschlossen. Das deutsche Arbeitsrecht steht damit in einem unmittelbaren Wettbewerb zu dem anderer EU-Länder. Dies läßt sich anschaulich an den Fakten verdeutlichen, die zum Ruf nach dem sogenannten Entsendegesetz geführt haben. Auf dem Markt für Bau- und Dienstleistungen ist der gemeinsame Markt in einer Weise Realität geworden, wie man ihn zuvor nur im Bereich „normaler“ Produkte wie Lebensmittel, Kleidung und anderer Güter kannte. Britische, französische und portugiesische Subunternehmer konkurrieren mit deutschen um wichtige Aufträge und Marktanteile. Hier spielt nicht nur das unterschiedliche Niveau der Lohn- und Lohnzusatzkosten eine Rolle; fehlende Betriebsräte und andere nicht vorhandene Regularien ermöglichen der europäischen Konkurrenz, sich ein großes Stück des zu verteilenden Kuchens zu sichern.

Das Entsendegesetz kann vor diesem Hintergrund – unabhängig von der europarechtlichen Bewertung – nur als der verzweifelte und untaugliche Versuch angesehen werden,

für eine Übergangszeit durch künstliche Wettbewerbsverhältnisse nicht konkurrenzfähige nationale Sonderwege aufrechtzuerhalten. Die oben genannten Faktoren der vernetzten Weltwirtschaft bestimmen damit in noch stärkerem Maße die Verhältnisse innerhalb der Europäischen Union.

III. Der globale Wettbewerb als Zensor und Korrektor sozialstaatlicher Irrwege

Im Ergebnis stellt dieser globale Wettbewerb das bisher gültige Leitbild europäischer Gesellschafts- und Wirtschaftspolitik in Frage, nämlich den modernen „Sozialstaat“, in der Bundesrepublik durch Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG in der Verfassung vorgezeichnet und von den Interpreten mit ideologisch unterschiedlichen Konturen zur „Staatszielbestimmung“ erhoben.

Dabei ist anzumerken, daß die deutsche Staatsrechtslehre wie auch das Bundesverfassungsgericht bei der Auslegung der genannten Verfassungsartikel mit der Begriffsbildung „Sozialstaat“ unversehens ein Adjektiv zum Substantiv erhoben haben. Das Grundgesetz spricht an beiden Stellen lediglich von einem „sozialen“ Bundes- bzw. Rechtsstaat. Es ist ein Akt gezielter Umwertung, wenn auf diese Weise durch Aus- bzw. Einlegung dem Grundgesetz ein eigenständiger, durch das Substantiv aufgewerteter Staatstyp untergeschoben wird.

In der Folge hat sich der so in den Verfassungsrang erhobene Begriff des Sozialstaats als Generalklausel und Landplatz für vielfältiges und unterschiedliches verfassungspolitisches Wunschenken der Interpreten – auch und gerade im Arbeitsrecht und seitens der Arbeitsgerichtsbarkeit – erwiesen. Dieses oft schillernde und zwischen Schweden,

Deutschland, Österreich, Italien und der Schweiz sehr verschieden interpretierte Sozialstaatsmodell galt lange als ein im Grundsatz bewährtes Qualitätskriterium moderner europäischer Staatlichkeit, als eine Säule der Sozialkultur. Es hat in Jahrzehnten des konjunkturellen Aufschwungs und der allgemeinen Wohlstandsmehrung das Bewußtsein breiter Bevölkerungsschichten geprägt. Ein Ergebnis dieser Prägung war und ist die Vorstellung, daß einmal erreichte soziale Errungenschaften – etwa 35-Stunden-Woche, Unkündbarkeit von Arbeitsverhältnissen, erreichtes Einkommensniveau, Ansprüche auf soziale Sicherungsleistungen – für alle Zukunft unabänderlich seien, gleichsam vom „Sozialstaatsprinzip“ garantiert.

Dieses Bewußtsein ist durch den jahrzehntelang ständig gestiegenen Wohlstand im Westen und durch das Erwecken falscher Hoffnungen im Osten quer durch alle Gesellschaftsschichten und Berufe verbreitet. Es ist dies ein gefährlicher, weil illusionärer gesellschaftlicher und politischer Grundkonsens, der neben anderen dieses Gemeinwesen prägt und (scheinbar!) zusammenhält.

Um so schmerzlicher wirkt es daher, daß sich dieses vermeintliche soziale Grundrecht der Status- und Wohlstandsgarantie zunehmend als Illusion erweist. Bei der Debatte um die Frage „Brauchen wir eine neue Verfassung?“ gab es genügend Romantiker, welche solche Traumwelten durch weitere „soziale“ Grundrechte, also nicht einlösbare Versprechungen des Staates, gerne beträchtlich erweitert hätten. Das konnte im Gegensatz zu vielen Landesverfassungen im Grundgesetz vermieden werden. Auch Verfassungsromantik steht objektiv im Dienste sehr realer politischer Energien und Ziele.

Der so lange Zeit praktizierte und bisher in den Augen vieler bewährte Sozialstaat steht unter der Einwirkung des globalen Marktes unversehens auf dem Prüfstand und scheint ins Wanken zu geraten. Er hatte bisher für alle sozialen Härtefälle einzustehen, sie zu mildern oder auszuräumen – und war erfolgreich dabei. Die individuelle Eigenvorsorge der Bürger konnte hinter die kollektiven Systeme der staatlichen Daseinsvorsorge zurücktreten.

Jetzt erweisen die bisherigen Vorzeigemodelle unterschiedlich konzipierter Sozialstaatlichkeit in Europa, daß in bestimmten Bereichen der gesetzlich geregelten Daseinsvorsorge die Grenzen der Finanzierbarkeit – also auch der Ertragskraft des ökonomischen Systems – erreicht oder überschritten sind. Ferner wird deutlich, daß die Funktionsfähigkeit der national organisierten sozialen Sicherungssysteme unmittelbar von einer ausreichenden nationalen Beschäftigungsquote abhängig ist. Genauer: Der Sozialstaat wird unsozial, ja asozial, wenn er dauerhaft mehr ausgibt, als er zuvor von seinen Bürgern erhält, wenn er mehr verspricht, als er halten kann.

Hier erweist sich der globale Markt als ein untrüglicher, notfalls grausamer Zensor und Korrektor. In der Vergangenheit versuchten die nationalen Sozialstaatsschranken die freie Marktwirtschaft zu korrigieren, doch mittlerweile korrigiert die Wirtschaft der freien internationalen Märkte die nationalen Sozialstaaten. Durch den globalen Markt geraten die Preise für den Faktor Arbeit in den bisherigen Wohlstandsgesellschaften der ehemaligen „westlichen Industrienationen“ in einem bisher nicht gekannten Ausmaß unter Druck. Diese Mechanismen können bereits innerhalb des Gemeinsamen Marktes der Europäischen Union zu gravierenden Schwierigkeiten führen, dafür ist der Kampf

um das „Entsendegesetz“ in der deutschen Bauwirtschaft nur ein aktuelles und anschauliches Beispiel.

Diese gewünschte Konkurrenz kann sich auch bezogen auf den Weltmarkt positiv oder negativ auf Deutschland auswirken. Den weltweiten Wettbewerb kann die deutsche Wirtschaft (jedenfalls zeitweilig) gewinnen – Beispiel: Bio- und Umwelttechnologie, Telekommunikation/Multimedia⁴ – oder verlieren. Das kann zur Existenzgefährdung ganzer Branchen führen – Beispiel: Bekleidungsindustrie. Bisweilen wird aus politischen Gründen der fällige Strukturwandel durch dauerhafte Subventionierung künstlich hinausgezögert – Beispiel: Stahl, Werften, Steinkohle. Der globale Markt korrigiert durch unerbittliche Sanktionen (Verluste der Wettbewerbsfähigkeit und damit des nationalen Wohlstands) Regelungen und Maßnahmen des Sozialstaates, die nicht mehr finanzierbar sind. Das bedeutet: Die schönen und süßen Lebenslügen im internationalen Wettbewerb nicht finanzierbarer nationaler Sozialschutzgesetze haben kurze, immer kürzere Beine. Der globale Markt entlarvt jede regionale Beschönigung und jede sozialromantische Illusion⁵. Der Weltmarkt reduziert also nationale wirtschafts- und sozialpolitische Sonderwege und gutgemeinte Schutzeingriffe des Sozialstaates auf die marktverträgliche Dimension. Die Arbeitslosenzahlen in Europa sprechen eine deutliche Sprache.

4 Vgl. Rüttgers, FAZ v. 21.8.1996, S. 8.

5 Vgl. Andreas Zielcke, Der neue Doppelgänger – Die Wandlung des Arbeitnehmers zum Unternehmer, FAZ-Beilage „Bilder und Zeiten“ vom 20.7.1996.

D. Zur Rolle des Arbeitsrechts in entwickelten Industriegesellschaften

I. Verdienste und Kosten

Die Untersuchung der Rolle des Arbeitsrechts, speziell des richterrechtlich gesetzten Arbeitsrechts, für den Wirtschaftsstandort Deutschland erfordert eine Vorbemerkung. Sie soll Mißverständnissen vorbeugen. Das deutsche Arbeitsrecht hat beim Aufbau der Bundesrepublik Deutschland, bei der Entwicklung und Festigung des sozialen Konsenses, der sie auch in schwierigen Zeiten bis heute gekennzeichnet hat, einen unbestreitbaren, erheblichen Anteil. Bezeichnend dafür ist u.a. die Tatsache, daß die Bundesrepublik im internationalen Vergleich nach der Schweiz und Österreich – dort gelten andere Rahmenbedingungen – das marktwirtschaftlich organisierte Industrieland mit den geringsten Arbeitskampfverlusten und einer besonders hohen Produktivität ist. Diese Fakten sind für eine ausgewogene Einschätzung der Bedeutung des Arbeitsrechts und auch der Arbeitsgerichtsbarkeit ein beachtenswertes Kriterium. Das sollte auch in der gegenwärtigen bedrückenden Beschäftigungskrise weder vergessen noch abgewertet werden.

Andererseits verursacht das Arbeitsrecht neben allen seinen positiven Funktionen auch in erheblichem Umfang Kosten. Hierzu zählen die Kosten, die durch freigestellte Betriebsräte und die Betriebsratsarbeit selbst entstehen, die Kosten durch das häufig notwendige „Freikaufen“ vom Arbeitsvertrag im Kündigungsschutzprozeß und die Kosten, die durch Sozialplanansprüche verursacht werden. Diese liegen in Deutschland ganz erheblich über dem internationalen Durchschnitt bzw. sind dort völlig unbekannt und be-

einflussen die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wirtschaft in einem gefährlichen Ausmaß. Das gilt zum Beispiel sogar gegenüber dem „Hochlohnland“ Schweiz, das deshalb erhebliche Direktinvestitionen deutscher Unternehmer – auch solcher, die in der deutschen Tarifpolitik eine herausragende Rolle spielen – zu verzeichnen hat. Auch schweizerische Dienstleister sind im Süden Deutschlands wegen der geringeren Arbeitskosten trotz höherer Löhne erfolgreiche Wettbewerber.

Wie steht es also, realistisch betrachtet, mit dem Zustand des deutschen Arbeitsrechts im internationalen Vergleich? Ist es ein Schutz oder ein Schadensfaktor für die deutschen Arbeitnehmer? Warum haben die pauschalen Äußerungen des BAG-Präsidenten Dieterich ein so lebhaftes kritisches Echo bei den Vertretern kleiner, mittlerer und großer Unternehmen ausgelöst? Wie könnte eine an der Realität orientierte Bestandsaufnahme der relevanten Fakten und Funktionen des deutschen Arbeitsrechts aussehen? Welche Steuerungswirkungen auf den Wirtschaftsprozess und den Arbeitsmarkt gehen von ihm aus?

II. Verelendung des Proletariats als Auslöser der Entstehung

Zum Verständnis des gegenwärtigen Zustandes des Arbeitsrechts ist es nützlich, ja notwendig, seine Entstehungsgeschichte zu bedenken. Ein Blick auf das 19. Jahrhundert mag zunächst genügen, obwohl es reizvoll und bereichernd wäre, die harten Konflikte zwischen Handwerkszünften und Gesellenbruderschaften des ausgehenden Mittelalters in die Betrachtung einzubeziehen⁶. Entstanden ist das moderne Arbeitsrecht vor allem durch den Wandel der Produktionsprozesse im Zuge der Industrialisierung im 19. Jahrhun-

dert. Weitgehende Arbeitsteilung, Massenproduktion und das Produktionsmitteleigentum in den Händen weniger auf der Grundlage liberalistischer Wirtschaftspolitik führten in den betroffenen Ländern zu einer massenhaften Verelendung des neuen „vierten“ Standes der Industriearbeiter⁷. Die grausamen Existenzbedingungen großer Teile der Arbeiterschaft jener Epoche sind bis in die Einzelheiten dokumentiert⁸. Die aus heutiger Sicht fast unvorstellbaren Bedingungen auch der Kinder- und Frauenarbeit führten – nach langer Anlaufzeit – 1839 erstmals zu einer gesetzlichen Regelung der Kinderarbeit⁹. Der Gesetzgeber handelte nicht nur aus humanitären, sondern ebenso sehr aus militärischen Gründen. Die Fabrikkinder hatten sich bei der Mu-

-
- 6 Vgl. etwa F. Mummenhoff, *Der Handwerker in der deutschen Vergangenheit*, Leipzig 1901; M. Stürmer, *Herbst des Alten Handwerks*, dtv-dokumente, München 1979; zu den arbeitskampffählichen Konflikten des ausgehenden Mittelalters vgl. Rütters, *Streik und Verfassung*, Köln 1960, S. 5-9.
 - 7 Wolfram Fischer, *Wirtschaft und Gesellschaft im Zeitalter der Industrialisierung*, Göttingen 1972; Kocka, *Lohnarbeit und Klassenbildung in Deutschland 1800-1875*, Berlin, Bonn 1983; Carl Jantke, *Der vierte Stand*, Freiburg 1955; Golo Mann, *Deutsche Geschichte des 19. und des 20. Jahrhunderts*, Frankfurt/M 1958, S. 399 ff.; Helga Grebing, *Geschichte der deutschen Arbeiterbewegung*, 2. Aufl., München 1966, S. 17 ff.; aus der Sicht eines DDR-Historikers, vgl. Jürgen Kuczynski, *Geschichte des Alltags des deutschen Volkes*, Bd. 3, 1810-1870, Berlin 1981.
 - 8 Vgl. zusätzlich G.K. Anton, *Geschichte der preußischen Fabrikgesetzgebung*, in: Schmollers staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen, 11. Bd. 2. Heft, Leipzig 1891.
 - 9 Das „Regulativ über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken“ verbot die Kinderarbeit vor 5 Uhr morgens

sterung für die preußische Armee überwiegend als dienstuntauglich erwiesen. Daran wird beispielhaft deutlich, daß von Anfang an die soziale Frage und die politische Antwort der staatlichen Gesetzgebung zum Arbeitnehmerschutz eine systempolitische Dimension hatten. Es ging dabei nie allein um humanitären Schutz für ausgebeutete Arbeiter, Frauen oder Kinder, sondern immer auch um die Erhaltung und die Funktionsfähigkeit der jeweiligen Wirtschafts- und Staatsverfassung.

III. Arbeitsrechtsordnung, Wirtschafts- und Staatsverfassung als Funktionseinheit

Diese – unlösbare – Verknüpfung der Arbeitsrechtsordnung mit der Wirtschafts- und Staatsverfassung ist bei der Anwendung und Fortbildung des Arbeitsrechts, insbesondere des Richterrechts, lange übersehen und ungenügend gewichtet worden. Das hat zu schwerwiegenden Verengungen und Verkürzungen bei der Definition der Normzwecke des Arbeitsrechts in entwickelten Industriegesellschaften geführt. Die meisten Lehr- und Handbücher folgern aus der historischen Tatsache, daß das Arbeitsrecht unter den Verelendungserscheinungen des 19. Jahrhundert seinen anfänglichen Schwerpunkt im gesetzlichen Arbeitnehmerschutz hatte, dies sei der einzige oder jedenfalls der dominante Normzweck des Arbeitsrechts. Die Vertreter dieser Sichtweise stützen ihre Ansicht oft durch Verweisungen auf das

und nach 9 Uhr abends, ließ aber – zusammen mit der Pflichtschulzeit – eine Inanspruchnahme der Fabrikkinder von insgesamt 16 Stunden zu. Vgl. G.K. Anton, Geschichte der preußischen Fabrikgesetzgebung, in: Schmollers staats- und sozialwissenschaftliche Forschungen, 11. Bd. 2. Heft, Leipzig 1891, S. 51 f.

„Sozialstaatsprinzip“ des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG). Darin liegt, wie das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit der Frage von Grundrechtskonkurrenzen festgestellt hat, nicht selten eine Fehlinterpretation. Es ist ein fundamentales Mißverständnis, das Sozialstaatsprinzip als eine verfassungsgesetzliche und arbeitsrechtspolitische „Einbahnstraße“ im Zweifel zugunsten der gerade streitbefangenen Arbeitnehmer (also etwa der jeweiligen Arbeitsplatzbesitzer in einem Kündigungsschutzprozeß) aufzufassen. Das wird den differenzierten Norm- und Schutzzwecken des Arbeitsrechts einer hochentwickelten Industriegesellschaft nicht gerecht. Das Sozialstaatsprinzip fordert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Gestaltung einer gerechten Sozialordnung *für alle*. Es schützt also auch Arbeitgeber und Arbeitslose gegenüber Arbeitsplatzbesitzern, wenn diese sich als leistungsunwillig erweisen oder sich auf Kosten ihrer Kollegen und/oder des Arbeitgebers mißbräuchlich Leistungen der sozialen Sicherungssysteme oder des Unternehmens zu erschleichen suchen. Jede einseitige Schutzzweckinterpretation einzelner arbeitsrechtlicher Vorschriften und ganzer Gesetze ist geeignet, die von der Arbeitsrechtsordnung angestrebte Verwirklichung der komplexen Normzwecke dieses Rechtsgebietes zu durchkreuzen. Insofern kann die Definition der „Aufgaben“ und „Normzwecke“ des Arbeitsrechts in den einschlägigen Lehr- und Handbüchern als ein wichtiges Kriterium für deren Qualitätsstandard dienen. Die Prinzipien des arbeitnehmerischen „Sozialschutzes“, der „sozialen Selbstverwaltung“ und der „Mitbestimmung“ sind nach wie vor wichtig. In ihnen erschöpfen sich jedoch die Regelungsziele des modernen Arbeitsrechts nicht.

Entscheidend für die zutreffende Definition der Normzwecke („Aufgaben“) des Arbeitsrechts ist die Einsicht, daß es in der realen Wirkung, in der normativen Verschränkung der Grundlagen und in der Analyse beider Elemente einen unlösbaren Zusammenhang zwischen Arbeitsverfassung, Wirtschaftsverfassung und Staatsverfassung gibt¹⁰.

IV. Die Mehrheit der Normzwecke – Der Irrtum vom Zweckmonopol des Sozialschutzes für Arbeitnehmer

Das Arbeitsrecht erfüllt in entwickelten Industriegesellschaften mehrere wichtige Aufgaben nebeneinander. Keine von ihnen kann ohne schweren Schaden für das Gesamtsystem vernachlässigt werden:

- (1) Das Arbeitsrecht schützt die im Regelfall wirtschaftlich und sozial schwächeren, persönlich weisungsabhängigen Arbeitnehmer durch die Gewährleistung von Mindeststandards, vor allem in den individualrechtlichen Beziehungen des Einzelarbeitsvertrages.
- (2) Das Arbeitsrecht schafft durch die kollektivrechtlichen Institutionen der Betriebsverfassung (Betriebsautonomie), der Unternehmensmitbestimmung und der Tarifautonomie Instrumente eines fairen Ausgleichs und einer Harmonisierung der gegenläufigen, aber auch der gemeinsamen kollektiven Interessen der Arbeitsmarktparteien. Es regelt ihre Beteiligung („Mitbestimmung“)

¹⁰ Im Ergebnis wie hier Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 1992, S. 1 ff.; MünchArbR-Buchner, Bd. I, München 1992, 36 Rdnr. 1 ff.; Brox/Rüthers, Arbeitsrecht, 12. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln 1994, Rdnr. 1a-1d.

in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, der Sozialversicherung und der Arbeitsverwaltung.

- (3) Das Arbeitsrecht fördert eine möglichst reibungs- und konfliktarme, effektive Produktion von Waren und Dienstleistungen im gemeinsamen Interesse aller an der Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Wirtschaftsstandorte (= Arbeitsplätze!) und der Sicherung eines ausreichenden Wachstums als Grundlage möglichst hoher Beschäftigungsraten.
- (4) Das Arbeitsrecht festigt die jeweilige Gesellschafts- und Staatsordnung durch die rechtliche Kanalisierung („Domestizierung“) schichtspezifischer Gegensätze der Arbeitsmarktparteien.

Nur die Zusammenschau dieser für den Bestand der Wirtschafts- und Staatsverfassung unverzichtbaren Aufgaben (= Normzwecke des Arbeitsrechts) gewährleistet eine sachgerechte Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht. Das gilt gleichermaßen für die Normsetzer wie für die Rechtsanwender des Arbeitsrechts, also besonders für die Arbeitsgerichtsbarkeit. Letztlich handelt es sich um die zutreffende verfassungsrechtliche Sicht und Funktionszuordnung des Arbeitsrechts¹¹.

Es ist also eine zentrale Frage für die Theorie und die Praxis des Arbeitsrechts, dessen Normzwecke vollständig zu erfassen und zu beachten. Verengt man das Blickfeld ausschließlich auf den Arbeitnehmerschutz („Arbeitsrecht

11 S. MünchArbR-Buchner, Bd. I, München 1992 § 36, Rdnr. 1 ff.

für Arbeitnehmer“), so kann dies zu systemwidrigen und gefährlichen Steuerungsfehlern bei der Rechtsanwendung, der Rechtsfortbildung wie der Rechtspolitik führen, die sich auch auf den Arbeitsmarkt auswirken. Es wird zu prüfen sein, in welchem Umfang solche negativen Steuerungseffekte bereits eingetreten sind.

Das zwingende Gebot der Orientierung des Rechtsanwenders an den Normzwecken des Arbeitsrechts gilt für dessen sämtliche Teilgebiete, also für das gesamte individuelle und kollektive Arbeitsrecht. Die über den Sozialschutz hinausreichenden wirtschaftlichen Steuerungsfunktionen des Arbeitsrechts sind sachgerecht zu gewichten. Diese Feststellung hat erhebliche rechtspraktische Bedeutung. Trotzdem sind nicht wenige rechtsfortbildende Grundsatzentscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit und ebenso zahlreiche Lehr- und Handbücher sowie Kommentare zu Teilgebieten des Arbeitsrechts dadurch gekennzeichnet, daß sie den Zusammenhang des Arbeitsrechts mit der Wirtschaftsordnung nicht zur Kenntnis nehmen, verdrängen oder unzureichend berücksichtigen.

V. Die Steuerungsfunktion des Arbeitsrechts für den Wirtschaftsprozeß – Irrwege der Rechtsanwendung

In den einschlägigen Werken zum Kündigungsschutz, zum Betriebsverfassungsrecht und zum Arbeitskampfrecht wird die wirtschaftliche Steuerungsfunktion des Arbeitsrechts fast regelmäßig nicht einmal erwähnt. Worte wie Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsordnung, Arbeitsmarkt und Marktwirtschaft kommen in den Stichwortverzeichnissen

nicht vor¹². Begründet wird dieser Ausschluß von arbeitsmarktbezogenen Folgenabwägungen beim Kündigungsschutz damit, daß das Kündigungsschutzgesetz in seiner normativen Reichweite unabhängig von der volkswirtschaftlichen Lage sei und „außerhalb der Vertragsbeziehung angesiedelter Drittinteressen“ stehe. Es komme allein auf die gegenseitigen Einzelvertragsbeziehungen zwischen dem jeweiligen Arbeitnehmer und Arbeitgeber und deren Interessen an¹³.

Diese Auffassung, die auch große Teile der Rechtsprechung bestimmt, ist in ihrer absoluten Fixierung auf das Einzelarbeitsverhältnis eine maßgebliche Ursache für die beschäftigungspolitischen Fehlsteuerungen, die von der gegenwärtigen Spruchpraxis der Arbeitsgerichte zum Kündigungsschutz ausgehen. Die Relevanz des Kündigungsschutzes im Einzelfall für das Arbeitsmarktverhalten aller Wirtschaftssubjekte in vergleichbaren Situationen wird geleugnet oder verdrängt. Das hat weitreichende negative Folgen und entspricht, wie zu zeigen sein wird, nicht den gesetzgeberischen Zwecken des gesetzlichen Kündigungsschutzes.

12 Vgl. etwa zum Kündigungsschutz KR-Gemeinschaftskommentar, 4. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1996; Staudinger/Neumann und Preis, 12. Aufl., Berlin 1995, 620 ff.; R. Ascheid, Kündigungsschutzrecht, Stuttgart, Berlin, Köln 1993; Herschel/Löwisch, Kommentar zum Kündigungsschutzgesetz, 6. Aufl., Heidelberg 1984; Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., München 1995.

13 Vgl. Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987, S. 126.

1. Die Verknennung der systempolitischen Funktionen und Zwecke des Arbeitsrechts

Die arbeitsmarktpolitische Dimension des Arbeitsrechts in den beispielhaft genannten Werken wird nicht allein in den Stichwortverzeichnissen verdrängt. Verkannt wird vielmehr häufig die komplexe wirtschaftliche Interessenlage, die vom Arbeitsrecht geregelt wird. Beschränkt man das Blickfeld auf die jeweils streitbefangene konkrete Arbeitgeber-Arbeitnehmer-Beziehung, so läßt man außer acht, daß von jeder arbeitsrechtlichen Entscheidung eine über den Streitfall hinausreichende „Außensteuerung“ ausgeht.

Hier liegt ein bisher weithin unerkanntes, jedenfalls ungelöstes Problem des deutschen Arbeitsrechts. Viele Arbeitsrechtler in der Gesetzgebung, Verwaltung, Wissenschaft und Arbeitsgerichtsbarkeit haben nicht erkannt, daß sie, real betrachtet, ein wirtschaftslenkendes Gewerbe betreiben. Nicht wenige scheuen, mit kritischen Hinweisen konfrontiert, geradezu erschrocken und mit deutlichen Zeichen innerer Abwehr vor dieser Einsicht zurück. Sie halten die Wahrnehmung, Abschätzung und Abwägung der wirtschaftlichen, systemrelevanten Folgen ihrer Maßnahmen, Literaturbeiträge und Entscheidungen nicht für einen Teil ihrer professionellen, berufsethisch gebotenen Verantwortung. Eine Ursache dieser Ausblendung wirtschaftlicher Folgen juristischer Steuerungsmaßnahmen liegt auch in der Juristenausbildung. Weder an den Universitäten noch in der Richterausbildung wird dieser Aspekt juristischer Tätigkeit hinreichend behandelt.

Nur so ist es wohl zu verstehen, daß ein beliebtes Argument der Arbeitsrichter, auch und gerade der Richter des Bundesarbeitsgerichts, dahin geht, man sei doch gar nicht norm-

setzend oder gar den Arbeitsmarkt beeinflussend tätig; man habe nur gesetzestreu und pflichtgemäß die gerechte Entscheidung des anstehenden Einzelfalles zu finden. Dabei wird übersehen, daß vor allem die Entscheidungen letzter Instanz, besonders solche in offenen Grundsatzfragen oder in Abweichung von bisherigen Judikaturen, ihre für die gesamte Rechts- und Wirtschaftsordnung wichtigen Wirkungen dadurch entfalten, daß sie für alle gleichartigen Fälle ähnlich wie ein Gesetz in die Zukunft wirken.

2. Grundsatzentscheidungen der Arbeitsgerichtsbarkeit als Wirtschaftspolitik

Der Einzelfall, an dem solche „Fallnormen“ entwickelt und auf den sie erstmals angewendet werden, tritt mit der Rechtskraft der Entscheidung völlig zurück. Wer weiß und wen interessiert heute noch, daß etwa die grundlegenden Entscheidungen des Großen Senats beim Bundesarbeitsgericht zum Arbeitskampfrecht¹⁴ aus Streitfällen in der Hochseefischerei und – noch skurriler – aus der Kündigung von sechs streikenden Croupiers in der Spielbank von Bad Neuenahr entstanden sind. Wer erinnert sich noch, daß die vielfachen Schwankungen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Warnstreik mit einer Entscheidung in einem Kündigungsschutzprozeß begannen, der ein zweistündiges lokales Demonstrations-Happening vor der Edelsteinbörse in Idar-Oberstein betraf¹⁵. Die mehrfach umgekremelte, von Anfang an fehlgeleitete Rechtsprechung zum neuen Kampfmittel Warnstreik mit ihren Folgewirkungen

14 BAG Urteile vom 28.1.1955 und vom 21.4.1971 – AP Nr. 1 u. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

15 BAG Urteil vom 17.12.1976 – AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. Rütters.

auf das gesamte Kampfgleichgewicht („Neue Beweglichkeit“, „ultima ratio“) nahm hier ihren Ausgang (dazu später mehr).

Die Beispiele zeigen: Nicht nur die „Einzelfallgerechtigkeit“ ist bei letztinstanzlichen Entscheidungen ein wichtiger Orientierungspunkt. Daneben hat wegen der normativen Ausstrahlung letztinstanzlicher Entscheidungen die „*Systemgerechtigkeit*“ ihrer Folgen herausragende Bedeutung. Sie setzen – unvermeidbar – Normen. Sie bestimmen das künftige Verhalten der betroffenen Bevölkerungskreise. Sie festigen und verändern die bestehende Rechtsordnung, sind also insofern immer auch Akte der – bewußten oder (leider zu oft) unbewußten und dann unbedachten – *Rechtspolitik*.

Hier liegen Kernprobleme eines erheblichen Teiles der arbeitsgerichtlichen Judikatur, auch der Literatur. Es ist insoweit kennzeichnend, daß die Einsicht in die Einwirkung des Arbeitsrechts auf den Wirtschaftsstandort Deutschland von einem Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts erstmals 1996 artikuliert worden ist. Er repräsentiert mit dieser verspäteten Äußerung ungewollt den verzögerten Erkenntnisstand weiter Teile dieses Gerichtszweiges.

VI. Das Arbeitsrecht der Gegenwart als Produkt des deutschen „Wirtschaftswunders“

Zum Verständnis des gegenwärtigen Zustandes des deutschen Arbeitsrechts und der zunehmend kritischen Debatte, die weit über den Rahmen der Fachkreise hinaus in der Öffentlichkeit geführt wird (und werden muß), ist die Besinnung auf die politischen und ökonomischen Rahmenbedingungen seiner Entstehung nach 1945 erforderlich.

