

Theorie und Praxis der Gewerkschaften

Wolfgang Däubler

**Das soziale Ideal des
Bundesarbeitsgerichts**

EVA

Europäische Verlagsanstalt

Wolfgang Däubler
Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts

Theorie und Praxis der Gewerkschaften

Wolfgang Däubler

Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts

Überarbeitete Neuauflage des Beitrags in
»Streik und Aussperrung«

Europäische Verlagsanstalt

© 1975 by Europäische Verlagsanstalt
Frankfurt/Köln
ISBN 3 434 10081 4
Druck: Georg Wagner, Nördlingen
Printed in Germany 1975

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	8
 <i>§ 1: Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte als Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung</i>	
I. Die Kritik der Einzelentscheidungen	11
II. Die Weimarer Diskussion	12
III. Der Abbruch 1933	14
IV. Die bisherigen Versuche in der Bundesrepublik	14
V. Die vorhandenen Einzelanalysen	16
VI. Rechtsprechungsanalysen in der DDR	20
VII. Justizforschung und Arbeitsgerichtsbarkeit	21
 <i>§ 2: Fragestellung und Methode der Untersuchung</i>	
I. Empirische Untersuchungen zum Richterbewußtsein?	22
II. Herkunft und Ausbildung der Richter als Erklärungsschema?	23
III. Das Problem der Interessenbindung	24
IV. Die Bestimmung der Interessen	25
V. Das zu analysierende Entscheidungsmaterial	30
 <i>§ 3: Die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit in der Rechtsprechung des BAG</i>	
I. Vorbemerkung zur Systematik	30
II. Das Arbeitskämpfrecht	32
1. Die vom BAG entwickelten Normen	32
2. Thesen zur gesellschaftspolitischen Einordnung	34
3. Anerkennung des Streikrechts als »Konzession«?	40
4. Alternativkonzept auf kollektivrechtlicher Grundlage	41
III. Die Rechtsprechung zum Tarifvertragsrecht	45
1. Umfang der Tarifautonomie	45
2. Illegalisierung der Differenzierungs- und der begrenzten Effektivklausel	47
3. Ordnungsprinzip, Tarifkonkurrenz, Nachwirkung	50
4. Grundrechtsbindung der Tarifparteien	52
5. Ablehnung eines Verhandlungsanspruchs	53
IV. Die allgemeine gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit	54

§ 4: Die Interessenwahrung durch Betriebsräte in der Rechtsprechung des BAG

I. Die Entscheidungen zum BetrVG 1952	57
1. Der Umfang der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats	57
2. Voraussetzungen effizienter Betriebsrätstätigkeit	64
3. Gruppenprinzip	65
4. Verhältnis Betriebsrat – Gewerkschaft	66
5. Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften	67
II. Fortsetzung der Rechtsprechung unter dem neuen Gesetz?	68
1. Korrektur der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber	68
2. Umfang der Mitbestimmungsrechte	69
3. Voraussetzungen effizienter Betriebsratsarbeiten	72
4. Zum Begriff des leitenden Angestellten	78
5. Betriebsrat und Gewerkschaft	81
III. Gesamteinschätzung	83
IV. Anhang: Die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat	85

§ 5: Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen im Individualarbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht

I. Vorbemerkung	87
II. Die Pflichten des Arbeitnehmers	88
1. Arbeitspflicht	88
2. Treupflicht	89
3. Duldung von Kontrollmaßnahmen	91
III. Allgemeine Sanktionen bei Pflichtverletzungen	93
1. Betriebsbußen	93
2. Verlust von Anwesenheitsprämien	95
3. Lohnminderung	95
4. Schadensersatzpflicht	96
IV. Die Kündigung	99
1. Maßstäbe bei der verhaltensbedingten Kündigung	99
2. Kündigung wegen Krankheit	104
3. Betriebsbedingte Kündigung	104
V. Die Behandlung der materiellen Ansprüche des Arbeitnehmers	106
1. Schutz des Lohnanspruchs	106
2. Behandlung freiwilliger Sozialleistungen	110
3. Fürsorgepflicht	112
VI. Die immateriellen Interessen des Arbeitnehmers – Der Schutz seines Persönlichkeitsrechts	114

1. Gesundheitsschutz	114
2. Verbot menschenunwürdiger Behandlung	115
3. Reduzierung mobilitätsbeschränkender Abreden	115
4. Recht am Arbeitsplatz?	117
VII. Auslegung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften	117
VIII. Ergebnis	122

§ 6: *Das Sozialideal und seine Veränderung*

I. Zusammenfassung der Ergebnisse	126
1. Die Wahrung des Arbeitgeberinteresses	126
2. Die Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen	126
3. Vergleich mit den Ergebnissen Kahn-Freunds	127
4. Der Streit um die Bezeichnung des Sozialideals	128
II. Die Chancen der Veränderung?	129
1. Allgemeine Voraussetzungen	129
2. Tarifliches Aussperrungsverbot?	130
3. Tarifliche Veränderung des Betriebsrisikos?	133
4. Beschränkung und Ausschluß von Schadenersatzansprüchen?	134
5. Tarifliche Aufhebung der Friedenspflicht?	135
6. Fortentwicklung des Tarifrechts?	136
7. Betriebsverfassungs- und Individualarbeitsrecht	137
8. Realisierungschancen	138
Stichwortverzeichnis	139

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abg.	Abgeordneter
ABl.	Amtsblatt
abw.	abweichend
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite)
a. E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ARS	Arbeitsrechtssammlung (Band und Seite)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Jahr und Seite)
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters (Jahr und Seite)
AZO	Arbeitszeitordnung
BAT	Bundesangestelltentarifvertrag
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (Band und Seite)
BB	Betriebsberater (Jahr und Seite)
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt (Teil und Seite)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite)
BK	Bonner Kommentar
Bl.	Blatt
BlfStR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
BSG	Bundessozialgericht
BT	Bundestag
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht

BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Band und Seite)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (Band und Seite)
DB	Der Betrieb (Jahr und Seite)
DG	Der Gewerkschafter (Jahr, Heft und Seite)
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DuR	Demokratie und Recht (Jahr und Seite)
Erl.	Erläuterung
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
GBI	Gesetzblatt
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GMH	Gewerkschaftliche Monatshefte (Jahr und Seite)
HAG	Heimarbeitsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch
hM	herrschende Meinung
JuS	Juristische Schulung (Jahr und Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahr und Seite)
KJ	Kritische Justiz (Jahr und Seite)
KO	Konkursordnung
KRG	Kontrollratsgesetz
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LS	Leitsatz

MEW	Marx-Engels-Werke
mN	mit Nachweisen
mwN	mit weiteren Nachweisen
MRK	Europäische Menschenrechtskonvention
MuSchG	Mutterschutzgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite)
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
PersVG	Personalvertretungsgesetz
RAG	Reichsarbeitsgericht
RdA	Recht der Arbeit (Jahr und Seite)
R.	Rückseite
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite)
RGBI	Reichsgesetzblatt (Teil und Seite)
Rn	Randnummer
Rspr	Rechtsprechung
RVO	Reichsversicherungsordnung
s.	siehe
S.	Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen (Jahr und Seite)
SchwBeschG	Schwerbeschädigtengesetz
SchwbhG	Schwerbehindertengesetz
s. o.	siehe oben
Staat	Der Staat (Band und Seite)
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StuR	Staat und Recht (Jahr und Seite)
TVG	Tarifvertragsgesetz
VO	Verordnung
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht (Jahr und Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (Band und Seite)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (Jahr und Seite)

§ 1: Die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte als Gegenstand wissenschaftlicher Untersuchung

I. Die Kritik der Einzelentscheidungen

Theoretische Vorbereitung wie kritische Würdigung von arbeitsgerichtlichen Urteilen und Beschlüssen ist unbestrittene Aufgabe der Arbeitsrechtswissenschaft. Die Methode, wie dieses Untersuchungsfeld angegangen wird, bestimmt in weitem Umfang ihre Qualität wie ihre Bedeutung in der Gesellschaft. Herkömmliches Rechtsverständnis, das im Richter den Gesetzesanwender im Einzelfall sieht, konzentriert sich auf die Überprüfung des konkreten Vorgangs: Urteilsrezensionen pflegen sich der Frage zu widmen, ob unter Verwendung eines bestimmten, in der Regel als selbstverständlich vorausgesetzten (und deshalb meist unerwähnt bleibenden) methodischen Instrumentariums so und nicht anders zu entscheiden war. Der analysierte Subsumtionsakt wird notfalls durch einen als plausibler empfundenen ersetzt, was den Kritiker bisweilen in die Nähe eines »Superrevisionsrichters« bringt.

So notwendig diese Arbeit als Form potentiell öffentlicher Kontrolle gerichtlicher Entscheidungen ist – das Abstellen auf den Einzelfall bringt die Gefahr mit sich, allein die korrekt angewendete Rechtstechnik, nicht aber die gesellschaftspolitische Bedeutung einer Entscheidung zu reflektieren, ist es doch in vielen Fällen relativ schwierig, eine über die Parteien des Rechtsstreits hinausgehende allgemeine Relevanz gerichtlicher Erkenntnisse aufzuzeigen. Gerade im Arbeitsrecht erweist sich diese Beschränkung jedoch als besonders nachteilig, da sie keine fundierte Einschätzung des tatsächlich geübten Rechts erlaubt: faktisch besteht dieses nun eben mal zu einem großen Teil nicht aus gesetzlichen, sondern aus richterrechtlichen Normen. Dies führt dazu, daß der innere Zusammenhang zwischen den einzelnen Entscheidungen nicht aufgeklärt wird, daß sie selbst innerhalb der Arbeitnehmerorganisationen als mehr oder weniger zufällige »Siege« oder »Niederlagen« empfunden werden. Die Tatsache, daß man nur selten oder nie die Frage aufwirft, ob die einzelnen Urteile und Beschlüsse auf einheitlichen Vorstellungen der entscheidenden Personen beruhen, ob hinter ihnen »System« steckt, hat den großen Nachteil, daß man auch die weitere Frage nach den gesellschaftlichen Ursachen bestimmter durchgängiger Wertungen nicht stellt. Nur wenn man sie einigermaßen ausreichend beantwortet hätte, wäre man aber in der Lage, eine halbwegs schlüssige und an der Realität orientierte Reformstrategie zu entwickeln, die den unbefriedigenden Status quo langsam verändern könnte. Die Schwierigkeit dieses Vorhabens wird gerade im

»rechtsprechungsorientierten« Arbeitsrecht deutlich: obwohl es die Lohn- und Arbeitsbedingungen und damit den wesentlichsten Teil der Existenz von rund vier Fünfteln der erwerbstätigen Bevölkerung bestimmt, wird es nur selten in den Kreis der möglichen »inneren Reformen« einbezogen¹. Von Strafrechts- und Eherechtsreform wird allenthalben geredet; eine »Arbeitsrechtsreform« zu fordern, ist schon vom Ausdruck her reichlich ungewöhnlich. Neben dem Verlangen nach paritätischer Mitbestimmung, die den Bereich des Arbeitsrechts herkömmlicher Prägung verläßt, haben in Analogie zur einzelfallbezogenen richterlichen Rechtsetzung nur noch punktuelle Verbesserungen einen Platz. Man fordert ein Verbot der Aussperrung, aber keine Totalrevision des Arbeitskampfrechts, man denkt an Solidaritätsbeitrag und Differenzierungsklausel, nicht aber an eine völlige Neugestaltung des Tarifrechts, man kritisiert die Konstruktion des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses, hat jedoch Mühe, eine die Fürsorgeleistungen des Arbeitgebers erhaltende Alternativkonzeption zu entwerfen.

II. Die Weimarer Diskussion

Diese »Selbstbeschränkung« ist um so erstaunlicher, als bereits in der Weimarer Zeit der Versuch unternommen wurde, die politische und soziale Bedeutung der Arbeitsrechtsprechung in ihrer Gesamtheit (oder zumindest ihrer wichtigsten Teile) zu bestimmen und jenes »innere Band« aufzuspüren, das die unendliche Vielfalt scheinbar unterschiedlicher Entscheidungen zusammenhält. So ist *Franz Neumann*, damaliger Justitiar des SPD-Bundesvorstandes und Dozent an der Akademie der Arbeit in einer längeren Abhandlung² der Frage nachgegangen, ob die Arbeitsgerichtsbarkeit ihren Teil zur Befreiung der Arbeiterklasse beiträgt³ und hat dies anhand ihrer Haltung zum Arbeitsschutzrecht, zum Mitwirkungsrecht der Betriebsvertretungen und zur verfassungsmäßig verankerten Stellung der Koalitionen als kollektiven Trägern der sozialen Selbstverwaltung überprüft⁴. Das Ergebnis war eindeutig: Neben »sozialem Mitleid« für ältere und invalide Arbeitnehmer⁵ trat durchweg das Bestreben

1 Zur Stellung des Arbeitsrechts im Entwurf eines Langzeitprogramms der SPD, s. *Kittner*, *Neue Gesellschaft*, 1973, S. 545 ff.

2 Die politische und soziale Bedeutung der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung, Berlin 1929, wiederabgedruckt in: *Arbeitsrecht und Politik*, herausgegeben von *Thilo Ramm*, Neuwied und Berlin-Spandau 1966, S. 113 ff. (im Folgenden nach dieser Ausgabe zitiert).

3 A. a. O., S. 125.

4 A. a. O., S. 131 ff.

5 A. a. O., S. 135.

hervor, über die Figur der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft⁶ die kollektive Interessenwahrung durch Betriebsrat und Gewerkschaft einzuschränken sowie entgegen dem Wortlaut und Sinn des § 615 BGB die Arbeitnehmer nach »Treu und Glauben« am Betriebsrisiko zu beteiligen⁷. Zwei Jahre später wurden diese Ergebnisse in der bekannten Studie von *Otto Kahn-Freund* über das »soziale Ideal des Reichsarbeitsgerichts«⁸ bestätigt und weitergeführt. Der Verfasser, ein der Gewerkschaftsbewegung verbundener Arbeitsrichter, Schüler *Hugo Sinzheimer*s, später Professor in Oxford und Ehrenpräsident der Internationalen Gesellschaft für Arbeits- und Sozialrecht, hatte sich die Aufgabe gestellt, »die gesamte (Arbeits-) Rechtsprechung als eine Einheit zu betrachten und systematisch aus der Gesamtheit der Entscheidungen die diesen zugrundeliegenden sozialen und wirtschaftlichen Vorstellungen herauszuholen, d. h. das diese Rechtsprechung prägende Sozialideal aufzuzeigen«⁹. Seine bis heute unerreichte Analyse besteht nicht allein durch die Vollständigkeit des herangezogenen Entscheidungsmaterials¹⁰, das auch das meist weniger beachtete Individualarbeitsrecht einbezieht¹¹, sondern durch ihr selbst heute noch Betroffenheit erzeugendes Ergebnis: In ihren grundsätzlichen Wertentscheidungen stimmte die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Reichsarbeitsgerichts mit der faschistischen Arbeitsgesetzgebung im Italien *Mussolinis* überein¹²:

Während die Herstellung von Ordnung und Arbeitsfrieden als gewerkschaftliches Ziel proklamiert und jede »Geltendmachung des Machtwillens« der Gewerkschaft vom Reichsarbeitsgericht abgelehnt wurde¹³, sah die *Carta del Lavoro* den Tarifvertrag als Hilfsmittel der Versöhnung der Gegensätze von Arbeitgebern und Arbeitnehmern an, dessen Abschluß den »übergeordneten Interessen der Produktion« dienen mußte¹⁴. Ähnliche Parallelen zeigten sich in der Auffassung vom Arbeitsverhältnis, das vom Gedanken der Verbundenheit im Produktionsinteresse, der Disziplin und der Verbeamtung sowie vom Prinzip der individuellen Fürsorge

6 A. a. O., S. 136.

7 A. a. O., S. 136 ff.

8 Abhandlungen zum Arbeitsrecht, 7. Heft, Mannheim-Berlin-Leipzig 1931, wiederabgedruckt in: *Arbeitsrecht und Politik*, herausgegeben von *Thilo Ramm*, Neuwied und Berlin-Spandau 1966, S. 149 ff. (im Folgenden nach dieser Ausgabe zitiert).

9 A. a. O., S. 151.

10 Zu den Quellen s. *Kahn-Freund*, a. a. O., S. 152, Fn. 4.

11 A. a. O., S. 181 ff.

12 A. a. O., S. 205.

13 A. a. O., S. 170 ff.

14 Zur Wirtschaftskonzeption des italienischen Faschismus s. *Karin Priester*, *Der italienische Faschismus. Ökonomische und ideologische Grundlagen*, Köln 1972, S. 242 ff.

geprägt war¹⁵. Daß diese Grundtendenz den Interessen der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen zuwiderlief, ja auf ihre möglichst reibungslose Integration in das bestehende kapitalistische Wirtschaftssystem abzielte, wird aus dem Gesamtzusammenhang der Ausführungen hinreichend deutlich¹⁶.

III. Der Abbruch 1933

Das Ende der Weimarer Zeit brachte mit der Auflösung der Gewerkschaften und der Verfolgung und Emigration aller ihnen nahestehenden Wissenschaftler¹⁷ auch das Ende jeder kritischen Auseinandersetzung mit den sozialen und politischen Prämissen der Arbeitsrechtsprechung. *Kahn-Freunds* Analyse fand eine an Deutlichkeit nicht zu übertreffende Bestätigung, konnte doch das Reichsarbeitsgericht seine Rechtsprechung – von einigen terminologischen Veränderungen abgesehen – jedenfalls im Individualarbeitsrecht weithin fortführen¹⁸.

IV. Die bisherigen Versuche in der Bundesrepublik

Die Emigration des linken Flügels der Arbeitsrechtswissenschaft wirkte sich auch nach dem Zweiten Weltkrieg entscheidend auf den weiteren Verlauf der arbeitsrechtlichen Diskussion aus, die fast ausschließlich von den im Dritten Reich auf ihren Lehrstühlen Verbliebenen sowie von deren direkten oder indirekten Schülern bestritten wurde.¹⁹ Erst Anfang der sechziger Jahre wurde von *Thilo Ramm* der Versuch unternommen, die Rechtsprechung des BAG einer Gesamtwürdigung zu unterziehen und damit an *Kahn-Freund* und *Neumann* anzuknüpfen. Die zuerst erfolgende Auseinandersetzung mit dem Arbeitskämpfrecht des BAG²⁰ beschränkte sich freilich auf eine relativ punktuelle und häufig rein immanente Kritik²¹, die als Ergebnis die Feststellung erbrachte, statt Rechtssi-

15 *Kahn-Freund*, a. a. O., S. 192 ff., 201 ff.

16 Siehe die Schlußfolgerungen auf S. 205 ff. Vgl. weiter *Karl Korsch*, *Arbeitsrecht für Betriebsräte* (1922). Herausgegeben und mit einem Vorwort von *Erich Gerlach*, Frankfurt/Main 1968.

17 Zu ihnen zählen weiter insbesondere *Hugo Sinzheimer*, *Ernst Fraenkel* und *Karl Korsch*.

18 Näher dazu *Ramm*, *Nationalsozialismus und Arbeitsrecht*, KJ 1968, 108 ff. und *Hientzsch*, *Arbeitsrechtslehren im Dritten Reich und ihre historische Vorbereitung*, Marburg 1970, S. 61 ff., 81.

19 Dazu nunmehr eingehend *Wahsner*, *Das Arbeitsrechtskartell*, KJ 1974, S. 369 ff.

20 *Ramm*, JZ 1961, S. 273 ff.

21 Beispiele: JZ 1961, S. 275: BAG richtet sich in Wahrheit gar nicht nach der historisch gewachsenen sozialethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens, sondern verändert diese; JZ 1961, S. 276: Bei der Aussperrung wird der soziale Unterschied Arbeitgeber –

cherheit schaffe das BAG Orientierungslosigkeit; inhaltlich werde es von dem Bestreben zur Einschränkung des Arbeitskampfes geleitet, ohne daß die Frage nach der verfassungsrechtlichen Legitimation einer derartigen Sozialgestaltung aufgeworfen werde²². Die gesamtgesellschaftliche Bedeutung dieser Rechtsprechung klingt nur in der kurzen Feststellung an, jede Einschränkung der Arbeitskampffreiheit wirke sich zu Gunsten der Arbeitgeber aus²³. Ähnlich eng blieb auch der Ansatz der zweiten, umfassenderen Untersuchung über die Rechtsprechung des BAG²⁴, deren Fragestellung von vornherein nur dahin ging, die grundsätzliche Position des Gerichts zu den »kämpfenden Parteien«, zur Regelung arbeitsrechtlicher Beziehungen durch Tarifparteien, Arbeitgeber und Betriebsrat, Gesetzgeber und Richter darzustellen²⁵. Dennoch verdanken wir dieser Arbeit eine Reihe von wertvollen Gesichtspunkten²⁶ sowie die umfassend belegte Einsicht, das BAG stelle »die Ordnung über die Freiheit«²⁷. Aus dem geringen Stellenwert, der der Bindung des Richters an das Gesetz in der BAG-Rechtsprechung zugemessen werde, folgert *Ramm* mit Recht, das BAG sei zum entscheidenden Machtfaktor bei der Schaffung und Fortentwicklung arbeitsrechtlicher Normen geworden²⁸. Durch die »distanzierte Haltung« zum geschriebenen Recht verliere der Richter seine Neutralität und werde zur politischen Instanz, die überdies dem sozialen Fortschritt wenig aufgeschlossen gegenüberstehe²⁹. Im Kern richtet sich der Vorwurf auf ungenügende Beachtung der Gesetze, insbesondere des Grundgesetzes, worin bereits der später in sehr viel dezidierterer Form vertretene

Arbeitnehmer übersehen; JZ 1961, S. 276: Die Sukzessivaussperrung ermöglicht wie die Individualkündigung die Entlassung einzelner mißliebiger Arbeitnehmer; JZ 1961, S. 277: Die Zulassung der lösenden Aggressivaussperrung nimmt dem Arbeitnehmer jedes Gegenmittel, während andererseits die Aussperrung als solche mit der Erwägung gerechtfertigt wurde, ohne sie stünde der Arbeitgeber ohne Gegenmittel da.

22 *Ramm*, JZ 1961, S. 279.

23 *Ramm*, JZ 1961, S. 279.

24 *Ramm*, JZ 1964, S. 494 ff., 546 ff., 582 ff.

25 *Ramm*, JZ 1964, S. 494.

26 *Ramm*, JZ 1964, S. 495: Notwendigkeit einer lückenlosen Dokumentation der BAG-Entscheidungen wegen des bei jeder Rechtsbildung zu wahrenen Prinzips der Öffentlichkeit; JZ 1964, S. 546: Mit Hilfe der Delegationstheorie ordnet das BAG die Überordnung des Staates über die Tarifparteien an und betreibt die allmähliche Liquidierung ihrer Autonomie; JZ 1964, S. 549: Entgegen dem Sozialstaatsgrundsatz wird das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis Tarifvertrag – Gesetz nicht angewandt; JZ 1964, S. 552: Die Rechtsprechung zu § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 stellt das Verhältnis Individualrecht – Kollektivrecht auf den Kopf; JZ 1964, S. 553: § 51² BetrVG 1952 (= § 74 II 3 BetrVG 1972) ermöglicht den Umkehrschluß, daß Arbeitnehmer, die keine Betriebsräte sind, in ihrer parteipolitischen Betätigung keinen Beschränkungen unterliegen; JZ 1964, S. 583: BAG hat sich über den Gesetzgeber gestellt.

27 *Ramm*, JZ 1964, S. 585.

28 JZ 1964, S. 586.

29 JZ 1964, S. 586.

Verfassungspositivismus zum Ausdruck kommt; die Frage nach den gesellschaftlichen Ursachen dieses »Fehlverhaltens« bleibt ungestellt, die Brücke zur Gesellschaftskritik wird nicht geschlagen. Der gelegentlich erhobene Vorwurf unsozialer Ergebnisse hat mehr den Charakter von Beiwerk, nicht den einer zentralen Aussage; eine Anknüpfung an *Kahn-Freund* und *Franz Neumann* erfolgt weder ausdrücklich noch stillschweigend. Dem mag eine durchaus zutreffende Einschätzung der herrschenden Arbeitsrechtswissenschaft zugrundegelegen haben, führten doch einige (völlig berechnete) Spitzen gegen den damals gerade ausgeschiedenen BAG-Präsidenten *Nipperdey* sowie einige andere Formulierungen zu Er widerungen von *Gerhard Müller*³⁰, *Hans Galperin*³¹ und *Franz Gamillscheg*³², die an Schärfe und Gereiztheit bis dahin einmalig waren. Die Replik *Ramms*³³ hielt sich im bisherigen Argumentationsrahmen; das »Schlußwort zum ›Schlußwort« *Gamillschegs*³⁴ klang zwar versöhnlich, konnte aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß »*Nipperdeys* Kritiker« von der herrschenden Arbeitsrechtswissenschaft spätestens seit 1964 als »nicht mehr zur Zunft gehörend« betrachtet wurde, was erhebliche Auswirkungen auf die Zitierung seiner Veröffentlichungen und die Berufung an andere Hochschulen hatte.

V. Die vorhandenen Einzelanalysen

Die nach 1964 unternommenen Versuche einer Kritik der BAG-Rechtsprechung führten nur in Einzelfragen, nicht jedoch in der Gesamtwürdigung über *Ramm* hinaus. *Jürgen Meyer* und *Wolfram Zitscher* beschränkten ihre einschlägige Abhandlung³⁵ darauf, zunächst nach derjenigen Lösung zu suchen, die sich nach den in anderen Fällen von der Rechtsprechung angewandten juristischen Kunstregeln ergeben würde, und ihr dann die tatsächlichen Urteilsgründe gegenüberzustellen³⁶. Diese an einem Beschluß des Großen Senats zur Haftung gegenüber Arbeitskollegen³⁷ und an einem Beschluß zur Vergütung von Beisitzern in Einigungsstellen³⁸

30 JZ 1964, S. 711.

31 JZ 1964, S. 711.

32 JZ 1965, S. 47 ff.

33 JZ 1966, S. 214 ff.

34 JZ 1966, S. 348.

35 Methodologische Ansätze zur rechtssoziologischen Analyse richterlicher Erkenntnisakte, in: *Wolfgang Naucke / Paul Trappe*, Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Neuwied und Berlin 1970, S. 188 ff.

36 A. a. O., S. 192.

37 A. a. O., S. 193 ff.

38 A. a. O., S. 205 ff.

exemplifizierte Vorgehensweise ist keineswegs ohne Ertrag, kommt jedoch schwerlich über eine Einzelfallkritik hinaus. Gegen sie spricht, daß sie stillschweigend das historisch überholte Axiom konserviert, es gäbe einen abschließenden Kanon von Regeln, der zu der allein richtigen Lösung führe, nicht jedoch eine Vielzahl argumentatorischer Gesichtspunkte, die zur Begründung der jeweils gewollten Entscheidung innerhalb eines mehr oder weniger weiten Rahmens beliebig herangezogen werden können³⁹. Selbst wenn jedoch ein oberstes Bundesgericht sich auf ein starres Schema festlegen wollte, könnte die Abweichung im Einzelfall neben dem Einfluß von Ideologien oder Klasseninteressen noch viele andere Ursachen haben, so daß die Gegenüberstellung von tatsächlicher und gesollter Lösung keine wesentlich neuen Erkenntnisse verspricht.

Wenig Fortschritte bringt auch die 1973 erschienene Arbeit von *Wilfried Schlüter*, die sich anhand zahlreicher BAG-Entscheidungen mit der Form der Begründungen auseinandersetzt⁴⁰. Sie kommt zu dem Schluß, allgemeine Rechtsausführungen zur Bildung einer über den Einzelfall hinausgehenden Regel seien nicht vom Grundgesetz gedeckt⁴¹; auch könne die häufige Verwendung von *Obiter dicta* die Rechtssicherheit nicht wesentlich erhöhen. Die insgesamt recht kritische Haltung zur Art und Weise der BAG-Rechtsprechung wird jedoch nicht vor dem Hintergrund bestimmter gesellschaftlicher Entwicklungen gesehen, die möglicherweise eine Übernahme sozialgestaltender Funktionen durch die Gerichte verlangen⁴². Erst recht erfolgt keine inhaltliche Kritik der Entscheidungsergebnisse, da der Verfasser diesen Problemkomplex ausdrücklich ausgeschlossen hatte⁴³, so daß konsequenterweise weder *Kahn-Freund* noch *Franz Neumann* im Literaturverzeichnis erscheinen.

Eine Verbindung von methodischer und inhaltlicher Kritik hat 1972 *Wilhelm Reuß* versucht⁴⁴, der dem BAG anhand zahlreicher insbesondere dem Arbeitskampfrecht entnommener Beispiele Begriffsmanipulation zu-

39 Zum topischen Charakter der richterlichen Tätigkeit s. *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, § 5 IV 3 mwN.

40 *Wilfried Schlüter*, Das *Obiter dictum*. Die Grenzen höchstrichterlicher Entscheidungsbegründung, dargestellt an Beispielen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, München 1973.

41 *Schlüter*, a. a. O., S. 57.

42 Zur Funktion der das richterliche Ermessen bestimmenden Generalklauseln s. *Franz Neumann*, Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Demokratischer und autoritärer Staat, Frankfurt/Main 1967, S. 55 ff., 63 ff.

43 *Schlüter*, a. a. O., S. 5. Selbst die von Schlüter behandelte verfassungsrechtliche Problematik fehlt bei *Pawlowksi* (Ein neues Verfahren richterlicher Rechtsfortbildung? *ZfA* 1974, S. 405 ff.), der das irrealer Postulat einer »unpolitischen« Rechtsfortbildung durch den Richter aufstellt (a. a. O., S. 440).

44 Juristische Begriffsmanipulationen, dargestellt an Beispielen aus dem Arbeitsrecht, *AuR* 1972, S. 193 ff.

gunsten der Arbeitgeberseite vorwarf: Durch Entwicklung neuer (oder Umdeutung alter) Begriffe wie Kampfmaßnahme und Sozialadäquanz sowie durch Benutzung abwertender Bezeichnungen wie des Wortes »Gewaltakt« (für den Streik) werde eine Plausibilität vorgetäuscht, die die wirklichen Wertungen verdecke⁴⁵.

Sehr viele stärkere Aufmerksamkeit erfuhr die gesellschaftspolitische Funktion der BAG-Rechtsprechung in einer Reihe von Monographien und Aufsätzen, die einzelne Teile des Arbeitsrechts oder auch nur einzelne Problemkomplexe zum Gegenstand hatten. Dabei fand das Arbeitskampfrecht stets eine bevorzugte Beachtung⁴⁶, wird doch an seinem Beispiel die Reduzierung der Handlungsspielräume von Arbeitnehmern und Gewerkschaften besonders deutlich. Die vorliegenden Untersuchungen begnügen sich in der Regel mit einer Parallelisierung von Unternehmerinteressen und Rechtsprechungsergebnissen, klammern die Vermittlungsmechanismen jedoch vollständig aus oder gelangen allenfalls zu spekulativen Annahmen⁴⁷. Neben der rechtlichen Behandlung von Streik und Aussperrung wurde den Aussagen der Rechtsprechung zur Koali-

45 Dazu die Kritik von *Küchenhoff* (AuR 1972, S. 353) und die Erwiderung von *Reuß* (AuR 1972, S. 358).

46 *Däubler*, Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 1972, S. 642 ff.; ders., Das Grundrecht auf Streik, ZfA 1973, S. 201 ff.; ders., Strafbarkeit von Arbeitskämpfen? in: *Baumann-Dähn*, Studien zum Wirtschaftsstrafrecht, Tübingen 1972, S. 91 ff.; *Degen*, Tendenzen der Arbeitsrechtsprechung, MarxistBl. 1973, S. 54 ff.; *Reinhard Hoffmann*, Einstweilige Verfügungen gegen Streiks? AuR 1968, S. 33 ff.; ders., Beamtenstreik und Verfassungsverständnis vom Sozialstaat, KJ 1971, S. 45 ff.; *Geffken*, Klassenjustiz, Frankfurt/Main 1972, S. 46 ff.; *Geffken-Dammann-Rahn*, Arbeitskampfrecht als Instrument außerökonomischen Zwanges, Informationsbericht Nr. 5 des Instituts für marxistische Studien und Forschungen, Frankfurt/Main 1972; *Joachim*, Ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ein geeignetes Kriterium für die rechtliche Erfassung des Phänomens »Arbeitskampf«? AuR 1973, S. 289 ff. *Kittner*, Parität im Arbeitskampf? Überlegungen zur Forderung nach dem Verbot der Aussperrung, GMH 1973, S. 91 ff.; ders., Darf der Arbeitgeber einzelnen an einem »wilden Streik« beteiligten Arbeitnehmern kündigen? BB 1974, S. 1488 ff.; *Udo Mayer*, Die kalte Aussperrung. Zur Ideologie der Betriebsrisikolehre, DuR 1975, S. 15 ff. *Jürgen Meyer*, Der Rechtsbegriff der »sozialen Adäquanz« – ein Vehikel des sozialen Wandels? Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. III, S. 139 ff.; ders., Von der »sozialen Adäquanz« zur »Verhältnismäßigkeit der Kampfmaßnahmen«, ZRP 1974, S. 253 ff. *Rajewsky*, Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik, Frankfurt/Main 1970; *Ramm*, Der Arbeitskampf und die Gesellschaftsordnung des Grundgesetzes, Stuttgart 1965; *Reuß*, Das neue Arbeitskampfrecht, AuR 1971, 353 ff.; *Rosenbaum*, Naturrecht und positives Recht, Neuwied und Darmstadt 1972, S. 182 ff.; *Schwegler*, Streikrecht und Rechtsprechung. Zum politischen Charakter des sog. Arbeitskampfrechts nach dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4. 1971, GMH 1972, 299 ff.; *Wahsner*, Streikrecht und Koalitionsfreiheit, DuR 1975, S. 3 ff.; s. weiter *Blanke*, Funktionswandel des Streiks im Spätkapitalismus. Am Beispiel des Lehrlingsstreikrechts, Frankfurt/Main 1972.

47 Kritisch dazu insbes. *Rottleuthner*, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt/Main 1973, S. 162.

tionsfreiheit einige Aufmerksamkeit zuteil⁴⁸. Die Tarifautonomie fand erst in jüngster Zeit kritische Kommentatoren⁴⁹ und ähnliches gilt vom Individualarbeitsrecht, das bislang nur hinsichtlich des Rechtscharakters des Arbeitsverhältnisses, nicht jedoch im Hinblick auf seine Einzelaussagen eine an den Interessen der Gewerkschaftsbewegung orientierte Problematisierung erfuhr⁵⁰. Schließlich haben einzelne Entscheidungen in besonderem Maße die Diskussion angeregt, so das Urteil zum schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik⁵¹, die Beschlüsse des Großen Senats zur Differenzierungsklausel⁵² und zur Aussperrung⁵³ sowie die jüngste Entscheidung zur Kündigung wegen politischer Betätigung⁵⁴.

48 *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, §§ 5, 6; *Gester-Kittner*, Personalratsamt und Koalitionsfreiheit. Zugleich ein Beitrag zur Interpretation von Artikel 9 Abs. 3 GG, RdA 1971, S. 161 ff.; *Reinhard Hoffmann*, Koalitionsrecht und Tarifautonomie, GMH 1966, S. 151 ff.; *Helmut Lenz*, Die unbehagliche Nähe der Koalitionsgarantie zum Sozialstaat, in: Gesellschaft, Recht und Politik, *Wolfgang Abendroth* zum 60. Geburtstag, Neuwied und Berlin 1968, S. 203 ff.; *Radke*, Das Koalitionsrecht als Ausdruck der Freiheit, in: Festschrift für *Otto Brenner*, Frankfurt/Main 1967, S. 113 ff.; *Ridder*, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart 1960. Vgl. auch *Pfarr-Kittner*, Solidarität im Arbeitsrecht, RdA 1974, S. 284 ff.

49 *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, §§ 6–13; *Hensche*, Zur Zulässigkeit von Firmentarifverträgen mit verbandsangehörigen Unternehmen, RdA 1971, S. 9 ff.; *Hoffmann* GMH 1966, S. 151 ff.; *Ladueur*, Zur Kritik der herrschenden Tarifvertragsdoktrin, DuR 1973, S. 135 ff. Vgl. weiter *Klaus Dammann*, Gewerkschaftliche Lohnpolitik und tarifvertragliche Friedenspflicht, Diss. Bremen 1975.

50 *Geffken*, Das Individualarbeitsrecht, DuR 1973, S. 107 ff.; *Udo Mayer*, Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis, DuR 1973, S. 359 ff.; ders., Paritätische Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis. Diss. Bremen 1974; *Unterseher*, Arbeitsvertrag und innerbetriebliche Herrschaft, Frankfurt/Main 1969; *Wahsner*, Erfassung und Integration als System. Militärische und zivile Dienstpflichten in der BRD, Köln 1972, S. 25 ff. Kritik vom Standpunkt des sog. kritischen Rationalismus übt *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie im Recht der Arbeitsbedingungen, Heidelberg 1970.

51 Dazu insbes. *Abendroth*, Innergewerkschaftliche Willensbildung, Urabstimmung und »Kampfmaßnahme«, AuR 1959, S. 261 ff.

52 *Däubler* in: *Däubler/Mayer-Maly*, Negative Koalitionsfreiheit? S. 28 ff.; *Radke*, Das BAG und die Differenzierungsklausel, AuR 1971, S. 4 ff.; *Reuß*, Der Streit um die Differenzierungsklauseln, AuR 1970, S. 33 ff.; *Weller*, Zur Frage der Differenzierungsklausel, AuR 1970, S. 161 ff., jeweils mwN.

53 *Däubler*, JuS 1972, S. 642 ff.; *Kittner*, GMH 1973, S. 91 ff.; *Musa*, Zur Rechtfertigung der Aussperrung, RdA 1971, S. 346 ff.; *Reuß*, AuR 1971, S. 353 ff.; *Säcker*, Zu den rechtspolitischen Grundlagen der Arbeitskampfbeschlüssen des BAG vom 21. April und 26. Oktober 1971, GMH 1972, S. 287 ff.; *Schwegler*, GMH 1972, S. 299 ff.; zur konservativen Gegenposition s. insbesondere *Löwisch*, Das Übermaßverbot im Arbeitskampfrecht, ZfA 1971, S. 319 ff.; *Gerhard Müller*, Das Arbeitskampfrecht im Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4. 1971, RdA 1971, S. 321 ff.; ders., Der Arbeitskampf als Rechtsinstitution – Gedanken zum Arbeitskampfrecht in der Bundesrepublik Deutschland, AuR 1972, S. 1 ff.; ders., Fragen zum Arbeitskampfrecht nach dem Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4. 1971, GMH 1972, S. 273 ff.; *Reuter*, Nochmals: Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 1973, S. 284 ff.; *Richardi*, Der Beschluß des Großen Senats des BAG vom 21. 4. 1971, RdA 1971, S. 334 ff.

54 *Degen*, MarxistBl. 1973, S. 55 ff.; *Ladueur*, KJ 1972, S. 414 ff.; *Ramm*, AuR 1973,

VI. Rechtsprechungsanalysen in der DDR

Die Auseinandersetzung mit der BAG-Rechtsprechung war nicht auf die Bundesrepublik beschränkt. Verschiedene DDR-Juristen haben ihr eingehende Arbeiten gewidmet, die freilich bisher auch innerhalb der »linken« Diskussion fast völlig unbeachtet blieben. Zu nennen ist hier einmal die Ostberliner Habilitationsschrift von *Jochen Dötsch* über »Stellung und Rolle der Arbeitsgerichtsbarkeit in der BRD und der Kampf der Arbeiterklasse um demokratische Prinzipien in der Arbeitsrechtsprechung«⁵⁵, die zahlreiche Entscheidungsmaterial von einem materialistischen Ansatz her untersucht, in den Konsequenzen freilich zu wenig die reale Situation in der Bundesrepublik einbezieht. Dem Streikrecht ist die Arbeit von *Manfred Premßler*⁵⁶, der Aussperrung die gleichfalls unveröffentlichte Schrift von *Edith Steiniger*⁵⁷ gewidmet⁵⁸. An Einzeluntersuchungen sind die fundierten Auseinandersetzungen von *Frithjof Kunz*⁵⁹ sowie von *Dötsch* und *Premßler*⁶⁰ mit der Lehre vom personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis zu nennen, die in der künftigen Diskussion ebenso Aufmerksamkeit verdienen wie die bemerkenswerten Arbeiten von *Wolfgang Seiffert*⁶¹.

S. 220 ff.; *Schwerdtner*, JZ 1973, S. 377 ff.; *Ott*, Vorgänge, Nr. 1/1973, S. 77 ff.; *Wole*, DuR 1973, S. 178 ff. *Däubler*, Die Quelle 1975, S. 219 ff. Vgl. auch *Jürgen Meyer*, KJ 1971, S. 328 ff.

- 55 Berlin (DDR) 1971. Die Arbeit ist nur maschinenschriftlich veröffentlicht und über den Leihverkehr der großen Bibliotheken zu erhalten.
- 56 Die Notwendigkeit des Kampfes der westdeutschen Arbeiterklasse gegen die substantielle Aushöhlung und völlige Beseitigung des verfassungsrechtlich gesicherten Grundrechts auf Streik in der Bundesrepublik, (maschinenschriftlich), Habilitationsschrift Leipzig 1967.
- 57 Das sog. Recht auf Aussperrung im westdeutschen Arbeitsrecht, Diss. Berlin 1968. S. auch dies., Für Tariffreiheit und Streikrecht der westdeutschen Gewerkschaften – gegen Zwangsschlichtung, Die Arbeit, 1963, Heft 8, S. 46 ff.
- 58 Die Zitierung der vorstehenden Literatur hat Herrn Prof. *Rüthers* (Konstanz) zu diffamierenden Briefen an Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens veranlaßt, was erneut ein bezeichnendes Licht auf sein Verständnis von wissenschaftlicher Auseinandersetzung wirft (dazu *Däubler*, JZ 1973, S. 206). Reiches Anschauungsmaterial bietet insoweit auch sein Artikel »Über den Arbeitskampf zur Revolution. Von der Lust mancher Gewerkschaften am Untergang«, FAZ v. 30. 3. 1974. Zu seiner wissenschaftlichen und gesellschaftspolitischen Position s. *Däubler*, Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht, Köln 1974, S. 27 ff.
- 59 Die Lehre von *Karl Marx* über den Charakter der Arbeit und ihre aktuelle Bedeutung für die Arbeitsrechtsentwicklung in beiden deutschen Staaten, in: *Karl Marx*, Begründer der Staats- und Rechtstheorie der Arbeiterklasse, Aktuelle Beiträge anlässlich des 150. Geburtstages von *Karl Marx*, Berlin 1968, S. 203 ff.
- 60 Die Konstruktion vom »personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis« im westdeutschen Arbeitsrecht, Staat und Recht (StuR) 1968, 1996 ff. Vgl. weiter *R. Schneider*, Zur Theorie über den Arbeitsvertrag im Kapitalismus, in: Staat und Recht im Lichte des Großen Oktober, Berlin (DDR) 1957, S. 435 ff.
- 61 Die »freiwillige« Schlichtung von Arbeitskämpfen in Westdeutschland, Berlin 1964; ders., Arbeitsrechtsprechung im Dienst des Monopolkapitals, NJ 1964, S. 51; ders., Kollektives

VII. Justizforschung und Arbeitsgerichtsbarkeit

Die »Justizforschung« im weitesten Sinne, die auch den 49. DJT beschäftigte⁶², hat sich bisher fast ausschließlich mit der ordentlichen Gerichtsbarkeit befaßt und bis auf einige Angaben zum Einfluß der Laienrichter⁶³ kaum Einsichten über das Funktionieren und den gesellschaftlichen Standort der Arbeitsgerichte zu Tage gefördert. Die Richtersozio­logie pflegt von ihrem herrschenden Selbstverständnis her nach den Faktoren für die Bildung des Richterbewußtseins wie Herkunft⁶⁴ und Ausbildung⁶⁵ zu fragen, thematisiert jedoch in der Regel weder die historische Gesetzmäßigkeit dieser Erscheinungen⁶⁶ noch dringt sie bis zur konkreten Analyse einer repräsentativen Anzahl von Urteilen vor⁶⁷. Reformvorstellungen beziehen sich fast ausschließlich auf das Verfahren als solches, nicht auf den Inhalt richterlicher Tätigkeit. So soll insbesondere das Verfahren beschleunigt⁶⁸ und der Zugang des Einzelnen zum Gericht erleichtert werden⁶⁹. Droht ein Umschlag vom rein Prozeduralen ins Materielle wie

Arbeitsrecht im österreichischen Kodifikationsentwurf, DRdA 1963, S. 385 ff.; ders. »Arbeitsrecht«, in: Handbuch des DGB, Berlin 1968, S. 338 ff. Von Interesse ist weiter auch eine kurze Abhandlung von *Karl Polak* über »Arbeitsrecht und Klassenkampf«, in: *Karl Polak*, Reden und Aufsätze, Berlin (DDR) 1968, S. 145 ff. Eine Kritik des kapitalistischen Arbeitsrechts ist vor kurzem auch in der Sowjetunion erschienen: *Kisseljow*, Der gegenwärtige Kapitalismus und die Gesetzgebung im Arbeitsrecht, Verlag juristische Literatur, Moskau 1971 (russisch) – siehe dazu *Premßler*, StuR 1973, S. 141 ff. Vergleiche weiter *Kisseljow*, Der gegenwärtige Kapitalismus und das Arbeitsrecht, Sowjetwissenschaft/Gesellschaftswissenschaftliche Beiträge, 1971, S. 296 ff. (deutsch), sowie Autorenkollektiv. Das sowjetische Arbeitsrecht. Ein Lehrbuch, Köln 1974, S. 399 ff. Dazu *Däubler*, Sowjetisches Arbeitsrecht, DuR 1975, S. 32 ff.

62 Vgl. Band II, Teil R, der Sitzungsberichte die Referate über »Stand und Möglichkeiten der Justizforschung«, München 1972.

63 *Klaus*, Zur Typologie der ehrenamtlichen Richter. Ein Beitrag auf empirischer Grundlage. Frankfurt/Main 1970, S. 122 ff.

64 Dazu insbes. *Dabrendorf*, Deutsche Richter, Ein Beitrag zur Soziologie der Oberschicht, in: Gesellschaft und Freiheit, München 1965, S. 176 ff.; *Feest*, Die Bundesrichter/Herkunft, Karriere und Auswahl der juristischen Elite, in: Beiträge zur Analyse der deutschen Oberschicht, bearbeitet und herausgegeben von *Wolfgang Zapf*, München 1965, S. 95 ff.; *Kaupen*, Die Hüter von Recht und Ordnung. Die soziale Herkunft, Erziehung und Ausbildung der deutschen Juristen – Eine soziologische Analyse. Neuwied und Berlin 1969; *Richter*, Zur Bedeutung der Herkunft des Richters für die Entscheidungsbildung, Berlin 1973.

65 So insbes. *Feest*, a. a. O. und *Kaupen*, a. a. O. sowie die Diskussion zur Reform der Juristenausbildung auf dem 48. DJT; vgl. weiter *Autorenkollektiv*, Der neue Jurist. Ausbildungsreform in Bremen als Planungs- und Lernprozeß, Neuwied und Berlin 1973.

66 S. die Kritik von *Geffken*, Bürgerliche und marxistische Kritik der Klassenjustiz, Marxist. Bl. 1973, 73 ff.

67 Eine gewisse Ausnahme bildet hier *Lautmann*, Justiz – die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse, Frankfurt/Main 1972.

68 S. dazu etwa den Sammelband »Tatsachenforschung in der Justiz«, herausgegeben von *Rolf Bender*, Tübingen 1972.

69 S. dazu *Baur*, JZ 1972, S. 75 ff. (Allgemeine Rechtsschutzversicherung); *Däubler*, BB

bei der öffentliche Kritik erleichternden Einführung des Minderheitenvotums⁷⁰, so zeigen sich die stärksten Widerstände gerade bei führenden Vertretern der Arbeitsgerichtsbarkeit⁷¹. Auch insoweit ist daher kein weiterer Aufschluß zu erwarten^{72 73}. Worauf sich hier noch immer die Reformdiskussion konzentriert, haben jüngst die Beiträge in dem der Arbeitsgerichtsbarkeit gewidmeten Sonderheft von RdA gezeigt⁷⁴.

§ 2: Fragestellung und Methode der Untersuchung

I. Empirische Untersuchungen zum Richterbewußtsein?

Der wenig entwickelte Stand der »Arbeitsgerichtsforschung« zwingt zu einigen methodischen Vorüberlegungen. Restriktiver Ausgangspunkt des eigenen Vorgehens ist die praktisch-organisatorische Unmöglichkeit empirischer Untersuchungen im vorliegenden Rahmen. Ob Richter bewußt Partei ergreifen, also »politische Justiz« im Sinne *Fraenkels* üben¹ oder ob ihre Entscheidungen nur durch ein »Vorverständnis«² im Sinne eines unbewußten oder teilweise bewußten Wertsystems beeinflusst werden, kann (wenn überhaupt) nur aufgrund eingehender Befragungen festge-

1969, S. 545 ff. (generelle Streitwertherabsetzung); *Fechner*, JZ 1969, S. 349 ff. (Verfassungswidrigkeit des Kostenrechts; kein eigener Alternativvorschlag); *E. Schmidt*, JZ 1972, S. 679 ff. (Kostenlosigkeit bestimmter vitalen Bedürfnissen dienender Verfahren). Vgl. weiter *Bokelmann*, »Rechtswegsperre« durch Prozeßkosten, ZRP 1973, S. 164 ff.

70 Vgl. Verhandlungen des 47. DJT, München 1968, S. D 1 ff. (Gutachten *Zweigert*), S. R 9 ff. (Referat *Pehle* und Diskussion).

71 *Boldt*, Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters in der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit, RdA 1971, S. 112 ff.

72 Beachtlich jedoch neuerdings *Joachim*, Justizreform, Verfahrensreform und Arbeitsgerichtsbarkeit, DB 1972, S. 1067 ff. sowie *Klees*, Wie rechtsstaatlich ist die Arbeitsgerichtsbarkeit heute? DuR 1975, S. 26 ff.

73 Von Interesse ist, daß sich augenblicklich auch in Frankreich die Tätigkeit der Arbeitsgerichte eingehender Kritik ausgesetzt sieht. Dazu das Sonderheft der Zeitschrift »Droit social« vom Februar 1974: La juridiction du travail en France, Numéro spécial, préparé sous la direction de Gérard Lyon-Caen.

74 *Neumann*, Die Gerichte für Arbeitssachen und das arbeitsrechtliche Verfahren, RdA 1974, S. 193 ff.; *Grunsky*, Der Beschleunigungsgrundsatz im arbeitsgerichtlichen Verfahren, RdA 1974, S. 201 ff.; *Vollkommer*, Vorprozessuale Gerichtsstandsvereinbarungen im Verfahren vor den Arbeitsgerichten, RdA 1974, S. 206 ff.; *Etzel*, Probleme des arbeitsgerichtlichen Beschlußverfahrens, RdA 1974, S. 215 ff.; *Lepke*, Probleme der Abgabe zwischen dem Urteils- und Beschlußverfahren im Verfahren vor den Gerichten für Arbeitssachen, RdA 1974, S. 226 ff.

1 *Fraenkel*, Zur Soziologie der Klassenjustiz, Darmstadt 1968 (Neudruck) S. 36 ff.

2 Dazu *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt/Main 1970 mwN.

stellt werden. Der bloße Rückschluß aus Urteilsgründen wäre ein wenig überzeugendes Vorgehen, ist doch nie auszuschließen, daß die wahren Motive nicht im Text der Begründung erscheinen. So kann eine rein rechtstechnisch formulierte, auf bloße Subsumtion unter Gesetzesnormen abstellende Entscheidung in Wahrheit einem bewußten politischen Zweck dienen, ebenso wie eine deutlich angesprochene politische Wertentscheidung in Wirklichkeit nur die nach außen gekehrte Fassade einer ganz anderen Erwägung sein kann³.

II. Herkunft und Ausbildung der Richter als Erklärungsschema?

Noch komplexer als die Ermittlung des »subjektiven Faktors« ist die Herausbildung seiner Ursachen. Daß das Elternhaus wohl nicht ohne Einfluß auf richterliche Werthaltungen ist, scheint auf den ersten Blick plausibel, doch verweist die Tatsache, daß die Kritiker der Richter-Rekrutierung gleichfalls aus der Oberschicht stammen, auf gegenläufige Mechanismen, über deren Wirkungsweise wir noch relativ wenig wissen. Ähnlich verhält es sich mit der Juristenausbildung: Natürlich liegt es nahe, die Einübung von Falllösungen unter unkritischer Verwendung von BGH-Urteilen als »Erziehung zur Anpassung« zu etikettieren, doch zeigt das italienische Beispiel, daß daraus keineswegs mit Notwendigkeit eine unkritische Berufspraxis folgt⁴ – ebenso wie umgekehrt eine Mitarbeit in »Basisgruppen« nicht vor späterer Identifizierung mit einer konservativen Berufsrolle schützt. Nicht weiter als bis zur Entwicklung mehr oder weniger plausibler Hypothesen führt auch eine Parallelisierung zwischen bestimmten herrschenden Ideologien und entsprechenden Tendenzen in der Rechtsprechung. So mag zwar die These von der »formierten Gesellschaft«⁵ durchaus Richter beeinflusst haben, die in ihren Entscheidungen dem »Ordnungsprinzip« entscheidende Bedeutung zumessen; ein sicherer Nachweis dürfte jedoch schwerlich zu führen sein, so daß auch dieser Ansatz nicht weiterverfolgt werden kann.

3 So dürfte die von *Meyer-Zitscher* (a. a. O., S. 219/220) beim BAG im Zusammenhang mit der Haftung gegenüber Arbeitskollegen und mit dem Honoraranspruch des Beisitzers in der Einigungsstelle konstatierte »Bevorzugung einer kollektivrechtlichen Beurteilung der Rechtsstellung des einzelnen im Arbeitsrecht« kaum der durchgängigen Auffassung des BAG entsprechen, sondern nur der Absicherung des aus Billigkeitsgründen gewünschten Ergebnisses dienen.

