

Die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Die verfassungsrechtliche Ausgangssituation

„Das Arbeitsrecht hat sich zu einem selbstständigen Rechtsgebiet entwickelt“ – so hat es das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 15. Dezember 1987 festgestellt.¹ Als Beleg führte es eine Entscheidung vom 22. April 1958 an, wo die historische Entwicklung und das „Herauswachsen“ des Arbeitsrechts aus dem BGB im Einzelnen dargelegt sind.² Das Arbeitsrecht habe sich – so die zentrale These – als Ganzes, und zwar einschließlich seiner Privatrechtsnormen, im Laufe der vorangegangenen Jahrzehnte zu einem „selbstständigen und eigenständigen Rechtsgebiet entwickelt, das neben dem bürgerlichen Recht steht.“³ In beiden Fällen war es um die Frage gegangen, ob landesrechtliche Normen zur Arbeitnehmerweiterbildung bzw. zum Urlaubsrecht zulässig waren, obwohl das bürgerliche Recht im Prinzip abschließend kodifiziert ist und einschlägige Ausnahmebestimmungen im EGBGB nicht ersichtlich sind. Das konstatierte Nebeneinander von bürgerlichem Recht und Arbeitsrecht wird durch den Kompetenzkatalog des Art. 74 GG bestätigt, der das eine Rechtsgebiet in Nr. 1, das andere in Nr. 12 erwähnt. Auch die durch Art. 95 GG garantierte Existenz einer selbstständigen Arbeitsgerichtsbarkeit zielt in diese Richtung.

¹ BVerfG NZA 1988, 355

² BVerfGE 7, 342, 348 ff.

³ BVerfGE 7, 342, 348

In der Rechtsprechung des BAG lassen sich vergleichbare Festlegungen finden. So heißt es in der ersten wichtigen Entscheidung zum Fragerecht des Arbeitgebers wörtlich:⁴ „Grundsätzlich gelten alle Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB auch für das Arbeitsverhältnis; nur soweit sie mit dem Wesen und dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses als eines Rechtsverhältnisses besonderer Art unvereinbar sind, sind sie unanwendbar.“ Noch deutlicher fiel die Distanzierung vom BGB in einer Entscheidung zur Unverfallbarkeit betrieblicher Ruhegelder aus, wo das Gericht ausführte:⁵

„Die massenweise auftauchende Frage, ob erdiente Pensionsanswartschaften ... nicht verfallen dürfen ... ist mit den Mitteln des geltenden, auf Vertragsfreiheit angelegten Schuldrechts nicht zu lösen.“

Ohne gesetzliche Mindestbedingungen schaffe die Vertragsfreiheit nur dann einen sachgerechten Ausgleich zwischen den Parteien, wenn ein Gleichgewicht zwischen ihnen bestehe. Im Falle der Ruhegeldvereinbarungen könne davon nicht die Rede sein, da ihr Inhalt einseitig vom Arbeitgeber vorgeschrieben werde und der Arbeitnehmer nur die angebotenen Bedingungen annehmen könne oder auf die Leistung verzichten müsse. Auch in jüngerer Zeit wurden bisweilen die Unterschiede betont, so wenn etwa in der Entscheidung vom 16.3.1994⁶ die Rede davon war, die richterliche Vertragskontrolle spiele im Arbeitsrecht eine noch größere Rolle als im allgemeinen Zivilrecht.

Lohnt es sich unter diesen Bedingungen überhaupt, über die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts ein wenig nachzudenken? Sind nicht die Würfel längst gefallen? Zunächst fällt auf, dass die hier in ihren Kernaussagen wiedergegebenen Entscheidungen keineswegs zum Gemeingut arbeitsrechtlicher

⁴ BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB

⁵ BAG AP Nr. 156 zu § 242 BGB Ruhegehalt

⁶ BAG NZA 1994, 937, 940

Dogmatik geworden sind. Ohne größere Schwierigkeiten lassen sich Beiträge über die Stellung des Arbeitsrechts im Rechtssystem finden, in denen sie keine oder nur marginale Erwähnung gefunden haben.⁷ Dies mag ein wenig damit zusammenhängen, dass das Bekenntnis zum Anders-Sein nicht notwendigerweise mit Aussagen darüber verbunden ist, worin denn eigentlich die Unterschiede liegen. Distanz allein sagt nichts über das eigene Wesen aus. Außerdem kann es trotz aller Eigenständigkeit durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung geschaffene Gemeinsamkeiten geben, die zu erkennen und zu analysieren reizvoll sein kann.

Im Folgenden soll zunächst der Frage nachgegangen werden, inwieweit das Arbeitsvertragsrecht durch die Schuldrechtsreform in das BGB reintegriert wurde (unten II). Anschließend sind die Regeln des kollektiven Arbeitsrechts auf ihre Spezifik hin zu befragen (unten III). Einzubeziehen sind schließlich die öffentlich-rechtlichen Bestandteile des Rechts der abhängigen Arbeit, was für den Arbeitsschutz einem Gemeinplatz gleichkommt, für das Sozialversicherungs- und das Steuerrecht jedoch eher ungewöhnlich erscheint (unten IV).

II. Schuldrechtsmodernisierung und Arbeitsvertragsrecht

1. Stationen des Gesetzgebungsprozesses

Im Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 14. Mai 2001⁸ nahm das Arbeitsrecht allenfalls eine marginale Rolle ein. Als Beispiel für die Unmöglichkeit der Leistung nach § 275 Abs. 1 BGB wurde u. a. das für den Schuldner bestehende Arbeitsverbot als Beispiel genannt,⁹ und

⁷ S. etwa Richardi ZfA 1988, 221 ff.; Zöllner ZfA 1994, 423 ff.

