



AIB - STICHWORT

Rechtsquellen im Arbeitsrecht

von Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

I. Das Arbeitsrecht — ein Flickenteppich?

Das Arbeitsrecht ist nicht in einem einzigen Gesetz zusammengefaßt. Es gibt keine „Kodifikation“, nur eine Vielzahl einzelner Normen. Diese sind auf den unterschiedlichsten Ebenen angesiedelt. Einige wichtige Leitlinien sind in der Verfassung festgelegt — man denke an die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG oder an das Verbot der Sonntagsarbeit, das sich in Art. 140 GG findet.

Wer wissen will, ob die Gewerkschaft im Betrieb Plakate anbringen darf, wird vergeblich nach einer „einschlägigen“ Bestimmung suchen. Es bleibt nur der Rückgriff auf die Grundsätze, die die Rechtsprechung direkt aus Art. 9 Abs. 3 abgeleitet hat.¹

Die vielen Gesetze — von den §§ 611 f. BGB, in denen Grundzüge des Arbeitsvertragsrechts geregelt sind, bis zum BetrVG und zum KSchG — betreffen zahlreiche Teilgebiete des Arbeitsrechts, doch bleibt vieles ausgespart: Dies gilt nicht nur für das Arbeitskampfrecht, sondern auch für große Teile des Tarifvertragsrechts.

Wäre es zulässig, bestimmte Leistungen den Organisierten vorzubehalten und dem Arbeitgeber zu verbieten, sie auch den Außenseitern zu gewähren? Im TVG könnte man lange suchen, um hier eine Antwort zu finden.²

Auch Rechtsverordnungen, die es da und dort gibt (z. B. Arbeitsstätten-VO), sind zu erwähnen. Eine sehr viel dichtere Normierung findet sich im Arbeitsschutz, insbesondere in Form der Unfallverhütungsvorschriften.

Will man ein konkretes Problem beantworten, wäre man schlecht beraten, wollte man nur die Verfassung, Gesetze, Verordnungen und Unfallverhü-

tungsvorschriften betrachten. Vergleichbar wichtig sind die in praktisch jeder Branche existierenden Tarifverträge, die nicht nur Lohn und Arbeitszeit festlegen.

Geht es etwa um die sog. Unkündbarkeit eines Beschäftigten, hilft nur der Blick in den anwendbaren Tarifvertrag. Das Gesetzesrecht kennt — von den hier nicht interessierenden Beamten einmal abgesehen — ein solches „Rechtsinstitut“ grundsätzlich nicht.

In vielen Betrieben existieren daneben Betriebsvereinbarungen, die z. B. die Nutzung der Kantine regeln oder eine Zusatzrente vorsehen.

Aus allen diesen „Rechtsquellen“ ergeben sich arbeitsrechtliche Normen. Unter II sollen sie näher betrachtet werden; dabei geht es auch um die Frage, in welchem Verhältnis sie zueinander stehen.

Darf z. B. der Gesetzgeber in bestehende Tarifverträge eingreifen, um den Arbeitgeber in den ersten beiden Krankheitstagen von jeder Lohnzahlungspflicht freizustellen?

Neben diesen geschriebenen gibt es auch ungeschriebene Quellen des Arbeitsrechts. Hier und da wird zumindest die Behauptung aufgestellt, eine Regel habe gewohnheitsrechtlichen Charakter. Häufiger tritt der Fall ein, daß eine „Betriebsübung“ besteht, daß beispielsweise bestimmte Zulagen niemals mit einer Tariflohnerhöhung verrechnet werden. „Bestimmungen“ dieser Art sollen uns unter III beschäftigen.

Was der genaue Inhalt des geschriebenen wie des ungeschriebenen Arbeitsrechts ist, entscheidet im Streitfalle der Richter. Sein Spielraum ist um so größer, je weniger in den ausdrücklichen Rechtsnormen drinsteht. So bestimmt etwa in letzter Instanz das BAG

darüber, was „erforderliche“ Inhalte einer Schulungs- und Bildungsveranstaltung nach § 37 Abs. 6 BetrVG sind.

Ist ein zweiwöchiger Kurs über Arbeitsrecht für neugewählte Betriebsratsmitglieder „erforderlich“? Das BAG sagt grundsätzlich: ja.³ Ob dasselbe auch für ein Schulungsthema „Personalinformationssysteme Datenschutz und Btx“ gilt, ist sehr viel zweifelhafter.⁴

Beispiele dieser Art lassen sich fast beliebig vermehren. So sieht man es dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 KSchG nicht an, daß auch Krankheit ein Kündigungsgrund sein kann, spricht er doch ganz vornehm von den „in der Person liegenden“ Gründen.