4 Dazu eingehend *Schminck*, Zur Zerstörung der Rechtsorthodoxie in Italien, KJ 1973, 41 ff.

5 Dazu kritisch *Helga Grebing*, Konservative gegen die Demokratie, Frankfurt/Main 1971.

III. Das Problem der Interessenbindung

Eine realistische, die eigenen Möglichkeiten wie den allgemeinen Forschungsstand berücksichtigende Fragestellung kann unter diesen Umständen nur darauf abheben, welche Interessen die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte verwirklicht. Ohne Rücksicht darauf, ob sich die Entscheidungsträger der gesellschaftlichen Wirkung ihres Tuns bewußt sind, ist nach der objektiven Funktion zu fragen, die ihren Urteilen und Beschlüssen unter den aktuellen gesellschaftlichen Bedingungen zukommt. Welche Interessen werden gestärkt, welche Interessen werden zurückgedrängt oder mißachtet? Sind hier bestimmte Gesetzmäßigkeiten erkennbar?⁶

Schon *Kahn-Freund* hat darauf hingewiesen, daß diese Fragestellung sinnlos wäre, würde man im Richter nichts anderes als einen Vollstrecker des gesetzgeberischen Willens ohne eigenen Entscheidungsspielraum, »une bouche de la loi« im Sinne *Montesquieus* sehen⁷: Die Interessenkritik müßte sich dann allein an den Gesetzgeber richten, der die »Parteinahme« für die eine oder andere Seite ausschließlich zu vertreten hätte. Gerade im Arbeitsrecht ist das Gegenteil, ist die sozialgestaltende Funktion der Gerichte freilich evident: Ganze Teilgebiete wie das Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht haben keine oder nur eine rudimentäre positiv-rechtliche Regelung erfahren. Aber auch dort, wo Gesetzesnormen in gleichem Umfang wie in anderen Rechtsgebieten vorhanden sind – etwa im Be-

6 Die von *Gebhardt* (*Klassenjustiz?* in: *O. Negt* u. a. *Klassenjustiz?* Köln 1972, S. 15 und passim) gerügte Fixierung auf das Ergebnis impliziert keineswegs die idealistische Auffassung von einem »neutralen Richter«, der »objektiv« Recht spricht und keine der Parteien benachteiligt. Maßstab der Beurteilung ist eben nicht das »bessere« Urteil, sondern das Interesse des Kapitals und das Interesse der Arbeiterklasse. *Gebhardts* eigener Vorschlag, die Methodik in den Mittelpunkt zu stellen (a. a. O., S. 16), verkennt, daß Rechtsanwendungsmethoden nicht eo ipso bestimmten Klasseninteressen dienen, sondern je nach der konkreten historischen Situation unterschiedliche Funktion gewinnen (vgl. etwa die Abkehr vom Positivismus nach 1918 – dazu *Rosenbaum*, a. a. O., S. 64 ff.). Ihre Beurteilung setzt daher die Analyse der Rechtsanwendungsergebnisse voraus, eine Aufgabe, die leider längst noch nicht ausreichend gelöst ist. Die Kritik *Blanques* (*Probleme einer Theorie des Arbeitsrechts*, KJ 1973, S. 349 ff.) verkennt, daß in Anbetracht des vorhandenen Erkenntnisstands eine Aufarbeitung von empirischem (Entscheidungs-) Material einen notwendigen ersten Schritt darstellt, den im übrigen er selbst durch die Analyse konkreter Streikbewegungen ebenfalls tut. Die Klärung der gesellschaftlichen Voraussetzungen von Ideologiebildung, deren Fehlen *Blanke* rügt, ist selbstverständlich notwendig (s. als Beispiel etwa *Däubler*, *Formale oder materiale Selbstbestimmung*. Zur rechtswissenschaftlichen Diskussion um die Vertragsfreiheit, in: *Greiffenhagen* (Hrsg.), *Emanzipation*, Hamburg 1973, S. 114 ff.), doch läßt sich nicht alles in einer Arbeit bewältigen. Im übrigen wäre manchen linken Kritikern der Tagung »Streik und Aussperrung« zu empfehlen, die auftauchenden Vermittlungsprobleme durch eigene Aktivität kennenzulernen, um so etwas realistischere Maßstäbe zu gewinnen (vgl. den – im übrigen – keineswegs unsachlichen Bericht von *Erd*, KJ 1973, S. 435 ff.).

7 *Kahn-Freund* in: *Arbeitsrecht und Politik*, S. 149 ff.

triebsverfassungs- oder im Individualarbeitsrecht – kann nicht von einer zwingenden Vorprogrammierung richterlicher Entscheidungen die Rede sein. Das Problem etwa, ob eine schwangere Frau bei der Einstellung ihren Zustand offenbaren muß, um eine Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen Arglist oder Irrtums zu vermeiden, läßt sich weder aus dem Mutterschutzgesetz noch aus den Dienstvertragsregeln des BGB mit einer jeden Zweifel ausschließenden Sicherheit ableiten. Überall dort, wo eine Situation der »Uneindeutigkeit« besteht, wo unter Benutzung des in Rechtsprechung und Literatur entwickelten methodischen Instrumentariums so oder auch anders entschieden werden kann, ist Raum für (objektive) Parteinahme und (objektive) Förderung bestimmter Interessen, betreibt das Gericht eigenständige (Rechts-)Politik. Wie dieses methodische Instrumentarium beschaffen und wie groß folglich der Spielraum des Richters ist, hängt von der jeweiligen historischen Situation ab⁸; vieles spricht dafür, daß die rechtsprechende Gewalt in der Bundesrepublik ein besonders hohes Maß an Gestaltungsfreiheit besitzt, was nicht nur den sich schnell wandelnden gesellschaftlichen Verhältnissen, sondern auch der Tatsache geschuldet ist, daß die dritte Gewalt mehr als die beiden anderen traditionellen Wertvorstellungen verhaftet blieb und daher ein besonders sicherer Garant für die Aufrechterhaltung der in den fünfziger Jahren etablierten Herrschaftsverhältnisse sein dürfte.

Die Größe des Entscheidungsspielraums darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß es unter den gegebenen Bedingungen auch eindeutige Fälle gibt, die für niemanden zweifelhaft sind. Eine Kündigung etwa, die in der erklärten (und beweisbaren!) Absicht erfolgt, einen Arbeitnehmer wegen seiner gewerkschaftlichen Betätigung zu »bestrafen«, verstößt gegen Artikel 9 Abs. 3 Satz 2 GG und überdies gegen § 75 Abs. 1 BetrVG. Derartige Fälle werden freilich meist außergerichtlich entschieden, da die im Unrecht befindliche Partei kaum Interesse an der Belastung mit den Gerichtskosten haben wird; zumindest wird nicht der ganze Instanzenzug bis zum BAG durchlaufen. Im Mittelpunkt wird daher die Situation der »Uneindeutigkeit« stehen, für deren Vorliegen im übrigen auch das Vorhandensein literarischer Kontroversen ein gewichtiges Indiz bedeutet.

IV. Die Bestimmung der Interessen

Die Überprüfung der Rechtsprechungsergebnisse am Maßstab von Interessen setzt deren Spezifizierung voraus. Die Aussage etwa, ein Gericht

⁸ Dazu eingehend *Rosenbaum*, a. a. O. (oben § 1, Fn 46).

betreibe Klassenjustiz, ist nur dann sinnvoll, wenn man neben der Klasse als solcher⁹ auch deren Interessen bezeichnet, da man sonst über eine pauschale (Ab-)Qualifizierung nicht hinauskommt.

1. Die Interessen der Arbeitnehmer richten sich auf eine Arbeits- und Lebenssituation, in der sie ihre schöpferischen Fähigkeiten voll entfalten und im Rahmen des Möglichen ihre Ziele selbst setzen können. Das bedeutet einmal die Garantie des nach den jeweiligen ökonomischen Entwicklungsbedingungen der Gesellschaft höchstmöglichen Lebensstandards, dessen Existenz erste Voraussetzung für ein menschenwürdiges Dasein ist. Weiter folgt daraus die Notwendigkeit umfassender Sicherheit – weder der Arbeitsplatz noch die Wohnung dürfen der ausschließlichen Verfügung eines Dritten unterliegen, Abhängigkeit darf es nur gegenüber demokratisch legitimierten und kontrollierbaren Instanzen geben. Daraus leitet sich einmal die Forderung nach umfassendem Kündigungsschutz ab, der bei Rationalisierungsmaßnahmen durch frühzeitige Einbeziehung der Arbeitnehmervertreter in die Planung sowie durch Ausschöpfung aller zumutbaren Versetzungs- und Umschulungsmöglichkeiten realisiert wird. Zur »Sicherheit« gehört weiter ein sehr viel effektiverer Schutz vor Betriebsunfällen sowie die Wahrung des Lebensstandards bei Krankheit und im Alter. Weiter verlangen die Interessen der Arbeitnehmer Freiheit am Arbeitsplatz in einem sehr weitgefaßten Sinn, d. h. eine Freiheit, die über die Einschränkung des Direktionsrechts¹⁰ und menschengerechte Gestaltung der Arbeitsabläufe bis zu umfassender Mitbestimmung in Betrieb und Unternehmen, aber auch im überbetrieblichen, gesamtwirtschaftlichen und internationalen Bereich reicht. Auch eine noch so demokratisch organisierte Wirtschaft sichert die Entfaltungsfreiheit der Arbeitnehmerpersönlichkeit allerdings nur dann, wenn genügend Freizeit bleibt, um andere als arbeitsbezogene Aktivitäten zu entwickeln. Die Arbeitszeit muß daher verkürzt, gleichzeitig aber dafür gesorgt werden, daß ein ausreichender Lebensstandard nicht durch Überstunden erkaufte werden muß oder daß die Arbeitszeit zwar kurz, die Arbeit jedoch derart ermüdend ist, daß eine sinnvolle Ausnutzung der Freizeit nicht mehr in Frage kommt. Schließlich muß der Arbeitnehmer in der Lage sein, sich in einem Prozeß des lebenslangen Lernens die notwendigen Informationen über seine eigene Stellung in der Gesellschaft zu verschaffen; ihm muß ein

9 Solange in einer Gesellschaft Klassen mit entgegengesetzten Interessen existieren, ist jede Justiz notwendig Klassenjustiz. Fraglich und der Untersuchung wert ist nur, für welche Klasse sie sich generell entscheidet.

10 S. den Vorschlag *Kittners* (Neue Gesellschaft 1973, 547): »Das Weisungsrecht des Arbeitgebers muß unter Anerkennung der Entfaltungsfreiheit des Arbeitnehmers auf Fälle zwingender betrieblicher Notwendigkeiten beschränkt werden.«

Recht auf Bildung zustehen, das dem Postulat der Mündigkeit Rechnung trägt¹¹.

Diese hier nur grob skizzierten Interessen, deren subjektive Wahrnehmung durch die Betroffenen einen langen, durch Erfahrungen vermittelten Lernprozeß voraussetzt, können nicht durch Aktionen einzelner durchgesetzt werden; unabdingbare Voraussetzung ihrer Realisierung ist das organisierte und solidarische Zusammenwirken vieler. Das Interesse der Arbeitnehmer richtet sich daher unter den gegebenen Bedingungen in erster Linie auf eine umfassende Stärkung ihrer Organisationen, d. h. der Gewerkschaften und der ihre Interessen wahrenden politischen Parteien und Vereinigungen¹².

2. Die Möglichkeit und Unmöglichkeit einer Realisierung der hier beschriebenen Forderungen innerhalb des bestehenden kapitalistischen Systems wird deutlich, wenn die Unternehmerinteressen näher spezifiziert sind.

Ziel jeder unternehmerischen Tätigkeit ist – wie manche Ökonomen sagen – die Kapitalverwertung, d. h. die Erwirtschaftung eines möglichst hohen Gewinns, um damit (nicht nur den eigenen Lebensstandard zu erhöhen, sondern) in erster Linie durch Investitionen die Produktion quantitativ oder qualitativ zu steigern oder die Gestehungskosten zu verringern. Diese Ausrichtung der Produktion beruht nicht auf einem zufälligen Willensentschluß, der so oder auch anders ausfallen könnte, sondern auf manifestem Zwang: Selbst ein Großunternehmer, der auf Gewinn und damit auch auf Investitionen verzichten würde, müßte bald seine Zahlungen einstellen, da er hinter der technischen Entwicklung zurückbliebe und deshalb nicht mehr konkurrenzfähig wäre.

In die Rentabilitätsberechnung, die jeder Unternehmer anstellen muß, gehen die materiellen und immateriellen Interessen der Arbeitnehmer als Kostenfaktor ein. Dies ist evident beim Lohn, gilt aber auch bei Aufwendungen für Schutzmaßnahmen gegen Betriebsunfälle und für die Altersversorgung. Weiter hat der Unternehmer ein Interesse an schneller, von den Arbeitnehmern nicht zu beeinflussender Entscheidung über Rationalisierungsmaßnahmen, mit deren Hilfe er seine Konkurrenten überflügeln oder ihren Angriff abwehren kann. Ihn interessiert ganz generell Ruhe und Ordnung im Betrieb; Streiks stellen aus seiner Perspektive einen Störungsfaktor dar. Mitbestimmung ist für ihn nur dann erträglich, wenn

11 Zum Grundrecht auf Bildung s. *Däubler-Gmelin*, Bildungsurlaub für Arbeitnehmer – ein Weg zur Realisierung des Grundrechts auf Bildung, Diss. Bremen 1975.

12 Vorausgesetzt ist dabei eine demokratische Binnenstruktur einschließlich der Geltung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung im Verhältnis Einzelner – Verband.

sie den Inhalt seiner Entscheidungen nicht wesentlich verändert und wenn sie dazu beiträgt, daß diese von der Belegschaft leichter akzeptiert werden, weil das Vertrauen zu den eigenen Vertretern an die Stelle des Mißtrauens gegenüber dem Unternehmer tritt. Kein Interesse besteht an systematischer Aufklärung der Arbeitnehmer über ihre eigene Situation; Fortbildung hat sich auf die bessere Erfüllung der betrieblichen Funktionen zu beschränken. Persönlichkeitsentfaltung des Arbeitnehmers ist nur dann akzeptabel, wenn sie die Anpassung an die betrieblichen Herrschaftsstrukturen nicht in Frage stellt – und das bedeutet faktisch den Verzicht auf die Forderung nach der Ausbildung einer selbständig denkenden Persönlichkeit^{12a}. Das Hauptinteresse des Unternehmers richtet sich freilich auf die Verhinderung jeder effektiven Form kollektiver Aktionen durch eine größere Zahl von Arbeitnehmern – sind sie dieses Mittels beraubt, so kann er seine Ziele ungestört verwirklichen.

Zur Durchsetzung dieser Interessen sind verschiedene Strategien möglich und existent. So kann eine Gruppe von Unternehmern statt der direkten Repression auch den Versuch machen, durch partielle Zugeständnisse an die Arbeitnehmer oder ihre Organisationen diese stärker an sich zu binden, um so Ruhe und Frieden im Betrieb und damit die Möglichkeit ungestörter Gewinnmaximierung zu erkaufen. Außerdem zeigen sich Widersprüche zwischen einzelnen »Fraktionen« von Kapitalisten, die gleichfalls das Verhalten gegenüber der Arbeitnehmerseite beeinflussen können. Eine genauere Differenzierung kann hier jedoch unterbleiben, da die Analyse der BAG-Rechtsprechung auch schon bei Anlegung dieser sehr allgemeinen Maßstäbe einige Aufschlüsse verspricht.

3. Der Gegensatz von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen ist fundamental; die Durchsetzung der aufgezählten Emanzipationsforderungen ist nur nach Aufhebung des Profitprinzips im gesamtwirtschaftlichen Rahmen möglich¹³. Diese prinzipiell richtige Aussage darf nicht zu der von manchen ultralinken Freunden gezogenen Schlußfolgerung führen, die Stellung der Arbeiterklasse könne im Kapitalismus keinerlei Verbesserung erfahren. Welche relativen Fortschritte innerhalb des bestehenden Wirtschaftssystems möglich sind, zeigt einmal die Entwicklung der deut-

12a Dazu eingehend und überzeugend *Johannson*, Die politische Bildungsarbeit der Unternehmer, Frankfurt 1975.

13 Dies kann hier nicht im einzelnen dargestellt werden. Zum Beispiel des Rechts auf Arbeit als dem Anspruch, nicht nur überhaupt zu arbeiten, sondern in der Arbeit seine Persönlichkeit zu entfalten, s. *Heide Pfarr*, Zur Problematik des Rechts auf Arbeit. Exemplum: DDR, DuR 1973, S. 124 ff. Vgl. auch *Heilmann*, Zur Rolle des Rechts in der Übergangsgesellschaft, Beispiel: Arbeitsrecht, in: *Rottleuthner* (Hrsg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Frankfurt/Main 1975, S. 361 ff.

schen Arbeiterbewegung, zum andern ein Blick in die italienische Arbeitsrechtsordnung, die – um nur zwei Beispiele zu nennen – ein generelles Aussperrungsverbot¹⁴ und die Freiheit gewerkschaftlicher und politischer Betätigung am Arbeitsplatz kennt¹⁵.

4. Neben den Interessen von Unternehmern und lohnabhängiger Bevölkerung existieren weitere gesellschaftlich relevante Interessen, die bei der Analyse der Arbeitsgerichtsrechtsprechung jedoch ohne Bedeutung sind. Selbständige Handwerker, Händler und Bauern, die keine Arbeitnehmer beschäftigen, treten vor den Arbeitsgerichten nicht in Erscheinung. Problematischer ist die Annahme eines selbständigen Staats- oder Gesamtinteresses, das neben oder über den Interessen der sozialen Gegenspieler steht. Seine Einbeziehung verbietet sich mit Rücksicht auf die tatsächliche Ausrichtung der Staatstätigkeit an den Forderungen reibungsloser Kapitalverwertung. Wenn auch zuzugeben ist, daß das Verhältnis von Großindustrie und Staat noch keine genügende empirische Aufarbeitung erfahren hat, so haben doch die bisher vorliegenden Untersuchungen die (objektive) Instrumentalisierung des Staatsapparats nicht widerlegt, sondern erhärtet¹⁶. Ziel der vorliegenden Arbeit wird es daher u. a. auch sein, einen kleinen Beitrag zur Klärung dieses Fragenkomplexes zu leisten, fragt sie doch nach der Ausrichtung der Arbeitsgerichtsbarkeit – und damit eines Teils des Staatsapparats – an Unternehmer- oder Arbeitnehmerinteressen. Die hier versuchte Analyse müßte jedoch nicht nur auf andere Zweige der Gerichtsbarkeit, sondern auch auf die Tätigkeit und Funktion von Parlament und Exekutive ausgedehnt werden, um den Gehalt des Satzes des Kommunistischen Manifests, die moderne Staatsgewalt sei »nur ein Ausschuß, der die gemeinschaftlichen Geschäfte der ganzen Bourgeois-Klasse verwaltet¹⁷«, auch für denjenigen zu erschließen, der nicht im System der marxistischen politischen Ökonomie denkt.

14 Dazu *Giugni*, in: Streik und Aussperrung, S. 265 ff.

15 Dazu *Däubler*, Fortschritte im italienischen Arbeitsrecht, AuR 1971, S. 189 ff.; *Schminck*, KJ 1973, S. 31 ff.

16 S. etwa die vorwiegend empirisch ausgerichtete Arbeit von *Hartwich*, Sozialstaatspostulat und gesellschaftlicher Status quo, Köln und Opladen 1970; einen instruktiven Überblick über die Aussagen der Theorie vom staatsmonopolistischen Kapitalismus, die die Problematik am weitesten vertieft hat, bringt *Schleifstein*, Blätter für deutsche und internationale Politik, 1973, S. 378 ff. Wichtig auch *J. Hirsch*, Staatsapparat und Reproduktion des Kapitals, Frankfurt/Main 1974 und *Th. Blanke*, Das Dilemma der verfassungspolitischen Diskussion der Linken in der Bundesrepublik, in: *Rottleuthner* (Hrsg.), Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Frankfurt/Main 1975, S. 419 ff.

17 *Marx-Engels-Werke* (MEW), Berlin 1958 ff., Bd. 4, S. 464

V. Das zu analysierende Entscheidungsmaterial

Die Durchführung des hier skizzierten Vorhabens stößt auf die Schwierigkeit, daß die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte – obwohl nur zum kleineren Teil veröffentlicht¹⁸ – einen solchen Umfang angenommen hat, daß ihre vollständige Erfassung und kritische Aufarbeitung für einen einzelnen nur möglich wäre, wenn er einige Jahre von jeder anderen beruflichen Verpflichtung freigestellt wäre. Die im vorliegenden Zusammenhang allein in Frage kommende Auseinandersetzung mit einer Auswahl von Entscheidungen muß sich ausschließlich an der Rechtsprechung des BAG orientieren, das die rechtspolitisch wichtigen Probleme entscheidet und dessen richterliche Erkenntnisse in aller Regel auch von den unteren Instanzen befolgt werden¹⁹. Innerhalb der BAG-Judikatur wird sich die Untersuchung insbesondere auf diejenigen Urteile und Beschlüsse konzentrieren, die prima vista nicht nur rechtstechnische Probleme, sondern Fragen von großer inhaltlicher Tragweite zum Gegenstand haben. Wichtigstes Indiz hierfür ist die Reaktion der sozialen Gegenspieler und der juristischen wie der allgemeinen Öffentlichkeit. Theoretisch läßt diese Vorgehensweise nur höchst wahrscheinliche, nicht jedoch absolut sichere Ergebnisse erwarten – es wird daher in Kauf genommen, daß aufgrund neuen Entscheidungsmaterials eine Modifikation der hier entwickelten Thesen erfolgen muß.

§ 3: Die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit in der Rechtsprechung des BAG

I. Vorbemerkung zur Systematik

Den an der Systematik unserer großen Arbeitsrechtslehrbücher gewöhnten Leser mag es überraschen, daß ein Teil der BAG-Entscheidungen

18 Nach den Erhebungen *Ramms* hatte das BAG bis 1963 nur ungefähr ein Drittel seiner Urteile und Beschlüsse veröffentlicht (*Ramm* JZ 1964, 495). Bei den Instanzgerichten liegt der Prozentsatz der veröffentlichten Entscheidungen noch weit niedriger.

19 Die Behauptung, in den letzten Jahren würden die unteren Arbeitsgerichte vielfach »progressiver« und gegen die herrschende Meinung entscheiden (so *Degen*, *MarxistBl.* 1973, S. 55), erscheint jedoch vertretbar. Eine Sichtung der Entscheidungen zu § 37 Abs. 6 BetrVG ergab, daß sich ungefähr gleich viele Arbeitsgerichte zu einer »betriebsratsfreundlichen« wie zu einer »arbeitgeberfreundlichen« Auslegung bekannten (Nachweise bei *Däubler*, *Schulung und Fortbildung von Betriebsratsmitgliedern und Jugendvertretern* nach § 37 BetrVG, 2. Aufl., Köln 1975, S. 67 ff.).

unter dem Gesichtspunkt der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit zusammengefaßt und damit die herkömmliche Einteilung in Arbeitskampf-, Tarifvertrags-, Schlichtungs- und Betriebsverfassungsrecht verlassen werden soll. Der Grund für diese andersartige Aufteilung, die der vielversprechenden Arbeit von *Reinhard Schober* entnommen ist¹, liegt im Erkenntnisinteresse der vorliegenden Untersuchung: Nur wenn die Freiheiten und Restriktionen gewerkschaftlicher Arbeit im Zusammenhang analysiert werden, kann die Interessenbindung der Rechtsprechung, kann ihre (objektive) Parteinahme für und gegen kollektive Entfaltungsfreiheit zutreffend analysiert werden. Ungewöhnlich ist dieses Vorgehen überdies nur im Rahmen der deutschen Rechtsordnung: In Frankreich spricht man ohne Zögern von »droit syndical«², in Italien von »diritto sindacale«³ und in England sowie den USA von »trade union law«⁴. Es wäre eine besondere Untersuchung wert, einmal nachzuprüfen, ob die Zerstückelung der auf Gewerkschaften anwendbaren Rechtsregeln wirklich nur dem Systematisierungsinteresse einiger Wissenschaftler entspringt oder ob sie nicht vielmehr Ausdruck des relativ geringen Stellenwerts ist, den die herrschende Auffassung den Arbeitnehmerkoalitionen einräumt.

Die Darstellung wird vom elementaren Mittel der gemeinschaftlichen Interessenwahrung, dem Streik, ausgehen (II), dann die praktisch wichtigste Betätigungsform, den Abschluß von Tarifverträgen, behandeln (III), um anschließend die in der bisherigen Systematik nicht auftauchende allgemeine Betätigungsfreiheit zu thematisieren (IV). Im folgenden Paragraphen soll dann die Stellungnahme des BAG zur Interessenwahrung durch Betriebsräte behandelt werden, durch eine Institution also, die rechtlich nur zum Teil, faktisch jedoch sehr stark⁵ mit der Gewerkschaftsbewegung verbunden ist, so daß sich eine gemeinsame Betrachtung auch hier anbietet.

1 Politische Funktion und soziales Ideal des Bundesarbeitsgerichts, anhand der Rechtsprechung zu den Gewerkschaften, Diss., Bremen 1974.

2 S. *Camerlynck/Lyon-Caen*, Droit du travail, 6e édition, Paris 1973, S. 427 (Überschrift).

3 S. etwa »Il diritto sindacale«, Saggi a cura di *Giuseppe Federico Mancini e Umberto Romagnoli*, Bologna 1971; *Giugni*, Il diritto sindacale e i suoi interlocutori, in: Rivista trimestrale, di diritto e procedura, civile, 1970, 369 ff.; ders., Il Sindacato fra contratti e riforme, Bari 1973.

4 S. etwa *Hickling*, *Citrine's Trade Union Law*, 3rd edition London 1967.

5 S. die Ergebnisse der Betriebsrätewahlen 1972, mitgeteilt bei *Jacobi-Müller/Jentsch-Eb. Schmidt*, Gewerkschaften und Klassenkampf. Kritisches Jahrbuch '73, Frankfurt/Main 1973, S. 43 ff.

II. Das Arbeitskampfrecht

Die rund fünfzig den Arbeitskampf betreffenden Entscheidungen des BAG⁶ haben ein Netzwerk von Regeln zur Entstehung gebracht, das relativ eindeutige Aussagen zum gesellschaftspolitischen Standort seiner Verfasser zuläßt.

1. Ein Streik ist nur dann rechtmäßig, wenn er
 - um tariflich regelbare Ziele geführt wird⁷; das bedeutet, daß Grenzen der Tarifautonomie gleichzeitig Grenzen des Streiks sind.
 - die Friedenspflicht beachtet. Sie ist bereits verletzt, wenn eine Urabstimmung durchgeführt wird, die den Arbeitgeber unter den »unmittelbaren Druck eingeleiteter Arbeitskämpfe« setzt⁸.
 - den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahrt, insbesondere ultima ratio zur Durchsetzung des erstrebten Zieles ist⁹.
 - den Prinzipien fairer Kampfführung entspricht.
 - sich ausschließlich an den sozialen Gegenspieler wendet; Streiks, die ein hoheitliches Verhalten des Staatsapparats erstreben, sind rechtswidrig.
 - von der Gewerkschaft organisiert oder übernommen ist; sog. wilde Streiks sind rechtswidrig¹⁰.
 - nicht aus andern Gründen gegen die guten Sitten, die Strafgesetze oder ein spezielles Streikverbot (etwa für Beamte¹¹) verstößt.

Gleichzeitige und gleichartige Änderungskündigungen einer Gruppe von Arbeitnehmern, die den Arbeitgeber dadurch zu höheren Löhnen zwingen wollen, sind kollektiver Arbeitskampf¹²: sie unterliegen den für Streiks entwickelten Regeln. Dasselbe gilt bei einer Arbeitsniederlegung einer größeren Zahl von Arbeitnehmern, wenn nur einem Teil von ihnen ein Zurückbehaltungsrecht zusteht; ein solches Geschehen ist einheitlich für alle als Streik zu werten¹³. Als Maßnahme des Arbeitskampfes gilt es weiter, wenn Akkordarbeiter aufgrund einer gemeinsamen Absprache nicht mehr die übliche, sondern nur noch die im Tarifvertrag vorgesehene Normalleistung erbringen¹⁴.

6 AP Nr. 1–46 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, u. a., z. B. AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

7 BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, ständ. Rspr.

8 BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht.

9 BAG AP Nr. 1, 34, 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

10 BAG AP Nr. 32, 41, 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

11 BAGE 4, S. 351 ff.; 12, S. 184, 194.

12 BAG AP Nr. 37 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

13 BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

14 BAG DB 1969, S. 1154. Das BAG sprach zwar nicht von »Arbeitskampfmaßnahme« (vermutlich, weil das konkrete Ziel nicht klar war), wertete aber die Reduzierung der

Da zwischen Gewerkschaften und Arbeitgebern »Kampfparität« bestehen soll, ist die Aussperrung auch gegenüber dem rechtmäßigen Streik zulässig¹⁵. Sie muß nicht notwendig alle Streikenden gleichzeitig erfassen, sondern kann auch »zeitlich nacheinander in einem angemessenen Zeitraum durchgeführt werden«, sofern deutlich wird, daß die Maßnahmen »auf einem einheitlichen Kampfentschluß« beruhen und in ihrer Ausführung »planmäßig zur Erreichung des Kampfzieles« erfolgen¹⁶. Die Aussperrung ist unter den gleichen Voraussetzungen wie der Streik als Angriffsmittel zulässig¹⁷. Massenänderungskündigungen der Arbeitgeber stellen anders als die von Arbeitnehmern ausgesprochenen keine Kampfmaßnahme dar; sie verstoßen daher nicht gegen die Friedenspflicht, sondern sind allein nach den Regeln des Individualarbeitsrechts zu beurteilen¹⁸.

Der Streik suspendiert das Arbeitsverhältnis und damit auch die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers. Dasselbe gilt nach der 1971 revidierten Rechtsprechung grundsätzlich auch für die Aussperrung¹⁹. Diese kann jedoch auch heute noch mit lösender Wirkung ausgesprochen werden, wenn der Arbeitskampf von besonderer Intensität und besonders langer Dauer ist oder wenn der Arbeitgeber die Arbeitsplätze einspart oder anderweitig besetzt²⁰. Nach Beendigung des Arbeitskampfes sind die lösend Aussperrten nach »billigem« (vom Gericht nachprüfbarem) Ermessen wieder einzustellen, sofern trotz Rationalisierung und inzwischen neu angeworbener Arbeitskräfte noch eine Arbeitsmöglichkeit besteht²¹.

Die Aussperrung kann sich gleichermaßen gegen Streikende wie gegen Arbeitswillige richten²². Ist infolge eines Streiks die Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern in einem anderen Unternehmen nicht mehr möglich, so entfällt ihr Lohnanspruch, da sie das Risiko für Betriebsstörungen tragen, die aus der Arbeitnehmersphäre stammen²³. Die lösende Aussperrung versagt gegenüber einzelnen, mit einem besonderen gesetzlichen

bisher erbrachten auf die im Prämienlohnverfahren als Normalleistung bezeichnete Arbeitsleistung als bewußte Arbeitszurückhaltung und damit als Grund für eine fristlose Kündigung.

15 BAG AP Nr. 1 und 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

16 BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

17 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

18 BAG AP Nr. 4 zu § 56 BetrVG = BAGE 3, S. 266, 269 ff.

19 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

20 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 10.

21 BAG a. a. O. (Fn. 20) Bl. 11–12.

22 BAG AP Nr. 1 und 43 (Bl. 8) zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

23 BAG AP Nr. 3 und 4 zu § 615 BGB Betriebsrisiko. Zum Sonderfall des Personal-Leasing-Unternehmens s. BAG AP Nr. 29 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

Schutz versehenen Arbeitnehmerkategorien, so gegenüber Betriebs- und Personalräten, aus dem Unternehmen stammenden Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat, Schwerbehinderten sowie werdenden und stillenden Müttern (§ 9 MuSchG)²⁴. Die sozialen Gegenspieler haben die Möglichkeit, durch Tarifvertrag diesen Personenkreis näher zu bestimmen und andere Arbeitskampffregeln zu vereinbaren²⁵. Um die Kampffreiheit des Arbeitgebers nicht zu beeinträchtigen, kommen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in personellen Angelegenheiten nicht zum Tragen²⁶.

Bei rechtswidrigen, diesen Regeln widersprechenden Streiks hat der Arbeitgeber die Wahl zwischen dem individualrechtlichen Mittel der (fristlosen) Kündigung und der Aussperrung, der er eher lösende Wirkung beimessen kann, »soweit es sich nicht um eine ganz kurze Arbeitsniederlegung handelt oder die Rechtmäßigkeit des Streiks zweifelhaft ist«²⁷. Bei der Wiedereinstellung ist er in seinem Ermessen freier gestellt; gleichwohl sind ihm willkürliche Diskriminierungen verboten²⁸. Im Streitfall hat der Arbeitgeber die Rechtswidrigkeit der Arbeitsniederlegung zu beweisen, wenn sie von der Gewerkschaft organisiert war und eine Verbesserung der Arbeitsbedingungen zum Ziel hatte²⁹. Daneben kann er einen Schadensersatzanspruch wegen Eingriffs in sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb geltend machen, und zwar sowohl gegen die Streikenden als auch gegen die Gewerkschaft³⁰. Für deren Beteiligung reicht es bereits aus, wenn sie an die Streikenden Gemaßregelungenunterstützung bezahlt, eine darüber hinausgehende moralische Unterstützung wird nicht vorausgesetzt³¹. Die Haftung ist eine gesamtschuldnerische; von jedem einzelnen Arbeitnehmer kann der gesamte Schaden verlangt werden³². Bei zu früh begonnenem Arbeitskampf erstreckt sich die Ersatzpflicht auch auf den Streikscha-den, der erst zu einem Zeitpunkt entstand, in dem der Streik hätte rechtmäßig durchgeführt werden können³³.

2. Die gesellschaftspolitische Einordnung dieser Normen, die in der

24 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 9 R.

25 BAG a. a. O. (Fn. 24) Bl. 9 R, 7.

26 BAG AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf: »Während eines Streikgeschehens ist der Betriebsrat – ohne Rücksicht auf seine Teilnahme am Streik – nicht in der Lage, bei Arbeitgebermaßnahmen wie Einstellungen, Versetzungen und Entlassungen mitzuwirken.«

27 BAG a. a. O. (Fn. 24) Bl. 10.

28 BAG a. a. O. (Fn. 24) Bl. 11 R.

29 BAG BB 1973, S. 1258 = AP Nr. 47 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

30 BAG AP Nr. 1, 2, 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

31 BAG AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

32 BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf LS 3.

33 BAG AP Nr. 2 zu § 1 TVG Friedenspflicht LS 15–17.

Praxis die Bedeutung eines Arbeitskampfgesetzes haben, wurde bereits von zahlreichen Autoren versucht³⁴, so daß hier eine Beschränkung auf 3 Thesen mit einigen bislang weniger beachteten Aspekten möglich erscheint.

These 1:

Die Rechtsprechung des BAG zum Arbeitskampf reduziert aufs schärfste die Handlungsspielräume der Belegschaften und der bestehenden gewerkschaftlichen Organisationen. Von allen denkbaren Streikformen und Streikzielen, die in vergleichbaren ausländischen Rechtsordnungen Anerkennung gefunden haben³⁵, wird nur ein kleiner Teil für rechtmäßig erklärt. Auch insoweit wird die kollektive Interessenwahrung durch die Reglementierung des Verfahrens³⁶ und die Schaffung hoher Risiken behindert.

Ausgeschlossen sind einmal Streiks um Fragen, die in den Bereich der unternehmerischen Autonomie fallen; Preise und Investitionsentscheidungen unterliegen nach herrschender Auffassung nicht tariflicher Regelung und sind damit jeder kampfwesen Auseinandersetzung entzogen. Die Bindung an eine – in der Regel weit interpretierte³⁷ – Friedenspflicht ermöglicht Auseinandersetzungen nur in größeren Intervallen; das ultima-ratio-Prinzip verhindert, daß dann gestreikt werden kann, wenn der Unmut der Belegschaft am größten und die Einsatzbereitschaft am ausgeprägtesten ist. Noch immer riskiert jeder Arbeitnehmer im Streik seinen Arbeitsplatz³⁸ – eine wahrhaft nicht eben sozialstaatskonforme Rechtsfolge, ist doch die (notfalls erkämpfte) Lohnerhöhung das einzige Mittel, um den Arbeitnehmer am Produktivitätszuwachs zu beteiligen³⁹. Was der einen Seite kraft ihres Eigentumsrechts automatisch auch dann zufließt, wenn sie die Fabrik noch nie von innen gesehen hat, muß sich die andere Seite durch Einsatz ihrer gesamten materiellen Existenz, unter Umständen durch zahlreiche, ihre Lebensführung nachhaltig beeinträchtigende Opfer

34 S. oben § 1 Fn. 46. S. weiter – auf rechtsvergleichender Basis – *Kahn-Freund*, *Labour and the Law*, London 1972, S. 223 ff.

35 S. die Referate von *Giugni*, *Hoefnagels*, *Kitchen*, *Lyon-Caen*.

36 Dazu zutreffend *Schwegler*, *GMH* 1972, S. 307 ff.

37 Dazu *Hoffmann*, Mitbestimmung am Arbeitsplatz, betriebliche Friedenspflicht, gewerkschaftliche Vertrauensleute, in: *Kooperation und Mitbestimmung*, herausgegeben von *Hermann Huss / Eberhard Schmidt*, Frankfurt/Main 1972, S. 159 ff. sowie *K. Dammann* (oben § 1 Fn. 49).

38 Beschönigend *Zöllner*, Über einige extreme Thesen zum Arbeitskampfrecht, *ZfA* 1973, S. 231.

39 Vgl. *Wiethölter*, *Rechtswissenschaft (Funkkolleg)*, Frankfurt/Main 1968, S. 299 ff.

erkämpfen. Hier von »Parität« und »Waffengleichheit« reden zu wollen, kann nur – vorsichtig ausgedrückt – als schlichte Realitätsverleugnung bezeichnet werden, die die Frage nach einer »politischen«, bewußt gegen die Arbeitnehmer gerichteten Rechtsprechung⁴⁰ nahelegt. Von ähnlicher Einseitigkeit ist die Judikatur zur kollektiven Arbeitnehmerkündigung und zum kollektiv ausgeübten Zurückhaltungsrecht. Das, was sonst jedem erlaubt ist – sei es aufgrund des Art. 12 GG, sei es aufgrund der §§ 273, 320 BGB – soll plötzlich illegal werden, nur weil es mehrere gemeinsam getan haben⁴¹. Diese stellt nicht nur einen sozialen Rückschritt hinter das schon in der Weimarer Zeit Zulässige dar, es entzieht auch ohne jede gesetzliche Grundlage bestimmte Individualrechte. Die Arbeitskampfnormen erleiden so einen Funktionswandel: Statt den Arbeitnehmer wegen seiner Abhängigkeit zu privilegieren, werden ihm zusätzliche Beschränkungen auferlegt⁴².

Auch dann, wenn eine Gewerkschaft alle Bedingungen für einen rechtmäßigen Streik beachtet, muß ihr daran gelegen sein, es möglichst nicht zu einem Arbeitskampf kommen zu lassen, bei dem jede Seite alle Reserven mobilisiert und sämtliche Trümpfe ausspielt. Die Rechtsprechung des BAG besitzt die bedauerliche Eigenart, mit so unbestimmten Begriffen zu arbeiten, daß sich nie mit Sicherheit voraussagen läßt, ob eine Arbeitsniederlegung nicht doch eine zum Schadensersatz verpflichtende unerlaubte Handlung darstellt. Wann ein Streik wirklich letztes Mittel ist, wie ein fairer und ein unfairer Arbeitskampf beschaffen sein muß, wie weit die Friedenspflicht reicht und ob eine Urabstimmung Rechtmäßigkeitsvoraussetzung ist oder nicht – das alles sind Fragen, die sich im Einzelfall selten mit letzter Klarheit beantworten lassen. Besonders deutlich zeigt dies die Entscheidung zum schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik, wo sich freilich der gewerkschaftliche Standpunkt sogar sehr viel stärker auf die bisherige BAG-Rechtsprechung stützen konnte als der erkennende Senat selbst⁴³. Das Risiko, einen Prozeß verlieren und u. U. Millionenbeträge bezahlen zu müssen, geht natürlich in Tarifverhandlungen ein und verschlechtert die Position der Gewerkschaft; die Rechtsunsicherheit, die

40 Zum Begriff s. oben § 2 I.

41 Die Illegalisierung kollektiven Handelns entspricht frühliberalem Denken (vgl. zur Entwicklung in England und den USA *Däubler*, Streik, S. 35 ff., 55 ff.), ist aber inzwischen mit der einen Ausnahme des Kartellrechts aufgegeben. Nur im Strafrecht gibt es gelegentlich eine verschärfte Strafdrohung bei gemeinschaftlicher Begehung, so bei Körperverletzung (§ 223a StGB), Diebstahl (§ 244 StGB – Bandendiebstahl) und Raub (§ 250 I Ziff. 2 StGB). Sollten Kündigung und Zurückbehaltung in die Nähe von Eigentumsdelikten gerückt werden? Eine durchaus konsequente Fortführung des Rechts am Gewerbebetrieb!

42 Näher dazu *Däubler*, Streik, S. 262 ff. mwN.

43 S. *Abendroth*, AuR 1959, S. 261 ff.; *Reuß*, AuR 1972, S. 196.

dem BAG sogar von konservativen Kritikern entgegengehalten wurde⁴⁴, geht ausschließlich zu Lasten des Angreifenden und damit in unserer Gesellschaftsordnung zu Lasten der Arbeitnehmer, die allein auf diese Weise ihren bisherigen Anteil am Sozialprodukt halten können, um von einer Verbesserung gleich gar nicht zu reden⁴⁵.

These 2:

Die Rechtsprechung des BAG engt nicht nur die Handlungsspielräume der Arbeitnehmer und ihrer Gewerkschaften ein, sondern treibt einen Keil zwischen Belegschaft und Organisation. Sie zielt darauf ab, die Verankerung der Gewerkschaft in den Betrieben zu lockern und so ihre Kampfkraft zu schwächen.

Dies zeigt sich zunächst bei der Rechtsprechung zu den Massenänderungskündigungen von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerseite. Während der Abbau übertariflicher Löhne in Zeiten betrieblicher oder sektoraler Krisen und allgemeiner Rezessionen von den Gewerkschaften nicht verhindert werden kann, da sie in der Regel durch die Friedenspflicht gebunden sind, läßt sich in Zeiten des wirtschaftlichen Aufschwungs eine Erhöhung der Effektivlöhne nicht einmal durch die Organisation kollektiver Kündigungen erreichen, da dies eine unzulässige Arbeitsk Kampfmaßnahme wäre⁴⁶. Für den einzelnen Arbeitnehmer muß daher die Tarifpolitik der Gewerkschaft als relativ nutzlos erscheinen – immer dann, wenn es Angriffe abzuwehren oder Forderungen unter besonders günstigen Umständen durchzusetzen gilt, kann die Gewerkschaft nicht zur Stelle sein, sind ihr die Hände gebunden. Von der praktischen Wirkung her stellt daher die Rechtsprechung zu den Massenänderungskündigungen nicht nur eine manifeste Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer⁴⁷, sondern auch ein vermutlich nicht ganz ineffektives Mittel dar, um die Tarifpolitik und über sie die Funktion der Gewerkschaften insgesamt zu entwerten und das Interesse der Arbeitnehmer an Mitgliedschaft und aktiver Mitarbeit zu verringern.

Dieselbe Konsequenz hat die Rechtsprechung zum sog. wilden Streik.

44 S. etwa *Löwisch*, ZfA 1971, S. 391 ff.

45 Zur Einkommensentwicklung s. *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 8 ff.; *Huffschmid*, Im Namen der Investitionsneigung. Zur herrschenden wissenschaftlichen und politischen Krisendiskussion in der BRD, Blätter für deutsche und internationale Politik, 1974, S. 1251 ff.

46 Gerade in der Hochkonjunktur könnte das Mittel der kollektiven Kündigung seine Wirkung entfalten, da das Risiko des Arbeitsplatzverlustes und der Arbeitslosigkeit sehr gering wäre.

47 So auch *Säcker*, Gewerkschaften und wilder Streik, BB 1971, S. 964 f.

Wie allgemein bekannt und seit September 1969 auch in der Bundesrepublik augenfällig, macht selbst das schärfste und gegen alle Umgehungsmöglichkeiten gefeite Verbot die spontane Arbeitsniederlegung als solche nicht unmöglich. Dies erklärt sich unschwer aus der Tatsache, daß das Risiko des Arbeitnehmers nicht wesentlich höher als beim legalen, gewerkschaftlich organisierten Streik liegt. In beiden Fällen droht ihm der Verlust seines Arbeitsplatzes; lediglich die Wahrscheinlichkeit, daß diese Eventualität eintritt, dürfte meist, aber keineswegs immer bei der nichtgewerkschaftlichen Arbeitsniederlegung größer sein. Die Schadensersatzsanktion, die nach der Rechtsprechung ja nur beim rechtswidrigen Streik eintritt, ist in der Praxis völlig wirkungslos: Lohnabzüge wegen der Streikteilnahme oder gar die Pfändung von Auto und Eigenheim durch den Gerichtsvollzieher würden zu einem solchen Maß an Solidarisierung mit den Betroffenen (und in aller Regel auch zu neuen Streiks) führen, daß jeder vernünftige Arbeitgeber auf derartige Maßnahmen verzichten wird⁴⁸. Konkret bedeutet das, daß zwar sog. wilde Streiks stattfinden, weil die Belegschaften keinen anderen Ausweg mehr sehen, daß aber die Gewerkschaft an *jeder* Unterstützung gehindert ist. Dies hat das BAG mit der ihm in solchen Fällen eigenen Klarheit ausgesprochen, als es die bloße Zahlung von Gemaßregeltenerunterstützung als ausreichend ansah, um die Gewerkschaften wie einen Mittäter auf vollen Schadensersatz haften zu lassen⁴⁹. Diese Haftung nun – und darin liegt das Diabolische dieses Systems – ist anders als die des einzelnen Arbeitnehmers sehr effektiv, haben doch die Arbeitgeber durch ihr Vorgehen nach dem schleswig-holsteinischen Metallarbeiterstreik deutlich zu machen versucht, daß sie von den ihnen durch die BAG-Rechtsprechung zufallenden Rechten rücksichtslos Gebrauch machen wollen. Will die Gewerkschaft keinen wirtschaftlichen Zusammenbruch oder eine drastische Einschränkung ihrer bisherigen Aktivitäten in Kauf nehmen, so muß sie die Belegschaften auch dann im Stich lassen, wenn sie die Streikziele vorbehaltlos billigt. Daß dies Fehlvorstellungen über »Gewerkschaftsbükratien«, Desinteresse oder schlicht antigewerkschaftliches Denken produzieren kann, liegt ausreichend auf der Hand.

48 Wenn *Zöllner* (ZfA 1973, S. 231) meint, die präventive Bedeutung von Schadensersatzansprüchen lasse sich nicht an der Häufigkeit der Aktualisierung messen, so widerspricht dies der tatsächlichen Bewußtseinslage der Arbeitnehmerschaft. Wer ein Risiko kalkuliert, wird immer auf die Wahrscheinlichkeit seiner Verwirklichung abstellen. Zum Ganzen zutreffend *Kittner*, BB 1974, S. 1488 ff.

49 BAG AP Nr. 33 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

These 3:

Die Rechtsprechung des BAG gibt dem Arbeitgeber die Möglichkeit an die Hand, besonders aktive, bei der Streikorganisation hervortretende Arbeitnehmer ohne viel Schwierigkeiten zu entlassen und so die Entfaltung eines gewerkschaftlichen (und politischen) Bewußtseins zu erschweren.

Dies zeigt sich einmal beim rechtswidrigen Streik, wo der Arbeitgeber neben der Aussperrung auch zur Kündigung aus wichtigem Grund befugt ist. Nach Auffassung des BAG hat er dabei das Recht, sich »beliebig« einen oder mehrere Arbeitnehmer herauszusuchen, an ihnen ein Exempel zu statuieren und die übrigen Belegschaftsangehörigen weiterzubeschäftigen⁵⁰. In aller Regel bedeutet dies, daß er sich nicht gerade einen nie in Erscheinung getretenen, völlig unpolitischen Außenseiter auswählen, sondern daß er sich des »lästigsten« Gewerkschafters entledigen wird.

In leicht modifizierter Form besteht dieselbe Möglichkeit auch beim rechtmäßigen Streik. Zwar ist hier die Kündigung ausgeschlossen, doch läßt sich mit Hilfe der Sukzessivaussperrung ein ähnlicher Effekt erreichen. Wie das BAG ausdrücklich betonte, kann die Aussperrung innerhalb eines angemessenen Zeitraums für jeweils eine kleinere Zahl von Arbeitnehmern erfolgen⁵¹. Obwohl es ausdrücklich auf die Notwendigkeit hinwies, die Grenze zur individualrechtlichen Kündigung nicht zu verwischen und deshalb einen einheitlichen Kampfschluß, einen angemessenen Zeitraum für die Durchführung und das Nichtvorliegen eines Mißbrauches verlangte, hielt es eine Aussperrung für zulässig, die am 11. Oktober sechs Arbeitnehmer, am 13. Oktober drei, am 14. Oktober elf, am 19. Oktober zwei, am 20. Oktober vier sowie am 14., 17. und 21. November jeweils einen Arbeitnehmer betroffen hatte. Daß die Aussperrung daher zunächst die »Mißliebigen« trifft, ist nicht eben überraschend. Ihre Arbeitsplätze werden als erste wegrationalisiert oder mit einem Streikbrecher besetzt, um so zu einer lösenden Aussperrung ohne Wiedereinstellungsanspruch übergehen zu können. Daß derlei gezielte Aktionen durchaus nicht nur Planspiele sind, zeigt im übrigen die Neueinstellung gewerkschaftlich besonders aktiver Jugendvertreter bei Auslaufen ihres Lehrvertrags⁵².

50 BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf; ebenso LAG Berlin BB 1974, S. 229. Kritisch dazu *Kittner*, BB 1974, S. 1492.

51 BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

52 Dazu *Edmund Möller*, »Brecht, was nicht brechen will«, DG 1973, S. 140 ff., u. nunmehr § 78a BetrVG, eingefügt durch Gesetz vom 18. 1. 1974 (BGBl I S. 85).

3. Die einseitige (objektive) Parteinahme zugunsten der Unternehmer ist nicht einer rückschrittlichen Gesetzgebung geschuldet, sondern allein vom BAG zu vertreten. Bis 1968 hatte der Streik keine ausdrückliche Regelung im Grundgesetz gefunden; Gesetzesnormen wie § 49 Abs. 2 Satz 3 BetrVG 1952 beschränkten sich darauf, nach Voraussetzungen und Folgen nicht näher bestimmte Arbeitskämpfe als »nicht berührt« zu bezeichnen. Das BAG hatte daher praktisch freie Hand, zur Weimarer Lösung – Streik nur nach vorheriger Kündigung, aber kein Ersatzanspruch wegen Eingriffs in den Gewerbebetrieb – zurückzukehren oder eine grundsätzliche Rechtfertigung des Streiks aus der Verfassung und kraft seines kollektivrechtlichen Charakters anzunehmen. Es beschritt den zweiten Weg, bezeichnete die Institution Arbeitskampf als durch die »freiheitliche und soziale Grundordnung« unserer Verfassung gesichert⁵³ und befreite den sozialadäquaten Streik vom Odium der Vertragsverletzung. Ob dies eine »große Tat« war, wie *Zöllner* meint⁵⁴, muß füglich bezweifelt werden, bedenkt man die Unbestimmtheit der Streikgarantie und die gleichzeitig bejahte Anwendung des Rechts am Gewerbebetrieb mit allen für die Gewerkschaft so nachteiligen Folgen. Dennoch kann man sich die Frage stellen, warum das BAG nicht die Weimarer Lösung mit dem Recht am Unternehmen und dem Verbot kollektiver Kündigungen kombinierte und jede Form von Arbeitskampf untersagte, eine Frage, die genauerer Analyse bedarf.

Wie das BAG selbst in seiner ersten grundlegenden Entscheidung ausführte, sieht es die Funktion des Arbeitskampfes, aber auch der Gewerkschaften insgesamt darin, das Arbeitsleben zusammen mit den Arbeitgebern zu ordnen und zu befrieden. Zu diesem Zweck müssen einmal Mechanismen entwickelt werden, die eine Machtentfaltung der Gewerkschaft im Sinne einer wirksamen und konsequenten Verfolgung eigener Interessen verhindern; einige dieser Vorkehrungen wurden oben beschrieben. Zum andern – und das interessiert an dieser Stelle in erster Linie – dürfen die Gewerkschaften wiederum auch nicht so sehr zurückgedrängt und mit einem inferioren Status versehen werden, daß sie sich nicht mehr als Ordnungsfaktor eignen, sei es, weil sie gegen ihre Entrechtung aufbegehren, sei es, weil sie so schwach sind, daß sich neue Organisationsformen entwickeln oder daß es zu zahllosen unkontrollierten Arbeitsniederlegungen kommt. Ein Stückchen Betätigungsfreiheit muß den Gewerkschaften bleiben – so klein (und mit so viel eingebauten Sicherungen versehen), daß sie die Herrschaft der Unternehmer nicht erschüttern

53 BAG AP Nr. 2 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

54 ZfA 1973, S. 230.

können, aber doch so groß, daß sie zur Mitarbeit im ungleichen Verteilungskampf bereit sind und sich mit kleineren Fortschritten, ja der Erhaltung des Status quo begnügen, um auch nicht noch den Rest von Freiheit, das eigene Vermögen und die eigenen Bildungseinrichtungen in Gefahr zu bringen. Bisher ist diese Rechnung relativ gut aufgegangen; ob dies immer so bleiben muß, wird uns an späterer Stelle beschäftigen.

4. Die Erarbeitung eines Alternativkonzepts, das auch die zu Unrecht beiseite geschobenen landesrechtlichen Streikgarantien wieder beleben⁵⁵ sowie die einschlägigen Normen wie Menschenrechtskonvention und Europäische Sozialcharta einbeziehen müßte, wurde bereits andernorts in Angriff genommen⁵⁶. Trotz der von konservativer Seite vorgetragenen Einwände, deren polemische Tonart in umgekehrtem Verhältnis zu ihrem sachlichen Gehalt steht⁵⁷, wird an den dort entwickelten Gedankengängen wie an den Ergebnissen festgehalten: Aus dem grundgesetzlich verbürgten Selbstbestimmungsprinzip folgt die Garantie nicht nur des gewerkschaftlich organisierten, sondern auch des nichtgewerkschaftlichen Streiks um alle produktionsbezogenen Fragen⁵⁸. Die Friedenspflicht ist abdingbar, da sich der Umfang vertraglicher wie kollektivvertraglicher Bindung allein nach dem Willen der Vertragspartner bestimmt⁵⁹; auch die Arbeitsniederlegung mit politischem Ziel ist jedenfalls nicht durch das GG generell verboten. Gegenüber rechtmäßigen Streiks ist die Aussperrung ausgeschlossen; auch bei rechtswidrigen Arbeitsniederlegungen kommt in der Regel nur ein suspendierendes Kampfmittel in Betracht⁶⁰.

Ohne dies hier nochmals ausbreiten und vertiefen zu wollen, sei ein ergänzender Hinweis erlaubt, der auch bei einer engeren Streikkonzeption von erheblicher Bedeutung ist: Die rechtlichen Konsequenzen der kollektivrechtlichen Erfassung des Arbeitskampfphänomens müssen erneut durchdacht werden, da sich – vorsichtig ausgedrückt – hier einige Unstimmigkeiten in die Rechtsprechung des BAG eingeschlichen haben. Der Ausgangspunkt ist im Ergebnis klar: Aus dem Wesen des Streiks folgt seine Natur als kollektive Kampfmaßnahme, die ausschließlich kollektiv-

55 Dazu *Däubler*, Streik, S. 90 ff., und *Ramm*, AuR 1967, S. 99 ff.

56 *Däubler*, Das Grundrecht auf Streik – eine Skizze, ZfA 1973, S. 201 ff., und: Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 1972, S. 642 ff.