1. Konjunkturaufschwung und geringe Beschäftigungsprobleme

Die Grundlinien der Entwicklung des staatlich gesetzten Arbeitsrechts, also des Gesetzesrechts und des Richterrechts, sind in der Zeit etwa zwischen 1949 (Gründung der Bundesrepublik) und 1976 (Verabschiedung des Mitbestimmungsgesetzes) festgelegt worden. Es war dies die Zeit eines langandauernden konjunkturellen Aufschwungs und – von leichten Schwankungen abgesehen – einer verlässlich wachsenden oder doch stabilen Beschäftigungsentwicklung, vielfach nahe an der Vollbeschäftigung. Arbeitsrechtlich verursachte Kosten traten regelmäßig kaum in das Bewußtsein der staatlichen Normsetzer oder galten im Hinblick auf das langzeitige Wirtschafts- und Beschäftigungswachstum als systemverträglich oder sogar als unbedeutend. Die Tarifparteien verhielten sich weithin ähnlich.

Als Mitte der 80er Jahre erstmals in Westdeutschland die Arbeitslosenzahlen die Zwei-Millionen-Grenze längerfristig überschritten, kam zunächst niemand von den staatlichen Normsetzern (Gesetzgebung und Arbeitsgerichtsbarkeit) auf die Idee, das Arbeitsrecht oder auch nur seine Anwendung müsse im Interesse des Gemeinwohls und der Arbeitslosen an die veränderte Wirtschaftslage in vielen Branchen und Unternehmen angepaßt werden.

Die ausbleibende Reaktion der staatlichen Normsetzer wird verständlich, wenn man das Verhalten der Tarifparteien zur gleichen Zeit betrachtet. Hier gab es eine bemerkenswerte gemeinsame Grundeinstellung. Es schien und scheint so, als gäbe es im Grundgesetz der Bundesrepublik einen ungeschriebenen, aber ehernen „Grundrechtsartikel Null“, der vor der Menschenwürde und dem Gemeinwohl rangiert.

Sein Wortlaut: „*Einmal erreichte soziale Besitzstände sind unantastbar.*“ Dieser Satz ist unterbewußt in den Köpfen und Herzen aller (!) Bevölkerungsgruppen fest verankert, gleichsam betonierte. Ihm werden fast beliebige Opfer gebracht, allerdings in der Regel auf Kosten anderer. Er ist u.a. eine Ursache des Andauerns und des Wachstums der Beschäftigungskrise seit etwa 1975 in Westdeutschland, seit 1991 auch in den neuen Bundesländern¹⁶. Im Osten ist die Nostalgie nach den trügerischen sozialistischen Errungenschaften eine Hauptquelle der Unzufriedenheit und ein wesentliches mentales Hindernis für die Akzeptanz marktwirtschaftlicher Gegebenheiten.

2. Einseitige Orientierung an Großunternehmen der Güterproduktion

Ein anderes wichtiges Problem des Arbeitsrechts der Bundesrepublik ist seine dominante Orientierung an Großunternehmen der Güterproduktion. Der Mittelstand und das Handwerk einerseits und der gesamte gewaltige Dienstleistungsbereich andererseits lagen weitgehend außerhalb des Blickfeldes der Planer und Konstrukteure des deutschen Arbeitsrechts. Die Schlüsselbranchen der Tarifpolitik (Metall, Chemie, Druck, Presse und öffentlicher Dienst) gaben auch bei der Einflußnahme auf die Gesetzgebung und die richterliche Ersatzgesetzgebung den Ton an. Die kleinen und mittelständischen Unternehmen hatten und haben sich mit den Regelungen abzufinden, die für die Größeren und Großen zutreffen mögen.

¹⁶ Vgl. die Übersicht im Jahresgutachten 1995/96 des Sachverständigenrats, S. 369.

Die Mehrheit der Arbeitnehmer wird aber gerade nicht in Großunternehmen, sondern in Klein- und Mittelbetrieben beschäftigt. Die arbeitsrechtlichen Gesetze nehmen darauf in der Regel keine oder zu wenig Rücksicht. Das anschauliche Beispiel sind die komplizierten und kostenträchtigen Regelungen des Betriebsverfassungsgesetzes in ihrer heutigen, von der BAG-Rechtsprechung oft zusätzlich bewirkten Undurchsichtigkeit. Wie soll ein Handwerksmeister oder Elektrofachhändler sich ohne ständige und kostspielige Spezialberatung im Dschungel der sich ständig verändernden, nicht selten schwankenden Rechtsprechung zur Mitbestimmung oder zur sozialen Auswahl bei betriebsbedingten Kündigungen, zur Festlegung der Arbeits- und Öffnungszeiten seines Betriebes oder zur Einführung von personenbezogenen Datenerfassungssystemen auskennen?

Die überwiegende Ausrichtung des Arbeitsrechts an größeren Produktionsunternehmen führt dazu, die Sonderprobleme der übrigen Bereiche zu vernachlässigen, was diesen beträchtliche zusätzliche Beschwerden und Kosten auferlegt.

3. Defizite im Wirtschaftsverständnis der Juristen

Ein letzter allgemeiner Faktor sei erwähnt, der das deutsche Arbeitsrecht in seiner Funktionsweise beeinflusst. Arbeitsrecht ist, wie angedeutet wurde, ein Instrument, das den Wirtschaftsablauf maßgeblich steuert, nämlich ein Teil der Wirtschaftsverfassung, ein Standortfaktor. Es wird überwiegend von Juristen gemacht und fast ausschließlich von Juristen angewendet und fortgebildet.

Arbeitsrecht ist ein Steuerungsinstrument auch der Wirtschaftspolitik. Wer steuert, sollte das Ziel und die Richtung dorthin kennen.

Wie bereits dargelegt, liegen hier zwei Problembereiche. Erstens sind viele Arbeitsrechtler aller Berufsrichtungen (Gerichtbarkeit, Arbeitsverwaltung, Arbeitsrechtswissenschaft) heute noch darauf fixiert, der soziale Arbeitnehmerschutz sei der einzige, oder doch der dominante Normzweck des Arbeitsrechts. Sie erkennen nicht oder ungenügend, daß der Schutz nur eine unter mehreren gleichrangigen Aufgaben dieser Disziplin ist. Und zweitens übersehen sie oft, daß dauerhaft nur derjenige Arbeitnehmerschutz gewährleistet ist, dessen Kosten zuvor erwirtschaftet werden können. Ein vermeintlicher Arbeitnehmerschutz, der die von der Produktivität gedeckten Kosten übersteigt, ist real für die Arbeitnehmer schädlich.

Die gegenwärtige Beschäftigungskrise beweist das auf vielfältige Weise. Ein Sozialstaat, der nicht finanzierbar ist, wird asozial. Das Desaster des „schwedischen Modells“, aber auch die dort gezogenen Konsequenzen, könnten eine Lehre sein¹⁷. Für die arbeitsrechtlich verursachten Kosten der Unternehmen gilt nichts anderes. Von den Korrekturen, die Schweden am hypertrophen Sozialstaat vorgenommen hat (Lohnfortzahlung), wollen maßgebliche politische Kräfte in Deutschland nichts wissen.

17 Vgl. „Vernunft-Modell-Schweden: Das Maß war voll, die Kasse leer“, iw-gewerkschaftsreport, 2/1996, S. 23 ff.; Borg, „Schweden, ein Wohlfahrtsstaat im Niedergang“, in: Der Sozialstaat im Umbruch, Winterberg u.a., St. Augustin 1996, S. 45 ff.; Handelsblatt v. 19.9.1996, S. B2.

Noch etwas anderes ist zu bedenken: Juristen werden mit der ständig wachsenden Fülle des Rechtsstoffes in ihrer Ausbildung sehr eingehend vertraut gemacht. In allen Teilgebieten sind durch die ständig wachsende Komplexität der gesellschaftlichen Verhältnisse umfangreiche neue Gesetzesmengen und Rechtsprechungsmassen entstanden, die sie in ihren Prüfungen kennen müssen oder sollen. Das Verständnis für die vielfältigen und komplizierten Verschränkungen der Rechtsordnung mit dem Wirtschaftsprozeß bleibt demgegenüber bei vielen unterentwickelt, ja rudimentär. Der Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, aber auch zwischen Unternehmenspraxis und Arbeitsgerichtsbarkeit ist gerade in Deutschland – gelinde gesagt – noch entwicklungsfähig. Ich habe mich dazu auf dem Deutschen Juristentag 1994 in Münster¹⁸ näher geäußert.

18 Vgl. Rütters, Verhandlungen des 60. Deutschen Juristentages, Festvortrag, München 1994, S. I 5 (I 18 ff.).

Erster Teil: Zur Rolle der Rechtsprechung

A. Parteilichkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit? – Zum vermeintlichen generellen Vorrang des Arbeitnehmerschutzes im Arbeitsrecht

Auch viele Arbeitsrichter und Arbeitsrechtsprofessoren wissen nicht oder wollen nicht wahrhaben, daß sie mit fast allen ihren Entscheidungen positive oder negative Rahmenbedingungen für den Wirtschaftsablauf und für die Beschäftigungsentwicklung setzen. Das gilt besonders dort, wo sie nicht vorgegebene gesetzliche Wertmaßstäbe gesetzestreu anwenden, sondern wo sie rechtsfortbildend tätig werden. Die richterliche Normsetzung findet nicht nur dort statt, wo Gesetze völlig fehlen, wie etwa im Arbeitskampfrecht. Das Tätigkeitsfeld richterlicher Regelungsmacht und zunehmender Regelungsfreude sind auch jene weiten Bereiche, in denen der parlamentarische Gesetzgeber die Normsetzung durch weitgefaßte Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe an die Gerichte delegiert hat. So ist etwa das gesamte, scheinbar gesetzlich genau geregelte Kündigungsschutzrecht über die Generalklauseln vom „wichtigen Grund“ in § 626 BGB und „sozial gerechtfertigt“ in § 1 KSchG in der Wirklichkeit weitestgehend Richterrecht. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts dazu hat, ohne daß ein Gesetzesbuchstabe geändert werden mußte, den Kündigungsschutz in vielen Fallgruppen über Jahrzehnte hin stetig und erheblich zugunsten der Arbeitsplatzbesitzer und seit Mitte der 70er Jahre zum Nachteil der Millionen Arbeitslosen ausgebaut. Dazu demnächst einige Beispiele.

Der Trend einer ständigen Ausweitung des arbeitsrechtlichen Sozialschutzes zugunsten der in Arbeitsverhältnissen

stehenden Arbeitnehmer war und ist, wie viele Beispiele zeigen, nicht auf den Kündigungsschutz beschränkt. Er entspringt einer generellen Neigung der Arbeitsrechtler, besonders der Richter in der Arbeitsgerichtsbarkeit, die zu einem großen Teil immer noch von der lange gepflegten Vorstellung geleitet werden, der Sozialschutz sei der einzige und absolute, von allen sonstigen Rahmenbedingungen der Arbeits- und Wirtschaftsordnung unabhängige Hauptzweck des Arbeitsrechts. Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts belegt das in vielfältiger Weise auf allen Teilgebieten des Arbeitsrechts.

Eine frühe Entscheidung des 1. Senats¹⁹ hat das hinter dieser Tendenz stehende Vorverständnis vieler richterlicher Normsetzer auf den Begriff gebracht. Der Senat war mit einer gesetzlichen Wertung in § 10 MuSchG aus seiner Sicht von sozialer Gerechtigkeit unzufrieden. Er erteilte dann zunächst den auf Savigny zurückgehenden allgemein anerkannten Grundsätzen der logisch-systematischen und der historischen Auslegung eine klare Absage: Ihnen komme keine besonders ins Gewicht fallende Bedeutung zu. Damit hatte sich der Senat von der Bindung an den Willen des Gesetzgebers (das Mutterschutzgesetz von 1952 war gerade 11 Jahre alt) selbst befreit. Er begründet das dann mit der unbewiesenen Behauptung, es bestehe „eine gewisse Vermutung dafür“, daß der Gesetzgeber die zu entscheidende Interessenlage übersehen habe.

Es wird also nicht die Lücke als „planwidrige Unvollständigkeit“ des Gesetzes dargetan; es genügt „eine gewisse Vermutung“, um die Gesetzesbindung des Gerichts nach

19 Urteil vom 9.8.1963 – 1 AZR 497 – SAE 1964, 47 ff. mit Anm. Rütters

Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG abzustreifen. Dann wird – unter Berufung auf den „Sozialstaatsgedanken“ eine weit über den Fall hinausreichende allgemeine Auslegungsregel für das gesamte Arbeitsrecht aufgestellt:

„Daraus ergibt sich aber für die auf den Sinn des Gesetzes abstellende Auslegung, daß dann, wenn sich Zweifel in der Anwendung des Gesetzes aus dem Wortlaut nicht beheben lassen, eher die zugunsten der Arbeitnehmer als die gegenteilige Lösung zu verwirklichen ist.“²⁰

Mit gleicher Offenherzigkeit ist diese einseitige Kursbestimmung für die richterliche Rechtspolitik in einer Entscheidung wohl nicht mehr verkündet worden. Es war richterliche Rechtspolitik gegen das Gesetz und unter offener Durchbrechung aller methodischen Grundsätze. Von Rechtsfortbildung konnte im konkreten Fall nicht die Rede sein; es war eine eindeutige, vielleicht gesellschaftlich erwünschte, aber dem Gericht nicht zustehende Rechtsumbildung gegen das Gesetz.

Die Entscheidung gibt – weit über den Fall hinaus –, und das ist für den Zusammenhang mit der Beschäftigungskrise unverändert wichtig, ein richterliches Grundverständnis in den Führungsschichten der Arbeitsgerichtsbarkeit wieder, nämlich eine sehr weitgehende Loslösung von der Gesetzesbindung. Soweit die Gesetzestreue des Bundesarbeitsgerichts in Frage steht, gibt nicht nur diese Entscheidung Anlaß zu kritischer Betrachtung. Auch Äußerungen der Richterschaft außerhalb von Entscheidungsgründen lassen auf einen sehr freien Umgang mit verbindlichen gesetzlichen Wertungen schließen, etwa wenn offen einer Rechts-

²⁰ BAG SAE 1964, 47 (49).

methode des „Widerstands gegen die Norm“ das Wort geredet wird.

Nach dem Grundgesetz (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) sind die Gerichte, um es mit Philipp Heck²¹ zu sagen, zu „denkendem Gehorsam“ verpflichtet. Wo sie Lücken im Gesetz nicht mit überzeugenden Argumenten feststellen, sondern sie lediglich mit einer „gewissen Vermutung“ konstruieren, vertauschen sie die ihnen primär zugewiesene Aufgabe der Gesetzesanwendung gegen die der Ersatzgesetzgebung. Sie nehmen dabei (bewußt?) in Kauf, daß eine fehlerhafte Lückenfeststellung eine Gesetzesvereitelung bedeutet: Der Diener des Gesetzes macht sich über den Lückenbegriff zu dessen Zensor und Korrektor.

Dasselbe Risiko zeichnet sich gelegentlich auch in der Terminologie des Bundesverfassungsgerichts ab. So spricht dessen 1. Senat in einem Beschluß vom 3.4.1990 zur Zulässigkeit analoger Rechtsanwendung²² von einer „verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Lückensuche und -schließung“. Wer Gesetzeslücken *sucht*, wird in der Regel geneigt sein, solche auch zu finden, zumal er dadurch vom Diener zum Schöpfer der Entscheidungsnormen wird. Diese Neigung zur richterköniglichen Freiheit gegenüber dem Gesetzgeber ist im Bundesarbeitsgericht seit langem nicht unbekannt. So wird in der Laudatio auf den Geburtstag eines ehemaligen Vizepräsidenten 1982 hervorgehoben, „Widerstand gegen die Norm“ und „Weiterentwicklung der Norm“ seien gleichsam Schlüsselworte und Leitprinzipien

21 Vgl. Heck, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, gekürzte Ausgabe Bad Homburg v.d.H., Berlin, Zürich, 1968, S. 49 ff., 53 f., 130 ff.

22 JZ 1990, 811.

seiner Arbeit gewesen²³. Damit ist nicht die Zeit vor 1945 gemeint, sondern die richterliche Tätigkeit nach 1945. Die verfassungsrechtlich gebotene Gesetzesbindung im demokratischen Verfassungsstaat wird so sehr eigenwillig gedeutet. Das Lob wird dann in einem ungewöhnlich aussagekräftigen, fast schon anzüglichen Bild fortgeführt: Er habe mehrfach die richterliche Normsetzung dem Gesetzgeber vorausseilend „mit wuchtigen Stößen“ weitergetrieben und schließlich sogar den Gesetzgeber veranlaßt, bestimmte Rechtsfragen auf der Grundlage des von ihm entwickelten Richterrechts vollkommen neu zu regeln²⁴. Der damalige Laudator ist heute Präsident des Bundesarbeitsgerichts. Sein Lobpreis auf die offene Rechtspolitik des zu Ehrenden setzt sich wortreich fort. Es kann kaum zweifelhaft sein, daß diese unbefangene Laudatio das Rollenverständnis maßgeblicher Teile der Richterschaft beim Bundesarbeitsgericht verläßlich spiegelt.

Es erscheint daher lohnend, eine Reihe von arbeitsgerichtlichen Entscheidungen zu wichtigen Teilgebieten daraufhin zu prüfen, ob und in welchem Umfang die mehrfach ausgedrückte Bereitschaft, auch gegen die oder außerhalb der gesetzlichen Wertungen im Zweifel eher zugunsten der Arbeitnehmer zu entscheiden, zu einem generellen Leitprinzip der richterlichen Normsetzung (= Rechtspolitik) mancher BAG-Senate geworden ist²⁵.

23 S. Dieterich, RdA 1982, 329 (330).

24 S. Dieterich, RdA 1982, 329 (330).

25 Für den Bereich der Arbeitskampfrechtsprechung des 1. Senats des BAG, vgl. hierzu die Bemerkungen von Rieble: Anm. zum Urteil des 1. Senats des BAG vom 27.6.1995, SAE 1996, S. 227 (232).

Das könnte für die künftige Entwicklung hilfreich sein. Immerhin wächst inzwischen, gefördert durch die seit Jahren bestehende Beschäftigungskrise, die Erkenntnis, daß nahezu alle Entscheidungen der Arbeitsgerichte auch positive oder negative Rahmenbedingungen für den Wirtschaftsablauf und die Beschäftigungsentwicklung setzen.

Die rechtspolitisch wirksame richterliche Normsetzungs- und Gestaltungsmacht wird – wie in allen Rechtsdisziplinen – auch im Arbeitsrecht dort besonders deutlich, wo die Gerichte nicht nur klar definierte gesetzliche Wertmaßstäbe gesetzestreu anzuwenden haben, sondern „rechtsfortbildend“ tätig werden. Diese richterliche Normsetzung findet nicht nur dort statt, wo gesetzliche Regelungen für sozial bedeutsame Sachverhalte (fast) völlig fehlen, wie etwa im Arbeitskampfrecht. Tätigkeitsfelder richterlicher Regelungsmacht und zunehmender rechtspolitischer Gestaltungsfreude der Arbeitsgerichtsbarkeit, speziell des Bundesarbeitsgerichts, sind auch jene zahlreichen und weiten Bereiche, in denen der parlamentarische Gesetzgeber die Normsetzung durch bewußt weitgefaßte „unbestimmte Rechtsbegriffe“ und „Generalklauseln“ an die Gerichte delegiert hat. Sprachsoziologisch gesehen handelt es sich bei solchen Begriffen um „Leerformeln“²⁶. Rechtsmethodisch sind sie seit langem zutreffend als „Stücke offengelassener Gesetzgebung“²⁷ und als „Delegationsnormen“²⁸ erkannt worden, in denen die Normsetzungsfunktion von der Gesetzgebung auf die Gerichte delegiert wird.

26 Vgl. Degenkolbe, Logische Struktur und gesellschaftliche Funktionen von Leerformeln, Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie, 1965, 327 ff.

27 Vgl. J.W. Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, Tübingen 1933.

28 Ph. Heck, Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929, § 4, 1.

B. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum gesetzlichen Kündigungsschutz

Ein Hauptbeispiel für die rechtspolitische Herrschaft der Gerichte über ein scheinbar gesetzlich geregeltes Teilgebiet des Arbeitsrechts ist die Judikatur zum Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis. Die gesetzliche Regelung besteht zu wesentlichen Teilen aus zwei umfassenden und, wie sich gezeigt hat, beinahe beliebig interpretierbaren, nicht zuletzt auch umdeutbaren Generalklauseln.

Die außerordentliche Kündigung setzt nach § 626 BGB einen „wichtigen Grund“ voraus. Für unter das Kündigungsschutzgesetz fallende ordentliche Kündigungen gilt als Maßstab, daß sie nicht „sozial ungerechtfertigt“ (§ 1 KSchG) sein dürfen. Beide Generalklauseln werden durch weitere unbestimmte Rechtsbegriffe nur scheinbar ausdifferenziert. Ein wichtiger Grund besteht gem. § 626 Abs. 1 BGB, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zur vereinbarten Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann. Sozial ungerechtfertigt ist eine Kündigung, wenn sie nicht durch Gründe, die in der Person oder in dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen, oder durch dringende betriebliche Erfordernisse, die einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in diesem Betrieb entgegenstehen, bedingt ist.

Mit Hilfe dieser ausfüllungsfähigen und -bedürftigen Leerformeln hat die Arbeitsgerichtsbarkeit den Kündigungsschutz lange Zeit stetig richterrechtlich verstärkt.

Ursprünglich entschied das Bundesarbeitsgericht nahezu alle Fragen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach dem Prinzip der Interessenabwägung²⁹. Das ist bemerkenswert, weil § 1 Abs. 2 KSchG – anders als § 626 Abs. 1 BGB – jedenfalls nicht ausdrücklich eine Abwägung der widerstreitenden Interessen fordert. Die Formulierung „bedingt ist“ läßt sich auch als bloßes Willkürverbot lesen.

Die umfassende Billigkeitsabwägung im Einzelfall, welche vorgenommen wurde, um die soziale Rechtfertigung einer ordentlichen Kündigung zu beurteilen, führte zu einer konturenlosen, nicht voraussehbaren Rechtsprechung³⁰. Zwischenzeitlich hat das Bundesarbeitsgericht das von ihm aufgestellte Erfordernis einer allgemeinen und umfassenden Interessenabwägung im Anwendungsbereich des Kündigungsgesetzes scheinbar konkretisiert, für betriebsbedingte Kündigungen sogar aufgegeben³¹. Bei letzteren hält es nur noch formal für seltene, bisher praktisch nicht relevant gewordene Ausnahmefälle daran fest, daß die überwiegen- den Interessen des Arbeitnehmers zur Sozialwidrigkeit der Kündigung führen könnten³². Faktisch verzichtet das Bundesarbeitsgericht seit 1987 für betriebsbedingte Kündigungen auf eine Abwägung zwischen den Interessen der Arbeitsvertragsparteien.

29 Grundlegend BAGE 1, 99 (101 f.).

30 So auch Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., München 1995, Rdnr. 694.

31 S. zur betriebsbedingten Kündigung BAG EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 47.

32 Vgl. Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., München 1995, Rdnr. 643.

Erforderlich ist danach allein eine zweistufige Prüfung: Die Kündigung muß „an sich“ betriebsbedingt sein, und der Arbeitgeber muß nach § 1 Abs. 3 KSchG bei der *Auswahl* des gekündigten Arbeitnehmers soziale Gesichtspunkte ausreichend berücksichtigt haben. Demgegenüber prüft das Bundesarbeitsgericht die soziale Rechtfertigung einer Kündigung wegen Krankheit, welche den Hauptanwendungsfall personenbedingter Kündigungen bildet, in drei Stufen³³: Zunächst ist eine negative Prognose hinsichtlich des voraussichtlichen Gesundheitszustandes des Arbeitnehmers erforderlich. Weiterhin müssen die entstandenen und prognostizierten Fehlzeiten die betrieblichen Interessen erheblich beeinträchtigen. Schließlich ist im Wege der Interessenabwägung zu ermitteln, ob die erheblichen betrieblichen Beeinträchtigungen zu einer billigerweise nicht mehr hinnehmbaren Belastung des Arbeitgebers führen. Im Unterschied hierzu wird die Sozialwidrigkeit bei verhaltensbedingten Kündigungen zweistufig ermittelt³⁴: Zuerst muß ein Sachverhalt vorliegen, der *an sich* geeignet ist, eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen. Anschließend soll geprüft werden, ob die Kündigung einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes standhält.

Diese kursorischen Andeutungen zeigen bereits, daß die Kriterien zur sozialen Rechtfertigung einer Kündigung in den einzelnen Fallgruppen des § 1 Abs. 2 KSchG erheblich voneinander abweichen. Die Abkehr der Rechtsprechung von der umfassenden Billigkeitsbetrachtung im Einzelfall

33 S. BAG EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 38; EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 40.

34 Z.B. BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41.

sollte ursprünglich dem Zweck dienen, die Entscheidung über die Rechtfertigung einer Kündigung zu objektivieren. Leider ist das im Ergebnis nicht gelungen. Jedenfalls bei den personen- und verhaltensbedingten Kündigungen ist das zur Zeit geltende höchstrichterliche Kündigungsschutzrecht keineswegs durchsichtiger und in den Ergebnissen vorhersehbarer geworden. Relativ verlässlich und kalkulierbar war lange Zeit allein die Tendenz der Arbeitsgerichte, den arbeitsvertraglichen Bestandsschutz richterrechtlich stetig zu steigern. Dazu einige Beispiele:

I. Zur verhaltensbedingten Kündigung

Der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte am 17. März 1988 über die außerordentliche Kündigung eines Schichtarbeiters zu entscheiden³⁵, der zwischen Februar 1984 und Oktober 1985 an 104 Tagen zu spät zur Schicht erschienen war und ferner 15mal seinen Arbeitsplatz unerlaubt vorzeitig verlassen hatte; er war insgesamt nach vielen mündlichen Ermahnungen fünfmal schriftlich abgemahnt und zuletzt in einem persönlichen Gespräch vom Geschäftsführer selbst letztmals mündlich unter Androhung der Kündigung verwart worden.

Das Arbeitsgericht hatte der Kündigungsschutzklage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht die Berufung des Arbeitgebers zurückgewiesen: Die zahlreichen Verspätungen seien zwar an sich geeignet, eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen. Sie hätten dem Arbeitgeber die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der or-

35 S. BAG EzA § 626 BGB n. F. Nr. 116. Vgl. dazu Rütters, Gesteigerter Kündigungsschutz für Bummelanten?, FAZ v. 2.8.1989, S. 10.

dentlichen Kündigungsfrist aber nicht unzumutbar gemacht, weil die Hauptpflicht des Arbeitnehmers unter den verspäteten Arbeitsaufnahmen nicht gelitten habe.

Der 2. Senat bemängelte, das Landesarbeitsgericht habe bei seiner Prüfung nicht hinreichend zwischen der zu bejahenden Frage, ob das Verhalten des Arbeitnehmers an sich eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen könne, und der anschließend vorzunehmenden Interessenabwägung getrennt. Auch sei die Interessenabwägung des Landesarbeitsgerichts unvollständig und fehlerhaft. Obwohl der Arbeitnehmer an 104 Tagen zu spät zur Schicht erschienen war und 15mal den Arbeitsplatz vorzeitig verlassen hatte, sah der Senat sich aufgrund des „tatrichterlichen Beurteilungsspielraums“ aber außerstande, die Interessenabwägung selbst vorzunehmen. Das spricht für sich.

Der 7. Senat des Bundesarbeitsgerichts hatte am 7. Dezember 1988 die – in erster und zweiter Instanz verneinte – soziale Rechtfertigung einer *ordentlichen* Kündigung wegen ähnlich schwerwiegender, fünfmal schriftlich abgemahnter Vertragsverstöße (Überschreiten des Urlaubs, Urkundenfälschung, unentschuldigtes Fehlen, wiederholtes verspätetes Anzeigen von Erkrankungen) zu beurteilen³⁶. Der 7. Senat beschränkte die Prüfung des Kündigungsgrundes zunächst unverständlicherweise auf die verspätete Anzeige der Arbeitsunfähigkeit, welche das Faß zum Überlaufen gebracht und die Kündigung ausgelöst hatte. Im Anschluß an diese Verkürzung des Beurteilungsrahmens (Kündigungsanlaß als Kündigungsgrund) führte er aus, der Verstoß gegen die vertragliche Nebenpflicht zur unverzügli-

36 BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 26 mit Anm. Rüthers.

chen Anzeige der Arbeitsunfähigkeit und deren Fortdauer sei im Prinzip geeignet, eine ordentliche Kündigung sozial zu rechtfertigen. Das gelte aber dann nicht, wenn die Verletzung der Nebenpflicht ohne Folgen geblieben ist. Erforderlich sei eine konkrete Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses, eine Störung des Betriebsablaufs. Der 7. Senat berief sich hierfür zu Unrecht auf – allerdings mißverständliche und unterschiedlich verstandene³⁷ – Ausführungen des 2. Senats im Urteil vom 17. März 1988. Die dort angeblich aufgestellten Grundsätze für außerordentliche Kündigungen übertrug der 7. Senat dann unbesehen auf die von ihm zu beurteilende ordentliche Kündigung. Die Abwägungsakrobatik des 7. Senats ist beachtlich. Der gekünstelte Argumentationsgang erreicht – unfreiwillig – fast schon künstlerisches Niveau: Er erinnert an die Verlautbarungen von Radio Eriwan („im Prinzip ja, aber“). Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß die mehr als gewagte Konstruktion des 7. Senats nur geschaffen wurde, um dem arbeitsvertraglichen Bestandsschutz trotz der Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts letztlich doch den Vorrang einzuräumen. Die Signalwirkung dieser Entscheidung in der Praxis kann nur als verhängnisvoll und als objektiv arbeitnehmerfeindlich (nämlich beschäftigungshemmend) bezeichnet werden.

Zwischenzeitlich hat der 2. Senat des Bundesarbeitsgerichts ausdrücklich klargestellt, daß verhaltensbedingte Kündigungen – anders als krankheitsbedingte – nicht den Eintritt von Störungen im Betriebsablauf voraussetzen. Das gilt sowohl bei der Nichterbringung der vertraglich ge-

37 Vgl. etwa Börgmann, SAE 1989, 192; Preis, DB 1990, 630 (634); Willemsen, Anm. zu BAG EzA § 626 BGB n.F. Nr. 116.

schuldeten Arbeitsleistung³⁸ als auch bei der Verletzung vertraglicher Arbeitspflichten³⁹. Der abweichenden Ansicht des 7. Senats, der für Kündigungsstreitigkeiten nicht mehr zuständig ist, vermochte der 2. Senat nicht zu folgen⁴⁰.