In letzter Zeit ist die Frage praktisch geworden, ob die Verteilung ausländerfeindlicher Schriften im Betrieb eine Kündigung rechtfertigen kann. Das ArbG Hannover hat hier überraschend viel Verständnis für einen „Ausländerfeind“ gezeigt⁵; aus dem Wortlaut des § 626 BGB lassen sich insoweit nur wenige Erkenntnisse gewinnen.

Der Inhalt dessen, was die Arbeitsgerichte, insbesondere das BAG als „geltendes Recht“ praktizieren, ist — dies wird schon hier deutlich — nur zum Teil durch das geschriebene und das ungeschriebene Arbeitsrecht vorprogrammiert. Zutreffend spricht man deshalb von „Richterrecht“, das für die Praxis eine ganz überragende Bedeutung besitzt. Wer das BAG auf seiner

1 Siehe etwa BAG DB 1984, 462 ff.; Einzelheiten bei Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 7. Aufl., Neuwied 1992, Rn. 360 ff.

2 Zum Problem der Differenzierungsklausel siehe BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG

3 BAG DB 1987, 891

4 Grundsätzlich positiv ArbG Stuttgart DB 1983, 1718

5 ArbG Hannover BB 1993, 1218 mit ablehnender Anm. Däubler

Seite hat, kann sich relativ beruhigt in seinem Stuhl zurücklehnen (was übrigens nicht bedeutet, daß man im gegenteiligen Fall die Konfliktlösung allein dem Arbeitgeber überläßt). Im einzelnen soll das Richterrecht unter IV behandelt werden.

Soweit noch keine „gefestigte“ Rechtsprechung besteht, richten sich viele nach der sog. h. M. Man legt das zugrunde, was die angesehensten Kommentatoren und Lehrbuchautoren sagen, also die „herrschende Meinung“. Ein alter Spruch lautet: „Die herrschende Meinung ist immer die Meinung der Herrschenden“, doch sind sich diese bisweilen nicht ganz einig. Es lohnt sich daher, die h. M. etwas näher unter die Lupe zu nehmen. Nicht anders als Urteile des BAG begründet sie zwar keine Rechtsnormen, ist also im formalen Sinne keine Rechtsquelle, doch wirkt sie genauso, weil sie das Verhalten der Akteure von Arbeitgebern und Arbeitnehmern über Arbeitsgerichte bis hin zu Arbeitgeberverbänden und Gewerkschaften steuert. Näheres dazu unter V.

Ein neues Element brachte in den vergangenen Jahren die EG ins Arbeitsrecht. Zu einzelnen Sachgebieten gibt es EG-rechtliche Normen, die dem nationalen Recht vorgehen. Auch bei ihnen besteht allerdings die Besonderheit, daß der Text allein auch dem aufmerksamsten Leser höchstens die halbe Wahrheit erschließt. Wenn man wirklich wissen will, was Sache ist, muß man die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) heranziehen.

Ist der Ausschluß der Teilzeitkräfte mit weniger als 10 Wochenstunden aus der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts und deshalb ein Verstoß gegen den Lohngleichheitsgrundsatz des Art. 119

EWG-Vertrag? Das BAG hat die Frage im Anschluß an den EuGH bejaht⁶, bei bloßer Lektüre des Vertragstextes wäre ein solcher Schluß zumindest nicht naheliegend.

Einzelheiten unten VI.

Viel weniger als das EG-Recht wird das sog. Arbeitsvölkerrecht beachtet. Es besteht aus einer großen Anzahl von internationalen Konventionen. Am (relativ) bekanntesten ist die Europäische Sozialcharta,⁷ auch manche Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) finden bisweilen Erwähnung. Innerstaatlich sind derartige Normen zumindest als Auslegungsrichtlinie verbindlich — was angesichts der großen richterlichen Spielräume sehr viel bedeutet (unten VII).

Der Überblick über die einzelnen Quellen des Arbeitsrechts bestätigt den ersten Eindruck: In der Tat geht es um einen recht kompliziert geknüpften Flickenteppich. Ob dabei immer intelligente Muster herauskommen, wird zu prüfen sein. Es soll daher auch darum gehen, über Alternativen nachzudenken, insbesondere darüber, ob der Gesetzgeber einen größeren Teil des Arbeitsrechts in die eigenen Hände nehmen könnte.