57 *Zöllner*, Über einige extreme Thesen zum Arbeitskampfrecht, ZfA 1973, S. 227 ff.; *Reuter*, Nochmals: Die unverhältnismäßige Aussperrung, JuS 1973, S. 284 ff.; zu ihnen insbes. auch *J. A. E. Meyer-Wahsner*, Die neue Dimension rechtswissenschaftlicher Auseinandersetzung, DuR 1973, S. 398 ff. Fortsetzung der Diskussion durch *Reuter* und *Meyer-Wahsner*, DuR 1974, S. 415 ff.

58 S. die Zusammenfassung ZfA 1973, S. 226.

59 Näher dazu unten § 6 II 5.

60 *Däubler*, JuS 1972, S. 647.

rechtlichen Maßstäben unterliegt⁶¹. Jede andere Betrachtungsweise würde – so BAG – zu »sachwidrigen und lebensfremden Ergebnissen« führen⁶². Akzeptiert man das, so ergibt sich die Notwendigkeit, Rechtsnormen zur Behandlung dieser kollektiven Auseinandersetzung zu finden, die man der liberalen Grundkonzeption des BGB entsprechend nicht unserem Zivilrecht entnehmen kann. Das BAG hat daher unter den oben beschriebenen engen Voraussetzungen den Streik für rechtmäßig erklärt und das Vorliegen einer Vertragsverletzung verneint. Gleichzeitig hat es dem Arbeitgeber das Recht zur Kündigung verweigert, ihm jedoch in Form der Aussperrung einen »Lösungstatbestand sui generis« an die Hand gegeben⁶³. Im Jahre 1971 hat der Große Senat die Institute dieser neuartigen kollektivrechtlichen Ordnung noch um ein drittes vermehrt, da er dem suspendierend ausgesperrten Arbeitnehmer wegen der Unsicherheit seiner Lage ein von der Kündigung verschiedenes fristloses »Abkehrrecht« zubilligte, das das Arbeitsverhältnis auflösen soll⁶⁴. Beim rechtswidrigen Streik wird nun diese Konzeption verlassen: Der Arbeitgeber hat die Wahl, (kollektivrechtlich) auszusperrn oder (individualrechtlich) zu kündigen⁶⁵. Gleichzeitig kann er sich des in keiner Weise kollektivrechtlich modifizierten Haftungsrechts bedienen und von der Gewerkschaft, theoretisch auch von den streikenden Belegschaftsmitgliedern, Schadensersatz verlangen.

Die Kritik an diesen praktisch ungemein wichtigen Konsequenzen stößt auf die Schwierigkeit, daß das BAG keine ausreichende rechtsdogmatische oder rechtspolitische Fundierung seiner kollektivrechtlichen Theorie geliefert hat, kann doch der Hinweis auf Wesen und Natur des Streiks eine Begründung nicht ersetzen. Etwas weiter führt lediglich der Hinweis auf die untragbaren Ergebnisse: Wie die auf rein individualrechtlichen Maßstäben aufbauende Arbeit von *Strasser-Reischauer* jüngst wieder gezeigt hat⁶⁶, führt eine Lösung allein nach bürgerlichem Recht mit Notwendigkeit ins 19. Jahrhundert zurück und macht die 1918 einsetzende Rechtsentwicklung zugunsten eines Sonderstatus rückgängig, der den Arbeitnehmern und ihren Gewerkschaften aufgrund ihrer Unterlegenheit und Abhängigkeit gewährt wird⁶⁷. Die eigentliche Begründung dürfte jedoch in folgendem liegen: Das BGB geht wie die anderen Zivilrechtskodifika-

61 BAG AP Nr. 1 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 4 R ff.

62 BAG a. a. O. (Fn. 61), Bl. 6.

63 BAG AP Nr. 6 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

64 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf, Bl. 9.

65 BAG AP Nr. 41, 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

66 Der Arbeitskampf. Eine rechtsdogmatische und rechtspolitische Studie, Wien 1972.

67 Näher zur Kritik der individualrechtlichen Konzeption: *Däubler*, Gesetzgeber und Arbeitskampf, AuR 1973, S. 39 ff.

tionen vom autonomen Individuum einer bürgerlichen Wettbewerbswirtschaft aus, das nach dem Vorbild eines Bauern oder Handwerkers seine Geschäfte selbst betreibt oder zumindest die eingesetzten Hilfspersonen überwachen kann (§ 831 BGB)⁶⁸. Das bedeutet nicht nur Willensherrschaft und Bindung durch das »Kontraktwort«, sondern auch volle deliktsrechtliche Verantwortlichkeit für das eigene Tun. Die mit der Industrialisierung sich verstärkende Vergesellschaftung des Produktionsprozesses, die ihren juristischen Ausdruck in der Verbreitung der Aktiengesellschaft und anderer »Handels«gesellschaften fand⁶⁹, wurde vom BGB nicht zur Kenntnis genommen, sondern dem Handelsrecht überlassen⁷⁰. Dieses regelte zwar die innere Organisation sowie die Haftung der Gesellschafter und die Vertretung nach außen, ließ aber zahlreiche allgemein-zivilrechtliche Fragen, insbesondere der Verantwortung Dritten gegenüber, unregelt, die dann durch analoge Anwendung des § 31 BGB⁷¹ und die Grundsätze über das sogenannte Organisationsverschulden⁷² gelöst wurden⁷³. Seine wesentlichen Aufgaben hat das Gesellschaftsrecht freilich erfüllt: Wer gemeinschaftlich mit andern produzieren und am Handelsverkehr teilnehmen will, kann sich die innere Struktur dieser Kooperationsbeziehung jedenfalls dem Typ nach aussuchen und hat die Wahl, sein wirtschaftliches Risiko auf die Einlage zu beschränken oder auf das gesamte Vermögen zu erstrecken. Das erstere hatte insbesondere den Sinn, eine Beteiligung auch dann zu ermöglichen, wenn die Produktionsvorgänge wegen ihrer Komplexität für den einzelnen nicht mehr überschaubar und damit nicht mehr beherrschbar sind – der Regelfall unter den gegebenen Umständen⁷⁴.

68 Vgl. *G. Boehmer*, Einführung in das bürgerliche Recht, 2. Aufl., Tübingen 1965, S. 83 ff.; *Anton Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, Darmstadt 1968 (Neudruck), S. 3 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 481 ff.

69 Zur Entstehung der Aktiengesellschaft s. *Karl Marx*, Das Kapital, Bd. III, MEW Bd. 25, S. 400 ff., 452 ff.

70 Eingetragener Verein und Gesellschaft bürgerlichen Rechts sind nicht auf wirtschaftliche Zwecke hin konzipiert.

71 *Palandt-Heinrichs*, BGB, 31. Aufl., München 1972, § 31 Anm. 1; *Soergel-Siebert*, BGB, 10. Aufl., Bd. 1, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1967, § 31 Rn 8 ff.

72 Vgl. *Soergel-Siebert*, BGB, 10. Aufl., Bd. 3, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, § 823 Rn 126 ff.; Bd. 1, § 31 Rn 17 ff.

73 Hier ist auch die sogenannte Produzentenhaftung einzuordnen: Durch die wachsende Kompliziertheit der Produktionsvorgänge ist der Geschädigte fast nie mehr in der Lage, den Verschuldungsnachweis zu führen, was zumindest eine Umkehr der Beweislast, eventuell sogar eine Gefährdungshaftung notwendig macht. Zum Diskussionsstand s. die Verhandlungen der Arbeitsgemeinschaft B des Rechtspolitischen Kongresses der SPD, in: *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft*, herausgegeben von *Konrad Duden* u. a., Karlsruhe 1972, S. 89 ff. (mit Beiträgen von *Duden*, *Raisch/v. Olshausen*, *Pfretzschner* und *Landau*).

74 Daß daraus kein zwingendes Rechtsprinzip der Einheit von Herrschaft und Haftung folgt,

Was für den Eigentümer an Produktionsmitteln notwendig war, um Industrialisierung und technischen Fortschritt überhaupt bewältigen zu können, war für die Arbeitnehmer das einzige Mittel, ihre durch das Privateigentum an Produktionsmitteln bedingte Unterlegenheit wenigstens ansatzweise auszugleichen, d. h. Bezahlung nach Wert ihrer Arbeitskraft zu erlangen. Kollektives Handeln war noch mehr als auf Kapitaleseite unausweichliches Schicksal. Daß die Durchsetzung legaler gemeinschaftlicher Betätigungsformen nur gegen den erbitterten Widerstand der Unternehmer und der ihre Interessen wahrenen Staatsgewalt möglich war, ist hinlänglich bekannt. Die heutige Situation ist durch die Anerkennung des Koalitionsrechts und der grundsätzlichen gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit gekennzeichnet. Damit ist im Prinzip eine vergleichbare Regelungsnotwendigkeit wie beim koordinierten Handeln mehrerer Kapitaleigner gegeben: Die allgemeinen Regeln des BGB passen ebensowenig wie bei Handelsgesellschaften, innere Strukturierung der Kooperationsbeziehung und das Verhalten im »Außenverhältnis« bedürfen der Regelung. Dies wird deutlich etwa an der in beiden Fällen fehlenden Beherrschbarkeit des Risikos: Die Auswirkungen eines Streiks sind oft für den Nicht-Experten ebenso undurchschaubar wie die Geschäftspolitik eines großen Unternehmens. Außerdem entwickelt sich jeweils ein bestimmtes Maß an Arbeitsteilung, das Vertrauen in die Fähigkeiten des mit bestimmten Funktionen Betrauten schafft, was wiederum nicht ganz ohne rechtliche Relevanz bleiben kann⁷⁵.

Durch die Rechtsform des Tarifvertrages und die erwähnten arbeitskampfrechtlichen Grundsätze wurde in Umrissen eine adäquate neuartige Ordnung geschaffen; ob auf diesem Wege weitergegangen und ein in sich geschlossenes »droit syndical« entwickelt wird, hängt in erster Linie nicht von juristischen Erwägungen, sondern vom weiteren Verlauf der Auseinandersetzungen zwischen Kapital und Arbeit ab. Kommt es zu einem konsequenten Ausbau des Arbeitskampfes, so sind insbesondere auch rechtswidrige Aktionen einzubeziehen, da sich der kollektive Charakter einer Erscheinung nicht dadurch verändert, daß sie in der einen oder anderen Hinsicht gegen geltendes Recht verstößt. Auch illegalen Streiks darf daher nicht mit Kündigungen, sondern nur mit der Aussperrung begegnet werden⁷⁶. Diese kann ihrerseits nicht durch sukzessive Vornah-

ist mittlerweile im Gesellschaftsrecht, nicht aber in der Mitbestimmungsdiskussion anerkannt. Näher dazu *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 348 ff.

75 Dies wäre etwa bedeutsam für die Behandlung des Rechtsirrtums – dazu BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf mit kritischer Anmerkung *Mayer-Maly*.

76 *Däubler*, JuS 1972, S. 646; *Kittner*, BB 1974, S. 1492; *Richardi*, RdA 1971, S. 342, gegen die herrschende Meinung.

me einem Individualkampfmittel angenähert werden; sie darf nur einmal erfolgen und muß mehr als nur einige wenige Individuen erfassen. Von der kollektivrechtlichen Konzeption des Arbeitskampfes aus ist weiter die Entwicklung von Regeln über die Abgabe und Entgegennahme rechtserheblicher Erklärungen durch ein streikendes Kollektiv notwendig⁷⁷. Schließlich wird ein neuartiges Haftungsrecht zu entwerfen sein, das die Schadensersatzverpflichtung des einzelnen auch de iure summenmäßig begrenzt⁷⁸ und für die Gewerkschaft als solche das Haftungsrisiko durch Entwicklung genau abgrenzbarer Tatbestände verringert.

III. Die Rechtsprechung zum Tarifvertragsrecht

Der Abschluß von Tarifverträgen stellt die wichtigste Form gewerkschaftlicher Bemühungen um eine Verbesserung der Arbeits- und Lebensbedingungen dar, die in einer »arbeitskampfarmen« Zeit sogar mehr Aufmerksamkeit als der Streik erfährt, obwohl sie natürlich ohne seine Existenz jede wirkliche Bedeutung einbüßen würde. Zeigen sich in diesem Zusammenhang andersartige Tendenzen in der Rechtsprechung oder wird auch hier versucht, die gewerkschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten zu beschneiden?

1. Aussagen zum Umfang der Tarifautonomie sind nicht eben häufig. Dies mag seinen Grund darin haben, daß sich die sozialen Gegenspieler regelmäßig auf Abmachungen über Löhne und Sozialleistungen im weitesten Sinne einschließlich eines zusätzlichen Kündigungsschutzes beschränken und sich damit unbestritten im Rahmen der Inhalts-, Abschluß- und Beendigungsnormen des § 1 Abs. 1 TVG bewegen. Dies stellt von der Sache her keine Selbstverständlichkeit dar, gab es doch schon vor 1918 – also zu einer Zeit, als noch nicht einmal ein geschriebenes Tarifvertragsrecht existierte – Regelungen über die Beteiligung der Belegschaften an Unternehmerentscheidungen, über die vom Unternehmer verlangten Marktpreise und über künftige Investitionen⁷⁹. Erst recht fehlt

77 S. dazu BAG AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf = RdA 1972, S. 64: »Die Streikleitung ist befugt, für alle Streikteilnehmer verbindliche Erklärungen abzugeben und solche Erklärungen des Arbeitgebers, die sich, wie z. B. Aussperrungen auf das Streikgeschehen beziehen, wirksam für alle Arbeitnehmer entgegenzunehmen.« Dies läßt sich schwerlich allein mit den §§ 164 ff. BGB erklären.

78 Etwa nach schwedischem Vorbild, wo die Haftung des einzelnen Arbeitnehmers bei gewerkschaftlich organisierten Streiks auf 200 Kronen beschränkt ist (§ 8 Abs. 3 Kollektivvertragsgesetz, abgedruckt bei *Folke Schmidt*, Das kollektive Arbeitsrecht Schwedens, Stuttgart 1968).

79 Nachweise bei *Sinzheimer*, Korporativer Arbeitsnormenvertrag, Bd. 1, S. 46 ff. Schlicht falsch ist daher die Behauptung *Zöllners* (ZfA 1973, S. 231), der im Bereich der Arbeitskämpfe legale Sektor umfasse den weitaus größten Teil dessen, was die Gewerkschaften in der ganzen Geschichte der Arbeitskämpfe je durch Streik erstrebt hätten.

eine ähnliche Beschränkung der Tarifautonomie in vergleichbaren ausländischen Rechtsordnungen; so beruht insbesondere das gesamte recht bedeutungsvolle Mitbestimmungssystem in den USA auf der von der Rechtsprechung entwickelten Pflicht des Unternehmers, über alle die Arbeitsplätze betreffenden Entscheidungen zunächst mit der zuständigen Gewerkschaft zu verhandeln, die im Falle der Nichteinigung sogar einen Streik ausrufen kann⁸⁰. Je weiter die Tarifautonomie reicht, um so mehr ist die selbstherrliche Entscheidungsbefugnis des Unternehmers eingeschränkt, um so stärker wird die Position der Gewerkschaften⁸¹.

Das BAG hat einer derartigen Ausdehnung der Tarifautonomie auf bisher nicht erfaßte Gebiete – man möchte fast sagen: vorbeugend – einen Riegel vorgeschoben, indem es den tariflichen Regelungsbereich mehr oder weniger deutlich auf Lohn und Arbeitsbedingungen beschränkte⁸². Das ganze in Art. 9 Abs. 3 GG gleichfalls angesprochene Gebiet der Wirtschaftsbedingungen wird allein der unternehmerischen Autonomie überantwortet, obwohl der Wortlaut des Art. 9 Abs. 3 keinerlei Anhaltspunkte für eine solche Differenzierung bietet und der richtig verstandene Sinn der Tarifvertragsfreiheit – Herstellung einer kollektiven Selbstbestimmungsordnung⁸³ – im Gegenteil eine Ausdehnung auf alle Fragen verlangt, die zwar abstrakt gesehen durch Individualvertrag gelöst werden könnten, bei denen jedoch das Mittel des Arbeitsvertrags wegen der Unterlegenheit des Arbeitnehmers versagt⁸⁴. Nur in einem Punkt scheint das BAG eine Ausnahme zu machen und den tariflichen Regelungsbereich weit zu interpretieren: Die Tarifpartner werden als ermächtigt angesehen, bestimmte, von der Rechtsprechung selbst entwickelte Schutznormen abzubedingen, von denen im Arbeitsvertrag nicht abgewichen werden kann. So soll es möglich sein, die Anwendung des Kündigungsschutzgesetzes auf Kettenarbeitsverhältnisse und das Verbot mobilitätsbeschränkender Rückzahlungsklauseln bei Gratifikationen und Umzugskosten durch Tarifvertrag auszuschließen, weil diesem ein höheres Maß an inhaltlicher Richtigkeitsgewähr zukomme, stünden sich doch zwei prinzi-

80 Sofern vorher keine no-strike-clause vereinbart wurde. Näher zum amerikanischen System s. *Rabin*, Fibreboard and the Termination of Bargaining unit work: The search for Standards in defining the scope of the duty to bargain, 71 Columbia Law Review 803 (1971), sowie *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 497 ff.

81 Der Tarifvertrag wird daher zu Recht als Mittel der Mitbestimmung qualifiziert – s. *Biedenkopf*, Grenzen der Tarifautonomie, Karlsruhe 1964, S. 6 ff.; *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 8 mwN (Fn. 38).

82 BAG AP Nr. 1 zu § 399 BGB.

83 Dazu *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 174 ff.

84 *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 185 ff. mwN zum Streitstand.

piell gleich starke Partner gegenüber⁸⁵. Für die Gewerkschaften bedeutet dies einen wahren Pyrrhus-Sieg: Was kraft Richterrechts für jedermann gilt, soll auf ihre Mitglieder nur dann Anwendung finden, wenn im Tarifvertrag nichts Gegenteiliges vereinbart ist. Was den Arbeitnehmerorganisationen damit eröffnet wird, ist das Recht zur Verschlechterung der Arbeitsbedingungen, vergleichbar der Befugnis, die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats abzubedingen. Bei Tarifverhandlungen hat dies zur Folge, daß die Arbeitgeberseite eben auch zu diesem Punkt Forderungen stellen kann, deren Nichterfüllung man durch Konzessionen auf anderen Gebieten, insbesondere auf dem Lohnsektor erkaufen muß. In Wahrheit wird so nicht die Gestaltungsfreiheit der Tarifpartner vergrößert, sondern allein die Position der Arbeitgeberseite gestärkt⁸⁶. Diese (objektive) Parteinahme erhält ihren spezifischen Akzent durch die Konsequenzen, die eine tatsächlich erfolgende Abbedingung von Schutznormen hat: Ein Arbeitnehmer, dem vom Gericht bestätigt wird, ihm hätte zwar an sich Kündigungsschutz zugestanden, wegen des von der Gewerkschaft abgeschlossenen Tarifvertrags greife dieser jedoch nicht Platz⁸⁷, wird nicht gerade ein besonders positives Verhältnis zur Gewerkschaftsbewegung entwickeln. Genau wie bei der Rechtsprechung zum Arbeitskampf wird auch hier die Tendenz deutlich, nicht nur die gewerkschaftlichen Handlungsspielräume einzuschränken, sondern darüber hinaus die Belegschaften von ihrer Organisation zu trennen⁸⁸.

2. Zwei viel beachtete Entscheidungen zu bestimmten organisationspolitisch relevanten Klauseln scheinen schon auf den ersten Blick diese Tendenz zu verstärken. Der 1967 ergangene Beschluß des Großen Senats erklärte jede tariflich vorgesehene »Ungleichbehandlung« von Organisierten und Außenseitern für verfassungswidrig, da sie die Grenzen der Tarifmacht überschreite, für die Arbeitgeber unzumutbar sei und die negative Koalitionsfreiheit verletze⁸⁹. Selbst eine Klausel, die für Organisierte ein zusätzliches Urlaubsgeld vorsieht, das nicht einmal die Hälfte

85 BAG AP Nr. 32 und 37 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG DB 1973, S. 973 (Urlaubs- und Weihnachtsgratifikation).

86 Kritisch auch *Seiter*, Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahr 1969, ZfA 1970, S. 363 ff., der insbesondere auf die Gefahr der Nichtbeachtung der Interessen von Mitgliederminoritäten hinweist. Ablehnend auch *Birk*, Die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1973, ZfA 1974, S. 446, 448.

87 So etwa der Fall BAG AP Nr. 32 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

88 Neuerdings hat das BAG gezeigt, daß man statt dessen auch zwingende Mindestnormen annehmen kann, so für die Frist des § 626 Abs. 2 BGB n. F., BAG DB 1973, S. 627 und für die Sechsmonatsfrist, die bis zum erneuten Eingreifen des § 63 HGB bei derselben Grunderkrankung verstrichen sein muß, BAG DB 1973, S. 828. Vernünftige Ansätze finden sich auch in einer Entscheidung zur Rückzahlung von Umzugskosten (*Birk*, ZfA 1974, S. 446).

89 BAG GS AP Nr. 13 zu Art. 9 GG.

des Gewerkschaftsbeitrags erreicht, soll danach rechtswidrig und unwirksam sein⁹⁰. Die rechtsdogmatische Kritik an dieser Entscheidung ist bereits so oft und mit so viel Eindringlichkeit formuliert worden⁹¹, daß sie keiner Wiederholung oder Ergänzung bedarf; festzuhalten ist allein die Tatsache, daß dieser Beschluß seiner objektiven Wirkung nach die Organisierten diskriminiert: Während sie mit ihren Beiträgen den gewerkschaftlichen Kampf um bessere Arbeitsbedingungen erst ermöglichen, während sie ein wirtschaftliches Opfer bringen, soll schon eine geringere finanzielle Belastung das Fernbleiberecht der Nichtorganisierten verletzen, das damit einen sehr viel größeren Schutz als die positive Koalitionsfreiheit genießt. »Trittbrettfahrer« und »Schmarotzertum« werden als selbstverständlich vorausgesetzt, pflegen doch die Erfolge der gewerkschaftlichen Tarifpolitik automatisch auch auf die Außenseiter erstreckt zu werden. Daß sich dieser Zustand nicht übermäßig positiv auf die Bereitschaft zum Gewerkschaftsbeitritt auswirkt, liegt auf der Hand. Auch ist es denkbar, daß angesichts dieser Umstände die Beitragsehrlichkeit der Mitglieder zurückgeht, riskieren sie doch nur in Extremfällen ein Ausschlußverfahren, das überdies keine unmittelbare wirtschaftliche Schlechterstellung mit sich bringt. Wenn demgegenüber *Zöllner* behauptet, die Unzulässigkeit der Differenzierungsklauseln beenge die kollektive Interessenwahrung in keiner Weise, sondern verhindere lediglich, »daß die Außenseiter, die übrigens noch immer die Mehrheit der Arbeitnehmerschaft stellen, in ihrer Vertragsfreiheit eingeschränkt werden«⁹², so liegt dem eine recht eigenartige Sicht der Realität zugrunde. Abgesehen von den nicht zur Kenntnis genommenen Konsequenzen für die Attraktivität von Gewerkschaften, die im Bewußtsein der Arbeitnehmer in erster Linie zur Verbesserung der materiellen Lage berufen sind, verwundert der Hinweis auf die Vertragsfreiheit: Spätestens seit Anfang des Jahrhunderts ist es gesichertes Erkenntnis der Arbeitsrechtswissenschaft, daß Arbeitnehmer in aller Regel – gleichgültig, ob organisiert oder nicht organisiert – als einzelne keinerlei Einfluß auf die inhaltliche Ausgestaltung des Arbeitsvertrags nehmen können⁹³. Gerade mit Rücksicht auf diese strukturelle Schwäche der Arbeitsvertragsfreiheit wurden die Tarifautonomie und andere Formen

90 Nach BAG (a. a. O.) kommt es nicht auf die Höhe der Beiträge, sondern allein auf die Sozialadäquanz des ausgeübten »Drucks« zum Beitritt an, die hier im Hinblick auf das »Gerechtigkeitsempfinden« verneint wurde.

91 S. die Nachweise oben § 1 Fn. 52.

92 *Zöllner*, ZfA 1973, S. 231.

93 So schon *Sinzheimer*, Korporativer Arbeitsnormenvertrag, Bd. 1, Leipzig 1907, S. 2 ff. S. weiter *Hoffmann*, Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht, Frankfurt am Main 1968, S. 37 ff.; *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung im Arbeitsverhältnis, Mainz–Wiesbaden 1966, S. 13 ff. mwN.

kollektiver Festlegung der Arbeitsbedingungen entwickelt. Im Jahr 1973 nun plötzlich wieder die Arbeitsvertragsfreiheit ins Feld führen zu wollen, ist eine reichlich anachronistische Argumentation, die die auch in anderen Veröffentlichungen des Verfassers zutage tretende antigewerkschaftliche Tendenz⁹⁴ nur mit Mühe verdecken kann.

Die zweite in diesem Zusammenhang zu erwähnende Entscheidung betrifft die sog. begrenzte Effektivklausel, die die »Aufstockung« des übertariflichen Lohnbestandteils auf den erhöhten Tariflohn vorsieht. Sie hat den Sinn, die erreichten Verbesserungen gleichermaßen allen Arbeitnehmern zugutekommen zu lassen, und will verhindern, daß sich die Frage der »Aufstockung« oder »Aufsaugung« allein nach dem in aller Regel ja vom Arbeitgeber vorformulierten und inhaltlich ausgestalteten Arbeitsvertrag bestimmt. Schon während der Weimarer Zeit waren derartige Tarifbestimmungen üblich und wurden von der Rechtsprechung anerkannt⁹⁵. Auch das BAG hatte zunächst keinerlei Bedenken gegen eine solche Praxis⁹⁶, bis es im Jahr 1968 plötzlich eine Kehrtwendung vollzog und mit dem Argument, die Parteien könnten nur Normen setzen, nicht aber über einzelvertragliche Ansprüche verfügen, die begrenzte Effektivklausel für unwirksam erklärte⁹⁷. Trotz zahlreichen Widerspruchs in der Literatur⁹⁸ hat es an dieser Position bis heute festgehalten⁹⁹. Unter rechtsdogmatischen Aspekten ist ihm der Vorwurf zu machen, das Verhältnis zwischen gesetzlicher und tariflicher Normsetzung nicht ausreichend

94 Beispiele: Einschränkung der Bindung an Arbeitnehmergrundrechte – *Zöllner*, RdA 1964, S. 443 ff. (zur Kritik s. *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 221 ff.); Verfassungswidrigkeit der paritätischen Mitbestimmung wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 3 GG – *Zöllner-Seiter*, ZfA 1970, S. 97 ff. (kritisch dazu u. a. *Roscher*, RdA 1972, S. 279 ff.; *Schwerdtfeger*, Unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer und Grundgesetz, Frankfurt/Main 1972, S. 251 ff.; *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 405 ff., 411 ff.); Einengung des Anwendungsbereichs Gemeinsamer Einrichtungen – 48. DJT S. G 25, 40 ff. (kritisch insbes. *Kittner*, 48. DJT S. Q 57); Bindung der Tarifparteien an das Gemeinwohl – *Zöllner*, Die Rechtsnatur der Tarifnormen nach deutschem Recht, Wien 1966; kritisch dazu *Reuß*, ZfA 1970, S. 319 ff. Verfassungsgarantie der Aussperrung – *Zöllner*, Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität, Düsseldorf 1974. Zu seiner wissenschaftstheoretischen Position s. *Däubler*, Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht, S. 24 ff.

95 Vgl. die Nachweise in BAGE 20, S. 308, 320.

96 BAG AP Nr. 1 zu § 4 TVG Effektivklausel.

97 BAG AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel = BAGE 20, S. 308 ff.

98 *Böttcher*, Anm. zu BAG AP Nr. 7 zu § 4 TVG Effektivklausel; *ders.*, die Ausübung der Tarifmacht durch negative Inhaltsnormen, RdA 1968, S. 418 ff.; *Hölters*, Harmonie normativer und schuldrechtlicher Abreden in Tarifverträgen, Berlin 1973, S. 174 ff.; *Rumpff*, Zur Zulässigkeit sog. begrenzter Effektivklauseln in Tarifverträgen, BB 1968, S. 1161 ff.; *Stahlhacke*, Die Zulässigkeit der begrenzten Effektivklausel im Tarifvertrag, DB 1969, S. 791 ff.; *Wiedemann*, Übertarifliches Entgelt und tarifliche Effektivklausel, in: Gedächtnisschrift für Dietz, München 1973, S. 361 ff.

99 S. insbes. BAG AP Nr. 8 zu § 4 TVG Effektivklausel.

beachtet zu haben: Selbst wenn man nämlich der wenig »tarifvertragsfreundlichen« Auffassung folgt, die Tarifpartner könnten nur den vom Gesetzgeber frei gelassenen Raum ausfüllen, wären sie zur Schließung der Lücke berufen gewesen, die der Gesetzgeber hinsichtlich der Kollision von erhöhtem Tariflohn und übertariflicher Bezahlung gelassen hat.¹⁰⁰ Statt dessen nahm das BAG einen im Grund unentziehbaren Bereich vertraglicher Eigengestaltung an, was in Wahrheit nur die Dispositionsfreiheit des Unternehmers erhöht und daher im Hinblick auf Artikel 9 Abs. 3 GG schweren Bedenken unterliegt. Die rechtspolitische Bedeutung dieser Entscheidung liegt offen zutage: Die gewerkschaftliche Tarifpolitik wird erneut in den Augen der Belegschaften entwertet, da wirkliche Verbesserungen erst über eine meist einheitsvertragliche Regelung möglich sind. Das finanzielle Opfer, das nach der Entscheidung zur Differenzierungsklausel allein die Organisierten zu erbringen haben, scheint sich noch weniger zu lohnen, da nicht einmal »der Fortschritt für alle« allein durch die Gewerkschaft erreicht werden kann¹⁰¹.

3. Keine Erleichterung, sondern gleichfalls eine faktische Erschwerung der Tarifpolitik stellen eine Reihe von Kollisionsregeln dar, die unter den Stichworten des »Ordnungsprinzips«, der »Tarifkonkurrenz« und der »Nachwirkung« entwickelt wurden.

Das »Ordnungsprinzip« wird in zahlreichen Fällen bemüht, in denen eine bestehende kollektive Regelung durch eine ungünstigere ranggleiche oder ranghöhere Normierung abgelöst wird – hier soll allein die zuletzt errichtete Ordnung Anwendung finden. So hat nach Auffassung des BAG das ArbKrankhG auch die vorher geltenden günstigeren Tarifverträge außer Kraft gesetzt, obwohl es eine Ermächtigung zur Vereinbarung günstigerer Regelungen enthielt¹⁰². In gleicher Weise verdrängt ein schlechterer Tarifvertrag bisher geltende »bessere« allgemeine Arbeitsbedingungen¹⁰³, Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge¹⁰⁴. Eine Ausnahme wurde nur für »fest erworbene Rechtspositionen«, insbesondere für die einmal erreichte Unkündbarkeit konzidiert¹⁰⁴, da andernfalls das rechtsstaatliche Prinzip des Vertrauensschutzes in unerträglicher Weise mißachtet wäre. Als Begründung für die generelle Anwendung des »Ord-

100 Zur Kritik der BAG-Rechtsprechung s. außer den Fn. 98 Genannten *Däubler*, Arbeitsplatz- und Verdienstsicherung für ältere Arbeitnehmer, Gutachten, erstattet für den Vorstand der IG Metall, 1974, sowie *Dammann* (oben § 1 Fn. 49) unter 5.2.

101 Vgl. *Bergmann*, Organisationsinterne Prozesse in kooperativen Gewerkschaften, *Leviathan* 1973, S. 242 ff.

102 BAG AP Nr. 6 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip.

103 BAG AP Nr. 7 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip; BAG AP Nr. 11 zu Art. 44 Truppenvertrag.

104 BAG AP Nr. 11 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip.

nungsprinzips« wird allein angeführt, eine Lösung nach dem Günstigkeitsprinzip würde ausschließlich Veränderungen nach oben zulassen, was schwerlich in Kauf genommen werden könnte¹⁰⁵. Dies wäre einigermaßen überzeugend, gäbe es keine andere Möglichkeit der Lösung. Schon in der Weimarer Zeit wurde jedoch die Auffassung vertreten, kollektive Regelungen würden Inhalt der Arbeitsverträge, so daß sie bei einer Ablösung durch weniger vorteilhafte Normen als einzelvertragliche Abmachungen – und damit als durch Änderungskündigung vernichtbar – weitergelten konnten¹⁰⁶. Ein solches Ergebnis wäre auch heute bei weitem vorzuziehen, würde es doch dem grundgesetzlich verbürgten Verbot des sozialen Rückschritts¹⁰⁷ im Rahmen des Möglichen Rechnung tragen. Die Gewerkschaften wären von fast allen Schwierigkeiten befreit, in die sie durch die BAG-Rechtsprechung geraten können. So würde einer Entwertung ihrer tariflichen Erfolge durch den Gesetzgeber im Normalfall ebenso vorgebeugt wie einem ersatzlosen Abbau arbeitsvertraglicher oder betriebsverfassungsrechtlicher Einheitsregelungen. Gerade das letztere kann erneut einen Konflikt zwischen einzelnen Belegschaften und der Gewerkschaft als solcher heraufbeschwören, da der Tarifabschluß für die Betroffenen nicht nur unnützlich, sondern sogar schädlich sein kann, wenn es nicht gelingt, in neuen Verhandlungen mit dem Arbeitgeber die alte günstigere Regelung wiederherzustellen. Vollends ungerecht erscheint die Behandlung des Außenseiters, dessen Rechtsstellung ohne sein Zutun verschlechtert wird¹⁰⁸; Bedenken hat das BAG insoweit jedoch nie geäußert, scheint es doch den Nichtorganisierten nur dann zu schützen, wenn es um seine negative Koalitionsfreiheit, nicht jedoch, wenn es um seine Arbeitsbedingungen geht¹⁰⁹. Eine antigewerkschaftliche Haltung zu provozieren, die subjektiv in gewissem Umfang verständlich wäre, dürfte das BAG sicherlich nicht besonders beunruhigen.

Weniger praktische Bedeutung hat die Rechtsprechung zur Tarifkonkurrenz. Auch hier wird freilich nicht das Günstigkeitsprinzip angewandt, sondern auf die überwiegende Betriebstätigkeit abgestellt¹¹⁰, was nicht nur

105 BAG AP Nr. 6 zu § 4 TVG Günstigkeitsprinzip.

106 RAG ARS 9, S. 610, 616; RAG ARS 14, S. 389; RAG ARS 18, S. 157, 160 st. Rsp. bis 1940.

107 Näher dazu *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 175 ff. mwN (Fn. 14).

108 BAG AP Nr. 11 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip; BAG AP Nr. 13 zu § 9 TVG.

109 Bezeichnend insoweit BAG AP Nr. 4 zu §§ 22, 23 BAT Lehrer, wo die Erstreckung des Bewährungsaufstiegs auf vom BAT insoweit nicht erfaßte Bedienstete mit dem Hinweis abgelehnt wird, die Arbeitsgerichte dürfen nicht in die Tarifautonomie eingreifen. Wenigstens wurde die Allgemeinverbindlichkeitserklärung nach § 5 TVG für verfassungskonform erklärt (BAG BB 1974, S. 136), was freilich mit Rücksicht auf die eine analoge Problematik im Heimarbeitsrecht behandelnde Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 34, S. 307) nahezu unvermeidlich war.

110 BAG AP Nr. 3 u. 4 zu § 4 TVG Tarifkonkurrenz.

dem Arbeitsgericht einen beträchtlichen Beurteilungsspielraum eröffnet, sondern einer Minderheitengewerkschaft mit »betriebsatypischen« Mitgliedern faktisch jede Chance zum Tarifabschluß nimmt¹¹¹. Eine restriktive Bestimmung der Rechtswirkung von Tarifverträgen stellt schließlich auch die Rechtsprechung zur sog. Nachwirkung dar; entgegen dem Wortlaut des § 4 Abs. 5 TVG und unter Bezugnahme auf eine keineswegs eindeutige Entstehungsgeschichte vertritt das BAG den Standpunkt, die Nachwirkung erstrecke sich nicht auf Arbeitsverhältnisse, die erst nach Ablauf des Tarifvertrags begründet wurden¹¹². Für sich allein betrachtet würde diese Entscheidung sicherlich zu keinen ernsteren Bedenken Anlaß geben; im Zusammenhang mit den übrigen hier referierten Urteilen und Beschlüssen betrachtet, muß sie jedoch als Ausdruck einer »tarifvertragsfeindlichen«, die Handlungsspielräume der Gewerkschaften einengenden Wertentscheidung angesehen werden. Verstärkt wird diese Tendenz in einer 1973 ergangenen Entscheidung deutlich, die den Tarifparteien das Recht abspricht, einen nachwirkenden Tarifvertrag als solchen, d. h. unter Beibehaltung seiner dispositiven Natur zu ändern¹¹³. Von beiden Seiten für sinnvoll gehaltene Übergangs- und Zwischenregelungen werden so unmöglich gemacht¹¹⁴, vermutlich aus der Erwägung heraus, auch nicht erste Anfänge eines »friedenspflichtlosen« Tarifvertrags zuzulassen¹¹⁵.

4. Eine gegenläufige Tendenz könnte jedoch in der vom BAG in ständiger Rechtsprechung bejahten Grundrechtsbindung der Tarifparteien liegen¹¹⁶, schützt diese doch den einzelnen Arbeitnehmer vor Grundrechtseingriffen des Arbeitgebers, die dieser kraft seiner Überlegenheit in Tarifverhandlungen durchsetzen könnte. So ist dem BAG durchaus bei der Feststellung zuzustimmen, daß der aus Art. 3 Abs. 2 GG folgende Grundsatz der Lohnleichheit von Mann und Frau von vorneherein leerer Buchstabe bliebe, müßten ihn die sozialen Gegenspieler nicht beachten¹¹⁷. Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, daß die erstmalige Anerkennung dieses Grundsatzes durch das BAG die tatsächliche Lohn-

111 Näher zum Günstigkeitsprinzip *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 210 ff. und Streik, S. 158 ff.

112 BAG AP Nr. 1 zu § 4 TVG Nachwirkung.

113 BAG AP Nr. 6 zu § 4 TVG Nachwirkung.

114 Kritisch auch *Birk ZfA* 1974, S. 450 und *Buchner*, AR-Blattei: Tarifvertrag IV Entscheidung 12.

115 Großzügiger insoweit noch das Reichsgericht, das die Friedenspflicht für dispositiv erklärte: RGZ 73, S. 92 ff.; RGZ 86, S. 152 ff.; RGZ 111, S. 105 ff.

116 S. die Nachweise bei *Hueck-Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, 7. Aufl. 1967, § 19 A II Fn. 12 (S. 373).

117 BAG AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

118 Zahlenangaben bei *Brandt-Kootz-Steppke*, Zur Frauenfrage im Kapitalismus, Frankfurt/Main 1973, S. 72 ff.

entwicklung praktisch nicht beeinflusst hat¹¹⁸. Dies dürfte u. a. daran liegen, daß das BAG schon in seiner ersten Entscheidung darauf hinwies, daß die tarifliche Schaffung von Lohngruppen mit »leichten« Arbeiten auch dann zulässig sei, wenn diese vorwiegend von Frauen ausgeübt würden¹¹⁹. Damit war die Möglichkeit zur Schaffung der sog. Leichtlohngruppen eröffnet, die bis heute ein nur mühsam zu beseitigendes Hindernis für eine effektive Gleichstellung weiblicher Arbeitskräfte darstellen. Die Bindung an die übrigen Grundrechte wurde in der Praxis dadurch relativiert, daß auch die Arbeitgebergrundrechte Beachtung finden, so daß notfalls eine Abwägung stattzufinden hat¹²⁰, sowie dadurch, daß weitreichende Schranken entwickelt wurden: So soll die Berufung auf die Meinungsfreiheit nur dann möglich sein, wenn nicht gegen Grundregeln des Individualarbeitsrechts verstoßen wird, zu denen das BAG neuerdings auch die Verpflichtung rechnet, die Interessen des Arbeitgebers selbst außerhalb des Betriebes und in der Freizeit wahrzunehmen¹²¹. Schließlich darf nicht übersehen werden, daß der Schutz des Art. 12 GG, der bei arbeitsvertraglichen Rückzahlungsklauseln voll zur Geltung kommt, bei tarifvertraglicher Rechtsetzung nur eingeschränkte Wirkung entfaltet, da wegen der Ebenbürtigkeit der Tarifpartner hier ein größerer Spielraum (mit weitergehenden Belastungen des Arbeitnehmers) anzuerkennen sei¹²². Selbst wenn man die zum Individualarbeitsrecht ergangene Zölibatsentscheidung hinzunimmt¹²³, kann der praktische Ertrag der so wichtig erscheinenden Grundrechtsbindung nicht sehr hoch veranschlagt werden¹²⁴.

5. Schließlich sollte noch eine Entscheidung kurze Erwähnung finden, die einer Arbeitnehmerkoalition einen Verhandlungsanspruch gegen die zuständige Arbeitgebervereinigung verweigerte, da dieser gemäß Art. 2 Abs. 1 GG volle Vertragsfreiheit und damit auch das Recht zur freien Wahl des Vertragspartners zustehe¹²⁵. Konsequenz dieser Entscheidung ist die überraschend wenig »wirtschaftsfriedliche« Notwendigkeit, eine widerstrebende Arbeitgeberkoalition durch Streiks und andere Maßnahmen

119 BAG AP Nr. 4 zu Art. 3 GG; zu den Leichtlohngruppen s. neben *Brandt-Kootz-Steppke*, S. 68 ff. auch *Menschik*, Gleichberechtigung oder Emanzipation? Frankfurt/Main 1971, S. 126 ff., sowie *Löwisch*, 50. DJT, S. D 27 (mit eingehenden statistischen Angaben zur Stellung der berufstätigen Frau, S. D 15-34).

120 S. etwa die (im Ergebnis durchaus zutreffende) Abwägung zwischen der aus Art. 2 Abs. 1 GG abgeleiteten Vertragsfreiheit und dem Recht zur freien Wahl des Arbeitsplatzes aus Art. 12 GG – BAG AP Nr. 25 zu Art. 12 GG.

121 S. BAG AuR 1973, S. 218 ff. mit kritischer Anm. *Ramm*.

122 Vgl. BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikation.

123 BAG AP Nr. 1 zu Art. 6 Abs. 1 GG Ehe und Familie.

124 So auch *Ramm*, JZ 1964, S. 584 für die ganze Rechtsprechung zur Grundrechtsdrittwirkung.

125 BAG AP Nr. 5 zu Art. 9 GG.

des Arbeitskampfes an den Verhandlungstisch zu zwingen¹²⁶. Der darin liegende Widerspruch zu den sonst eingenommenen Positionen ist jedoch unter den gegebenen Umständen nur scheinbarer Natur: Solange es in fast allen Bereichen eine Einheitsgewerkschaft gibt, deren »Verhandlungsanspruch« keiner Diskussion bedarf, wirkt sich die BAG-Entscheidung einseitig zu Lasten der vorhandenen Klein- und Miniorganisationen aus, die nur dann in den Genuß von tariflichen Abmachungen kommen können, wenn der Arbeitgeber es für sinnvoll hält. Dies als Stärkung der Einheitsgewerkschaft zu interpretieren, wäre freilich etwas vorschnell und würde die sonstigen Aussagen der Rechtsprechung außer acht lassen. Der gesellschaftspolitische Sinn liegt vielmehr darin, die Effektivität der in den übrigen Entscheidungen entwickelten Gewerkschaftskonzeption abzusichern, da ein Konkurrenzverhältnis zwischen mehreren Arbeitnehmerorganisationen zu einem Ausbrechen aus den erstrebten Ordnungsstrukturen führen kann¹²⁷. Solange sich die Einheitsgewerkschaft daher systemkonform i. S. der BAG-Rechtsprechung verhält, wird ihr jede Herausforderung vom Leibe gehalten; gäbe sie dagegen diese Rolle auf – und sei es nur im Einzelfall – hätte der Arbeitgeber jederzeit die Möglichkeit, einen konkurrierenden Tarifpartner aus der Tasche zu ziehen und ihn in vielerlei Hinsicht zu stärken¹²⁸.

IV. Die allgemeine gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit

Das sich bisher ergebende wenig gewerkschafts- und damit arbeitnehmerfreundliche Bild der BAG-Rechtsprechung¹²⁹ könnte vielleicht etwas durch die Entscheidung des 1. Senats vom 14. 2. 1967 korrigiert werden¹³⁰, wo den Arbeitnehmerorganisationen ausdrücklich das Recht zugebilligt wurde, im Betrieb Werbe- und Informationsmaterial mit spezifisch koalitionsgemäßem Inhalt zu verteilen, sofern dies außerhalb der Arbeitszeit oder während der Pausen geschieht. Die Beschränkung auf rein außerbetriebliche Maßnahmen wurde mit der Begründung abgelehnt, in den Betriebsräumen spiele sich das Arbeitsleben ab, dort tauchten die Fragen

126 Kritisch deshalb auch *Löwisch*, ZfA 1971, S. 399 und *Mayer-Maly*, in der Anm. zu AP Nr. 5 zu Art. 9 GG.

127 Ein Beispiel bietet hier in Ansätzen die Polizei. S. dazu Uni Bremen/Polizei Hessen, *Aufstand der Ordnungshüter*, Reinbek 1972, S. 50 ff., 210 ff., 216 ff.

128 Daran ändert auch die Entscheidung BAG AP Nr. 25 zu § 2 TVG nichts, die die Tariffähigkeit von der Existenz eines relevanten Mitgliederbestandes abhängig macht. Näher dazu *Reuß*, Die Bedeutung der »Mächtigkeit« von Verbänden im kollektiven Arbeitsrecht, RdA 1972, S. 4 ff.

129 Vgl. *Hoffmann*, Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb, AuR 1969, S. 73 ff.

130 BAG AP Nr. 10 zu Art. 9 GG.

auf, die sich aus der Zusammenarbeit (!) zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer und aus der Zusammenarbeit der Arbeitnehmer untereinander ergeben; es gelte das Prinzip der Sachnähe¹³¹. Diese auf den ersten Blick sehr positiv klingenden Ausführungen müssen freilich im Zusammenhang mit den in der gleichen Entscheidung formulierten Grenzen des gewerkschaftlichen Werbe- und Informationsrechts gesehen werden, läßt sich die Regel doch erst dann beurteilen, wenn auch die Ausnahmen erkannt sind.

Das durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte innerbetriebliche Betätigungsrecht der Gewerkschaft findet seine Grenze

- im Koalitionspluralismus und damit insbesondere im Verbot grob unwahrer und hetzerischer oder auf Vernichtung angelegter Propaganda;
- im Gebot zur Wahrung des Betriebsfriedens, da jede durch gewerkschaftliche Betätigung verursachte Störung des reibungslosen Arbeitsablaufs den verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz des Unternehmens unverhältnismäßig zugunsten der gewerkschaftlichen Befugnisse aus Art. 9 Abs. 3 GG einschränken würde;
- in der Ausrichtung der gewerkschaftlichen Aktivität auf die Regelung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen; das verteilte Werbe- und Informationsmaterial darf weder einen parteipolitischen noch einen allgemeinpolitischen Inhalt haben, es sei denn, es handle sich um politische Fragen, die mit der Wahrung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen i. S. des Art. 9 Abs. 3 GG in unmittelbarem Zusammenhang stehen;
- in der Wahrung der negativen Koalitionsfreiheit; Arbeitskameraden dürfen nur im Wege des »gütlichen Zuredens« zum Gewerkschaftsbeitritt veranlaßt werden; unsachliche Angriffe wären als Verstoß gegen die Menschenwürde rechtswidrig;
- im Verbot unsachlicher Angriffe gegen den Arbeitgeber, die Arbeitgeberschaft als solche oder einen Verband, dem der Arbeitgeber angehört oder doch erkennbar nahesteht. Auch dieses Verbot wird aus der Menschenwürde abgeleitet; das Maß des Zulässigen ist vom »Standpunkt eines vernünftig denkenden Menschen aus« zu beurteilen.
- im Gebot der betriebsverfassungsrechtlichen Neutralität, eine Beschränkung, die durch § 74 Abs. 3 BetrVG 1972 hinfällig wurde.

Diese Grenzen haben keinen abschließenden Charakter; sie besitzen lediglich exemplarische Bedeutung als Ausprägung allgemeiner Schranken, die das BAG in allgemeinen Strafgesetzen, im Sittengesetz und in sonstigen verfassungsrechtlichen Vorschriften sieht¹³². Das Werbe- und

131 BAG, a. a. O., Bl. 4.

132 BAG, a. a. O., Bl. 4 R.

Informationsrecht kann im übrigen nur durch betriebsangehörige Arbeitnehmer ausgeübt werden; ob aus Art. 9 Abs. 3 GG auch ein Zutrittsrecht von Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb folgt, ist bisher noch nicht entschieden¹³³.

Die zahlreichen und inhaltlich weitreichenden Grenzen werfen die Frage auf, was von der Regel – der Betätigungsfreiheit – überhaupt noch übrig bleibt. Abgesehen vom durchaus billigen Prinzip der Achtung konkurrierender Organisationen bedeutet die Festlegung auf den Betriebsfrieden doch wohl ein Verbot jeder informationsmäßigen Vorbereitung von Arbeitskämpfen ebenso wie die Beschränkung politischer Aussagen die Gewerkschaften zwingt, gesamtgesellschaftliche Bezüge, die zum Verständnis auch der Lage des einzelnen Arbeitnehmers unerlässlich sind, auszuklammern oder jedenfalls nicht zu vertiefen. Hält sich daher die Gewerkschaft an den ihr vom BAG verpaßten Rahmen, so kann sie allenfalls kleinere betriebliche Konflikte behandeln, die Ruhe und Ordnung nicht zu stören vermögen. Die Art und Weise, wie sie das tut, hängt überdies ganz vom Ermessen des im Streitfall entscheidenden Arbeitsrichters ab, der seine Wertmaßstäbe in aller Regel als die eines »vernünftig denkenden Menschen« ausgeben wird. Polemik aller Art kann daher gefährlich werden und das nicht nur gegenüber der Arbeitgeberseite, sondern auch gegenüber dem wieder einmal als besonders schutzwürdig erachteten Außenseiter. Der verbleibende Spielraum erinnert etwas an die dem Beamten erlaubte Kritik an seinem Vorgesetzten¹³⁴: in der Form zurückhaltend, im Inhalt sachlich-unterkühlt und immer in dem Bewußtsein abgegeben, es ja nie zum Konflikt kommen zu lassen, da das gute Einvernehmen keine ernsthafte Trübung erfahren darf. Im Ergebnis hat daher die Anerkennung der gewerkschaftlichen Werbe- und Informationstätigkeit dieselbe Bedeutung wie die Anerkennung des Streikrechts: Man gibt ein kleines Stückchen Freiheit und reglementiert die Ausübung in Richtung auf »wirtschaftsfriedliche«, an Zusammenarbeit mit dem Unternehmer orientierte Ziele. Durch ein kleines Zugeständnis wird der Notwendigkeit größerer Zugeständnisse vorgebeugt: Die Gewerkschaft darf sich auch im Betrieb betätigen, aber nur, wenn und soweit sie sich auf die Rolle eines Ordnungsfaktors festlegen läßt. Konsequente Interessen-

133 Auch BAG DB 1973, 1304 hat sich ausdrücklich auf das gewerkschaftliche Zutrittsrecht nach § 2 Abs. 2 BetrVG 1972 beschränkt.

134 Vgl. *Fischbach*, Bundesbeamtengesetz, 3. Aufl. Köln-Berlin-Bonn-München 1964, § 54, Anm. IV 1: Der Beamte »soll vielmehr als aufrechter Mann für sich das Recht beanspruchen, seine eigene Meinung zu sagen und auch von berechtigter Kritik Gebrauch machen. Verlangt werden muß aber, daß er hierbei die Grenzen der Achtung gegenüber dem Vorgesetzten einhält und die Form wahrt. Herabsetzende und verächtliche Äußerungen, unangebrachte Besserwisserei, unbegründete Vorwürfe hat er hierbei zu unterlassen.«

wahrung, die nicht ohne Einbeziehung der politischen Dimension und nicht ohne »Störung« der auf einseitige Unterordnung des Arbeitnehmers ausgerichteten betrieblichen Ordnung auskommen wird, ist nicht erlaubt¹³⁵.

§ 4: Die Interessenwahrung durch Betriebsräte in der Rechtsprechung des BAG

I. Die Entscheidungen zum BetrVG 1952

Die recht zahlreiche Judikatur zu den Vorschriften des alten BetrVG ist nur noch unter zwei Aspekten von Interesse: Einmal ist es denkbar, daß das neue Gesetz die im Einzelfall strittige Bestimmung wörtlich oder sinngemäß übernommen hat, so daß die Entscheidungen genauso zum neuen Recht hätten ergehen können; zum zweiten kann auch eine durch das BetrVG 1972 überholte Stellungnahme für den Gegenstand der vorliegenden Untersuchung hilfreich sein, da sie ebenfalls Aufschlüsse über die gesellschaftspolitischen Wertungen des BAG und ihren inneren Zusammenhang zu geben vermag. Wir wenden uns daher im folgenden den Entscheidungen über Inhalt und Tragweite der Mitbestimmungsrechte (1), über die Bereitstellung der für die Ausübung dieser Rechte notwendigen Voraussetzungen (2), über das Wahlverfahren (3), über die Beziehungen von Gewerkschaft und Betriebsrat (4) und über die Behandlung des Tendenzbetriebs (5) zu, wobei es wie schon bei der Analyse der auf die Gewerkschaften bezogenen Rechtsprechung allein auf das Ergebnis und seine gesellschaftspolitische Einschätzung, nicht aber auf die konsistente Ableitung einer rechtsdogmatischen Alternativlösung ankommt.

1. Das Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten nach § 56 BetrVG 1952 wurde vom BAG auf die sog. formellen Arbeitsbedingungen beschränkt¹; die Bestimmung des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung wie die Festsetzung der Vergütungen² und der Mieten von Werkswohnungen³ sowie die Verlängerung oder Verkürzung der Arbeits-

135 S. die zutreffende Kritik von *Hoffmann*, Gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb, AuR 1969, S. 73 ff.

1 BAG AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtungen; BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit; BAG AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit; BAG AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG Akkord; BAG AP Nr. 6 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtungen.

2 BAG AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG Akkord.

3 BAG AP Nr. 3 zu § 56 BetrVG Wohlfahrtseinrichtungen.

zeit⁴ müßten als »materiell« außer Betracht bleiben. Dies war vom Wortlaut der Vorschriften her in keiner Weise geboten⁵ und wurde daher auch in erster Linie mit der Erwägung gerechtfertigt, das Lohngestaltungsrecht der Tarifpartner dürfe nicht eingeschränkt, insbesondere nicht eine betriebliche Zwangsschlichtung eingeführt werden. Bei näherer Betrachtung ist dieses Argument freilich alles andere als stichhaltig, da der Eingangssatz des § 56 BetrVG 1952 ausdrücklich eine abweichende tarifliche Regelung gestattete, so daß es die Tarifpartner jederzeit in der Hand hatten, durch eine abschließende Normierung des ganzen Sachgebiets jede »betriebliche Zwangsschlichtung« von vornherein zu verhindern. In Wahrheit lief die Rechtsprechung des BAG daher nicht auf eine Stärkung der sozialen Gegenspieler, deren Rechtsstellung vom Umfang der Mitbestimmungsrechte völlig unabhängig war, sondern auf eine Schwächung der Betriebsräte hinaus. Wie wenig die gegebene Begründung den Realitäten entsprach, zeigt sich auch daran, daß gerade die Gewerkschaften eine Ausdehnung der Mitbestimmung auf materielle Arbeitsbedingungen verlangten⁶. Zu welchen erstaunlichen Ergebnissen das BAG kam, zeigt beispielhaft die Auslegung des § 56 I a BetrVG 1952, der ein Mitbestimmungsrecht in bezug auf Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit vorsah, der jedoch nach Auffassung des Gerichts nicht eingreifen sollte, wenn durch Einführung von Kurzarbeit ganze Arbeitstage in Wegfall kamen, die Anfangs- und Endzeiten der übrigen Tage aber unverändert blieben⁷.