Trotz dieser Klarstellungsurteile steht die für die Betriebspraxis unabdingbare Klarheit und Vorhersehbarkeit der Maßstäbe für verhaltensbedingte Kündigungen aber immer noch aus. Fester Boden ist nicht erkennbar. Die auch vom 2. Senat neben einem „an sich“-Kündigungsgrund für verhaltensbedingte Kündigungen geforderte generelle Interessenabwägung ist erfahrungsgemäß das Einfallstor für nahezu beliebige richterrechtliche Überraschungen. Hinzu kommt, daß das Bundesarbeitsgericht die Abwägung nicht auf arbeitsvertrags- und sachverhaltensbezogene Kriterien beschränkt, sondern z.B. auch Alter und Familienstand des Arbeitnehmers bei der Interessenabwägung berücksichtigt. Der richterrechtlich entwickelte Kündigungsschutz für Arbeitnehmer, die mehrfach und in schwerwiegender Weise gegen ihre arbeitsvertraglichen Verpflichtungen verstoßen, ist trotz gewisser einschränkender Tendenzen in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts nach wie vor erheblich überdimensioniert.

38 BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 37 mit Anm. Rütters/Franke.

39 BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41 mit Anm. Rütters/Müller.

40 S. BAG EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41, zu II.3.d. der Gründe.

II. Krankheit als personenbedingter Kündigungsgrund

Zur Fallgruppe der Kündigungen wegen langandauernder Krankheit stellte das Bundesarbeitsgericht in einer Grundsatzentscheidung vom 25. November 1982 die folgenden Richtlinien auf, welche die eigene Spruchpraxis, aber vor allem auch die der Instanzgerichte nachhaltig prägten⁴¹:

1. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, den Arbeitgeber von sich aus über Art und Verlauf seiner Krankheit zu informieren.
2. Eine Kündigung ist bei langanhaltender krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nur dann sozial gerechtfertigt, wenn im Kündigungszeitpunkt aufgrund objektiver Umstände von einer auf *nicht absehbare Zeit* (!) bestehenden Arbeitsunfähigkeit auszugehen ist.
3. Gerade diese Ungewißheit muß nach dem Bundesarbeitsgericht zu unzumutbaren betrieblichen und wirtschaftlichen Belastungen führen, wobei die Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen Teil des Kündigungsgrundes ist.
4. Zu den Maßnahmen, die vom Arbeitgeber in Erwägung zu ziehen sind, um durch lange Fehlzeiten entstehende betriebliche Schwierigkeiten zu überbrücken, gehört auch die Einstellung einer Ersatzkraft auf unbestimmte Zeit (!), also mit eigenem Kündigungsschutz nach Ablauf von sechs Monaten.

Nach einem Urteil desselben Senats vom 23. Juni 1983 sollten diese Rechtsgrundsätze entsprechend für Kündigungen wegen häufiger Kurzerkrankungen gelten⁴².

41 BAG EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 10.

42 BAG EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 12.

Besonders pikant war zum Zeitpunkt der Verkündung dieser Entscheidungen der Rat, zur Überbrückung betrieblicher Notlagen Ersatzkräfte unbefristet einzustellen. Angesichts der Stringenz des höchstrichterlichen, auch für die Ersatzkräfte geltenden Kündigungsschutzes erscheint dieser Rat – wie auch andere Empfehlungen des Bundesarbeitsgerichts an das Management – wenig hilfreich.

Inzwischen erlaubt das Beschäftigungsförderungsgesetz hier befristete Einstellungen. Auch hat der 2. Senat seine ausufernde Rechtsprechung mittlerweile punktuell eingeschränkt:

Ist der Arbeitnehmer bereits längere Zeit krank und die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit noch völlig ungewiß, so wird diese Ungewißheit wie eine feststehende dauernde Arbeitsunfähigkeit behandelt. Sie kann eine Kündigung ohne Rücksicht auf zusätzliche wirtschaftliche Belastungen des Arbeitgebers sozial rechtfertigen⁴³.

Bei der Beurteilung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung wegen häufiger Kurzerkrankungen gilt, daß bereits die entstandenen und künftig zu erwartenden Lohnfortzahlungskosten, welche jährlich für einen Zeitraum von mehr als sechs Wochen aufzuwenden sind, die betrieblichen Interessen erheblich beeinträchtigen. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob der Arbeitgeber Betriebsablaufstörungen darlegt oder eine Personalreserve vorhält⁴⁴.

Das Bundesarbeitsgericht hat die Folgen seiner Rechtsprechung zur krankheitsbedingten Kündigung für den Arbeitsmarkt lange Zeit kaum hinreichend bedacht. Möglicherwei-

43 BAG EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 38.

44 BAG EzA § 1 KSchG Krankheit Nr. 40.

se deuten die genannten jüngeren Entscheidungen eine Trendwende in der obergerichtlichen Rechtsprechung an. Es erscheint nicht ausgeschlossen, daß die Einsicht in die ökonomischen Folgen eines übersteigerten Kündigungsschutzes das Bundesarbeitsgericht zu einem vorsichtigen Umsteuern veranlaßt hat. Ausdrücklich erwähnt hat das Bundesarbeitsgericht die arbeitsmarktbeeinflussende Wirkung seiner Judikate allerdings bisher nicht. Es handelt sich also um eine vage Vermutung. Sie gibt keinen Anlaß zur Euphorie, und zwar auch deshalb nicht, weil bei den krankheitsbedingten Kündigungen stets noch eine Interessenabwägung mit all ihren Unwägbarkeiten erforderlich sein soll. Die für die Betriebspraxis so wichtige Frage, ob eine Kündigung vor den Arbeitsgerichten Bestand haben wird, läßt sich daher auch für die krankheitsbedingten Kündigungen nicht sicher beantworten.

Erwähnung verdient noch das Verhältnis zwischen Entgeltfortzahlung und Kündigungsschutz im Krankheitsfall. Die heftige Diskussion über die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall konzentriert sich zur Zeit auf die Mißbrauchsfälle, deren Realität durch die hohen Abwesenheitsquoten am Montag, am Freitag und an Brückentagen oder am Urlaubsende indiziert wird. Daneben ist jedoch zu beachten, daß die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sehr viele riskante Freizeitvergnügen und sonstige Verhaltensweisen des Arbeitnehmers bis hin zum Alkoholmißbrauch und zu Verletzungen bei unternehmerischer Eigentätigkeit zum Arbeitgeberberrisiko gemacht hat. Die isolierte Prüfung bei der Entgeltfortzahlung, ob den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft, von der Rechtsprechung als grobes Verschulden gegen sich selbst ausgelegt, verstellt den Blick auf den vollen Problemzusammenhang. Der ergibt sich erst, wenn man das Zusammenspiel von Entgeltfortzahlungspflicht des

Arbeitgebers und Kündigungsschutz des Arbeitnehmers im Krankheitsfall in Rechnung stellt.

Die Judikatur des Bundesarbeitsgerichts ist insgesamt tendenziell geeignet, Krankheiten des Arbeitnehmers nach halbjähriger Betriebszugehörigkeit (§ 1 KSchG) zum doppelten Arbeitgeberisiko zu machen. Sie gewährleistet dem Arbeitnehmer einen weitreichenden Kündigungsschutz und belastet den Arbeitgeber mit bei häufigen Kurzerkrankungen kaum vorhersehbaren Entgeltfortzahlungen.

Die Reaktion der Unternehmen bei Neueinstellungen ist dagegen leicht vorhersehbar, aber vom Bundesarbeitsgericht offenbar nicht bedacht: Wer nachweisbar länger oder mehrfach kurz wegen Krankheit arbeitsunfähig war, hat bei Neueinstellungen geringe Chancen. Die Reintegration von geheilten Suchtkranken in das Arbeitsleben wird massiv erschwert. Das individuelle „Glück“ der vom Bundesarbeitsgericht geschützten Arbeitsplatzbesitzer wird, da der Abschluß von Arbeitsverträgen keinem Zwang unterliegt, mit erheblichen kollektiven Einstellungsschranken für alle ehemals kranken Arbeitnehmer bezahlt, die einen neuen Arbeitsplatz suchen. Die nur scheinbare Arbeitnehmerfreundlichkeit solcher Rechtsprechungsstrategien verdient eine kritische Überprüfung.

III. Perversion des Kündigungsschutzes?

Insgesamt ist festzustellen, daß Arbeitsverhältnisse derzeit in der Bundesrepublik durch das Richterrecht des Bundesarbeitsgerichts in ihrem Bestand weit stärker geschützt sind als Ehen. Die normale „Zerrüttungsfrist“ für Ehen beträgt ein Jahr, höchstens aber drei Jahre (§ 1566 BGB). Die gerichtliche Abwicklung einer Arbeitgeberkündigung ge-

gen den Widerspruch des Betriebsrats durch alle Instanzen dauert – wenn nicht beträchtliche Abfindungszahlungen des Arbeitgebers die Vertragsauflösung zum Handelsgeschäft machen – in der Regel erheblich länger.

Die Folgen dieser Rechtsprechung liegen auf der Hand: In der Beschäftigungskrise – bei einer verfestigten Arbeitslosigkeit von etwa derzeit 4 Mio. Arbeitnehmern, davon 1,3 Mio. Langzeitarbeitslose – wurde der Kündigungsschutz für leistungsunwillige und undisziplinierte Arbeitnehmer lange Zeit richterrechtlich gesteigert. Die so geschützten Arbeitnehmer werden gegenüber leistungswilligen Arbeit-suchenden privilegiert. Die Scheu vieler, vor allem kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber der Einstellung neuer Arbeitnehmer wird verstärkt.

Diese Art von „Rechtsfortbildung“ steht im Widerspruch zu den ökonomischen und gesellschaftlichen Realitäten und Rationalitäten. Sie ist ein Stück negativer Wirtschaftspolitik für den Standort Deutschland.

1. Die richterliche Verkehrung der Ziele gegen den Willen des Gesetzgebers

Das legt die Frage nach den Ursachen dieser Entwicklung nahe. Wie ist der Trend der Verabsolutierung des Bestandsschutzes von Arbeitsverhältnissen in der rechtspolitischen zielstrebigen Ausgestaltung des Richterrechts zu erklären?

Eine Feststellung gehört an den Anfang: Der Gesetzgeber des Kündigungsschutzgesetzes von 1951⁴⁵ hat das nicht

45 BGBl. I, S. 499.

gewollt. In der Regierungsvorlage dazu heißt es unmißverständlich:

„Das Gesetz wendet sich nicht gegen Entlassungen, die aus triftigem Grund erforderlich sind, sondern lediglich gegen solche Kündigungen, die hinreichender Begründung entbehren und deshalb als eine willkürliche Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit erscheinen“.⁴⁶

Gesetzgeberisches Ziel des Kündigungsschutzes war und ist es, die Arbeitnehmer gegen eine einseitige und willkürliche Auflösung des Arbeitsverhältnisses und damit gegen den Entzug ihrer wirtschaftlichen Existenzgrundlage zu schützen⁴⁷. Das hat, wie die wenigen, aber kennzeichnenden Rechtsprechungsbeispiele zur krankheits- und verhaltensbedingten Kündigung gezeigt haben, die Judikatur weit überboten. Bei der betriebsbedingten Kündigung, etwa zur Frage der Sozialauswahl, sieht es keineswegs anders aus.

Mit welchen Instrumenten und Argumenten, so ist zu fragen, hat sich die Rechtsprechung so erstaunlich weit vom erklärten Willen des Gesetzgebers, aber auch von der Realität und Rationalität des Arbeits- und Wirtschaftslebens entfernt?

46 BT-Drucks. I/2090; abgedruckt auch in RdA 1951, 58 ff., 63.

47 In diesem Sinne klar die amtliche Begründung des Regierungsentwurfes, vgl. RdA 1951, 58 ff.; Schwerdtner, DB 1979, Beil. 12, S. 1 ff.; ders., ZfA 1977, 47 ff.

2. Das außergesetzliche, richterrechtlich erlassene „ultima ratio“-Prinzip für die Kündigung

Das grundlegende Argument und Mißverständnis, das diese Judikatur und die ihr vorauseilenden oder folgenden Autoren leitet, ist die Theorie, der gesetzliche Kündigungsschutz wolle die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einem sozialen Organismus sichern⁴⁸ und Kündigungen nur zulassen, wenn sie „unumgänglich“ seien⁴⁹.

Das Bundesarbeitsgericht begann, den Bestandsschutz für Arbeitsverhältnisse zu verabsolutieren, als es die vom Gesetz gewollte Willkürkontrolle verdrängte und durch das im gesetzlichen Kündigungsschutz nicht enthaltene „ultima ratio“-Prinzip ersetzte: Jede Kündigung soll – ungeachtet der ganz unterschiedlichen Fallgruppen und Begründungsarten – nur als „äußerstes Mittel“ zulässig sein. Der Weg zu diesem Austausch der Beurteilungsmaßstäbe am Gesetzgeber vorbei ist auf eine eigenartige, bisher weitgehend verdrängte oder verschleierte Weise gefunden worden⁵⁰.

IV. Das Arbeitsverhältnis als „Lebensbund“ – Die Übernahme der Ideologie vom „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“

1. Die Vorschläge Herschels von 1958 und 1981

Den Ausgangspunkt für die derzeitige Verabsolutierung des Bestandsschutzes der Arbeitsverträge in der Rechtspre-

48 Vgl. Herschel, BB 1977, 708 f.

49 Herschel/Löwisch, KSchG, Vorbem. zu § 1 Rdnr. 1 ff.

50 Vgl. schon Rüthers/Müller, EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 41.

chung bildet in der *zitierten* Literatur in der Regel ein Beitrag von Herschel in der Nikisch-Festschrift 1958⁵¹. Ihm mißfiel die Bezugnahme auf die „Unzumutbarkeit“ bei der Frage nach dem wichtigen Grund in § 626 BGB. Er meinte, man solle doch besser beim Arbeitsverhältnis denselben Weg gehen, den man im Recht der Ehescheidung mit so großem und anerkannten Erfolg gegangen sei. Beide Male handele es sich um „persönlichkeitsbetonte Gemeinschaftsverhältnisse“. Deshalb sei es richtiger, die Fortsetzung oder Beendigung auch des Arbeitsverhältnisses „auf objektive Momente abzustellen, nämlich darauf, ob eine ersprießliche Fortsetzung des Gemeinschaftsverhältnisses nicht mehr zu erwarten steht“⁵². Auch bei der Ehe werde ja nach §§ 44, 48 EheG gefragt, ob die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft erwartet werden könne. Das müsse entsprechend für das Arbeitsverhältnis gelten.

Damit war das sog. „Prognose-Prinzip“ geboren, das seit Mitte der 80er Jahre für Schrifttum und Rechtsprechung eines der Leitprinzipien für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Kündigungen geworden ist⁵³. Herschel betont in seinem Beitrag in der Nikisch-Festschrift, daß er diesen Vorschlag schon 1939 (also unmittelbar nach dem Erlass des NS-Ehegesetzes von 1938) gemacht habe und verweist dazu (in Fn. 6) auf einen Aufsatz in der „Deutschen Ju-

51 Vgl. Herschel, Beschränkung der Befugnis zur außerordentlichen Kündigung, in: Festschrift für Nikisch, Tübingen 1958, S. 49-62.

52 Vgl. Herschel, a.a.O., S. 50.

53 Nachweise bei Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis, 6. Aufl., München 1995, Rdnr. 614 (617).

stiz“⁵⁴. Erstaunlicherweise wird dieser für die Prognose-Theorie der Kündigung grundlegende und wegweisende Aufsatz Herschels sowohl von der einschlägigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts als auch von den Hauptvertretern im Schrifttum, Preis⁵⁵ und Berkowsky⁵⁶, mit keinem Wort erwähnt. Das ist um so überraschender, als Herschel 1981 in der Festschrift für Gerhard Müller⁵⁷ auf seinen Aufsatz von 1939 nochmals wortreich und wehmütig zurückkommt:

„Seit mehr als 40 Jahren bemühe ich mich, für die Berücksichtigung dieses Gedankens⁵⁸ bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu werben – soweit ich sehe ohne Erfolg. Meine Darlegungen waren so reaktionslos wie die Möpse, die den Mond anbellten.“⁵⁹

54 DJZ 1939, 410.

55 Preis, *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*, München 1987, S. 322.

56 *MünchArbR-Berkowsky*, Bd. 2, München 1993, § 130 Rdnr. 70.

57 Herschel, Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, in: Mayer-Maly/Richardi/Schambeck/Zöllner (Hrsg.), *Arbeitsleben und Rechtspflege – Festschrift für Gerhard Müller*, Berlin 1981, S. 191 ff.

58 Lies: die Parallelwertung des Bestandsschutzes von Ehe und Arbeitsvertrag nach dem Prognose-Prinzip.

59 Herschel, Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, in: Mayer-Maly/Richardi/Schambeck/Zöllner (Hrsg.), *Arbeitsleben und Rechtspflege – Festschrift für Gerhard Müller*, Berlin 1981, S. 195.

2. Der weltanschauliche Hintergrund

Hier geht Herschel auch ganz unbefangen auf die zeitgenössische weltanschauliche Grundlage seiner Prognose-Theorie ein⁶⁰:

„Bei der Ehe stand im Anfang das individuelle Modell der Jahrhundertwende, dem die Ehe lediglich eine individuelle Veranstaltung zweier Partner war; uns ist heute die Ehe eine objektive Institution, die der Familie und dem gesellschaftlichen Ganzen gliedhaft zugeordnet ist.“

Und dann kommt der Clou:

„Dem laufen Entwicklung und Wertung des Arbeitsverhältnisses durchaus parallel.“

a) *Die Parallelwertung von Ehe und Arbeitsverhältnis*

Die von Herschel aus der Parallelwertung von Ehe und Arbeitsverhältnis entwickelten Wertmaßstäbe (Prognose aus dem „Wesen“ des Gemeinschaftsverhältnisses) sind in der Folge vom Bundesarbeitsgericht⁶¹ und von einer Reihe

60 Herschel, Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, in: Mayer-Maly/Richardi/Schambeck/Zöllner (Hrsg.), Arbeitsleben und Rechtspflege – Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, S. 194.

61 Zunächst zur betriebsbedingten Kündigung (BAGE 6, 1 ff.), später auch zur krankheitsbedingten Kündigung (DB 1983, 1047) und schließlich zur verhaltensbedingten Kündigung (BAG EzA § 611 BGB Abmahnung Nr. 18 = NZA 1989, 633).

von Autoren⁶² bedenkenlos und ohne Offenlegung des Ursprungs übernommen worden.

Auffallend an dieser Übernahme des Vorschlags von Herschel durch das Bundesarbeitsgericht und die Literatur ist zunächst, daß sein grundlegender Aufsatz aus dem Jahre 1939, auf den er sowohl in der Nikisch-Festschrift (dort S. 51 Fn. 6) als auch in der G. Müller-Festschrift (dort S. 195) hinweist, nicht erwähnt wird. Liest man diesen Aufsatz im Wortlaut nach, so könnte man geneigt sein, dieses konsequente Schweigen im Blätterwald zu den Grundlagen der von Herschel behaupteten Parallele zwischen der Auflösung von Ehen und Arbeitsverhältnissen nicht unbedingt für einen Zufall zu halten⁶³. Durch das Verschweigen oder

62 Preis, *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*, München 1987, S. 322 ff.; KR-Hillebrecht, 4. Aufl., Neuwied, Kriftel, Berlin 1996, Rdnr. 89 zu § 626 BGB; MünchArbR-Berkowsky, Bd. 2, München 1993, § 130 Rdnr. 81 ff.

63 Besonders auffällig ist diese Verschweigung dieses Beitrages in der Dissertation von Preis, *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen* (München 1987). Preis stützt dort (und später) seine Ausführungen zum Prognoseprinzip maßgeblich auf Herschel (S. 322 f.; vgl. ders., *Staudinger/Preis*, 13. Aufl., Berlin 1995, § 626 Rdnr. 89; ders., bei *Stahlhacke/Preis*, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 6. Aufl., München 1995, Rdnr. 617 f. m. Nachw.). Er verweist im Literaturverzeichnis der Dissertation auf mehr als 30 Literaturbeiträge von Herschel. Den für seine eigene Prognosetheorie grundlegenden Aufsatz: *Die Gründe zur außerordentlichen Kündigung, namentlich bei Krankheit, im Entwurf eines 'Arbeitsverhältnisses'* (DJ 1939, 410 ff.) läßt er aus.

Verdrängen der Vorverständnisse, die Herschel zu seiner Parallelwertung von Ehe und Arbeitsverhältnis geführt haben, geht ein maßgeblicher dogmatischer Aspekt verloren, der bei genauerem Hinsehen auch noch in seinem Beitrag für die Gerhard Müller-Festschrift (1981) enthalten ist (dort, S. 194). Herschel ging noch 1981 in Übereinstimmung mit dem zur NS-Zeit das gesamte Arbeitsrecht beherrschenden „Gemeinschaftsgedanken“ davon aus, daß jedes Arbeitsverhältnis nicht „eine subjektive Veranstaltung zweier Partner“, sondern eine „objektive Institution“ sei, die der Betriebsgemeinschaft und dem gesellschaftlichen Ganzen „gliedhaft zugeordnet“ sei⁶⁴.

*b) Der Arbeitsvertrag als „Gemeinschaftsverhältnis“
im Dienst des „gesellschaftlichen Ganzen“*

Auf derselben Linie hatte er schon 1939 die These vertreten, der Maßstab der Zumutbarkeit (§ 626 BGB) sei für die Auflösung von Arbeitsverhältnissen ganz ungeeignet, weil er – entgegen dem Vorrang des Gemeinschaftsgedankens im Nationalsozialismus – auf ein „individualistisches Moment“ abstelle.

Die Theorie der „völkischen Rechtserneuerung“ im Nationalsozialismus definierte dagegen Arbeitsverhältnis und Ehe

64 Herschel, Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, in: Mayer-Maly/Richardi/Schambeck/Zöllner (Hrsg.), Arbeitsleben und Rechtspflege - Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, S. 194.

als völkische Gemeinschaftsordnungen „im Dienst einer gemeinsamen völkischen Aufgabe“⁶⁵.

Die Parallele zwischen Ehe- und Arbeitsverhältnis hatte Herschel von Larenz und Siebert übernommen. Er baute sie dann für die Kündigung nach § 626 BGB mit der Kritik am Maßstab der Zumutbarkeit so aus:

„Diese Wertabwägung^[66] paßt nicht zum Wesen der Gemeinschaft, und um eine Gemeinschaft, nämlich um die Betriebsgemeinschaft, handelt es sich doch gerade hier. Es ist sinnwidrig, den Maßstab für die Lösungsbezugnis einer nationalsozialistischen Gemeinschaft in subjektivistischer Betrachtungsweise einem individualistischen Umstand zu entnehmen. Dem hat der Gesetzgeber bereits in § 49, 55 EheG.^[67] hinsichtlich der Eheschei-

65 Vgl. Siebert, 11. Sonderheft zu Rabels Zeitschrift 1937, 199 (209); Larenz, Über Gegenstand und Methode völkischen Rechtsdenkens, Berlin 1938, S. 45 ff.; vgl. ferner Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg 1935, S. 53 ff. Zur Perversion des Arbeitsverhältnisses im Nationalsozialismus, vgl. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung, 4. Aufl., Heidelberg 1991, S. 381 ff.

66 Gemeint ist das „individualistische Moment“ der Zumutbarkeit.

67 Es lohnt sich auch sonst für den Arbeitsrechtler, das neue Eherecht genau zu beachten. Dies ist schon aus Gründen der inneren Einheitlichkeit unserer Rechtsordnung erforderlich. Wie man auch zu der Frage der Nichtigkeit einer Gemeinschaft stehen mag, auf jeden Fall ist kein Grund ersichtlich, bezüglich der Nichtigkeitsfolgen beim Arbeitsverhältnis zurückhaltender zu sein als bei der Ehe. Sollen die Nichtigkeitsvorschriften des EheG. das letzte Wort sein, so

dung aus guten Gründen Rechnung getragen, indem er zu einer objektiven Wertung mit sozialistischem Maßstab übergegangen ist: während der alte § 1568 BGB. dem Zumutbarkeitsgrundsatz unterworfen war, steht jetzt im Vordergrund, ob die Wiederherstellung einer dem Wesen der Ehe entsprechenden Lebensgemeinschaft erwartet werden kann. Und die Überlegungen, die beim Ehegesetz entscheidend waren, passen im großen und ganzen auch auf unseren Fall. Ausschlaggebend für die Lösungsbefugnis dürfen nicht die Belange der Beteiligten, sondern darf nur das nach objektiven Gesichtspunkten festgestellte, alles überragende Wohl der deutschen Volksgemeinschaft sein. Demgemäß kann ein Grund zur außerordentlichen Kündigung nur anerkannt werden, wenn eine für die Betriebsgemeinschaft und darüber hinaus für die Volksgemeinschaft ersprießliche Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht zu erwarten steht.“⁶⁸

Das „Wesen der Ehe“ war damals, wie das „Wesen des Arbeitsverhältnisses“ und der „Betriebsgemeinschaft“, dadurch bestimmt, daß diese „Gemeinschaften“ als Teilordnungen der völkisch-rassisch bestimmten Volksgemeinschaft nicht der Privatautonomie der Beteiligten unterstanden. Ihre Beendigung hatte sich nach überindividuellen, gemeinschaftsbezogenen Maßstäben zu richten. Die Beteiligten stehen sich danach nicht – um es in der Sprache Herschels von 1981 zu formulieren – als private Partner

wird man den vorliegenden Entwurf ihnen bis zu einem gewissen Grade im Grundsätzlichen anpassen müssen. Denn sonst trägt man Widersprüche in unsere Rechtsordnung, die innerlich unbegründet sind.

68 Herschel, DJ 1939, 410 f.

einer „subjektiven Veranstaltung“ gegenüber, sie sind vielmehr „dem gesellschaftlichen Ganzen gliedhaft zugeordnet“⁶⁹. Kurz gesagt: Ehepartner und Arbeitsvertragsparteien bewegen sich nicht im Bereich individualistischer Lebensgestaltung, sie leisten gliedhaft eingeordnet Dienst am Volk, am „gesellschaftlichen Ganzen“.

Zum historischen Gesamtverständnis der hier vollzogenen – und dann vom Bundesarbeitsgericht, Preis und anderen übernommenen – Parallelwertung von Ehe und Arbeitsverhältnis ist es nützlich, sich auch das damalige Verständnis vom „Wesen der Ehe“ nach dem NS-Ehegesetz von 1938 zu vergegenwärtigen, auf das sich Herschel 1939 ausdrücklich bezieht⁷⁰. In der amtlichen Begründung⁷¹ wird das Wesen der Ehe so erläutert:

„Ehe und Familie sind die Grundlagen des völkischen Gemeinschaftslebens ... Sie bergen in sich die Kräfte, deren Entfaltung und Wirkung die Ewigkeit des völkischen Lebens sichert ... Denn für den nationalsozialistischen Staat liegt der tiefste Sinn der Ehe *außerhalb* der *Individualinteressen* der Ehegatten. Andererseits erblickt er die Weihe der Einrichtung der Ehe ... in der Bedeutung der Ehe für den Bestand und die Gesundheit des deutschen Volkes.“ [Hervorhebung vom Verf.]

69 Herschel, Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, in: Mayer-Maly/Richardi/Schambeck/Zöllner (Hrsg.), Arbeitsleben und Rechtspflege – Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, S. 194.

70 Vgl. dazu Rüthers, Wir denken die Rechtsbegriffe um ... – Weltanschauung als Auslegungsprinzip, Edition Interfrom, Zürich 1987, S. 45 ff.

71 DJ 1938, 1102 ff. (1107).

Die außerhalb der Individualinteressen der Eheleute liegenden *Gemeinschaftsinteressen* sind also, wie durchgängig bei Herschel bis 1981, eine maßgebliche Richtschnur für den Bestand oder die Auflösung der Ehe. Das führte in der Rechtsprechung des Reichsgerichts zu teilweise skurrilen Verknüpfungen zwischen dem Bestandsschutz der Ehe und der Leistungsfähigkeit des Ehemannes im Arbeitsverhältnis.

c) *Parallelen der Gemeinschaftsideologie in der NS-Justiz und der DDR-Justiz zum „Wesen der Ehe“ und des Arbeitsverhältnisses*

So hat das Reichsgericht einer Scheidungsklage des Mannes gegen den Widerspruch der Ehefrau stattgegeben, weil die volkswirtschaftlich gebotene Ausnutzung der Schaffenskraft des Klägers durch eine von ihm als unglücklich empfundene Ehe beeinträchtigt wurde⁷². Ebenso war eine Ehe wertlos, ja schädlich, wenn sie die für die deutsche Industrie wertvolle Arbeitskraft des Mannes durch sinnlose Streitereien beeinträchtigte⁷³. Ganz ähnlich hat später das Oberste Gericht der DDR nach denselben Vorschriften des vom Kontrollrat insoweit wortgleich übernommenen Ehegesetzes von 1946 entschieden, daß die Ehe nicht nur eine *individuelle Angelegenheit der Eheleute* (man beachte den Gleichschritt totalitärer Gemeinschaftsideologien!) sei, sondern daß sie auch gesellschaftliche Ideale, nicht zuletzt die *Arbeitsfreude* (sic!) zu fördern habe⁷⁴. Folgerichtig galt es als schwere Eheverfehlung, wenn ein Ehegatte den anderen durch Nörgeleien wegen wahrgenommener Führungsposi-

72 RG IV 389/39, zitiert bei v. Scanzoni, DR 1940, 753 (756).

73 OLG Marienwerder DR 1940, 448.

74 OGZ 3, 83 (85).

tionen in der FDJ bei der Erfüllung seiner Pflichten gegenüber der sozialistischen Gesellschaft (Aufbau des Sozialismus!) behinderte⁷⁵.

Die Beispiele zeigen anschaulich, daß man mit der Bezugnahme auf das „Wesen“ eines „Gemeinschaftsverhältnisses“, sei es der „arischen Volksgemeinschaft“, sei es der „sozialistischen Menschengemeinschaft“, nahezu jedes weltanschauliche Vorverständnis in die Rechtsprechung einschleusen kann. Nichts anderes gilt für das „Wesen des Arbeitsverhältnisses“, wenn es nicht mehr primär als ein auf gegenseitigen Austausch von Leistungen angelegtes, privatrechtliches Dauerschuldverhältnis, sondern als „Gemeinschaftsverhältnis“ im Sinne einer „objektiven Institution“ verstanden wird, die dem „gesellschaftlichen Ganzen gliedhaft“ eingefügt ist⁷⁶. Diese Gemeinschaftsverhältnisse haben im NS-Staat vor allem dazu gedient, das Selbstbestimmungsrecht der Vertragspartner über ihre Interessen zu beseitigen, die betroffenen Vertragstypen in den Dienst einer vorgegebenen Ideologie zu stellen und so dem „gesellschaftlichen Ganzen“ gliedhaft zuzuordnen, d.h. sie im Sinne der jeweilig herrschenden Ideologie zu sozialisieren.