⁸ BT-Drs. 14/6040

⁹ A. a. O., S. 129

bei der Erörterung der „personalen Unmöglichkeit“ nach § 275 Abs. 2 Satz 2 (heute: § 275 Abs. 3 BGB) nahm die Begründung u. a. auf die BAG-Rechtsprechung¹⁰ Bezug, wonach einem türkischen Arbeitnehmer die Erfüllung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten nicht mehr zumutbar ist, wenn er unter Androhung schwerster Sanktionen zum (verkürzten) Wehrdienst in seinem Heimatland einberufen wird.¹¹ „Notwendige Arztbesuche während der Arbeitszeit“, „notwendige Versorgung schwerwiegend erkrankter Angehöriger“ und „Ladung zu Behörden- und Gerichtsterminen“ werden als weitere Beispiele genannt.¹² Ersichtlich gingen die Verfasser davon aus, jedenfalls § 275 BGB sei auch auf das Arbeitsverhältnis anwendbar.

Unter Berufung auf Löwisch¹³ hat der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum Regierungsentwurf um Prüfung gebeten, „ob im Hinblick auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht die Besonderheiten des Arbeitsrechts durch ergänzende arbeitsrechtliche Bestimmungen abgesichert werden sollten.“¹⁴ Da es sich um Fragen handle, die zum „Kernbestand des Arbeitsrechts“ gehören würden, solle Sorge dafür getragen werden, dass „die gesicherten Grundsätze des Arbeitsrechts durch die Neuregelung keinen Schaden nehmen.“

In ihrer Erwiderung vertrat die Bundesregierung die Auffassung, den Besonderheiten des Arbeitsrechts sei bereits weitgehend Rechnung getragen.¹⁵ Nach § 326 Abs. 1 BGB verliere der Arbeitnehmer den Entgeltanspruch, wenn ihm die Arbeitsleistung ganz oder teilweise unmöglich werde, doch würden die §§ 615, 616 BGB Ausnahmen von diesem Grundsatz statuieren. Insoweit könne § 615 BGB durch einen Satz 3 ergänzt werden, der die Fälle erfasse, in denen der

¹⁰ BAG NJW 1983, 2782, 2784

¹¹ A. a. O., S. 130

¹² A. a. O., S. 130

¹³ NZA 2001, 465 ff.

¹⁴ BT-Drs. 14/6857, S. 11

¹⁵ BT-Drs. 14/6857, S. 47, auch zum Folgenden

Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trage. Die spezifischen Grenzen der Arbeitnehmerhaftung bedürften keiner ausdrücklichen Klarstellung, da § 276 Abs. 1 BGB vorsehe, eine mildere Haftung könne sich „aus dem Inhalt des Schuldverhältnisses“ ergeben. Dies gelte nunmehr auch für die Arbeitnehmerhaftung, doch sei im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob man eine Vorschrift über die Beweislast einfügen solle.¹⁶ Sehr viel substantiierter als im Regierungsentwurf wurde hier die Auffassung vertreten, dass die vorgeschlagene Neufassung des BGB auch das Arbeitsverhältnis einbeziehe und seinen Besonderheiten Rechnung trage. Der Ausschussbericht¹⁷ schloss sich der Stellungnahme der Bundesregierung an und schlug die Einfügung des § 619a BGB vor. Da der Entwurf nichts an den arbeitsrechtlichen Grundsätzen über die Haftung des Arbeitnehmers ändern wolle, müsse klargestellt werden, dass die Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB im Arbeitsrecht nicht gelte.

Der Bundesrat äußerte eine weitere Prüfbitte, wonach die AGB-Kontrolle ggf. auf den Arbeitsvertrag zu erstrecken sei.¹⁸ Die Bundesregierung griff dies auf und schlug einen neuen § 310 Abs. 4 vor, der mit kleinen redaktionellen Änderungen dann auch Gesetz wurde.¹⁹ Die Begründung konzentrierte sich insbesondere auf die Feststellung, eine sich selbst überlassene Vertragsfreiheit könne keinen ausreichenden Schutz der Arbeitnehmer vor unangemessenen Vertragsbedingungen gewährleisten. Auf der anderen Seite dürften Kollektivverträge und ihre vollständige Inbezugnahme im Arbeitsvertrag nicht der AGB-Kontrolle unterworfen werden. Der Ausschussbericht machte sich dies zu eigen, nahm jedoch nach § 15 UKlaG das

¹⁶ BT-Drs. 14/6857, S. 48

¹⁷ BT-Drs. 14/7052, S. 204

¹⁸ BT-Drs. 14/6857, S. 17

¹⁹ BT-Drs. 14/6857, S. 53

Arbeitsrecht aus dem Bereich der Verbandsklage aus.²⁰ Im Zusammenhang damit wurde u. a. ausgeführt, Arbeitnehmer seien auch Verbraucher, so dass sich theoretisch auch Gewerkschaften als sog. qualifizierte Einrichtungen in die Liste klagebefugter Verbände eintragen lassen könnten.²¹

Auch im Bereich des AGB-Rechts ging der Gesetzgeber ersichtlich davon aus, dass Arbeitnehmer prinzipiell von den Regeln des BGB erfasst würden.

2. Gegenläufige Entscheidung durch die Schaffung der §§ 105 bis 110 GewO?

Die am 01.01.2003 in Kraft getretenen §§ 105 bis 110 GewO betreffen die Grundstrukturen des Arbeitsvertragsrechts: Vertragsfreiheit (§ 105), Weisungsrecht des Arbeitgebers (§ 106), Zahlung des Arbeitsentgelts (§§ 107, 108), Arbeitszeugnis (§ 109) und nachvertragliches Wettbewerbsverbot (§ 110). Dies könnte man als eine Art Allgemeinen Teil des Arbeitsvertragsrechts ansehen, zumal die Vorschriften nach dem neuen § 6 Abs. 2 GewO für alle Arbeitnehmer gelten und nun einmal außerhalb des BGB angesiedelt sind. Kann dies nicht bedeuten, dass Normen des BGB nur dann auf den Arbeitsvertrag anwendbar sind, wenn es ausdrücklich angeordnet ist oder wenn es sich als „angemessen“ erweist?²²

Hätte der Gesetzgeber eine bewusste rechtssystematische Entscheidung getroffen, wäre eine solche These durchaus plausibel. Die §§ 105 bis 110 GewO wären gewissermaßen der erste Baustein für die Kodifikation des Arbeitsvertragsrechts, die von vielen schon so lange angemahnt wird. Eine solche

²⁰ BT-Drs. 14/7052 S. 189

²¹ A. a. O.