Ähnlich restriktiv war die Rechtsprechung zu § 56 I f BetrVG 1952, der Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterwarf. Nach der bekannten »Produktographenentscheidung«⁸ gehört zur Arbeitsordnung »nicht dasjenige, was mit dem eigentlichen Arbeitsvorgang zu tun hat und mit seiner Arbeitsleistung in unmittelbarem Zusammenhang steht. Die Arbeitsordnung umfaßt nicht die arbeitstechnischen Bestimmungen, die den Ablauf der Arbeit des einzelnen Arbeitnehmers selbst gestalten. Diese unternehmerische und arbeitstechnische Leitung des Betriebes ist vielmehr allein Sache des Arbeitgebers«. Der Betriebsrat konnte

4 BAG AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit.

5 Zur Kritik s. *Farthmann*, Die Beschränkung der Mitbestimmung nach § 56 BetrVG auf die sog. formellen Arbeitsbedingungen, RdA 1966, S. 249 ff.; *Fitting-Kraegeloh-Auffarth*, § 56 Rn 7, 7a; *Herschel*, Abschied von den formellen und materiellen Arbeitsbedingungen, AuR 1968, S. 129 ff.

6 S. die Vorschläge des DGB zur Änderung des BetrVG (RdA 1970, S. 237 ff.) § 56: Dauer, Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit, Fragen der Arbeitsorganisation, Festsetzung der Akkord- und Prämiensätze einschließlich der Geldseite.

7 BAG AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit.

8 BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Ordnung des Betriebes.

daher bei der Aufstellung eines Produktographen nicht mitbestimmen, der den an einer Maschine beschäftigten Arbeitnehmer zwingt, durch Druck auf eine von fünf Tasten in jedem Moment den Grund für den Stillstand der Maschine anzugeben. Obwohl dies zu einem totalen Überwachungssystem und zum Wegfall jeder (inoffiziellen) Verschnaufpause führt, hatte das BAG auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken, da derjenige, der sich in ein Arbeitsverhältnis begeben, sich insoweit eben auch einer Kontrolle durch den Arbeitgeber unterwerfe; das ganze dürfe lediglich nicht in ein (nicht näher beschriebenes) »Antreibersystem« ausarten.

Eine gegenläufige, mitbestimmungsfreundliche Haltung scheint jedoch der Entscheidung zur Betriebsbuße zugrunde zu liegen: Entgegen der Auffassung der Revision hatte das BAG die Verhängung von Betriebsbußen weder als personelle noch als »arbeitsnotwendige«, allein dem Direktionsrecht unterliegende Maßnahme, sondern als Teil der »Ordnung des Betriebes« qualifiziert. Das daraus folgende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates sollte sich nicht nur auf die Vereinbarung einer »Bußordnung«, sondern auch auf die Verhängung der Buße im Einzelfall erstrecken⁹ – eine Ausnahme von dem sonst in ständiger Rechtsprechung befolgten Grundsatz, daß sich § 56 BetrVG 1952 nur auf generelle Regelungen, nicht auf Einzelfälle beziehe¹⁰. Den Grund für dieses Vorgehen in einer Kehrtwendung der Rechtsprechung zu sehen, wäre etwas vorschnell, zumal sich eine naheliegendere aus dem besonderen Charakter des Gegenstands abzuleitende Erklärung anbietet: Während in fast allen anderen Fällen eine Erweiterung der betrieblichen Mitbestimmung die Belegschaften und ihre Vertretungen stärkt, ihren Interessen und Forderungen mehr Beachtung und Durchschlagskraft verschafft, hat das Beteiligungsrecht des Betriebsrats hier einen Doppelcharakter, da es neben der Interessenwahrung auch noch dem Zweck dient, die ausgesprochenen Strafen dem Betroffenen und der Belegschaft gegenüber zu legitimieren. Mitbestimmung in diesem Bereich bedeutet daher auch eine Erschwerung des Kampfes gegen einmal verhängte Sanktionen. Der Betriebsrat kann zwar Willkürakte und grobe Ungerechtigkeiten abblocken, da sich für sie keine Mehrheit in der Einigungsstelle finden ließe; im übrigen aber wird er in die Position eines »Nebenarbeiters« gedrängt (um nicht von Komplizen zu sprechen)¹¹, der mit seiner Autorität auch diejenigen Entscheidun-

9 BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Betriebsbuße.

10 BAG AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG Entlohnung; BAG AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG.

11 Um Mißverständnisse zu vermeiden: Es kann nicht darum gehen, jede Erweiterung der Mitbestimmung als Entstehung eines »Nebenarbeiters« zu disqualifizieren (so aber im Prinzip *G. Müller*, RdA 1969, 227 ff.), wohl aber ist dieser Vergleich angebracht, wenn die Beteiligung an den Repressivfunktionen besonders stark entwickelt ist.

gen stützt, die der Arbeitgeber allein hätte nicht verständlich machen können und die deshalb Unruhe im Betrieb erzeugt hätten. Für jeden Betriebsrat ist es prinzipiell eine sehr schwierige Aufgabe, sich der ihm vom BAG zugedachten sozialen Pufferfunktion zu entziehen – die Rechtsprechung als Fortschritt zu feiern, ist jedenfalls gänzlich unangebracht¹².

Die verbleibenden Mitbestimmungsrechte wurden in ihrer Bedeutung noch dadurch reduziert, daß sie sich in der Regel nicht auf Einzelfälle erstrecken¹³, was den Arbeitgeber in die für ihn »glückliche« Lage brachte, erst einmal handeln und die von der Betriebsvereinbarung gelassenen Interpretationsspielräume ausnützen zu können, während der Arbeitnehmer in die ungünstige Position gedrängt wurde, seinerseits einen Verstoß beweisen zu müssen. Eine weitere Abschwächung bedeutete das von der Rechtsprechung entwickelte Recht des Arbeitgebers zur Eilentscheidung¹⁴; statt die vorläufige Lösung einer strittigen Frage wie andere Mitbürger im Wege der einstweiligen Verfügung beantragen und durchsetzen zu müssen, kann der Arbeitgeber vollendete Tatsachen schaffen, sofern er gleichzeitig das Verfahren vor der Einigungsstelle in Gang setzt. Schließlich wurde entgegen der für die Betriebsvereinbarung nach § 52 Abs. 2 Satz 2 BetrVG 1952 vorgesehenen Schriftform auch eine stillschweigende Zustimmung des Betriebsrats als ausreichende Ausübung des Mitbestimmungsrechts angesehen¹⁵, was dem Arbeitgeber einen weiteren Vorteil einräumte.

Die restriktive Rechtsprechung zum Umfang der Mitbestimmungsrechte setzte sich im Bereich der personellen Angelegenheiten, insbes. bei § 66 Abs. 1 BetrVG 1952 fort. Das dort vorgesehene bloße Anhörungsrecht wurde vom BAG dadurch noch weiter entwertet, daß seine Beachtung entgegen der eindeutigen Entstehungsgeschichte des Gesetzes nicht als Wirksamkeitserfordernis angesehen wurde¹⁶; die bewußt unterlassene An-

12 Zu bemängeln bleibt überdies die mangelhafte Ableitung des Instituts der Betriebsbußen überhaupt: Aus der »Ordnung des Betriebes« läßt sich nicht die Notwendigkeit eines besonderen Sanktionensystems begründen, da die allgemeinen Regeln über fehlerhafte Arbeitsleistung – Kündigung und in Extremfällen Schadensersatz – völlig ausreichen. Die Praxis scheint sich deshalb auch relativ wenig um die BAG-Rechtsprechung zu kümmern – so das Ergebnis einer vom Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht durchgeführten empirischen Untersuchung. Dazu *Metzger-Pregizer* ZRP 1974, S. 168 ff.

13 BAGE 3, S. 207 = AP Nr. 2 zu § 56 BetrVG. Näher zum Begriff der Einzelmaßnahme *Fitting-Kraegeloh-Auffarth*, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 9. Aufl., Berlin und Frankfurt 1970, § 56 Rn 4 ff.

14 BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit.

15 BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Arbeitszeit.

16 S. dazu *Reuß*, AuR 1972, S. 206.

hörung sollte dem Arbeitgeber lediglich die Möglichkeit versperren, sich in einem etwaigen Kündigungsschutzprozeß auf die soziale Rechtfertigung der Kündigung zu berufen¹⁷.

Entgegen einer naheliegenden Vermutung läßt sich diese Feststellung für die Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten nicht treffen. Schon im Jahre 1961 sprach das BAG den Grundsatz aus, der Unternehmer müsse von sich aus versuchen, über wirtschaftliche Maßnahmen i. S. des § 72 Abs. 1 BetrVG 1952 eine Einigung mit dem Betriebsrat oder einen Spruch der Vermittlungsstelle zustande zu bringen. Führe er die geplante Maßnahme vorher durch und komme es zu Entlassungen, so müsse er eine Abfindung nach § 74 BetrVG 1952 bezahlen, es sei denn, er könne beweisen, daß er die Maßnahme aus zwingenden Gründen in jedem Fall hätte treffen müssen¹⁸. In den Jahren 1969 und 1970 hat es diese Prinzipien in zwei Entscheidungen ausdrücklich bestätigt¹⁹ und dahingehend präzisiert, daß das Verfahren nach den §§ 72 ff. voll ausgeschöpft und in einer Zeit durchgeführt werden müsse, in der der Plan zur Stilllegung auch noch nicht teilweise verwirklicht sei; werde dem nicht entsprochen, so sei eine Abfindung nach § 74 BetrVG 1952 auch dann zu zahlen, wenn den Unternehmer keinerlei Verschulden an den »Verfahrensmängeln« treffe.

»Mitbestimmungsfreundlich« sind schließlich auch die bisherigen Äußerungen zur Möglichkeit tarifvertraglicher Verstärkung der Betriebsratsbefugnisse. Schon 1955 vertrat das BAG in einer (selten zitierten) Entscheidung den Standpunkt, das Mitbestimmungsrecht in sozialen Angelegenheiten könne durch Tarifvertrag »weitgehend ausgestaltet und selbst auf konkrete Einzelmaßnahmen erstreckt werden«, da dem Betriebsrat insofern eine umfassende Kompetenz zustehe²⁰. Zur Begründung verwies das Gericht lediglich auf den Einleitungssatz des § 56, der einer tariflichen Regelung den absoluten Vorrang einräume. Dasselbe Argument wurde in der Folgezeit zwei anderen Entscheidungen zugrunde gelegt²¹, in denen übereinstimmend ausgeführt ist, der Eingangssatz bedeute, daß »durch tarifliche Regelung der Kreis der sozialen Angelegenheiten, bei denen der Betriebsrat mitzubestimmen hat, anders und insbesondere in einer gegenüber dem BetrVG erweiternden Art und Weise bestimmt werden kann«. Dies ergebe sich aus der syntaktischen Stellung der Worte »durch tarifli-

17 BAG AP Nr. 1, 2, 4 und 6 zu § 66 BetrVG.

18 BAG AP Nr. 2 zu § 72 BetrVG.

19 BAG AP Nr. 6 und 7 zu § 72 BetrVG.

20 BAG DB 1955, S. 1142.

21 BAGE 8, S. 112, 121 f. = AP Nr. 11 zu § 611 BGB Akkordlohn; BAGE 8, S. 143, 153 ff. = AP Nr. 14 zu § 56 BetrVG = BB 1959, S. 1138.

che Abmachung« vor dem Satzteil »in folgenden Angelegenheiten«. Mit Rücksicht auf diesen Wortlaut ließ es ausdrücklich die Frage dahinstehen, ob sich eine derartige Ermächtigung der Tarifpartner auch aufgrund des gegenüber dem BetrVG 1952 älteren § 1 TVG oder aus den Bestimmungen der §§ 57, 59 und 50 Abs. 5 BetrVG ergibt. In einem späteren Beschluß wurde diese »Grundthese« dennoch relativiert, indem ihre Berechtigung ausdrücklich offengelassen (und damit in Zweifel gezogen) wurde; der Eingangssatz des § 56 BetrVG sei so zu verstehen, daß die Tarifpartner jedenfalls eine andere inhaltliche Regelung der dort genannten sozialen Angelegenheiten vornehmen könnten²².

Eine weitere Entscheidung²³, in der es allerdings nicht um einen Tarifvertrag, sondern um eine Betriebsvereinbarung ging, stützte sich auf § 57 BetrVG 1952. Dieser sei nicht in der Weise erschöpfend, daß nicht auch auf andern als den dort genannten Gebieten Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats freiwillig begründet werden könnten. Das BAG hielt deshalb eine Vereinbarung für zulässig, die dem Betriebsrat ein Zustimmungsrecht bei der Verteilung der vom Arbeitgeber festgesetzten Gesamtsumme der Weihnachtsgratifikationen auf die einzelnen Arbeitnehmer einräumte, und billigte auch die Klausel, daß bei Meinungsverschiedenheiten zwischen Betriebsrat und Arbeitgeber die Einigungsstelle bindend entscheiden sollte.

Die »mitbestimmungsfreundliche« Grundtendenz setzte sich auch in den Entscheidungen zur personellen Mitbestimmung fort, die ausschließlich die Einschaltung des Betriebsrats bei Kündigung betrafen. Nur in einem Fall bezieht sich das Gericht freilich auf die Rechtslage nach dem BetrVG 1952: in der eben zitierten Entscheidung wird ausgeführt, dem Betriebsrat könne über das Anhörungsrecht des § 66 BetrVG 1952 hinaus eine »echte Mitbestimmung« in Fällen der ordentlichen Kündigung eingeräumt werden²⁴. Alle anderen einschlägigen Urteile und Beschlüsse betrafen Bereiche, die – wie der öffentliche Dienst – gemäß § 88 nicht dem BetrVG 1952 unterlagen. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang zunächst zwei Entscheidungen, in denen das Gericht zu prüfen hatte, ob die auf Grund eines Tarifvertrages²⁵ bzw. einer Betriebsvereinbarung²⁶ erforderliche Zustimmung des Betriebsrates zu einer ordentlichen Kündigung auch nachträglich erteilt werden konnte. Das BAG bejahte diese Frage und hielt dabei die Zulässigkeit der zugrunde liegenden Vereinbarungen für so

22 BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Akkord.

23 BAG AP Nr. 3 zu § 57 BetrVG.

24 S. Fn. 23.

25 BAG AP Nr. 1 zu § 184 BGB.

26 BAG AP Nr. 2 zu § 184 BGB.

selbstverständlich, daß es darüber kein einziges Wort verlor²⁷. Eine gewisse Problematisierung erfolgte erst in einem dritten Urteil, das eine noch dem KRG Nr. 22 unterliegende Betriebsvereinbarung zum Gegenstand hatte²⁸. Das Gericht betrachtete dabei das Zustimmungsrecht des Betriebsrats als rechtlich unbedenklich, da sich der Arbeitgeber im Rahmen seiner Vertragsfreiheit selbst binden könne; zulässig sei auch, bei Meinungsverschiedenheiten die endgültige Entscheidung einer Schlichtungsstelle zu überlassen. Zwar ließ das BAG die Rechtslage nach dem BetrVG 1952 und dem PersVG ausdrücklich dahingestellt, doch ist *A. Hueck* zuzustimmen, daß das Gericht wohl auch für den Geltungsbereich dieser Gesetze zum selben Ergebnis gekommen wäre²⁹.

Eine Auseinandersetzung mit dem BetrVG 1952 fehlt auch in zwei weiteren Entscheidungen, die die Beteiligung des Betriebsrats bei außerordentlichen Kündigungen betrafen. In dem einen Fall hielt das Gericht eine Betriebsvereinbarung für wirksam, die bei fristlosen Entlassungen die Zustimmung des Betriebsrats verlangte³⁰. Sie sei jedenfalls dann mit § 626 BGB vereinbar, wenn eine unabhängige Schiedsstelle vorgesehen sei, die das Veto des Betriebsrats überprüfen und notfalls aufheben könne; mit Rücksicht auf deren Neutralität liege keine unbillige Beeinträchtigung des dem Arbeitgeber zustehenden Kündigungsrechts vor. In einer zweiten Entscheidung wurde dieser Grundsatz allerdings wieder erheblich eingeschränkt, da das BAG der Meinung war, ungeachtet der neutralen Schiedsstelle liege ein Verstoß gegen zwingendes Recht vor, wenn sich der Arbeitgeber ihrem Spruch von vorneherein unterwerfen müsse³¹. Mit Rücksicht auf das in § 101 II ArbGG enthaltene Verbot tariflicher Schiedsgerichte müsse jedenfalls die Befugnis der Arbeitsgerichte unberührt bleiben, das Vorliegen eines wichtigen Grundes selbst nachzuprüfen.

Beachtenswert ist schließlich ein Urteil, in dem das BAG ohne nähere Begründung den Satz aufstellte, abgesehen vom Fall des § 20 III BetrVG 1952 sei es den Tarifpartnern verwehrt, von den organisatorischen Bestimmungen über die Bildung des Betriebsrats abzuweichen³². So sei es beispielsweise ausgeschlossen, durch Tarifvertrag einen Betriebsrat für

27 Dasselbe gilt für die Anm. von *Larenz* zu AP Nr. 1 zu § 184 BGB.

28 BAG AP Nr. 3 zu § 184 BGB.

29 Anm. zu BAG AP Nr. 3 zu § 184 BGB.

30 BAG AP Nr. 14 zu § 626 BGB.

31 BAG AP Nr. 27 zu § 626 BGB.

32 BAG AP Nr. 1 zu § 80 ArbGG. Vgl. nunmehr § 3 I BetrVG 1972, der in seiner Ziff. 2 den früheren § 20 III aufnahm, in Ziff. 1 die tarifliche Bildung von Arbeitsgruppen und in Ziff. 3 abweichende Regelungen über die Zuordnung von Nebenbetrieben und Betriebsteilen zuläßt.

mehrere Betriebe zu schaffen. Wie weit diese Bindung reicht und welche Vorschriften organisationsrechtlichen Charakter haben sollen, wurde freilich nicht geklärt: auch insoweit fehlt eine grundsätzliche Stellungnahme.

2. Die bei der Bestimmung des Umfangs der Mitbestimmungsrechte zutage getretenen Uneinheitlichkeit läßt sich nicht mehr feststellen, soweit es um die Schaffung der für die Ausübung dieser Befugnisse notwendigen Voraussetzungen geht. Das Auskunftsrecht des § 54 II BetrVG 1952, das den Betriebsrat in die Lage versetzen sollte, die Durchführung von Gesetzen, Verordnungen, Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen durch den Arbeitgeber zu kontrollieren, wurde von der Rechtsprechung auf die Fälle reduziert, in denen die »begründete Vermutung eines erfolgten oder drohenden Verstoßes gegen die in § 54 Ib BetrVG genannten Normen oder Mängel oder Mißstände im Betrieb schlüssig behauptet« wurde³³. Entstand gar kein konkreter Verdacht, weil der Arbeitgeber sich gut zu »tarnen« wußte, versagte das Auskunftsrecht; gerade die gravierendsten Fälle blieben so völlig ausgeklammert. Ähnlich unbefriedigend war die Behandlung der Freistellung zur Teilnahme an Betriebsrätekonferenzen. Zwar führte das BAG aus, das Wissen um die Aufgaben des Betriebsrats und ihre praktische Durchführung hänge so eng zusammen, daß eine Trennung lebensfremd wäre³⁴; es sei daher »der Wirklichkeit und den Bedürfnissen des Betriebslebens angemessen, zur Wahrnehmung der Betriebsratsaufgaben auch die Teilnahme an solchen Betriebsratslehrgängen oder Betriebsrätekonferenzen gehören zu lassen, die sich unmittelbar und ausschließlich mit den Aufgaben des Betriebsrats und ihrer Verwirklichung im Betrieb nach dem BetrVG befassen«³⁴. Trotz dieses relativ betriebsratsfreundlichen Ansatzpunktes wird jedoch »zur Verhinderung von Mißbräuchen und von Störungen der produktiven Tätigkeit in den Betrieben« ein »konkreter betriebsbezogener Anlaß« für die Teilnahme an Schulungsveranstaltungen gefordert. Sein Vorliegen wurde beim Inkrafttreten neuer Gesetze, Verordnungen und Tarifverträge grundsätzlich bejaht, nicht jedoch bei einer bloßen Information über die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte zum Betriebsverfassungsrecht³⁵. Erst recht mußten »wirtschafts- und rechtspolitische, gewerkschaftspolitische, aber auch allgemeine arbeitsrechtliche Fragen« ausscheiden³⁶, so daß Lehrgangsteile über Mutterschutz, Jugendschutz und Arbeitszeitord-

33 BAG AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1952.

34 BAG AP Nr. 1 zu § 37 BetrVG 1952.

35 BAG AP Nr. 11 zu § 37 BetrVG 1952.

36 S. Fn. 34.

nung die Freistellung nicht gerechtfertigt hatten. Praktisch wurde so das Fortbildungsinteresse der Betriebsräte auf den Erwerb rein rechtstechnischer Kenntnisse beschränkt; jede Information, die die beherrschende Stellung des Unternehmers im Betrieb hätte problematisieren können, war aus den »offiziellen« Veranstaltungen verbannt³⁷. Schließlich war auch die Arbeitsplatzsicherheit der Betriebsräte relativ unbefriedigend, da der nach § 13 KSchG a. F. erforderliche wichtige Grund weit interpretiert wurde und auch eine unberechtigte Kündigung zur Folge hatte, daß das betroffene Betriebsratsmitglied zunächst einmal den Betrieb zu verlassen hatte³⁸.

3. Die Entscheidungen des BAG zum Wahlverfahren sind von der Tendenz geprägt, das im Gesetz vorgesehene Gruppenprinzip nach Möglichkeit zu stärken und weiter auszubauen. So wurde die in § 13 II BetrVG 1952 geregelte Abstimmung zur Herbeiführung einer Gemeinschaftswahl von Arbeitern und Angestellten ohne jeden Anhalt im Gesetzeswortlaut dadurch erschwert, daß neben der Stimmenmehrheit auch die Teilnahme der Mehrheit aller wahlberechtigten Mitglieder beider Gruppen verlangt wurde³⁹. Außerdem sollte auch eine positiv ausgehende Abstimmung immer nur für eine Wahl wirken³⁹. Beeinflussungen der Art, daß einer Gruppe für den Fall der Gemeinschaftswahl zusätzliche Sitze versprochen wurden, sind rechtswidrig und begründen eine Anfechtung der Betriebsratswahlen⁴⁰. Das gilt aus dem Laien schwer verständlichen psychologischen Gründen auch dann, wenn auf den bei der Abstimmung verwendeten Zetteln der Kreis für das Ja zur Gemeinschaftswahl »merklich stärker« als der Kreis für das Ja der Gruppenwahl ausgedrückt war⁴¹. Die hier deutlich werdende Sorge vor einem zu großen Trend zur Einheitlichkeit, der Solidarisierungen innerhalb der ganzen Belegschaft erleichtern würde, wirkt sich auch auf die Beurteilung der vom Betriebsrat selbst vorgenommenen Wahlen aus. So bestimmte zwar § 27 I S. 2 BetrVG 1952 lediglich, der Betriebsratsvorsitzende und sein Stellvertreter sollten nicht derselben Gruppe angehören, doch das BAG sah sich veranlaßt, diese Vorschrift beinahe wie eine Muß-Vorschrift zu interpretieren, da es die Wahl für anfechtbar erklärte, wenn der Betriebsrat nicht »vernünftige und sachliche Gründe« für eine Abweichung nachweisen konnte⁴². Der Kontrast zu anderen Soll-Vorschriften – wie etwa der Vertretung der Geschlechter

37 Zur Kritik der Rechtsprechung s. *Däubler*, Schulung und Fortbildung, S. 14 ff.

38 Zum Kündigungsschutz s. u. § 5 IV.

39 BAG AP Nr. 1 zu § 13 BetrVG 1952.

40 BAG AP Nr. 1 zu § 19 BetrVG 1952.

41 BAG AP Nr. 12 zu § 13 BetrVG 1952.

42 BAG AP Nr. 1 zu § 27 BetrVG 1952.

nach ihrem zahlenmäßigen Verhältnis (§ 10 IV BetrVG 1952)⁴³ – macht deutlich, daß der eigentliche Grund in der Betonung des Gruppenprinzips und daher in dem Bestreben lag, einer breiten Solidarisierung der Belegschaft entgegenzuwirken und Sonderinteressen zu betonen.

4. Was das Verhältnis zwischen Betriebsrat und Gewerkschaft betrifft, so hatte sich das BAG wie auch der BGH mit der Frage zu beschäftigen, ob der Grundsatz der Freiheit der Wahl verletzt war, wenn die Gewerkschaft diejenigen Mitglieder mit dem Ausschluß bedrohte, die auf einer konkurrierenden Liste kandidierten. Die gefundene Lösung läuft auf eine relativ vernünftige Differenzierung hinaus: Soweit es sich um Listen konkurrierender Gewerkschaften oder anderer politischer Gruppen handelt, war die Ausschlußdrohung gerechtfertigt⁴⁴; soweit die Listen nicht als gegnerisch oder gegen die Interessen der betreffenden Gewerkschaft verstößend angesehen werden konnten, blieb die Entscheidung dahingestellt, doch schien das BAG hier zu einem gegenteiligen Ergebnis zu neigen⁴⁴. Eindeutig anfechtbar war dagegen nach Auffassung des BGH eine Wahl, wenn sich die Ausschlußdrohung auf alle nicht von der Gewerkschaft unterstützten Listen bezog und gleichzeitig einer Gruppe von Mitgliedern die Möglichkeit vorenthalten wurde, »ihre betriebsverfassungsrechtlichen Wahlinteressen auf den gewerkschaftlich unterstützten Listen in angemessener Weise wahrzunehmen«⁴⁵. Im Ergebnis wird diese Stellungnahme sicherlich zu billigen sein, obwohl es schwere Bedenken erweckt, daß ein Gericht auf diese Weise in den innerorganisatorischen Bereich hineinwirkt und ohne Aufstellung klarer Kriterien einen Minderheitenschutz einführt, dessen Grundlage und Umfang eingehender verfassungsrechtlicher Untersuchung bedurft hätte.

Als wenig gewerkschaftsfreundlich sind die beiden Entscheidungen zum Teilnahmerecht der Gewerkschaften an Betriebsversammlungen einzustufen. Zwar wurde die nach dem Wortlaut des § 45 BetrVG 1952 schwerlich bestreitbare Feststellung getroffen, das Hausrecht des Arbeitgebers stehe der Anwesenheit des Gewerkschaftsbeauftragten nicht entgegen⁴⁶, doch wurden seiner Tätigkeit entscheidende Grenzen gesetzt. Nach Auffassung des BAG läge eine unzulässige Rechtsausübung vor, wenn der Gewerkschaftsvertreter »die Betriebspartner nicht im Sinne einer vertrauensvollen Zusammenarbeit unterstützen« würde; § 49 BetrVG 1952 war insoweit auch für seine Tätigkeit verbindlich⁴⁷. Mit dieser Bindung an das Wohl des

43 Zu den fehlenden Sanktionen bei einer Unterrepräsentation der Frauen s. *Fitting-Kraegeloh-Auffarth* § 10 Rn 29.

44 BAG AP Nr. 2 zu § 19 BetrVG 1952.

45 BGH AP Nr. 5 zu § 19 BetrVG 1952.

46 BAG AP Nr. 1 zu § 45 BetrVG 1952.

47 BAG AP Nr. 1 und 2 zu § 45 BetrVG 1952.

Betriebes und seiner Arbeitnehmer sowie mit der Verpflichtung zur Berücksichtigung des Gemeinwohls wurden die Gewerkschaften in bezug auf einen Teil ihrer Tätigkeit in den »wirtschaftsfriedlichen« Rahmen des BetrVG gezwängt, was eine nicht unwichtige Parallele in der Beschränkung der gewerkschaftlichen Informationsbefugnis im Betrieb findet⁴⁸.

5. Schließlich bedarf es noch eines Hinweises auf die Rechtsprechung zu den Tendenzunternehmen und Religionsgemeinschaften i. S. des § 81 BetrVG 1952, die auch unter dem neuen Recht ihre Bedeutung bewahren kann.

»Betrieb« i. S. des § 81 I BetrVG 1952 ist das Unternehmen. Dieser erste Leitsatz des Grundsatzurteils vom 29. 5. 1970⁴⁹ verweist bereits auf die vom BAG selbst zugegebene⁵⁰ extensive Interpretation des Tendenzschutzparagraphen. Die allein angeführte Begründung, Betriebe als arbeitstechnisch-organisatorische Einheiten könnten keinen politischen, gewerkschaftlichen, konfessionellen oder anderen ideellen Zweck haben, überzeugt nicht völlig, da auch die Arbeitsabläufe – etwa in einem konfessionell orientierten Krankenhaus – nicht unabhängig von der jeweiligen Zwecksetzung der »Produktionseinheit« gesehen werden können. Zumindest wäre es möglich gewesen, statt der völlig systemwidrigen Gleichsetzung mit dem Unternehmen einen neuen, im Vergleich zum traditionellen weiter gefaßten Betriebsbegriff zu entwickeln, der nur diejenigen Produktionsbereiche erfaßt, die durch die Tendenz unmittelbar geprägt werden. Wie dies konkret aussehen könnte, braucht hier nicht geprüft zu werden, da § 118 I BetrVG 1972 auf »Unternehmen und Betriebe« abstellt, mit dieser Formulierung freilich implizite zugibt, daß auch Betriebe Tendenzcharakter haben können. Entscheidend kam und kommt es daher darauf an, wie dieser »Tendenzcharakter« zu bestimmen ist. Nach der zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1970⁵¹ wird vorausgesetzt, daß das Unternehmen »geistig-ideelle Vorstellungen verwirklichen will«, wobei jedoch ein gleichzeitig vorhandenes Gewinnstreben grundsätzlich ohne Bedeutung ist. Bei »Mischunternehmungen«, die gleichzeitig auch nicht von § 81 II BetrVG 1952 erfaßte Zwecke verfolgen, entscheidet das »Gesamtgepräge«, wie es sich Außenstehenden, aber auch der Belegschaft sowie den Arbeitgeber- und Arbeitnehmerkoalitionen, darstellt. Lohndruckereien werden nur dann von § 81 BetrVG erfaßt, wenn sie Einfluß auf den Inhalt der von ihnen gedruckten Publikationen haben oder wenn sie betrieben werden, »um dadurch den Bestand eines

48 Dazu oben § 3 IV.

49 BAG AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG 1952; ebenso schon BAG AP Nr. 1 zu § 81 BetrVG 1952.

50 BAG AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG 1952 Bl. 3.

51 BAP AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG 1952.

anderen Teils des Unternehmens zu ermöglichen oder zu sichern, der geistig-idelle Vorstellungen i. S. von § 81 II BetrVG verwirklichen will⁵¹. Verlagstätigkeit ist grundsätzlich tendenzgebunden⁵², doch gilt dies nicht für einen Buchverlag, der wertungsneutral Bücher aus den verschiedensten Gebieten verlegt⁵³.

Die weite Auslegung des Tendenzschutzes setzt sich bei der Bestimmung der nicht dem BetrVG unterliegenden Religionsgemeinschaften fort⁵⁴. Zu ihnen zählen nicht nur die religiösen Orden, sondern auch die sogenannten Säkularinstitute der katholischen Kirche⁵⁵ sowie die von ihnen betriebenen karitativen Einrichtungen. Das bedeutet, daß in einem von einem solchen Institut betriebenen Krankenhaus selbst dann kein Betriebsrat zu wählen ist, wenn 40 Krankenschwestern, die Angehörige des Instituts sind, 270 »gewöhnliche« Arbeitnehmer gegenüberstehen⁵⁶. Das BAG bezeichnete zwar selbst dieses Ergebnis als nicht recht einleuchtend, berief sich jedoch auf den Grundsatz der Bindung des Richters an das Gesetz; die sonst geübte relativ »souveräne« Handhabung gesetzlicher Normen schien völlig vergessen zu sein und fand deshalb mit keinem Wort Erwähnung.

II. Fortsetzung der Rechtsprechung unter dem neuen Gesetz?

1. Ein Teil der hier angeführten Entscheidungen wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich korrigiert. Nach § 87 BetrVG 1972 erstreckt sich die Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten nunmehr auch auf materielle Arbeitsbedingungen wie die Dauer der Arbeitszeit und die Akkordlohnberechnung unter Einschluß des Geldfaktors⁵⁷. Die früher ausgeklammerten arbeitstechnischen Fragen wurden in den (allerdings nicht sehr weitgehenden) §§ 90, 91 BetrVG geregelt, die Überwachung des Verhaltens und der Leistung der Arbeitnehmer mit Hilfe technischer Einrichtungen erfordert nach § 87 I Ziff. 6 BetrVG die Zustimmung des Betriebsrats⁵⁸. Vorläufige Maßnahmen sind in § 100 BetrVG ausdrücklich vorgesehen, was den Rückschluß zuläßt, in allen anderen Fällen verbleibe es beim normalen

52 BAG AP Nr. 1 zu § 81 BetrVG 1952.

53 BAG AP Nr. 4 zu § 81 BetrVG 1952. Zu wissenschaftlichen Zeitschriften s. insbes. BAG AP Nr. 13 zu § 81 BetrVG 1952.

54 Ebenso *Seiter*, ZfA 1970, S. 371.

55 BAG AP Nr. 12 zu § 81 BetrVG 1952.

56 S. Fn. 55.

57 § 87 I Ziff. 3, 10 und 11 BetrVG.

58 Zur fragwürdigen Zulassung einer Aufschaltanlage s. BAG DB 1973, S. 972. Näher dazu unten § 5 II 3.

Rechtsbehelf der einstweiligen Verfügung⁵⁹. Die Nichtanhörung des Betriebsrats hat nunmehr die Unwirksamkeit der Kündigung zur Folge⁶⁰, § 113 III BetrVG sieht in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung zu den Abfindungszahlungen einen Nachteilsausgleich auch dann vor, wenn der Unternehmer gar keinen Interessenausgleich mit dem Betriebsrat versucht hat. Das Auskunftsrecht wurde nicht mehr auf die Überwachung der Befolgung von Gesetzen, Verordnungen usw. beschränkt⁶¹, die Teilnahme an Schulungs- und Fortbildungsveranstaltungen einer eingehenden Regelung unterworfen. Das Wahlverfahren blieb im Hinblick auf das hier Abgehandelte unverändert; das Zugangsrecht fand in § 2 II BetrVG eine generelle Regelung, während der Schutz von Tendenzunternehmen nur unwesentlich modifiziert wurde. Die zum neuen Gesetz mittlerweile vorliegende recht zahlreiche Rechtsprechung läßt gleichfalls einige Akzentverschiebungen erkennen.

2. a) Im Zusammenhang mit den *neugeschaffenen Mitbestimmungsrechten* nach § 87 BetrVG wies das BAG zunächst die insbesondere von Krüger⁶², Galperin⁶³ und Erdmann-Jürging-Kammann⁶⁴ vorgetragene verfassungsrechtlichen Einwände zurück: Die Mitbestimmung über Werkswohnungen⁶⁵ bzw. über die Einführung von Kurzarbeit⁶⁶ greife nicht in den durch Art. 9 III GG geschützten Kernbereich der Tarifautonomie ein, obwohl sie sich anders als die Befugnisse nach § 56 BetrVG 1952 auf materielle Arbeitsbedingungen erstrecke. Dem Betriebsrat wurde daher das Recht zugesprochen, über die Grundsätze der Mietzinsbildung von Werksmietwohnungen mitzubestimmen⁶⁷, was freilich noch nichts darüber aussagt, ob er auch den finanziellen Gesamtaufwand des Arbeitgebers durch eigene, notfalls mit Hilfe der Einigungsstelle durchsetzbare Initiativen vergrößern kann⁶⁸. Das aus § 87 I Ziff. 3 BetrVG folgende

59 Vgl. *Fitting-Auffarth-Kaiser*, Handkommentar zum BetrVG, 11. Aufl. München 1974, § 87 Rn 8 mwN.

60 § 102 I² BetrVG.

61 § 80 II¹ BetrVG.

62 Der Regierungsentwurf eines Betriebsverfassungsgesetzes vom 29. 1. 1971 und das Grundgesetz, Hamburg 1971. Gegen seine Grundkonzeption treffend *Roscher*, Vertragsfreiheit als Verfassungsproblem, Berlin 1974, S. 65 ff.

63 Der Regierungsentwurf eines neuen Betriebsverfassungsgesetzes. Eine kritische Analyse, Düsseldorf 1972. Gegen ihn eingehend *Hoffmann*, Betriebsverfassung und Grundgesetz, AuR 1971, S. 271 ff. und *Schwerdtner*, Unternehmen, Betrieb, Eigentum und freie Entfaltung der Persönlichkeit – Versuch einer Würdigung der Stellungnahmen zur Verfassungsmäßigkeit des neuen BetrVG, BlfStR 1972, S. 33 ff.

64 Betriebsverfassungsgesetz, Neuwied und Berlin 1972, § 87 Rn 7 ff.

65 BAG AP Nr. 1 zu § 87 BetrVG 1972 Werksmietwohnungen = RdA 1973, S. 278.

66 BAG BB 1974, S. 931.

67 S. Fn. 65.

68 Bejahend für den Fall des § 87 I Ziff. 10 BetrVG *Gester-Isenhardt*, Das Initiativrecht des Betriebsrats zur Regelung materieller Lohnbedingungen, RdA 1974, S. 80 ff., 88.

Mitbestimmungsrecht über die »vorübergehende Verkürzung der betriebsüblichen Arbeitszeit« wurde auch für den Fall anerkannt, daß vor Inkrafttreten des BetrVG 1972 abgeschlossene Tarifverträge dem Arbeitgeber ein einseitiges Bestimmungsrecht eingeräumt hatten⁶⁹ – ein sicherlich richtiges Ergebnis, das freilich vorwiegend mit dem diffusen Kriterium des »Geistes der betrieblichen Mitbestimmung« und mit dem Vorrang des Gesetzes gegenüber dem Tarifvertrag begründet wurde, statt daß man sich auf das unbestrittene Verbot des Abbaus betrieblicher Mitbestimmungsrechte durch Kollektivvereinbarung gestützt hätte⁷¹. Schließlich wurde die durch den Gesetzgeber vollzogene Korrektur der Produktographen-Entscheidung respektiert und § 87 I Ziff. 6 BetrVG deshalb auf Multimomentkameras⁷¹ angewandt.

b) Auch die Mitbestimmung und Mitwirkung in personellen Angelegenheiten erfuhr in den bisher vorliegenden Urteilen und Beschlüssen keine restriktive Handhabung. So wurde das Informationsrecht nach § 99 I BetrVG an den Bedürfnissen effektiver Betriebsratsarbeit orientiert und entsprechend der amtlichen Begründung zum Regierungsentwurf auf die Vorlage der Bewerbungsunterlagen aller – auch der abgewiesenen – Bewerber erstreckt⁷². Weiter wird unter einer die Einschaltung des Betriebsrats erfordernden »Einstellung« auch die vorübergehende Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers verstanden⁷³.

Von besonderem Interesse sind die Entscheidungen zur Rechtsstellung des Betriebsrats bei Kündigungen. Die in § 102 I BetrVG vorgeschriebene Anhörung setzt eine Unterrichtung des Betriebsrats über die Person des Betroffenen sowie die Art und die Gründe der Kündigung voraus⁷⁴. Die Information hat gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden oder – im Verhinderungsfalle – gegenüber seinem Stellvertreter zu erfolgen⁷⁵. Träger des Anhörungsrechts ist jedoch der Betriebsrat als solcher, so daß den Bestimmungen des Gesetzes nicht genügt (und die Kündigung nach § 102 I 2 BetrVG unwirksam) ist, wenn der Arbeitgeber weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß dieser gar nicht von der beabsichtigten Entlassung unterrichtet ist⁷⁶. Im übrigen ist es Sache des Betriebsrats, einen

69 BAG BB 1974, S. 932.

70 So ArbG Berlin BB 1973, S. 291; *Dietz-Richardi*, Kommentar zum BetrVG, 5. Aufl., München 1973, § 87 Rn 94; *Wiese*, Zum Verzicht auf Befugnisse nach dem BetrVG, RdA 1968, S. 455 ff.

71 BAG BB 1974, S. 1164. Zustimmend *Fitting-Auffarth-Kaiser* § 87 Rn 36.

72 BAG DB 1973, S. 778.

73 BAG BB 1974, S. 1071.

74 BAG BB 1974, S. 836.

75 BAG BB 1974, S. 836.

76 BAG BB 1974, S. 836; BAG BB 1974, S. 979.

ausreichenden Informationsfluß sicherzustellen; ein fehlerhaftes Verfahren kann jedenfalls nach Ablauf der Wochenfrist des § 102 II BetrVG dem wirksamen Ausspruch der Kündigung nicht entgegenstehen⁷⁷. Wichtig ist, daß die einmal unterbliebene Anhörung nicht mehr nachgeholt werden kann; eine nachträgliche Heilung der nach § 102 I 2 BetrVG unwirksamen Kündigung scheidet aus⁷⁸. Sehr viel ungeklärter sind demgegenüber die im Zusammenhang mit dem Widerspruchsrecht nach § 102 III BetrVG auftauchenden Fragen. Die einzige bisher vorliegende Entscheidung spricht den sicherlich zutreffenden Grundsatz aus, § 102 III BetrVG habe das vorher vorhandene Maß an Arbeitsplatzschutz nicht verringern wollen – mit der Folge, daß sich ein Arbeitnehmer im Kündigungsschutzverfahren trotz fehlenden Widerspruchs jedenfalls dann auf die in § 1 II 2 KSchG aufgeführten Gründe berufen darf, wenn er dies schon nach der alten Rechtslage konnte⁷⁹. Die mangelnde soziale Rechtfertigung kann daher auf eine Weiterbeschäftigungsmöglichkeit im selben Betrieb gestützt werden, doch bleibt offen, ob dasselbe auch für eine Fortsetzung der Tätigkeit in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens gelten sollte, da dieser Grund erst durch das neue BetrVG hinzukam⁸⁰.

c) In wirtschaftlichen Angelegenheiten wurde die bisherige »mitbestimmungsfreundliche« Linie beibehalten, da der Arbeitgeber auch nach neuem Recht den Betriebsrat »so frühzeitig wie möglich« unterrichten muß; die Informationspflicht erstreckt sich dabei auf Art, Umfang, Auswirkungen und Gründe der geplanten Maßnahmen und entfällt nicht deshalb, weil Einwirkungen von außen den Betrieb zu seinen Maßnahmen genötigt haben⁸¹. Dies gilt in gleicher Weise für den Konkursverwalter, der mit der Eröffnung des Konkursverfahrens alle Rechte und Pflichten übernimmt, die sich aus der Arbeitgeberstellung des Gemeinschuldners ergeben⁸². Auch er ist daher gehalten, mit dem Betriebsrat über einen Interessenausgleich und einen Sozialplan zu verhandeln; unterläßt er dies, so steht den von seinen Maßnahmen betroffenen Arbeitnehmern ein Abfindungsanspruch nach § 113 III BetrVG zu, der die (privilegierte) Stellung einer Masseschuld nach § 59 Ziff. 1 KO besitzt⁸³. Nach welchen Kriterien die Sozialplanleistungen zu bestimmen sind, welche Bedeutung insbesondere die in § 112 IV 2 BetrVG erwähnte »wirtschaftliche Vertretbarkeit für das Unternehmen« im Konkursfall besitzt, ist bislang jedoch

77 BAG BB 1974, S. 979.

78 BAG BB 1974, S. 836.

79 BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969.

80 Näher dazu *Birk*, ZfA 1974, S. 470.

81 BAG AuR 1973, S. 29.

82 BAG BB 1974, S. 1483.

83 BAG BB 1974, S. 1483.

ebenso ungeklärt wie die konkursrechtliche Stellung von Ansprüchen aus einem vor Konkurseröffnung vereinbarten Sozialplan⁸⁴.

d) Die Rechtsprechung zum Umfang der Beteiligungsrechte des Betriebsrats wird durch zwei die generelle Tragweite der Mitbestimmung betreffende Judikate ergänzt. Zum einen wurde die alte Rechtsprechung aufgegeben, wonach der Arbeitgeber in Eilfällen zu »vorläufigen Maßnahmen« berechtigt sei⁸⁵; zum anderen wurde den Beisitzern in der Einigungsstelle ein Honoraranspruch gegen den Arbeitgeber zuerkannt⁸⁶, was im Ergebnis die Betriebsratsbefugnisse verstärkt, wird doch der Arbeitgeber aus Kostengründen eher zu einem Kompromiß bereit sein. Keine neuen Aussagen liegen zur Bindung der Betriebsratsstätigkeit an den Betriebsfrieden vor, so daß weiter von dem in früheren Jahren aufgestellten Grundsatz auszugehen sein wird⁸⁷, das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats fördere »Ruhe und Ordnung im Betrieb und damit die Arbeitsfreude und Arbeitswilligkeit der Betriebsgemeinschaft«.⁸⁸

3. Der vom Gesetzgeber vorgenommenen und vom BAG grundsätzlich loyal mitvollzogenen Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse steht eine stärker restriktive Handhabung jener Vorschriften gegenüber, die eine *effiziente Betriebsratsarbeit* ermöglichen oder erleichtern sollen.

a) Entsprechend dem Wortlaut des § 80 II 1 BetrVG wurde das Auskunftswort nicht mehr vom Vorliegen konkreter Verdachtsmomente abhängig gemacht⁸⁹ – eine korrekte Gesetzesanwendung, die durch die zutreffende rechtspolitische Erwägung ergänzt wurde, nur ein hoher Informationsstand versetze den Betriebsrat in die Lage, seine Schutzfunktion in möglichst großem Ausmaß zu erfüllen⁹⁰. Trotz lückenhafter gesetzlicher Regelung wurde daraus auch für das Einsichtsrecht in Brutto-lohn- und -gehaltslisten die richtige Konsequenz gezogen: In kleineren Betrieben, wo die in § 80 II 2 2. HS BetrVG allein erwähnten Betriebsausschüsse nicht vorhanden sind, wird dieses Recht durch den Betriebsratsvorsitzenden und/oder seinen Stellvertreter ausgeübt⁹¹. Auf der anderen Seite muß der Betriebsrat bei außertariflichen (aber nicht leitenden)

84 Dazu eingehend *Richardi*, Sozialplan und Konkurs, Düsseldorf 1975, insbesondere S. 44 ff., 86 ff.

85 BAG BB 1974, S. 932/933.

86 BAG BB 1973, S. 1438; vgl. auch *Däubler*, Die Kosten des Verfahrens vor der Einigungsstelle, DB 1973, S. 233 ff.

87 BAGE 3, 207, 213.

88 Dazu *Germelmann*, Der Betriebsfrieden im Betriebsverfassungsrecht, Frankfurt/Main 1972, S. 19 mit einer Übersicht über die (etwas unsystematischen) Aussagen der Rechtsprechung zum Begriff des Betriebsfriedens.

89 BAG AuR 1973, S. 29.

90 BAG BB 1972, S. 1322 = DB 1972, S. 2020.

91 BAG DB 1973, S. 1255.

Angestellten ein »besonderes Interesse« nachweisen, da er nur die Einhaltung kollektiver Regelungen überwachen könne und keine Vermutung dafür spreche, daß diese Arbeitnehmergruppe betrieblichen Einheitsregelungen unterliege⁹². Dem ist entgegenzuhalten, daß der Betriebsrat nach § 75 I BetrVG darüber zu wachen hat, daß alle Arbeitnehmer nach »Recht und Billigkeit« behandelt, d. h. insbesondere, daß ihre Ansprüche auch individualvertraglicher Art erfüllt werden⁹³. Wird diese Aufgabe gerade im Hinblick auf außertarifliche Angestellte verkürzt, so erhält der Arbeitgeber freie Hand, durch differenzierende Gestaltung der Gehälter Privilegien zu schaffen und Konkurrenzsituationen unter den Angestellten zu verstärken, die ein einheitliches, solidarisches Handeln erheblich erschweren können⁹⁴.

b) Relativ zurückhaltend hat sich das BAG zu der im vorliegenden Zusammenhang gleichfalls relevanten Fragen der Zuziehung von Sachverständigen nach § 80 III BetrVG geäußert. Zwar verstoße der Arbeitgeber gegen den Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit, wenn er dem nicht ausreichend sachkundigen Betriebsrat die Zuziehung eines Experten seines Vertrauens verweigere, doch habe der Betriebsrat nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zunächst zu prüfen, ob ihm nicht die zuständige Gewerkschaft die notwendigen Auskünfte erteilen oder ob er sich nicht durch Selbststudium informieren könne⁹⁵.

c) Die für die Ausübung der Betriebsratsbefugnisse erforderliche Zeit wird durch die allgemeine Freistellung nach § 37 II BetrVG, die pauschalierte Freistellung nach § 38 BetrVG und durch den Anspruch auf Freizeitausgleich nach § 37 III BetrVG gesichert. Das BAG hatte sich in diesem Zusammenhang insbesondere mit der Frage zu befassen, ob der Betriebsrat bei entsprechend hohem Arbeitsanfall über die Mindestzahlen des § 38 BetrVG hinausgehen und zusätzliche Mitglieder freistellen kann. Die in zwei Entscheidungen gegebene positive Antwort⁹⁶ sowie die Aussage, auch in Betrieben mit weniger als 300 Arbeitnehmern könnte gegebenenfalls eine Freistellung erfolgen⁹⁷, wurde freilich dadurch relativiert, daß ein entsprechender Betriebsratsbeschuß nach Ansicht des BAG erst dann wirksam werden kann, wenn der Arbeitgeber zustimmt oder das Arbeits-

92 BAG BB 1974, S. 134.

93 *Dietz-Richardi* § 75 Rn 3; *Fitting-Auffarth-Kaiser* § 75 Rn 6.

94 Zum Bewußtsein der Angestellten s. insbes. *Seidel*, Das Verhältnis der Angestellten zur Mitbestimmung, Frankfurt/Main 1972, S. 43 ff.

95 BAG BB 1975, S. 371. In der gleichen Entscheidung wird der Beitritt des Betriebsrats zu einem Mieterverein als außerhalb seiner Aufgaben liegend abgelehnt.

96 BAG AuR 1973, S. 215; BAG BB 1974, S. 183.

97 BAG BB 1974, S. 1022.

gericht im Sinne des Betriebsrats entschieden hat⁹⁸. Entgegen Wortlaut und Sinn des § 38 II BetrVG wird damit dem Betriebsrat das Erstentscheidungsrecht genommen, das den Unternehmer zwingt, seinerseits die Einigungsstelle anzurufen oder den Rechtsweg zu beschreiten: als Ergebnis bleibt ein bloßes Mitbestimmungsrecht⁹⁹.

d) Eine außerordentlich große Rolle spielten die Verfahren um die Teilnahme an Schulungs- und Bildungsveranstaltungen nach § 37 VI + VII BetrVG. Die Diskussion konzentrierte sich dabei zunächst auf die Spezialfrage, ob beim Besuch von unbestreitbar unter § 37 VI BetrVG fallenden Veranstaltungen nur der Lohn fortzuzahlen sei oder ob darüber hinaus auch Aufwendungen für Fahrt, Übernachtung, Mahlzeiten und Kursgebühren zu erstatten waren. Die Auffassung der Instanzgerichte war ebenso uneinheitlich wie die der Literatur¹⁰⁰, ehe das BAG durch seine Entscheidung vom 31. Okt. 1972 eine vorläufige Klärung i. S. der weitergehenden Auffassung brachte¹⁰¹. Da die Schulungsteilnahme im Anschluß an die frühere Rechtsprechung als Betriebsratstätigkeit eingestuft wurde, wandte das BAG § 40 BetrVG an; bezüglich des Kostenumfangs sei jedoch das aus dem »fundamentalen Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit« folgende Prinzip der Verhältnismäßigkeit zu beachten, wonach auch bei der Zahl der zu entsendenden Mitglieder auf »die Interessen des Arbeitgebers und des Betriebs« Rücksicht zu nehmen sei. Trotz dieser Einschränkung hat das BAG den Widerspruch des LAG Düsseldorf¹⁰², des ArbG Kiel¹⁰³ sowie etlicher Autoren¹⁰⁴ gefunden, doch wies es ihre Einwände in eine Reihe von weiteren Entscheidungen zurück¹⁰⁵. So sei insbesondere auch der Grundsatz der Gegnerunabhängigkeit der Gewerkschaften nicht verletzt, da sie im Rahmen des § 37 VI BetrVG nicht kraft ihrer allgemeinen Koalitionsaufgaben, insbesondere nicht als Tarifpartner, sondern aufgrund ihrer betriebsverfassungsrechtlichen Hilfsfunktion handeln würden¹⁰⁶.

Die Einführung des nicht eben präzisen Kriteriums der Verhältnismäßigkeit hatte zahllose Streitigkeiten zur Folge, die die Arbeitsgerichte mehr

98 Anders LAG Schleswig-Holstein DB 1973, S. 87, das den Beschluß des Betriebsrats genügen ließ.

99 Im Ergebnis ähnlich *Jülicher*, Der Anspruch des Betriebsrats auf Freistellung weiterer Betriebsratsmitglieder beim Fehlen einer Gesamtvereinbarung, AuR 1973, S. 161, 164 ff.; a. A. *Fitting-Auffarth-Kaiser* § 38 Rn 34.

100 Nachweise bei *Däubler*, Schulung und Fortbildung, 2. Aufl. S. 19 Fn. 46 und 47.

101 BAG BB 1973, S. 243 ff. = DB 1973, S. 528 ff.

102 DB 1973, S. 1356 = BB 1973, S. 1215 (Kammer Köln).

103 BB 1973, S. 939.

104 Nachweise bei *Däubler*, Schulung und Fortbildung, S. 20 Fn. 51.

105 BAG AuR 1974, S. 29; BAG BB 1974, S. 416 und BAG BB 1974, S. 883 = AuR 1974, S. 91.

106 Zusammenfassend BAG BB 1974, S. 884.

oder weniger deutlich in die Funktion eines Sparkommissars brachten, der lieber persönliche Opfer der Betriebsratsmitglieder als Erscheinungen in Kauf nimmt, die auch nur entfernt an Luxus erinnern könnten. So dürfen Betriebsräte nur die zweite Klasse der Bundesbahn benutzen, wenn eine betriebliche Reisekostenordnung dies vorsieht¹⁰⁷, und ein über die pauschalierten Verpflegungssätze hinausgehendes »Zehrgeld« ist trotz des üblicherweise höheren Konsums nur für den Tag der An- und Abreise¹⁰⁸, nicht jedoch während der Schulung selbst zu gewähren¹⁰⁹. Werden die Pauschsätze der Lohnsteuer-Richtlinien für auswärtige Unterbringung überschritten – eine Tatsache, auf die das einzelne Betriebsratsmitglied keinen Einfluß hat – so ist die sog. Haushaltsersparnis in Höhe von einem Fünftel, höchstes jedoch von DM 4,- pro Tag in Abzug zu bringen¹¹⁰, was angesichts der für Manager-Seminare aufgewendeten Kosten von bis zu DM 300,- täglich¹¹¹ in vielen Betrieben als pure Schäbigkeit erscheinen muß.