Eine ganz ähnliche Rolle spielte die Gemeinschaftsideologie im realsozialistischen Arbeitsrecht der DDR. Art. 2 Abs. 4 der Verfassung von 1968 verkündete das auch im Arbeitsrecht der DDR gültige und wichtige Dogma der notwendigen Übereinstimmung der politischen, materiellen

75 OGZ 2, 140.

76 Herschel, Gedanken zur Theorie des arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzes, in: Mayer-Maly/Richardi/Schambeck/Zöllner (Hrsg.), Arbeitsleben und Rechtspflege – Festschrift für Gerhard Müller, Berlin 1981, S. 194 und 195.

und kulturellen Interessen der Werktätigen und ihrer Kollektive mit den gesellschaftlichen Erfordernissen. Diese vorausgesetzte Interessenharmonie, die in der gesamten sozialistischen Gesellschaft objektive Interessengegensätze ausschloß, galt als „die wichtigste Triebkraft der sozialistischen Gesellschaft“⁷⁷. Von der kameradschaftlichen Gemeinschaft, Zusammenarbeit und Hilfe unter dem Glaubenssatz dieser durch den Sozialismus vorgegebenen Interessenharmonie der Werktätigen als „Eigentümer-Produzenten“ unter den sozialistischen Produktionsverhältnissen ging auch das (2.) Arbeitsgesetzbuch der DDR von 1977 schon in seiner Präambel⁷⁸ aus. Auch das (Monopol)Lehrbuch zum „Arbeitsrecht der DDR“⁷⁹ stellte fest, daß eine im Sozialismus existierende „Einheit von Berechtigung und Verpflichtung“ existiere, die „tatsächlich und juristisch jeden Gegensatz von Individuum und Gesellschaft, Bürger und Staat, Werktätiger und Betrieb ausschließt“⁸⁰. Eine Arbeitsrechtsgemeinschaft der totalen objektiv vorgegebenen Harmonie – könnte man meinen. Aber im realen Arbeitsleben des SED-Staates hat dieses Scheinbild einer Interessenübereinstimmung zwischen Werktätigen, Betrieben und Staat – wie vorher die verlogene Betriebsgemeinschaft im NS-Staat – zu einer weitgehenden Entrechtung der arbeitenden Menschen geführt. Juristisch flankiert wurde nämlich die These von der Interessenharmonie vom

77 Vgl. Rütters, Arbeitsrecht und politisches System, Fischer-Athenäum-Taschenbuch, Frankfurt a.M. 1973, S. 27 ff. m. N.

78 GBl. I Nr. 18 S. 185.

79 Autorenkollektiv, 2. Aufl., Berlin 1970, S. 37; 3. Aufl., Berlin 1986, S. 69.

80 Arbeitsrecht, Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin 1986, S. 69; vgl. auch S. 31, 55, 93.

Grundsatz der zentralen Leitung der Arbeitsverhältnisse vom sozialistischen Staat. Der „demokratische Zentralismus“ galt als die Form, „in der sich die Entwicklung der sozialistischen Gesellschaft notwendig vollzieht“⁸¹. Unter Berufung auf Lenin wurde daraus eine strikt autoritäre, ja diktatorische Leitungshierarchie für die Betriebe und Kombinate der DDR abgeleitet. Es galt das Prinzip der „Einzelleitung“, weil für den Aufbau des Sozialismus die „unbedingte und strengste Einheit des Willens“ erforderlich sei. Sie sei zu erreichen „durch die Unterordnung des Willens von Tausenden unter den Willen eines einzelnen“. Dieses Lenin-Zitat⁸² bildete die Grundlage und den Ausgangspunkt im einzigen Lehrbuch „Arbeitsrecht“ der DDR⁸³ für die arbeitsrechtliche Ausgestaltung der Leitungsstrukturen in den Betrieben und Arbeitsverhältnissen der DDR.

Dieses sozialistische Konzept des Arbeitsrechts hatte unmittelbare Konsequenzen für die Rolle von Kündigungen in der DDR. Kündigungen waren wegen der negativen Auswirkungen auf die Erfüllung der Produktionspläne und auf die Erziehung der Werktätigen zu verantwortungsbewußten Erbauern des Sozialismus prinzipiell unerwünscht. Das Arbeitsrecht war in einer seiner wichtigsten Funktionen auch Arbeitserziehungsrecht. Gerade labile Werktätige mit häufigen Disziplinverstößen sollten in der Gemeinschaft der Werktätigen des Betriebes zu mehr Verantwortungsbewußtsein erzogen werden. Die kündigungsbedingte Fluktuation wurde als Hindernis für die Resozialisierung der

81 Vgl. K. Polak, Zur Dialektik in der Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1963, S. 184.

82 W.J. Lenin, Werke, Bd. 27, Berlin 1960, S. 259.

83 Autorenkollektiv, 3. Aufl., Berlin 1986, S. 98.

Leistungsschwachen angesehen. Diese hatte in ihrem Betrieb zu geschehen⁸⁴.

Im NS-Staat wie im SED-Staat wurde das Arbeitsverhältnis über die Gemeinschaftsideologie der jeweils herrschenden Weltanschauung als eine überindividuelle Institution, als ein auf das Arbeitsleben bezogener Lebensbund definiert.

Gemeinschaftsideologien und Proklamationen der vollen Interessenharmonie oder der Objektivität vorgegebener Institutionen haben sich in historischer Sicht – nicht nur in den beiden deutschen Diktaturen dieses Jahrhunderts – regelmäßig als Instrumente der Entprivatisierung, der Freiheitsbeschränkung bis hin zur Entrechtung der Menschen in den betroffenen Rechtsverhältnissen erwiesen.

3. Wiedergewonnene Kontinuitäten? – Die Erneuerung der Lebensbundtheorie für das Arbeitsverhältnis

Dieser Zusammenhang ist für das nationalsozialistische Verständnis des Arbeitsverhältnisses als eines „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses“ nach 1950 überwiegend von damals jüngeren Autoren untersucht und nachgewiesen worden⁸⁵. Die gemeinschaftsrechtliche Deutung

84 Näheres bei Rüthers, Arbeitsrecht und politisches System, Frankfurt a.M. 1973, S. 73 ff. m. Nachw.

85 Führend etwa W. Siebert, Das Arbeitsverhältnis in der Ordnung der nationalen Arbeit, Hamburg 1935; ders., bei Reuß/Siebert, Die konkrete Ordnung des Betriebes, 3. Aufl., Berlin, Leipzig, Wien 1943, S. 58; ders., 11. Sonderheft zu Rabels Zeitschrift, 1937, 199; ders., Deutsche Rechtswissenschaft I (1936), 204; ders., DARbR 1937, 14; Dietz, in:

des Arbeitsvertrages bewirkte in der NS-Zeit die Abkehr vom Vertragsgedanken. Die Vertragselemente wurden sowohl für die Begründung wie auch für die Beendigung des völkisch erneuerten Arbeitsverhältnisses weitgehend zurückgedrängt⁸⁶. Es war eine der frühen, für die Entwicklung eines freiheitlichen Arbeitsrechts in einem pluralen Verfassungsstaat nach der Gründung der Bundesrepublik Deutschland wichtigen Diskussionen, welche die Verlogenheiten und Irrwege der NS-Lehren von der „Betriebsgemeinschaft“ und dem angeblichen Gemeinschaftscharakter des Arbeitsverhältnisses aufgedeckt und analysiert hat⁸⁷. Seit Mitte der fünfziger Jahre galt in der Arbeitsrechtslehre der Bundesrepublik ganz überwiegend die Auffassung, daß der Arbeitsvertrag ein auf den wechselseitigen Leistungsaustausch gerichtetes Dauerschuldverhältnis begründet, das durch die Art der Leistungserbringung besondere personelle Elemente (wechselseitige Treue- und Loyalitätspflichten) umfaßt. Eine wie immer geartete „Gemeinschaftsideologie“ galt seither vertragsfremd, wobei die Erfahrungen mit den

Hueck/Nipperdey/Dietz, AOG, 4. Aufl., München, Berlin 1943, § 1 Rdnr. 1 und § 2 Rdnr. 16 ff.; Hueck, Deutsches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Berlin 1944, S. 67; Nikisch, Arbeitsvertrag und Arbeitsverhältnis, Berlin 1941, S. 30 ff.; Staudinger/Nipperdey, 10. Aufl., Berlin 1939, Vorbem. zu § 611 Rdnr. 4 ff., 270 ff.

86 Vgl. etwa S. Simitis, Die faktischen Vertragsverhältnisse, Frankfurt a.M. 1957, S. 337 ff.

87 Vgl. etwa Neumann, RdA 1951, 2; Ramm, Die Anfechtung des Arbeitsvertrages, Karlsruhe 1955, S. 18 ff., Mavridis, RdA 1956, 444 ff.; Mohnen, RdA 1957, 361 (365 f.); Farthmann, RdA 1960, 5 (9); dann eingehend Schwerdtner, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970, S. 66 ff.; MünchKomm-Söllner, 2. Aufl. 1988, § 611 Rdnr. 123.

Gemeinschaftstheorien zweier deutscher totalitärer Systeme im Arbeitsrecht bestimmend waren. Deshalb kommt Söllner⁸⁸ zu der Feststellung, daß der Begriff „personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis“ in den neueren Darstellungen des Arbeitsrechts nicht mehr verwendet werde⁸⁹.

Abweichende Positionen finden sich vereinzelt in Literaturbeiträgen solcher Autoren, die an der Entwicklung der Lehren nach 1933 selbst aktiv mitgewirkt hatten und in der Deutung des Arbeitsvertrages noch daran festzuhalten suchten⁹⁰. Die unbefangenste Neuauflage der Gemeinschaftsdeutung des Arbeitsverhältnisses und seiner „gliedhaften Zuordnung“ zum „gesellschaftlichen Ganzen“ mit einer Wertungsparallele findet sich – ein deutlicher Einzelfall – in den beiden genannten Beiträgen Herschels zu den Festschriften für Nikisch (1958) und G. Müller (1981). Er versucht darin, seine Thesen zur Deutung von Ehe und Arbeitsvertrag nach 20 und 40 Jahren wiederzubeleben. Der Versuch ist dabei weniger erstaunlich als der Erfolg. Bemerkenswert ist auch der Umstand, daß das Bundesarbeitsgericht und Teile der Literatur den Vorschlägen Herschels gefolgt sind, ohne den von ihm selbst immer wieder betonten historisch-weltanschaulichen Hintergrund in seinem Aufsatz in der „Deutschen Justiz“ von 1939 zu analysieren oder auch nur zur Kenntnis nehmen zu wollen. Er wird schlicht verdrängt.

88 MünchKomm-Söllner, 2. Aufl. 1988, § 611 Rdnr. 124.

89 So auch Däubler, Das Arbeitsrecht, Bd. 2, 4. Aufl., Hamburg 1986, S. 310.

90 Vgl. etwa A.Hueck, in: Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 7. Aufl., Berlin, Frankfurt a.M. 1963, S. 129.

So ist es zu verstehen, daß Rechtsprechung und Literatur zum „Prognoseprinzip“ bei der Prüfung von Kündigungen sich ganz überwiegend nicht mit der banalen Feststellung begnügen, daß Kündigungsgründe ihrer Natur nach „zukunftsbezogen“⁹¹ seien. Die bisher kaum beachtete Mitgift aus Herschels Parallelwertung von Ehe und Arbeitsverhältnis ist die Übernahme einer neuen Art von Gemeinschafts- oder Lebensbundideologie, die – ganz im Sinne der von Herschel wiederbelebten Tradition – weite Teile der Rechtsprechung und der Literatur zum Prognoseprinzip vollzogen haben.

Besonders augenfällig wird dieser erneuerte Trend, das einmal begründete Arbeitsverhältnis quasi als „Lebensbund“ zu deuten, in markanten Judikaten des Bundesarbeitsgerichts, für die vorstehend Beispiele genannt wurden. Gleiches geschieht in manchen Literaturbeiträgen, die dem Bundesarbeitsgericht die theoretischen Grundlagen für diese erneute Umdeutung des gesetzlichen Kündigungsschutzes verschaffen. So heißt es etwa im Münchner Handbuch des Arbeitsrechts⁹² zu den *Grundgedanken* und *Zielen* des Kündigungsschutzes:

„So läßt sich allgemein feststellen, daß das in seinem Bestand geschützte Arbeitsverhältnis die Regel, das kündbare Arbeitsverhältnis eine nur unter fest umrissenen Voraussetzungen mögliche Ausnahme darstellt.“

91 Statt aller Preis, bei Stahlhacke/Preis, Kündigung und Kündigungsschutz, 6. Aufl., München 1995, Rdnr. 618 ff. mit Nachw.

92 MünchArbR-Berkowsky, Bd. 2, München 1993, § 127 Rdnr. 23.

Der Autor Berkowsky übernimmt diese Behauptung von Preis⁹³. Sie ist offensichtlich unrichtig. Unklar bleibt, ob der Irrtum auf einen Wahrnehmungsfehler oder auf die Neigung zu suggestiv überspitzten Formulierungen zurückgeht, vielleicht beides. Die Rechtslage ist deutlich anders: Der Bestandsschutz und die Kündbarkeit von Arbeitsverhältnissen stehen nicht im Verhältnis von Regel und Ausnahme. Vielmehr gilt:

Alle Arbeitsverhältnisse sind kündbar. Aber alle Arbeitsverhältnisse genießen – nach Fallgruppen differenziert – wegen ihrer Bedeutung für die wirtschaftliche Lebensgrundlage des Arbeitnehmers einen unterschiedlichen Bestandsschutz. Wohin die Regel-Ausnahme-These ihre Vertreter (ver-)führt, zeigt eine Folgerung daraus:

„Die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses ist – technisch gesehen – ein Mittel, ein an sich auf (unbegrenzte) Dauer angelegtes Rechtsverhältnis, das Arbeitsverhältnis einseitig zu beenden. Ein solches Verhalten widerspricht an sich dem klassischen römisch-rechtlichen, aber auch für unsere heutige Rechtsordnung konstitutiven Grundsatz „pacta sunt servanda“, wonach einmal geschlossene Verträge grundsätzlich einzuhalten und zu erfüllen sind.

Das KSchG ist im Grunde genommen nichts anderes als eine moderne, sozialstaatlich geprägte Ausgestaltung dieses Grundsatzes.“⁹⁴

93 Vgl. Preis, Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen, München 1987, S. 55 ff.

94 MünchArbR-Berkowsky, Bd. 2, München 1993, § 131 Rdnr. 2.

Hier wird in aller Schlichtheit und Naivität die Behauptung aufgestellt, jedes unbefristet vereinbarte Arbeitsverhältnis sei „an sich“ auf unbegrenzte Dauer, also auf Lebenszeit des Arbeitnehmers angelegt. Dem Arbeitgeber wird unterstellt, er habe gerade das beim Vertragsschluß auch gewußt und gewollt. Deshalb widerspreche „an sich“ jede Arbeitgeberkündigung dem Grundsatz „pacta sunt servanda“. Schließlich wird unterstellt, das sei der eigentliche, sozialstaatlich bedingte Normzweck des Kündigungsschutzgesetzes. Hier wird die von Herschel 1939 empfohlene Parallelwertung von Ehe und Arbeitsverhältnis 1988 noch überboten, indem das „an sich unkündbare Arbeitsverhältnis auf Lebenszeit“ jenem Vorbild der „an sich“ unscheidbaren „kanonischen Ehe“ nachgebildet und dem ahnungslosen Arbeitgeber als verbindlich gewolltes Vertragsziel unterstellt wird: „Pacta sunt servanda!“

Wie hatte doch der Gesetzgeber den Entwurf zum Kündigungsschutzgesetz begründet?

„Das Gesetz wendet sich nicht gegen Entlassungen, die aus triftigem Grund erforderlich sind, sondern lediglich gegen solche Kündigungen, die hinreichender Begründung entbehren und deshalb als willkürliche Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit erscheinen.“⁹⁵

Es fällt schwer, für diese totale Umdeutung der Normzwecke des gesetzlichen Kündigungsschutzes einen mildereren Ausdruck als den der Umkehrung, wenn nicht der Perversion des gesetzgeberischen Willens zu finden.

95 RdA 1951, 58 (63).

V. Folgen für den Standort Deutschland

Am Arbeitsmarkt ist dieser Trend in Rechtsprechung und Literatur zum überzogenen Kündigungsschutz nicht folgenlos geblieben. Die vorstehend geschilderten Leitsätze haben insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber vermeidbaren Neueinstellungen erhebliche Zurückhaltung erzeugt⁹⁶. Wenn die Bindungswirkung beim Abschluß eines Arbeitsvertrages nach dem Verständnis maßgeblicher Instanzen in der Arbeitsgerichtsbarkeit und Autoren in der Wissenschaft auf unbegrenzte Dauer gerichtet ist, ja länger anhalten kann als die einer Ehe, dann hat das erkennbar weitreichende Folgen für die Rationalisierungsstrategien der Unternehmen und ihre Bereitschaft zu vermeidbaren Neueinstellungen. Der gesetzeferne, wenn nicht gesetzeswidrige Trend in der Judikatur und Literatur zum Kündigungsschutz verursacht so einen beträchtlichen Teil der Probleme auf dem deutschen Arbeitsmarkt.

Der durch die Europäische Union wirksam internationalisierte Arbeitsmarkt ist gegenüber solchen sozialromantischen (sicher gut gemeinten, aber schädlich wirkenden) Übersteigerungen des Kündigungsschutzes ein untrüglicher und unerbitterlicher Schiedsrichter. Jede übersteigerte Form des Kündigungsschutzes im Einzelfall letztinstanzlicher Judikatur wirkt als Investitionshindernis für neue und als Stimulans für den „betriebsbedingten“ Abbau bestehender Arbeitsplätze.

Die Tendenz zur Verabsolutierung des Bestandsschutzes von Arbeitsverhältnissen hat mit der Methodenanalogie zum

⁹⁶ So auch die Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb, Stuttgart 1991, S. 143.

Ehegesetz von 1938, der Bezugnahme auf ein angebliches „Gemeinschaftsverhältnis“ und der Fiktion einer „an sich unbegrenzten Dauer“ von Arbeitsverhältnissen ein Stadium erreicht, das eine rationale Diskussion über die theoretischen Grundlagen dieser Entwicklung nicht gerade erleichtert. Das Bundesarbeitsgericht hat sich im Bereich des Kündigungsschutzes die Wiederbelebung der überholten und systemwidrigen Lehre vom „personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis“, noch dazu nach den zweifelhaften⁹⁷ Wesensargumenten der Ehegesetze von 1938 und 1946, aufreden lassen, ohne die ideologischen und historischen Hintergründe der verschwommenen Gemeinschaftsideologie im Arbeitsrecht zur Kenntnis zu nehmen. An Warnungen vor den arbeitsmarktpolitischen Folgen dieser Entwicklung, die von den das Bundesarbeitsgericht stützenden Autoren ebenfalls seit vielen Jahren verkannt und verdrängt werden⁹⁸, hat es nicht gefehlt⁹⁹. Schwerdtner hat zur Entwicklung dieser Rechtsprechung bemerkt, das Kündigungsschutzgesetz von 1951 sei „einem Kahlschlag zum Opfer gefallen“: „Im Wege der ‘unbegrenzten Auslegung’ hat das BAG in den letzten 30 Jahren diese¹⁰⁰ Willkürkontrolle zum

97 Vgl. insoweit W. Scheuerle, Das Wesen des Wesens, AcP (1963) 163, 431.

98 Vgl. etwa Herschel, BB 1977, 708 (709).

99 Vgl. nur MünchKomm-Schwerdtner, 2. Aufl. 1988, vor § 620 Rdnr. 171 ff. mit Nachw.; Reuter, ORDO, Bd. 36, 1985, S. 51 f.; Zöllner, Gutachten D zum 52. DJT, 1978, D 116 f.; Rütters, Arbeitsrecht und Ideologie, in: Die Arbeitsgerichtsbarkeit – Festschrift zum 100-jährigen Bestehen des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, Berlin 1994, S. 39 ff.; Rütters/Franke und Rütters/Müller, Anmerkungen zu EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 37 und 41.

100 Lies: die vom Gesetzgeber bezweckte.

„ultima ratio“-Prinzip fortentwickelt und dabei die Prüfung der Notwendigkeit jedes Einzelfalles in den Vordergrund gestellt. Eine Kündigung kommt danach nur als äußerste Maßnahme in Betracht.“¹⁰¹ Dieser im Gesetz nirgends vorgeschriebene, vom Bundesarbeitsgericht richterrechtlich erlassene „ultima ratio“-Grundsatz hat dann zu einer Hypertrophie der mehrfachen richterlichen „Interessenabwägungen“ in jedem Einzelfall geführt. Nach Herschel sollte das Prognoseprinzip ursprünglich der „Objektivierung“ der unsicheren Zumutbarkeitserwägungen dienen. In der Rechtspraxis der richterlichen „Interessenabwägungen“ ist daraus ein Einfallstor für oft vielfältige Mixturen sachfremder Aspekte und unvorhersehbarer Ergebnisse geworden.

Dabei tauchten die seltsamsten Abwägungsgesichtspunkte auf, etwa wenn das Bundesarbeitsgericht bei der verhaltensbedingten Kündigung gegenüber schweren Vertragsverstößen des Arbeitnehmers seine mehrfachen Unterhaltspflichten ins Spiel brachte¹⁰². Bei vielfacher Unpünktlichkeit des Arbeitnehmers im Schichtbetrieb ist sogar bereits erwogen worden, ob der Arbeitgeber vor der Kündigung verpflichtet sei, dem Arbeitnehmer einen Arbeitsplatz anzubieten, der weniger verspätungsempfindlich für den Betriebsablauf sei.

Insgesamt hat das „ultima ratio“-Prinzip zusammen mit dem „Prognose-Prinzip“ die Vorhersehbarkeit des Ergebnisses von Kündigungsschutzprozessen in Deutschland nahezu beseitigt. Die Rechtsunsicherheit ist als Folge der

101 Vgl. MünchKomm-Schwerdtner, 2. Auflage 1988, vor § 620 Rdnr. 173.

102 Vgl. EzA § 1 KSchG Verhaltensbedingte Kündigung Nr. 37 mit Anm. Rüthers/Franke.

Beliebigkeit richterlicher „Interessenabwägungen“ schwerlich noch steigerungsfähig¹⁰³. Wie angesichts dieser Rechtslage in der Literatur unbekümmert die Auffassung vertreten werden kann, die Übernahme des Prognose-Prinzips auf der Basis der Parallelwertung von Ehe und Arbeitsvertrag als „Gemeinschaftsverhältnisse“ habe „entscheidend zur Objektivierung der kündigungrechtlichen Prüfungsmaßstäbe beigetragen“¹⁰⁴, bleibt ebenso unerfindlich wie die Bereitwilligkeit, mit der die beliebig manipulierbare Gemeinschaftsideologie ohne Offenlegung der historischen Wurzeln und Erfahrungen erneut in das Arbeitsrecht implantiert wurde¹⁰⁵. Hier geht es nicht mehr um „Ideologieverdacht“¹⁰⁶, sondern um realen, wenn auch schwer erkennbaren Ideologietransfer. Der derzeitige Zustand des Kündigungsschutzrechts und seine arbeitsmarktpolitischen Folgen sprechen für sich.

Es wäre vermessen, auf einen kurzfristigen Wandel der Rechtsprechung und Literatur zum arbeitsvertraglichen Bestandsschutz zu hoffen. Das kann, angesichts der festverwurzelten außergesetzlichen Vorverständnisse dieser Rechtsprechung in der Mehrheit der amtierenden Richtergeneration, wohl nur der (regelungsschwache) Gesetzgeber leisten – oder aber eine weitere dramatische Entwicklung des Arbeitsmarktes, die nicht auszuschließen ist. Die Argumentation aus dem „Wesen“ des Arbeitsverhältnisses, wie sie

103 Ebenso MünchKomm-Schwerdtner, 2. Aufl. 1988, vor § 620 Rdnr. 174.

104 Preis, RdA 1995, 333 (339).

105 Vgl. die durchgängige Zitatlücke bei Preis (RdA 1995, 332) und anderen gegenüber dem Aufsatz von Herschel, DJ 1939, 410.

106 Preis, RdA 1995, 339.

beim Prognoseprinzip seiner logischen Struktur nach stattfindet, gewährleistet in der Deutung eines auf unbegrenzte Dauer angelegten Gemeinschaftsverhältnisses zeitgeistgerechte und -willkommene Anpassungsstrategien. C.A. Emge, der Jurist in drei „Reichen“ war, hat das letzte Kapitel seines (selbst-)kritischen Alterswerkes „Philosophie der Rechtswissenschaft“¹⁰⁷ mit dem wirklichkeitsnahen Titel „Juristische Dogmatik als Höchstform der Ideologie“ versehen. Im Falle der Rechtsprechung und Literatur zum Kündigungsschutz, der gesetzlich fast nur in Generalklauseln geregelt ist, erweist sich das auch und gerade für jene richterrechtlich übernommene und praktizierte Dogmatik als zutreffend, die aus historisch und methodisch zweifelhaften Quellen stammt. Die Erfahrung lehrt, dogmatisch eingewurzelte Ideologien haben ein zähes Leben. Sie überdauern, besonders wenn ihre Wurzeln kaschiert und sie selbst als logische Konstrukte ausgegeben werden, oft Generationen.

Der derzeit in Deutschland praktizierte arbeitsrechtliche Kündigungsschutz begünstigt einseitig die Arbeitsplatzbesitzer unter den Arbeitnehmern. Die Gerichte beschränken den Rahmen und das Blickfeld der „Interessenabwägung“, die sie bei jeder Kündigung vornehmen, zu Unrecht auf die Beziehungen zwischen den Parteien des jeweiligen Kündigungsschutzprozesses. Diese beschränkte Sichtweise führt nicht selten zu skurrilen Ergebnissen und sozialschädlichen Wirkungen der BAG-Entscheidungen. So lauten etwa die Leitsätze 2 und 3 eines Urteils vom 13.3.1987¹⁰⁸:

107 Berlin 1961.

108 SAE 1988, 71 = EzA § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung Nr. 33 m. Anm. Preis.

„2. Der Umstand, daß ein nebenberuflich tätiger Arbeitnehmer als Beamter auf Lebenszeit weitgehend wirtschaftlich und sozial abgesichert ist, stellt keinen personenbedingten Grund i.S. des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG für eine Kündigung des nebenberuflich ausgeübten Teilzeitarbeitsverhältnisses dar.

3. Die arbeitsmarkt-, beschäftigungs- oder sozialpolitisch motivierte Absicht des Arbeitgebers, anstelle von nebenberuflich tätigen Teilzeitarbeitnehmern Arbeitslose im Rahmen von Vollzeitarbeitsverhältnissen zu beschäftigen, stellt kein dringendes betriebliches Erfordernis i.S. des § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG dar.“

Zum Entscheidungszeitpunkt gab es etwa 2 Millionen registrierte Arbeitslose in der alten Bundesrepublik. Adomeit hat schon 1991¹⁰⁹ zu Recht darauf verwiesen, daß das Bundesarbeitsgericht den vermeintlichen „Sozialschutz“ sinnwidrig so überzogen habe, daß die unsozialen Auswirkungen mit den Händen zu greifen seien. Der Sozialschutz des Arbeitslosen gehöre spätestens seit dem Beschäftigungsförderungsgesetz von 1985 zu den Zwecken des Arbeitsrechts. Dieser sei unter dem methodischen Gebot der Einheit der Rechtsordnung auch innerhalb der Generalklauseln des Kündigungsschutzgesetzes zwingend mit zu berücksichtigen.

Das Bundesarbeitsgericht fährt unbeirrt fort, die Interessenabwägungen im Kündigungsschutz auf die individuelle Situation der Streitparteien, nicht selten mit sachfremden Kriterien, zu beschränken. Es weigert sich, die kollektiven

109 Vgl. Adomeit, Arbeitsrecht für die 90er Jahre, München 1991, S. 68 ff.

Steuerungswirkungen seiner Entscheidungen auf nicht Prozeßbeteiligte zur Kenntnis zu nehmen.

Das ist hier um so weniger verständlich, als es im obigen „Lehrerfall“ um die Abwägung der Schutzinteressen eines Vollbeamten in privater Teilzeitnebtätigkeit gegenüber Arbeit suchenden Arbeitslosen ging. Ganz ähnlich verhält sich das Bundesarbeitsgericht in den beispielhaft genannten Kündigungen von Bummelanten nach mehrfachen schweren Vertragsverstößen¹¹⁰. Die Arbeitslosen kommen bei seinen Abwägungen der Interessen nicht vor. Dies beeinträchtigt deren Einstellungschancen erheblich.

Die aus dieser Isolation der Beurteilungsweise resultierenden Entscheidungen gestalten nämlich nicht nur die Rechtsbeziehungen zwischen den jeweiligen Streitparteien, sondern das Geschehen am Arbeitsmarkt. Der so richterrechtlich geschaffene überzogene Kündigungsschutz geht zu Lasten der Arbeitslosen, weil er Investitionen in neue Arbeitsplätze hemmt oder verhindert¹¹¹.

C. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur betrieblichen Mitbestimmung – Der Betriebsrat als Unternehmer

Ein zweiter Rechtsprechungsbereich verdient im Zusammenhang mit der Beschäftigungskrise Aufmerksamkeit, nämlich die richterrechtliche Entwicklung der Mitbestimmungsmacht des Betriebsrates in ihrem Einfluß auf grundlegende Entscheidungen der Unternehmenspolitik.

110 Vgl. oben Erster Teil, B.I.

111 Vgl. Soltwedel u.a., Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt der Bundesrepublik, Tübingen 1990, S. 135 ff.

I. Die erzwingbaren Mitbestimmungsrechte und das Initiativrecht des Betriebsrats

Das Betriebsverfassungsgesetz 1972 räumt dem Betriebsrat in einer Reihe von Angelegenheiten erzwingbare Mitbestimmungsrechte ein. Das sind jene Fallgruppen mitbestimmungspflichtiger Angelegenheiten, die der Arbeitgeber wirksam nur mit der Zustimmung des Betriebsrats regeln kann. Können sich Arbeitgeber und Betriebsrat über eine solche Frage nicht einigen, so kann nach § 76 Abs. 5 BetrVG jede Seite (Arbeitgeber oder Betriebsrat) die Einigungsstelle anrufen. Der Spruch der Einigungsstelle ersetzt dann die Einigung zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.