²² So ausdrücklich für die bisherige Rechtslage Gamillscheg AcP 176 (1976) 197, 208 ff.; ähnlich Däubler NZA 1988, 857, 862 ff.

Absicht lag dem Gesetzgeber ausweislich der amtlichen Begründung jedoch fern. Es ging ihm um „Rechtsbereinigung und Deregulierung“²³, nicht um die Schaffung von grundsätzlich Neuem. Dass sich auf diese Weise nunmehr Basisnormen für das gesamte Arbeitsvertragsrecht in der Gewerbeordnung finden, ist eher als historische Zufälligkeit einzuordnen. Die Übersichtlichkeit des geltenden Rechts wurde dadurch nicht eben gesteigert – um es diplomatisch auszudrücken.²⁴ Von einer bewussten rechtssystematischen Entscheidung ist jedenfalls nirgends die Rede. Auf der anderen Seite wird ausdrücklich betont, an die Stelle einzelner aufgehobener Bestimmungen würden die allgemeinen Vorschriften „wie z. B. die schuldrechtlichen Regelungen des BGB über Leistungsstörungen“ treten.²⁵ Weiter ist im Zusammenhang mit der Arbeitsvertragsfreiheit die Rede davon, die „allgemeinen Vorschriften und Grundsätze über das Zustandekommen von Verträgen“ würden durch die Neuregelung nicht berührt.²⁶ Dies kann sich der Sache nach nur auf die §§ 145 ff. BGB beziehen. An den im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung getroffenen Entscheidungen sollte sich daher ersichtlich nichts ändern.

3. Konsequenzen

Die neueste Gesetzgebung lässt den Schluss auf eine grundsätzliche Reintegration des Arbeitsvertragsrechts in das BGB zu. Wie das Wörtchen „grundsätzlich“ andeutet, ist dies aber kein Prozess der „Übernahme“ des Arbeitsrechts und seiner Unterstellung unter traditionelles Zivilrecht, was ggfs. erhebliche Anpassungsnotwendigkeiten zur Folge haben könnte.

²³ So ausdrücklich BT-Drs. 14/8796, S. 16

²⁴ Berechtigte Kritik bei Boemke (Hrsg.), Gewerbeordnung. Kommentar zu §§ 105 bis 110, Heidelberg 2003, Einl. Rn. 16

²⁵ BT-Drs. 14/8796, S. 16

²⁶ BT-Drs. 14/8796, S. 24

Formal finden sich auch in Zukunft nur relativ wenige arbeitsrechtliche Normen im BGB. Außer den neuen §§ 310 Abs. 4, 615 Satz 3 und 619a gehören dazu etwa die gleichfalls erst in der jüngeren Rechtsentwicklung hinzugekommenen §§ 611a, 612a und b, 613a und 623. Insoweit besteht ein gravierender Unterschied zum Verbraucherrecht, das bis auf wenige unbedeutende Ausnahmen voll in den Text des BGB aufgenommen wurde.

Inhaltlich sollte insbesondere am arbeitsrechtlichen Leistungsstörungenrecht nichts geändert werden. Entsprechend der Prüfbitt des Bundesrats wurden die existierenden arbeitsrechtlichen Regelungen abgesichert.²⁷ Bestehendes Richterrecht sollte gewissermaßen mit einer Art Immunität versehen werden²⁸, was es im Übrigen beispielsweise ausschließt, entgegen der bisherigen Rechtsprechung des BAG²⁹ die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nicht mehr als einen Fall des Unvermögens nach § 275 Abs.1 BGB zu qualifizieren, sondern sie unter die eine Abwägung mit den gegenläufigen Interessen des Arbeitgebers erfordernde personale Unmöglichkeit zu subsumieren.³⁰ Soweit eine solche arbeitsrechtliche Besonderheit fehlt, kann jedoch unmittelbar auf die Vorschriften des BGB zurückgegriffen werden.³¹

Im Normalfall wird dies allerdings nicht zu Widersprüchen führen. Das BGB folgt nicht mehr ausschließlich dem Leitbild eines autonomen Individuums, das durch frei ausgehandelte Verträge mit seiner Umwelt kommuniziert - einem Leitbild, dessen unmodifizierte Anwendung auf die abhängige Arbeit zu einem partiellen Rückfall in frühindustrielle Zustände führen würde. Das heutige BGB hat ein gespaltenes Leitbild: Neben dem

²⁷ BT-Drs. 14/6857, S. 11

²⁸ Ähnlich Natzel NZA 2002, 597

²⁹

³⁰

³¹ Ebenso für das bisherige Recht Boemke, Schuldrecht und Arbeitsverhältnis, 1999, S. 228

autonomen gibt es auch das abhängige, unterlegene Individuum, das mit Rücksicht auf verfassungsrechtliche Vorgaben³² spezifischen Regeln unterliegt. Sie sind primäre Bezugsgröße für ein zeitgemäßes Arbeitsvertragsrecht.

4. Verbraucherrecht und Arbeitsrecht

Der Schutz des unterlegenen Teils hat im Verbraucherrecht eine sehr differenzierte Regelung erfahren. Durch umfassende Informationspflichten der stärkeren Seite, die insbesondere in der BGB-Informationspflichten-Verordnung vom 5. August 2002³³ niedergelegt sind, soll der Verbraucher in die Lage versetzt werden, eine sachgerechte, von Fehlvorstellungen freie Entscheidung zu treffen.³⁴ Weiter sorgt § 305c BGB und der Grundsatz der Transparenz nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB im Bereich allgemeiner Geschäftsbedingungen dafür, dass dem Einzelnen keine Erklärung unterstellt wird, die sich nicht mit seinen realen Absichten deckt. Bei zahlreichen Verbrauchergeschäften besteht überdies ein Widerrufsrecht nach näherer Maßgabe des § 355 BGB. Schließlich findet eine Inhaltskontrolle gegenüber Verträgen statt - sei es, dass wie im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs nach § 474 ff. BGB zwingende Vorschriften zugunsten der schwächeren Seite eingreifen, sei es, dass die (mehrheitlich höchst flexiblen) Klauselverbote des AGB-Rechts Anwendung finden.