Was die sehr viel wichtigere Frage der Bildungsinhalte bei § 37 VI BetrVG betrifft, so ist das BAG auf der einen Seite deutlich bestrebt, die allzu engen Grenzen seiner Rechtsprechung zu § 37 II BetrVG 1952 zu verlasen¹¹² und in stärkerem Maße sowohl allgemeinere juristische wie auch außerjuristische Kenntnisse einzubeziehen. Auf der anderen Seite will es einer unbegrenzten Schulung »auf Vorrat« vorbeugen, die gerade im Hinblick auf die bei § 37 VI getroffene Grundsatzentscheidung in der Kostenfrage besonderen Bedenken unterliegen müßte. Verlangt wird deshalb, daß die Kenntnisse für die »sachgemäße« Arbeit des Betriebsrats notwendig sein müßten¹¹³. Dabei komme es einerseits auf die persönliche Zusammensetzung des Betriebsrats, insbesondere auf die schon vorhandenen Kenntnisse und Erfahrungen seiner Mitglieder, andererseits auf die sachlichen Notwendigkeiten der Betriebsratsarbeit für den konkreten Betrieb und seine Arbeitnehmer an. Dabei spiele auch das Zeitmoment eine Rolle; eine Schulung könne daher erforderlich sein, wenn die behandelten Themen im Betrieb »voraussichtlich demnächst zur Verhandlung anstehen«; eine rein theoretische Möglichkeit, daß die Frage einmal auftauchen könnte, genüge dagegen nicht¹¹⁴. Das so geschaffene Erforder-

107 BAG vom 5. 2. 1974, 1 ABR 46/73.

108 BAG vom 19. 1. 1974, 1 ABR 39/73.

109 BAG BB 1974, S. 884.

110 BAG DB 1974, S. 1535.

111 Nachweise bei *Däubler*, Schulung und Fortbildung, S. 109 ff.

112 Eine ausdrückliche Distanzierung findet sich in BAG vom 29. 1. 1974, 1 ABR 39/73 S. 8. Weniger klar BAG BB 1974, S. 883.

113 BAG BB 1974, S. 88 = DB 1974, S. 146.

114 BAG BB 1974, S. 88 = DB 1974, S. 146.

nis der »konkreten Betriebsbezogenheit« führte zu einem beträchtlichen Maß an Rechtsunsicherheit. Zwar ist mittlerweile klargestellt, daß »Kenntnisse über die Akkordentlohnung und das ihr zugrundeliegende arbeitswissenschaftliche System« erworben¹¹⁵ oder Seminare über »Lohngestaltung und Mitbestimmung im Betrieb« besucht werden können¹¹⁶, und daß sich auch Veranstaltungen über »Bilanzwesen«¹¹⁷, »Arbeitssicherheit«¹¹⁸, »Arbeitsstudien«¹¹⁹ und »theoretisches Grundwissen auf dem Gebiet der Arbeitswissenschaft und Arbeitsbewertung«¹²⁰ im Rahmen des § 37 VI BetrVG bewegen, doch gilt dies alles nur unter dem Vorbehalt, daß die konkreten betrieblichen Verhältnisse eine derartige Weiterbildung erfordern. Mit diesem, im Gesetz nirgends angedeuteten zusätzlichen Tatbestandsmerkmal wird die Inanspruchnahme der Befugnisse aus § 37 VI entsprechend eingeschränkt, muß doch der Betriebsrat im Streitfall praktisch den Nachweis der so verstandenen »Erforderlichkeit« führen¹²¹. In der Praxis hat dies meist zur Folge, daß mit Rücksicht auf die betrieblichen Machtverhältnisse eine gerichtliche Auseinandersetzung allenfalls dann in Kauf genommen wird, wenn § 37 VI ohne jeden Zweifel eingreift – die tatsächliche Tragweite dieser Vorschrift ist daher geringer, als man bei einer ersten Durchsicht der BAG-Formulierungen annehmen sollte¹²².

Eine sehr viel geringere zahlenmäßige Bedeutung besitzt die Rechtsprechung zu § 37 VII BetrVG, obwohl sie bedeutsame gesellschaftspolitische Vorentscheidungen getroffen hat. So vertritt das BAG die Auffassung, auch Veranstaltungen nach § 37 VII BetrVG müßten »in einem weiteren Zusammenhang mit der Betriebsratstätigkeit stehen«, die vermittelten Kenntnisse müßten für die Betriebsratstätigkeit »nützlich, d. h. förderlich sein, ohne daß es darauf ankommt, daß sie für die konkrete Arbeit des Betriebsrats im konkreten Betrieb auch benötigt werden«¹²³. Von diesem Ansatz her lehnte es die Anerkennung von Veranstaltungen ab, die »vornehmlich einer Schulung über rein gewerkschaftspolitische, allgemeinpolitische oder kirchliche Themen dienen«¹²⁴; auch die Vermittlung

115 BAG vom 5. 2. 1974, 1 ABR 31/73, S. 8.

116 BAG AuR 1974, S. 91.

117 BAG AuR 1974, S. 25 = DB 1974, S. 781 = BB 1974, S. 462.

118 BAG AuR 1974, S. 186.

119 BAG DB 1973, S. 2249.

120 BAG vom 19. 1. 1974, 1 ABR 39/73, S. 9.

121 BAG BB 1973, S. 849; BAG BB 1973, S. 1354; BAG BB 1974, S. 89. Die angesprochene bloße »Darlegungslast« läuft in den meisten Fällen auf eine Quasi-Beweislast hinaus.

122 Dazu *Däubler*, Betriebsräteschulung – Fortschritt mit Hindernissen, Demokratische Erziehung 1975, S. 68 ff.

123 BAG BB 1974, S. 601 = DB 1974, S. 923.

124 Ähnlich BAG BB 1974, S. 884: Interessenpolitische Inhalte nur am Rande.

von Allgemeinwissen über staatsbürgerliche und ähnliche Fragen habe keinen genügenden Bezug auf die Betriebsratsstätigkeit¹²⁵. Durch diese Verknüpfung von Betriebsratsarbeit und Schulungsinhalten werden die wirtschaftsfriedlichen, auf Kooperation mit dem Arbeitgeber orientierten und auf Entpolitisierung der Belegschaft zielenden Prinzipien des Betriebsverfassungsrechts in die Bildungsveranstaltungen hineinprojiziert; was als Erleichterung auch der gewerkschaftlichen Bildungsarbeit gedacht war, wirkt sich so im Ergebnis eher als Erschwerung aus, steht doch jeder Veranstalter nunmehr vor der Alternative, entweder den betriebsverfassungsrechtlichen Rahmen zu akzeptieren, um auf diese Weise eine Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber zu erreichen, oder die bisherigen Inhalte beizubehalten und den Lohnausfall selbst tragen zu müssen. Daß dies nicht nur sozialpartnerschaftliche Gewerkschaften in Versuchung bringen kann, ihr Programm zu entschärfen, liegt auf der Hand . . .

Das Erfordernis der Nützlichkeit für die Betriebsratsarbeit hat freilich nicht dazu geführt, daß wenigstens die Kostenfrage in gleicher Weise wie bei § 37 VI entschieden worden wäre; wegen des nur »mittelbaren« Zusammenhangs mit der Betriebsratsarbeit scheidet § 40 BetrVG vielmehr aus¹²⁶, wenn nicht ausnahmsweise erforderliche Kenntnisse i. S. des § 37 VI vermittelt wurden¹²⁷. Erst recht wird – ebenso wie im Fall des § 37 VI¹²⁸ – kein Freizeitausgleich zugesprochen, so daß sich eine eigenartige Abstufung innerhalb der Betriebsratsstätigkeit ergibt: Während im Normalfall Lohnfortzahlung, Kostenersatz und Freizeitausgleich gewährt werden¹²⁹, führt die Schulungsteilnahme nach § 37 VI nur zu Lohnfortzahlung und Kostenersatz und die Inanspruchnahme der Rechte aus § 37 VII hat gar nur Lohnfortzahlung zur Folge. Als übermäßig »schulungsfreundlich« läßt sich diese Auffassung nicht charakterisieren, auch wenn dem Betriebsrat in verfahrensrechtlicher Hinsicht dadurch entgegengekommen wird, daß er allein über die Freistellung entscheidet¹³⁰, und daß ihm dabei ein gerichtlich nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum zusteht¹³¹.

e) Die tatsächliche Wahrnehmung der Beteiligungsrechte durch den Betriebsrat wird entscheidend durch den erweiterten Kündigungsschutz nach § 15 KSchG iVm § 103 BetrVG erleichtert. Ähnlich wie im Rahmen

125 S. Fn. 123.

126 BAG BB 1974, S. 416 = DB 1974, S. 634.

127 BAG BB 1974, S. 634 = AuR 1974, S. 153 = AP Nr. 6 zu § 37 BetrVG 1972.

128 BAG BB 1974, S. 89 = AuR 1973, S. 345.

129 Restriktiv insoweit freilich auch BAG BB 1974, S. 1163, das einen Freizeitausgleich nur bei »betriebsbedingter«, nicht aber bei »betriebsratsbedingter« Mehrarbeit gewährt.

130 BAG BB 1973, S. 474 = DB 1973, S. 672 = AuR 1974, S. 31.

131 BAG BB 1974, S. 88; BAG DB 1974, S. 781 = BB 1974, S. 462; BAG DB 1974, S. 1867.

der Anhörung nach § 102 I BetrVG hat das BAG eine *vorherige* Zustimmung des Betriebsrats bzw. deren Ersetzung durch das Arbeitsgericht verlangt; eine ohne Beachtung dieser Voraussetzung ausgesprochene Kündigung ist unheilbar nichtig¹³². Zugunsten eines effektiven Kündigungsschutzes wirkt weiter die Tatsache, daß der Arbeitgeber innerhalb der Zwei-Wochen-Frist des § 626 II BGB alles ihm Zumutbare unternommen haben muß, um die Kündigung möglich zu machen; andernfalls verliert er seine Rechte¹³². Auf der anderen Seite soll das Arbeitsgericht *verpflichtet* sein, die Zustimmung des Betriebsrats zu ersetzen, wenn ein wichtiger Grund i. S. des § 626 I BGB vorliegt¹³²; die von *Küchenhoff*¹³³ vorgeschlagene Beschränkung auf eine Nachprüfung sachgerechter Ermessensausübung durch den Betriebsrat fand nicht die Zustimmung des BAG. Unvermeidbar war nach der bestehenden Gesetzeslage die Verweigerung des Kündigungsschutzes nach § 15 KSchG gegenüber »Wahlbewerbern«, die erst von einer Versammlung gewerkschaftlicher Vertrauensleute benannt wurden, deren Kandidatur jedoch noch nicht durch Aufstellung eines den Voraussetzungen des § 14 V BetrVG entsprechenden Wahlvorschlags zum Ausdruck gekommen war¹³⁴. Zum Ausgleich kann eine Kündigung nach Auffassung des BAG dann unwirksam sein, wenn sie nur ausgesprochen wird, um einen demnächst zu erwartenden Kündigungsschutz als Wahlbewerber zu verhindern¹³⁴ – eine sicherlich beifallswerte These, deren praktische Tragweite jedoch mit Rücksicht auf die fast immer bestehenden Beweisschwierigkeiten relativ gering sein dürfte.

4. Das im Wahlverfahren herrschende Gruppenprinzip war noch nicht Gegenstand von Grundsatzentscheidungen zum neuen Recht. Die durch § 26 II BetrVG bewirkte verstärkte Berücksichtigung der Minderheiten-gruppe im Betriebsrat selbst wurde vom BAG konsequent nachvollzogen¹³⁵. Ansonsten ist lediglich auf die sehr restriktive Handhabung der prinzipiell bejahten Schulungsmöglichkeit von Wahlvorstandsmitgliedern¹³⁶ sowie auf eine Entscheidung hinzuweisen, die das Wahlrecht auch den zum Wehrdienst eingezogenen Betriebsangehörigen zusprach¹³⁷.

Große Aufmerksamkeit fanden weit über die juristische Fachöffentlich-

132 BAG BB 1974, S. 1578. Entscheidend ist der Eintritt der Rechtskraft, vgl. *Richardi*, Ersetzung der Zustimmung des Betriebsrats durch Beschluß des Arbeitsgerichts, RdA 1975, S. 73, 76.

133 Kommentar zum BetrVG, 2. Aufl., Münster 1974, § 103 Rn 8.

134 BAG BB 1974, S. 739.

135 BAG BB 1974, S. 1119.

136 BAG DB 1973, S. 1257; BAG DB 1973, S. 1954; BAG DB 1973, S. 1955; BAG DB 1974, S. 536. Zur Kritik s. *Däubler*, Schulung und Fortbildung, 2. Aufl. S. 89 ff.

137 BAG BB 1974, S. 838.

keit hinaus die BAG-Entscheidungen zum Begriff des leitenden Angestellten¹³⁸ und zur Zulässigkeit von Sprecherausschüssen¹³⁹. Den vom BAG gewählten Formulierungen nach fällt nur ein relativ kleiner Personenkreis in den Anwendungsbereich des § 5 III BetrVG, dem ein »vorgegebener«, allgemeiner Begriff des »Leitenden« zugrundeliegt. Dieser Begriff wird vom BAG im Wege der (sehr inexakten) typologischen Methode umschrieben; eine für alle Unternehmen und Betriebe geltende präzise Definition wird ausdrücklich abgelehnt¹⁴⁰. Abgrenzungsmerkmal ist zum einen die Wahrnehmung »unternehmerischer (Teil)aufgaben«, die der Gesamttätigkeit des Angestellten das »Gepräge« geben müssen. Er muß »maßgeblichen Einfluß auf die wirtschaftliche, technische, kaufmännische, organisatorische, personelle oder wissenschaftliche Führung des Unternehmens (Betriebs) ausüben und zwar entweder dadurch, daß er selbst die maßgeblichen Entscheidungen trifft oder kraft seiner Schlüsselposition doch Voraussetzungen schafft, an denen die eigentliche Unternehmensführung nicht vorbeigehen kann«¹⁴¹. Weiteres Abgrenzungsmerkmal ist die »im wesentlichen« gegebene »Eigenverantwortlichkeit«; sie liegt auch dann vor, wenn dem Angestellten gewisse Richtlinien vorgegeben sind und er auf eine Zusammenarbeit in einem Team gleichberechtigter Mitarbeiter angewiesen ist, sofern nur ein eigener erheblicher Entscheidungsspielraum verbleibt¹⁴². Schließlich steht der »Leitende« durch seine Nähe zum Arbeitgeber in einem Interessengegensatz zum Betriebsrat, was die gleichzeitige Einräumung des aktiven und passiven Wahlrechts ausschließt¹⁴³. Dieser einleuchtende Gesichtspunkt des Gegnerbezugs kann freilich auch »zurücktreten« und zu einem bloß »mittelbaren« werden¹⁴⁴. Anhand sämtlicher Gesichtspunkte ist eine »Gesamtwürdigung der Tätigkeit eines Angestellten« vorzunehmen, »wobei das Zurücktreten einzelner Abgrenzungsmerkmale dadurch ausgeglichen werden kann, daß andere in besonders starkem Maße vorhanden sind«¹⁴⁵. Dem Unternehmer ist ein erheblicher mittelbarer Einfluß auf die Größe der Gruppe leitender Angestellter eingeräumt, da er die Leitungsfunktionen so stark aufteilen kann, daß dem Einzelnen nur noch ein schmaler

138 BAG BB 1974, S. 553 ff.; BAG BB 1975, S. 279; BAG BB 1975, S. 326.

139 BAG BB 1975, S. 327.

140 BAG BB 1975, S. 281.

141 BAG BB 1975, S. 280.

142 BAG BB 1974, S. 553; BAG BB 1975, S. 280.

143 BAG BB 1974, S. 555.

144 BAG BB 1975, S. 280. Hier dürfte ein eindeutiges Zurückweichen vor der in der (konservativen) Literatur geäußerten Kritik vorliegen.

145 BAG BB 1975, S. 280 r. Sp.

Bereich unternehmerischer Teilaufgaben verbleibt, der die Anwendung des § 5 III BetrVG nicht mehr rechtfertigt¹⁴⁶.

Die erste einschlägige Entscheidung hat u. a. die heftige Kritik von *Rüthers* erfahren, der dem BAG der Sache nach »Selbstbefreiung von den Fesseln der grundgesetzlichen Gesetzesbindung«¹⁴⁷ und »verdeckte Gesetzesumdeutung«¹⁴⁸ vorwarf. Trotz dieses ungewöhnlichen Angriffes von »rechts« stößt die gesellschaftspolitische Einordnung dieser Entscheidungen auf Schwierigkeiten, lassen die verwendeten Abgrenzungsmerkmale doch eine sehr unterschiedliche Konkretisierung im Einzelfall zu. Die dadurch bewirkte »Offenheit« der Rechtslage wird noch dadurch verstärkt, daß das BAG den Tatsachengerichten einen von ihm nicht zu überprüfenden Beurteilungsspielraum gewährt, so daß die praktischen Auswirkungen der Rechtsprechung alles andere als klar zutageliegen. Nehmen die Arbeitsgerichte jedoch die vom BAG prinzipiell verfolgte restriktive Tendenz ernst¹⁴⁹, so ist eine weitere Aufspaltung der Belegschaft in eine dritte Arbeitnehmergruppe der »Leitenden« vorerst verhindert und die Einheitlichkeit der Interessenvertretung mit den durch das Gruppenprinzip bedingten Abstrichen gewahrt. Unter diesen Voraussetzungen ist dann auch die Zulassung von Sprecherausschüssen relativ unproblematisch, zumal das BAG klarstellte, daß sich keine ins Gewicht fallende Zahl von »gewöhnlichen Arbeitnehmern« an der Wahl zum Sprecherausschuß beteiligen darf¹⁵⁰. Im Ergebnis ist eine solche Bestimmung des »Leitenden« auch im Hinblick auf den Regierungsentwurf eines Mitbestimmungsgesetzes¹⁵¹ positiv zu bewerten, macht sie doch den parlamentarischen Instanzen deutlich, daß der Vertreter der »Leitenden« entweder der Anteilseignerbank zuzurechnen oder überhaupt aus dem Aufsichtsrat zu verbannen ist, wenn man mit der intendierten Parität einigermaßen ernstmachen will¹⁵².

Diese Einschätzung müßte sich ändern, würden die Instanzgerichte den

146 BAG BB 1975, S. 281.

147 *Rüthers*, Gesetzesanwendung oder Rechtspolitik? JZ 1974, S. 625, 627.

148 A. a. O., S. 628.

149 Das BAG hat dies selbst dadurch getan, daß es die (Haupt)-Abteilungsleiter eines von 20 Hauptbüros eines großen Unternehmens, die eine bestimmte Sparte des Verkaufsgeschäfts im räumlichen Bereich des Hauptbüros leiten, aber ihrerseits noch dem kaufmännischen Direktor des Hauptbüros unterstehen, nicht als leitende Angestellte qualifizierte, »wenn mangels Vorlage der Verkaufsrichtlinien nicht festzustellen ist, daß sie bei Verkaufsverhandlungen im Regelfall einen erheblichen eigenen Entscheidungsspielraum haben«; die Höhe des Umsatzes oder des Werbeetats sei als solche nicht entscheidend (BB 1975, S. 279). Als leitender Angestellter wurde demgegenüber der Grubenfahrsteiger im Bergbau eingestuft (BB 1975, S. 326).

150 BAG BB 1975, S. 327.

151 BT-Drucksache 7/2172.

152 Dazu *Däubler*, Mitbestimmung – Ein Fall für Karlsruhe? FAZ vom 1. 3. 1975, S. 13.

vom BAG eröffneten Spielraum systematisch für eine »weite« Abgrenzung der Gruppe der leitenden Angestellten nutzen, da dann in der Tat eine weitere Aufspaltung der Belegschaft möglich wäre und der Sprecherausschuß zum Konkurrenzorgan des Betriebsrats würde. Einen »Ausweg« hat das BAG freilich den Unternehmern für den Fall gelassen, daß der Regierungsentwurf zur Mitbestimmung Gesetz werden sollte: Während in den davon allein betroffenen Großunternehmen wegen der notwendigen Aufteilung unternehmerischer Funktionen die Zahl der Leitenden relativ klein sein wird (mit der Folge, daß die »Arbeitgeberorientierung« dieser Gruppe außer Zweifel steht), kann sie bei kleineren und mittleren Unternehmen einen sehr viel größeren Prozentsatz der Gesamtbelegschaft ausmachen und damit einer Aufteilung der Arbeitnehmerschaft Vorschub leisten. Auch aus diesem Grund ist die prinzipiell positive Bewertung der Rechtsprechung zu den leitenden Angestellten vorläufig noch mit einem gewissen Fragezeichen zu versehen.

5. Die Verbindung des Betriebsrats mit der Gewerkschaftsbewegung hängt gerade bei »schwachen«, relativ wenig Rückhalt besitzenden Betriebsräten davon ab, inwieweit hauptamtliche Gewerkschaftsfunktionäre den Betrieb betreten und den betrieblichen Arbeitnehmervertretern unterstützend zur Seite stehen können¹⁵³. Das BAG hat sich in einem Beschluß vom 26. 6. 1973¹⁵⁴ zu dem erstmals gesetzlich geregelten gewerkschaftlichen Zugangsrecht geäußert und dabei »Kompromißformeln« benutzt, die im Grunde alles offen lassen¹⁵⁵. Auf der einen Seite hat es ein generelles Zugangsrecht auch im Hinblick auf das Zusammenarbeitsgebot des § 2 I BetrVG abgelehnt, auf der anderen Seite jedoch den Zutritt nicht nur auf die Wahrnehmung einer im BetrVG vorgesehenen Aufgabe, sondern auch auf Fälle erstreckt, »die in einem inneren Zusammenhang mit dem BetrVG stehen und an deren Lösung die Gewerkschaft ein berechtigtes Interesse hat«¹⁵⁶. Wie dieser »innere Zusammenhang« beschaffen ist, wird in keiner Weise deutlich; ein Gespräch über Probleme der Anwendung eines Tarifvertrags erfüllt diese Voraussetzung nach Ansicht des BAG jedenfalls nicht. Ob dem zuzustimmen ist, erscheint reichlich zweifelhaft, da nach § 2 I BetrVG die Zusammenarbeit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat im Zusammenwirken mit den im Betrieb vertretenen Gewerkschaften »unter Beachtung der geltenden Tarifverträge« erfolgen muß und die Anwendung oder Mißachtung von Tarifverträ-

153 Wenig realistisch *Schwerdtner*, JZ 1974, S. 458, der davon spricht, bei dem Streit um das Zugangsrecht werde ein »völlig hypothetischer Notstand geprobt«.

154 AP Nr. 2 zu § 2 BetrVG 1972 = JZ 1974, S. 454 = AuR 1974, S. 157 mit ablehnender Anmerkung *Becker*.

155 Insofern zutreffend *Becker*, AuR 1974, S. 159 und *Schwerdtner*, JZ 1974, S. 456.

156 S. Fn. 154.

gen die Gewerkschaft zur Stellung eines Antrags nach § 23 BetrVG – und damit zur Ausübung einer konkreten betriebsverfassungsrechtlichen Befugnis – berechtigt¹⁵⁷. Im Ergebnis ist der BAG-Beschluß eher als Rückschritt einzustufen, wirkt doch die durch ihn nicht beseitigte bzw. erst geschaffene Rechtsunsicherheit einseitig zu Lasten von Betriebsrat und Gewerkschaften, die nur ausnahmsweise das Risiko eines mit ungewissen Erfolgsaussichten verbundenen Prozesses eingehen¹⁵⁸. Auch wäre es in künftigen Streitfällen durchaus von Interesse, den in anderem Zusammenhang so viel beschworenen Paritätsgrundsatz heranzuziehen und dem unbestrittenen Zugangsrecht der Vertreter von Arbeitgeberverbänden eine ebenso weitgehende Befugnis der Gewerkschaften gegenüberzustellen¹⁵⁹.

Nur scheinbar »gewerkschaftsfreundlich« ist weiter eine Entscheidung, die jeder im Betrieb vertretenen Gewerkschaft das Recht einräumt, die Wahl des stellvertretenden Betriebsratsvorsitzenden anzufechten¹⁶⁰. Die Ausdehnung des § 19 BetrVG auf diesen Fall wirkt sich in der Praxis einseitig zugunsten von Minderheitengewerkschaften aus, denen es auf diese Weise ermöglicht wird, das Gruppenprinzip des § 26 I u. II BetrVG auch gegen den Willen der Mehrheit durchzusetzen. Daß das BAG nicht etwa eine allgemeine Kontrollfunktion der Gewerkschaft gegenüber dem Betriebsrat etablieren wollte, zeigt die ausdrückliche Ablehnung jeder Anfechtungsbefugnis in bezug auf »interne Geschäftsführungsmaßnahmen«¹⁶¹. »Konsequent« wird daher auch das Antragsrecht der Gewerkschaft in § 23 III BetrVG auf Fälle beschränkt, in denen ein wenigstens mittelbarer Eingriff in die gewerkschaftlichen Befugnisse nach dem BetrVG in Frage steht¹⁶² – eine vom Wortlaut in keiner Weise gedeckte Einschränkung der sowieso nur bescheidenen Sanktionsmöglichkeiten gegen den Arbeitgeber¹⁶³.

157 Ablehnend auch *Birk*, ZfA 1974, S. 457.

158 Dies erklärt sich u. a. damit, daß ein Prozeßverlust das moralische Ansehen der Arbeitnehmervertretung mindert und überdies die Vorstellung weit verbreitet ist, der Arbeitgeber sitze eben doch »am längeren Hebel« und könne in anderem Zusammenhang dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft »eins auswischen«. Eine exakte empirische Aufarbeitung dieses Sachverhalts ist freilich noch nicht erfolgt. Den Mangel an empirischen Daten im Arbeitsrecht kritisiert zutreffend *Joachim*, Die gesellschaftspolitische Funktion des Arbeitsrechts, Vortrag, gehalten am 10. April 1972 bei der Hochschulwoche für staatswissenschaftliche Fortbildung in Bad Nauheim, Bad Homburg–Berlin–Zürich, Sonderdruck, S. 5 ff.

159 S. auch die eingehende Untersuchung vom *Kremp*, Das Zugangsrecht der Gewerkschaftsbeauftragten zum Betrieb nach dem BetrVG 1972, AuR 1973, S. 193 ff.

160 BAG AP Nr. 1 zu § 19 BetrVG 1972.

161 Kritisch auch *Dietz-Richardi* § 26 Rn 29, 30.

162 BAG BB 1974, S. 368 = AP Nr. 4 zu § 40 BetrVG 1972.

163 Ablehnend mit Recht *Birk*, ZfA 1974, S. 472.

III. Gesamteinschätzung

Die Rechtsprechung zum BetrVG 1952 bestätigte zunächst voll die Ergebnisse, die die Analyse der Entscheidungen zur gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit erbracht hatte: Das BAG verhielt sich ablehnend gegenüber jeder Form kollektiver Interessenwahrung, indem es die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats restriktiv, den Tendenzschutz jedoch extensiv interpretierte und durch Betonung des Gruppenprinzips eine Solidarisierung innerhalb der gesamten Belegschaft erschwerte. Die bei der Mitbestimmung in wirtschaftlichen Angelegenheiten zu verzeichnende Ausnahme dürfte daher rühren, daß in den hierbei erfaßten Fällen der Betriebsänderungen und Stilllegungen die Gefahr »großer«, die gesamte Wirtschaftsstruktur problematisierender Konflikte besteht, denen durch möglichst frühzeitige Einschaltung des Betriebsrats begegnet werden soll. Ähnlich wie bei der Beteiligung an der Verhängung von Betriebsbußen wird die Rechtsstellung des Betriebsrats gerade zu dem Zweck verstärkt, spontane Rebellionen und Solidarisierungen gegen die Politik der Geschäftsleitungen zu verhindern, die bei »gewöhnlichen«, im betrieblichen Alltag vorkommenden Auseinandersetzungen längst nicht in demselben Maße drohen. Immerhin war denkbar, daß sich durch ansatzweise Politisierung der Belegschaften die »gefährlichen« Konfliktsfelder erweiterten, was voraussichtlich eine großzügigere Interpretation der gesetzlichen Mitbestimmungsrechte zur Folge gehabt hätte. In diesem Rahmen ist auch die vom BAG bejahte Möglichkeit tariflicher Erweiterung von Betriebsratsbefugnissen zu sehen, die ihrer relativ geringen praktischen Tragweite wegen¹⁶⁴ in der Vergangenheit toleriert werden konnte und jetzt eine Anpassung an die jeweiligen konkreten Bedürfnisse zur Sicherung des Betriebsfriedens erlaubt.

Die Rechtsprechung zum neuen Recht weicht in nicht ganz unbeträchtlichem Umfang von diesen Grundsätzen ab. Die deutlich restriktive Interpretation der Mitbestimmungsrechte ist einer flexibleren, eher betriebsratsfreundlichen Auslegung gewichen, obwohl insoweit eine endgültige Einschätzung erst möglich ist, wenn der Katalog des § 87 BetrVG einigermaßen vollständig »durchgeprüft« sein wird. Einige Nuancen zurückhaltender ist die Rechtsprechung zu den Bestimmungen, die die Betriebsratsarbeit effektivieren wollen; soweit ersichtlich, hat es nirgendwo »Überraschungen« zugunsten einer betriebsratsfreundlichen Auslegung gegeben. Die zahllosen Entscheidungen zur Schulung und Fortbildung nach § 37 VI u. VII wirken in der Praxis restriktiver als man dies nach Lektüre der

¹⁶⁴ Nachweise zur Tarifpraxis bei *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 94 ff.

BAG-Rechtsprechung annehmen sollte; auch wer sie wörtlich nimmt, erkennt, daß allen Bildungsinhalten konsequent der Kampf angesagt wird, die ein Ausbrechen aus der sozialpartnerschaftlichen Rolle des Betriebsrats und eine stärkere Verankerung in der Gewerkschaftsbewegung nahelegen könnten. Soweit diese Grenze beachtet wird, ist das BAG durchaus zu einer maßvollen Stärkung der Betriebsräte bereit, was u. a. die Rechtsprechung zur Kostentragungspflicht bei § 37 VI BetrVG und zum Freistellungsverfahren zeigt. Während die Judikate zu den leitenden Angestellten noch nicht endgültig eingeschätzt werden können (aber immerhin mehr Anhaltspunkte für eine positive als für eine negative Entwicklung bieten) blieb das Verhältnis von Betriebsrat und Gewerkschaften unverändert. Der gewerkschaftliche Einfluß im Betrieb soll nach Möglichkeit kleingehalten, die Eigenständigkeit des Betriebsrats betont werden. Soweit eine »Eliminierung« der Gewerkschaft ausscheidet, wird sie unter dem bei § 37 VI angeführten Stichwort »der betriebsverfassungsrechtlichen Hilfsfunktion« den wirtschaftsfriedlichen Regeln des BetrVG unterworfen, wobei man sich keinerlei Gedanken über den ihr dabei zugemuteten Rollenwiderspruch macht. Zusammengefaßt läßt sich die Feststellung treffen, daß das BAG der Tendenz nach eine relative Stärkung der Betriebsräte mit einer konsequenten Verteidigung ihres auf betriebliche, nichtgewerkschaftliche Sozialpartnerschaft gerichteten Grundcharakters verbindet.

Die darin liegende »Liberalisierung« mag ihre Ursache einmal in der augenblicklichen parlamentarischen Konstellation haben, die es gestattet, offensichtliche Fehlinterpretationen im Wege der Umformulierung des Gesetzeswortlauts zu korrigieren; zum andern dürfte die veränderte allgemein-politische Situation einen nicht zu unterschätzenden Einfluß ausüben, da die Forderung nach Mitbestimmung in der ganzen Gesellschaft mit sehr viel mehr Nachdruck erhoben wird, so daß das Ansehen des BAG und die Durchsetzungskraft seiner Urteile darunter leiden müßten, wollte es die in der Restaurationsperiode der 50er Jahre entwickelten Grundsätze unverändert beibehalten. Setzt sich die auf mehr Demokratie in den Betrieben gerichtete Bewegung fort, so ist durchaus mit einer noch »betriebsratsfreundlicheren« Rechtsprechung zu rechnen. Wenn aus gesamtgesellschaftlichen Gründen der Mitbestimmungsforderung entgegengekommen werden muß, dann wird das BAG sehr viel eher die Betriebsvertretungen stärken als die Tarifautonomie zu effektivieren, hat doch das BetrVG durch die Bindung an das Betriebswohl, das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit, das Arbeitskampfverbot und das Verbot parteipolitischer Betätigung dafür gesorgt, daß sich die Arbeit der Betriebsräte im Rahmen der bestehenden, am Profitinteresse ausgerichte-

ten Ordnung abspielt. Vergleichbare »Sicherungen« fehlen im Bereich gewerkschaftlicher Betätigung oder mußten erst durch die Rechtsprechung mühevoll konstruiert werden. Trotz der m. E. sogar wahrscheinlichen Stärkung des Betriebspartners wird das BAG den »Sozialpartner« daher weiterhin mit einem juristischen Korsett umgeben, das ihm nur noch minimale Bewegungsfreiheit läßt, wäre er doch als einziger in der Lage, die Herrschaft der Unternehmer über Sachen wie über Menschen ernsthaft zu erschüttern.

IV. Anhang:

Die Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat

Die Rechtsprechung zur Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat nach §§ 76 ff. BetrVG 1952 ist unter zwei Gesichtspunkten von mehr als rechtstechnischem Interesse: Zum einen geht es um das Wahlverfahren im Konzern, zum andern steht die Rückbindung der Arbeitnehmervertreter an die Belegschaft infrage.

Das BAG vertritt in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt, bei der Wahl zum Aufsichtsrat einer herrschenden Konzerngesellschaft stehe der erste Sitz notwendigerweise einem Arbeitnehmer des herrschenden, der zweite Sitz notwendigerweise einem Arbeitnehmer des abhängigen Unternehmens zu¹⁶⁵. Zur Begründung beruft es sich darauf, eine Majorisierung der bei der Konzernspitze Beschäftigten durch die Belegschaft des abhängigen Unternehmens müsse vermieden werden. Eine Ausnahme, d. h. eine Wahl nach dem reinen Mehrheitsprinzip läßt es nur zu, wenn die Zahl der Wahlberechtigten des herrschenden Unternehmens in einem krassen Mißverhältnis zur Arbeitnehmerzahl des beherrschten Unternehmens steht – eine Voraussetzung, die allerdings weder bei einem Verhältnis von 1000:23000¹⁶⁶ noch bei einer Relation von 118:8500¹⁶⁷ angenommen wurde. Abgesehen von zahlreichen rechtsdogmatischen Bedenken, die gegen diese Entscheidungen ins Feld geführt werden können¹⁶⁸, verdienen sie Kritik im Hinblick auf ihre rechts- und gesellschaftspolitischen Auswirkungen: Sie begünstigen im Regelfall in außerordentlich starkem Umfang die bei der Konzernspitze beschäftigten Arbeitnehmer, die typi-

165 BAG AP Nr. 2, 3, 10, 13, 15 u. 18 zu § 76 BetrVG 1952.

166 BAG AP Nr. 10 zu § 76 BetrVG 1952.

167 BAG AP Nr. 18 zu § 76 BetrVG 1952.

168 Vgl. die zutreffende Kritik bei *Kittner*, Die Wahl der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat nach dem BetrVG, Köln 1972, Rn 403 ff.

scherweise mit gehobenen Angestelltentätigkeiten betraut sind und einen relativ schwachen gewerkschaftlichen Organisationsgrad aufweisen. Von erheblicher praktischer Bedeutung ist die Möglichkeit zur Information der Belegschaft, kann doch von »Mitbestimmung« nur dann die Rede sein, wenn die »Mitbestimmenden« nicht nur ihren Repräsentanten einen Blankoscheck erteilen, sondern selbst über das Geschehen im Aufsichtsrat wenigstens in Umrissen informiert sind. Zwar sieht das geltende Recht keine Rechenschaftspflicht der Arbeitnehmervertreter vor, doch wäre immerhin daran zu denken, wenigstens eine freiwillige Unterrichtung zuzulassen. Hier setzt nun die BAG-Rechtsprechung ein. In einem 1967 ergangenen Beschluß schließt es einmal den naheliegenden Weg einer Verteilung von Informationsbriefen über die Betriebsräte aus, da diese hierfür nicht zuständig seien¹⁶⁹; ob die Arbeitnehmervertreter selbst eine entsprechende Initiative ergreifen können, blieb unentschieden. Zum zweiten ist die aus dem Aktienrecht folgende Schweigepflicht zu beachten, deren genauer Umfang außerordentlich kontrovers ist¹⁷⁰. Ihre objektive Verletzung soll zwar nach einer weiteren Entscheidung des BAG weder eine ordentliche noch gar eine außerordentliche Kündigung unternehmensangehöriger Arbeitnehmervertreter rechtfertigen, doch gilt anderes bei einem schuldhaften Verstoß, der allerdings angesichts der ungeklärten Rechtslage in der Regel abgelehnt wird¹⁷¹. Diese beifallswerten Ausführungen werden anschließend jedoch weithin entwertet, wenn das BAG ausführt: »Wenn schon ein Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat Kenntnisse, die er in dieser Eigenschaft erlangt hat, an Dritte weitergibt, dann muß er genau und vollständig berichten und darf keine sachlich unbegründeten Bedenken äußern, die den Betriebsfrieden gefährden und das Ansehen des Unternehmens in der Öffentlichkeit schädigen können. Eine Verletzung dieser Pflicht kann als Störung im Vertrauensbereich die außerordentliche oder die ordentliche Kündigung rechtfertigen.« Ob eine genaue und vollständige Information, die vielleicht gerade mit Rücksicht auf ihre Präzision Unruhe im Betrieb erzeugt, zulässig ist, bleibt nach dem Wortlaut dieses Leitsatzes ungeklärt, doch besteht die Gefahr, daß Aufsichtsratsmitglieder wegen des nicht auszuschließenden Risikos auf jede Unterrichtung der Belegschaft verzichten werden und damit eine demokratische Kontrolle von vorneherein im Keime erstickt ist¹⁷².

169 BAG AP Nr. 1 zu § 69 BetrVG = AuR 1967, S. 61 mit kritischer Anmerkung *Herschel*.

170 S. dazu die grundlegende Arbeit von *Kittner*, Unternehmensverfassung und Information – Die Schweigepflicht von Aufsichtsratsmitgliedern, ZHR 136 (1972), S. 208–251. Vgl. weiter *Zachert*, AuR 1974, S. 254 ff.

171 BAG DB 1974, S. 1067 = BB 1974, S. 739 = AuR 1974, S. 380 ff. mit Anmerkung *Hensche*.

172 Kritisch insoweit auch *Hensche*, AuR 1974, S. 383.

§ 5: Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen im Individualarbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht?

I. Vorbemerkung

Der Schwerpunkt der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung liegt auf Fragen des Individualarbeitsrechts; rund 85 Prozent aller in AP veröffentlichten Entscheidungen lassen sich diesem Gebiet zuordnen. In signifikantem Gegensatz dazu konzentriert sich das wissenschaftliche Interesse auf Arbeitskampf-, Tarifvertrags- und Betriebsverfassungsrecht; die zahllosen das Einzelarbeitsverhältnis regelnden Gesetze scheinen für übergreifende Systematisierungsversuche relativ unergiebig zu sein. Auch die (wenigen) kritischen Stimmen haben bisher fast nur einen Aspekt behandelt: Der aus dem Faschismus überkommenen Konstruktion des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses wurde die Realität der Aneignung des Mehrwerts durch das Kapital¹ und die Existenz damit gegebener antagonistischer Widersprüche entgegengestellt². So berechtigt diese Kritik als solche ist – es wäre sinnlos, nur diese Erscheinungsform des Denkens in Betriebs-, Volks- und Arbeitsgemeinschaften zu kritisieren oder gar von der Beseitigung der bloßen Ideologie eine wesentliche Verbesserung der Stellung des Arbeitnehmers zu erwarten. Mit einigem juristischem Geschick lassen sich nämlich die aus dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis abgeleiteten Verpflichtungen der Arbeitsvertragsparteien auch als schuldrechtliche Nebenpflichten konzipieren, die kraft der allgegenwärtigen Generalklausel des § 242 BGB die jeweils gewünschte Intensität annehmen können³. Umgekehrt wäre es auch denkbar, daß sich sozialer Fortschritt unter dem Mantel des Gemeinschaftsdenkens vollzieht, daß man etwa aus dem personenrechtlichen Charakter des Arbeitsverhältnisses sowie aus der daraus folgenden persönlichen Verbundenheit mit der jeweiligen betrieblichen Umwelt einen umfassenden Schutz gegen Versetzungen und Kündigungen oder einen Anspruch auf Gewinnbeteiligung ableitet⁴. Die Verwendung dieser Figur läßt daher

1 Bildhaft *Geffken*, DuR 1973, S. 111: »Wir hatten gesehen: Zweck der kapitalistischen Produktion ist die Erzielung von Mehrwert. Arbeiter und Kapitalist gründen also eine Gemeinschaft zur Erzielung von Mehrwert. ›Arbeitsteilung‹: Die Arbeiter schaffen den Mehrwert, der Kapitalist kassiert ihn. In dieser ›Gemeinschaft von Kapital und Arbeit‹ werden Wesen und Funktion bürgerlicher Ideologie gleichermaßen deutlich: Sie ist ›gesellschaftliche Rechtfertigungslehre‹.«

2 *Hoffmann*, Rechtsfortschritt, S. 36 ff.

3 Ein Beispiel hierfür bietet *Schwerdtner*, Fürsorgetheorie und Entgelttheorie, dessen Ergebnisse sich entweder mit denen der herrschenden Meinung decken oder die auch auf der Basis eines personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses begründbar wären.

4 Versuche dieser Art wurden bisher nie unternommen, hätten aber zumindest die Funktion, den Ausgangspunkt zu problematisieren.

keine sicheren Rückschlüsse auf die (objektive) Interessenbindung der Rechtsprechung zu, sondern ermöglicht allenfalls Einsichten in das (subjektive) Gesellschaftsbild der entscheidenden Personen, das uns im vorliegenden Zusammenhang nicht interessieren soll.

Um die bisher versuchte Analyse zu vervollständigen, ist es daher notwendig, die Ergebnisse der wichtigsten BAG-Entscheidungen an den oben skizzierten Interessen von Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu messen. Wird – so lautet die entscheidende Frage – wenigstens dem einzelnen Arbeitnehmer das gegeben, was durch kollektive Interessenwahrung nicht erreichbar ist? Wird vielleicht sogar versucht, durch mehr Lebensstandard und mehr Sicherheit für den einzelnen der Gewerkschaftsbewegung den Wind aus den Segeln zu nehmen, vergleichbar dem Vorgehen *Bismarcks*, die Unterdrückung der Sozialdemokratie mit der Einführung der Sozialversicherung zu verbinden? *Kahn-Freunds* Analyse hatte für die Rechtsprechung des RAG ein entsprechendes Ergebnis erbracht⁵; besteht nicht aller Grund zu der Annahme, daß sich insoweit nichts geändert hat? Beginnen wir mit der Bestimmung der Arbeitnehmerpflichten (II) und der für ihre Verletzung entwickelten Sanktionen (III) einschließlich der auch anderen Zwecken dienenden Kündigung (IV). Der darauf folgende Abschnitt wird der Sicherung materieller Ansprüche des Arbeitnehmers (V) sowie seiner immateriellen Interessen (VI) gewidmet sein, ehe zum Abschluß die Behandlung arbeitsschutzrechtlicher Normen durch das BAG untersucht werden soll (VII).

II. Die Pflichten des Arbeitnehmers

1. Der Arbeitnehmer ist zur Arbeit verpflichtet. Diese aus § 611 BGB folgende Selbstverständlichkeit wird in der Rechtsprechung des BAG dahingehend konkretisiert, daß der einzelne »unter angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten« arbeiten muß⁶. Wird im Tarifvertrag als Ausgangspunkt für die Prämienberechnung eine »Normalleistung« zugrundegelegt, so verletzt der Arbeitnehmer seinen Arbeitsvertrag, wenn er sich mit dieser Leistung begnügt, obwohl er 2 Jahre lang ohne gesundheitliche Schäden bessere Resultate erzielt hatte⁶. Die Verpflichtung, das individuell Mögliche zum Arbeitserfolg beizutragen, trifft auch die Schwangere⁷; bewußte Zurückhaltung der Arbeitskraft kann bei ihr zu Lohnminderung führen⁸.

5 *Kahn-Freund*, in: Arbeitsrecht und Politik, S. 194 ff., 205 ff.

6 BAG AP Nr. 27 zu § 123 GewO.

7 BAG AP Nr. 3 zu § 11 MuSchG.

8 S. Fn. 7.

2. Zur Arbeits- tritt die Treupflicht als die aus dem personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis abgeleitete umfassende Verpflichtung, die Interessen des Arbeitgebers im Betrieb wie auch in der Freizeit zu wahren und jede schädigende Handlung zu unterlassen⁹. Im einzelnen hat das BAG daraus eine Reihe von Sekundärpflichten abgeleitet: So muß ein leitender Angestellter andere Arbeitnehmer überwachen, wenn dies die Umstände, insbesondere der Verdacht von Unregelmäßigkeiten nahelegen⁹. Daß dies zu einer Atmosphäre gegenseitigen Mißtrauens führen und in eine Pflicht zur Denunziation von Kollegen ausarten kann, hat das Gericht in seinen Gründen nicht bedacht, obwohl nicht einmal eine völlig eindeutige Begrenzung auf leitende Angestellte vorgenommen wurde. Entgegen dem ersten Anschein spricht auch die in einem anderen Fall¹⁰ bestätigte Kündigung eines Denunzianten nicht gegen diese Folgerung, da das BAG dort ausdrücklich auf die Weitergabe einer in privatem Kreis gefallenen Äußerung abstellte und eine legitime Durchbrechung selbst der Privatsphäre für den Fall einräumte, daß »ein Kollege von den Plänen eines andern Kollegen erfährt, die Verfassung zu untergraben«. Der Werkschutz könnte danach Geheimagenten zur Bekämpfung politisch besonders mißliebiger Personen einsetzen – eine nicht eben attraktive Vorstellung, die im BAG-Urteil selbstredend mit keinem Wort erwähnt wird.

Zur Treue gehört nicht nur die Pflicht zur Überwachung der Kollegen, sondern gegebenenfalls auch die Unterwerfung unter ein Machtwort des Arbeitgebers. Streiten sich zwei Arbeitnehmer, so sind sie verpflichtet, einen Vermittlungsvorschlag des Unternehmers anzunehmen, »der für beide Teile annehmbar ist oder wenigstens vom Arbeitgeber bei unparteiischer Einstellung als annehmbar angesehen werden kann«¹¹. Erhebt ein Arbeitnehmer dennoch Privatklage, so stört er damit den Betriebsfrieden, was seine Kündigung jedenfalls nicht an § 138 BGB scheitern läßt¹¹.

Treue fordert weiter Verschwiegenheit. Der Arbeitnehmer ist »gehalten, über Dinge, die er aufgrund des Arbeitsverhältnisses erfährt, Verschwiegenheit zu wahren, soweit an ihrer Geheimhaltung ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers besteht«¹². Von dieser Pflicht wird er auch dann nicht frei, wenn er ein eigenes berechtigtes Interesse an der Weitergabe der »geheimen« Tatsachen hat. Nur im Einzelfall, d. h. unter Abwägung aller Umstände muß der Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht den Arbeitnehmer von der Schweigepflicht entbinden. Daß damit nicht gerade

9 BAG AP Nr. 5 zu § 611 BGB Treupflicht. Ähnlich für die Mitglieder einer Akkordgruppe untereinander BAG BB 1974, S. 1208.

10 BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung.

11 BAG AP Nr. 5 zu § 242 BGB Kündigung.

12 BAG AP Nr. 1 zu § 611 BGB Schweigepflicht.

großzügig verfahren wird, zeigt ein Urteil aus dem Jahr 1969¹³, wo das entsprechende Begehren des Arbeitnehmers abgelehnt wurde; er sei nicht berechtigt, seinen Anwalt zu informieren, um einen Schadensersatzprozeß gegen den Arbeitgeber zu führen, da der Anspruch zwar schlüssig vorgetragen sei, jedoch nicht alle materiell-rechtlichen Voraussetzungen vorliegen würden. Setzt man diesen Grundsatz in die Praxis um, so bedeutet das, daß der einzelne Arbeitnehmer selbst, ohne Inanspruchnahme eines Anwalts, die Begründetheit seiner Klage abschließend beurteilen muß, da sonst sein Verlangen auf Entbindung von der Schweigepflicht von vornherein zum Scheitern verurteilt ist. Dies befriedigt um so weniger, als der Anwalt als Organ der Rechtspflege seinerseits einem durch § 300 StGB sanktionierten Schweigegebot unterliegt und der Geheimnisschutz praktisch gar keine Rolle mehr spielt, wenn es um Auskünfte über persönliche Verhältnisse des Arbeitnehmers gegenüber einem neuen Arbeitgeber geht¹⁴.

Zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers gehört weiter die Unterlassung von Wettbewerb. Obwohl § 60 HGB eine entsprechende Pflicht nur für Handlungsgehilfen vorsieht, erblickte das BAG in dieser Vorschrift den Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, der für alle Arbeitnehmer gleichermaßen gelte¹⁵. Was für den normalen Arbeitnehmer nur selten praktisch wird, kann für den aktiven Ruheständler große Bedeutung gewinnen. Nach BAG trifft auch ihn eine – wenngleich geminderte – Treupflicht, die es ihm verbietet, »im Wirkungsbereich seines bisherigen Arbeitgebers hauptberuflich für einen Konkurrenten seines früheren Arbeitgebers zu arbeiten«¹⁶. Als Sanktion für einen Verstoß kann in der betrieblichen Ruhegeldordnung, deren Inhalt ja der Unternehmer weithin allein bestimmt, die Verwirkung der betrieblichen Altersrente festgesetzt werden. Ein Verstoß gegen das im HGB enthaltene Verbot einer unentgeltlichen Karenzklausel liege nicht vor, da das »normale«, dort geregelte Wettbewerbsverbot mit einer Schadensersatzpflicht für jeden Fall der Zuwiderhandlung verbunden sei, hier jedoch nur eine »Rechtspflicht mit milderer Sanktion« vorliege. Wie wenig zwingend dieses Ergebnis war, zeigt eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs¹⁷, der für eine in einem

13 BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB Schweigepflicht.

14 BAG AP Nr. 1 zu § 630 BGB: Der Arbeitgeber ist auch zu Auskünften berechtigt, die dem Arbeitnehmer schaden.

15 BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Treupflicht.

16 BAG AP Nr. 109 zu § 242 BGB Ruhegehalt. Die Entscheidung behält auch unter der Geltung des Betriebsrentengesetzes vom 21. 12. 1974 (BGBl I S. 3610) Bedeutung, da die Frage des Widerrufs von Versorgungszusagen ausgeklammert blieb (vgl. *Höhne*, Beilage 1/1975 zum BB, S. 3).

17 BGH AP Nr. 151 zu § 242 BGB Ruhegehalt.

frei ausgehandelten Geschäftsführungs- oder Beratungsvertrag enthaltene Altersrente jede Verwirkung wegen schädigenden Wettbewerbs ausschloß. Mit Recht haben *Hanau-Adomeit* darauf hingewiesen, daß man dieselbe Sicherung, die man einem »starken« Arbeitnehmer mit Verhandlungsmacht einräume, auch dem »schwachen« gewähren müsse¹⁸.

Treue verlangt schließlich auch außerdienstliches Wohlverhalten. Das bedeutet einmal, daß der Arbeitnehmer jede politische Betätigung unterlassen muß, die das »Arbeitsverhältnis konkret berührt«, d. h. die den Interessen des Arbeitgebers oder seiner Branche zuwiderläuft. Ohne Bedeutung ist, ob es sich dabei um legale Betätigungen einer politischen Partei – etwa im Rahmen eines Wahlkampfes – handelt¹⁹; das Problem der Chancengleichheit zwischen Parteien, die im wesentlichen Unternehmerinteressen repräsentieren, und solchen, die sich an Arbeitnehmerinteressen ausrichten, wird trotz entsprechender Urteile des Bundesverfassungsgerichtes überhaupt nicht erwähnt²⁰. Daß die Freizeit hier plötzlich zum Gegenstand arbeitsrechtlicher Normierung wird, daß nicht mehr nur die Demokratie am Werktor endet, sondern umgekehrt die betriebliche Herrschaft auf das politische Leben ausstrahlt – das taucht erst recht nicht einmal als möglicher Gesichtspunkt in der Argumentation des BAG auf.

Pflicht zu außerdienstlichem Wohlverhalten bedeutet zweitens, daß seinen Arbeitsplatz riskiert, wer zu 6 Monaten Freiheitsstrafe mit Bewährung verurteilt wird. In dem vom BAG entschiedenen Fall²¹ hatte ein in einem Ausbesserungswerk der Deutschen Bundesbahn beschäftigter Schlosser zwei vollendete Abtreibungen und eine Beihilfe zur versuchten Abtreibung begangen. Obwohl er seit über 10 Jahren bei der Deutschen Bundesbahn tätig gewesen war und seine Arbeit nie zu Beanstandungen Anlaß gegeben hatte, bestätigte das BAG die Kündigung, da jedenfalls bei einem öffentlichen Bediensteten besonders hohe Anforderungen an das außerdienstliche Verhalten zu stellen seien. Deshalb hielt es das BAG auch für völlig irrelevant, daß die Straftaten keinen Rückschluß auf etwaiges künftiges Fehlverhalten im Dienst zuließen; auch die Interessenabwägung fiel zu Lasten des Schlossers aus, da er inzwischen eine Tätigkeit als Hilfsarbeiter gefunden hatte.

3. Arbeitspflicht und Treupflicht werden durch die Verpflichtung ergänzt,

18 *Hanau-Adomeit*, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1973, S. 162.

19 BAG AuR 1973, S. 218 ff. Dazu auch *Däubler*, Die Quelle 1975, S. 219 ff.

20 BVerfGE 8, 69: Verstoß unbeschränkter steuerlicher Abzugsfähigkeit von Parteispenden gegen den Gleichheitssatz, da durch eine solche Regelung die vermögenden Bürger relativ mehr begünstigt wären.