Die wichtigste Bestimmung des Betriebsverfassungsgesetzes, die erzwingbare Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats regelt, ist § 87, der nach der Gesetzesüberschrift zum 3. Abschnitt des 4. Teils die sog. sozialen Angelegenheiten betrifft. Das ist eine ungenaue, fehlerhafte, vielleicht eine bewußte Falschetikettierung der dort geregelten Materie durch den Gesetzgeber.

Die in den 12 Ziffern von Abs. 1 erfaßten Bereiche betreffen unterschiedliche Dinge. Einerseits geht es um Fragen etwa der Ordnung des Betriebes (Ziff. 1), Zeit, Ort und Art der Entgeltzahlung (Ziff. 4), Urlaubsgrundsätze (Ziff. 5), Unfallverhütung (Ziff. 7), Zuweisung von Wohnräumen für Arbeitnehmer (Ziff. 9), die zutreffend als im Schwerpunkt „soziale“ Angelegenheiten zu bezeichnen sind. Die Vorschrift umfaßt aber auch Materien, die im Kern nicht „soziale“, sondern wirtschaftliche Angelegenheiten und Fragen der grundsätzlichen Unternehmenspolitik betreffen, etwa Regelungen der Arbeitszeitverteilung (Ziff. 2), die Anordnung von Kurzarbeit oder Überstunden (Ziff. 3), den

Übergang von Zeit- zum Prämienlohn/Leistungslohn oder umgekehrt (Ziff. 10) sowie die Regelung der Geldfaktoren bei Leistungslöhnen (Ziff. 11).

Wenn dem Betriebsrat in dieser zweiten Gruppe von im Kern wirtschaftlichen Angelegenheiten ein inhaltlich nicht begrenztes erzwingbares Mitbestimmungsrecht einschließlich des sog. Initiativrechts zugestanden wird, so kann das zu erheblichen Eingriffen des Betriebsrats und der Einigungsstelle in prinzipielle unternehmenspolitische Entscheidungen auf wirtschaftlichem Gebiet, etwa über Standort- und Wettbewerbsbedingungen, über die Steigerung oder Reduktion der Produktion u.ä. führen. Das Problemfeld wird an zwei ausgewählten Beispielen deutlich:

II. Die Kaufhaus-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts – Mitbestimmung als wettbewerbs-schädliche Verschärfung des Ladenschlußgesetzes

1. Die Blindheit des Bundesarbeitsgerichts für den Wettbewerb

In der sog. Kaufhaus-Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht 1982¹¹² entschieden, daß der Betriebsrat einer Kaufhausfiliale in einer schwäbischen Mittelstadt nicht nur bei der Verteilung der Arbeitszeiten, sondern im Ergebnis auch bei der Festlegung der Ladenöffnungszeiten ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht und ein entsprechendes Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG habe. Die Entscheidung war und ist in ihren wirtschaftlichen, aber auch wirtschaftspolitischen Folgen unvermindert spektakulär und brisant. Das Unternehmen wurde vom Bundesarbeitsgericht

112 BAGE EzA § 87 BetrVG 1972 Nr. 13 Arbeitszeit.

gezwungen, die Öffnungszeiten seiner Filiale nach dem Beschluß der zuvor vom Betriebsrat angerufenen Einigungsstelle *unterhalb* der Öffnungszeiten des Ladenschlußgesetzes festzulegen.

Das Bundesarbeitsgericht gestand also dem Betriebsrat die Befugnis zu, nicht nur die Verteilung der Arbeitszeit, wie das § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG vorsieht, durch seine Mitbestimmung zu beeinflussen. Danach kann der Betriebsrat sogar erzwingen, daß selbst die im internationalen Vergleich einmalig kurzen Öffnungszeiten des Ladenschlußgesetzes noch unterschritten werden. Dabei wäre es leicht gewesen, die sozialen Zwecke des Betriebsrats, nämlich ein früheres Arbeitsende für die Belegschaftsmitglieder, durch gleitende und wechselnde Schichtzeiten zu erreichen. Der Fall erhielt eine besondere Pikanterie durch den Umstand, daß an dem Marktplatz der Stadt, an dem die Filiale liegt, zwei weitere Kaufhausketten konkurrierende Filialen unterhielten, welche die zulässigen Öffnungszeiten des Ladenschlußgesetzes ausschöpften. Auch die dem Gericht vorgelegene, absehbare Wettbewerbsverzerrung, welche hier drohte, machte das Bundesarbeitsgericht in seiner Entscheidung nicht wankend, das ohnehin damals schon umstrittene, zwingende Ladenschlußgesetz durch die betriebliche Mitbestimmung noch zu verschärfen. Besondere Brisanz erhält diese Entscheidung durch die jüngst verabschiedete „kleine“ Novelle des Ladenschlußgesetzes und die augenblickliche tarifpolitische Auseinandersetzung im Einzelhandel.

2. Die Verdrängung der Normzwecke des Gesetzgebers

Die Entscheidung ist ein Musterfall für die Nichtbeachtung oder Fehleinschätzung der wirtschaftlichen und wirtschafts-

verfassungsrechtlichen Folgen seiner Entscheidungen durch das Bundesarbeitsgericht. Gerade in diesem Fall hätte es nahegelegen, sich die Normzwecke der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in den „sozialen Angelegenheiten“ nach § 87 Abs. 1 BetrVG 1972 zu vergegenwärtigen. Sowohl in der amtlichen Begründung des Regierungsentwurfes wie auch in der parlamentarischen Beratung des Betriebsverfassungsgesetzes ist mehrfach deutlich der gesetzgeberische Wille geäußert worden, durch die erweiterten erzwingbaren Mitbestimmungsrechte solle „nicht in die eigentlichen unternehmerischen Entscheidungen auf wirtschaftlichem Gebiet“ eingegriffen werden¹¹³. Das haben bei den Beratungen im Bundestag auch die Vertreter der Regierungsmehrheit von SPD und FDP mehrfach mit Nachdruck hervorgehoben¹¹⁴. Auch das Gesetz selbst bringt diese Absicht des Gesetzgebers sowohl in seiner Systematik wie in der differenzierten Reichweite von Mitbestimmungsrechten je nach der geregelten Materie zum Ausdruck¹¹⁵.

3. Die Grenzen der Initiativrechte des Betriebsrats

Das Bundesarbeitsgericht hat diesen in der Entstehungsgeschichte wie im Gesetz selbst mehrfach ausgedrückten Normzweck, die unternehmerischen Entscheidungen auf wirtschaftlichem Gebiet zur Wahrung der Unternehmer-

113 Vgl. BT-Drucksache VI 715/70, S. 31 und die Nachweise bei Wiese, Das Initiativrecht nach dem Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied, Darmstadt 1977, S. 37 ff.

114 Nachweise bei Wiese, a.a.O., S. 38.

115 Nachweise bei Wiese, a.a.O., S. 38; ders., in: GK-BetrVG, Bd. II, 5. Aufl. Neuwied, Kriftel, Berlin 1995, § 87 Rdnr. 122 ff.; Rüthers, ZfA 1973, 399 (417 ff.); Reuter, ZfA 1981, 165 (166 ff.); ders., ORDO, Bd. 36, 1985 S. 51 (72 f.).

freiheit nicht der einseitig durch ein Initiativrecht des Betriebsrats erzwingbaren Mitbestimmung zu unterwerfen, in zwei Entscheidungen nicht beachtet. Die eine ist die vorgenannte Kaufhaus-Entscheidung¹¹⁶, die andere betraf die Einführung von Kurzarbeit auf Antrag des Betriebsrats¹¹⁷. In beiden Entscheidungen verweist das Bundesarbeitsgericht darauf, daß die unternehmerische Entscheidungsfreiheit keine immanente Schranke des Initiativrechts des Betriebsrats bilden könne.

Diese These ist nicht haltbar. Das Betriebsverfassungsgesetz und jede seiner einzelnen Mitbestimmungsregelungen sind vielmehr stets im systematischen Zusammenhang mit der geltenden Arbeits- und Wirtschaftsrechtsordnung ausulegen. Die von den Informations- und Anhörungsrechten bis zu den erzwingbaren Mitbestimmungsrechten abgestufte Mitwirkungsordnung des Betriebsverfassungsgesetzes ist also nicht abschließend. Sie steht nicht für sich allein. Das ist – beispielsweise für die Fälle der freiwilligen Arbeitgeberzusatzleistungen – allgemein anerkannt. Auch das Bundesarbeitsgericht zieht insoweit der Initiativbefugnis immanente Schranken.

Auch nach den eigenen Kriterien des Gerichts ergibt sich eine Beschränkung des Initiativrechts des Betriebsrats. Eine Limitierung soll sich nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts u.a. aus der Systematik und dem Zweck der Gesamtregelung ergeben können. Wenn man die Stellung des

116 BAGE EzA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 13 mit Anm. Richardi = AP Nr. 8 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit mit Anm. Rath-Glawatz.

117 BAGE EzA § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit Nr. 3 mit Anm. Wiese = AP Nr. 2 zu § 87 BetrVG 1972 Kurzarbeit mit Anm. Löwisch.

§ 87 Abs. 1 BetrVG im System des Betriebsverfassungsgesetzes untersucht, wird ein Wertungswiderspruch auch zu den Normen über die Mitbestimmung in „wirtschaftlichen Angelegenheiten“ (106 ff. BetrVG) augenfällig. Dort steht dem Betriebsrat ein per Einigungsstelle und Initiativrecht erzwingbares Mitbestimmungsrecht zu, aber nur soweit es um die *sozialen* Auswirkungen der nur beratungspflichtigen, aber mitbestimmungsfreien Betriebsänderungen geht. Die unternehmerische Entscheidungsfreiheit zum „Ob“ der Betriebsänderung ist in diesem Teil des Gesetzes, dessen Materie in Richtung Unternehmensmitbestimmung tendiert, von der Einflußnahme des Betriebsrats freigehalten. In den § 106 ff. BetrVG wie auch in der amtlichen Begründung wird deutlich, daß die unternehmerische Entscheidungsfreiheit erhalten werden sollte. Das war die gesetzgeberische Motivation. Dem Betriebsrat ein Initiativrecht zu gewähren, über das er die Gesamtöffnungsdauer bestimmen oder Kurzarbeit einführen kann, steht im Widerspruch zu diesem Willen des Gesetzgebers. Der Zweck der Regelung, der methodisch auch aus der Systematik und Historie des Gesetzes zu erschließen ist, spricht somit für eine Beschränkung des Initiativrechts¹¹⁸.

Die Entscheidungen führen aber auch deshalb in die Irre, weil sie verfassungsgesetzliche Leitprinzipien der Wirtschaftsordnung außer Betracht lassen. Ein solches Leitprinzip ist die im Gesetzgebungsverfahren von den Normschöpfern mehrfach hervorgehobene unternehmerische Entscheidungsfreiheit¹¹⁹. Ihr verfassungsgesetzlicher Schutz ist

118 Vgl. zum Ganzen eingehend: Rütters, ZfA 1973, 399 (418 ff.); Rütters/Ruoff, Anm. zu LAG Niedersachsen, LAGE § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 4 m.w.N.

119 Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz, München 1994, Art. 12 Rdnr. 132; BVerfG NJW 1958, 257.

mehrfach grundrechtlich abgesichert, nämlich durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG). Eine Anwendung des § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG im Lichte dieser Grundrechte¹²⁰ hätte im Kaufhausfall zu einer anderen Entscheidung führen müssen. Mit seiner auf die Einzelnorm reduzierten Auslegung hat sich das Bundesarbeitsgericht den Blick auf den wirtschaftsordnungsrechtlichen Zusammenhang des Falles verstellt.

4. Der Beitrag des Bundesverfassungsgerichts

Eine weitere Pikanterie der Kaufhaus-Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts besteht darin, daß der zuständige Dreierausschuß (heute „Kammer“) beim 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde des Kaufhausunternehmens nicht zur Entscheidung angenommen hat. Eine Verletzung des Eigentumsrechts wurde mit einer schmalen, die Tragweite der Entscheidung verkennenden (oder verdrängenden?) Begründung verneint¹²¹. Es mag ein unglücklicher Zufall gewesen sein, daß der den Fall zurückweisende Dreierausschuß eine personelle Zusammensetzung aufwies, die der vom Bundesverfassungsgerichtsgesetz erstrebten Pluralität der Spruchkörper des Gerichts nicht entsprach.

5. Folgen für den Standort Deutschland

In der logischen Konsequenz dieser Rechtsprechung wäre es möglich, daß der Betriebsrat eines Nachtlokals dem-

120 Vgl. dazu BVerfG NJW 1979, 1541 und 1982, 1635.

121 Vgl. BVerfG EZA § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit Nr. 13a.

nächst über die mitbestimmte Verteilung der Arbeitszeit das Etablissement in eine Tageseckkneipe umwandeln könnte.

Im Zusammenhang des Themas „Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht“ sei zu dieser Fallgruppe der Hinweis erlaubt: Es ist leicht vorstellbar, welche Investitionsanreize von einer Mitbestimmungsrechtsprechung ausgehen, nach welcher sowohl der Betriebsrat über sein Initiativrecht als auch die Einigungsstelle mit dem Segen des Bundesarbeits- und des Bundesverfassungsgerichts dem Investor vorschreiben kann, in welchem Umfang dieser die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten ausschöpfen darf. Solche „Leitentscheidungen“ sind wegen ihrer normativen Wirkungen für jeden potentiellen Anleger ein Grund zur Skepsis.

Die Instanzgerichte folgen getreulich dem Bundesarbeitsgericht in vergleichbaren Fallgruppen. So hat am 30.11.1995 das Landesarbeitsgericht Niedersachsen¹²² einem Betriebsrat ein unbeschränktes Mitbestimmungs- und Initiativrecht für den Antrag eingeräumt, in einer Abteilung gegen den Willen des Arbeitgebers vom Zeitlohn auf ein Leistungslohnsystem überzugehen, auch wenn das absehbar zu einer erheblichen Mehrproduktion, zu Absatzproblemen wegen der Marktsituation und zu zusätzlichen Lagerungskosten der zu erwartenden Überproduktion führen könne. Das Landesarbeitsgericht hält sich in der Entscheidung zu allem auch noch für kompetent, dem Arbeitgeber Managementratschläge zu erteilen, wie er den zu erwartenden Folgen

122 LAGE § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 4 mit Anm. Rüthers/Ruoff.

aus dem Wechsel des Entlohnungssystems begegnen könne¹²³.

Diese Rechtsprechung der Arbeitsgerichte drängt den Betriebsrat im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung in die vom Gesetz gerade nicht gewollte Rolle eines voll gleichberechtigten Mitunternehmers ohne Eigenhaftung. Erweisen sich die „unternehmerischen“ Initiativen des Betriebsrats, die er über die Entscheidung der Einigungsstelle durchsetzen kann, als Fehlschlag, so tragen die Folgen für ein solches Mißmanagement primär der Arbeitgeber/das Unternehmen. Im Falle notwendiger Einschnitte in den Personalbestand trägt die Belegschaft die Folgen von Fehlentscheidungen der Mitbestimmungsträger. Eine Haftung des Betriebsrats gibt es nicht. Er selbst genießt Sonderkündigungsschutz bis zuletzt.

Auch dieses Segment der richterrechtlich geschaffenen arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen läßt sich kaum als Werbeargument für Investitionen in neue deutsche Arbeitsplätze verwenden.

D. Aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht – Richterliche Gesetzgebung ohne die gesetzlichen Richter

Als das dritte, auch für die Beschäftigungskrise relevante Problemgebiet, ist die beinahe ständig wechselnde Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht zu nennen. Es ist vom 1. Senat des Bundesarbeitsge-

123 Zu den Einzelheiten, vgl. die Anm. Rütters/Ruoff zu LAG Niedersachsen LAGE § 87 BetrVG 1972 Initiativrecht Nr. 4.

rechts seit der letzten Entscheidung des Großen Senats vom 1971 mehrfach und sprunghaft verändert worden. Diese Änderungen, immer entgegen der Vorlagepflicht des § 45 Abs. 2 ArbGG am Großen Senat vorbei, haben einmal wegen ihrer rechtsstaatlich bedenklichen Rückwirkung, zum anderen wegen der Kurzlebigkeit der jeweils neu verkündeten Grundsätze (Kampfbregeln für die Tarifparteien) ein ganz ungewöhnliches Maß von fortdauernder Rechtsunsicherheit geschaffen.

I. Die Quotenrechtsprechung zur Aussperrung

Zuerst ist die pauschale Festsetzung von prozentual bezifferten, „gegriffenen“ Aussperrungsquoten zu nennen¹²⁴. Sie darf in der Rückschau – schon wegen der erheblichen Branchenunterschiede und der Verschiedenheit der Tarifstrukturen – als von Anfang an fragwürdig bezeichnet werden. Kennzeichnend für die Instabilität dieser Rechtsprechung ist der Umstand, daß schon nach kurzer Zeit eine mögliche Korrektur der pauschalen Quoten in Aussicht gestellt wurde, die aber bis heute unterblieb.

Die Quotenrechtsprechung zur Aussperrung hat u.a. eine einschneidende Störung und Verschiebung des Kampfgleichgewichts bewirkt. Das Gericht hat übersehen, daß es Märkte und Tarifbereiche gibt, in denen aus Gründen der Wettbewerbsstrukturen und entsprechender Konkurrenzverhältnisse unter den Mitgliedern des kämpfenden Arbeitgeberverbandes jede partielle (also jede „quotengerechte“) Aussperrung ausscheidet. Hier hat die Rechtsprechung des

124 BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 36 und 37 mit Anm. Rütters = AP Nr. 64 u. 65 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

Bundesarbeitsgerichts den Einsatz des Hauptkampfmittels der Arbeitgeber schlicht unmöglich gemacht.

II. Die Proklamation des zulässigen Warnstreiks

Für die Kampfpraxis und die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie war eine andere Judikatur des 1. Senats vielleicht noch wichtiger, nämlich die zunächst harmlos erscheinende Rechtsprechung zum sog. Warnstreik.

Am 29.3.1974 organisierte die lokale Verwaltungsstelle der IG Metall während der Arbeitszeit eine zweistündige Demonstration vor dem Gebäude, in dem in Idar-Oberstein zu diesem Zeitpunkt die Diamant- und Edelsteinbörse feierlich eröffnet wurde. Sie zielte auf die gleichzeitig laufenden Tarifverhandlungen für die Schmuckindustrie und war nach Art eines friedlichen Happenings angelegt, adressiert an die dort zahlreich versammelten Unternehmer dieser Branche.

Die teilnehmenden Arbeitnehmer hatten zu diesem Zweck teilweise unerlaubt ihren Arbeitsplatz verlassen. Ein betroffener Arbeitgeber kündigte fünf Arbeitnehmern fristlos, hilfsweise fristgemäß das Arbeitsverhältnis wegen beharrlicher Arbeitsverweigerung. Wegen dieser überzogenen Reaktion kam es zu einem Kündigungsschutzprozeß, der an das Bundesarbeitsgericht gelangte.

Das Bundesarbeitsgericht begnügte sich nicht damit, den wichtigen Grund und die soziale Rechtfertigung für die überzogene Reaktion des Arbeitgebers zu verneinen. Es proklamierte statt dessen 1976 die Rechtmäßigkeit eines neuen Kampfmittels der Gewerkschaften, nämlich des organisierten „Warnstreiks“ während laufender Tarifverhand-

lungen nach dem Auslaufen der Friedenspflicht¹²⁵. Zu diesem Zweck wurde das Happening in Idar-Oberstein zur Überraschung aller Beteiligten in einen „befristeten Warnstreik“ umgedeutet, an den niemand gedacht hatte.

Die vom Bundesarbeitsgericht gewählte pauschale Definition und Rechtfertigung solcher Warnstreiks war so vage und undifferenziert, daß die daraus entstehenden tatsächlichen und rechtlichen Abgrenzungsprobleme vorhergesehen werden konnten¹²⁶.

Das Urteil von 1976 durchbrach ein zentrales Gebot, welches der Große Senat beim Bundesarbeitsgericht in seinen Entscheidungen vom 28.1.1955 und vom 21.4.1971¹²⁷ aufgestellt hatte. Dort ist unzweideutig festgelegt, daß jeder Arbeitskampf nur als das letzte Mittel (ultima ratio) rechtmäßig sein kann. Dieser vom Großen Senat verbindlich aufgestellte „ultima ratio“-Grundsatz ist vom 1. Senat – ohne die gesetzlich zwingend gebotene Vorlagepflicht des § 45 Abs. 2 ArbGG zu beachten, also unter Verstoß gegen Art. 101 GG – Schritt um Schritt abgebaut, schließlich endgültig liquidiert worden¹²⁸.

Der erste Schritt dazu ging dem Warnstreikurteil bereits voraus. Er bestand darin, daß das Bundesarbeitsgericht

125 DB 1977, 824 = AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit krit. Anm. Rütters = EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 19 mit Anm. Otto.

126 Rütters, Anm. zu AP Nr. 51 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.
127 BAGE 1, 291 und 23, 292.

128 Vgl. Rütters, Der Abbau des „ultima ratio“-Gebotes im Arbeitskampfrecht durch das Bundesarbeitsgericht, DB 1990, 113.

entgegen der klaren Aussage des Großen Senats, „deshalb ist auch ein Schlichtungsverfahren erforderlich“¹²⁹, stillschweigend den Anrufungs- und Einlassungszwang der Tarifparteien vor der Eröffnung eines Arbeitskampfes außer Kraft setzte. Das entsprechende Gebot des Großen Senats wurde schließlich selbst bei einschlägigen Entscheidungen in einem Zitat der Entscheidung des Großen Senats schlicht verschwiegen¹³⁰. Es folgte damit weitgehend der Auffassung von Kittner¹³¹, der das „ultima ratio“-Prinzip (wie auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) generell als „am grünen Tisch konstruiert“ und für Streiks „nicht justizabel“ und untauglich verwarf.

III. Die richterliche Absegnung der „neuen Beweglichkeit“

Die IG-Metall, deren Chefjustitiar Kittner ist, erkannte sehr schnell die kampfstrategische Chance, die im Warnstreikurteil mit der Freigabe kurzfristiger Warnstreiks entgegen dem „ultima ratio“-Grundsatz lag. Sie entwickelte umgehend für die nächsten Tarifrunden jeweils einen – sorgfältig geheimgehaltenen – Gesamtplan zahlreicher rollierender Warnstreiks quer durch das gesamte Tarifgebiet, die während der laufenden Verhandlungen im Sinne einer stetigen Nadelstichtaktik ausgelöst wurden. Daraus entstand ein völlig neues, für die Gewerkschaft nahezu kostenloses, aber hochwirksames Kampfmittel. Die konzertierte Aktion rol-

129 BAGE 23, 292 (306) = DB 1971, 1063.

130 BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75 mit Anm. Konzen = SAE 1989, 93 mit Anm. Reuter = DB 1988, 1952.

131 Kittner, Alternativ-Kommentar zum Grundgesetz, Band 1, 2. Aufl., Neuwied 1989, Art. 9 Abs. 3 Rdnr. 66.

lierender Warnstreiks erhielt den Namen „neue Beweglichkeit“.

Der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts hat in einem Urteil vom 12.9.1984 auch dieses Kampfmittel für rechtmäßig erklärt¹³². Das Gericht selbst nennt dieses Urteil bezeichnenderweise seine „zweite“ Warnstreikentscheidung. Es erkannte nicht den fundamentalen tatsächlichen wie rechtsdogmatischen Unterschied, der zwischen den Sachverhalten des Happenings von Idar-Oberstein und dem Flächenkampfmittel der neuen Beweglichkeit liegt. Er ist etwa so wie der zwischen einem Knallfrosch beim Feuerwerk und einer Sprengbombe¹³³. Aus der Verkennung der Sachverhaltsunterschiede folgte die Fehlbeurteilung der Rechtslage mit fortwirkenden Folgen für die Kampfparität und das Gesamtsystem der richterrechtlichen Arbeitskämpfordnung: Es wurde ein hochwirksames neues Flächenkampfmittel der Gewerkschaften zugelassen,

- (1) das offenkundig dem „ultima ratio“-Grundsatz des Großen Senats widersprach,
- (2) gegen das es kein wirksames Abwehrkampfmittel der Arbeitgeberseite geben konnte, weil entsprechende Teilaussperrungen nach der Struktur der Interessenlagen in den Arbeitgeberverbänden ausscheiden¹³⁴.

Damit hatte der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts eines der grundlegenden Prinzipien des Arbeitskämpfrechts („ul-

132 BAG EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 54 mit Anm. Seiter = AP Nr. 81 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit Anm. Herschel.

133 Vgl. Rütters, DB 1990, 113 (117 f.).

134 Zur eingehenden Kritik vgl. Rütters, DB 1990, 113 (117 f.).

tima ratio“) im offenen Widerspruch zum Großen Senat ausgehöhlt und zugleich das Kampfgleichgewicht massiv zum Nachteil der Arbeitgeberseite verschoben, mit allen Folgen für die Ausgewogenheit in der Tarifautonomie. Die seither zu verzeichnenden Schwankungen und Unsicherheiten zeigen, daß zwar das bewährte frühere System beseitigt, ein neues aber nicht gefunden wurde. Zutreffend spricht Hanau von einer „rechtsdogmatischen Knochenerweichung“, die an die Stelle eines in sich stimmigen Konzeptes getreten sei¹³⁵.

IV. Die Liquidation des „ultima ratio“-Prinzips für das Arbeitskampfrecht

Die angehäuften Fehleinschätzungen der Sachverhalte und ihre zum Teil grob fehlerhafte rechtliche Bewertung in der Arbeitskampfsjudikatur zum Warnstreik seit 1976 führten das Bundesarbeitsgericht zum letzten Schritt:

Im Urteil vom 21.6.1988¹³⁶ wurde das „ultima ratio“-Prinzip für Arbeitskämpfe weitestgehend aufgegeben. Die erste Fehlentscheidung zur neuen Beweglichkeit vom 12.9.1984 wird in diesem zweiten Urteil zwar als falsch erkannt. Das Gericht räumt jetzt – etwas verspätet – ein, diese neue Kampfform sei „in ihrem äußeren Erscheinungsbild“ nicht von Erzwingungsstreiks zu unterscheiden¹³⁷. War das 1984 etwa anders? – möchte man fragen. Aber die richtige Einsicht, daß es sich hier um harte Kampfstreiks handelt, führt

135 Hanau, Aktuelle Probleme des Arbeitskampfrechts, 1988, S. 11.

136 EzA Art. 9 GG Arbeitskampf Nr. 75 mit Anm. Konzen = SAE 1989, 93 mit. Anm. Reuter = DB 1988, 1952.

137 Gründe A I 2.

das Bundesarbeitsgericht nicht etwa dazu, das „ultima ratio“-Gebot des Großen Senats wiederherzustellen. Das Gegenteil wird verkündet: Auf die bisher gebotene Erklärung des Scheiterns der Verhandlungen wird nun generell verzichtet. Jede Seite kann jederzeit während noch laufender Verhandlungen mit allen Kampfmitteln überraschend für die Gegenseite losschlagen. Das „ultima ratio“-Gebot wird vom Bundesarbeitsgericht für die Verhandlungsphase liquidiert. Der Große Senat wird dazu – entgegen der gesetzlichen Vorlagepflicht – nicht gefragt¹³⁸.

Der Schritt des Bundesarbeitsgerichts ist bemerkenswert: Weil die Rechtsprechung zum Warnstreik und – erst recht – zur neuen Beweglichkeit nicht frei von inzwischen unverkennbaren Widersprüchen und Irrtümern war, mußte sie korrigiert werden. Zum Schein unterstellt der Senat nun auch Warnstreiks und Neue Beweglichkeit dem „ultima ratio“-Grundsatz (Leitsatz 1). In Wirklichkeit hebt er jedoch diesen Grundsatz gleichzeitig für alle Kampfmaßnahmen während der Verhandlungsphase auf.

Die Rechtsprechung des 1. Senats macht den Arbeitskampf, der nach dem Großen Senat nur „letztes Mittel“ sein darf, rechtswidrig zum „ersten Mittel“ jeder Tarifpartei nach ihrem Belieben. Für die gegenwärtige Rechtslage bedeutet diese Rechtsprechungsentwicklung dreierlei:

- (1) Eine nachhaltige Verschiebung des Kampfgleichgewichts durch die Zulassung und den Umbau der Kampfrechtsordnung im Sinne der „neuen Beweglichkeit“.
- (2) Ein Höchstmaß an rechtsstaatswidriger Rechtsunsi-

138 Zur Kritik im einzelnen Rütters, DB 1990, 113 (118 f.).

cherheit durch das mehrfache und für die Aussperungsquoten bereits angekündigte Schwanken der Judikatur des 1. Senats.

- (3) Einen Schaden für das Gemeinwohl, der aus der Preisgabe des „ultima ratio“-Gebotes und damit aus der rechtlichen Begünstigung vermeidbarer oder gar völlig überflüssiger Arbeitskämpfe entsteht.

V. Die Folgen für die Kampfparität (Waffengleichheit) im Arbeitskampf und den Standort Deutschland

Auf den ersten Blick könnte man geneigt sein, solche Ungleichgewichte und Zweckverfehlungen in der richterlichen Normsetzung zum Arbeitskampfrecht beschäftigungspolitisch für neutral zu halten. Das ist jedoch eine höchst zweifelhafte Einschätzung. Der Arbeitskampf ist ein Hilfsmittel der Tarifautonomie für die Preisbildung am Arbeitsmarkt. Störungen der Kampfparitäten führen sehr leicht, fast notwendig zu Fehlsteuerungen bei der kollektiven Entgeltfestsetzung in den Tarifverträgen. Niemand wird behaupten wollen, daß die Entwicklung der tariflichen Entgelte und der übrigen Arbeitsbedingungen (Wochenarbeitszeit, Urlaub) durch die Tarifparteien in den letzten zwei Jahrzehnten (seit Beginn der Massenarbeitslosigkeit) immer ein Beitrag zu einer positiven Beschäftigungspolitik und zum Abbau der Arbeitslosigkeit gewesen wäre. Davon wird später zu reden sein.

Die „klimabildende“ Funktion des Arbeitskampfrechts, das ebenfalls weitgehend das Produkt richterlicher Normsetzung ist, für die Investitionsbereitschaft vor allem auch ausländischer Anleger in deutsche Arbeitsplätze sollte nicht unterschätzt werden.