Das Arbeitsrecht hat in der Vergangenheit kein vergleichbares Instrumentarium entwickelt, sondern hat sich neben zwingendem Gesetzesrecht vorwiegend auf die kollektive Interessenvertretung verlassen, die ihren Niederschlag insbesondere in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen findet. Damit war schon in der Vergangenheit kein

³² BVerfGE 89, 214, 232 ff.

³³ BGBI I S. 3002

³⁴ Ein ähnlicher Grundgedanke liegt der sog. informierten Einwilligung nach § 4a Abs. 1 BDSG zugrunde.

flächendeckender Schutz erreicht; angesichts der Erosionsprozesse im Bereich des Tarifsystems und der betrieblichen Mitbestimmung ist dies in der Gegenwart noch sehr viel weniger der Fall. Der Gesetzgeber hat deshalb durch die Erstreckung der AGB-Kontrolle auf den Arbeitsvertrag (§ 310 Abs. 4 BGB) und durch die Wahl eines weiten Verbraucherbegriffs in § 13 BGB kompensierend eingegriffen.³⁵ Damit ist allerdings noch kein Gleichstand mit dem Verbraucherrecht erreicht. Dieses stellt nicht selten auf bestimmte Vertragstypen (so die BGB-Informations-VO oder das Verbraucherkreditrecht) oder auf bestimmte Situationen beim Vertragsabschluss ab (§ 312 BGB), die sich nicht umstandslos auf das Arbeitsverhältnis übertragen lassen. Immerhin wird man ihnen eine gewisse Ausstrahlungswirkung des Inhalts beimessen können, dass auch der Arbeitnehmer-Verbraucher ein Anrecht auf umfassende Information und einen Schutz vor Übereilung besitzen muss. Am sichtbarsten sind die Defizite, wenn es um die konkrete Bestimmung des Willens als Vertragspartei geht: Eine Bezugnahme auf den jeweils geltenden Tarifvertrag im Sinne einer Gleichstellungsabrede und damit in 99 von 100 Fällen zu Lasten des Arbeitnehmers zu interpretieren³⁶, wäre im Kontext des Verbraucherrechts schwer vorstellbar.³⁷ Auch ist es mit den sonst praktizierten Transparenzanforderungen nicht zu vereinbaren, dass tarifliche Ausschlussfristen nicht gesondert erwähnt werden müssen,³⁸ obwohl dem BAG zuzugestehen ist, dass das NachwG eine derartige Auslegung zumindest nahe legt.

Für viele Arbeitsrechtler mag es eine höchst überraschende Erkenntnis sein, dass der Schutz des Arbeitnehmers in dem von Kollektivverträgen frei gelassenen Raum hinter dem des

³⁵ Nach mittlerweile herrschender Auffassung unterfällt der Arbeitnehmer dem Verbraucherbegriff des § 13 BGB. S. die Nachweise bei ErfK-Preis, 3. Aufl., 2003, § 611 BGB Rn 208 sowie bei Reim DB 2002, 2434 ff.

³⁶ BAG NZA 2002, 634

³⁷ Kritisch auch Bayreuther DB 2002, 1007; Däubler RdA 2002, 305; Lambrich BB 2002, 1266; Thüsing-Lambrich RdA 2002, 193, 200

³⁸ BAG NZA 2002, 1096

Verbrauchers zurückbleibt³⁹ - dennoch lässt sich der Befund schwerlich in Abrede stellen. Die Ursache dürfte weniger in Kostenüberlegungen liegen (auch der Verbraucherschutz ist nicht unentgeltlich zu haben) als darin, dass gegenüber einer Ausdehnung des arbeitsrechtlichen Schutzes sehr viel größere politische Vorbehalte bestehen.⁴⁰

Die „Ankoppelung“ an das BGB ist erst im Grundsatz rechtsdogmatisch bewältigt. Für manchen mag es tröstlich sein, dass dem Arbeitsrecht wenigstens im Bereich des Fragerechts gegenüber Vertragsinteressenten eine Vorreiterposition zukam⁴¹; das Miet- und das Darlehensrecht folgten erst mit jahrzehntelangem Abstand.⁴² Der Gleichbehandlungsgrundsatz ist im Mietrecht immer noch nicht recht heimisch geworden.⁴³ Es wird deshalb auch in Zukunft nicht nur um eine Einbahnstraße gehen.

III. Kollektives Arbeitsrecht

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat das kollektive Arbeitsrecht als solches nicht berührt. Dessen Eigenständigkeit kann gleichwohl in wichtigen Teilen in Frage gestellt werden.

³⁹ Klevemann AiB 2002, 582

⁴⁰ S. Otto, Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2003, Rn. 32: Dem Arbeitsrecht „haftet noch immer ein Hauch rechtsverändernden Ungehorsams an.“