21 BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung.

Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers zu dulden. Dazu gehört einmal die aus dem Direktions- und Hausrecht abgeleitete »selbstverständliche« Überwachungsbefugnis des Vorgesetzten sowie die allseits anerkannte Torkontrolle²². Zum zweiten – und hier setzt die Rechtsprechung des BAG ein – sind auch maschinelle Überwachungssysteme nicht ausgeschlossen. Dazu zählt einmal der bereits oben²³ beschriebene Produktograph²⁴, der der Kontrollstelle in jedem Moment den Grund des Stillstands der Maschine anzeigt und damit auch die Feststellung ermöglicht, ob der einzelne wirklich »unter angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fähigkeiten«²⁵ tätig ist oder ob er etwa inoffizielle Verschnaufpausen einlegt. Eine neuere Entscheidung²⁶ hat jedenfalls von ihrem Ergebnis her diese Tendenzen verstärkt: Sie erklärte die Einrichtung einer sogenannten Aufschaltanlage für rechtmäßig, die einzelne Anschlußinhaber, in concreto: die Behördenspitze in die Lage versetzte, sich jederzeit in die Telefongespräche der anderen Bediensteten einzuschalten. Voraussetzung war lediglich, daß für ein von ihnen beabsichtigtes Dienstgespräch keine Leitung frei war und daß bei der »Zwischenschaltung« ein Geräusch entstand, das den Betroffenen auf die »Unterbrechung« aufmerksam machte. Der Eingriff in das Fernsprecheheimnis ist offenkundig, da es nicht immer möglich sein wird, ein Gespräch sofort zu beenden und überdies schon die Möglichkeit des jederzeitigen Knackens im Telefon die Unbefangenheit der Gesprächsführung beeinträchtigen kann. Der vom BAG gezogene Vergleich mit dem Vorgesetzten, der plötzlich das Zimmer betritt, verkennt die vom Gericht sonst so gern beschworene Lebenswirklichkeit: Da der Vorgesetzte hier nur einen Teilnehmer »überwacht«, ist es relativ einfach, unter einem Vorwand dem Gespräch eine Wendung zu geben, die mit seinem bisherigen Inhalt nichts zu tun hat, und so die Diskretion zu wahren. Hört dagegen der Vorgesetzte beide Seiten, so wird er spätestens an der Reaktion des anderen Teils feststellen können, daß es offensichtlich um Dinge – etwa nichtdienstlicher Art – ging, die vor ihm geheimgehalten werden sollten. Der darin liegende Eingriff in das Fernsprecheheimnis wird auch nicht dadurch geringer, daß es nur zur Durchführung eines Gesprächs durch die Behördenspitze, nicht aber zu Kontrollzwecken erfolgen darf: Rein faktisch besitzt der Untergebene keinerlei Möglichkeit zur Nachprüfung, ob die Voraussetzung einer

22 Dazu LAG Mannheim AP Nr. 1 zu § 611 BGB Torkontrolle.

23 s. o. § 4 I.

24 BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG 1952 Ordnung des Betriebes.

25 So BAG AP Nr. 27 zu § 123 GewO.

26 BAG DB 1973, S. 972. Vgl. auch BAG BB 1974, S. 1164, das die Einführung von »Multimomentkameras« mitbestimmungspflichtig macht, aber keine prinzipiellen Einwände erhebt.

»Aufschaltung« vorlag, ganz abgesehen davon, daß es die Stellung in der Hierarchie in der Regel verbietet, den Vorgesetzten einer rechtswidrigen Handlung zu zeihen, auch wenn man deren Vorliegen zweifelsfrei kennt. Vom praktischen Resultat her gesehen läuft die BAG-Entscheidung darauf hinaus, dem Arbeitgeber diejenigen Rechte zur freien Disposition zu überlassen, von denen der Staat nur dann Gebrauch machen kann, wenn es die freiheitlich-demokratische Grundordnung erfordert²⁷. Der einzige Unterschied besteht darin, daß die Aufschaltung im einen Fall durch Geräusch erkennbar ist, während sie im andern erst nach abgeschlossener Überwachung mitgeteilt werden muß²⁸; ihn als entscheidend zu betrachten, würde voraussetzen, daß es unter keinen Umständen zufällige oder weniger zufällige technische Mängel geben kann, die das »Warngeräusch« in Wegfall bringen.

III. Allgemeine Sanktionen bei Pflichtverletzungen

Umfangreiche Pflichten und die Überwachung ihrer Einhaltung wären sinnlos, könnte nicht gegebenenfalls zu Sanktionen gegriffen werden. Das BGB sieht für die Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten Schadensersatz und Kündigung, nicht jedoch Lohnminderung vor; das BAG hat diese »Rechtsbehelfe« in vielerlei Hinsicht vervollkommenet.

1. Wie schon im Zusammenhang mit der betrieblichen Mitbestimmung erwähnt, läßt das BAG die Verhängung von Betriebsbußen bei »Arbeitsbummelei« und anderen Pflichtverletzungen zu²⁹. Die Begründung stützt sich allein auf § 56 I f BetrVG 1952 (= § 87 I Ziff. 1 BetrVG): »Wenn überhaupt Vorschriften über die Ordnung des Betriebes und das Verhalten der Arbeitnehmer erlassen werden können, so folgt aus der weiten Regelung des § 56 I f BetrVG und seines damit gegebenen Sinnes, daß dann auch Regelungen für den Fall des Verstoßes gegen die erlassenen Vorschriften möglich sind, also insbesondere Regelungen über Bußen. Denn Ziel des Betriebsbußwesens ist es, mit Hilfe der Verhängung von Bußen die Ordnung im Betrieb aufrechtzuerhalten. Das gilt nicht nur für die Schaffung der Bußordnung selbst, sondern auch für die Verhängung

27 Art. 10 II 2 GG: Beschränkungen dürfen nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Dient die Beschränkung dem Schutze der freiheitlich demokratischen Grundordnung oder des Bestandes oder der Sicherung des Bundes oder eines Landes, so kann das Gesetz bestimmen, daß sie dem Betroffenen nicht mitgeteilt wird und daß an die Stelle des Rechtswegs die Nachprüfung durch von der Volksvertretung bestellte Organe und Hilfsorgane tritt.

28 So BVerfG JZ 1971, S. 173 ff.

29 BAG AP Nr. 1 zu § 56 BetrVG Betriebsbußen.

einer Buße nach dieser Ordnung im Einzelfall. Es stehen stets Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb in Rede.« Diese Argumentation überzeugt nicht. Wäre es richtig, daß derjenige, der irgendwelche Verhaltensregeln aufstellt, grundsätzlich auch zur »Erfindung« neuer Sanktionen berechtigt ist, so könnte jeder Warenhersteller in seine AGBs »Bußen« für den Fall der Zuwiderhandlung gegen bestimmte Pflichten aufnehmen, ohne daß es sich dabei um einen pauschalierten Schadensersatz handeln müßte. Abgesehen davon spricht auch der in § 56 BetrVG 1952 bzw. § 87 I BetrVG vorangestellte Vorbehalt zugunsten anderweitiger gesetzlicher Regelung gegen das Ergebnis des BAG, da es entgegen seiner Auffassung sehr wohl ausdrückliche Normen zur Ahndung von Arbeitsbummelei gibt. So hat dasselbe Gericht in anderen Entscheidungen die (selbstverständliche) Auffassung vertreten, bei Schlechtleistung des Arbeitnehmers komme Kündigung und gegebenenfalls Schadensersatz, nicht jedoch Lohnminderung in Betracht³⁰. Der Hinweis auf die historische Entwicklung und auf die Entstehungsgeschichte des BetrVG 1952 fällt demgegenüber nicht ins Gewicht. Die schließlich zur Begründung herangezogenen Arbeitnehmerinteressen verdienen eine gewisse Hervorhebung, heißt es doch in diesem Zusammenhang: »Wie bereits . . . zum Ausdruck gekommen, verstößt das Institut der Betriebsbußen nicht einmal gegen die wohlverstandenen Interessen der davon betroffenen Arbeitnehmer selbst; sie müßten andernfalls eher mit dem Verlust des Arbeitsplatzes rechnen. Darüber hinaus wirkt sich das Betriebsbußwesen günstig für die Arbeitskameraden des davon Betroffenen aus. Durch Arbeitsbummelei werden auch jene in ihrer Arbeitsleistung und nicht selten, z. B. beim Leistungslohn der Gruppe, sogar in ihrem Arbeitsverdienst betroffen. Die Verhängung von Betriebsbußen kann also jedenfalls einem durchaus berechtigten Interesse des Betriebes wie auch der Belegschaft dienen.« Bei dieser »Beweisführung« wird einiges übersehen. Die Kündigung hängt in aller Regel nicht davon ab, ob die »mildere Sanktion« der Betriebsbuße zur Verfügung steht: Ein durchschnittlicher Unternehmer wird dann zur Entlassung schreiten, wenn er ohne jede Schwierigkeit eine Ersatzkraft findet, und er wird dann auf sie verzichten, wenn der Betroffene für die Produktionsvorgänge unentbehrlich oder der Arbeitsmarkt »leergefegt« ist. Das zusätzliche Mittel der Betriebsbuße hat allein für ihn den (beträchtlichen) Vorteil, auch gegen diejenigen Arbeitnehmer vorgehen zu können, bei denen eine Kündigung in seinem Interesse ausscheidet und die ihm auch keinen nachweisbaren Schaden zugefügt haben. Von einem Nutzen für

30 BAG AuR 1971, S. 61.

die Arbeitskameraden kann noch viel weniger die Rede sein, es sei denn, man betrachtet die Folge, daß auch sie alle physischen und intellektuellen Reserven mobilisieren müssen, als Vorteil, und dies angesichts einer teilweise steigenden Zahl von Berufskrankheiten³¹ und einer skandalös hohen Zahl an Betriebsunfällen³².

2. Betriebsbußen setzen ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers voraus und können nur in einem gerichtähnlichen Verfahren unter Einschaltung des Betriebsrats verhängt werden. Dies mindert ihre generelle »Nützlichkeit« für den Unternehmer zwar nur wenig, doch kann die Beweisführung im Einzelfall auf Schwierigkeiten stoßen und die Dauer des Verfahrens kann eine umgehende Sanktionierung behindern. Viele Betriebe sind deshalb zu einem System der Anwesenheitsprämien übergegangen, die demjenigen verweigert werden, der mit oder ohne Verschulden nicht jeden Tag zur Arbeit erscheint. Das BAG hat diese Form des »Anreizes« ausdrücklich gebilligt und nicht einmal Bedenken dagegen angemeldet, daß eine schwangerschaftsbedingte Abwesenheit vom Arbeitsplatz zum Verlust der Prämie führt³³. Im Ergebnis läuft dies darauf hinaus, daß das gesamte Arbeitsentgelt in zwei Teile aufgespalten wird, von denen der eine auch bei unverschuldeter Abwesenheit entzogen werden kann³⁴. Der Trick einer Aufteilung der wirtschaftlich einheitlichen Gegenleistung führt so dazu, daß § 616 I BGB ohne ausdrückliche Vereinbarung abbedungen wird – ganz zu schweigen von den vom BAG nicht geprüften Rückwirkungen auf die Gesundheit von Kollegen, die auf die Prämie angewiesen sind und deshalb auch dann zur Arbeit erscheinen, wenn jeder Arzt ihnen Bettruhe verschreiben würde.

3. Betriebsbußen und Beeinflussung durch Anwesenheitsprämien reichen dem BAG als Druckmittel zur Sicherung der Arbeitsdisziplin nicht aus. Neuerdings hat es deshalb den alten zivilrechtlichen Grundsatz in Frage gestellt, daß Schlechtleistung keine Lohnminderung zur Folge haben darf³⁵. Zwar hielt es an diesem Prinzip als solchem fest, qualifizierte es jedoch als unzulässige Rechtsausübung, wenn eine unter Mutterschutz

31 Vgl. *Neubert-Pitroff*, Berufskrankheiten in der gewerblichen Wirtschaft, Bonn 1972.

32 S. die Nachweise bei *H.-U. Deppe*, Industriearbeit und Medizin, Frankfurt/Main 1973, S. 90 ff. und im Unfallverhütungsbericht der Bundesregierung 1974, BT-Drucksache 7/2622 S. 5.

33 BAG AP Nr. 58 zu § 611 BGB Gratifikation; BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie. Kritisch auch *Schwerdtner*, Welche gesetzlichen Maßnahmen sind vordringlich, um die Gleichstellung der Frauen mit den Männern im Beruf zu gewährleisten? JZ 1974, S. 476, 482.

34 Auch das BAG betrachtet die Anwesenheitsprämie als Arbeitsentgelt und legt sie deshalb der Berechnung des Lohnes nach § 14 MuSchG mit zugrunde – AP Nr. 2 zu § 611 BGB Anwesenheitsprämie.

35 BAG AuR 1971, S. 61.

stehende Arbeitnehmerin ihre Arbeitsleistung bewußt reduzierte und dennoch den vollen Lohn verlangte, da dem Arbeitgeber das sonst mögliche Mittel der Kündigung verwehrt sei. Dabei ist nicht bedacht, daß es auch bei Schwangeren die Möglichkeit zur Entlassung gibt, die allerdings eine über den »wichtigen Grund« hinausgehende schwere Verfehlung voraussetzt³⁶. Wenn der Gesetzgeber einen derartigen Schutz vorsieht, so scheint es inkonsequent, die Schwangere in anderer Hinsicht schlechter als sonstige Arbeitnehmer zu stellen und im Wege der »unzulässigen Rechtsausübung« eine sonst ausgeschlossene Lohnminderung zuzulassen. Zum andern wären dem BAG hier seine eigenen Grundsätze über Betriebsbußen entgegenzuhalten, die dem Arbeitgeber doch genügend Spielraum lassen, um seine Arbeitnehmerin durch Lohnverlust zu einem »arbeitsameren« Verhalten zu zwingen. Hier hätte – im System des BAG – der Ausweg liegen müssen, der die Entwicklung einer neuartigen Sanktion unnötig gemacht hätte.

4. Entsteht dem Arbeitgeber durch unterbliebene oder mangelhafte Arbeitsleistung ein Schaden, so ist der Arbeitnehmer zum Ersatz verpflichtet, sofern ihn ein Verschulden trifft.

Dieser dem BGB zu entnehmende Grundsatz wird vom BAG durch Ausdehnung des Schadensbegriffs verschärft. So hat es einen Arbeitnehmer zur Bezahlung von 7200 DM Inseratskosten verurteilt, weil er ohne Wahrung der Kündigungsfrist aus dem Unternehmen ausgeschieden war³⁷. Zwar räumte das BAG ein, daß dem Arbeitgeber dieselben Kosten entstanden wären, hätte der Arbeitnehmer sich vertragstreu verhalten und noch einige Zeit weitergearbeitet; eine Berufung auf diese rechtmäßige Alternative sei jedoch ebenso wie im Falle der Berechnung von Streikschäden ausgeschlossen. In einer anderen Entscheidung³⁸ wurde eine Arbeitnehmerin für den Schaden haftbar gemacht, der ihrem Arbeitgeber dadurch entstanden war, daß ihre Arbeitskraft wegen vorzeitiger Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zur Verfügung stand. Auch wenn das BAG sicherlich nicht den *Marxschen* Begriff des Mehrwerts im Sinne hatte, stellte es doch entscheidend auf den Vermögensvorteil ab, den der Unternehmer über den bezahlten Lohn hinaus aus der Beschäftigung seiner Bediensteten zieht, und verpflichtete die Arbeitnehmerin daher, »im Rahmen der Zumutbarkeit und der Grundsätze von Treu und Glauben« den entgangenen Nutzen zu ersetzen. Schwierigkeiten ergaben sich freilich insofern, als der Arbeitgeber die ausgefallene Arbeit selbst miterledigt hatte, dadurch keine tatsächliche Gewinnminderung eingetre-

36 BVerwG AP Nr. 14 zu § 9 MuSchG.

37 BAG AP Nr. 3 zu § 276 BGB Vertragsbruch.

38 BAG AP Nr. 7 zu § 249 BGB.

ten war und der Verlust an Freizeit gemeinhin nicht als Vermögensschaden eingestuft wird. In kühner Analogie zu § 843 IV BGB erklärte das Bundesarbeitsgericht dies für irrelevant und sprach die vom Arbeitgeber beantragte Verpflichtung zur Leistung von Schadensersatz aus.

Der Ausdehnung des Schadensbegriffs steht eine »Liberalisierung« des Haftungsmaßstabs gegenüber. Nach den in ständiger Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen über die Haftung bei gefahrgeneigter Arbeit³⁹ entfällt bei leichtester Fahrlässigkeit entgegen den Vorschriften des BGB die Ersatzpflicht des Arbeitnehmers; bei mittlerer Fahrlässigkeit wird der Schaden aufgeteilt und nur bei grober Fahrlässigkeit tritt die volle Haftung ein. Bei der Bestimmung des Verschuldensgrades ist nach neuester Rechtsprechung in Abweichung von § 276 BGB ein vorwiegend subjektiver Maßstab anzulegen, also danach zu fragen, ob das Fehlverhalten des einzelnen in Anbetracht seiner individuellen Fähigkeiten und Kenntnisse nur einen leichtesten, einen mittleren oder einen schweren Vorwurf begründet⁴⁰. Das Mitverschulden des Arbeitgebers findet verstärkte Beachtung, so daß bei mittlerer Fahrlässigkeit neben der zunächst erfolgenden Aufteilung des Schadens eine weitere Verringerung der Ersatzpflicht gemäß § 254 BGB eintritt⁴¹ und der Arbeitnehmer auch bei grober Fahrlässigkeit nicht immer auf den vollen Schaden haftet⁴².

So überzeugend dieses System auf den ersten Blick erscheint und sowenig man ihm ein übertriebenes Festhalten an den BGB-Normen vorwerfen kann – die faktische Tragweite dieser Grundsätze sollte nicht überschätzt werden. Einmal bleibt es bei allen Tätigkeiten, die nicht als gefahrgeneigt eingestuft werden, bei der vollen Haftung des Arbeitnehmers auch für leichteste Fahrlässigkeit; zum zweiten verhindern auch die geschilderten Grundsätze nicht, daß der Arbeitnehmer bei entsprechend hohem Schaden mit einer Ersatzpflicht belegt wird, die seine wirtschaftliche Existenz auf viele Jahre hinaus vernichtet, da sie den Arbeitgeber in die Lage versetzt, bis zur Grenze der Unpfändbarkeit gegen seine Lohnansprüche aufzurechnen. Genau hier aber liegt der eigentliche Ansatzpunkt für die notwendige Reform der Arbeitnehmerhaftung, die nach der Wertordnung des Grundgesetzes in keinem Fall dazu führen darf, daß dem einzelnen das materielle Substrat seiner Persönlichkeitsentfaltung entzogen wird⁴³. Die summenmäßige Beschränkung der Ersatzpflicht (etwa auf einen

39 BAG AP Nr. 8 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers. Unvollständige Wiedergabe bei *Günther-Hase*, AuR 1974, S. 364.

40 BAG DB 1972, S. 780.

41 BAG AP Nr. 61 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers.

42 BAG DB 1972, S. 780.

43 *Däubler*, SAE 1970, S. 222 ff.

Monatslohn) wäre daher die eigentliche verfassungsgebote Lösung, die das BAG allerdings trotz entsprechender Forderungen in der Literatur⁴⁴ bisher nicht einmal in einem Nebensatz erwähnt hat. Konsequenz der vom BAG geschaffenen Rechtslage dürfte in der Praxis allerdings weniger die Existenzvernichtung als solche sein, da der Arbeitgeber häufig kein Interesse haben wird, die Arbeitskraft des Betroffenen auf die Dauer zu verlieren oder gar eine Solidarisierung mit dem »Kahl-Gepfändeten« einschließlich der Störung des Betriebsfriedens in Kauf zu nehmen; faktisch hat die Haftung vielmehr – sofern keine tarifliche Ausschlußklausel eingreift – die Funktion eines Disziplinierungsmittels, da selbst die unausgesprochene Drohung des Arbeitgebers mit der jederzeit möglichen Existenzvernichtung einen Arbeitnehmer zu Wohlverhalten und Unterwerfung unter die Wünsche des Arbeitgebers zwingt. Diese Funktion wird aber durch die Grundsätze über gefahrgeneigte Haftung kaum verringert, da die Unterscheidung zwischen den einzelnen, für die Haftung entscheidenden Fahrlässigkeitsgraden so subtil ist, daß auch ein rechtskundiger Berater in der Regel nicht voraussagen kann, wie im Einzelfall die Wertung des Gerichts ausfallen wird. Schon die Unsicherheit in bezug auf eine mögliche hohe Ersatzpflicht wird aber disziplinierend wirken, so daß der gesamte Effekt der vielgerühmten Haftungsbeschränkung bei gefahrgeneigter Arbeit darin besteht, daß einzelne Auswüchse wie die tatsächliche Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs bei geringerem Verschulden vermieden werden.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß das BAG die Durchsetzung von Arbeitgeberansprüchen durch Entwicklung neuer Beweislastregeln erleichtert. So kann sich etwa der Arbeitgeber bei der sog. Mankohaftung darauf beschränken, die der Kasse zugeflossenen Einnahmen darzulegen, während der Arbeitgeber seinerseits den Nachweis führen muß, daß die getätigten Ausgaben zu Recht erfolgt sind⁴⁵. Weiter reicht es zur Begründung eines Schadensersatzanspruchs gegen die Mitglieder einer Akkordgruppe aus, daß der Eintritt des Schadens durch vertragswidrige Schlechtleistung der Gruppe verursacht worden ist; die einzelnen Mitglieder haben lediglich die Möglichkeit, sich zu entlasten, indem sie darlegen und beweisen, daß sie selbst einwandfreie Arbeit geleistet und auch nicht durch Verletzung vertraglicher Nebenpflichten den Schaden mitverursacht haben⁴⁶. Weiter kann der Arbeitgeber über den Wortlaut des Gesetzes hinaus vom Mittel der Aufrechnung Gebrauch machen.

44 Steindorff, Fahrlässigkeit der Arbeitnehmer, JZ 1959, S. 1 ff.; ders., AuR 1966, S. 66 ff. S. auch die interessante rechtsvergleichende Arbeit von *Bringezu*, Begrenzung der Arbeitnehmerhaftung in der BRD, in England und Frankreich, Frankfurt/Main 1974.

45 BAG AP Nr. 2 zu § 1 ErstattG. 46 BAG BB 1974, S. 1208.

Obwohl § 394 1 BGB alle unpfändbaren Ansprüche von der Aufrechnung ausschließt, kann der Arbeitgeber auch gegen den unpfändbaren Lohnanteil aufrechnen, wenn ihm ein Anspruch aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung oder – und hier geht das BAG sogar über das Reichsarbeitsgericht hinaus – aus vorsätzlicher Vertragsverletzung zusteht.⁴⁷ Der richtige Stellenwert dieser These wird deutlich, wenn man bedenkt, daß beim Arbeitnehmer auch bedingter Vorsatz ausreicht und daß die Pfändungsgrenze für Ledige heute bei monatlich DM 225,- netto liegt. Wenn das BAG daher ausführt: »Ob und inwieweit der mit § 394 1 BGB zugunsten des Arbeitnehmers gewollte Sozialschutz wegen einer von dem Arbeitnehmer verübten treuwidrigen und vorsätzlichen Nachteilszufügung weichen muß, bestimmt sich nach den gesamten Umständen des Einzelfalls, wobei das Gewicht des mit § 394 1 BGB gewollten Sozialschutzes und der Treueverstoß gegeneinander abzuwägen sind«, so geht es dabei in Wirklichkeit um die Frage, ob bei einem mittleren Treueverstoß dem Arbeitnehmer noch DM 200,- und bei einem schweren Treueverstoß vielleicht nur noch DM 100,- monatlich verbleiben sollen. Abgesehen von der darin liegenden entwürdigenden Behandlung, die nichts von »personenrechtlichem Gemeinschaftsverhältnis« spüren läßt, ist dem BAG vorzuwerfen, daß es wirtschaftlich die Durchsetzung von Arbeitgeberforderungen auf Kosten der den Unterhalt übernehmenden Angehörigen, evtl. auch der öffentlichen Hand, ermöglicht, die notfalls im Wege der Sozialhilfe zugunsten des Arbeitnehmers und seiner Familie eingreifen muß, ohne ihre Aufwendungen in allen Fällen auf andere abwälzen zu können.

IV. Die Kündigung

1. Bei der Beurteilung der (ordentlichen und außerordentlichen) Kündigungen auf Grund eines bestimmten Arbeitnehmersverhaltens tauchen dieselben Fragen auf, die schon im Zusammenhang mit der Treupflicht relevant wurden: Je weiter der Kreis der Pflichten ausgedehnt wird, um so eher kommt ein Verstoß und eine darauf basierende Kündigung in Betracht. An einer Reihe von Beispielen sollen nochmals die Maßstäbe verdeutlicht werden, die für die Bestimmung der sozialen Rechtfertigung einer Kündigung entwickelt wurden.

In einem Urteil vom 22. 10. 1964⁴⁸ wurde die Kündigung eines Arbeitnehmers bestätigt, der seinen Vorgesetzten auf einer Betriebsversamm-

⁴⁷ BAG AP Nr. 5 zu § 394 BGB.

⁴⁸ BAG AP Nr. 4 zu § 1 KSchG verhaltensbedingte Kündigung.

lung heftig kritisiert und dabei auch Worte wie »Gemeinheit« und »Schikane« benutzt hatte. Die Vorfälle, auf die er sich bezog, waren als solche nicht bestritten worden – es hatte tatsächlich eine Verhaltensweise vorgelegen, die man umgangssprachlich mit Schikane bezeichnet. Obwohl das BAG jedem Arbeitnehmer ein Recht auf freie Meinungsäußerung im Betrieb zubilligte, sah es die Form wie den Inhalt der Rede als beleidigend an, da sie im Ergebnis darauf hinauslaufe, dem Angegriffenen die Eignung für seine Stellung abzuspochen. »Eine so formulierte Kritik an einem Vorgesetzten – heißt es weiter – geht aber über die durch § 193 StGB geschützte Wahrnehmung berechtigter Interessen hinaus, indem sie die Gelegenheit zur freien Meinungsäußerung in der Betriebsversammlung mißbraucht und durch Verwendung kränkender Ausdrücke die, besonders gegenüber dem eigenen Abteilungsleiter, notwendige Zurückhaltung vermissen läßt.« Hinzu kam, daß andere Abteilungsleiter mit Kündigung gedroht hatten, wenn der Kritiker nicht entlassen werde, was vom BAG als Störung des Betriebsfriedens – aber nicht etwa durch die Abteilungsleiter, sondern durch den gekündigten Arbeitnehmer – qualifiziert wurde. Als Ergebnis wurde daher festgestellt, daß das Verhalten des Arbeitnehmers einen »gerechten und sozialen Arbeitgeber veranlassen« konnte, zum Mittel der Kündigung zu greifen. Vergleicht man das auf der Betriebsversammlung Vorgefallene mit anderen Meinungsäußerungen, die vom BVerfG als gerechtfertigt angesehen wurden⁴⁹, so wird deutlich, daß das BAG besonders strenge (im übrigen von der Verfassung nicht gedeckte) Maßstäbe anwendet, sobald es um eine Kritik am Vorgesetzten geht und diese gar noch auf einer Solidarisierungen ermöglichenden Betriebsversammlung erfolgt, während die übrige Rechtsprechung durchaus herzhaft Polemiken zuläßt.

Der Schutz der bestehenden betrieblichen Ordnung wird noch verstärkt, wenn Äußerungen oder andere Meinungsbekundungen mit politischem Einschlag in Frage stehen. So wurde die fristlose Kündigung eines Arbeitnehmers bestätigt, der im Jahr 1953 als 10-Mark-Scheine getarnte Flugblätter der damals noch nicht verbotenen KPD im Betrieb verteilt hatte⁵⁰. Zwar führte das BAG zunächst völlig richtig aus, das Grundrecht der freien Meinungsäußerung, das wesentlich sei für eine freiheitlich-soziale Gestaltung des Gemeinschaftslebens, werde weithin wirkungslos gemacht, wenn zwar nicht der Staat, wohl aber wirtschaftliche und soziale Mächte in der Lage wären, dieses Recht nach ihrem Gutdünken einzuschränken. Das deshalb auch gegenüber dem Arbeitgeber wirkende Grund-

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 12, S. 124 ff.; 24, S. 278 ff.

⁵⁰ BAG AP Nr. 2 zu § 13 KSchG = BAGE 1, S. 185.

recht aus Art. 5 I GG finde jedoch seine Grenze in den Grundregeln über das Arbeitsverhältnis, zu denen die Verpflichtung gehöre, sich so zu verhalten, daß der Betriebsfrieden nicht ernstlich und schwer gefährdet werde und daß die Zusammenarbeit im Betrieb mit den übrigen Arbeitnehmern, aber auch mit dem Arbeitgeber für diese zumutbare bleibe. Dieser Pflicht habe der Gekündigte zuwidergehandelt; für die Gefährdung des Betriebsfriedens komme es nicht nur auf die Einstellung der Arbeitnehmerschaft, sondern auch auf die des Arbeitgebers an, »der genauso zum Betrieb gehört wie der Arbeitnehmer«. Dieser habe sich die parteipolitische Betätigung des Entlassenen aber ausdrücklich verboten. Konkret bedeutet dies, daß ein Arbeitnehmer auch dann den Betriebsfrieden gefährdet, wenn die Arbeitsabläufe in keiner Weise beeinträchtigt werden, ja nicht einmal zu Diskussionen führende Meinungsverschiedenheiten bei den Belegschaftsangehörigen bestehen; schon die Verärgerung des »Betriebspartners« Arbeitgeber reicht offensichtlich aus, die gedeihliche Zusammenarbeit zwischen Kapital und Arbeit als nicht mehr gewährleistet anzusehen. Die darin liegende Erweiterung des Begriffs Betriebsfrieden, wonach im Grunde jede dem Arbeitgeber unerwünschte Äußerung für illegal erklärt werden kann, wird durch die Einbeziehung aller Arbeitnehmer in die »Friedenspflicht« vervollständigt. Obwohl § 49 II 1 BetrVG 1952 und § 51.2 BetrVG 1952 ebenso wie die heute geltenden Vorschriften des § 74 II 2 + 3 BetrVG die Pflicht zur Wahrung des Betriebsfriedens und zur Unterlassung parteipolitischer Betätigung auf Arbeitgeber und Betriebsrat beschränkten, zog das BAG nicht den naheliegenden Gegenschluß auf ungehinderte Meinungsfreiheit für die Belegschaft, sondern erstreckte mit Hilfe der Rechtsfigur der Treupflicht die gesetzlichen Verpflichtungen auf alle Arbeitnehmer. Dies nicht als »Rechtspolitik« zugunsten unbeschränkter Unternehmerherrschaft zu ergreifen, fällt auch dem wohlwollenden Beobachter relativ schwer.

In einer weiteren Entscheidung wurden diese Grundsätze ausgebaut und verfeinert⁵¹. So wurde ausgeführt, bei einem »Mißbrauch« der Betriebs-ebene für parteipolitische Zwecke müsse der Arbeitgeber nicht den Beweis für die Gefährdung des Betriebsfriedens führen, da hierfür eine tatsächliche Vermutung spreche⁵². Auch erstreckte sich das Verbot parteipolitischer Betätigung auf Aktivitäten in unmittelbarer Nähe zum Betriebsgelände, hatte doch der Entlassene auf der Zugangsstraße zum Betrieb eine »Volksabstimmung« über den EVG- und Generalvertrag veranstaltet, an der sich 570 Arbeitskollegen beteiligt hatten. Spätere

51 BAGE 2, S. 246 ff.

52 BAGE 2, S. 246, 276.

Entscheidungen haben an der Grundtendenz dieser im Geist des kalten Krieges ergangenen Urteile nichts geändert. So wurde zwar die Weigerung eines Fernmeldehandwerkers, an einer in Zukunft angeordneten Telefonüberwachung nach Art. 10 Abs. 2 Satz 2 GG mitzuwirken, nicht als ausreichender Kündigungsgrund gewertet, da in der fraglichen Zeit selbst namhafte Juristen einschließlich einer Minderheit am BVerfG diese Regelung für verfassungswidrig gehalten hätten, doch ließ es das BAG dahinstehen, ob dasselbe auch noch nach der positiven Entscheidung des BVerfGs gelten könne⁵³. Erst recht blieb es früheren Grundsätzen in der schon zitierten⁵⁴ Entscheidung zur Teilnahme am Wahlkampf treu, wo sogar noch eine Verschärfung insoweit eintrat, als nunmehr auch eine politische Betätigung ohne jeden räumlichen Bezug zum Betrieb als Vertragsverletzung angesehen wurde, sofern nur durch die keineswegs beleidigenden Angriffe auf den Arbeitgeber oder seinen »Stand« die nötige Beziehung zum Arbeitsverhältnis hergestellt war.

Die vom BAG bei der verhaltensbedingten Kündigung angelegten Maßstäbe seien schließlich an zwei Beispielen aus relativ unpolitischen Bereichen verdeutlicht. Das eine ist die Verdachtskündigung: Sie ist auch als außerordentliche Kündigung zulässig, wenn gerade der Verdacht einer strafbaren Handlung das zur Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses notwendige Vertrauen in die Rechtschaffenheit des Arbeitnehmers zerstört hat oder in anderer Hinsicht eine unerträgliche Belastung des Arbeitsverhältnisses darstellt⁵⁵. Auch wenn man berücksichtigt, daß es sich um einen »dringenden« Verdacht handeln muß, wird damit Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention verletzt, der ausdrücklich anordnet, daß jedermann bis zur rechtskräftigen Verurteilung durch ein Strafgericht als unschuldig behandelt werden muß. Der rechtsstaatliche Grundsatz, daß in die Rechte eines Beschuldigten nur insoweit eingegriffen werden darf, als es die Durchführung des Strafverfahrens unbedingt erforderlich macht⁵⁶, wird hier zugunsten des Arbeitgebers durchbrochen, der wegen eines bloßen Verdachts den Arbeitnehmer seines Arbeitsplatzes berauben kann⁵⁷. Selbst wenn man jedoch das Interesse des Unternehmers, keinen »Verdächtigen« in seinem Betrieb dulden zu müssen, prinzipiell anerkennt, folgt daraus noch lange keine Rechtfertigung einer Kündigung, da eine Suspendierung den Arbeitnehmer in die Lage versetzen würde, während des Verfahrens sein Geld an einem anderen Arbeitsplatz

53 BAG AP Nr. 83 zu § 1 KSchG.

54 BAG AuR 1973, S. 218 ff.

55 So BAG AP Nr. 13 zu § 626 BGB Verdacht strafbarer Handlungen, bestätigt für die Neufassung des § 626 BGB durch BAG AuR 1972, S. 349 ff.

56 BVerfGE 19, S. 347 ff.

57 Kritisch auch *Joachim*, Zur Problematik der Verdachtskündigung, AuR 1964, S. 33 ff.

zu verdienen, nach positivem Ausgang, d. h. nach Freispruch oder Strafausspruch mit Bewährung jedoch seine bisherige Tätigkeit fortzusetzen. Gerade diese wichtige Möglichkeit verbaut ihm in vermeidbarer Weise das BAG, das einen Wiedereinstellungsanspruch nur bei einem Freispruch wegen erwiesener Unschuld, nicht jedoch bei einem Freispruch mangels Beweises gewährt⁵⁸. Die Tatsache, daß ein Unschuldiger seinen Arbeitsplatz verliert, wird bedauert, freilich nur unter einem speziellen Aspekt, denn das BAG führt aus: »So ist zuzugeben, daß der wirklich Unschuldige das Vertrauen in die staatliche Rechtsordnung verlieren kann, wenn er trotz Freispruchs seinen Arbeitsplatz einbüßt. Das ist gewiß ein nicht zu verkennender Nachteil.« Nicht der Existenzverlust des einzelnen, sondern das erschütterte Vertrauen in die staatliche Rechtsordnung ist der eigentliche Stein des Anstoßes. Ob es dem Untertanen gut oder schlecht geht, ist nicht so wichtig, daß er aufmucken könnte, ist eine Gefahr, der rechtzeitig vorgebeugt werden muß . . .

Das zweite, abschließende Beispiel betrifft den Kündigungsschutz von Arbeitnehmern in Tendenzbetrieben. Im konkreten Fall handelte es sich um einen bei einem Krankenhaus beschäftigten Anstreicher, der dort bereits 20 Jahre lang ohne irgendwelche Beanstandungen gearbeitet hatte. Nachdem er schuldlos geschieden war und eine neue Ehe mit einer Frau einging, die von ihm ein Kind erwartete, wurde ihm gekündigt. Der Träger des Krankenhauses – die katholische Kirchengemeinde – berief sich darauf, er habe sich durch sein Verhalten aus der aktiven kirchlichen Gemeinschaft ausgeschlossen. Das BAG bestätigte diese Auffassung⁵⁹ und führte aus, der Entlassene habe der Tendenz seines Arbeitgebers so nachhaltig zuwidergehandelt, daß die Kündigung sozial gerechtfertigt gewesen sei. Was daran schockiert, ist nicht nur die Ausdehnung bestimmter partikularer Wertvorstellungen auf das staatliche Recht, sondern auch die Weite des angenommenen Tendenzschutzes: selbst die Anstreicher-Tätigkeit soll von den Normen der katholischen Kirche geprägt werden, wie als ob auch sie konfessionellen Charakter hätte. Ginge es nicht um den Schutz des Arbeitsplatzes, man müßte die ironische Frage stellen, ob nicht vergleichbare Arbeitsverhältnisse mit mohammedanischen Türken oder orthodoxen Griechen von vorneherein nichtig wären oder ob nicht auch die Anstellung eines Protestanten im Hinblick auf die »Wahrung des Charakters der Anstalt« (BAG) rechtlichen Bedenken begegnen müßte⁶⁰.

58 BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

59 BAG AP Nr. 15 zu § 1 KSchG.

60 Kritisch auch *Reuß*, AuR 1972, S. 199. Zum Nachschieben von Kündigungsgründen durch den Arbeitgeber sehr »großzügig« BAG BB 1973, S. 1396.

2. Kündigungen wegen in der Person liegenden Gründen haben nicht dieselbe Bedeutung wie verhaltensbedingte Kündigungen erlangt. Unter der hier verfolgten Fragestellung ist allein die Behandlung der Krankheit des Arbeitnehmers von Bedeutung, die in ständiger Rechtsprechung auch dann als Kündigungsgrund anerkannt wird, wenn sie nicht zur Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit geführt hat⁶¹. Mit Rücksicht auf die personenrechtliche Verbundenheit der Arbeitsvertragsparteien muß im Einzelfall eine umfassende Interessenabwägung stattfinden, die darüber entscheiden soll, ob auch eine vorübergehende Erkrankung die Auflösung des Arbeitsvertrags sozial rechtfertigt. Bei älteren Arbeitnehmern sind dabei längere Fehlzeiten in Kauf zu nehmen, wenn der Arbeitgeber bei der Einstellung von einer chronischen Erkrankung wußte, die immer wieder zum Durchbruch kommt⁶². Im übrigen ist jede Prognose über das Ergebnis der »Interessenabwägung« schwierig, was wiederum den Arbeitnehmer veranlassen kann, die Schwere der Erkrankung auch dem Arzt gegenüber herunterzuspielen und selbst dann am Arbeitsplatz zu erscheinen, wenn es aus medizinischen Gründen nicht vertretbar ist. Hier mag neben der von der Rechtsprechung akzeptierten Praxis der Anwesenheitsprämien ein weiterer Grund für die hohe Zahl an Berufskrankheiten und Betriebsunfällen liegen⁶³.

3. Die Kündigung aus »dringenden betrieblichen Gründen« ist der entscheidende Rechtsbehelf des Arbeitgebers bei Rationalisierungen, Produktionsumstellungen und Stilllegungen. Die Handhabung dieses Kündigungsgrundes durch die Arbeitsgerichte ist von dem Bestreben geprägt, die Dispositionen des Unternehmers nicht zu behindern und lediglich einzelne extrem unsoziale Konsequenzen zu korrigieren.

Wichtigster, wenn auch nicht übermäßig häufig ausgesprochener Grundsatz ist die Ablehnung jeder sachlichen Überprüfung der zugrundeliegenden Unternehmerentscheidung durch das Arbeitsgericht. So hat der Große Senat für den Arbeitgeber Staat ausgesprochen, daß eine Stellenstreichung im Haushaltsplan von den Gerichten nicht nachgeprüft werden könne, da sie als Entscheidung des für die Staatsführung verantwortlichen Parlaments als gegeben hinzunehmen sei⁶⁴. Für die gewerbliche Wirtschaft

61 BAG AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Krankheit, mit Nachweisen aus der früheren Rechtsprechung. Vgl. auch BAG AP Nr. 19 zu § 14 SchwBeschG: »Die durch Tatsachen ausreichend begründete Besorgnis des Arbeitgebers, daß ein wegen seelischer Erkrankung in klinischer Behandlung gewesener Arbeitnehmer künftig neue Schübe seiner Krankheit erleiden werde, kann eine ordentliche Kündigung sozial rechtfertigen.«

62 BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG Krankheit.

63 S. die Nachweise bei *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, § 1, Fn. 202. Zur ständigen Erhöhung des Krankenstandes s. *Surminski*, BB 1974, S. 325 ff.

64 BAG GS AP Nr. 20 zu § 1 KSchG.

wird an anderer Stelle betont, die Zweckmäßigkeit organisatorischer Maßnahmen unterliege nicht der gerichtlichen Nachprüfung⁶⁵. In einem weiteren Urteil heißt es, welche Maßnahmen ein Arbeitgeber treffe, um seinen Betrieb umzustellen, sei eine Unternehmerentscheidung. Soweit die Maßnahmen rein technischer oder organisatorischer Art seien, könnten die Arbeitsgerichte sie grundsätzlich nicht auf ihre Zweckmäßigkeit nachprüfen, es sei denn, die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen seien offenbar unsachlich, unvernünftig oder willkürlich⁶⁶. Daß ein solcher Ausnahmefall irgendwann einmal bejaht wurde, ist nicht ersichtlich.

Vom Juristischen her erstaunt das fast völlige Fehlen jeglicher Begründung. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts sind auch Haushaltsgesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen⁶⁷, wobei lediglich zweifelhaft ist, ob neben den Art. 105 ff. GG auch andere Vorschriften, insbesondere Grundrechte als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sind. Gerade das an vielen anderen Stellen zu einer recht großzügigen Handhabung der Gesetze geneigte BAG hätte einige Argumente anführen müssen, warum es gerade dem Haushaltsgesetz dieses ganz ungewöhnliche Maß an Unangreifbarkeit einräumen wollte. Ähnlich formelhaft – nichtssagend ist die Stellungnahme zu den Unternehmerentscheidungen. Warum sie keiner Überprüfung zugänglich sein sollten, ist angesichts gefährdeter Arbeitsplätze gerade in einem sozialstaatlich verfaßten Gemeinwesen nicht einsichtig. Eine Überforderung der Gerichte anzunehmen, ist gleichfalls unangebracht, haben sie doch in anderem Zusammenhang wie etwa im Wirtschaftsstrafrecht und im Kartellrecht nicht nur das unbestrittene Recht, sondern sogar die Pflicht, einzelne Unternehmerentscheidungen zu überprüfen. Auch einem liberalen Rechtsverständnis will es nicht einleuchten, daß ein ordentliches Gericht zwar die Marktpreise unter dem Aspekt des Mißbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung soll kontrollieren können, während die einen rücksichtslosen Abbau von Arbeitskräften verursachende Produktionsumstellung allein dem souveränen Willen des Unternehmers überlassen bleibt. Vom gesellschaftspolitischen Effekt her stellt diese den Unternehmerentscheidungen gewährte Immunität eine eindeutige Parteinahme zugunsten des Kapitals dar, wie sie sich in dieser Reinheit nur an wenigen Stellen in der Rechtsprechung zeigt.

Selbst wenn man jedoch mit dem BAG dieses zentrale Zugeständnis an die

65 BAG AP Nr. 5 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung.

66 BAG AP Nr. 14 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung. Das Vorliegen dieser Ausnahmefälle ist vom Arbeitnehmer zu beweisen: BAG BB 1974, S. 323.

67 BVerfGE 20, S. 90 ff.

Unternehmerfreiheit macht, lassen sich damit allein noch nicht alle zur betriebsbedingten Kündigung ergangenen Urteile rechtfertigen. So wäre es durchaus vertretbar, nicht schon dann »dringende betriebliche Erfordernisse« zu bejahen, wenn der Arbeitsmangel »greifbare Formen« angenommen hat⁶⁸, sondern abzuwarten, bis die tatsächliche Beschäftigungsmöglichkeit entfällt. Weiter war nicht einzusehen, warum die Verpflichtung zur anderweitigen Unterbringung des Arbeitnehmers auf den Beschäftigungsbetrieb beschränkt sein sollte und dies selbst dann, wenn sich der Arbeitgeber das Recht zur jederzeitigen Versetzung vorbehalten hatte⁶⁹. Des weiteren ist zu bedenken, daß die unternehmerische Autonomie auch dann gewahrt wäre, wenn der Arbeitgeber beweisen müßte, daß er die Entlassung auch durch Einführung von Kurzarbeit nicht vermeiden kann, während das BAG dem völlig überforderten Arbeitnehmer die Beweislast hierfür aufbürdet⁷⁰. Schließlich ist es alles andere als überzeugend, daß selbst bei der Auswahl der zu kündigenden Arbeitnehmer die betrieblichen Interessen den Vorrang vor dem Prinzip des sozialen Schutzes haben sollen. Zwar bekennt sich das BAG zu dem Grundprinzip, daß die sozialen und die wirtschaftlichen Gesichtspunkte »sorgfältig gegeneinander abzuwägen seien«, doch führt es gleichzeitig aus, bei dieser Abwägung hätten die betrieblichen Bedürfnisse dann das größere Gewicht, wenn sie die Weiterbeschäftigung bestimmter Arbeitnehmer bedingen würden; in diesem Fall komme es nicht darauf an, ob die sozialen Verhältnisse der für den Betrieb unentbehrlichen Arbeitnehmer günstiger sind als die des Gekündigten⁷¹. Die Priorität des Unternehmerinteresses wird auch hier konsequent beachtet und der Kündigungsschutz auf ein selbst für patriarchalisch gesonnene Arbeitgeber akzeptables Maß reduziert. Von Sicherheit des Arbeitsplatzes kann keine Rede sein⁷².

V. Die Behandlung der materiellen Ansprüche des Arbeitnehmers

1. Nach § 611 BGB wird nicht nur der Arbeitnehmer zur »Dienstleistung«, sondern auch der Arbeitgeber »zur Gewährung der vereinbarten Vergütung« verpflichtet. Soweit die Höhe des Lohnes nicht durch Tarif-

68 BAG AP Nr. 19 zu § 1 KSchG.

69 BAG AP Nr. 18 zu § 1 KSchG. Die Entscheidung ist überholt durch § 1 Abs. 2 S. 2 KSchG, eingefügt durch § 123 Ziff. 1 BetrVG. Wenigstens ist durch § 102 III BetrVG keine Verschlechterung eingetreten – BAG BB 1973, S. 1635.

70 BAG AP Nr. 14 zu § 1 KSchG betriebsbedingte Kündigung.

71 BAG AP Nr. 25 zu § 1 KSchG.

72 *Gerh. Müller*, DB 1974, S. 42, spricht demgegenüber von einem fast lückenlosen Schutz des Arbeitsplatzes.

vertrag festgelegt wird, ergibt sich die Frage nach der unteren Grenze zulässiger arbeitsvertraglicher Abmachung. Das BAG wendet als Prüfungsmaßstab § 138 BGB an, läßt die Sittenwidrigkeit jedoch erst da beginnen, wo das Existenzminimum längst unterschritten ist. So hat es im Fall eines türkischen Gastarbeiters entschieden, daß ein Stundenlohn von DM 2,50 brutto im Jahr 1969 rechtlich nicht zu beanstanden war⁷³. Befriedigender sind demgegenüber die gleichfalls »lohnbezogenen« Urteile zum Verhältnis von Eingruppierung und tatsächlich geleisteter Arbeit. So hat das BAG in ständiger Rechtsprechung den Standpunkt vertreten, daß die Eingruppierung in eine Lohn- oder Vergütungsgruppe des öffentlichen Dienstes keinen konstitutiven, sondern lediglich deklaratorischen Charakter habe⁷⁴, was dazu führt, daß der Arbeitnehmer einen Lohnanspruch nach einer höheren Vergütungsgruppe geltend machen kann, wenn er die entsprechenden Tätigkeitsmerkmale erfüllt⁷⁵. Rein juristisch bestehen keine Hindernisse, diesen Grundsatz auch auf die gewerbliche Wirtschaft zu übertragen, doch dürfte die tatsächliche Durchsetzung ungleich schwieriger sein, da Prozesse gegen den Arbeitgeber dort in aller Regel erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses geführt werden⁷⁶. Die darin zum Ausdruck kommenden betrieblichen Machtverhältnisse sind auch bei der Einschätzung der BAG-Entscheidungen zu beachten, die eine Versetzung auf einen schlechter entlohnten Arbeitsplatz allein aufgrund des Direktionsrechts ausschließen, jedoch eine entsprechende Ermächtigung im Arbeitsvertrag genügen lassen⁷⁷. Da Arbeitsverträge – wie das Gericht selbst an anderer Stelle zugab⁷⁸ – nicht auf der Basis der Gleichberechtigung zustandekommen, sondern in aller Regel vom Arbeitgeber einseitig diktiert werden⁷⁹, kann nur eine entsprechende tarifliche Abmachung den nötigen Schutz gewähren und der Rechtsprechung reale Bedeutung verschaffen.

73 BAG DB 1973, S. 727.

74 BAG AP Nr. 1 zu § 3 TOA.

75 Näher dazu *Däubler-Gmelin*, Kommentar zur Vergütungsordnung des BAT, herausgegeben vom Hauptvorstand der ÖTV, Stuttgart 1970, Allgemeines, Rn 19 ff. Teilweise wird diese Rechtsprechung in BAG AP Nr. 2 zu § 25 BAT wieder zurückgenommen, wenn die Ansprüche aus der höheren Vergütungsgruppe verneint werden, sofern der Arbeitnehmer die dort vorausgesetzte Vorbildung nicht besitzt.

76 *Ramm*, in: *Naucke-Truppe*, a. a. O., S. 154 ff.

77 BAG AP Nr. 17, 18 und 20 zu § 611 BGB Direktionsrecht.

78 Vgl. BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikationen: »Bei dem Einzelarbeitsverhältnis steht der Arbeitnehmer, der in der Regel nur über seine Arbeitskraft verfügt, dem Arbeitgeber gegenüber, der als Inhaber der Produktionsmittel dem Arbeitnehmer gemeinhin wirtschaftlich überlegen ist. Dort besteht also ein besonderes Schutzbedürfnis für die Arbeitnehmer.«

79 *Rehbahn*, Der inhaltsleere Arbeitsvertrag, AuR 1963, S. 241; *Säcker*, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972, S. 31; *Söllner*, Einseitige Leistungsbestimmung, S. 11 mwN (Fn. 2).

Die spezifischen Grenzen des Lohnanspruchs unterscheiden sich von denen anderer schuldrechtlicher Ansprüche. Wird die weitere Arbeitsleistung unmöglich, weil beispielsweise die Fabrik abbrennt, so muß der Arbeitgeber mit Rücksicht auf das ihn treffende Betriebsrisiko den Lohn fortzahlen⁸⁰. Diese Verpflichtung entfällt jedoch dann, wenn ihre Erfüllung zu einer echten Existenzgefährdung des Unternehmens führen würde⁸⁰. Das Prinzip des personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses hat hier erneut eine Schlechterstellung der Arbeitnehmer im Vergleich zu anderen Gläubigern zur Folge, da diese keinen entsprechenden Beschränkungen unterliegen, sondern sich jederzeit volle Befriedigung verschaffen können. Die einzige, wenn auch nur entfernt vergleichbare Ausnahme ist der Zwangsvergleich nach §§ 173 ff. KO, der aber bezeichnenderweise nur dann zustande kommt, wenn die Mehrzahl der anwesenden stimmberechtigten Gläubiger zustimmt und die Gesamtsumme ihrer Forderungen mindestens drei Viertel aller zum Stimmen berechtigenden Forderungen beträgt (§ 182 KO). Die mit der gerichtlichen Bestätigung des Zwangsvergleichs bewirkte Herabsetzung der Forderungen darf sich jedoch nicht auf bevorrechtigte Ansprüche erstrecken, zu denen nach § 61 I Ziff. 1 KO auch rückständige Lohnansprüche gehören; diese sind vielmehr in voller Höhe zu erfüllen (§ 191 II KO). Im Ergebnis läuft die Rechtsprechung des BAG daher auf eine Gesetzeskorrektur hinaus, da die vom Insolvenzrecht gewollte Privilegierung der Lohnforderung in eine Diskriminierung verwandelt wird. Das BAG kann sich dabei auch nicht auf das Arbeitgeber und Belegschaft gemeinsame Interesse an der Erhaltung der Arbeitsplätze berufen: Liegt dieses im konkreten Fall vor, so ist es nach den liberalen Grundprinzipien unserer Zivilrechtsordnung Sache der Beteiligten, im Wege der freiwilligen Einigung einen Lohnverzicht zu vereinbaren, um so das Unternehmen wieder flottzumachen; fehlt es dagegen, weil genügend andere Arbeitsplätze zur Verfügung stehen, so ist nicht einzusehen, weshalb man die Arbeitnehmer schlechter stellen soll als etwa eine Bank, die als Gläubiger unbestrittenermaßen einen Konkursantrag stellen kann. Für einen arbeitsgerichtlich verordneten Zwangsvergleich fehlt jedenfalls eine ausreichende Rechtsgrundlage.⁸¹

Der Lohnanspruch ist weiter dadurch gefährdet, daß die Arbeit aus Gründen nicht erfolgen kann, die in der Person des Arbeitnehmers liegen. Während die Frage der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall durch Spezialgesetz geregelt ist, richtet sich der Vergütungsanspruch in allen anderen

⁸⁰ BAG DB 1973, S. 187.

⁸¹ Einen gewissen Ausgleich stellt das Gesetz über Konkursausfallgeld vom 17. 7. 1974 (BGBl I S. 1481) dar, das jedoch gerade die hier behandelten Fälle nicht regelt.

Fällen unverschuldeter Verhinderung nach § 616 I BGB, der bei »verhältnismäßig nicht erheblicher Zeit« die Rechte des Arbeitnehmers in vollem Umfang fortbestehen läßt. Die offene Frage, ob bei »verhältnismäßig erheblicher« Verhinderung der Lohn wenigstens für die »verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit« fortgezahlt werden muß, entschied der Große Senat des BAG zugunsten des Arbeitgebers: Wird das Maß des Unerheblichen überschritten, so fällt jeder Anspruch weg⁸² – ein wenig soziales Ergebnis, das nicht berücksichtigt, daß gerade der länger an der Arbeit Gehinderte eines besonderen Schutzes bedarf und deshalb nicht schlechter als derjenige gestellt werden kann, der nur kurze Zeit nicht zur Arbeit erscheinen konnte.⁸³

Der Lohnanspruch verjährt schließlich nach § 196 Abs. 1 Ziff. 8 BGB in zwei Jahren, eine eindeutige gesetzliche Vorschrift, deren Anwendung man dem BAG ganz gewiß nicht zum Vorwurf machen kann. Die Art und Weise ihrer Handhabung führt jedoch in einer bestimmten Fallgruppe zu – vorsichtig ausgedrückt – unbefriedigenden Ergebnissen. Hat jemand in Erwartung einer Erbeinsetzung einem andern unentgeltliche Dienste erbracht, wird diese Erwartung jedoch enttäuscht, so stellt sich das Problem der nachträglichen Entlohnung für die unter falschen Voraussetzungen geleistete Arbeit. Das BAG hat eine Lösung nicht über den an sich näherliegenden § 812 I 2 BGB, sondern durch Annahme eines Lohnanspruchs nach § 612 BGB versucht. Damit greift die zweijährige Verjährungsfrist ein, die bereits mit der Fälligkeit des Anspruchs, d. h. am Ende des jeweiligen Monats beginnt. Eine Stundung bis zum Erbfall oder der Testamentseröffnung wurde nur dann angenommen, wenn eine ausdrückliche Zusage des Erblassers, nicht wenn eine bloße Erwartung des Arbeitsleistenden vorlag⁸⁴. Aufgrund dieser wenig einleuchtenden Differenzierung entfiel daher bereits ein beträchtlicher Teil der Ansprüche. Geradezu archaisch mutet jedoch das Ergebnis in folgendem Fall an⁸⁵: Ein Flüchtlingsehepaar war 1947 auf einen Bauernhof gekommen, den es in der Folgezeit für die Eigentümerin bewirtschaftete. Außer Unterbringung und Nahrung erhielt es keine Gegenleistung, dafür jedoch die Zusage, als

82 BAG GS AP Nr. 22 zu § 616 BGB.

83 Nicht unter § 616 BGB subsumiert wird die Notwendigkeit der Pflege von Familienangehörigen. Handelt es sich um Kinder unter acht Jahren, so besteht aufgrund des Gesetzes vom 19. 12. 1973 (BGBl I S. 1925) ein Anspruch auf unbezahlte Freistellung und auf Gewährung von Krankengeld durch die GKV für die Dauer von fünf Tagen pro Jahr. § 616 I BGB soll dagegen eingreifen, wenn es um die Teilnahme an der Goldenen Hochzeit der Eltern geht: BAG BB 1974, S. 557.