E. Das Bundesverfassungsgericht zum Recht der Gewerkschaften auf Werbung in den Betrieben während der Arbeitszeit

Das gilt nicht nur für das Arbeitskampfrecht und für die Normsetzungsbeiträge des Bundesarbeitsgerichts. Auch das Richterrecht des Bundesverfassungsgerichts verdient Aufmerksamkeit.

Das Bundesverfassungsgericht hat durch Beschluß vom 14.11.1995¹³⁹ gegen das Bundesarbeitsgericht entschieden, daß die Werbetätigkeit eines von der Arbeit freigestellten stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden, der während der Arbeitszeit unter den Belegschaftsangehörigen für seine Gewerkschaft Mitgliederwerbung betreibt, in den Schutzbereich des Koalitionsgrundrechtes fällt.

I. Das abrupte Ende einer 30-jährigen ständigen und bewährten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts

In der wissenschaftlichen Literatur hat das Urteil Aufsehen erregt, weil das Bundesverfassungsgericht seine gefestigte Rechtsprechung zur Dogmatik des Art. 9 Abs. 3 GG in einem wichtigen Teilbereich aufgegeben, ja einschneidend geändert hat. Die Reichweite dieser Rechtsprechungsänderung zur Kernbereichslehre¹⁴⁰, die – wie bei obersten Gerichten üblich – als bloße „Klarstellung“ deklariert wird, ist noch nicht abzusehen. Diese abzustecken, ist hier nicht der richtige Ort. Die Art und Weise dieser Rechtsprechungsän-

139 BVerfG – 1 BvR 601/92, NZA 1996, 381.

140 Vgl. Wank, JZ 1996, 629 ff. und Hanau, ZIP 1996, 447; Konzen, SAE 1996, 216 (219 f.).

derung mutet jedoch seltsam an. Die neue Auffassung der Rechtsprechung wird nämlich als Korrektur eines in der Literatur und bei den Fachgerichten bestehenden Mißverständnisses der angeblich unveränderten Linie der Rechtsprechung dargestellt. Das Bundesverfassungsgericht entzieht sich auf diese Weise seiner Begründungspflicht. Wenn das Bundesverfassungsgericht aber, wie hier geschehen, zu neuen Erkenntnissen gelangt, so würden die Rechtsanwender wie die Betroffenen gern nicht nur am Ergebnis, sondern auch an dessen Begründung teilhaben. Die Kernaussage des Urteils, daß die Werbung für eine Gewerkschaft durch einen freigestellten Betriebsratsvorsitzenden auch während der Arbeitszeit durch Art. 9 Abs. 3 geschützt ist, begegnet erheblichen Bedenken. Mit dieser Entscheidung wurde eine fast 30-jährige Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts¹⁴¹ überraschend für verfassungswidrig erklärt. Das Bundesarbeitsgericht hatte seit 1967 in ständiger Rechtsprechung¹⁴² die Auffassung vertreten, daß die Werbung der Gewerkschaften im Betrieb nur außerhalb der Arbeitszeit und während der Pausen, also ohne Störung des Arbeitsablaufes, zum grundrechtlich geschützten Bereich gewerkschaftlicher Betätigungsfreiheit gehöre. In einem Urteil vom 26. Januar 1982¹⁴³ hat es dazu mit ausführlicher

141 BAGE 19, 217 (223 ff.) = AP Nr. 10 zu Art. 9 GG std. Rspr., zuletzt BAG, Urteil vom 13.11.1992, NZA 1992, 690 f. Vgl. zu der ersten Entscheidung Rüthers, Das Recht der Gewerkschaften auf Information und Mitgliederwerbung im Betrieb, RdA 1968, 161 ff.; ders., JuS 1970, 607; ferner Däubler, MDR 1987, 362 ff.; Sowka/Krickel, Beil. 11 zu DB 1989, 1 ff.

142 Urteil vom 14.2.1967, BAGE 19, 217 (223 ff.).

143 1 AZR 610/80 EzA Art. 9 GG Nr. 35 = AP Nr. 35 zu Art. 9 GG.

Begründung entschieden, daß die Verteilung gewerkschaftlicher Werbe- und Informationsschriften während der Arbeitszeit nicht unter den Schutz des Art. 9 Abs. 3 GG falle. Überraschend hat nun das Bundesverfassungsgericht auf eine Verfassungsbeschwerde gegen ein neues Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 13. November 1991¹⁴⁴ entdeckt, daß diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die den Grundrechtsschutz der Gewerkschaftswerbung während der Arbeitszeit verneint, seit fast 30 Jahren gegen die Verfassung verstoße.

II. Der Konflikt des Bundesverfassungsgerichts mit seinem eigenen Grundsatz der notwendigen Gegnerunabhängigkeit von Koalitionen

Auch wer aus der Erfahrung mit überraschenden Eingriffen des 1. Senats beim Bundesverfassungsgericht in die bewährte, langjährige Rechtsprechung der Fachgerichte (Gewaltbegriff bei § 240 StGB; Kunstfreiheit nach Art. 5 GG; Ehrenschatz und Meinungsfreiheit) eine gewisse Verblüffungsfestigkeit erworben hat, ist hier außerstande, seine Zweifel an der dogmatischen wie rechtspraktischen Rationalität dieser Entscheidung zu unterdrücken, und zwar aus folgenden Gründen:

Zunächst fällt auf, daß für die weitreichende Ausdehnung des grundrechtlichen Schutzbereiches eine sorgfältige Begründung fehlt. Dabei wäre dann vielleicht auch beachtet worden, daß das neue Ergebnis gegen das vom Bundesverfassungsgericht selbst bisher stets anerkannte Prinzip der

144 NZA 1992, 690 = DB 1992, 843 = EzA § 611 BGB Abmahnung Nr. 24.

notwendigen Gegnerunabhängigkeit von Koalitionen¹⁴⁵ verstößt. Dieses Prinzip beruht auf der Überlegung, daß nur unabhängige und selbständige Koalitionen einen sachgerechten Ausgleich der Interessen zwischen den Arbeitgebern und den Arbeitnehmern herbeiführen können. Nur gegnerunabhängige Koalitionen können den im öffentlichen Interesse liegenden Ordnungszweck der Tarifautonomie erfüllen¹⁴⁶. Schon der Einzug der Gewerkschaftsbeiträge durch den Arbeitgeber ist unter dem Aspekt der Gegnerunabhängigkeit in Frage gestellt worden¹⁴⁷. Eine Abhängigkeit von der Gegenseite wird angenommen, wenn der soziale Gegenspieler die gegnerische Tarifpartei tatsächlich oder rechtlich, insbesondere mit finanziellen Zuwendungen oder durch andere Leistungen unterstützt¹⁴⁸. Es muß also zwischen den Tarifpartnern sowohl eine personelle als auch finanzielle Unabhängigkeit bestehen.

Der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte neue Grundsatz bewirkt, bezogen auf den zu entscheidenden Sachverhalt, eine unmittelbare Subvention der einen Koalition durch den sozialen Gegenspieler. Fällt nämlich die Werbung für die Gewerkschaft während der Arbeitszeit durch das freigestellte Betriebsratsmitglied in den Schutz-

145 BVerfGE 4, 96 (107 f.); 18, 18 (28); 20, 312 (317 f.); 28, 295 (305 f.); 50, 290 (366 ff.).

146 BVerfGE 4, 96 (107 f.); 18, 18 (28); 20, 312 (317 f.); 28, 295 (305 f.); 50, 290 (366 ff., 373 ff.), bes. BAGE 50, 370 (373 ff.) und BAGE (GS) 20, 175 (213).

147 Vgl. Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, II/1, Berlin, Frankfurt a.M. 1966, § 6 II 2c; Dietz/Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 6. Aufl., München 1982, § 2 Rdnr. 39.

148 Vgl. schon RAG ARS 4, 294; 5, 217; 9, 487.

bereich des Art. 9 Abs. 3 GG, so bedeutet das, daß der Arbeitgeber von Verfassungs wegen verpflichtet ist, die Mitgliederwerbung der Gewerkschaft in doppelter Weise zu finanzieren: Der Arbeitgeber bezahlt zunächst das freigestellte Betriebsratsmitglied für die Zeit, in der es während der regulären Arbeitszeit nicht Betriebsratsarbeit, sondern Gewerkschaftsarbeit leistet. Er bezahlt ferner die Zeit, die der von ihm bezahlte Gewerkschaftswerber während der regulären Arbeitszeit bei dem zu werbenden Arbeitnehmer verbringt, indem er diesen entlohnen muß. Dabei bleibt noch offen, ob durch solche Werbekontakte während der Arbeitszeit der normale betriebliche Arbeitsablauf auch über den betroffenen einzelnen Arbeitsplatz hinaus gestört oder unterbrochen werden kann.

Da hier der stellvertretende Vorsitzende des Betriebsrats freigestellt war, ist nach § 38 Abs. 1 BetrVG davon auszugehen, daß der Betrieb mehr als 601 Arbeitnehmer beschäftigt. Verallgemeinert man die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundrechtsschutz gewerkschaftlicher Werbe- oder auch Informationskontakte auf die gesamte Belegschaft und rechnet je Arbeitnehmer einen Gesprächskontakt von 2 bis 3 Minuten je Halbjahr, dann fällt für den Arbeitgeber im Ergebnis eine finanzielle Belastung von mindestens 2 x 1500 Minuten je Halbjahr an. Er wendet also das Entgelt von 3.000 Arbeitsminuten oder 50 Arbeitsstunden im Halbjahr dafür auf, daß die Gewerkschaft durch ein freigestelltes Betriebsratsmitglied im Betrieb während der Arbeitszeit werben darf. Die Entscheidung widerspricht damit in grober Weise dem vom Bundesverfassungsgericht selbst aufgestellten und in ständiger Rechtsprechung anerkannten Grundsatz der Gegnerunabhängigkeit.

Zwar ist mit dem Bundesverfassungsgericht davon auszugehen, daß noch keine abschließende Entscheidung darüber getroffen wurde, ob die Mitgliederwerbung während der Arbeitszeit zulässig ist. Es ist jedoch unzutreffend, wenn der Gesichtspunkt, daß der Arbeitgeber sowohl denwerbenden als auch den Geworbenen bezahlt, erst im Rahmen der Abwägung zwischen den Grundrechten deswerbenden Gewerkschaftsmitglieds und des Arbeitgebers berücksichtigt wird. Aus dem Grundsatz der Gegnerunabhängigkeit ergibt sich vielmehr, daß die Mitgliederwerbung während der Arbeitszeit entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts nicht durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützt ist. Diese verfassungsrechtliche Schranke der Gewerkschaftswerbung durch den Betriebsrat während der Arbeitszeit wurde vom Bundesverfassungsgericht mit keinem Wort erwähnt.

Die problematische Vorgabe des höchsten deutschen Gerichts kann die den Fachgerichten überlassene endgültige Entscheidung über die Zulässigkeit der Mitgliederwerbung während der Arbeitszeit fehlerhaft beeinflussen. Man darf gespannt sein, ob das Bundesarbeitsgericht unter Berücksichtigung des sich aus dem Arbeitsvertrag ergebenden Rechts des Arbeitgebers auf die reale Arbeitsleistung der Mitarbeiter die falsche Weichenstellung des Bundesverfassungsgerichts im Ergebnis korrigieren wird.

III. Folgen für den Standort Deutschland

Angesichts von mehr als vier Millionen Arbeitslosen ist die Frage geboten, ob und wie diese Rechtsprechung auf die gegenwärtige Beschäftigungskrise einwirken wird. Der Zusammenhang wird deutlich, wenn man sich vorzustellen versucht, wie es etwa einem schweizerischen oder amerika-

nischen potentiellen Investor plausibel gemacht werden soll, daß nach einer Entscheidung des höchsten deutschen Gerichts die Verfassung die Mitgliederwerbung der Gewerkschaft während der Arbeitszeit auf Kosten des Arbeitgebers schützt. Der Investor wird sich seinen Teil denken; die Arbeitsgerichte hoffentlich auch.

F. Ergebnisse zum Ersten Teil

Die Zusammenschau der ausgewählten Rechtsprechung läßt einige allgemeine Folgerungen zu:

1. Das geltende Arbeitsrecht ist nur in Teilen gesetzlich geregelt. Es besteht zu ganz überwiegenden Teilen aus Richterrecht. Das hat mehrere Gründe:
 - a) Die gesetzliche Regelungsdichte ist gering. Wichtige Gebiete sind gesetzlich kaum geregelt (z.B. das gesamte Arbeitskämpfrecht). Andere sind durch zahlreiche gesetzliche oder auch praeterlegal richterrechtlich entwickelte Generalklauseln in ihrer Fortentwicklung weitgehend an die Gerichte delegiert. Das Richterrecht ist unser Schicksal (Gamillscheg).
 - b) Die Arbeitsgerichtsbarkeit hat auch gegenüber bestehenden gesetzlichen Wertungen eine sehr eigenwillige, nicht selten freirechtliche Einstellung zur Gesetzesbindung und Gewaltenteilung nach dem Grundgesetz, besser: gegen das Grundgesetz entwickelt. Wo die gesetzlichen Wertungen den Spruchkörpern nicht behagen, werden Gesetzeslücken vermutet, gesucht, auch gefunden und anschließend nach den richterlichen Regelungskonzepten geschlossen.

2. Der „Widerstand gegen die Norm“ und die Rechtsänderung „in wuchtigen Stößen“ sind Floskeln, die nicht nur in Laudationes von und für führende Richterpersönlichkeiten auftauchen. Sie spiegeln einen beachtlichen Teil der Judikatur des Bundesarbeitsgerichts auf vielen Gebieten.
3. Das deutsche Arbeitsrecht, zumal Richterrecht, ist nicht durchweg zuverlässig, sondern seiner Natur nach schwankend und – wie wir in Deutschland aus der Erfahrung mehrerer Systemwechsel wissen – besonders zeitgeistabhängig. Unvorhersehbare Änderungen der Rechtsprechung sind häufig, und sie sind in der Regel nicht gesetzlich verursacht. Die Beispiele für Mehrfachschwankungen des Bundesarbeitsgerichts im Arbeitskampfrecht, im Urlaubsrecht, bei der Arbeitnehmerhaftung, zur Definition der leitenden Angestellten und im Kündigungsschutz (die Kette der Beispiele läßt sich verlängern) sprechen eine klare Sprache. Schwankendes Richterrecht bedeutet unvermeidbare unvorhersehbare Rückwirkung und Abbau der Rechtssicherheit.
4. Zuverlässig am arbeitsrechtlichen Richterrecht war lange die Grundtendenz, den vermeintlichen Sozialschutz der Arbeitnehmer – gemeint sind die Arbeitsplatzbesitzer – ohne Rücksicht auf die Folgen am Arbeitsmarkt stetig zu verstärken. Das zeigt auch die vorstehende, knappe Analyse von repräsentativen Teilen der Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, zur betrieblichen Mitbestimmung und zum Arbeitskampfrecht. Allerdings sind auch Gegenteilstendenzen nicht zu übersehen, etwa in der Reduktion des überzogenen richterrechtlichen Kündigungsschutzes.

Solche Analysen sind unbequem, insbesondere wenn die genannten Beispiele in ihrer Aussagekraft und Fehlerhaftigkeit kaum zu bestreiten sind. Von den vorstehend geschilderten Entwicklungstrends vom Kündigungsschutz bis zum Arbeitskampfrecht wird man allerdings schwerlich sagen können, hier würden „Einzelergebnisse aus dem sinnvollen Zusammenhang gerissen und als Symptome für gefährliche Entwicklungen perhorresziert“¹⁴⁹.

Mehr als vier Millionen Arbeitslose (also eine Arbeitslosenquote von ca. 10 %) in Deutschland sind ein Alarmsignal. Es ist m.E. nicht zu verantworten, den Anteil des Arbeitsrechts, speziell der richterlichen Rechtspolitik des Bundesarbeitsgerichts, am Zustandekommen dieser Entwicklung zu leugnen oder zu verharmlosen. Leider hat das deutsche Arbeitsrecht, sowohl das Richterrecht wie die kollektiven Normenverträge der Tarifparteien, die seit mehr als zwanzig Jahren andauernde und sich verschärfende Beschäftigungskrise bisher weitgehend nicht zur Kenntnis genommen. Es wird weiter normiert und judiziert, als seien nur die glücklichen Arbeitsplatzbesitzer schutzwürdig, nicht aber das Millionenheer der Arbeitslosen.

5. Ein Schritt zur Normalisierung des Richterrechts wäre es schon, den richterlichen „Widerstand gegen die Norm“ wieder auf gesetzliches Unrecht zu beschränken, nicht aber gegen den Gesetzgeber im demokratischen Verfassungsstaat auszuüben. Die richterliche Rechtspolitik „in wuchtigen Stößen“ ist eine Fehlentwicklung. Gerichte als Vorhut des Gesetzgebers rufen in Deutschland vielfältige Erinnerungen wach.

149 So Th. Dieterich, RdA 1995, 321 (325 m. Fn. 15).

6. Das Verständnis der Arbeitsgerichtsbarkeit für den unlösbaren, normativen Zusammenhang zwischen Arbeitsrechtsprechung und Arbeitsmarkt ist noch sehr jung und weit unterentwickelt. Die Doppelwirkung von Entscheidungen, die dem Sozialschutz dienen sollen, aber durch Reflexreaktionen der frei entscheidenden Wirtschaftssubjekte das Gegenteil, nämlich unbedachte, sozialschädliche Folgen auslösen, wird seit langem und bis heute übersehen.

7. Unstreitig ist, daß das langzeitige Wachstum und der erreichte Stand des arbeitsrechtlichen Schutzes der Arbeitnehmer in Deutschland ein wichtiges Element sozialstaatlicher innerer Friedenssicherung darstellen. Notwendige Korrekturen erfordern daher Umsicht und Augenmaß. In dieser Situation erscheint es verlockend, die Hoffnung auf Besserung und Umkehr auf den parlamentarischen Gesetzgeber zu richten. Das „Sparpaket“ der Bundesregierung und vielfältige Forderungen der Arbeitgeber betreffen denn auch Vorschläge an den Gesetzgeber:
 - Verlängerung der Befristung von Arbeitsverträgen nach dem Beschäftigungsförderungsgesetz von 18 auf 24 Monate;
 - Einschränkung der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall durch Karenztage und Reduktion des zu zahlenden Krankenlohns (Schweden!);
 - Modifikationen des gesetzlichen Kündigungsschutzes;
 - Begrenzung der Sozialplanleistungen;
 - Kostenordnung für die betrieblichen Einigungsstellen/Honorarfreiheit für hauptamtliche Verbandsvertreter.

Die Verwirklichung dieser Vorschläge stößt auf Kritik und Widerstand, nicht nur bei den Gewerkschaften und der Opposition. Auch in der Regierungskoalition gibt es zu fast allen Punkten Gegner. Vielfach wird der Ernst der Lage verkannt, in der sich die deutsche Wirtschaft und der deutsche Arbeitsmarkt im internationalen Wettbewerb befinden. Auch die drohende, ja bereits abzusehende Zahlungsunfähigkeit der sozialen Sicherungssysteme wird eifrig verdrängt. Sicher kann man bei vielen Einzelpunkten des Reformprogramms Einwände vorbringen, aber insgesamt ist ein dringender Regelungsbedarf in diesem Gesamtbereich unabweisbar. Geschieht nichts, so wird sich die Beschäftigungskrise in Deutschland verschärfen.

Gleichwohl ist es nach den bisherigen Erfahrungen problematisch, die Hoffnung auf den Gesetzgeber zu setzen. Er hat sich in den zentralen Fragen, insbesondere des kollektiven Arbeitsrechts, in denen soziale Macht verteilt wird, als weitgehend regelungsunwillig und/oder -unfähig erwiesen. Vielleicht ist er bereits mit dem Sparpaket überfordert?

Zu fragen ist also – ungeachtet der Hoffnung auf gesetzgeberische Reformen –: Was kann mit den vorhandenen arbeitsrechtlichen Instrumenten für mehr Arbeit getan werden?

Zweiter Teil: Zur Rolle der Tarifparteien

A. Falsche Tarifstrategien als Antwort auf die Beschäftigungskrise

Eine weitere maßgebliche Ursache für die bedrohliche Verschärfung der Beschäftigungskrise in Deutschland ist auch die von Gewerkschaften und Arbeitgebern im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts betriebene Tarifpolitik. Sie zeichnet sich angesichts der seit mehr als zwei Jahrzehnten andauernden und stetig gewachsenen Massenarbeitslosigkeit durch ein erstaunliches Maß an Gleichgültigkeit und Unbeweglichkeit vieler Tarifparteien beider Seiten gegenüber den Alarmzeichen am Arbeitsmarkt aus. Das wird bestätigt durch die Untauglichkeit der eingesetzten tarifpolitischen Strategien, die angeblich dem Abbau der Arbeitslosigkeit dienen sollten. Sie haben jedenfalls nicht den erwarteten und vorausgesagten Erfolg gehabt. Zu nennen ist hier vor allem die in den späten 70er Jahren ausgegebene Parole von der Arbeitszeitverkürzung bei vollem Lohnausgleich („35-Stundenwoche“), die dann ab 1984 durch zwei große Arbeitskämpfe in der Metall- und Druckindustrie stufenweise erzwungen wurde. Sie hat in Teilbereichen wenige neue Arbeitsplätze geschaffen. Sie hat die Arbeit in Deutschland in mehreren Schüben erneut verteuert. Sie hat damit Investitionen gehemmt und verhindert, anstatt sie zu fördern.

Der Tarifstrategie der Verkürzung der Wochenarbeitszeit bei vollem Lohnausgleich als Mittel gegen die Arbeitslosigkeit liegen – wie Oswald von Nell-Breuning schon am

Anfang der Kampagne für die 35-Stundenwoche festgestellt hat – mehrere Denkfehler zugrunde.

Ihre Verfechter – die Gewerkschaften – gingen davon aus, das Potential der Arbeitsplätze einer Volkswirtschaft oder eines Wirtschaftszweiges sei eine im wesentlichen fixe Größe, die man durch Tarifverträge wirksam zwischen Arbeitsplatzbesitzern und Arbeitslosen neu verteilen könne. Das hat sich in vielen Branchen als grober Irrtum erwiesen. Durch die Verteuerung des Faktors Arbeit sind die Arbeitsplätze nicht in Deutschland „gerechter“ (auch auf Arbeitslose) verteilt, sondern zu nicht geringen Quoten in Länder mit günstigeren Arbeitskosten exportiert worden.

Ein weiterer Fehler war die Vorstellung, die deutschen Arbeitnehmer ließen sich durch die Tarifparteien verbindlich und real wirksam vorschreiben, wie lange sie wöchentlich höchstens arbeiten dürften. Der Irrtum war bald offensichtlich. In erheblichem Umfang fanden die durch die Verkürzung der Wochenarbeitszeit frei gewordenen Potentiale sich alsbald in Zweitarbeitsverhältnissen, nicht selten auch in der Schwarzarbeit wieder, zum Schaden der Sozialversicherung und der öffentlichen Hand.

Der Versuch der Gewerkschaften, über die 35-Stundenwoche zu einem positiven Einfluß auf den Arbeitsmarkt beizutragen, ist weitgehend gescheitert. Die tarifvertraglich erstrebte zentrale Zwangsverwaltung des Arbeitsmarktes mußte fehlschlagen, weil solche Versuche einer vormundschaftlichen Tarifpolitik in Deutschland bei der gegebenen Mentalität der Arbeitnehmer und wegen der rechtlichen Rahmenbedingungen keine Chance haben. Diese Tarifpolitik war ein Nachteil für die Arbeitslosen und hat deren Zahl wachsen lassen.

Neben der Arbeitszeitpolitik war ein anderer schwerwiegender Fehler der Tarifpolitik der letzten zwei Jahrzehnte ihre nicht selten fehlende Aufgeschlossenheit und Elastizität gegenüber branchenspezifischen und regionalen Unterschieden der Konjunktur- und Ertragslagen. Einheitliche Entgelttarife mit bundesweiter Identität der Regelungsinhalte waren der zunächst in den 60er Jahren von den Arbeitgeberzentralen initiierte, später beiderseits erstrebte Normalfall. Das führte zu „Pilotabschlüssen“ in gut organisierten und kampferprobten Tarifgebieten, die dann nicht selten weit über die Branche hinaus als Leitmodell in der ganzen Republik wirkten. Erschwerend kommt hinzu, daß funktionsfähige Öffnungsklauseln für Sondersituationen absolute Ausnahmen waren. Sie scheitern bis heute oft am erbitterten Widerstand der Gewerkschaften. Das mochte in Zeiten der Hochkonjunktur und Vollbeschäftigung noch angehen. In Branchen- und Unternehmenskrisen mußte das zu Verwerfungen und Konflikten im Verhältnis zwischen den Tarifparteien und ihren Mitgliedern führen¹⁵⁰.

B. Das Nachgeben der Arbeitgeber – Mögliche Ursachen

Erstaunlich an dieser problematischen Entwicklung der Tarifpolitik, vor allem in den letzten 15 Jahren, ist der Umstand, daß und wie lange die Tarifparteien der Arbeitgeber den Gewerkschaften bei diesen Irrwegen in die Arbeitszeitverkürzung mit Lohnausgleich und dem Abschluß von „Bundeseinheitstarifen“ für die jeweiligen Branchen immer wieder nachgegeben haben. Gegenstand einer gesonderten Untersuchung sollte es sein, die Ursachen dieses Nachgebens bei den Arbeitgebern näher zu analysieren. Immerhin

150 Vgl. schon Rüthers, WuW 1980, 392 (395 ff.).

seien hier zwei Faktoren genannt, die dabei mitgewirkt haben könnten.

I. Ausgehöhlte Waffengleichheit als Folge der Bundesarbeitsgerichts-Rechtsprechung?

Zunächst liegt die Vermutung nahe, daß die mehrfachen Änderungen der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht (Warnstreik, Quotenregelung bei der Aussperrung, Zulassung der „neuen Beweglichkeit“, weitgehende Liquidation des „ultima ratio“-Prinzips) hier Folgen für die Sachgerechtigkeit und Ausgewogenheit der Tarifabschlüsse zeitigen. Es könnte sein, daß diese Neuregelungen des Ersatzgesetzgebers Bundesarbeitsgericht das Kampfgleichgewicht nicht nur empfindlich gestört, sondern zu erheblichen Teilen zu Lasten der Arbeitgeber beseitigt haben. Gegen die „neue Beweglichkeit“ während laufender Verhandlungsrunden ist eine einsatzfähige Abwehrwaffe der Arbeitgeberseite nicht erkennbar. Sie ist dadurch schon in der Verhandlungsphase weitgehend erpreßbar geworden. Das gilt besonders in solchen Branchen, in denen eine Abwehraussperrung aus Gründen der Wettbewerbssituation unter den Verbandsmitgliedern in Teilbranchen (etwa am Illustrierten-Markt) nur bundesweit in Betracht kommt. Genau das wurde durch die unbedachte Quotenregelung mit ihren „gegriffenen“ Prozentzahlen verboten.

II. Der Strukturwandel durch „just in time“-Produktionsverfahren

Daneben spielt ein anderer Faktor für das Ungleichgewicht unter den Tarifparteien im Arbeitskampf eine wichtige Rolle, nämlich die einschneidende Änderung der Produktionsstrukturen nach dem „just in time“-Verfahren. Weil der

gesamte Produktionsprozeß minutiös vernetzt und auf die genaueste Einhaltung der Materialzulieferung beim jeweiligen Fertigungsschritt angelegt ist, hat sich eine extreme Störanfälligkeit beim Ausbleiben auch nur kleiner Beiträge zu diesem zentral gesteuerten Verfahren ergeben. Genauere Untersuchungen zu den Auswirkungen dieser neuen Gegebenheiten auf die Waffengleichheit liegen noch nicht vor. Auffällig ist jedoch, mit welcher Unbefangenheit das Bundesarbeitsgericht durch die Quotenregelung, die Zulassung der „neuen Beweglichkeit“ und die weitgehende Aufhebung des „ultima ratio“-Prinzips die Ungleichgewichte im Arbeitskampf gerade in dem Zeitraum richterrechtlich maximiert hat, in dem die Gefährdungen der Kampfparität aus den Änderungen des Produktionsprozesses bereits deutlich zutage lagen.

C. Der künftige Sinn von Arbeitskämpfen

Die Faktenlage im industriellen Bereich hat sich einschneidend gewandelt. Die Frage nach dem künftigen Sinn und den Wirkungen von Arbeitskämpfen stellt sich völlig neu. Arbeitskämpfe werden heute zunehmend in ihren Schadensfolgen nicht mehr primär unter den beteiligten Tarifparteien, sondern gegen Dritte, vor allem gegen schwächere Arbeitnehmer, gegen Arbeitslose und gegen die Steuerzahler geführt.

Bei jedem Streik im Öffentlichen Dienst liegt es auf der Hand, daß er „zu Lasten Dritter“ geführt wird. Die Arbeitnehmer dort haben kein Arbeitsplatzrisiko wie in der Privatwirtschaft: Die öffentlichen Arbeitgeber kennen kein Konkursrisiko. Alle Kampfschäden sind von den Benutzern und den Steuerzahlern zu tragen, also überwiegend von anderen Arbeitnehmern. Ähnliches gilt für Monopolberei-

che (Energiewirtschaft) und dauerhaft subventionierte Wirtschaftszweige.

Auch im Bereich der übrigen Privatwirtschaft erweist sich der Arbeitskampf mehr und mehr als ein untaugliches Mittel zur Lösung von Tarifkonflikten. Wenn die Tarifautonomie als Ordnungsinstrument die gegenwärtige Krisensituation überleben soll, werden beide Arbeitsmarktparteien bald zusätzliche, neue, gemeinwohlverträglichere Konfliktlösungsmechanismen entwickeln müssen. Das soll keinen Ausschluß der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Arbeitskampffreiheit bedeuten. Gemeint ist die freiwillige Rückkehr zu einem strikt praktizierten „ultima ratio“-Prinzip. Damit würde der Gemeinwohlschaden ausgeglichen, den der 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts gegen die Grundsätze des Großen Senats mit der Aufhebung des „ultima ratio“-Grundsatzes verursacht hat.

D. Das Versagen und die Zukunft der Tarifautonomie

Vor diesem Hintergrund ist die heftige gegenwärtige Diskussion über die Rolle oder auch das „Versagen“ der Tarifautonomie in der gegenwärtigen Wirtschafts- und Beschäftigungskrise zu sehen. Ausgelöst wurde sie nicht erst durch die später revidierten Stufentarifverträge in Ostdeutschland und den viel kritisierten Abschluß von 1995 in der Metallindustrie. Objektiv ist die fragwürdige Tarifpraxis der letzten zwei Jahrzehnte in die Kritik geraten, die sich nach 1989 nur erheblich verschärft hat.