⁴¹ Grundlegend BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB

⁴² BVerfG CR 1992, 368; näher Däubler CR 1994, 101, 110

⁴³ Dazu Däubler, BGB kompakt, 2. Aufl., München 2003, Rn. 91

1. Koalitionsfreiheit, Tarifvertragsrecht, Arbeitskampf

a. Ausbildung eigener Rechtsinstitute

Koalitionen der Arbeitnehmer wie der Arbeitgeber sind gleichermaßen durch das Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG geschützt, das als einziges explizit mit unmittelbarer Drittwirkung ausgestattet ist. Die Rechtsprechung hat aus dieser Verfassungsgarantie schon relativ frühzeitig die Konsequenz gezogen, dass Gewerkschaften trotz fehlender Eintragung ins Vereinsregister entgegen § 50 Abs. 2 ZPO auch die aktive Parteifähigkeit besitzen.⁴⁴ Damit konnte ohne staatliches „Anerkennungsverfahren“ eine Quasi-Rechtsfähigkeit erlangt werden, eine Möglichkeit, die sonst praktisch niemandem offenstand. Inzwischen hat sich das „Privileg“ verflüchtigt, da der Bundesgerichtshof die Außengesellschaft bürgerlichen Rechts für rechtsfähig erklärt hat:⁴⁵ Die in § 54 Satz 1 BGB für den nicht eingetragenen Verein angeordnete Verweisung auf das Gesellschaftsrecht steht seither der Rechtsfähigkeit nicht mehr entgegen, sondern begründet sie positiv und ganz entgegen den Intentionen des Gesetzgebers von 1896.⁴⁶ Die Tariffähigkeit einer Arbeitnehmerkoalition hängt u. a. von ihrer „Mächtigkeit“ ab, die insbesondere die Fähigkeit voraussetzt, auf die Arbeitgeberseite Druck auszuüben.⁴⁷ Ist dieses Kriterium erfüllt, kann keine strukturelle Unterlegenheit im Sinne der Rechtsprechung des BVerfG mehr vorliegen; für die abgeschlossenen Tarifverträge spricht – vorbehaltlich rechtlicher Überprüfung – eine Richtigkeitsgewähr. Im Individualvertragsrecht wird

⁴⁴ BGHZ 50, 325, 329

⁴⁵ BGH JZ 2001, 655

⁴⁶ Palandt-Heinrichs, BGB, 62. Aufl., § 54 Rn 7; Karsten Schmidt NJW 2001, 1003

⁴⁷ BVerfGE 58, 233; BAG AP Nr. 55 zu § 2 TVG; Einzelheiten bei G. Peter, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum TVG, 2003, § 2 Rn. 10 ff.; Wiedemann-Oetker, TVG, 6. Aufl. 1999, § 2 Rn 306 ff.

demgegenüber stärker auf die (typisierend betrachtete) Verhandlungssituation sowie darauf abgestellt, ob die schwächere Seite durch den Vertragsinhalt in ungewöhnlicher Weise belastet wurde.⁴⁸

Entscheidende Besonderheit der Tarifverträge ist ihre unmittelbare und zwingende Wirkung nach § 4 Abs. 1 TVG. Abgesehen von betrieblichen und betriebsverfassungsrechtlichen Normen beschränkt sie sich allerdings auf jene Fälle, in denen beide Arbeitsvertragsparteien den tarifschließenden Verbänden angehören. Mit Außenseitern kann sogar ein tarifgebundener Arbeitgeber untertarifliche Bedingungen vereinbaren.⁴⁹ Lediglich die Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG macht den Tarifvertrag für alle Arbeitgeber und Arbeitnehmer verbindlich, die unter seinen fachlichen und regionalen Geltungsbereich fallen.

Wie immer man das Streikrecht qualifiziert⁵⁰ - seine Besonderheit liegt darin, dass es nur gemeinsam mit anderen ausgeübt werden kann. Wie groß das eine Arbeitsniederlegung tragende „Kollektiv“ sein muss, ist nicht abschließend geklärt, ebenso wenig die Frage, ob es ausreicht, dass allein die Willensbildung als solche gemeinschaftlich erfolgt. Angesichts des den Gewerkschaften eingeräumten Streikmonopols⁵¹ sind diese Probleme eher akademischer Natur. Ob es auch bei allen Folgefragen spezifische, kollektivrechtliche Regeln gibt, ist von der Rechtsprechung nie abschließend entschieden worden. Immerhin wurde der Streikleitung in sachlicher Distanzierung von den §§ 164 ff. BGB ein Mandat zur Abgabe und

⁴⁸ BVerfGE 89, 214, 232

⁴⁹ Deutschland nimmt insoweit innerhalb der EU eher eine Sonderstellung ein; s. die rechtsvergleichende Darstellung bei Rebhahn RdA 2002, 214

⁵⁰ Dazu Seiter, Streikrecht und Aussperrungsrecht, 1975, S. 270 ff.

⁵¹ Zur Unvereinbarkeit mit Art. 6 Nr. 4 der ESC s. die Entscheidung des Ministerkomitees des Europarats, wiedergegeben in AuR 1998, 154 ff.; dazu Däubler AuR 1998, 144 ff.

Entgegennahme von Erklärungen eingeräumt⁵², während die Haftung bei rechtswidrigen Arbeitsniederlegungen auf rein individualrechtlicher Grundlage bestimmt wurde.⁵³

Der traditionelle zivilrechtliche Rahmen wird auch durch das gewerkschaftliche Zugangsrecht zum Betrieb überschritten.⁵⁴ Eine „Reintegration“ ins BGB etwa durch Behandlung als eine Art Wegerecht oder als Dienstbarkeit würde (mit Recht) eher als skurril empfunden.

b. Aktuelle Herausforderungen

Die durch die unmittelbare und zwingende Geltung der Tarifnormen geschaffene Garantie eines Mindestniveaus sieht sich in der Gegenwart im Wesentlichen vier Herausforderungen ausgesetzt.

- Zum einen lässt sich das Günstigkeitsprinzip des § 4 Abs. 3 TVG als verbliebenes Element des traditionellen Vertragsrechts so uminterpretieren, dass die tariflichen Regeln im Ergebnis dispositiv werden. Verföhrt man nach der Devise „untertariflich arbeiten ist besser als arbeitslos“⁵⁵, kann das tarifliche Entgelt im Arbeitsvertrag bis knapp über das Arbeitslosengeld abgesenkt werden. Ein ähnlicher Effekt ergibt sich, wenn man das durch den Tarifvertrag Festgelegte mit dem die schlechte wirtschaftliche Situation des Arbeitgebers berücksichtigenden Verhältnis von Leistung und Gegenleistung vergleicht.⁵⁶ Auch Tarifnormen über die Wochenarbeitszeit sehen

⁵² BAG AP Nr. 44 zu Art. 9 GG Arbeitskampf: „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.“