84 BAG AP Nr. 26 zu § 612 BGB.

85 BAG AP Nr. 20 zu § 612 BGB. Vgl. auch BAG BB 1973, S. 1582.

Erben eingesetzt zu werden. Als die Eigentümerin 1956 verstarb, hinterließ sie den beiden lediglich ein kleines Vermächtnis. Die daraufhin erhobene Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Testaments wurde 1961 in 3. Instanz vom BGH als unbegründet abgewiesen. Der nunmehr unternommene Versuch, durch Klage vor den Arbeitsgerichten wenigstens zu einer angemessenen Vergütung zu kommen, scheiterte 1963 am BAG: Die bis 1956 gestundeten Ansprüche seien bereits 1958 verjährt, die Klage wegen des Testaments habe einen anderen Streitgegenstand betroffen und deshalb den Lauf der Frist nicht unterbrochen. Auch wenn dies durchaus schlüssig erscheint – das Ergebnis ist in einer Weise unsozial, daß man dem BAG wie einstens dem Reichsgericht den Vorwurf machen muß, auf konsequente begriffliche Erwägungen mehr zu achten als auf elementare Anforderungen der Gerechtigkeit. Gerade angesichts seines sonstigen methodischen Vorgehens hätte es nahegelegen, die Berufung auf die Verjährung als unzulässige Rechtsausübung zu behandeln und den Anspruch durchgreifen zu lassen. Auch wäre ein Rückgriff auf den erst nach 30 Jahren verjährten Bereicherungsanspruch gemäß § 812 Abs. I Satz 2 BGB in Frage gekommen – es hätte also genügend juristische Möglichkeiten gegeben, den Betroffenen zu helfen und sie nicht der Situation auszusetzen, den Hof zu verlieren und umsonst gearbeitet zu haben und überdies noch die Kosten für zwei durch drei Instanzen führende Prozesse tragen zu müssen.

2. Neben Lohn und Gehalt treten in vielen Betrieben sog. freiwillige Sozialleistungen, die im Ergebnis ein marktkonformes Entgelt für die Arbeitsleistung darstellen, jedoch häufig nicht an der tariflichen Sicherung teilnehmen. Die Rechtsprechung hat dem einzelnen einen klagbaren Anspruch auf Zahlung einer Gratifikation zugebilligt, wenn diese dreimal vorbehaltlos gewährt wurde und so eine betriebliche Übung entstand⁸⁶. Bezeichnete der Unternehmer Gratifikationen oder andere betriebliche Zuwendungen ausdrücklich als freiwillig, so ist er dem einzelnen gegenüber nur dann zur Leistung verpflichtet, wenn der Ausschluß gerade dieses Arbeitnehmers willkürlich wäre und damit einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz darstellen würde⁸⁷. Da die Aufnahme eines Vorbehalts zugunsten der Freiwilligkeit allein vom freien Entschluß des Arbeitgebers abhängt, kommt es in den meisten Fällen entscheidend darauf an, welche Kriterien für eine Differenzierung möglich und zulässig sind. Hier ist über Erfreuliches wie über Unerfreuliches zu berichten. Begrüßenswert

86 BAG AP Nr. 1 und 3 zu § 611 BGB Gratifikation.

87 BAG AP Nr. 4 zu § 611 BGB Gratifikation, ständige Rechtsprechung.

ist auf der einen Seite eine neuere BAG-Entscheidung, die vom Arbeitgeber verlangt, seine Kriterien rechtzeitig offenzulegen; es gehe nicht an, daß die Unternehmer durch Gewährung oder Versagung von Tantiemen nach geheimgehaltenen Merkmalen eine Art Zensur über Leistung und Wohlverhalten ihrer Angestellten erteilten⁸⁸. Auf der anderen Seite wird die Teilnahme an einem Streik als ausreichender Grund für einen Ausschluß von den Leistungen angesehen, und zwar sogar dann, wenn ein ausdrückliches Maßregelungsverbot vereinbart wurde⁸⁹. Daß hierbei die Ausübung eines verfassungsrechtlich verbürgten Rechts mit finanziellen Sanktionen belegt wird, schien das BAG nicht zu kümmern; die dadurch ermöglichte Privilegierung von Streikbrechern deckt sich im Gegenteil mit der sonstigen arbeitskampffindlichen Tendenz der BAG-Rechtsprechung⁹⁰, die den Gleichbehandlungsgrundsatz auch dann nicht zur Anwendung kommen läßt, wenn es um eine »exemplarische« Kündigung eines einzigen Streikteilnehmers geht⁹¹.

Eine juristische Sonderbehandlung haben in jüngster Zeit betriebliche Altersrenten erfahren, deren Absicherung Gegenstand zweier wichtiger BAG-Entscheidungen war. Im einen Fall ging es darum, ob die Kündigung eines Arbeitnehmers trotz mehr als 20jähriger Betriebszugehörigkeit zum Verlust der Anwartschaft auf betriebliche Altersrente führte. In freier Rechtsschöpfung verneinte das BAG diese Frage für den allein zu entscheidenden Fall der ordentlichen Kündigung durch den Arbeitgeber⁹² und schuf damit eine relative Verbesserung, die freilich durch das Betriebsrentengesetz vom 21. 12. 1974⁹³ inzwischen auf alle Fälle des Ausscheidens aus dem Betrieb erstreckt wurde, sofern entweder die Zusage 10 Jahre oder bei mindestens 12jähriger Betriebszugehörigkeit 3 Jahre bestanden hat. Die zweite Entscheidung betraf das auch im Betriebsrentengesetz nur sehr allgemein geregelte, angesichts der augenblicklichen Preisentwicklung besonders aktuelle Problem der Dynamisierung⁹⁴. Im Grundsatz hielt das BAG an der traditionellen Auffassung fest, auch § 242 BGB ermögliche keine automatische Anpassung wiederkehrender Lei-

88 BAG NJW 1971, S. 1149.

89 BAG AP Nr. 7 zu § 611 BGB Gratifikation.

90 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. S. dort insbesondere die These, der Arbeitgeber könne einen Arbeitsplatz anderweitig besetzen und dann lösend aussperren ohne Pflicht zur Wiedereinstellung – sog. Streikbrecherprivileg.

91 BAG AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Kritisch dazu Kittner BB 1974, S. 1492.

92 BAG BB 1972, S. 317 = DB 1972, S. 491. Anders bei nur 10-jähriger Betriebszugehörigkeit: BAG BB 1974, S. 278.

93 BGBl I S. 3610.

94 § 16 Betriebsrentengesetz.

stungen an den jeweiligen Kaufkraftschwund. Auf Umwegen erreichte es jedoch ein ähnliches Ergebnis, da es den Arbeitgeber verpflichtete, bei einer Verteuerung der Lebenshaltungskosten um 40 Prozent seit der Fixierung des Rentenbetrags mit dem Arbeitnehmer über eine Anpassung zu verhandeln und danach eine Neufestsetzung vorzunehmen⁹⁵. Entspreche diese nicht der Billigkeit oder zögere der Unternehmer seine Entscheidung zu lange hinaus, so sei das Arbeitsgericht zu einer Anpassung berechtigt, die sich allerdings nur auf das allgemeine Preisniveau, nicht auf die Entwicklung der Löhne und der Leistungen aus der Renten- und Angestelltenversicherung beziehen dürfe. Damit ist den Interessen der Ruheständler in beträchtlichem Umfang entgegengekommen, doch darf nicht übersehen werden, daß sich dies alles nur auf den »Normalfall« des die Treupflicht achtenden Arbeitnehmers und des von Existenzsorgen befreiten Arbeitgebers bezieht. Begeht der Ruheständler eine grobe Treupflichtverletzung, die nach Auffassung des BAG ja auch in der Arbeit für einen Konkurrenten liegt⁹⁶, so geht er seiner Rechte verlustig ebenso wie die Existenzgefährdung des Unternehmens zu einer Kürzung oder einem völligen Wegfall der Rente führen kann. Die hierfür entwickelten formalen Sicherungen wie die Vorlage eines neutralen betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens und die Aufstellung eines Sozialplans zur gerechten Verteilung der Lasten zwischen Arbeitgeber, aktiver Belegschaft und Ruheständlern⁹⁷ besitzen zwar einen gewissen Wert, ändern aber nichts an dem Grundprinzip, daß die Forderungen der aktiven wie der inaktiven Belegschaftsangehörigen schlechter als die der übrigen Gläubiger behandelt werden.⁹⁸ Gelegentliche »arbeitnehmerfreundliche« Entscheidungen zu Einzelfragen stellen einen gewissen Ausgleich dar⁹⁹.

3. Den materiellen Interessen der Arbeitnehmer kann schließlich auch dadurch Rechnung getragen werden, daß bestimmte Vermögenseinbußen von vorne herein vermieden oder nachträglich wieder ausgeglichen werden. In diesem Rahmen ist einmal die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für das eingebrachte Arbeitnehmereigentum zu sehen. Sie gründet sich nach Ansicht des Großen Senats nicht auf eine Analogie zu den §§ 617, 618 BGB, sondern ist unmittelbarer Ausfluß des personenrechtlichen

95 BAG DB 1973, S. 773 ff.

96 S. oben II 2.

97 BAG BB 1972, S. 317 = DB 1972, S. 491 = JuS 1972 S. 289.

98 Vgl. andererseits jedoch BAG BB 1973, S. 1308, der jedenfalls die Insolvenz der Kasse nicht genügen läßt (und im übrigen den »Ausschluß eines Rechtsanspruchs« als bloßes, von sachlichen Voraussetzungen abhängiges Widerrufsrecht interpretiert). Jetzt greift in diesen Fällen die Insolvenzsicherung nach § 7 I 1 Ziff. 5 Betriebsrentengesetz ein.

99 BAG BB 1974, S. 280: Ausgleichsquittung enthält keinen Verzicht auf Ruhegeld; BAG BB 1974, S. 370: Ausschlußfrist des § 70 II BAT gilt nicht für Versorgungsansprüche.

Gemeinschaftsverhältnisses¹⁰⁰. Die entscheidende Frage nach dem Umfang der vom Arbeitgeber geforderten Schutzvorkehrungen, die insbesondere in bezug auf die Sicherheit von Parkplätzen kontrovers wurde, wird vom BAG dahingehend beantwortet, alles hänge von den Umständen des Einzelfalls ab¹⁰¹. Der Arbeitgeber genüge seiner Verpflichtung, wenn er die Maßnahmen treffe, die ihm aufgrund des Treuegedankens und unter Berücksichtigung der besonderen betrieblichen und örtlichen Verhältnisse, also der beruflichen und betrieblichen Übung, der Verkehrssitte und des Ortsgebrauchs, zugemutet werden könnten¹⁰¹. Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Arbeitgeber eine Unterstellhalle für Motorräder zur Verfügung stellen müsse, nannte das BAG¹⁰² als Faktoren neben der Beschaffbarkeit von Gelände auch die finanziellen Möglichkeiten des Arbeitgebers, der durch den Bau der Halle nicht unverhältnismäßig hoch belastet werden solle. Weiter sei auf die Zahl der motorisierten Arbeitnehmer, auf die verkehrsmäßige Lage des Betriebes und auf das Vorhandensein benachbarter Parkplätze abzustellen¹⁰². Allzu weitreichende Pflichten dürfen daher kaum zu erwarten sein, zumal das BAG verschiedentlich vor einer »Überspannung der Fürsorgepflicht« gewarnt hat¹⁰³. Immerhin wurde eine Pflicht zur fehlerfreien Steuerverwaltung bejaht, die den Arbeitgeber für Fehler bei der Abführung der Lohnsteuer ersatzpflichtig macht¹⁰⁴.

Die Fürsorgepflicht ist freilich nutzlos, wenn der Arbeitnehmer einen Sachschaden erleidet, ohne daß den Arbeitgeber oder einen seiner Beauftragten ein Verschulden trifft. Im bekannten Ameisensäurefall hat der Große Senat nach eingehender Prüfung aller in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen in analoger Anwendung von § 670 BGB deshalb einen Anspruch auf Aufwendungsersatz bejaht, sofern es sich um eine gefährliche Arbeit handelte und der Schaden »durchaus außergewöhnlich« war, mit dem also der Arbeitnehmer »nach der Art des Betriebes oder nach der Art der Arbeit« nicht zu rechnen brauchte¹⁰⁵. Die Aufstellung dieser speziellen Voraussetzungen hat zur Folge, daß jedenfalls bei strikter Auslegung fast jeder Ersatzanspruch ausscheiden muß, da bei gefährlichen Anlagen Schäden nicht außergewöhnlich sind, ungefährliche Produktionsvorgänge aber nicht erfaßt werden. Selbst wenn man großzü-

100 BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

101 BAG AP Nr. 75 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

102 BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

103 BAG GS AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag; BAG GS AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

104 BAG AP Nr. 8 zu § 670 BGB; vgl. auch BAG AP Nr. 76 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

105 BAG GS AP Nr. 2 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers.

gigere Maßstäbe anlegt¹⁰⁶, bleibt das Bedenken einer fehlenden Harmonisierung mit den Haftungsregeln bei gefahrgeneigter Arbeit. So ist nicht einzusehen, warum der Arbeitnehmer bei leichtester Fahrlässigkeit von jeder Haftung befreit sein soll, soweit es um die Schädigung des Arbeitgebers oder eines Dritten geht¹⁰⁷, daß er aber den vollen Schaden selbst zu tragen hat, wenn er eigene Sachen in ähnlich wenig vorwerfbarer Weise oder gar schuldlos beschädigt. Der Gedanke, daß ja auch das eingebrachte Eigentum zum Arbeitserfolg und damit zum Unternehmergewinn beiträgt, sollte für eine volle Haftung des Arbeitgebers sprechen, die nur bei grob fahrlässiger Selbstschädigung ausscheiden müßte.¹⁰⁸

VI. Die immateriellen Interessen des Arbeitnehmers – der Schutz seines Persönlichkeitsrechts

1. Als durch Art. 2 II GG garantiertes Grundrecht muß das Recht auf Gesundheit auch gegenüber dem Arbeitgeber wirken. Wie bereits ausgeführt, ist diesem Aspekt allerdings weder bei der rechtlichen Behandlung von Betriebsbußen und Anwesenheitsprämien noch bei der Kündigung wegen Krankheit Rechnung getragen worden. Direkte Ansprüche gegen den Arbeitgeber auf Schadensersatz wegen erlittener gesundheitlicher Nachteile sind selten, was nur bei Betriebsunfällen auf das Eingreifen der Sozialversicherung.¹⁰⁹, im übrigen auf Beweisschwierigkeiten und Angst vor gerichtlichen Auseinandersetzungen mit dem Unternehmer zurückzuführen sein dürfte. Die vorliegenden Entscheidungen bringen nichts Außergewöhnliches: So begründet ein zur Herbeiführung des Schadens geeigneter ordnungswidriger Zustand den Beweis des ersten Anscheins zugunsten tatsächlich vorliegender Kausalität, und der Arbeitgeber ist überdies in entsprechender Anwendung des § 282 BGB gezwungen, sein fehlendes Verschulden zu beweisen¹¹⁰. Weiter kann es die Fürsorgepflicht gebieten, einen schwerbeschädigten leitenden Angestellten vor gesundheitlichen Schäden durch Überarbeitung zu bewahren und ihn zu veranlassen, den ihm zustehenden Urlaub in Anspruch zu nehmen¹¹¹. Der Fall

106 BAG AP Nr. 3 zu § 611 BGB Gefährdungshaftung des Arbeitgebers, will (wieder einmal) auf den Einzelfall abstellen.

107 Hier besteht ein Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber.

108 Bedenklich auch BAG BB 1974, S. 885 ff., das den in § 636 RVO angeordneten Ausschluß von Schadensersatzansprüchen auch auf den Fall der Schädigung durch einen in den Betrieb eingegliederten, aber bei einem andern Arbeitgeber beschäftigten Arbeitskollegen erstreckt.

109 Haftungsausschluß nach § 636 RVO.

110 BAG AP Nr. 1 zu § 618 BGB (frisch gewachster Linoleumfußboden).

111 BAG AP Nr. 16 zu § 618 BGB.

war allerdings extrem gelagert, da der Arbeitnehmer über Jahre hinweg ohne Unterbrechung durch Sonn- und Feiertage oder durch Urlaub 14–16 Stunden täglich gearbeitet und vermutlich infolge dieser Überbeanspruchung einen Schlaganfall erlitten hatte. Gleichwohl war ein mitwirkendes Verschulden gemäß § 254 BGB zu berücksichtigen, da der Betroffene nicht selbst auf Abhilfe gedrängt hatte.

2. Die Arbeitnehmerpersönlichkeit soll weiter durch das allgemeine Verbot menschenunwürdiger Behandlung geschützt werden, dessen Übertretung zur Zurückhaltung der Arbeitsleistung berechtigt.¹¹² Was daraus konkret folgt, wie die Maßstäbe für die Abgrenzung zwischen Gerade- noch-Erträglichem und Menschenunwürdigem aussehen, ist bisher nur in Ansätzen deutlich geworden. So sprach das BAG den Grundsatz aus, der Arbeitnehmer sei während bestehenden Arbeitsverhältnisses »im Hinblick auf den Persönlichkeitsschutz der Art. 1 und 2 GG« auch zu beschäftigen¹¹³. Die zutreffende Erwägung, der Zwang zum Nichtstun würde den Menschen nicht mehr als vollwertiges Glied der Gesellschaft erscheinen lassen, wird allerdings dadurch wieder entscheidend relativiert, daß die Nichtbeschäftigung für eine vorübergehende Zeit (»etwa bis zum Ablauf der Kündigungsfrist«) oder »bei einem besonderen schutzwürdigen Interesse des Arbeitgebers, dessen Vorliegen sorgfältig zu prüfen ist«, durchaus zulässig bleibt. Im Ernstfall würden daher die Unternehmerinteressen sicherlich den Vorrang genießen.

In den Rahmen der Konkretisierung des Prinzips der menschenwürdigen Behandlung gehören auch einige Verhaltenspflichten des Arbeitgebers, die üblicherweise unter dem Stichwort der Fürsorgepflicht abgehandelt werden. So muß dem Arbeitnehmer vor einer fristlosen Kündigung Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden¹¹⁴, und unter bestimmten Voraussetzungen bestand auch vor Inkrafttreten des § 83 BetrVG ein Recht auf Einsichtnahme in die Personalakten¹¹⁵. Daß andererseits die Intimsphäre wenig Schutz genießt, wurde bereits im Zusammenhang mit maschinellen Kontrollmaßnahmen deutlich¹¹⁶ und findet eine erneute Bestätigung in der Verpflichtung, bei der Einstellung neben einschlägigen Vorstrafen¹¹⁷ auch eine Schwangerschaft¹¹⁸ angeben zu müssen.

3. Eine Reihe von Entscheidungen betraf die grundgesetzlich garantierte

112 BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

113 BAG AP Nr. 2 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht.

114 BAG AP Nr. 13 zu § 123 BGB.

115 BAG AP Nr. 78 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht.

116 S. o. II 3.

117 BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

118 BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB.

Freiheit, den Arbeitsplatz zu wechseln und bemühte sich, etwaige arbeitsrechtliche Hindernisse möglichst gering zu halten. In diesen Rahmen gehört einmal die Entscheidung zur Unverfallbarkeit von betrieblichen Altersrenten bei Kündigung¹¹⁹, zum andern aber die ständige Rechtsprechung zum Umfang zulässiger Rückzahlungsklauseln bei Gratifikationen. In freier Rechtsschöpfung hat das BAG dabei sehr konkrete zeitliche Grenzen für eine mögliche Betriebsbindung durch Rückzahlungsverpflichtungen entwickelt und entscheidend auf die Höhe der Zuwendung abgestellt¹²⁰: Erhält der Arbeitnehmer als Weihnachtsgratifikation ein zusätzliches Monatsgehalt und hat er (wie in der Regel Angestellte) bis 31. März des folgenden Jahres nur eine Kündigungsmöglichkeit, so ist ihm zuzumuten, diese auszulassen, d. h. bis 30. 6. im Betrieb zu bleiben. Hat er dagegen (wie in der Regel Arbeiter) bis 31. 3. mehrere Kündigungsmöglichkeiten, so ist ihm in der Regel zuzumuten, den Betrieb erst nach dem 31. 3. (etwa zum 15. 4.) zu verlassen. Bewegt sich die Gratifikation zwischen 100 DM und einem Monatsgehalt, so ist eine Bindung nur bis 31. 3., liegt sie bei 100 DM oder niedriger, so ist überhaupt keine Bindung zulässig. Während die geringfügige Überschreitung eines Monatsgehalts ohne Bedeutung ist¹²¹, berechtigt die Zahlung einer Weihnachtsgratifikation von zwei Monatsgehältern zu einer abgestuften Bindung über das ganze folgende Jahr: So ist der Arbeitgeber berechtigt, bei Ausscheiden zum 31. 3. eineinhalb Monatsgehälter, zum 30. 6. ein Monatsgehalt und zum 30. 9. ein halbes Monatsgehalt zurückzufordern, wenn er einen entsprechenden Vorbehalt gemacht hatte¹²². Die Entwicklung dieser »judikativen Schutznormen« ist grundsätzlich zu begrüßen, auch wenn ihre Ausgestaltung nicht immer konsequent erscheint: So wäre statt auf die Höhe der Gratifikation eher auf die Belastung des Arbeitnehmers abzustellen, dessen freie Entscheidung unter Umständen bei einer niedrigeren Gratifikation kaum beeinträchtigt ist¹²³. Auch müßte die Tatsache Berücksichtigung finden, daß der Arbeitgeber durch Konzentrierung einer an sich »fälligen« Lohnerhöhung auf ein 13. oder 14. Monatsgehalt den aus Art. 12 GG folgenden Schutz des Arbeitnehmers leicht umgehen kann. Möglicherweise hätte daher eine einheitliche Frist von drei Monaten bereits allen beteiligten Interessen genügt.

119 S. o. V 2.

120 BAG AP Nr. 22–25 zu § 611 BGB Gratifikation.

121 BAG AP Nr. 25 zu § 611 BGB Gratifikation.

122 BAG AP Nr. 69 zu § 611 BGB Gratifikation.

123 Zur Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf Urlaubsgratifikationen s. BAG DB 1973, S. 973; zur Rückzahlung von Umzugskosten s. BAG RdA 1973, S. 278; zum Schutz von Treueprämien s. BAG DB 1973, S. 285. Vgl. auch BAG BB 1974, S. 1639: Keine Rückzahlung bei betriebsbedingter Kündigung.

Dem Schutz der Mobilität des Arbeitnehmers dient weiter die Entscheidung, wonach die verlängerten Kündigungsfristen des § 622 BGB nur den Arbeitgeber beschränken, die Kündigungsmöglichkeit des Arbeitnehmers aber unberührt lassen¹²⁴.

4. Einen recht geringen Schutz erhält dagegen das ebenfalls persönlichkeitsbezogene Recht an der Beibehaltung des Arbeitsplatzes. Der Kündigungsschutz geht nicht weiter, als es ein großzügig interpretiertes Unternehmerinteresse erlaubt¹²⁵. Nur in einigen Randbereichen wurde der Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses über den Wortlaut des Gesetzes hinaus verstärkt. Dazu gehört etwa das Verbot der Umgehung des Kündigungsschutzes durch Vereinbarung sog. Kettenarbeitsverhältnisse¹²⁶ oder durch sachlich nicht gerechtfertigte Anstellung als freier Mitarbeiter¹²⁷ ebenso wie die Reduzierung der Anfechtungsgründe durch Nichtanwendung des § 123 BGB, wenn nach nicht-einschlägigen Vorstrafen gefragt wurde¹²⁸. Außerdem ist die Anerkennung des sog. faktischen Arbeitsverhältnisses in diesem Rahmen zu nennen, da so wenigstens eine rückwirkende Vernichtung materieller Ansprüche verhindert wird¹²⁹. Auch die Verwirkung der Berufung auf Anfechtungsgründe bei länger dauernder Bewährung ist durchaus positiv zu bewerten¹³⁰. Dasselbe gilt für die Annahme arbeitsvertraglicher Rechte und Pflichten zwischen dem Verleiher von Arbeitskräften und diesen selbst auch für den Fall, daß es sich um eine unerlaubte Arbeitsvermittlung handelt¹³¹.

VII. Das sich für das Arbeitsverhältnis ergebende Bild erhält eine Abrundung durch die Handhabung einzelner Arbeitsschutzvorschriften

»Arbeitnehmerfreundlich« ist einmal die Rechtsprechung zum Verbot der unbezahlten Karenz, die § 75b 2 HGB auf den Bereich beschränkt, wo er allenfalls noch Berechtigung hat¹³². Sinnvoll ist auch die Haftungsbefreiung von Personen, die unerlaubte Kinderarbeit leisten¹³³. Großen Zweifeln muß dagegen die Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Heimar-

124 BAG BB 1972, S. 537.

125 S. o. IV.

126 BAG GS AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristetes Arbeitsverhältnis. Bemerkenswert ist auch die Erstreckung der Anzeigepflicht bei Massentlassungen auf vom Arbeitgeber veranlaßte Arbeitnehmerkündigungen: BAG BB 1974, S. 603.

127 BAG BB 1974, S. 838.

128 BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

129 BAG AP Nr. 2 zu § 125 BGB; BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

130 BAG AP Nr. 17 zu § 123 BGB.

131 BAG NJW 1972, S. 973.

132 BAG AP Nr. 24–26 zu § 611 BGB Konkurrenzklausel.

133 BAG DB 1973, S. 1078.

beitsausschüsse unterliegen¹³⁴, die den Rahmen autonomer Rechtsetzung allzu eng zieht und mit dem Zwang zur staatlichen Festlegung der Arbeitsentgelte dem betroffenen Personenkreis nicht unbedingt einen sehr großen Dienst erwiesen hat. Ganz und gar nicht »arbeitnehmerfreundlich« ist jedenfalls die Rechtsprechung zum Hausarbeitstag und zum Mutterschutz. Entgegen dem Wortlaut des Gesetzes hat der Große Senat den nach nordrheinwestfälischem Recht gegebenen Anspruch auf monatlich einen Hausarbeitstag für weibliche Arbeitnehmer verneint¹³⁵, wenn »bei einer Arbeitszeitverkürzung von mindestens 8 Stunden im Monat gegenüber der gesetzlichen Arbeitszeit von 48 Stunden wöchentlich oder 96 Stunden in der Doppelwoche an 4 Werktagen im Monat« nicht gearbeitet wird, zu denen auch der Samstag gehören kann. Bei einer Einführung der 5-Tage-Woche und der Reduzierung der Arbeitszeit auf 46 Stunden wöchentlich wird daher das Gesetz im konkreten Fall unanwendbar, d. h. die Arbeitszeitverkürzung wirkt sich auf Frauen überhaupt nicht aus. Daß dies ihrer Doppelbelastung durch Arbeitsplatz und Haushalt nicht Rechnung trägt, liegt auf der Hand, wurde vom BAG aber nicht berücksichtigt.

Als noch restriktiver erweist sich jedoch die Rechtsprechung zum Mutterschutz. Verschweigt eine Arbeitnehmerin bei der Einstellung trotz entsprechender Frage des Arbeitgebers ihre Schwangerschaft, so ist dieser zur Anfechtung berechtigt; das Kündigungsverbot des § 9 Mutterschutzgesetz (MuSchG) steht nicht entgegen¹³⁶. Dabei braucht die Bewerberin keine positive Kenntnis von ihrem Zustand zu haben; nach BAG reicht die Kenntnis von solchen Umständen, »die den sicheren Schluß auf das Bestehen der Schwangerschaft zulassen¹³⁶«. Bei beiderseitiger Unkenntnis ist der Arbeitgeber zur Anfechtung wegen Irrtums nach § 119 II BGB berechtigt, wenn bei befristeten Verträgen die Arbeitnehmerin für einen erheblichen Teil der Vertragsdauer ausfiel¹³⁷. Kennt andererseits eine auf unbestimmte Zeit eingestellte Arbeitnehmerin ihren Zustand nicht, so kann sie sich auch dann nicht auf den Kündigungsschutz des § 9 MuSchG berufen, wenn sie die vorgeschriebene Mitteilung nur deshalb unterlassen hat, weil der Arzt sie falsch informiert hatte¹³⁸.

134 BAG AuR 1973, S. 59 ff. mit Anm. *Grunsky*. Inzwischen hat das BVerfG die Entscheidung des BAG gegenstandslos gemacht und §§ 1 IV, 19 HAG für verfassungskonform erklärt: BVerfG AP Nr. 7 zu § 19 HAG. Zur Änderung des HAG s. BB 1974, S. 1486, 1534.

135 BAG GS AP Nr. 19 zu § 1 HausarbtagsG NRW.

136 BAG AP Nr. 15 zu § 123 BGB.

137 BAG AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG.

138 BAG AP Nr. 29 zu § 9 MuSchG. Macht die Schwangere zwar von ihrem Zustand Mitteilung, unterläßt sie aber einen Nachweis, so kann sie ihren Kündigungsschutz verwirken: BAG BB 1974, S. 1581.

Greift der Mutterschutz zweifelsfrei ein, so ergeben sich eine Reihe von Besonderheiten. So muß die Arbeitnehmerin hinnehmen, daß sie mit einer Arbeit beschäftigt wird, zu der sie nach ihrem Arbeitsvertrag nicht verpflichtet ist, da der »Schaden« des Arbeitgebers entsprechend §§ 254 II 1 und 242 BGB möglichst gering zu halten sei¹³⁹. Leistet sie weniger als es ihr nach ihren individuellen Kräften und Fähigkeiten möglich wäre, so riskiert sie im Gegensatz zu andern Arbeitnehmern eine Lohnminderung¹⁴⁰. Macht sie schließlich durch ihr Verhalten dem Arbeitgeber die Annahme ihrer Leistung unzumutbar, ohne daß eine (im Gesetz ja vorgesehene) Kündigung möglich wäre, so kann sie unter Wegfall ihrer Bezüge vom Dienst suspendiert werden¹⁴¹. Diese eindeutige Schlechterstellung der unter Mutterschutz stehenden Arbeitnehmerin wird durch zwei weitere Schranken ergänzt: § 9 MuSchG soll unanwendbar sein, wenn es sich um eine Fehlgeburt handelt¹⁴², obwohl sie den für die Kündigung maßgebenden »Wert der Arbeitskraft« ebenso mindern kann wie eine normale Niederkunft. Noch weniger überzeugend ist die Entscheidung zum Wegerisiko: Ist die Schwangere zwar an sich zur Arbeit in der Lage, hat ihr der Arzt jedoch die Fahrt von der Wohnung zur Arbeitsstätte verboten, so hat sie keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung¹⁴³. Das Wegerisiko sei vom Gesetzgeber nicht geregelt worden und eine Lückenschließung auf Grund des Art. 6 Abs. 4 GG scheide aus, da die »Gemeinschaft« als Träger von Schutz und Fürsorge keinen ausreichenden Anknüpfungspunkt für eine Belastung gerade des Arbeitgebers bilde – eine Argumentation, die man dem Reichsgericht der Jahrhundertwende wohl als konsequenten Ausdruck der von ihm praktizierten begriffsjuristischen Methode abgenommen hätte, die jedoch bei einem Gericht – vorsichtig ausgedrückt – Verwunderung auslösen muß, das sich nicht scheut, ein völlig eigenständiges Arbeitskämpfrecht, eine weit gefaßte negative Koalitionsfreiheit, eine nicht gesetzlich fixierte Konzeption des Arbeitsverhältnisses und Detailregelungen für die Rückzahlung von Gratifikationen zu entwickeln. Die dahinterstehende Tendenz zur möglichst weitgehenden Einschränkung des Mutterschutzes und zur Entlastung des Arbeitgebers führte schließlich sogar dazu, daß das BAG die Verfassungsmäßigkeit des § 11 MuSchG bezweifelte, letzten Endes dann aber doch von einer Vorlage an das BVerfG absah¹⁴⁴.

139 BAG AuR 1969, S. 316.

140 BAG AP Nr. 3 zu § 11 MuSchG 1968 = AuR 1971, S. 61.

141 BAG GS AP Nr. 5 zu § 9 MuSchG.

142 BAG DB 1973, S. 879. Ablehnend *Birk*, ZfA 1974, S. 473; *Schwerdtner*, JZ 1974, S. 480 ff.

143 BAG AP Nr. 4 zu § 11 MuSchG 1968 = DB 1970, S. 1980 = JuS 1971, S. 48.

144 BAG AP Nr. 5 zu § 11 MuSchG 1968. Einem solchen Vorgehen wäre ersichtlich auch kein Erfolg beschieden gewesen: BVerfG BB 1974, S. 740; BVerfG BB 1975, S. 94.

Als sehr viel weniger »eindeutig« i. S. einer Reduzierung von Schutzvorschriften erweist sich die Rechtsprechung zum Schwerbeschädigtenrecht. So wird die Schwerbeschädigteneigenschaft mit Recht nicht vom Vorliegen eines förmlichen Anerkennungsbescheids abhängig gemacht¹⁴⁵, der dem unzweifelhaften Wortlaut des § 2 SchwBeschG nach lediglich für die Gleichstellung des dort erfaßten Personenkreises verlangt wird¹⁴⁶. Der in § 12 Abs. 1 SchwBeschG vorgesehene Anspruch des Schwerbeschädigten auf Beschäftigung wird dahin konkretisiert, der Arbeitgeber müsse notfalls Umbesetzungen, u. U. sogar Entlassungen vornehmen, um dem Schwerbeschädigten die volle Verwertung und Weiterentwicklung seiner Kenntnisse und Fähigkeiten zu ermöglichen. Eine Vertrauensstellung brauche jedoch nur dann eingeräumt zu werden, wenn das Vertrauen auch tatsächlich bestehe¹⁴⁷, die Neigungen und Wünsche des Arbeitnehmers müßten nicht »unbedingt« berücksichtigt werden¹⁴⁸. Erweitert der Schwerbeschädigte »mit Wissen und Willen des Arbeitgebers« seine Kenntnisse, so ist er im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren bei entsprechender Eignung mit einer höherwertigen Arbeit zu betrauen¹⁴⁹ – grundsätzlich bejahter Schwerbeschädigtenschutz wird auf diese Weise mit gewissen Vorbehalten versehen, die eine allzu große Einschränkung der Arbeitgeberdispositionen vermeiden sollen.

Recht unterschiedlich ist die Rechtsprechung zu dem durch die §§ 14 ff. SchwBeschG¹⁵⁰ garantierten Arbeitsplatzschutz. Auf der einen Seite wird die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung auch dann verlangt, wenn der Arbeitgeber keine Kenntnis von der Schwerbeschädigteneigenschaft des Arbeitnehmers hatte¹⁵¹. Auf der anderen Seite findet sich eine durchaus restriktive Handhabung – so, wenn die Vier-Wochen-Frist des § 15 SchwBeschG nicht auf Probearbeitsverhältnisse bis zu drei Monaten angewandt¹⁵² oder die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle auch dann für entbehrlich gehalten wird, wenn ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit einer dreimonatigen Probezeit versehen war und die Kündigungsfrist erst nach Ablauf der Probezeit endete¹⁵³. Eine ausdrückliche Korrektur durch den Gesetzgeber erfuhr die Auffassung des BAG, die

145 BAG AP Nr. 11 zu § 14 SchwBeschG. Ebenso für ausländische Arbeitsopfer BAG AP Nr. 4 zu § 1 SchwBeschG.

146 BAG AP Nr. 6 zu § 2 SchwBeschG.

147 BAG AP Nr. 1 zu § 12 SchwBeschG.

148 BAG AP Nr. 2 zu § 12 SchwBeschG.

149 BAG AP Nr. 3 zu § 12 SchwBeschG.

150 Nunmehr §§ 12 ff. SchwbG vom 29. 4. 1974.

151 BAG AP Nr. 4 und 9 zu § 14 SchwBeschG.

152 BAG AP Nr. 1 zu § 15 SchwBeschG.

153 BAG AP Nr. 6 zu § 19 SchwBeschG.

Zustimmung der Hauptfürsorgestelle wirke auf den Zeitpunkt der Kündigung zurück und lasse bei Weiterarbeit über die Kündigungsfrist hinaus nur ein faktisches Arbeitsverhältnis bestehen¹⁵⁴ – § 12 SchwbHG verlangt nunmehr ausdrücklich die »vorherige« Zustimmung, was freilich ähnlich wie im Falle der §§ 102, 103 BetrVG¹⁵⁵ auch schon nach altem Recht begründbar gewesen wäre. Gewisse Bedenken kann weiter die These erwecken, der Kündigungsschutz greife bei vertraglicher Aufhebung des Arbeitsverhältnisses nicht ein¹⁵⁶, ist doch die Verhandlungsmacht beider Seiten alles andere als gleichgewichtig¹⁵⁷. Immerhin werden wenigstens in formaler Hinsicht »strenge Anforderungen« an das Vorliegen einer stillschweigenden Vertragslösung gestellt¹⁵⁸.

Die keineswegs betont »schwerbeschädigtenfreundliche«, andererseits in der Regel auch nicht bewußt restriktive Rechtsprechung¹⁵⁹ findet eine Parallele in der Auslegung allgemeiner arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften, insbesondere der AZO. So wird der Begriff der »Arbeitsbereitschaft« insoweit arbeitnehmerfreundlich interpretiert, als auch die sog. Kabinenzzeit des Lastwagenfahrers¹⁶⁰ erfaßt und eine häusliche Bereitschaft einbezogen wird¹⁶¹. Die an anderer Stelle gegebene Definition als »wache Achtsamkeit im Zustande der Entspannung«¹⁶² gibt freilich zu Zweifeln Anlaß, scheinen doch »wache Achtsamkeit« und »Entspannung« nicht ohne weiteres miteinander vereinbar zu sein. Nicht zur Arbeitszeit werden mit Rücksicht darauf die sog. Überlagerzeiten der Omnibusfahrer gezählt, d. h. diejenigen Zeiträume, in denen sie ihr Fahrzeug unbeaufsichtigt stehenlassen können; ein Lohnanspruch wird insoweit abgelehnt¹⁶³. Erheblichere Bedenken erweckt freilich eine andere Entscheidung, die entgegen der in § 15 AZO zwingend vorgeschriebenen Mehrarbeitsvergütung die Vereinbarung einer Pauschalvergütung für die gesetzliche Arbeitszeit und die Mehrarbeit zuläßt¹⁶⁴ und damit insbesondere

154 BAG AP Nr. 6 zu § 15 SchwBeschG.

155 Vgl. oben § 4 Fn. 78, 132.

156 BAG AP Nr. 12 zu § 14 SchwBeschG.

157 Vgl. Roscher S. 9 ff. mwN.

158 BAG AP Nr. 1 zu § 14 SchwBeschG.

159 Vgl. jedoch BAG AP Nr. 1 zu § 32 SchwBeschG, wo es für zulässig erklärt wird, durch Betriebsvereinbarung Kurzarbeit allein für Schwerbeschädigte einzuführen. Die damit gegebene Gefahr der Diskriminierung läßt sich auch nicht durch die vom BAG aufgestellten Voraussetzungen vermeiden – Beschäftigung von Schwerbeschädigten über die Pflichtquote hinaus, Verbleiben eines zumutbaren Mindesteinkommens ohne Berücksichtigung der Renten; auch wäre zu fragen, inwieweit dieses Urteil mit § 54 I lit. d. BetrVG 1952 (heute: § 80 I Ziff. 4 BetrVG) zu vereinbaren war.

160 BAG AP Nr. 2 zu § 7 AZO.

161 BAG AP Nr. 3 zu § 7 AZO.

162 BAG AP Nr. 3 zu § 13 AZO.

163 BAG AP Nr. 6 zu § 12 AZO.

164 BAG AP Nr. 1 zu § 15 AZO.

diejenigen Arbeitnehmer benachteiligt, die nicht unter den Schutz eines den Normallohn festlegenden Tarifvertrags fallen¹⁶⁵. Nicht unbedingt beifallswert ist schließlich auch die These, die Tarifparteien könnten die ihnen durch § 7 I AZO eröffnete Möglichkeit zur Verlängerung des Acht-Stunden-Tages auf den Betriebsrat und den einzelnen Arbeitgeber delegieren¹⁶⁶, besteht zwischen den Betriebspartnern doch nicht das für die sozialen Gegenspieler gemeinhin angenommene Gleichgewicht¹⁶⁷. Insgesamt gesehen drängt sich auch hier der Eindruck auf, daß die gesetzlichen Normen zwar nicht »sabotiert« oder bewußt restriktiv ausgelegt werden, daß andererseits aber auch kein besonderes Entgegenkommen gegenüber unmittelbaren Arbeitnehmerbedürfnissen zu beobachten ist. Der dem Gericht verbleibende Spielraum wird – abgesehen vom Mutterschutz – »pragmatisch« mal in der einen mal in der anderen Richtung ausgenutzt, ohne daß freilich an irgend einer Stelle in wesentliche Unternehmerpositionen eingegriffen würde¹⁶⁸.

VIII. Ergebnis

Versucht man, die hier dargestellten und ansatzweise kritisierten Entscheidungen insgesamt zu würdigen, so wird die eindeutige und durchgängige Wahrung des unternehmerischen Rentabilitätsinteresses zunächst bei der Bestimmung der Arbeitnehmerpflichten deutlich. Nicht die Normalleistung, sondern die darüber hinausgehende individuell mögliche Leistung ist geschuldet; die Treue zum Arbeitgeber verpflichtet den Arbeitnehmer zur Überwachung anderer, zur Unterlassung von Wettbewerb, zur Verschwiegenheit, zur Unterlassung politischer Angriffe gegen den Arbeitgeber oder seinen »Stand« und zur Vermeidung von Straffälligkeit. Der Arbeitnehmer hat es hinzunehmen, daß sein Verhalten im Betrieb durch technische Einrichtungen überwacht wird. Verletzt er seine Pflichten, riskiert er Betriebsbußen, gegebenenfalls den Verlust von An-

165 Kritisch auch *Herschel*, Anm. zu BAG AP Nr. 1 zu § 15 AZO.

166 BAG AP Nr. 1 zu § 7 AZO.

167 So auch BAG AP Nr. 142 zu § 242 BGB Ruhegehalt mit zustimmender Anmerkung *Richardi*.

168 Eindeutige Kritik verdient dagegen die Position des BAG im Internationalen Privatrecht, wo trotz des Machtungleichgewichts zwischen den Arbeitsvertragsparteien immer noch am Grundsatz der freien Rechtswahl festgehalten wird (vgl. BAG AP Nr. 159 zu § 242 BGB Ruhegehalt mit Anmerkung *Grunsky*). Näher dazu *Däubler*, Grundprobleme des Internationalen Arbeitsrechts, AWD 1972, S. 1 ff. Zutreffend jedoch BAG BB 1974, S. 327, wo die Bildung eines Wirtschaftsausschusses für mehrere rechtlich unselbständige Zweigstellen eines ausländischen Unternehmens in der BRD verlangt wurde. Dazu *Däubler*, Mitbestimmung und Betriebsverfassung im IPR, *RabelsZ* Heft 3/1975.

wesenheitsprämien, Schadensersatz und Kündigung. Eine Entlassung kann er auch dann nicht vermeiden, wenn er durch Krankheit für den Arbeitgeber relativ uninteressant wird oder wenn dieser aufgrund seines gerichtlich nicht nachprüfaren Willensentschlusses zu Veränderungen in der betrieblichen Organisation schreitet, die den Arbeitsplatz in Wegfall bringen. Diese völlige Ausrichtung am Unternehmerinteresse, die in fast keinem Fall eindeutiger gesetzlicher Regelung geschuldet ist, wird im Bereich der Arbeitnehmerbefugnisse nur durch kleine »Konzessionen« korrigiert; auch hier bleibt die Grenze des unternehmerischen Profitprinzips allgegenwärtig und steht jeder »übermäßigen« Ausdehnung des »Sozialschutzes« entgegen. Dies zeigen die Ergebnisse der obigen Ausführungen:

- Der Arbeitnehmer hat eine Lohnforderung, aber im Gegensatz zu anderen Gläubigern muß er auf sie ganz oder teilweise verzichten, wenn eine »echte Gefährdung« des Unternehmens vorliegt.
- Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf betriebliche Sozialleistungen, aber nur, wenn der Unternehmer durch mehrmalige vorbehaltlose Zahlung eine betriebliche Übung zur Entstehung bringt.
- Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf Gleichbehandlung, aber nur bei Sozialleistungen, nicht bei Kündigungen; auch hier kann Streikteilnahme den Leistungsanspruch ausschließen.
- Der Arbeitnehmer konnte aufgrund der BAG-Rechtsprechung nach 20 Jahren Betriebszugehörigkeit seine Anwartschaft auf eine Altersrente nicht mehr durch ordentliche Kündigung des Arbeitgebers verlieren, aber er verwirkt seine Betriebspension, wenn er als Ruheständler eine sog. grobe Treupflichtverletzung begeht, insbesondere dem Arbeitgeber Wettbewerb macht.
- Der Arbeitnehmer hat das Recht, nach 40prozentiger Preissteigerung mit dem Arbeitgeber über eine Anpassung der betrieblichen Altersrente zu verhandeln, aber der Arbeitgeber entscheidet selbst nach »billigem Ermessen«, und der Anspruch gegen ihn entfällt ganz oder teilweise, wenn das Unternehmen inzwischen in Existenzschwierigkeiten geraten ist.
- Der Arbeitnehmer hat das Recht, vom Arbeitgeber Fürsorge für seine eingebrachten Sachen zu verlangen, aber die Aufwendungen des Arbeitgebers müssen den Umständen des Einzelfalls Rechnung tragen und dürfen ihn nicht unverhältnismäßig belasten.
- Der Arbeitnehmer kann Schäden an den zur Arbeit mitgebrachten

- Sachen vom Arbeitgeber ersetzt verlangen, auch wenn diesen kein Verschulden trifft,
aber nur, wenn es sich um »außergewöhnliche« Schäden bei einer »gefährlichen« Arbeit handelt.
- Der Arbeitnehmer hat einen Beschäftigungsanspruch,
aber nur, wenn nicht berechnigte Interessen des Arbeitgebers entgegenstehen.
 - Der Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf menschenwürdige Behandlung, insbesondere auf Anhörung vor einer Kündigung und auf Einsicht in die Personalakte,
aber die Personalentscheidungen werden vom Arbeitgeber getroffen und dem Betriebsrat steht gerade hier kein volles Mitbestimmungsrecht zu.
 - Der Arbeitnehmer kann den Arbeitsplatz wechseln und darf daran nicht durch übermäßige Rückzahlungsverpflichtungen gehindert werden,
aber es ist Sache des Arbeitgebers, ob er übertarifliche Bezahlungen ausschließlich in Form von Gratifikationen leistet und damit die Frist zulässiger Betriebsbindung bis auf ein Jahr verlängert.
 - Der Arbeitnehmer braucht bei der Einstellung nicht alle Vorstrafen anzugeben,
wohl aber alle einschlägigen; Bewerberinnen können nach der Schwangerschaft gefragt werden, denn beides ist für die Nützlichkeit der Arbeitskraft von Bedeutung.
 - Die Arbeitnehmerin hat ein Recht auf Mutterschutz,
aber sie muß notfalls eine im Arbeitsvertrag nicht vorgesehene, zumutbare andere Beschäftigung übernehmen und auch während ihrer Schwangerschaft die individuell mögliche Arbeitsleistung erbringen, da sie sonst eine Lohnkürzung riskiert; kann sie zwar arbeiten, hat ihr jedoch der Arzt die Fahrt von der Wohnung zur Arbeitsstätte verboten, so hat sie keinen Lohnanspruch. Fehlgeburten fallen nicht unter das Mutterschutzgesetz.

Die Übersicht macht gerade in ihrem notwendigerweise plakativen Charakter deutlich, daß die verbreitete Auffassung, das Individualarbeitsrecht sei eine Art Eldorado des Arbeitnehmerschutzes, sicherlich unzutreffend ist. Die generelle »Linie« des BAG, kleinere Zugeständnisse an die materiellen und immateriellen Interessen der Arbeitnehmer nur insoweit zuzulassen, als dadurch das Profitinteresse nicht ernsthaft gefährdet wird, führt zu widersprüchlichem Verhalten in der Methodik der Gesetzesanwendung. Während in Bereichen, in denen nur die Normen des allgemeinen Zivilrechts zur Verfügung stehen, in der Regel eine arbeitnehmer-

schutzorientierte Auslegung, wenn nicht Rechtsfortbildung erfolgt, können bei typisch arbeitsrechtlichen Rechtsfiguren wie Mutterschutz und Fürsorgepflicht deutlich gegenteilige Tendenzen festgestellt werden, da bei einer weiten Auslegung des Mutterschutzes und der Haftung für eingebrachte Sachen des Arbeitnehmers mit einer ernsthaften Bedrohung unternehmerischer Belange gerechnet werden könnte.

Man kann und muß sich dennoch auch hier die Frage stellen, warum die zahlreichen, aber inhaltlich eben nicht sehr weitreichenden Zugeständnisse gemacht wurden, hätte man doch auch – um nur einige Beispiele zu nennen – bei der Verfallbarkeit von Betriebsrenten, der weiten Möglichkeit unbezahlter Karenz, dem Recht zur Frage nach allen Vorstrafen und der Zulässigkeit beliebiger Rückzahlungsklauseln bleiben können. Der objektive Grund für das andersartige Verhalten des BAG liegt in seiner Ordnungsfunktion: Der gesellschaftliche Status quo kann nur dann bewahrt werden, wenn grobe Mißstände beseitigt werden, weil sie nicht nur das Gerechtigkeitsgefühl maßgebender Personen, sondern – wie das BAG im Zusammenhang mit der Verdachtskündigung in schöner Offenheit sagte – auch das Vertrauen in die Rechtsordnung erschüttern würden, wankendes Vertrauen in das Recht aber leicht zu allgemeiner Gesellschaftskritik und zur Suche nach gesellschaftspolitischen Alternativen führt. Schreiendes Unrecht muß vermieden werden, denn es könnte die Gesamtordnung in Frage stellen, weil es nicht nur die Betroffenen zum Nachdenken zwingt.

Man kann natürlich Zweifel anmelden, ob das BAG immer und unter allen Umständen genau das getan hat, was der hier skizzierten Funktion entspricht. Da es nicht von einer unsichtbaren Hand gelenkt wird, sondern aus Persönlichkeiten mit relativ homogenem Vorverständnis, aber auch mit individuellen Besonderheiten und spezifischen Werthaltungen besteht, spricht sogar eine Vermutung dafür, daß nicht immer nach einheitlichen Maßstäben verfahren wird. So gibt es Urteile mit »arbeitnehmerfreundlichem« Inhalt, die kein schreiendes Unrecht, sondern nur eine Unannehmlichkeit aus der Welt schaffen, während andere wiederum nur mit Empörung zu quittieren sind. Denkt man etwa an die Kündigung des Anstreichers in einem katholischen Krankenhaus oder an das Flüchtlings-ehepaar, das fast 10 Jahre umsonst gearbeitet und obendrein noch die Kosten für zwei durch drei Instanzen gehende Verfahren zu tragen hatte, so wird deutlich, daß bisweilen Mißstände nicht nur toleriert, sondern neu geschaffen werden. Im großen ganzen aber war die »Linie« auch im Individualarbeitsrecht und im Arbeitsschutzrecht konsequent.

§ 6: Das Sozialideal und seine Veränderung

I. Zusammenfassung der Ergebnisse

1. Die Wahrung des Arbeitgeberinteresses

Die Analyse der Entscheidungen zu den drei zentralen Bereichen des Arbeitsrechts – der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit, der Interessenwahrung durch den Betriebsrat und der Ausgestaltung des individuellen Arbeitsverhältnisses – hatten praktisch identische Resultate: Den Unternehmerinteressen wird durchgehend der Vorrang vor den Belangen der Arbeitnehmer eingeräumt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man das Interesse der Arbeitgeber weit faßt und dazu auch alle die Maßnahmen rechnet, die zwar einem einzelnen Unternehmer lästig sein mögen, die jedoch unter den gegebenen gesellschaftlichen Bedingungen für die Aufrechterhaltung der bestehenden Ordnung in Betrieb und Gesellschaft unerlässlich, zumindest jedoch nützlich sind. In diesen Rahmen gehören eine beschränkte Förderung der Mitbestimmung durch den Betriebsrat ebenso wie eine Verbesserung der Arbeitnehmerposition im Individualarbeitsrecht. Wenn daher beispielsweise eine Beinahe-Dynamisierung der betrieblichen Altersrente durch Grundsatzurteil eingeführt wird, so kommt dies natürlich zunächst den betroffenen Arbeitnehmern zugute. Betrachtet man diese Entscheidung jedoch im gesamtgesellschaftlichen Kontext, so ergibt sich eine differenzierte Einschätzung: Da eine Ablehnung jeglicher Dynamisierung unter den gegebenen Bedingungen des Kaufkraftschwundes Unruhe auslösen könnte – und die nichtgewerkschaftlichen Streiks des Jahres 1973 beweisen dies zur Genüge – lag eine »Konzession« zugunsten der Erhaltung einmal erworbener wirtschaftlicher Positionen eher im wohlverstandenen Interesse der Unternehmerschaft als das Beharren auf der bisherigen Rechtslage.