I. Die Bewußtseins- und Strukturkrise der Tarifparteien beider Seiten

1. Der offene Verbändekrieg bei den Arbeitgebern

Zeitgleich ist bei den Arbeitsmarktparteien eine tiefgreifende Bewußtseins- und Strukturkrise der Verbände von den Spitzen bis in die Mitgliedschaften hinein zu beobachten. Die Verbandsspitzen tragen harte, fast duellähnliche Konflikte auf offener Szene aus. Die Führungsmannschaften des BDI bedenken die Tarifpolitik von Gesamtmetall und auch die Tarifstrategien der Bundesvereinigung öffentlich mit vernichtender Kritik.

Aber nicht nur das: Der Präsident des BDI empfiehlt über die Medien, den von 23 europäischen Staaten bereits designierten deutschen Kandidaten für die Präsidentschaft der europäischen Arbeitgebervereinigung, den amtierenden Präsidenten der BDA, nicht zum europäischen Arbeitgeberpräsidenten zu wählen. Dieser zieht daraufhin seine Kandidatur zurück. Der Vorgang löst in den europäischen Nachbarländern verständnisloses Kopfschütteln über die Streitkultur innerhalb der deutschen Verbände aus.

Ähnlich „überzeugend“ verliefen die verbandsinternen Auseinandersetzungen bei Gesamtmetall nach der verhängnisvoll mißglückten Tarifrunde 1995. Der jahrzehntelang amtierende, sachkundige und verdiente Hauptgeschäftsführer wurde auf dem Altar der Verbandserhaltung als Bauernopfer dargebracht, um so den Bestand des Verbandes und die übrige Führungsmannschaft in der offenkundigen Strukturkrise zu retten. Der Nachfolger sieht alle Schuld allein bei der starrsinnigen IG Metall, nicht in verbandseigenen Struktur- und Strategieproblemen. Der grundlegende

Wandel der Interessenkonstellationen zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern, der mit der Globalisierung der Märkte eingesetzt hat, wird im Metallbereich – im Gegensatz zu anderen Wirtschaftszweigen (Chemie, Textil) – nach wie vor vernachlässigt. Es wird übersehen, daß auf der Basis der neuen nationalen Interessengemeinsamkeiten im internationalen Wettbewerb nur gemeinsame Tarifstrategien und nicht überholte Klassenkampfpapolen den Abbau der Arbeitsplätze in Deutschland bremsen können.

Die mangelnde Solidarität der Arbeitgeber untereinander reicht weit über den Metallbereich hinaus und betrifft – wie der Konflikt um die Umsetzung der Lohnfortzahlung zeigt – sowohl das Verhältnis der Arbeitgeberverbände untereinander als auch die Verbandstreue vieler einzelner Verbandsmitglieder. Die Arbeitgebersolidarität zeigt Auflösungserscheinungen in einem Maße, das eine konsequente und geschlossene Tarifpolitik in heiklen Fragen gefährdet oder bereits mehr als unsicher erscheinen läßt.

Die Repräsentanten der drei Verbände, die Arbeitgeberinteressen vertreten wollen (BDI, BDA, DIHT), verkündeten während der laufenden Tarifrunden 1995 in völlig verschiedenen Sprachen unterschiedliche, oft gegenläufige Thesen, die in der Regel bald darauf widerrufen und durch neue, wiederum umstrittene Parolen ersetzt wurden. Mein Kommentar: Der Zustand der widersprüchlichen und gegenläufigen Artikulation der Arbeitgeberinteressen durch offenbar verfeindete Repräsentanten

- a) zeigt eine dramatische Strukturkrise der Verbände an,
- b) ist mitverantwortlich für die Ergebnisse der Tarifrunde 1995 und
- c) ist kein Beitrag zum Abbau der Beschäftigungskrise, die

unser Thema ist. Der offene und personalisierte Streit konkurrierender Arbeitgeberverbände schafft keine Arbeit. Er erschwert die Lösung der Probleme.

2. Die Versäumnisse und Divergenzen bei den Gewerkschaften

Bei den Gewerkschaften sieht es, was die Geschlossenheit der tarifpolitischen Konzepte anbelangt, nicht viel besser aus. Auch dort sind öffentliche Beschimpfungen der Verbandsspitzen untereinander keine Seltenheit. Jüngstes Beispiel war die Anklage des Vorsitzenden der neuen IG Bau Wiesehügel gegen den DGB-Chef Schulte am 13.4.1996, dieser habe die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall ohne jeden Sinn von Gewerkschaftsseite zur Diskussion gestellt und den Abschluß der IG-Textil mit 1,5 % als einen Beitrag zum „Bündnis für Arbeit“ bezeichnet, und das während der Verhandlungen im Baugewerbe. Die gewerkschaftlichen Spitzen (Beispiel Metall einerseits, Textil und Chemie andererseits) verstehen unter dem Gummi-Begriff „Bündnis für Arbeit“ extrem verschiedene Dinge.

Die Gewerkschaften insgesamt haben in den letzten Jahren erhebliche Mitgliederverluste zu verzeichnen. Innerhalb von zwei Jahren (1993-94) kehrten 1,25 Millionen Mitglieder oder 11,34 % der organisierten Arbeitnehmer den Gewerkschaften den Rücken. Besonders schwach sind die Organisationsquoten von jungen Arbeitnehmern, Frauen und Angestellten. Die Verbandsbürokratien müssen um ihren Bestand fürchten, sind aber, vor allem in den mittleren Funktionärskadern, teilweise noch der neo-marxistischen Klassenkampfdemagogie verhaftet, wie sie vor der Wende 1989 beispielhaft vom Chef der Mediengewerkschaft Hensche verkündet und praktiziert wurde.

Die Verbandsbürokratien beider Tarifparteien haben einen wichtigen Wandlungsprozeß lange übersehen oder unterbewertet: Die neue Lage des globalen Wettbewerbs hat zu völlig neuen Bündniszwängen geführt, um die nationalen Wirtschaftsstandorte zu erhalten. Der gemeinsame Kampf von IG Bau und Bauarbeitgebern bei der Festlegung von Mindestlöhnen ist – wie immer man das sonst sehen mag – ein Fanal. Die eigenen Löhne sind den Gewerkschaften weit wichtiger als die internationale Arbeitnehmersolidarität. Das ist nur *ein* Beispiel für den Trend zu Bündnissen zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften auf nationaler Ebene.

II. Die realen Beiträge der Tarifautonomie zur Beschäftigungspolitik

Was die Beiträge der Verbandstarifparteien zur Beschäftigungspolitik angeht, ist eine wichtige Tatsache zu beachten: Verbände agieren nach Zweck und Satzung in erster Linie für ihre zahlenden Mitglieder. Das sind, auch bei den Gewerkschaften, in erster Linie die Arbeitenden, nicht die Arbeitslosen. Der Beitrag der Tarifautonomie zu einer positiven Beschäftigungsentwicklung ist daher von vornherein sehr begrenzt und war in der Vergangenheit oft negativ.

Das ist eine Feststellung, kein Vorwurf. Tarifpolitik in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit oder gar der Rezession ist für beide Seiten, besonders aber für die Gewerkschaften eine äußerst schwierige und verantwortungsvolle verbandspolitische Aufgabe. Dieser Umstand hat die Tarifautonomie insgesamt ins Zwielficht gebracht, nicht nur in der Öffentlichkeit, sondern vor allem bei den Mitgliedschaften beider Seiten, die zunehmend nach dem Sinn und der

Zweckmäßigkeit ihrer Beitragszahlungen fragen, wenn die Folgen der Tarifabschlüsse ihren Interessen zuwiderlaufen.

III. Die Strukturkrise der Verbände

Die Wirksamkeit der Flächentarife bröckelt, weil auch die Arbeitgeber eine sinkende Organisationsquote verzeichnen. Besonders schwach sind die Arbeitgeber in Ostdeutschland organisiert. So sind von 800 Metallunternehmen in Sachsen nur noch 270 Mitglieder im Arbeitgeberverband¹⁵¹. Der Verlegerverband Sachsen-Anhalt existiert nur noch auf dem Papier. Er hat kein einziges Mitglied. Der Thüringer Verband hat sich Ende 1995 nach dem Austritt der letzten drei Mitglieder ganz aufgelöst¹⁵². Die Unternehmen scheuen die Tarifbindung. Der Grund: In den Tarifverträgen werden für ertragsschwache Firmen, vor allem in Ostdeutschland, aber nicht nur dort, nicht mehr Mindestarbeitsbedingungen, sondern „Höchstarbeitsbedingungen“ zementiert, die für viele nicht finanzierbar sind.

Die Folgerung liegt auf der Hand, auch wenn sie von den Traditionsstrategen der zentralen Verbandsbürokratien noch nicht akzeptiert wird:

Die Zeit solcher Bundeseinheitstarife, die undifferenziert oft für mehrere, ganz verschiedene Branchen und Regionen mit unterschiedlicher Ertragslage gelten sollen, diese Zeit ist vorbei.

Bei näherem Hinsehen zeigt sich, daß die Verbände beider Seiten mit ihrer Praxis der starren und pauschalen Einheits-

151 Vgl. Handelsblatt v. 10.7.1996, S. 5.

152 Vgl. Handelsblatt v. 19.3.1996, S. 6.

tarife ohne funktionsfähige Differenzierungen sich inzwischen weit von den beiderseitigen Mitgliederinteressen entfernt haben. Der bei vielen Tarifparteien zu verzeichnende Mitgliederschwund sowie die Konflikte innerhalb der großen Verbände (ebenfalls beider Seiten) zeigen das überdeutlich, zuletzt etwa der Streit um die Tarifstrategie von Gesamtmetall 1995. Die High-Tech-Branche hat ganz andere Regelungsinteressen als die Metallverarbeiter im Sauer- und Siegerland oder die Elektroindustrie. Das Ausscheren großer (IBM, Jenoptik) und der Nichtbeitritt neuer Unternehmen könnten Anzeichen dafür sein, daß eine *einzig*e Tarifpolitik für *die* gesamte Metallindustrie die heutige Wirklichkeit und die Interessen vieler dort organisierter Mitgliedsunternehmen nicht mehr treffen und befriedigen kann.

Dasselbe gilt für die Arbeitnehmerseite. Ein anschauliches neuestes Beispiel – es steht für sehr viele ähnliche Fälle – bietet der Konflikt der IG Metall in Kassel mit dem Betriebsrat der Firma Viessmann/Allendorf. Dort hat die Firma mit 90 % ihrer 3.700 Arbeitnehmer einzelvertraglich vereinbart, daß diese vom 1.5.1996 an statt der tarifvertraglich vorgesehenen 35 Stunden jetzt wieder 38 Stunden in der Woche arbeiten, und zwar ohne zusätzlichen Lohn. Die Organisationsquote der Belegschaft in der IG Metall liegt bei 10 %.

Die Firma hat sich dafür verpflichtet,

- (1) den fertig geplanten Aufbau einer Produktionsstätte für ein neues Gasheizgerät in Tschechien zu stoppen und
- (2) bis zum 30. April 1999, also zwei Jahre, keine betriebsbedingten Entlassungen vorzunehmen. Diese Zu-

sage ist abhängig vom Marktverlauf nach der Prognose eines unabhängigen internationalen Instituts, die beide Seiten der Vereinbarung zugrunde gelegt haben.

Die Ausgangslage war diese:

Viessmann hatte als Folge der nachlassenden Bautätigkeit im 2. Halbjahr 1995 einen erheblichen Umsatzrückgang zu verzeichnen und mußte in Allendorf (Nordhessen) 450 Arbeitsplätze abbauen. Vor dem Einbruch war in Myto bei Prag eine neue Produktionsstätte mit 250 Mitarbeitern baureif geplant.

Die Lohnkosten betragen in Myto	5,73 DM/h
in Deutschland	41,80 DM/h

Entsprechende beträchtliche Differenzen ergeben sich bei den für die Kalkulation relevanten Lohnstückkosten. Die Gasttherme in Tschechien zu produzieren, hätte für Viessmann Einsparungen in Höhe von 20 Mio. DM bedeutet. Der Spareffekt der Vereinbarungen in Allendorf liegt bei 19,1 Mio DM. Dadurch erreicht Viessmann ein Kostenniveau, das es erlaubt, auf den Aufbau von Myto zu verzichten.

Der Betriebsrat hat die genannten einzelvertraglichen Angebote des Arbeitgebers den Mitarbeitern zur Annahme empfohlen. Die Gewerkschaft kann gegen die Einzelabreden nichts unternehmen. Sie will jetzt die Mehrheit der nichtorganisierten Betriebsratsmitglieder wegen ihrer Empfehlung gerichtlich aus dem Betriebsrat entfernen lassen. Sie meint, der Betriebsrat habe damit gegen seine Pflichten verstoßen, weil er die Unterschreitung der geltenden Tarif-

verträge gefördert habe. Der Antrag der Gewerkschaft ist in der ersten Instanz aus formalen Gründen gescheitert¹⁵³.

Es ist dies *ein* Musterfall vormundschaftlicher Tarifpolitik. Die IG Metall maß sich an, in einer unternehmensbezogenen Krisensituation ihren Standpunkt gegen die sorgfältig erwogene gemeinsame Position von Belegschaft, Betriebsrat und Unternehmensleitung durchzusetzen.

Der Obersatz dieser gewerkschaftlichen Strategie lautet:

Was für Arbeitnehmer dieses Unternehmens günstig ist, bestimmen wir, die Gewerkschaft, und zwar auch gegen die geschlossene Überzeugung aller im Unternehmen Beteiligten und Betroffenen.

Diese Verbandsposition trifft auf eine Arbeitnehmerschaft, welche die arbeitsmarktpolitischen Folgen der gewerkschaftlichen Tarifpolitik zunehmend kritisch betrachtet. Das Verhalten der Gewerkschaften könnte leicht ein weiterer Beitrag zur eigenen Schwächung durch Austritte und Nichtbeitritte werden. Es geht hier nicht primär um *Rechtsfragen*, sondern um ein Umdenken in der Tarifpolitik zugunsten der jeweils konkret Betroffenen. Wenn mehr als 90% der Belegschaft mit dem Betriebsrat eine vom Tarif abweichende Regelung wollen, ist es auch gewerkschaftspolitisch wenig sinnvoll, den Betriebsrat gerichtlich aus dem Amt drängen zu wollen. Selbst wenn die Gewerkschaft vor Gericht Erfolg hätte, würde die Belegschaft bei der dann fälligen Neuwahl den Sturz „ihrer“ Betriebsratsmitglieder kaum durch die Wahl von IG-Metall-Vertretern honorieren.

153 Vgl. FAZ v. 13.4.1996, S. 17; Handelsblatt v. 16.7.1996, S. 15; 8.8.1996, S. 4; 12.8.1996, S. 6.

Der Fall Viessmann ist exemplarisch für das gegenwärtige Spannungsverhältnis zwischen Verbandstarifautonomie und Unternehmensautonomie in Krisensituationen. Er zeigt zweierlei:

Weder die Arbeitnehmer noch die Unternehmen lassen sich ihr Verhalten von den Verbandszentralen der Tarifparteien vorschreiben, wenn es um Fragen der Unternehmensexistenz, der Standortverlagerung und der Erhaltung von Arbeitsplätzen in Deutschland geht. Die durch die 35-Stundenwoche bei vollem Lohnausgleich zusätzlich verursachten höheren Arbeitskosten haben Einfluß auf die Wettbewerbslage und die Investitionsentscheidungen der betroffenen Unternehmen. Sie vertreiben inländische, und sie verschrecken mögliche ausländische Investoren.

Nur sie können aber neue, dauerhafte Arbeitsplätze schaffen. Das ständig zunehmende Ausbleiben gerade ausländischer Investitionen ist eine wichtige Ursache der deutschen Beschäftigungskrise. Die hohen deutschen Arbeitskosten und die markt- und systemwidrigen Teile des deutschen Arbeitsrechts gehören zu den Faktoren, die auf ihre negativen Wirkungen für den Arbeitsmarkt zu überprüfen sind. Selbstverständlich kann hier nirgends ein Kahlschlag erwünscht sein, aber alle einzelnen Faktoren, eben auch die Tarifverträge – nicht nur die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung – sind nüchtern und ohne ideologische Vorbehalte in ihren Wirkungen auf die Beschäftigungslage zu untersuchen. Die Tarifparteien haben jeden neuen Abschluß auch daran zu messen, ob er die Beschäftigung fördert oder behindert. Verbandstarifparteien können selbst keine neuen Arbeitsplätze schaffen; sie wirken aber mit jedem neuen Tarifvertrag auf die Investitionsbereitschaft in den betroffenen Unternehmen und Branchen ein.

„Runde Tische“ und „Bündnisse für Arbeit“ schaffen keine Arbeitsplätze. Aber auch sie können Investitionen begünstigen oder verhindern.

IV. Die Tarifkrise als Ideologiekrise der Tarifparteien

Der Fall Viessmann lenkt die Aufmerksamkeit erneut auf ein Problemfeld, das in den letzten Monaten besonders lebhaft und kontrovers erörtert wird, nämlich die Rolle der Tarifautonomie, speziell des Flächentarifs in der Beschäftigungskrise. Zugleich geht es dabei um die im Arbeitgeberlager sehr unterschiedlich beurteilte Tarifstrategie der großen Tarifparteien in der Metall- und Druckindustrie.

Voraus ist festzustellen: Entgegen manchen Stimmen in der öffentlichen Diskussion ist die gegenwärtige offenkundige Krise der Tarifautonomie keine Krise des *Tarifrechts*, sondern eine Krise der *Tarifpolitik* und ihrer Träger. Es handelt sich um eine ausgeprägte *Verbändekrise*. Das gilt für die Arbeitgeberverbände wie für die Gewerkschaften gleichermaßen. Die gegenwärtigen, heftigen, gelegentlich fast wütenden Angriffe richten sich häufig auf die gesamte Tarifautonomie und ihre Träger, die Verbände beider Arbeitsmarktparteien.

1. Verkannte Grundtatsachen

Dabei werden jedoch einige wichtige Aspekte übersehen:

- (1) Die staatsfreie Tarifautonomie ist als Einrichtung nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesarbeitsgerichts durch das Koalitionsgrundrecht verfassungsgesetzlich garantiert. Verfassungsändernde Mehrheiten sind in

dieser Frage nicht absehbar. Der „Abschied von der Tarifautonomie“, immer wieder neu proklamiert, stößt also auf rechtliche Schranken.

Allerdings zeigt sich, daß die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände selbst in der Lage sind, diese in mehr als 40 Jahren bewahrte Institution durch markt- und wirklichkeitsferne Abschlüsse in ihrer Ordnungsfunktion mehr und mehr entscheidend zu schwächen. Eine Selbsterstörung der Tarifautonomie durch die Verbände erscheint nicht mehr ausgeschlossen.

- (2) Es wird in der gegenwärtigen Krisenlage gern übersehen, daß die staatsfreie Tarifautonomie in Deutschland viele Jahre ein wichtiger Ordnungs- und Steuerungsfaktor am Arbeitsmarkt gewesen ist, und das nicht nur in Schönwetterlagen, sondern auch zur Bewältigung schwieriger Krisenphasen (Nachkriegszeit, Bergbau, Textil, Stahl etc.).
- (3) Die staatsfreie Tarifautonomie ist konzipiert als eine Parallel-Institution zur Marktwirtschaft, und zwar als ein soziales Element derselben. Es gibt sie nur in liberalen Verfassungsstaaten. Autoritäre oder diktatorische Systeme kennen sie nicht. Die Alternativen würden mit wenig Verzögerung zur Lohnverantwortung des Staates führen.
- (4) Die rechtliche Struktur der Tarifautonomie ist auf Beweglichkeit der Arbeitsmarktpreise je nach branchenspezifischer und regionaler Ertragslage angelegt. Durch die Praxis der branchenübergreifenden „Bundeseinheitstarife“, die beide Tarifseiten vor allem in den Schlüsselbranchen (Metall, Druck) seit langem

pflegen, ist die marktwirtschaftliche Komponente der Tarifautonomie seit langem stark beeinträchtigt worden. Das ist nicht eine Folge des *Tarifrechts*, sondern der fehlgeleiteten und erstarrten *Mentalitäten* in den Führungsstäben der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände. Sie haben an den Bundeseinheitstarifen zäh und unbeirrt festgehalten, obwohl deren ökonomische Voraussetzungen seit Mitte der 70er Jahre (Beginn der Massenarbeitslosigkeit) entfallen waren. Die spätestens seit damals gebotene deutliche Differenzierung der Abschlüsse nach Branchen und Regionen, aber auch die rechtzeitige Schaffung von Öffnungsklauseln für notleidende Unternehmen ist versäumt worden¹⁵⁴.

Jetzt ist aus der Mentalitätskrise eine tiefgreifende Strukturkrise der Tarifverbände beider Seiten geworden. Jenseits der offen ausgetragenen persönlichen Feindschaften und Animositäten wird nun um eine

154 Eine begrüßenswerte Ausnahme bildet der Tarifabschluß der westdeutschen Textil- und Bekleidungsindustrie. Die Tarifpartner gestatten den Betriebsparteien, *allein* zu entscheiden, ob zur Sicherung der Beschäftigung von der tariflichen Arbeitszeit abgewichen und ob zu dem gleichen Zweck die tarifliche Einkommenserhöhung um 1,5 % ganz oder teilweise für bis zu einem Jahr ausgesetzt wird. Die Zustimmung einer oder beider Tarifvertragsparteien ist dafür nicht erforderlich. In der ostdeutschen Metallindustrie sind die tarifvertraglichen Notfallklauseln noch an dieser Kautele gescheitert, vgl. Handelsblatt v. 21.3.1996, S. 4 (Textil), Handelsblatt v. 27.6.1996, S. 4, v. 10.7.1996, S. 5 (Metall).

Umgestaltung der gesamten Verbandslandschaft und um grundlegend neue tarifpolitische Strategien gerungen.

Aus der Sicht der Mitglieder haben sich die Verbandsbürokratien verselbständigt. Massenhafte Verbandsflucht und Verbandsverweigerung, das ist das Problem beider Seiten. Immer stärker wird dieser Konflikt zwischen Funktionärseliten und Mitgliederinteressen auf beiden Seiten sichtbar. Inzwischen werden völlig neue mögliche Verbandsprofile diskutiert. Es geht nicht nur um den Vorschlag, einen tariflosen Arbeitgeberverband als alternatives Angebot zu gründen.

Angesichts der Vielfalt und Differenziertheit der Branchen- und Unternehmensinteressen ist die Frage unabweisbar geworden, ob so komplex zusammengesetzte und dann notwendig zentralistisch agierende Verbandsgebilde wie z.B. Gesamtmetall oder der Bundesverband Druck einerseits und die IG Metall oder die IG Medien andererseits den unterschiedlichen Bedürfnissen der dort scheinbar vereinten Mitgliedergruppen noch angemessen gerecht werden können. Der offene Krach zwischen BDI, VDMA und Elektroindustrie einerseits sowie Bundesvereinigung und Gesamtmetall andererseits deutet möglicherweise künftige Veränderungen der Verbandslandschaft an.

Es gibt zwei Wege, diesem realen Unterschied der Branchegegebenheiten in der Tarifpolitik Rechnung zu tragen. Entweder werden Tarifparteien für enger definierte Branchen entstehen. Das bedeutet die Umgestaltung der Verbandsstrukturen in der Tarifautonomie. Der andere Weg wäre die Abkehr von den Bundeseinheitstarifen innerhalb

der traditionellen Verbandsstrukturen. In beiden Fällen ist mit einem erheblichen Einflußverlust der zentralen Verbandsbürokratien und ihrer Spitzenrepräsentanten zu rechnen.

Wie die verschiedenen angelaufenen Fusionsprozesse zeigen, ist auch im Gewerkschaftsbereich die organisatorische Umstrukturierung im vollen Gang. Dieser Prozeß könnte auch durch offenkundige Finanzprobleme mancher Gewerkschaften beschleunigt werden.

2. Das Scheitern der tradierten Verbändeideologien an den neuen Wirklichkeiten

Die eigentliche Hauptgefahr für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie liegt darin, daß die Mentalitäten der Verbandsbürokratien weithin in traditionellen Vorstellungen erstarrt sind. Sie haben über lange Zeiträume auf den Wandel der ökonomischen und gesellschaftlichen Voraussetzungen gar nicht oder mit untauglichen Mitteln reagiert. Die weitgehende Fehleinschätzung und/oder Fehlgewichtung der fundamentalen Mitgliederinteressen hat zu Entfremdungs- und Distanzierungsprozessen bei den Mitgliedern und zu beträchtlichen Vertrauensverlusten in die Kompetenz der Verbandsführungen geführt. Aus der Sicht der Mitglieder sind nicht selten die Verbands- und Funktionsinteressen den Mitgliederinteressen vorgezogen worden.

Dabei verschärft ein organisationssoziologischer Aspekt die Verbandskrise: Verbände nehmen nicht nur die Interessen ihrer Mitglieder wahr. Sie sind immer darauf angelegt, ihre Verbandsmacht und Verbandsbürokratie zu erhalten und zu verstärken. Wenn diese Fixierung so weit geht, daß

darüber fundamentale Mitgliederinteressen vernachlässigt werden, dann ist der Zerfall der Verbandssolidarität programmiert. Genau das hat in den vergangenen Jahren in einem erheblichen Umfang stattgefunden.

3. Der unterschätzte globale Wettbewerb

Die Tarifparteien beider Seiten haben übersehen, daß der globale Wettbewerb neue Interessenkonstellationen auf der nationalen Ebene, der Branchenebene und – am stärksten – auf der Unternehmensebene bewirkt hat. Das Beispiel Viessmann ist repräsentativ für neue Koalitionen auf der Unternehmensebene. Sie lassen sich dauerhaft nicht dadurch verleugnen oder wegdefinieren, daß eine Gewerkschaft gegen einen Betriebsrat juristisch zu Felde zieht, der mehr als 97 % der Belegschaft hinter sich weiß.

Der Abschluß von Standortsicherungsverträgen in vielen Unternehmen zeigt jedem, der es sehen will, die entstandene neue Solidarität der Interessen zwischen Unternehmensleitungen, Betriebsräten und Belegschaften. Der Prozeß ist notwendig mit einem Machtverlust der Tarifparteien, vor allem der Gewerkschaften verbunden¹⁵⁵. Die kämpferischen Gewerkschaften IG Medien und IG Metall werden an der Einsicht in die neuen ökonomischen und gesellschaftlichen Gegebenheiten zusätzlich dadurch behindert, daß zumindest in den mittleren Funktionärskadern, bei der IG Medien bis in den Vorstand hinein, das Scheitern der Ideologie des realen Sozialismus eine bisher nicht aufgefüllte Leere und weltanschauliche (gesellschaftstheoretische) Heimatlosigkeit

155 Vgl. dazu die Beiträge von Hensche (IG Medien) auf der 19. Verbandsversammlung des Deutschen Arbeitsgerichtsverbandes, NZA 1996, 860 ff.

keit hinterlassen hat. Daß der bisherige Todfeind mancher Gewerkschaftsideologen, die „kapitalistische“ Marktwirtschaft, nun weltweit als das einzig relevante Modell für die Produktion von Waren und Dienstleistungen gilt, ist in den gewerkschaftlichen Verbandsbürokratien etwa bei IG Medien und IG Metall noch längst nicht verwunden.

4. Die Konkurrenz der Mentalitäten und Verhaltensmuster in Dauerpartnerschaften

Wie immer haben die fundamentalen weltanschaulichen Gegensätze, welche die Tarifpolitik in den Bereichen Druck/Medien und Metall über Jahrzehnte hin geprägt haben, auf beiden Seiten Spuren in den Mentalitäten der „Tarifpartner“, die hier oft Feinde waren, hinterlassen. Auch das hat zur Entwicklung der gegenwärtigen Tarifkrise – einer Verbändekrise! – beigetragen.

Die Verbissenheit, mit der beide Tarifparteien an verbrauchten und überholten Verbandsideologien festhalten, ist beträchtlich. Bereits die Einsicht in die Tatsache, daß es sich bei dem gegenwärtigen Dilemma nicht um eine Tarifkrise, sondern um eine Verbändekrise¹⁵⁶ handelt, wird gegen alle Fakten tapfer verweigert. Die überkommenen Strukturen und Ideologien erweisen sich als zählebig. Auf diese Weise kann die Tarifautonomie zwar nicht juristisch beseitigt, aber faktisch weitgehend funktionslos gemacht werden. Anhänger eines ungehemmten Wettbewerbs am Arbeitsmarkt mögen darüber jubeln¹⁵⁷. Aber die Folgen einer Liquidation der Tarifautonomie wären vielfältig und sind

156 Vgl. Rütters, Haben die Verbände Zukunft?, Festschrift für Eugen Stahlhacke, Neuwied 1995, S. 479 ff.

157 „Der Verbändestaat wackelt“, FAZ vom 20./21.4.1996.

schwer absehbar. Die Ordnungs- und Entlastungsfunktion des Flächentarifs für den sozialen Frieden in den Unternehmen werden gegenwärtig vielleicht erheblich unterschätzt.

Das Ergebnis lautet: Die Tarifautonomie ist nicht überholt; die Tarifpraxis ist aber unzweifelhaft überholungsbedürftig. Dabei werden die gegenwärtigen Verbandsstrukturen wie auch die überkommenen Verbändeideologien zu überprüfen und zu reformieren sein.

Dritter Teil: Ergebnisse in Thesen

These 1: Mehr als 5 Mio. Arbeitslose sind ein Alarmsignal für die Stabilität der Wirtschaftsordnung, der Gesellschaftsordnung und des gesamten politischen Systems.

These 2: Die Massenarbeitslosigkeit hat viele Ursachen. Sie läßt sich nicht auf einzelne, dominante Faktoren zurückführen. Wenn die Beschäftigungskrise gemeistert werden soll, müssen alle ihre Ursachen überprüft und systemverträglich abgebaut oder gemildert werden.

These 3: Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat sich der Einsicht in die marktsteuernde Funktion und Wirkung seiner Judikate trotz vieler kritischer Hinweise aus der Wirtschaftspraxis und der Wirtschafts- und Rechtswissenschaft lange Zeit und in manchen Bereichen bis heute verweigert. Das hat rechtzeitige Folgenabwägungen und Korrekturen nachhaltig verzögert und verhindert.

These 4: Folgende Faktoren bestimmen die Entwicklung einer vernetzten Weltwirtschaft:

- globale Qualitätsfähigkeit, d.h. die Möglichkeit, qualitative Spitzenprodukte mit den modernen Produktionstechniken nahezu überall auf der Welt herzustellen,
- global fast ungehemmter und unverzüglicher Kapitalverkehr
- global verbesserter Arbeitskräfte- und Dienstleistungsaustausch
- globale Kommunikations- und Informationstechniken
- globale günstige Transportmöglichkeiten

- globaler Wettbewerb (Markt), der aus dem Zusammenwirken dieser Faktoren entstanden ist.