⁵³ S. etwa BAG AP Nr. 57 bis 60 zu Art. 9 GG Arbeitskampf

⁵⁴ Zu seiner Existenz und seinem Umfang s. Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 10. Aufl., Baden-Baden 2000, § 14 mit Nachweisen auch für die Gegenmeinung

⁵⁵ So der Sache nach bereits Adomeit NJW 1984, 26

⁵⁶ Schliemann NZA 2003, 122 ff.

sich dadurch in Frage gestellt, dass längere Arbeitszeiten mit entsprechend höherem Entgelt als günstiger qualifiziert werden.⁵⁷

- Durch Gründung von verbandsfreien Tochtergesellschaften, durch Verbandsaustritt und durch Betriebsveräußerung kann ein Arbeitgeber-Unternehmen jedenfalls mittelfristig einen Tarifausstieg bewerkstelligen, der sich unter Umständen auch als Drohkulisse gebrauchen lässt. In der Defensive befindliche Gewerkschaften können auf diesem Wege zu weiteren Konzessionen veranlasst werden. Relativiert man mit einem Teil der Lehre und einigen Senaten des BAG⁵⁸ durch Rückgriff auf die Schutzpflichtlehre die Grundrechtsbindung der Tarifparteien, werden hierfür zusätzliche Spielräume eröffnet.

- Die rechtliche Ausklammerung der Außenseiter führt dazu, dass in den Arbeitsverträgen meist auf den Tarifvertrag verwiesen wird, um so keinen Anreiz zum Gewerkschaftsbeitritt zu bieten. Scheidet dieser den Umständen nach wie z. B. bei Aushilfskräften von vorne herein aus, kann unschwer nach unten abgewichen werden. Eine tarifliche Differenzierungsklausel, die bestimmte Leistungen den Gewerkschaftsmitgliedern vorbehält, ist zwar in gewissem Umfang auch nach der Rechtsprechung des BAG zulässig⁵⁹, doch wird von dieser Möglichkeit so gut wie kein Gebrauch gemacht.⁶⁰

- Wird der Tarifvertrag in einzelnen Betrieben oder Betriebsteilen durch eine alternative betriebliche Ordnung ersetzt, so kann die tarifschließende Gewerkschaft auf Unterlassung klagen.⁶¹ Allerdings kann sie dabei den

⁵⁷ Einzelheiten bei Deinert, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum TVG, § 4 Rn. 695 ff.

⁵⁸ Nachweise bei Schiek, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum TVG, Einl. Rn. 169 ff.

⁵⁹ Einzelheiten bei Däubler BB 2002, 1643 ff.

⁶⁰ Ausnahme: LAG Hamm 11.1.1994, LAGE § 4 TVG Nr. 4

⁶¹ BAG DB 1999, 1555

Tarifvertrag nur insoweit verteidigen, als er im Verhältnis zu ihren Mitgliedern unterlaufen wird. Diese sind daher im Einzelnen namhaft zu machen.⁶² Ist lediglich eine Minderheit der Beschäftigten organisiert, ist die gewerkschaftliche Klagebefugnis nur von beschränkter Bedeutung, wenn die Tarifabweichung von der Mehrzahl der Beschäftigten gebilligt wird; im Extremfall könnte die Benennung der Mitglieder sogar zu deren Isolierung im Betrieb führen. Ist die Mehrheit dagegen in der Gewerkschaft organisiert, wird es in der Praxis so gut wie nie zu einer bewussten Verletzung des Tarifvertrags kommen.

c. Das Problem der subsidiären Ordnung

Anders als viele ausländische Rechtsordnungen kennen wir keinen gesetzlichen Mindestlohn.⁶³ Dies hat zur Folge, dass als Untergrenze im tariffreien Bereich nur das aus § 138 BGB abgeleitete Verbot des Lohnwuchers gilt, dessen genaue Konturen bis heute umstritten sind.⁶⁴ Der Vorschlag, die Abweichung von dem durch Branchentarif bestimmten Niveau einer Angemessenheitskontrolle nach § 307 BGB zu unterziehen⁶⁵, ist auf erbitterte Kritik gestoßen.⁶⁶ Eine Auffangregelung nach dem Vorbild der bindenden Festsetzungen gemäß § 19 HAG existiert nicht; vom Gesetz über Mindestarbeitsbedingungen will niemand Gebrauch machen.

⁶² Zum Diskussionsstand s. Kittner/Zwanziger-Kittner, Arbeitsrecht. Handbuch für die Praxis, 2. Aufl. 2003, § 18 Rn 104

⁶³ Dazu G. Peter, Gesetzlicher Mindestlohn, 1995, S. 131 ff., 145 ff.

⁶⁴ Einzelheiten bei Lakies, in: Däubler (Hrsg.), Kommentar zum TVG, Anh. 1 zu § 5 Rn. 29 ff.

⁶⁵ Dafür Däubler NZA 2001, 1329, 1334 f.

⁶⁶ S. etwa Tschöpe DB 2002, 1830 ff.

2. Betriebsverfassungsrecht

a. Ausbildung eigener Rechtsinstitute

Die Eigenständigkeit des Betriebsverfassungsrechts wirft die geringsten Probleme auf. Niemand nimmt Anstoß daran, dass dieses bisweilen an Tatbeständen anknüpft, die wie die Betriebsstilllegung weder als Rechtsgeschäft noch als Realakt qualifiziert werden können. Auch betrachtet man es als selbstverständlich, dass anders als im Vereinsrecht (aber in Übereinstimmung mit der Behandlung politischer Wahlen) auch ein fehlerhaft gewähltes Gremium im Amt bleibt, sofern die Wahl nicht binnen einer bestimmten Frist angefochten wird. Während des Verfahrens können weiter Handlungen vorgenommen und Betriebsvereinbarungen abgeschlossen werden, die auch bei erfolgreicher Anfechtung bestehen bleiben.⁶⁷ Dem Betriebsrat stehen weiter bei seiner Arbeit im Betrieb bestimmte Selbstorganisationsrechte zu,⁶⁸ die auf freiwilliger Grundlage sogar auf Sozialeinrichtungen erstreckt werden können.⁶⁹ Dass die Einordnung der Mitbestimmungsbefugnisse in das System subjektiver Rechte noch kaum andiskutiert ist⁷⁰, unterstreicht im Grunde nur die Sonderstellung dieses Rechtsgebiets.