2. Die Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen

Vorrang des so verstandenen »flexiblen« Unternehmerinteresses bedeutet, daß die Bedürfnisse und Forderungen der Arbeitnehmer nur innerhalb des dadurch gesetzten Rahmens zur Geltung kommen können. Dies bedeutet u. U. ein höheres Maß an Schutz, als es bei einer direkten Konfrontation mit dem Einzelunternehmer erreichbar wäre, da dieser in der Regel nur seine konkreten Rentabilitätsinteressen sehen wird, das BAG jedoch die Stabilität des Gesamtsystems im Auge hat. Auf der anderen Seite folgt daraus aber auch, daß die »Konzessionen« nicht

beliebigen Inhalt haben, sondern nur an Stellen gemacht werden, wo keine Gefahr einer Infragestellung der herrschenden Ordnung besteht. Dies war bei der Anerkennung des Streikrechts und der gewerkschaftlichen Informations- und Werbetätigkeit im Betrieb¹, daneben aber auch bei der aktuellen Behandlung des Betriebsrats² und der Rechtsstellung der Arbeitnehmer im Individualarbeitsrecht³ der Fall. Eine »Konzession« etwa zugunsten der gewerkschaftlichen Kampffreiheit durch restriktive Interpretation der Friedenspflicht oder durch Nichtanerkennung des Rechts am Gewerbebetrieb ist deshalb denkbar unwahrscheinlich, ja ausgeschlossen. Dasselbe gilt wegen der Rückwirkung auf die Profitinteressen der Arbeitgeber etwa für eine Verstärkung des Persönlichkeitsschutzes gegenüber technischen Einrichtungen oder für eine drastische Verbesserung des Kündigungsschutzes.

Für die Arbeitnehmer bedeutet dies, daß ihre wesentlichsten Interessen nicht befriedigt werden. Zwar können sie ihren Lebensstandard erhöhen, doch wird es auch einer »aktiven Lohnpolitik« kaum möglich sein, ohne Bruch mit dem kapitalistischen System wesentliche Gewinnbeschränkungen zu erzwingen. An Sicherheit der Arbeitsplätze ist nicht zu denken, können doch selbst relativ geringe Verfehlungen, Krankheit und Unternehmensentscheidungen eine Kündigung rechtfertigen. Ähnlich ungenügend ist der Gesundheits- und Persönlichkeitsschutz, bei dem sich die Anforderungen des Gewinnmaximierungsprinzips besonders deutlich zeigen. »Freiheit am Arbeitsplatz« ist trotz seiner zentralen Bedeutung für die Arbeitnehmerexistenz und für die Befriedigung der übrigen Bedürfnisse nicht realisiert. Jede kollektive Interessenwahrung wird vom BAG auf ein Minimum beschränkt, indem gerade so viel zugestanden wird, wie es für die den Arbeitnehmerorganisationen zugedachte Rolle als Ordnungsfaktor notwendig ist.

3. Vergleich mit den Ergebnissen Kahn-Freunds

Die Ergebnisse der vorliegenden Untersuchung decken sich in vielem, aber nicht in allem mit denen *Kahn-Freunds*⁴. Gemeinsames Merkmal der RAG- wie der bisherigen BAG-Rechtsprechung ist die Förderung von Unternehmerinteressen durch Reduzierung kollektiver Interessenwahrung seitens der Arbeitnehmer. Gewerkschaften und Betriebsräte sollen in

1 S. oben § 3 II 3, IV a. E.

2 S. oben § 4 II.

3 S. oben § 5 VIII.

4 In: Arbeitsrecht und Politik, S. 206 ff.

erster Linie zur »Ordnung und Befriedung« des Arbeitslebens beitragen, was angesichts der Vorherrschaft des Kapitals auf eine Unterwerfung unter dessen »Logik« hinausläuft. Insoweit gibt es keinen Unterschied zwischen Bonn und Weimar.

Die erste Akzentverschiebung zeigt sich im Bereich des Individualarbeits- und Arbeitsschutzrechts, da anders als beim RAG nicht von einer besonderen Betonung des Fürsorgegedankens die Rede sein kann. Sämtliche den Arbeitnehmerinteressen Rechnung tragenden Entscheidungen betreffen Randbereiche der Unternehmenspolitik; selbst eine restriktive Interpretation von Schutznormen ist – wie das Beispiel des Mutterschutzes zeigt – nicht ausgeschlossen. Die Vermutung einer Wiederholung des *Bismarckschen* Rezepts hat sich deshalb als haltlos erwiesen – die im Individualarbeitsrecht geschaffenen Rechtspositionen vermeiden oder beseitigen zwar grobe Mißstände, sind jedoch nicht im entferntesten geeignet, die Notwendigkeit kollektiver Interessenwahrung (und sei es auch nur im Bewußtsein einzelner) überflüssig zu machen.

Der zweite, im Ergebnis mehr ins Gewicht fallende Unterschied ist die höhere Flexibilität des BAG im »Auffangen« tatsächlicher oder zu erwartender Konflikte. Während das BAG in den 50er Jahren auch im Individualarbeits- und im Betriebsverfassungsrecht einen »harten Kurs« steuerte und ihn auch bis gegen Ende der 60er Jahre kaum abmilderte, hat es auf diesen Gebieten in den letzten Jahren eine Reihe von »Konzessionen« zugunsten der Arbeitnehmerinteressen vorgenommen, die sich unschwer als Ausdruck gesamtgesellschaftlicher und politischer Kräfteverschiebungen deuten lassen. Parallelen dazu konnte es in der Weimarer Zeit aus bekannten Gründen nicht geben.

4. *Der Streit um die Bezeichnung des Sozialideals*

Die Bezeichnung der aus den BAG-Entscheidungen sprechenden Ordnungsvorstellungen als »faschistisch« hat einige emotionale Reaktionen hervorgerufen⁵, die im Grunde wenig verständlich waren, da in unzweideutiger Weise auf *Kahn-Freund* und das von diesem benutzte Gesellschaftsmodell des italienischen Faschismus abgestellt wurde, nicht jedoch auf die Realität des damaligen Italien oder gar des Nationalsozialismus⁶. Dennoch legt es die geringere Betonung der individuellen Fürsorge und die Einbindung von Gewerkschaften und Betriebsräten als »Ordnungsfaktoren« nahe, statt dessen von einem weiterentwickelten Sozialkonser-

⁵ Zöllner, ZfA 1973, S. 233.

⁶ Däubler, ZfA 1973, S. 212.

vatismus zu sprechen, der im Gegensatz zu seiner ursprünglichen Form nicht den einzelnen Arbeitnehmer, sondern in erster Linie die Interessenvertretungen der Arbeitnehmer in das bestehende System zu integrieren und damit »unschädlich« zu machen versucht. Dieser Kollektiv-Sozialkonservatismus ist freilich nur – das sollte nicht vergessen werden – eine Form der Wahrung von Unternehmerinteressen; sollte sich die gesellschaftliche und politische Situation ändern, so könnte er durch ein anderes (z. B. ständestaatliches) Sozialideal ersetzt werden, ohne daß dies einen prinzipiellen Wandel in der Interessenbindung der Rechtsprechung bedeuten würde. Für die nähere Zukunft ist freilich damit zu rechnen, daß sich Veränderungen der Judikatur im Rahmen des bisher zugrunde gelegten Gesellschaftsmodells bewegen werden.

II. Chancen der Veränderung?

1. Allgemeine Voraussetzungen

Kritik an Bestehendem mag noch so berechtigt sein, sie bleibt in der Regel ohne Konsequenzen, wenn sie nicht wenigstens ansatzweise Alternativen entwickelt und über die Möglichkeiten ihrer Durchsetzung nachdenkt. Wie kann sich die generelle Ausrichtung der BAG-Rechtsprechung an Unternehmerinteressen ändern, etwa im Sinne gleichgewichtiger Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen?

Unabdingbare Voraussetzung für jede »Umpolung« der Rechtsprechung ist die Veränderung des Kräfteverhältnisses zwischen Kapital und Arbeit. Wenn die Anforderungen steigen, die von der Gewerkschaftsbewegung und der überwiegenden Anzahl der Arbeitnehmer an ein sozial gerechtes Arbeitsrecht gestellt werden, wenn gleichzeitig die Bereitschaft besteht, für einzelne Forderungen auch persönliche Opfer zu bringen, und wenn sich schließlich dieses nachdrückliche Reformverlangen auch im politischen Raum niederschlägt, so wird das BAG aller Voraussicht nach größere Zugeständnisse als bisher machen, da es andernfalls seiner Ordnungs- und Friedensfunktion nicht mehr gerecht würde. Wenn bestimmte Dinge wie der Mangel an ausreichenden Mitbestimmungsmöglichkeiten einfach nicht mehr akzeptiert werden, wenn etwa als grober Mißstand empfunden wird, was bisher gerade noch hingenommen wurde, dann wird dem auch das BAG in seiner Rechtsprechung Rechnung tragen müssen. Das bedeutet freilich – und vor einer derartigen Illusion ist entschieden zu warnen –, daß die Zugeständnisse nicht weiter gehen werden, als sich dies mit wohlverstandenen, d. h. unter den gegebenen

Umständen optimal realisierten Unternehmerinteressen vereinbaren läßt. Eine »maßvolle« Stärkung des Betriebsrats und eine leichte Verbesserung der Ansprüche des einzelnen lassen sich voraussichtlich ohne größere Schwierigkeiten verwirklichen, wenn sich Reformansprüche auf breiter Basis entwickeln. Eine Lockerung der Bindungen, die den Gewerkschaften auferlegt wurden, steht dagegen auch dann nicht zu erwarten, wenn entsprechende Forderungen von einem Großteil der Arbeitnehmer unterstützt werden. An diesem entscheidenden Punkt ist nicht auf eine Änderung der BAG-Rechtsprechung zu hoffen; hier müssen andere Mittel – neben dem Weg über den Gesetzgeber insbesondere die gewerkschaftliche Selbsthilfe – angewandt werden, um den notwendigen sozialen Wandel zu bewirken. Zum Abschluß sollen daher einige Vorschläge gemacht werden, wie mit Hilfe des Tarifvertrags wesentliche Teile des Arbeitsrechts umgestaltet werden können, wobei insbesondere auf diejenigen Handlungsmöglichkeiten abgestellt werden soll, die auch von der Rechtsprechung und der herrschenden Lehre anerkannt werden.

2. Tarifliches Aussperrungsverbot?

Eine der zentralen Forderungen der Gewerkschaftsbewegung, deren Realisierung auch unsere Tagung dienen soll, richtet sich auf das Verbot der Aussperrung⁷. Wie soll es realisiert werden, wenn kein Wandel der Rechtsprechung zu erwarten ist?

Beschlüsse von Gewerkschaftstagen sind als solche nicht geeignet, irgendwelche Veränderungen herbeizuführen; sie bergen im Gegenteil bisweilen die Gefahr in sich, daß auch ihre überzeugtesten Verfechter glauben, nunmehr den entscheidenden Schritt getan zu haben und alles weitere dem Vorstand überlassen zu können. Gerade im Fall des Aussperrungsverbots wäre diese Haltung besonders verhängnisvoll, da der in andern Fällen praktizierte Ausweg hier nicht funktioniert: Der Gesetzgeber wird in den nächsten Jahren weder ein Arbeitskampfgesetz noch eine Spezialnorm zur Aussperrung verabschieden, da die Kodifikationsbemühungen in der laufenden Legislaturperiode mit Sicherheit nicht über das Arbeitsvertragsrecht hinauskommen werden⁸ und gerade Streik und Aussperrung sich bisher als besonders schwer regelbar erwiesen haben. Wenn also die Forderung nach dem Verbot der Aussperrung nicht eine folgenlose Willensbekundung gewerkschaftlicher Gremien bleiben soll, so müssen

⁷ Dazu insbes. *Kittner* GMH 1973, S. 91 ff., sowie Beschluß des 11. ordentlichen Gewerkschaftstags der IG Metall, abgedruckt RdA 1974, S. 372.

⁸ So die Auskunft der Bundesregierung auf Frage der Abg. *Däubler-Gmelin* (mitgeteilt in RdA 1973, S. 265).

sich die Gewerkschaften selbst helfen und einen Weg finden, wie sie aus eigener Kraft der Realisierung ihrer Forderungen näherkommen können. Einen ersten wichtigen Anhaltspunkt gibt der BAG-Beschluß zur Aussperrung selbst, da er die aus dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit abgeleiteten Kampfregeln ausdrücklich für tarifdispositiv erklärte⁹ und damit den Tarifpartnern die Möglichkeit eröffnete, das Verfahren ihrer Auseinandersetzungen nach eigenen Vorstellungen zu regeln. Die vereinbarten Regeln müßten u. a. Bestimmungen darüber enthalten, wie die Erhaltungsmaßnahmen für bestreikte Betriebe zu gewährleisten seien, ob und welche für die Allgemeinheit lebensnotwendige Betriebe vom Arbeitskampf ausgenommen werden und ob und in welchem Umfang Vorsorge getroffen werde, daß Anwartschaften oder Versicherungen nicht verfallen¹⁰. Dies wird im selben Beschluß an anderer Stelle¹¹ durch die Aussage ergänzt, der Kreis der Arbeitnehmer, die nur mit suspendierender Wirkung ausgesperrt werden dürften, könne in der tarifvertraglich vereinbarten »Arbeitskampfordnung« festgelegt werden. *Reuss* hat dies dahingehend interpretiert, daß die Tarifparteien jede Aussperrung auf eine Suspendierungswirkung beschränken könnten¹² und als zulässiger Inhalt auch eine Beschränkung auf die Defensivaussperrung Streikender in Frage komme¹³. Wenn sie nicht länger als der Streik selbst dauern kann¹⁴, wäre damit praktisch ein Aussperrungsverbot erreicht, da die Suspendierungswirkung ja bereits mit der streikweisen Arbeitsniederlegung eintritt. Die Auffassung des BAG hat den Widerspruch von *Lieb*¹⁵ erfahren, der von einem »außerordentlichen Mißgriff« spricht. Sein erster Einwand stützt sich auf die These *Biedenkopfs*, im normativen Teil hätten Staat und Tarifvertragsparteien dasselbe Regelungsziel, es bestehe eine konkurrierende Normsetzungszuständigkeit; beim obligatorischen Teil dagegen stünden sie sich nicht mehr gegenüber, da es um die Rechtmäßigkeit ihres eigenen Verhaltens gehe, über das in letzter Instanz der ihnen insoweit übergeordnete Staat entscheide. Die Differenzierung überzeugt nicht. Auch die Festlegung des normativen Teils reguliert über die Friedenspflicht »automatisch«¹⁶ das Verhalten der Koalitionen und auch hier

9 BAG AP Nr. 43 zu Art. 9 GG Arbeitskampf. Dazu eingehend *Reuss*, Autonome Arbeitskampfordnungen, AuR 1975, S. 1 ff.

10 Abschnitt III A 3 der Gründe.

11 Abschnitt III C 5 der Gründe.

12 *Reuß*, AuR 1971, S. 360 und AuR 1975, S. 10.

13 *Reuß*, AuR 1971, S. 360. Daneben wird die vertragliche Ausdehnung des tariflichen Regelungsbereichs auf Differenzierungsklauseln und die Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse genannt.

14 So *Reuter*, JuS 1973, S. 289.

15 Kritische Gedanken zum tarifdispositiven Richterrecht, RdA 1972, S. 141 ff.

16 Zur Frage des zwingenden Charakters der Friedenspflicht s. unten 5.

können die Tarifparteien nicht über die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens befinden, da sie im normativen Teil gleichfalls an die (verfassungskonforme) gesetzliche Ordnung gebunden sind¹⁷. Die eigentliche Frage geht also dahin, welche zwingenden Grenzen dem Koalitionsverhalten gesetzt sind, und sie ist jedenfalls nicht aus einer (angenommenen) Überordnung des Staates zu beantworten. Der zweite Einwand, Art. 9 III GG monopolisiere praktisch die Koalitionsmittelgarantie beim Staat, den Tarifpartnern bleibe insoweit nur eine untergeordnete Zuständigkeit, läßt sich aus der Verfassung heraus nicht belegen, sondern hat den Charakter einer weder verfassungstheoretisch noch methodologisch abgesicherten Behauptung. Wenn schließlich auf das beiden Parteien gemeinsame Interesse hingewiesen wird¹⁸, so ist dies nicht nur empirisch unrichtig, sondern auch als Differenzierungskriterium gegenüber dem normativen Teil ungeeignet, da auch dort eine Einigung auf Kosten Dritter erfolgen kann¹⁹. Die eigentliche Rechtfertigung autonomer Arbeitskampfregeln liegt demgegenüber im Sinn der Tarifvertragsfreiheit überhaupt: Sie will für den Bereich der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen den Verfassungsgrundsatz der Selbstbestimmung realisieren, indem auf kollektiver Ebene ein relatives Gleichgewicht angestrebt und damit eine ausreichende Berücksichtigung von Arbeitnehmerinteressen ermöglicht wird²⁰. Aus der Verankerung der Tarifautonomie im Selbstbestimmungsgrundsatz folgt die prinzipielle Befugnis, selbst über den Umfang der eigenen Bindung und die Art der Auseinandersetzung zu befinden. Schlichtungsabkommen sind seit jeher Ausdruck dieser Befugnis, die eine Parallele in dem (selbstverständlichen) Recht aller Individualvertragsparteien findet, die gegenseitigen Beziehungen nach eigenem Gutdünken zu regeln und dabei auch besondere Verfahrensformen für die Regelung von Meinungsverschiedenheiten zu entwickeln.

Tariflich vereinbarte Arbeitskampfregeln sind somit das wichtigste Mittel, um das Verbot der Aussperrung durchzusetzen oder zumindest seiner Realisierung um einen wesentlichen Schritt näherzukommen. Wie *Reuss* mit Recht feststellte²¹, kann um derartige Regeln auch ein Arbeitskampf geführt werden – eine logische Konsequenz der (fast) allgemein gebilligten These, daß alles, was Gegenstand tariflicher Abmachung werden könne,

17 Zum Verhältnis von Tarifvertrag und Gesetz s. *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 201 ff.

18 *Lieb*, RdA 1972, S. 142.

19 Ablehnend gegenüber der Gesamtkonzeption von *Lieb: Herschel*, Gesetzesvertretendes Richterrecht und Tarifautonomie, RdA 1973, S. 147 ff.

20 Dazu im einzelnen *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 174 ff.

21 AuR 1971, S. 360.

auch durch Streik erkämpfbar sei²². Die Frage nach dem Verbot der Aussperrung muß daher in Zukunft Gegenstand von Tarifverhandlungen sein.

3. Tarifliche Veränderung des Betriebsrisikos?

Eine weitere, die gewerkschaftliche Tarifpolitik belastende Hypothek ist die herrschende Rechtsprechung zum Betriebsrisiko. Die Tatsache, daß den Arbeitgebern außer der offenen auch die heimliche Aussperrung durch Einbehaltung des Lohnes wegen streikbedingten Produktionsausfalls zusteht, erweitert ihr Waffenarsenal beträchtlich; der Streit um die Anwendbarkeit des § 116 AFG beweist dies zur Genüge²³. Die mittlerweile ergangene sog. Neutralitäts-Anordnung des Verwaltungsrats der Bundesanstalt für Arbeit²⁴ schafft nur in beschränktem Umfang Abhilfe, da sie lediglich einen kleinen Teil der Betriebsrisikofälle erfaßt und auch insoweit nur zur Zahlung von Arbeitslosengeld, nicht zur Erhaltung des Lohnanspruchs führt. Das Warten auf eine gesetzliche Neuregelung erscheint ähnlich wenig erfolgversprechend wie beim Verbot der Aussperrung, so daß auch hier der Weg über die Tarifpolitik kurz- und mittelfristig der einzig gangbare ist. Die rechtlichen Voraussetzungen sind außerordentlich günstig, da das BAG in ständiger Rechtsprechung die von ihm entwickelten Grundsätze über die Tragung des Betriebsrisikos für tarifdispositiv erklärt²⁵. So heißt es in einem Urteil vom 4. 7. 1958²⁶: »Diese grundsätzliche Regelung des Betriebsrisikos kann jedoch durch Vereinbarungen abbedungen werden. Sie stellt kein zwingendes Recht dar, zumal es gesetzliche Vorschriften hierzu nicht gibt. Nach dem danach herrschenden Grundsatz der Vertragsfreiheit ist es insbesondere auch den Parteien eines Tarifvertrags unbenommen, in diesem Vertrag normativ eine abweichende Regelung zu bestimmen.« Die Literatur hat sich dem angeschlossen²⁷, auch wenn die Frage bisher immer unter dem Aspekt

22 *Herschel*, 46. DJT S. D32; *Hueck-Nipperdey* II/1 § 16 II 1 (S. 307 ff.); *Nikisch*, RdA 1964, S. 305; *Zöllner*, Tarifliche Differenzierungsklauseln, Düsseldorf 1967, S. 6.

23 Dazu *Löwisch-Krauß*, Die Neutralitätsverpflichtung der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen (§ 116 AFG), RdA 1972, S. 73 ff.; *Muhr*, Arbeitskampf, Verwirklichung des Sozialstaatsauftrags und Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit, Zu § 116 AFG. Zugleich eine Entgegnung an *Löwisch*, RdA 1973, S. 9 ff.; *Radke*, Arbeitskampf und Neutralitätspflicht der Bundesanstalt für Arbeit, RdA 1973, S. 14 ff.; *Löwisch*, Arbeitslosengeld und Arbeitskampf, RdA 1973, S. 22 ff. S. auch Beschluß des 11. ordentlichen Gewerkschaftstags der IG Metall, abgedruckt RdA 1974, S. 372.

24 Abgedruckt RdA 1973, S. 168.

25 BAG AP Nr. 5, 14, 15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

26 BAG AP Nr. 5 zu § 615 BGB Betriebsrisiko.

27 *Hueck-Nipperdey*, Arbeitsrecht, Bd. I, 7. Aufl., Berlin und Frankfurt/Main 1963, § 44 IV 1 (S. 349); *Nikisch*, Arbeitsrecht, Bd. I, 3. Aufl. Tübingen 1961, § 42 I 5 (S. 602). Vgl. auch *Herschel* AuR 1972, S. 348.

einer Reduzierung des grundsätzlich den Arbeitgeber treffenden Betriebsrisikos behandelt wurde. Nach der bisherigen Rechtsprechung besteht daher kein Hindernis, im Tarifvertrag volle oder teilweise Lohnfortzahlung auch für den Fall vorzusehen, daß die Weiterbeschäftigung wegen Arbeitskämpfen in anderen Betrieben unmöglich wird. Eine unbillige Beeinträchtigung des Unternehmens liegt nicht vor, hängt doch der Abschluß eines entsprechenden Tarifvertrags von seiner Entscheidung ab und ist er doch gegenüber Lohnansprüchen nach herrschender Auffassung sowieso durch den Einwand der »echten Existenzgefährdung« geschützt²⁸.

4. Beschränkung und Ausschluß von Schadensersatzansprüchen?

Wie die Analyse der Arbeitskampsrechtsprechung²⁹ gezeigt hat, liegt die wohl negativste Wirkung in der (intendierten) Trennung von Belegschaften und Arbeitnehmerkoalition. Die zugrundeliegenden Normen – Verbot des sog. wilden Streiks, Behandlung der konzertierten Kündigung als Arbeitskampsmaßnahme, Legalisierung der vom Arbeitgeber ausgesprochenen Massenänderungskündigung trotz bestehender Friedenspflicht – lassen sich nur unter Schwierigkeiten tariflich verändern. Einen naheliegenden Ausweg bietet daher der Versuch, das bestehende Arbeitskampsystem als solches unverändert zu lassen, jedoch die Sanktionen für mögliche Verletzungen zu reduzieren oder abzubedingen. Ein wenn auch nicht sehr weitreichendes Beispiel bieten die Schlichtungsabkommen in der Metallindustrie³⁰, die Schadensersatzansprüche wegen Verletzung ihrer Bestimmungen ausschließen³¹ und stattdessen eine Vertragsstrafe bis zu einer Million DM vorsehen³². Neben der Beschränkung der Haftung auf eine sehr viel geringere Summe kommt insbesondere auch ein völliger Haftungsausschluß in Betracht, der jeden Fall fahrlässiger Pflichtverletzung, nach § 278 II BGB sogar vorsätzliches Verhalten von Erfüllungsgehilfen erfassen kann³³. Eine Beschränkung der im Zivilrecht allgemein

28 BAG DB 1973, S. 187; wie hier im Ergebnis *U. Mayer*, DuR 1975, S. 24 f. und *Reuß*, AuR 1975, S. 13.

29 Oben § 3 II.

30 Schlichtungsabkommen zwischen IG Metall und Gesamtmetall: RdA 1964, S. 216 und RdA 1973, S. 387 ff. (Neufassung); Schlichtungsabkommen zwischen DAG und Gesamtmetall: RdA 1968, S. 256 ff.

31 Jeweils § 16 IV.

32 Jeweils § 16 III. Ähnliche Vorüberlegungen gab es bei der Schaffung des TVG. Vgl. *Herschel*, ZfA 1973, S. 186.

33 Vgl. *Hueck-Nipperdey-Stahlhacke*, TVG, 4. Aufl., München und Berlin 1964, § 1 Rn 94,

anerkannten Gestaltungsmöglichkeiten kommt um so weniger in Betracht, als bei Tarifparteien eher noch als bei zwei Individuen von einer relativen Gleichheit der Verhandlungsmacht auszugehen ist, die die Übervorteilung einer Seite durch die andere verhindert. Dem Vorbild der Schlichtungsabkommen entsprechend empfiehlt sich weiter die tarifliche Einsetzung von Schiedsgerichten³⁴ für alle »einschlägigen« Streitigkeiten. Nach § 103 ArbGG sind sie zwar paritätisch zu besetzen, doch ist die Zuziehung eines »Neutralen« nicht zwingend vorgeschrieben, so daß ein echter »Einigungszwang« besteht. Die erlassenen Schiedssprüche können nach § 110 ArbGG nur auf bestimmte Verfahrensmängel und auf Rechtsverstöße hin überprüft werden³⁵, was den Autonomiespielraum der Tarifparteien gleichfalls erweitert. Das Risiko, auf Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden, kann so auf ein absolutes Minimum reduziert werden.

5. Tarifliche Aufhebung der Friedenspflicht?

Eine entscheidende Erweiterung gewerkschaftlicher Handlungsspielräume würde es weiter bedeuten, wenn die Friedenspflicht im Wege unzweideutiger Definition im Tarifvertrag auf eine »Vertragsdurchführungspflicht«³⁶ reduziert würde und so der Gewerkschaft in allen Fragen freie Hand ließe, die wie übertarifliche Arbeitsbedingungen die Existenz des Tarifvertrags nicht berühren. Das damit angesprochene Problem einer vertraglichen Veränderung der tariflichen Friedenspflicht wurde bisher im wesentlichen unter dem Aspekt ihrer vertraglichen Aufhebbarkeit diskutiert. Die von einer Mindermeinung³⁷ befürwortete tarifliche Abdingbarkeit kann sich auf den Selbstbestimmungsgedanken stützen, wonach es den Tarifparteien überlassen sein muß, selbst über den Umfang ihrer Bindung zu entscheiden. Für die Erweiterung der Friedenspflicht zur absoluten, jede Kampfmaßnahme ausschließenden wird dies auch von der

wonach der obligatorische Teil Bestimmungen über die bei Verletzung des Tarifvertrags eintretenden Rechtsfolgen (Vertragsstrafen, Schadensersatz) erhalten kann. Weitgehend wie hier *Reuß*, AuR 1975, S. 13.

34 Einen Überblick über die vorhandenen tariflichen Schiedsgerichte gibt *Königbauer*, Freiwillige Schlichtung und tarifliche Schiedsgerichtsbarkeit. Eine rechtstatsächliche Untersuchung. Stuttgart 1971.

35 BAG AP Nr. 11 zu § 101 ArbGG 1953 vergleicht die Aufhebungsklage nach § 110 I Ziff. 2 mit der Revision.

36 *Hoffmann*, GMH 1970, S. 714 ff.

37 *Buchner*, DB 1970, S. 2074; *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 438 ff.; ders. ZfA 1973, S. 218; *Strasser*, RdA 1965, S. 401 ff.; *Strasser-Reischauer* S. 176. S. weiter *Hensche*, RdA 1971, S. 16 und *Reuß*, AuR 1975, S. 7.

herrschenden Meinung zugestanden³⁸; warum dasselbe für die relative, auf den Inhalt des Tarifvertrags bezogene Friedenspflicht nicht gelten soll, ist nur mit der ausdrücklichen rechtspolitischen Wertentscheidung zugunsten möglichst umfassender »Ordnung« und dadurch bedingter Schwächung der Gewerkschaften zu erklären. Wenn etwa *Zöllner* behauptet, der vertragliche Ausschluß der Friedenspflicht verstoße gegen das TVG, weil dann nur ein gentleman-agreement ohne die normative Wirkung der §§ 1, 4 TVG vorliege³⁹, so holt er damit im Grunde nur wieder die alte *Nipperdeysche* These von der aus dem »Wesen« des Tarifvertrags folgenden Friedenspflicht hervor⁴⁰. Wie *Zöllner* durchaus vertraut ist⁴¹, unterscheidet man zwischen normativem und obligatorischem Teil des Tarifvertrags. Während der erstere seine vollen Wirkungen entfaltet und nach dem Willen der Tarifpartner auch entfalten soll, kann die Wirkung des letzteren nach der freien Entscheidung der Beteiligten weit oder eng bestimmt werden. Sie befinden sich insoweit in keiner anderen Situation als die rechtsgeschäftlichen Vertreter einer Vielzahl von Personen, die für die von ihnen Betreuten einen Vertrag abgeschlossen haben, sich aber gleichzeitig einig darüber sind, auf Verlangen einer Seite jederzeit über eine Abänderung zu verhandeln und dabei auch von den Mitteln Gebrauch zu machen, die das Gleichgewicht der beiden Seiten erst herstellen⁴². Im übrigen zeigen zahlreiche ausländische Arbeitskämpfordnungen, daß Tarifvertrag und Friedenspflicht keineswegs eine notwendige Einheit bilden und bisweilen schon die bloße Möglichkeit einer vertraglichen Bindung als Angriff auf das Streikrecht zurückgewiesen wird⁴³. Trotz der besseren Argumente wird es freilich schwer fallen, eine vertragliche Veränderung der Friedenspflicht zu erzwingen, doch sollte auch diese Möglichkeit nicht von vorne herein als utopisch ausgeschlossen werden.

6. Fortentwicklung des Tarifrechts?

Die oben beschriebene gewerkschaftsfeindliche Auslegung des Tarifrechts⁴⁴ kann schwerlich im Wege des Tarifvertrags rückgängig gemacht werden. Differenzierungs- und Effektivklauseln sowie die Anwendung

38 S. *Hueck-Nipperdey* § 16 II 3 (S. 323 ff.) mwN.

39 *Zöllner* ZfA 1973, S. 237. Die Argumentation ist auch unschlüssig: es müßte nach *Zöllner* die normative Wirkung entfallen, da ein juristisches Nullum vorläge; dies verstößt aber nicht gegen das TVG.

40 *Hueck-Nipperdey* II/1 § 16 II 1 a (S. 309).

41 Vgl. etwa *Zöllner*, Tarifliche Differenzierungsklauseln, S. 36, 39 ff.

42 Näher dazu *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 438 ff. Vgl. auch *Damman* (oben § 1 Fn 49).

43 Zum französischen Beispiel s. etwa *Camerlynck/Lyon-Caen* S. 539 (Nr. 590 bis).

44 Oben § 3 III.

des Günstigkeits- anstelle des Ordnungsprinzips lassen sich ebenso wie eine unbestrittene Ausdehnung der Tarifautonomie auf Unternehmerentscheidungen nur dann erreichen, wenn die Arbeitgeberseite während längerer Zeit entsprechende Verträge abschließt, ohne eine gerichtliche Überprüfung in die Wege zu leiten. Naheliegender erscheint hier die Einschaltung des Gesetzgebers, der sich in seiner augenblicklichen Zusammensetzung berechtigten und mit dem nötigen Nachdruck vorgetragenen Reformanliegen der Gewerkschaften auf diesem Gebiet kaum wird verschließen können.

7. Betriebsverfassungs- und Individualarbeitsrecht

Relativ unproblematisch sind schließlich tarifliche Verbesserungen im Betriebsverfassungs- und Individualarbeitsrecht. Das wird anhand der BAG-Rechtsprechung zur tariflichen Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse deutlich⁴⁵, die auch in der Lehre überwiegend Zustimmung gefunden hat⁴⁶ und die zu einer verstärkten Aktivität auf diesem Gebiet führen sollte. Die Veränderung der Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ist vollends unbestrittener Bestandteil der Tarifautonomie, deren Schwerpunkt bei den Inhaltsnormen liegt. Keine Bedenken bestehen deshalb gegen eine Modifikation der Treupflicht⁴⁷; selbst eine weitgehende Umgestaltung dürfte zulässig sein. Betriebsbußen könnten durch »negative« tarifliche Regelung nach § 87 I BetrVG ausgeschlossen werden; die Haftung auf Schadensersatz kann auf grobe Fahrlässigkeit beschränkt oder auf leichteste Fahrlässigkeit ausgedehnt, aber auch summenmäßig beschränkt werden⁴⁸. Die ordentliche Kündigung kann wie im öffentlichen Dienst unter bestimmten Bedingungen oder auch vollständig ausgeschlossen werden⁴⁹; für die außerordentliche Kündigung kann ein dem beamtenrechtlichen Disziplinarverfahren entsprechendes gerichtähnliches Verfahren vorgesehen werden, das m. E. auch die im Beamtenrecht entwickelten Maßstäbe für die Entfernung aus dem Dienst übernehmen könnte⁵⁰. Soweit etwas Derartiges – wie in der Regel – nicht durchsetzbar

45 Nachweise oben § 4 Rn 20–31.

46 Nachweise bei *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 88 ff.

47 Vgl. *Hueck-Nipperdey-Stahlhacke* § 1 Rn 51.

48 Für Erweiterung auf jede Fahrlässigkeit auch bei gefahrgeneigter Arbeit unter gleichzeitiger summenmäßiger Beschränkung BAG AP Nr. 1 zu § 305 BGB. Für allgemeine tarifliche Regelbarkeit *Gamillscheg-Hanau*, Die Haftung des Arbeitnehmers, Karlsruhe 1965, S. 25. Als Beispiel erfolgreicher Tarifpolitik vgl. § 12 des Manteltarifvertrags für die Metallindustrie Nordwürttemberg-Nordbaden (abgedruckt RdA 1974, S. 176).

49 *Hueck*, Kündigungsschutzgesetz, 9. Aufl. München 1974, Einleitung V 4 b: Recht zur ordentlichen Kündigung kann ganz ausgeschlossen werden.

50 Die Frage ist bisher kaum diskutiert – vgl. *Hueck-Nipperdey-Stahlhacke* § 1 Rn 51 u. *G. Müller*, DB 1974, S. 44.

sein wird, kommt eine tariflich vereinbarte Weiterbeschäftigungspflicht entsprechend § 102 V BetrVG bis zum Ende des Kündigungsschutzverfahrens in Betracht, die den Kündigungsschutz der eigentlichen Absicht des Gesetzgebers entsprechend zum Recht auf Weiterarbeit am bisherigen Arbeitsplatz machen würde, anstatt ihn der bisherigen Praxis folgend zu einem bloßen Recht auf Zahlung einer Abfindung zu verkürzen⁵¹.

8. Realisierungschancen

Die rechtlichen Möglichkeiten tariflicher Verbesserungen des unbefriedigenden Status quo sind damit noch längst nicht erschöpfend aufgezählt⁵², doch soll das Gesagte genügen, kann doch selbst insoweit nicht von einer umgehenden Verwirklichung ausgegangen werden. Trotz aller Schwierigkeiten muß jedenfalls die eine Konsequenz gezogen werden: Die Forderung nach einem besseren Arbeitskämpfrecht sowie nach anderen Veränderungen des von der Rechtsprechung entwickelten Arbeitsrechts muß in Tarifverhandlungen eingehen. Das Unmögliche – eine völlige Befreiung aus den engen rechtlichen Bindungen, die das BAG der Gewerkschaftsbewegung aus eigener Machtvollkommenheit auferlegt hat – muß verlangt werden, um wenigstens das Mögliche – den Abbau einzelner Restriktionen wie etwa der Betriebsrisikolehre oder des Aussperrungsrechts der Arbeitgeber – zu erreichen. Fortschritte in dieser Richtung setzen freilich mehr als nur Beschlüsse von Gewerkschaftstagen voraus: Sie sind nur durch den solidarischen Einsatz aller Mitglieder und darüber hinaus des größten Teils der Belegschaften erreichbar. Was sie erkämpft haben, kann auch von der Rechtsprechung nicht einfach mit einem Federstrich beseitigt werden. Von ihrer Bereitschaft zur Selbsthilfe hängt letztlich der gesellschaftliche Fortschritt ab.

51 Eine einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung wird (zu Unrecht) nur erlassen, wenn dem Arbeitnehmer aus einer dringenden, auf andere Weise nicht abwendbaren Notlage geholfen werden muß – *Hanau-Adomeit* S. 189. Die Vereitelung der Weiterarbeit am selben Arbeitsplatz scheint nicht zu reichen.

52 Zur tariflichen Absicherung der gewerkschaftlichen Vertrauensleute und zur Regelung der gewerkschaftlichen Informations- und Werbetätigkeit im Betrieb – s. *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, S. 392 ff.

Stichwortverzeichnis

- Abkehrrecht 38
Änderung der Rechtsprechung 126
Änderungskündigungen der Arbeitgeber
– Keine Arbeitsk Kampfmaßnahme 29, 33
Änderungskündigungen der Arbeitnehmer als Arbeitsk Kampf 28, 32 f.
Akkordlohnberechnung und Mitbestimmung 64
– als Schulungsthema 72
Altersrente
– Verwirkung wegen Treupflichtverletzung 86
– Verlust bei Kündigung 107
– Dynamisierung 107/108
Ameisensäure-Fall 109
Angestellte leitende – 75
Anwesenheitsprämien 91
Arbeitgeberinteressen 122
Arbeitnehmereigentum und Fürsorgepflicht 108
Arbeitnehmerinteressen 22, 122
Arbeitnehmervertretung im Aufsichtsrat 81
Arbeitsbereitschaft 117
Arbeitskampfordnung 127
Arbeitskampfrecht
– Kritik Ramms 10 f.
– Kritik Reuss 14
– Allgemeine Kritik 14
– BAG-Rechtsprechung 28 f.
– Gesellschaftspolitische Einschätzung 30 f.
Arbeitspflicht 84
Arbeitsrechtsreform 8
Arbeitsschutzvorschriften 113 f.
Arbeitssicherheit als Schulungsthema 72
Arbeitsstudien als Schulungsthema 72
Arbeitsvermittlung
unerlaubte – 113
Arbeitsvertragsfreiheit 44, 103
Arbeitswissenschaft als Schulungsthema 72
Arbeitszeit 22, 54
Arbeitszeitrecht 117
Aufrechnung gegen unpfändbare Arbeitnehmeransprüche 95
Aufschaltanlage 88
Aufwendungsersatz bei Schulungsteilnahme 70
Ausbildung der Richter 19
Auskunftsrecht des Betriebsrats
– altes Recht 60
– neues Recht 65, 68
Ausschlußdrohung bei »gewerkschaftsfeindlicher« Betriebsratsliste 62
Aussperrung 15, 29, 37
Aussperrung Arbeitswilliger 29
Aussperrungsverbot durch Tarifvertrag 126
Außertarifliche Angestellte 68 ff.
Beamtenstreik 28
Begriffsmanipulationen 13
Beschäftigungsanspruch 111
– des Schwerbeschädigten 116
Betätigungsfreiheit
– gewerkschaftliche – 50 ff.
Betriebsbußen
– und Mitbestimmung 55
– Rechtsgrundlage 89
Betriebsfrieden 50, 68, 96, 99
Betriebsräte 53 f.
Betriebsratsbefugnisse
– tarifliche Erweiterung der – 57 ff.
Betriebsrisiko
– allgemein 104
und Arbeitsk Kampf 29
– tarifliche Veränderung 129
– Weimarer Zeit 9
Betriebs- und Personalräte
– Aussperrung 30
– Rechte im Arbeitsk Kampf 30
Betriebsverfassungsgesetz 1952
53 ff

- Betriebsverfassungsgesetz 1972
64 ff.
- Betriebsversammlungen
– gewerkschaftliches Teilnahmerecht
an – 62 ff.
– Meinungsäußerung auf – 96
- Bilanzwesen als Schulungsthema
72
- Bruttolohn- und – Gehaltslisten
68
- Denunziation als Kündigungsgrund
85
- Differenzierungsklausel 15, 43 ff.
- Dringende betriebliche Erfordernisse
als Kündigungsgrund 100 ff.
- Effektivklausel 45 ff.
- Effizienz der Betriebsratsarbeit
68
- Eigentumsschutz des Unternehmens
51
- Eilfälle und Mitbestimmung des Be-
triebsrats 68
- Eingruppierung 103
- Einigungsstelle
Honorar der Beisitzer 68
- Einzelfall und Mitbestimmung 56
- Emigration 10
- Faire Kampfführung 28
- Faktisches Arbeitsverhältnis 113
- Faschismus
– italienischer 10
- Fehlgeburt und Mutterschutz
115
- Fernmeldehandwerker 98
- Formelle Arbeitsbedingungen 53
- Formierte Gesellschaft und Recht-
sprechung 19
- Freier Mitarbeiter 113
- Freiheitsstrafe als Kündigungsgrund
87
- Freistellung von Betriebsratsmitglie-
dern 69
- Freizeitausgleich 73
- Friedenspflicht
– Auslegung 31
– Abdingbarkeit 37
– und Betrieb 97
- Beschränkung durch Tarifvertrag
131
– und Streik 28
- Fürsorgepflicht
– für Arbeitnehmereigentum 108
– für Person des Arbeitnehmers
111
- Funktion des Arbeitskampfes 36
- Gefahrgeneigte Arbeit 93
- Gemaßregeltenunterstützung 30
- Gemeinschaftsverhältnis, personen-
rechtliches 83, 108
- Gemeinschaftswahl 61
- Gesellschaftsrecht 39
- Gesundheitsschäden des Arbeitneh-
mers 110
- Gewerkschaften als Ordnungsfaktor
36
- Gewerkschaften und Betriebsrat
78
- Gewerkschaftliche Betätigungsfrei-
heit 50 ff.
- Gewerkschaftsrecht 27
- Gleichbehandlung bei Sozialleistun-
gen 106 ff.
- Gratifikationen
– allgemein 106
– und Tarifvertrag 42
- Grundrechtsbindung der Tarifpar-
teien 48
- Gruppenprinzip 61
- Günstigkeitsprinzip 47
- Gute Sitten und Streik 28
- Haftung des Arbeitnehmers
– allgemein 92
– als Disziplinierungsmittel 94
– bei Streiks 30, 41
- Haftung der Gewerkschaft auf Scha-
densersatz 34, 41
– Ausschluß der Haftung im Tarif-
vertrag 130
- Hausarbeitstag 114
- Heimarbeitsrecht 113/114
- Herkunft der Richter 19
- Individualarbeitsrecht 15, 83 ff.
- Individualrechtliche Streikkonzep-
tion 38

- Interessen
 Bestimmung der – 21 ff.
 Interessenbindung der Rechtsprechung 20
- Interessengegensatz Unternehmer
 – abhängig Beschäftigte 24
- Internationales Privatrecht 118
- Intimsphäre 111
- Italienisches Arbeitsrecht 24, 27
- Justizforschung 17
- Kettenarbeitsverhältnisse 113
- Kettenarbeitsverhältnisse und Tarifvertrag 42
- Kinderarbeit 113
- Klageerhebung als Kündigungsgrund 85
- Koalitionsfreiheit 15
- Kollektives Handeln der Arbeitnehmer 40
- Kollektivrechtliche Arbeitskampfkonzepktion 37
 – und rechtswidrige Streiks 40
- Konkrete Betriebsbezogenheit bei Schulungsthemen 72
- Konkurs und Mitbestimmung des Betriebsrats 67
- Konzern
 – Wahlverfahren im – 81
- Kosten der Schulungsteilnahme 71
- Krankheit als Kündigungsgrund 100
- Kündigungsgründe 95 ff.
- Kündigung und Mitbestimmung des Betriebsrat
 – altes Recht 56 ff.
 – neues Recht 66 ff.
- Kündigung wegen dringender betrieblicher Erfordernisse 100 ff.
 Kündigung wegen politischer Betätigung 15, 87
- Kündigung wegen Streikteilnahme 30, 35
- Kündigungsschutz von Betriebsratsmitgliedern 73
- Kündigungsschutz Schwerbehinderter 116/117
 – tarifliche Verbesserung des – es 134
- Kurzarbeit
 – Mitbestimmung bei – 54, 65, 66
 – Tarifvertrag und Mitbestimmung 66
 – und Kündigung 102
- Landesverfassungen und Streik 37
 Leichtlohngruppen 49
- Leitende Angestellte
 – Begriff 75
 – und Unternehmensmitbestimmung 77
- Lösung des Arbeitsverhältnisses durch Aussperrung 29
- Lohnanspruch 104
- Lohnanspruch im Konkurs 104
- Lohndruckerei als Tendenzbetrieb 63
- Lohnfortzahlung bei Verhinderung des Arbeitnehmers 105
- Lohngestaltung als Schulungsthema 72
- Lohngleichheit von Mann und Frau 48
- Lohnminderung wegen Schlechtleistung? 91
- Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers 49
- Menschenwürde 51
- Menschenunwürdige Behandlung von Arbeitnehmern 111
- Methoden der Rechtsanwendung 20 f.
- Minderheitenvotum 18
- Mitbestimmung 22, 24
- Mobilität des Arbeitnehmers 112/113
- Multimomentkamera 66
- Mutterschutz
 – und Anwesenheitsprämie 91
 – und Lohnminderung 92
 – allgemein 114 ff.
- Mutterschutz und Aussperrung 30
- Nachwirkung 48
- Negative Koalitionsfreiheit 43 ff.,
 Normalleistung beim Akkord als Arbeitskampf 28
- Normalleistung als Pflichtverletzung 84

- Obiter dictum 13
 Ordnungsprinzip 46
- Paritätsprinzip 29, 32
 Parteipolitischer Inhalt von Werbematerial 51
 Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers 110 ff.
 Personelle Angelegenheiten
 – Mitbestimmung in –
 – altes Recht 56 ff.
 – neues Recht 66 ff.
 – tarifliche Verbesserung 58 f.
 Personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis 83, 108
 Pflege kranker Familienangehöriger 105
 Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers 98
 Politische Betätigung als Kündigungsgrund 87, 96
 Politischer Streik 28, 37
 Positivismus 21
 Produktograph 54, 66, 88
 Profitprinzip und Emanzipation 24
- Ramms Rechtsprechungskritik 10 ff.
 Rechtsgrundlage des Streiks 36
 Rechtsprechungskritik
 – Ramm 10 ff.
 – Meyer und Zitscher 12 f.
 – Reuss 13 ff.
 – in der DDR 16
 Rechtsunsicherheit im Arbeitskampfrecht 32
 Reform der Arbeitsgerichtsbarkeit 18
 Reichsarbeitsgericht 9
 Reichsgericht 9
 Religionsgemeinschaften und Betriebsverfassung 64
 Richterbewußtsein 18
 Richterrecht 7
 Rückzahlungsklauseln bei Gratifikationen 49, 112
- Sachverständige und Betriebsrat 69
- Schadensbegriff 92
 Schadensersatzanspruch des Unternehmers beim Arbeitskampf 30
 – Veränderung durch Tarifvertrag 130
 Schiedsgerichte 131
 Schleswig-Holsteinischer Metallarbeiterstreik 15, 32
 Schulungsveranstaltungen
 – altes Recht 60
 – neues Recht 70 ff.
 Schwangerschaft und Einstellung 114
 Schweigepflicht des Arbeitnehmers 85
 Schweigepflicht der Aufsichtsratsmitglieder 82
 Schwerbehinderte und Arbeitskampf 30
 Schwerbeschädigtenrecht 116 ff.
 Selbstbestimmungsrecht und Streik 37
 Sicherheit des Arbeitsplatzes 102
 Sittenwidriger Lohn 103
 Sozialkonservatismus 125
 Sozialleistungen des Arbeitgebers 106 ff.
 Sozialmodell des DGB 39
 Soziale Angelegenheiten
 – Mitbestimmungsrecht in – 53 ff., 65 ff.
 Sozialplan im Konkurs 67
 Sprecherausschüsse 75
 Streik und Grundgesetz 36
 Streik als Vertragsverletzung 36, 38
 Streikbrecherprivileg 107
 Streikteilnahme und Sozialleistungen 107
 Staatsapparat und Kapitalinteresse 25
 Sukzessivaussperrung 29, 35, 40
 Suspendierung durch Streik und Aussperrung 29
 Systematik des Arbeitsrechts 26
- Tarifautonomie 15
 – und Streik 28
 – Umfang 41 ff.

- im Ausland 42
- Tarifkonkurrenz 47 ff.
- Tarifliche Erweiterung der Betriebsratsbefugnisse 57 ff.
- Tarifvertragsrecht 41 ff.
- Teilnahmerecht der Gewerkschaft an Betriebsversammlungen 62
- Tendenzunternehmen 63
- und Kündigungsschutz 99
- Treupflicht 85

- Überwachung der Arbeitnehmer
 - Mitbestimmung des Betriebsrats 64
 - Recht des Arbeitgebers 88
- Überwachungspflicht 85
- Umfang der Tarifaufonomie 41 ff.
- Unbezahlte Karenz 113
- Unkündbarkeit und Tarifvertrag 46
- Unternehmerentscheidung
 - Überprüfung durch die Arbeitsgerichte? 111
- Unternehmerinteressen 23
- Unternehmerische Autonomie und Streik 31
- Urabstimmung 28
- Urteilkritik
 - als Gegenstand der Rechtswissenschaft 7
- USA
 - Tarifrecht 42

- Verbot des sozialen Rückschritts 47
- Verdachtskündigung 98
- Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsprechung 13
- Verfassungswidrigkeit von Betriebsratsbefugnissen 65
- Vergleich mit Kahn-Freunds Ergebnissen 123

- Verhältnismäßigkeit und Arbeitskampf 28
- Verhältnismäßigkeit und Kosten bei Schulungsteilnahme 70
- Verhandlungsanspruch 49
- Verjährung des Lohnanspruchs 105
- Verlag als Tendenzunternehmen 64
- Verschwiegenheitspflicht des Arbeitnehmers 85
- Versetzung des Arbeitnehmers 103
- Vorstrafen und Anfechtung 113

- Wahlverfahren 61 ff., 65
- Wahlvorstandsmitglieder
 - Schulung von -n 74
- Wechsel des Arbeitsplatzes 112
- Wegerisiko und Schwangerschaft 115
- Weimarer Diskussion 8
- Werbe- und Informationsmaterial 50
- Werkswohnungen 53, 65
- Wettbewerbsverbot als Arbeitnehmerpflicht 86
- Wiedereinstellungsanspruch nach lösender Aussperrung 29
- Wilder Streik 28, 33, 37
- Wirtschaftliche Angelegenheiten
 - Mitbestimmung in -
 - altes Recht 57
 - neues Recht 67

- Zölibatsklausel 49
- Zurückbehaltungsrecht und Streik 28
- Zustimmungsrecht des Betriebsrats bei Kündigungen 58 ff.
- Zutrittsrecht von Gewerkschaftsbeauftragten 52, 65, 77

Theorie und Praxis der Gewerkschaften

Gerhard Beier

Das Lehrstück vom 1. und 2. Mai 1933
(Themenkreis Geschichte)

Gerhard Beier

Der Demonstration- und Generalstreik vom 12. November 1948
(Themenkreis Geschichte)

Autorenkollektiv

Berufliche Sozialisation und gesellschaftliches Bewußtsein jugendlicher Erwerbstätiger

Otto Brenner

Für eine bessere Welt

Wolfgang Däubler

Das Grundrecht auf Mitbestimmung und seine Realisierung durch tarifvertragliche Begründung von Beteiligungsrechten

Wolfgang Däubler

Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts

Jochen Fuhrmann

Automation und Angestellte

Gewerkschaftliche Jugendbildung
Rahmenkonzeption

Reinhard Hoffmann

Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht

Humanisierung der Arbeit als gesellschaftspolitische und gewerkschaftliche Aufgabe

Industriearbeit und Gesundheitsverschleiß

Kurt Johannson

Anpassung als Prinzip

Kooperation und Mitbestimmung

Evelies Mayer

Theorien zum Funktionswandel der Gewerkschaften

Ulrich Mückenberger

Arbeitsrecht und Klassenkampf

Oskar Negt

Soziologische Phantasie und exemplarisches Lernen

Karl Neumann

Konjunktur und Konjunkturpolitik
(Themenkreis Wirtschaftspolitik 1)

Gerd Peter

Das IBM-System

Manfred Reuter

Berufliche Bildung aus Gewerkschaftssicht

Eberhard Schmidt

Die verhinderte Neuordnung
1945–1952

Heinz Seidel

Das Verhältnis der Angestellten zur Mitbestimmung

Themenkreis Betrieb

Band 1:

Industriearbeit und Herrschaft
Überarbeitete Neuauflage 1975

Band 2:

Der Konflikt um Lohn und Leistung

Band 3:

Die Interessenvertretung der Arbeitnehmer im Betrieb

Band 4:

Die Würde des Menschen in der Arbeitswelt
Überarbeitete Neuauflage 1975

Günter Witt

Leitende Angestellte und Einheitsgewerkschaft

EVA

Europäische Verlagsanstalt · 5 Köln 21 · Postfach 21 01 40

3

Wer von Arbeitsrecht spricht, denkt an Gesetzestexte. Er hat damit allenfalls die halbe Wahrheit erkannt, denn das Arbeitsrecht wird heute zum größten Teil von den Gerichten gemacht. Von welchen Gesichtspunkten lassen sie sich dabei leiten? Welches Gesellschaftsmodell liegt der Spruchpraxis unseres höchsten Arbeitsgerichts zugrunde? Durch umfassende Analyse einer großen Zahl von Entscheidungen versucht der Verfasser, die „Gesetzmäßigkeit“ dieser Rechtsprechung herauszuarbeiten.

Während im Arbeitskampf-, Tarifvertrags- und auch im Betriebsverfassungsrecht die arbeitgeberfreundliche Tendenz klar zutage tritt, könnte dies im Individualarbeitsrecht sehr viel zweifelhafter sein. Eine eingehende Auseinandersetzung mit den rechtspolitisch wichtigsten Urteilen macht deutlich, daß auf diesem Gebiet zwar mehr Entgegenkommen zu verzeichnen ist, daß der „Tropfen sozialen Öls“ aber nie so groß wird, daß Unternehmerinteressen ernsthaft beeinträchtigt wären. Im Ergebnis zeichnet sich so eine sozialkonservative Grundeinstellung des Bundesarbeitsgerichts ab, das die in der Verfassung und in den arbeitsrechtlichen Gesetzen niedergelegten Kompromisse ständig zugunsten der Arbeitgeber verschiebt.

Die vorliegende Arbeit knüpft inhaltlich und methodisch an eine entsprechende Untersuchung Kahn-Freunds zur Rechtsprechung des Reichsarbeitsgerichts in der Weimarer Zeit an. An den weithin übereinstimmenden Ergebnissen wird die gesellschaftspolitische Kontinuität deutlich, die unser Staatswesen mit dem von Weimar verbindet.

Durch die Auseinandersetzung mit vielen Einzelentscheidungen bietet die Arbeit überdies jedem reichliches Argumentationsmaterial, der die bisherige Rechtsprechung nicht unwidersprochen hinnehmen will.

Über den Autor:

Wolfgang Däubler, geboren 1939 in Berlin, studierte ab 1958 Rechtswissenschaft an den Universitäten Hamburg, Berlin und Tübingen. 1962 Referendarexamen, 1965 Promotion zum Dr. jur., 1966 Assessor-examen. Ab 1966 wissenschaftlicher Assistent an der Universität Tübingen. 1971 Ernennung zum Professor für Arbeitsrecht, Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.