These 5: Der Sozialstaat wird unsozial, ja asozial, wenn er dauerhaft mehr ausgibt, als er zuvor von seinen Bürgern erhält, wenn er mehr verspricht als er halten kann.

Hier erweist sich der globale Markt als ein untrüglicher, notfalls grausamer Zensor und Korrektor. In der Vergangenheit versuchten die nationalen Sozialstaatschranken die freie Marktwirtschaft zu korrigieren, doch mittlerweile korrigiert die Wirtschaft der freien internationalen Märkte die nationalen Sozialstaaten.

These 6: Das deutsche Arbeitsrecht hat beim Aufbau der Bundesrepublik Deutschland, bei der Entwicklung und Festigung des sozialen Konsenses, der sie auch in schwierigen Zeiten bis heute gekennzeichnet hat, einen unbestreitbaren, erheblichen Anteil.

These 7: Es ist ein fundamentales Mißverständnis, das Sozialstaatsprinzip als eine verfassungsgesetzliche und arbeitsrechtspolitische „Einbahnstraße“ im Zweifel zugunsten der gerade streitbefangenen Arbeitnehmer (also etwa der jeweiligen Arbeitsplatzbesitzer in einem Kündigungsschutzprozeß) aufzufassen. Das wird den differenzierten Norm- und Schutzzwecken des Arbeitsrechts einer hochentwickelten Industriegesellschaft nicht gerecht. Das Sozialstaatsprinzip fordert nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die Gestaltung einer gerechten Sozialordnung *für alle*. Es schützt also auch Arbeitgeber und Arbeitslose gegenüber Arbeitsplatzbesitzern, wenn diese sich als leistungsunwillig erweisen oder sich auf Kosten ihrer Kollegen und/oder des Arbeitgebers mißbräuchlich

Leistungen der sozialen Sicherungssysteme oder des Unternehmens zu erschleichen suchen.

These 8: Das Arbeitsrecht erfüllt in entwickelten Industriegesellschaften mehrere wichtige Aufgaben nebeneinander. Keine von ihnen kann ohne schweren Schaden für das Gesamtsystem vernachlässigt werden:

- (1) Das Arbeitsrecht schützt die im Regelfall wirtschaftlich und sozial schwächeren, persönlich weisungsabhängigen Arbeitnehmer durch die Gewährleistung von Mindeststandards, vor allem in den individualrechtlichen Beziehungen des Einzelarbeitsvertrages.
- (2) Das Arbeitsrecht schafft durch die kollektivrechtlichen Institutionen der Betriebsverfassung (Betriebsautonomie), der Unternehmensmitbestimmung und der Tarifautonomie Instrumente eines fairen Ausgleichs und einer Harmonisierung der gegenläufigen, aber auch der gemeinsamen kollektiven Interessen der Arbeitsmarktparteien. Es regelt ihre Beteiligung („Mitbestimmung“) in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, der Sozialversicherung und der Arbeitsverwaltung.
- (3) Das Arbeitsrecht fördert eine möglichst reibungs- und konfliktarme, effektive Produktion von Waren und Dienstleistungen im gemeinsamen Interesse aller an der Wettbewerbsfähigkeit der nationalen Wirtschaftsstandorte (= Arbeitsplätze!) und der Sicherung eines ausreichenden Wachstums als Grundlage möglichst hoher Beschäftigungsraten.
- (4) Das Arbeitsrecht festigt die jeweilige Gesellschafts- und Staatsordnung durch die rechtliche Kanalisierung

(„Domestizierung“) schichtspezifischer Gegensätze der Arbeitsmarktparteien.

Nur die Zusammenschau dieser für den Bestand der Wirtschafts- und Staatsverfassung unverzichtbaren Aufgaben (= Normzwecke des Arbeitsrechts) gewährleistet eine sachgerechte Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht. Das gilt gleichermaßen für die Normsetzer wie für die Rechtsanwender des Arbeitsrechts, also besonders für die Arbeitsgerichtsbarkeit. Letztlich handelt es sich um die zutreffende verfassungsrechtliche Sicht und Funktionszuordnung des Arbeitsrechts.

These 9: In den einschlägigen Werken zum Kündigungsschutz, zum Betriebsverfassungsrecht und zum Arbeitskampfrecht wird die wirtschaftliche Steuerungsfunktion des Arbeitsrechts fast regelmäßig nicht einmal erwähnt. Worte wie Wirtschaftsverfassung, Wirtschaftsordnung, Arbeitsmarkt und Marktwirtschaft kommen in den Stichwortverzeichnissen nicht vor.

These 10: Nicht nur die „Einzelfallgerechtigkeit“ ist bei letztinstanzlichen Entscheidungen ein wichtiger Orientierungspunkt. Daneben hat wegen der normativen Ausstrahlung letztinstanzlicher Entscheidungen die „Systemgerechtigkeit“ ihrer Folgen herausragende Bedeutung. Sie setzen – unvermeidbar – Normen. Sie bestimmen das künftige Verhalten der betroffenen Bevölkerungskreise. Sie festigen und verändern die bestehende Rechtsordnung, sind also insofern immer auch Akte der – bewußten oder (leider zu oft) unbewußten und dann unbedachten – *Rechtspolitik*.

These 11: Es schien und scheint so, als gäbe es im Grundgesetz der Bundesrepublik einen ungeschriebenen, aber

ehernen „Grundrechtsartikel Null“, der vor der Menschenwürde und dem Gemeinwohl rangiert. Sein Wortlaut: „*Einmal erreichte soziale Besitzstände sind unantastbar.*“ Dieser Satz ist unterbewußt in den Köpfen und Herzen aller (!) Bevölkerungsgruppen fest verankert, gleichsam betoniert. Ihm werden fast beliebige Opfer gebracht, allerdings in der Regel auf Kosten anderer.

These 12: Arbeitsrecht ist ein Steuerungsinstrument auch der Wirtschaftspolitik. Wer steuert, sollte das Ziel und die Richtung dorthin kennen.

These 13: Der Dialog zwischen Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft, aber auch zwischen Unternehmenspraxis und Arbeitsgerichtsbarkeit ist gerade in Deutschland – gelinde gesagt – noch entwicklungsfähig.

These 14: Nach dem Grundgesetz (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) sind die Gerichte – nach Philipp Heck – zu „denkendem Gehorsam“ verpflichtet. Wo sie Lücken im Gesetz nicht mit überzeugenden Argumenten feststellen, sondern sie lediglich mit einer „gewissen Vermutung“ konstruieren, vertauschen sie die ihnen primär zugewiesene Aufgabe der Gesetzesanwendung gegen die der Ersatzgesetzgebung. Sie nehmen dabei (bewußt?) in Kauf, daß eine fehlerhafte Lückenfeststellung eine Gesetzesvereitelung bedeutet: Der Diener des Gesetzes macht sich über den Lückenbegriff zu dessen Zensor und Korrektor.

These 15: Insgesamt ist festzustellen, daß Arbeitsverhältnisse derzeit in der Bundesrepublik durch das Richterrecht des Bundesarbeitsgerichts in ihrem Bestand weit stärker geschützt sind als Ehen.

These 16: In der Beschäftigungskrise – bei einer verfestigten Arbeitslosigkeit von etwa derzeit 4 Mio. Arbeitnehmern, davon 1,3 Mio. Langzeitarbeitslose – wurde der Kündigungsschutz für leistungsunwillige und undisziplinierte Arbeitnehmer lange Zeit richterrechtlich gesteigert. Die so geschützten Arbeitnehmer werden gegenüber leistungswilligen Arbeitsuchenden privilegiert. Die Scheu vieler, vor allem kleiner und mittlerer Unternehmen gegenüber der Einstellung neuer Arbeitnehmer wird verstärkt.

These 17: Im NS-Staat wie im SED-Staat wurde das Arbeitsverhältnis über die Gemeinschaftsideologie der jeweils herrschenden Weltanschauung als eine überindividuelle Institution, als ein auf das Arbeitsleben bezogener Lebensbund definiert.

These 18: Besonders augenfällig wird dieser erneuerte Trend, das einmal begründete Arbeitsverhältnis quasi als „Lebensbund“ zu deuten, in markanten Urteilen des Bundesarbeitsgerichts, für die vorstehend Beispiele genannt wurden. Gleiches geschieht in manchen Literaturbeiträgen, die dem Bundesarbeitsgericht die theoretischen Grundlagen für diese erneute Umdeutung des gesetzlichen Kündigungsschutzes verschaffen.

These 19: Am Arbeitsmarkt ist dieser Trend in Rechtsprechung und Literatur zum überzogenen Kündigungsschutz nicht folgenlos geblieben. Die vorstehend geschilderten Leitsätze haben insbesondere bei kleinen und mittleren Unternehmen gegenüber vermeidbaren Neueinstellungen erhebliche Zurückhaltung erzeugt.

These 20: Insgesamt hat das „ultima ratio“-Prinzip zusammen mit dem „Prognose-Prinzip“ die Vorhersehbarkeit der

Ergebnisse von Kündigungsschutzprozessen in Deutschland nahezu beseitigt. Die Rechtsunsicherheit ist als Folge der Beliebigkeit richterlicher „Interessenabwägungen“ schwerlich noch steigerungsfähig.

These 21: Der so richterrechtlich geschaffene überzogene Kündigungsschutz geht zu Lasten der Arbeitslosen, weil er Investitionen in neue Arbeitsplätze hemmt oder verhindert.

These 22: Wenn dem Betriebsrat in den angeblich „sozialen“, in Wirklichkeit auch wirtschaftlichen Angelegenheiten ein inhaltlich nicht begrenztes erzwingbares Mitbestimmungsrecht einschließlich des sog. Initiativrechts zugestanden wird, so kann das zu erheblichen Eingriffen des Betriebsrats und der Einigungsstelle in prinzipielle unternehmenspolitische Entscheidungen auf wirtschaftlichem Gebiet, etwa über Standort- und Wettbewerbsbedingungen, über die Steigerung oder Reduktion der Produktion u.ä. führen. Das Problemfeld wird an zwei ausgewählten Beispielen deutlich:

These 23: In der sog. Kaufhaus-Entscheidung hat das Bundesarbeitsgericht 1982 entschieden, daß der Betriebsrat einer Kaufhausfiliale in einer schwäbischen Mittelstadt nicht nur bei der Verteilung der Arbeitszeiten, sondern im Ergebnis auch bei der Festlegung der Ladenöffnungszeiten ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht und ein entsprechendes Initiativrecht nach § 87 Abs. 1 Ziff. 2 BetrVG habe. Die Entscheidung war und ist in ihren wirtschaftlichen, aber auch wirtschaftspolitischen Folgen unvermindert spektakulär und brisant. Das Unternehmen wurde vom Bundesarbeitsgericht gezwungen, die Öffnungszeiten seiner Filiale nach dem Beschluß der zuvor vom Betriebsrat angerufenen

Einigungsstelle *unterhalb* der Öffnungszeiten des Ladenschlußgesetzes festzulegen.

These 24: Es ist leicht vorstellbar, welche Investitionsanreize von einer Mitbestimmungsrechtsprechung ausgehen, nach welcher sowohl der Betriebsrat über sein Initiativrecht als auch die Einigungsstelle mit dem Segen des Bundesarbeits- und des Bundesverfassungsgerichts dem Investor vorschreiben kann, in welchem Umfang dieser die gesetzlichen Ladenöffnungszeiten ausschöpfen darf. Solche „Leitentscheidungen“ sind wegen ihrer normativen Wirkungen für jeden potentiellen Anleger ein Grund zur Skepsis.

Die Instanzgerichte folgen treulich dem Bundesarbeitsgericht in vergleichbaren Fallgruppen. So hat kürzlich das Landesarbeitsgericht Niedersachsen einem Betriebsrat ein unbeschränktes Mitbestimmungs- und Initiativrecht für den Antrag eingeräumt, in einer Abteilung gegen den Willen des Arbeitgebers vom Zeitlohn auf ein Leistungslohnsystem überzugehen, auch wenn das absehbar zu einer erheblichen Mehrproduktion, zu Absatzproblemen wegen der Marktsituation und zu zusätzlichen Lagerungskosten der zu erwartenden Überproduktion führen könne.

These 25: Als das dritte, auch für die Beschäftigungskrise relevante Problemgebiet ist die beinahe ständig wechselnde Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Arbeitskampfrecht zu nennen. Es ist vom 1. Senat des Bundesarbeitsgerichts seit der letzten Entscheidung des Großen Senats vom 1971 mehrfach und sprunghaft verändert worden. Diese Änderungen, immer entgegen der Vorlagepflicht des § 45 Abs. 2 ArbGG am Großen Senat vorbei, haben einmal wegen ihrer rechtsstaatlich bedenklichen Rückwirkung, zum anderen wegen der Kurzlebigkeit der jeweils neu ver-

kündeten Grundsätze (Kampffregeln für die Tarifparteien) ein ganz ungewöhnliches Maß von fortdauernder Rechtsunsicherheit geschaffen.

These 26: Die Rechtsprechung des 1. Senats des Bundesarbeitsgerichts macht den Arbeitskampf, der nach dem Großen Senat nur „letztes Mittel“ sein darf, rechtswidrig zum „ersten Mittel“ jeder Tarifpartei nach ihrem Belieben. Für die gegenwärtige Rechtslage bedeutet diese Rechtsprechungsentwicklung dreierlei:

- (1) Eine nachhaltige Verschiebung des Kampfgleichgewichts durch die Zulassung und den Umbau der Kampfrechtsordnung im Sinne der „neuen Beweglichkeit“.
- (2) Ein Höchstmaß an rechtsstaatswidriger Rechtsunsicherheit durch das mehrfache und für die Ausspernungsquoten bereits angekündigte Schwanken der Judikatur des 1. Senats.
- (3) Einen Schaden für das Gemeinwohl, der aus der Preisgabe des „ultima ratio“-Gebotes und damit aus der rechtlichen Begünstigung vermeidbarer oder gar völlig überflüssiger Arbeitskämpfe entsteht.

These 27: Die „klimabildende“ Funktion des Arbeitskampfrechts, das ebenfalls weitgehend das Produkt richterlicher Normsetzung ist, für die Investitionsbereitschaft vor allem auch ausländischer Anleger in deutsche Arbeitsplätze sollte nicht unterschätzt werden.

These 28: Das Bundesverfassungsgericht hat durch Beschluß vom 14.11.1995 gegen das Bundesarbeitsgericht

entschieden, daß die Werbetätigkeit eines von der Arbeit freigestellten stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden, der während der Arbeitszeit unter den Belegschaftsangehörigen für seine Gewerkschaft Mitgliederwerbung betreibt, in den Schutzbereich des Koalitionsgrundrechtes fällt. Das Bundesarbeitsgericht hatte seit 1967 in ständiger Rechtsprechung die Auffassung vertreten, daß die Werbung der Gewerkschaften im Betrieb nur außerhalb der Arbeitszeit und während der Pausen, also ohne Störung des Arbeitsablaufes, zum grundrechtlich geschützten Bereich gewerkschaftlicher Betätigungsfreiheit gehöre. Überraschend hat nun das Bundesverfassungsgericht auf eine Verfassungsbeschwerde gegen ein neues Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 13. November 1991 entdeckt, daß diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, die den Grundrechtsschutz der Gewerkschaftswerbung während der Arbeitszeit verneint, seit fast 30 Jahren gegen die Verfassung verstoße.

These 29: Der vom Bundesverfassungsgericht aufgestellte neue Grundsatz bewirkt, bezogen auf den zu entscheidenden Sachverhalt, eine unmittelbare Subvention der einen Koalition durch den sozialen Gegenspieler. Fällt nämlich die Werbung für die Gewerkschaft während der Arbeitszeit durch das freigestellte Betriebsratsmitglied in den Schutzbereich des Art. 9 Abs. 3 GG, so bedeutet das, daß der Arbeitgeber von Verfassungs wegen verpflichtet ist, die Mitgliederwerbung der Gewerkschaft in doppelter Weise zu finanzieren: Der Arbeitgeber bezahlt zunächst das freigestellte Betriebsratsmitglied für die Zeit, in der es während der regulären Arbeitszeit nicht Betriebsratsarbeit, sondern Gewerkschaftsarbeit leistet. Er bezahlt ferner die Zeit, die der von ihm bezahlte Gewerkschaftswerber während der regulären Arbeitszeit bei dem zuwerbenden Arbeitnehmer verbringt, indem er diesen entlohnen muß. Die Entschei-

dung widerspricht damit in grober Weise dem vom Bundesverfassungsgericht selbst aufgestellten und in ständiger Rechtsprechung anerkannten Grundsatz der Gegnerunabhängigkeit.

These 30: Das geltende Arbeitsrecht ist nur in Teilen gesetzlich geregelt. Es besteht zu ganz überwiegenden Teilen aus Richterrecht. Der „Widerstand gegen die Norm“ und die Rechtsänderung „in wuchtigen Stößen“ sind Floskeln, die nicht nur in Laudationes von und für führende Richterpersönlichkeiten auftauchen. Sie spiegeln einen beachtlichen Teil der Judikatur des Bundesarbeitsgerichts auf vielen Gebieten.

These 31: Das deutsche Arbeitsrecht, zumal Richterrecht, ist nicht durchweg zuverlässig, sondern seiner Natur nach schwankend und – wie wir in Deutschland aus der Erfahrung mehrerer Systemwechsel wissen – besonders zeitgeistabhängig. Unvorhersehbare Änderungen der Rechtsprechung sind häufig, und sie sind in der Regel nicht gesetzlich verursacht. Die Beispiele für Mehrfachschwankungen des Bundesarbeitsgerichts im Arbeitskampfrecht, im Urlaubsrecht, bei der Arbeitnehmerhaftung, zur Definition der leitenden Angestellten und im Kündigungsschutz (die Kette der Beispiele läßt sich verlängern) sprechen eine klare Sprache. Schwankendes Richterrecht bedeutet unvermeidbare unvorhersehbare Rückwirkung und Abbau der Rechtssicherheit.

Zuverlässig am arbeitsrechtlichen Richterrecht war lange die Grundtendenz, den vermeintlichen Sozialschutz der Arbeitnehmer – gemeint sind die Arbeitsplatzbesitzer – ohne Rücksicht auf die Folgen am Arbeitsmarkt stetig zu verstärken. Das zeigt auch die vorstehende, knappe Analyse

von repräsentativen Teilen der Rechtsprechung zum Kündigungsschutz, zur betrieblichen Mitbestimmung und zum Arbeitskampfrecht. Allerdings sind auch Gegentendenzen nicht zu übersehen, etwa in der Reduktion des überzogenen richterrechtlichen Kündigungsschutzes.

These 32: Ein Schritt zur Normalisierung des Richterrechts wäre es schon, den richterlichen „Widerstand gegen die Norm“ wieder auf gesetzliches Unrecht zu beschränken, nicht aber gegen den Gesetzgeber im demokratischen Verfassungsstaat auszuüben. Die richterliche Rechtspolitik „in wuchtigen Stößen“ ist eine Fehlentwicklung. Gerichte als Vorhut des Gesetzgebers rufen in Deutschland vielfältige Erinnerungen wach.

Das Verständnis der Arbeitsgerichtsbarkeit für den unlösbaren, normativen Zusammenhang zwischen Arbeitsrechtsprechung und Arbeitsmarkt ist noch sehr jung und weit unterentwickelt. Die Doppelwirkung von Entscheidungen, die dem Sozialschutz dienen sollen, aber durch Reflexreaktionen der frei entscheidenden Wirtschaftssubjekte das Gegenteil, nämlich unbedachte, sozialschädliche Folgen auslösen, wird seit langem und bis heute übersehen.

These 33: Eine weitere maßgebliche Ursache für die bedrohliche Verschärfung der Beschäftigungskrise in Deutschland ist auch die von Gewerkschaften und Arbeitgebern im Rahmen des kollektiven Arbeitsrechts betriebene Tarifpolitik.

These 34: Der Tarifstrategie der Verkürzung der Wochenarbeitszeit bei vollem Lohnausgleich als Mittel gegen die Arbeitslosigkeit liegen – wie Oswald von Nell-Breuning

schon am Anfang der Kampagne für die 35-Stundenwoche festgestellt hat – mehrere Denkfehler zugrunde.

These 35: Der Versuch der Gewerkschaften, über die 35-Stundenwoche zu einem positiven Einfluß auf den Arbeitsmarkt beizutragen, ist weitgehend gescheitert. Die tarifvertraglich erstrebte zentrale Zwangsverwaltung des Arbeitsmarktes mußte fehlschlagen, weil solche Versuche einer vormundschaftlichen Tarifpolitik in Deutschland bei der gegebenen Mentalität der Arbeitnehmer und wegen der rechtlichen Rahmenbedingungen keine Chance haben. Diese Tarifpolitik war ein Nachteil für die Arbeitslosen und hat deren Zahl wachsen lassen.

These 36: Neben der Arbeitszeitpolitik war ein anderer schwerwiegender Fehler der Tarifpolitik der letzten zwei Jahrzehnte ihre nicht selten fehlende Aufgeschlossenheit und Elastizität gegenüber branchenspezifischen und regionalen Unterschieden der Konjunktur- und Ertragslagen.

These 37: Die Faktenlage im industriellen Bereich hat sich einschneidend gewandelt. Die Frage nach dem künftigen Sinn und den Wirkungen von Arbeitskämpfen stellt sich völlig neu. Arbeitskämpfe werden heute zunehmend in ihren Schadensfolgen nicht mehr primär unter den beteiligten Tarifparteien, sondern gegen Dritte, vor allem gegen schwächere Arbeitnehmer, gegen Arbeitslose und gegen die Steuerzahler geführt.

These 38: Auch im Bereich der übrigen Privatwirtschaft erweist sich der Arbeitskampf mehr und mehr als ein untaugliches Mittel zur Lösung von Tarifkonflikten. Wenn die Tarifautonomie als Ordnungsinstrument die gegenwärtige Krisensituation überleben soll, werden beide Arbeits-

marktparteien bald zusätzliche, neue, gemeinwohlverträglichere Konfliktlösungsmechanismen entwickeln müssen. Das soll keinen Ausschluß der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Arbeitskampffreiheit bedeuten. Gemeint ist die freiwillige Rückkehr zu einem strikt praktizierten „ultima ratio“-Prinzip.

These 39: Die Repräsentanten der drei Verbände, die Arbeitgeberinteressen vertreten wollen (BDI, BDA, DIHT), verkündeten während der laufenden Tarifrunden 1995 in völlig verschiedenen Sprachen unterschiedliche, oft gegenläufige Thesen, die in der Regel bald darauf widerrufen und durch neue, wiederum umstrittene Parolen ersetzt wurden. Der Zustand der widersprüchlichen und gegenläufigen Artikulation der Arbeitgeberinteressen durch offenbar verfeindete Repräsentanten

- a) zeigt eine dramatische Strukturkrise der Verbände an,
- b) ist mitverantwortlich für die Ergebnisse der Tarifrunde 1995 und
- c) ist kein Beitrag zum Abbau der Beschäftigungskrise, die unser Thema ist. Der offene und personalisierte Streit konkurrierender Arbeitgeberverbände schafft keine Arbeit. Er erschwert die Lösung der Probleme.

These 40: Die Gewerkschaften insgesamt haben in den letzten Jahren erhebliche Mitgliederverluste zu verzeichnen. Innerhalb von zwei Jahren (1993-94) kehrten 1,25 Millionen Mitglieder oder 11,34 % der organisierten Arbeitnehmer den Gewerkschaften den Rücken. Die Arbeitgeberverbände kämpfen mit ähnlichen Schwierigkeiten.

These 41: Die Verbandsbürokratien beider Tarifparteien haben einen wichtigen Wandlungsprozeß lange übersehen

und unterbewertet: Die neue Lage des globalen Wettbewerbs hat zu völlig neuen Bündniszwängen geführt, um die nationalen Wirtschaftsstandorte zu erhalten. Verbände agieren nach Zweck und Satzung in erster Linie für ihre zahlenden Mitglieder. Das sind, auch bei den Gewerkschaften, in erster Linie die Arbeitenden, nicht die Arbeitslosen. Der Beitrag der Tarifautonomie zu einer positiven Beschäftigungsentwicklung ist daher von vornherein sehr begrenzt und war in der Vergangenheit oft negativ. Das ist eine Feststellung, kein Vorwurf. Tarifpolitik in Zeiten der Massenarbeitslosigkeit oder gar der Rezession ist für beide Seiten, besonders aber für die Gewerkschaften eine äußerst schwierige und verantwortungsvolle verbandspolitische Aufgabe.

These 42: Die Zeit solcher Bundeseinheitstarife, die undifferenziert oft für mehrere, ganz verschiedene Branchen und Regionen mit unterschiedlicher Ertragslage gelten sollen, diese Zeit ist vorbei. Bei näherem Hinsehen zeigt sich, daß die Verbände beider Seiten mit ihrer Praxis der starren und pauschalen Einheitstarife ohne funktionsfähige Differenzierungen sich inzwischen weit von den beiderseitigen Mitgliederinteressen entfernt haben.

These 43: Weder die Arbeitnehmer noch die Unternehmen lassen sich ihr Verhalten von den Verbandszentralen der Tarifparteien vorschreiben, wenn es um Fragen der Unternehmensexistenz, der Standortverlagerung und der Erhaltung von Arbeitsplätzen in Deutschland geht. Die durch die 35-Stundenwoche bei vollem Lohnausgleich zusätzlich verursachten höheren Arbeitskosten haben Einfluß auf die Wettbewerbsslage und die Investitionsentscheidungen der betroffenen Unternehmen. Sie vertreiben inländische, und sie verschrecken mögliche ausländische Investoren.

These 44: „Runde Tische“ und „Bündnisse für Arbeit“ schaffen keine Arbeitsplätze. Aber auch sie können Investitionen begünstigen oder verhindern.

These 45: Entgegen manchen Stimmen in der öffentlichen Diskussion ist die gegenwärtige offenkundige Krise der Tarifautonomie keine Krise des *Tarifrechts*, sondern eine Krise der *Tarifpolitik* und ihrer Träger. Es handelt sich um eine ausgeprägte *Verbände Krise*. Das gilt für die Arbeitgeberverbände wie für die Gewerkschaften gleichermaßen.

These 46: Es wird in der gegenwärtigen Krisenlage gern übersehen, daß die staatsfreie Tarifautonomie in Deutschland viele Jahre ein wichtiger Ordnungs- und Steuerungsfaktor am Arbeitsmarkt gewesen ist, und das nicht nur in Schönwetterlagen, sondern auch zur Bewältigung schwieriger Krisenphasen (Nachkriegszeit, Bergbau, Textil, Stahl etc.).

Die staatsfreie Tarifautonomie ist konzipiert als eine Parallel-Institution zur Marktwirtschaft, und zwar als ein soziales Element derselben. Es gibt sie nur in liberalen Verfassungsstaaten. Autoritäre oder diktatorische Systeme kennen sie nicht. Die Alternativen würden mit wenig Verzögerung zur Lohnverantwortung des Staates führen.

These 47: Durch die Praxis der branchenübergreifenden „Bundeseinheitstarife“, die beide Tarifseiten vor allem in den Schlüsselbranchen (Metall, Druck) seit langem pflegen, ist die marktwirtschaftliche Komponente der Tarifautonomie seit langem stark beeinträchtigt worden. Das ist nicht eine Folge des *Tarifrechts*, sondern der fehlgeleiteten und erstarrten *Mentalitäten* in den Führungsstäben der Gewerkschaften und der Arbeitgeberverbände. Jetzt ist aus

der Mentalitätskrise eine tiefgreifende Strukturkrise der Tarifverbände beider Seiten geworden. Jenseits der offen ausgetragenen persönlichen Feindschaften und Animositäten wird nun um eine Umgestaltung der gesamten Verbandslandschaft und um grundlegend neue tarifpolitische Strategien gerungen.

These 48: Angesichts der Vielfalt und Differenziertheit der Branchen- und Unternehmensinteressen ist die Frage unabweisbar geworden, ob so komplex zusammengesetzte und dann notwendig zentralistisch agierende Verbandsgebilde wie z.B. Gesamtmetall oder der Bundesverband Druck einerseits und die IG Metall oder die IG Medien andererseits den unterschiedlichen Bedürfnissen der dort scheinbar vereinten Mitgliedergruppen noch angemessen gerecht werden können. Der offene Krach zwischen BDI, VDMA und Elektroindustrie einerseits sowie Bundesvereinigung und Gesamtmetall andererseits deutet möglicherweise künftige Veränderungen der Verbandslandschaft an.

These 49: Es gibt zwei Wege, diesem realen Unterschied der Branchengegebenheiten in der Tarifpolitik Rechnung zu tragen. Entweder werden Tarifparteien für enger definierte Branchen entstehen. Das bedeutet die Umgestaltung der Verbandsstrukturen in der Tarifautonomie. Der andere Weg wäre die Abkehr von den Bundeseinheitstarifen innerhalb der traditionellen Verbandsstrukturen. In beiden Fällen ist mit einem erheblichen Einflußverlust der zentralen Verbandsbürokratien und ihrer Spitzenrepräsentanten zu rechnen.

These 50: Die eigentliche Hauptgefahr für die Funktionsfähigkeit der Tarifautonomie liegt darin, daß die Mentalitäten der Verbandsbürokratien weithin in traditionellen Vorstel-

lungen erstarrt sind. Sie haben über lange Zeiträume auf den Wandel der ökonomischen und gesellschaftlichen Voraussetzungen gar nicht oder mit untauglichen Mitteln reagiert. Die weitgehende Fehleinschätzung und/oder Fehlgeichtung der fundamentalen Mitgliederinteressen hat zu Entfremdungs- und Distanzierungsprozessen bei den Mitgliedern und zu beträchtlichen Vertrauensverlusten in die Kompetenz der Verbandsführungen geführt. Aus der Sicht der Mitglieder sind nicht selten die Verbands- und Funktionsinteressen den Mitgliederinteressen vorgezogen worden.

These 51: Daß der bisherige Todfeind mancher Gewerkschaftsideologen, die „kapitalistische“ Marktwirtschaft, nun weltweit als das einzig relevante Modell für die Produktion von Waren und Dienstleistungen gilt, ist in den gewerkschaftlichen Verbandsbürokratien etwa bei IG Medien und IG Metall noch längst nicht verwunden.

These 52: Die Tarifautonomie ist nicht überholt; die Tarifpraxis ist aber unzweifelhaft überholungsbedürftig. Dabei werden die gegenwärtigen Verbandsstrukturen wie auch die überkommenen Verbändeideologien zu überprüfen und zu reformieren sein.