b. Herausforderungen

Die Betriebsverfassung sieht sich nicht im Entferntesten jenen Infragestellungen ausgesetzt, die im Tarifsystem zu konstatieren waren.⁷¹ Die Stellung des Außenseiters wird hier

⁶⁷ S. die Nachweise bei Fitting-Kaiser-Heither-Engels-Schmidt, BetrVG, 21. Aufl. 2002, § 19 Rn 49, 50

⁶⁸ Däubler, Arbeitsrecht 1,15. Aufl. 1998, Rn 902

⁶⁹ Dazu BAG AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 Sozialeinrichtungen

⁷⁰ Vgl. die kurzen Bemerkungen bei Larenz-Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 15 Rn 121; zur Problematik s. schon Däubler AuR 1982, 10 f.

⁷¹ S. oben 1 b

normalerweise nicht als Problem empfunden. Auch wenn die Mehrheit der Beschäftigten die Betriebsratswahlen aus guten oder schlechten Gründen boykottiert hat, wirken die Betriebsvereinbarungen zu ihren Gunsten wie zu ihren Lasten. Dass allerdings im Ergebnis die Grundrechte der Beschäftigten zu wahren sind, ist praktisch allgemein anerkannt;⁷² auch wird der „Konzessionsspielraum“ des Betriebsrats dadurch eingeengt, dass die Rechtsprechung eine Angemessenheitskontrolle vornimmt, an der sich auch durch § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nichts Entscheidendes geändert hat.⁷³ Der Tarifvorbehalt des § 77 Abs. 3 BetrVG ist insoweit dispositiv, als die Tarifparteien eine unzulässige Abweichung durch nachträglich erteilte Zustimmung heilen können.⁷⁴ Vom Grundsatz her bewegt man sich daher in der Betriebsverfassung auf sicherem Grund – was nicht ausschließt, dass es im Einzelfall Verhaltensweisen gibt, die unzulässige Behinderungen nach § 78 Satz 1 BetrVG darstellen.⁷⁵

c. Subsidiäre Ordnung

Kommt es im Einzelfall zu keiner Betriebsratswahl, hat dies – vom Fall der Behinderung einmal abgesehen – keine rechtlichen Konsequenzen. Die Rechtsprechung hat es bislang nicht ernsthaft in Erwägung gezogen, einen nicht existierenden wie einen übergangenen Betriebsrat zu behandeln und deshalb beispielsweise den vom Arbeitgeber ausgesprochenen Kündigungen wegen fehlender Anhörung nach § 102 Abs. 1 BetrVG die Anerkennung zu versagen. Naheliegender könnte es sein, die vom Gemeinschaftsrecht vorgesehenen Konsultationspflichten bei fehlendem Betriebsrat den einzelnen Arbeitnehmern gegenüber

⁷² ErfK-Dieterich, Einl. Zum GG, Rn 60 mwN

⁷³ Däubler NZA 2001, 1329, 1334; Thüsing BB 2002, 2666, 2669; im Prinzip auch Annuß BB 2002, 459; Richardi NZA 2002, 1059

⁷⁴ BAG DB 1999, 1660

⁷⁵ Beispiele bei Buschmann, in: Däubler-Kittner-Klebe (Hrsg.), BetrVG, 8. Aufl. 2002, § 78 Rn 19

wirksam werden zu lassen.⁷⁶ Für den Arbeitgeber hätte dies einen gewissen „Lästigkeitswert“, der den informellen Widerstand gegen eine Betriebsratswahl mindern oder aus der Welt schaffen könnte. Wenig nachgedacht hat man bislang über die Frage, inwieweit durch privatautonome Ergänzung der Arbeitsverträge eine „Ersatzbetriebsverfassung“ geschaffen werden kann. Entsprechende Abmachungen sind m. E. nach § 134 BGB unwirksam, da sie schon durch ihre bloße Existenz die Etablierung einer gesetzlichen Interessenvertretung erschweren und deshalb als Behinderung zu qualifizieren sind.

3. Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat

Die in den Mitbestimmungsgesetzen vorgesehene Vertretung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat liegt in einem Grenzbereich von Arbeits- und Gesellschaftsrecht. Ob das eine oder das andere überwiegt, wird beispielsweise dann deutlich, wenn es um Minderheitenrechte (z. B. bei der Besetzung von Ausschüssen) oder um die Geheimhaltungspflicht geht, die inhaltlich durch das Unternehmensinteresse definiert wird. Die Austragung von Konflikten im Wege gerichtlicher Verfahren ist allerdings die absolute Ausnahme, so dass insoweit nur wenig für unser Thema relevantes Entscheidungsmaterial vorhanden ist.

⁷⁶ Dazu Weiss NZA 2003, 177 ff. Entsprechend verfuhr man schon bei der sog. Gewerberechtsnovelle 1890, wonach vor dem Erlass einer Arbeitsordnung nicht die ganze Belegschaft, sondern nur der Arbeiterausschuss angehört werden musste, wenn es einen solchen gab (§ 134d S.2 GewO a.F.)

IV. Öffentlich-rechtliche Bestandteile des Rechts der abhängigen Arbeit

1. Einbau oder Verselbstständigung?

Der öffentlich-rechtliche Arbeitsschutz ist der älteste Teil des Arbeitsrechts. Niemand bestreitet seine Berechtigung; von Deregulierungsforderungen bleibt dieser Bereich im Wesentlichen verschont. Dies mag damit zusammenhängen, dass der Gesundheitsschutz seit jeher als vorrangig gegenüber rein wirtschaftlichen Interessen qualifiziert wird⁷⁷; eine Überlassung an die Kräfte des Marktes verbietet sich daher.

Auf der anderen Seite findet der Arbeitsschutz nur wenig rechtsdogmatisches Interesse. Der Streit um Durchführungsanordnungen gehört nicht zur Zuständigkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit. Der Konkretionsgrad der Normen ist überdies sehr viel höher als in den zivilrechtlichen Teilen des Arbeitsrechts (und muss dies aus rechtsstaatlichen Gründen auch sein), so dass sich für kreative rechtsdogmatische Interpretationsvorschläge nur wenig Raum bietet. Immerhin ist seit der Weimarer Zeit anerkannt, dass die öffentlich-rechtlichen Pflichten in das Arbeitsverhältnis „rezipiert“ werden, so dass sich im Prinzip auch vertragsrechtliche Ansprüche ergeben können; dennoch bleibt der Schwerpunkt bei der Durchsetzung mit administrativen Mitteln. Von einer systematischen Einheit mit den übrigen Teilen des Arbeitsrechts kann unter diesen Umständen nicht die Rede sein.

Das Sozialversicherungsrecht ist von vorneherein als selbstständiges Rechtsgebiet entwickelt worden, obwohl es an der abhängigen Arbeit anknüpft und genau wie das Arbeitsrecht eine Antwort auf die sozialen Folgen einer reinen

⁷⁷ S. BAG 7. 12. 1956, AP Nr. 1 zu § 817 BGB: Keine Abgeltung des tariflich vorgesehenen Freizeitausgleichs

Privatrechtsgesellschaft darstellt.⁷⁸ Erst recht sind alle steuerrechtlichen Vorschriften, die sich auf die abhängige Arbeit beziehen, jenseits des arbeitsrechtlichen Horizonts angesiedelt. Nur ausgesprochene Praktikerhandbücher geben einen Überblick über das Recht der Lohnsteuer und (vielleicht sogar) über die steuerliche Behandlung von Abfindungen.⁷⁹ Hinweise auf Benachteiligungen im Verhältnis zur Besteuerung Selbständiger wird man allerdings vergeblich suchen.

2. Friktionen

Sozialversicherungs- und Steuerrecht haben jeweils ihren eigenen „Arbeitnehmer“-Begriff, der sich nur teilweise mit dem des Arbeitsrechts deckt. Ein Vorstandsmitglied wird zur Lohnsteuer herangezogen, obwohl es weder materiellrechtlich noch prozessual als Arbeitnehmer anzusehen ist.⁸⁰ Viel gravierender sind allerdings die unterschiedlichen Implementationsformen: Sozialrecht wird notfalls mit hoheitlichen Mitteln vollzogen, die zuständigen Träger überprüfen das Verhalten im Betrieb, während im Arbeitsrecht nach dem Grundsatz „Wo kein Kläger da kein Richter“ verfahren wird. Die Bekämpfung der Scheinselbstständigkeit hätte vermutlich sehr viel weniger (berechtigte und unberechtigte) Widerstände erfahren, wäre man zunächst den Weg über das Arbeitsrecht gegangen und hätte man nicht den Begriff des Beschäftigten, sondern den des Arbeitnehmers einer näheren Eingrenzung unterzogen. Den Kreis der Wahlberechtigten zum Betriebsrat oder der unter das KSchG Fallenden zu erweitern, hätte ungleich flexiblere Lösungen ermöglicht als die erzwungene und mit erheblichen Kostenbelastungen verbundene

⁷⁸ So I. Schmidt RdA 1999, 124

⁷⁹ Kittner/Zwanziger-Litzig, § 60; Küttner, Personalhandbuch 2002: Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherung, 9. Aufl., 2001

⁸⁰ Dazu Preis NZA 2000, 915, 919

Einbeziehung bestimmter Personengruppen in die Sozialversicherung.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass die Kompetenz zur Konkretisierung gesetzlicher Normen im Sozialversicherungs- wie im Steuerrecht primär bei der Exekutive und nicht bei den Gerichten liegt. Dies hängt mit der Unaufschiebbarkeit vieler Entscheidungen sowie der langen Verfahrensdauer in der Sozial- und der Finanzgerichtsbarkeit zusammen. Die fraglichen Abmachungen und Verwaltungsanweisungen müssten daher für den Bürger jederzeit zugänglich sein - eine Voraussetzung, die etwa im Bereich der Bundesanstalt für Arbeit keineswegs durchgängig erfüllt ist.⁸¹ Hier sind rechtsstaatliche Defizite zu beseitigen.

Das Sozialversicherungs- und das Arbeitnehmer-Steuerrecht lassen sich nicht in das Arbeitsrecht zurückholen, obwohl die Rechtsordnung dadurch transparenter würde. Unter diesen Umständen stellt sich für alle mit dem Arbeitsrecht Befassten die notwendige Aufgabe, in diese Nachbarrechtsgebiete zu schauen und insbesondere ihre Rückwirkungen auf die arbeitsrechtliche Vertragspraxis mitzubedenken.⁸²

V. Teleologische statt systematischer Einheit

Das Arbeitsrecht besteht heute aus einer Reihe von Teilgebieten, die ihre jeweils eigene innere Struktur besitzen. Schon das dem öffentlichen Recht zugeordnete Arbeitsschutzrecht zeigt, dass es nicht „das“ Arbeitsrecht im Sinne einer systematischen Einheit geben kann. Die verschiedenen Teile werden vielmehr durch ihre Zwecksetzung zusammengehalten: Es geht um den Schutz der in persönlicher

⁸¹ S. Däubler NJW 2000, 2250

⁸² Zum Steuerrecht s. etwa Lang RdA 1999, 64 ff., zum Sozialrecht Preis NZA 2000, 915 ff.

Abhängigkeit Arbeitenden sowie - was gerne übersehen wird -
darum, vorhandene Interessenkonflikte in rationaler Form zu
bewältigen. Wer vom BAG verlangt, „marktwidrige“ Schutznormen
abzubauen, muss sich im Klaren darüber sein, dass er damit
zugleich bewährte Verfahrensweisen in Frage stellt. Dem
sozialen Frieden wird dies aller Voraussicht nach nicht
dienlich sein.