II. Das geschriebene

Arbeitsrecht

1. Grundgesetz und Landesverfassungen

Das Grundgesetz enthält keine ausformulierte Arbeitsverfassung und keine ausdrücklichen sozialen Grundrechte. In ihm finden sich jedoch eine Reihe wichtiger Vorgaben für das Arbeitsrecht, die von der Rechtsprechung im einzelnen weiterentwickelt wurden. Zu nennen sind insbesondere:

- Der Schutz der Menschenwürde nach Art. 1 Abs. 1 GG, der selbstredend auch am Arbeitsplatz gilt.
- Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG, die ausdrücklich auch jede Diskriminierung wegen der Mitgliedschaft in einer Gewerkschaft ausschließt.
- Das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit; Art. 140 GG verweist insoweit auf Art. 139 der Weimarer Reichsverfassung.
- Für Beamte legt Art. 33 Abs. 4 fest, daß sie sich in einem „Dienst- und Treueverhältnis“ befinden. Nach Art. 33 Abs. 5 GG sind bei dessen Ausgestaltung die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamten-tums“ zu berücksichtigen. Hierzu zählt u. a. auch das Lebenszeitprinzip (so daß Beamte auch im Rahmen einer Privatisierung nicht entlassen werden können).
- Das Sozialstaatsprinzip, das in Art. 20 und 28 GG zum Ausdruck kommt. Es verpflichtet einmal den Staat, durch seine Wirtschafts- und Sozialpolitik Unterprivilegierungen auszugleichen und außerdem die Selbsthilfe u. a. durch gewerkschaftliche Zusammenschlüsse zu fördern.⁸

⁶ BAG DB 1992, 330 unter Bezugnahme auf EuGH DB 1989, 1574

⁷ Abgedr. bei Däubler-Kittner-Lörcher (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, Köln 1990, Nr. 320

⁸ Zu diesen beiden Elementen des Sozialstaatsprinzips siehe Kittner, Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied 1989, Art. 20 Abs. 1—3 IV

- Nach Art. 74 Nr. 12 GG ist das Arbeitsrecht Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Dies bedeutet, daß die Länder insoweit aktiv werden dürfen, als der Bund von seiner Gesetzgebungsbefugnis keinen Gebrauch gemacht hat.

Angesichts der relativ zurückhaltenden Formulierungen des Grundgesetzes liegen Konkretisierung und Ausbau in der Hand des Gesetzgebers und der Gerichte. Insbesondere dem Bundesverfassungsgericht kommt hier eine hohe Verantwortung zu. Nimmt man — in Vorwegnahme des später Ausgeführten — die Rechtsprechung mit in den Blick, so stellt man fest, daß sehr viele Fragen durch das Grundgesetz vorentschieden sind.

Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG umschließt auch das Streikrecht zur Er kämpfung besserer Tarifverträge⁹, in das nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes¹⁰ und zum Schutze höherrangiger Rechtsgüter im Rahmen des unbedingt Erforderlichen eingegriffen werden darf.

In anderen Rechtsordnungen nimmt die „Konstitutionalisierung“ des Arbeitsrechts, seine Durchdringung vom Verfassungsrecht her, oft sehr viel sichtbarere Formen an. Als Beispiel mögen die Art. 53—57 der portugiesischen Verfassung von 1976¹¹ stehen, die im einzelnen die Rechte der „Arbeiterrausschüsse“, die gewerkschaftliche Betätigung im Betrieb sowie das Aussperrungsverbot regeln. Entsprechendes gilt erst recht für die brasilianische Verfassung von 1988¹², deren praktische Umsetzung allerdings sehr zu wünschen übrig läßt. Unter den gegenwärtigen Bedingungen hat die „Konstitutionalisierung“ für die Arbeitnehmer vorwiegend Vorteile: Forderungen nach Deregulierung und Abschaffung arbeitsrechtlicher Schutznormen müssen sich vor der Verfas-

sung rechtfertigen lassen. So bestehen noch immer Bedenken dagegen, ob der teilweise Verzicht auf den „sachlichen Grund“ als Voraussetzung für ein befristetes Arbeitsverhältnis in Art. 1 § 1 BeschFG eigentlich mit dem Grundgesetz vereinbar ist¹³; das Bundesverfassungsgericht hat über eine entsprechende Verfassungsbeschwerde noch nicht entschieden. Anders liegen die Dinge z. B. in Großbritannien, wo der systematische Abbau gewerkschaftlicher Betätigungsmöglichkeiten durch schlichten Mehrheitsbeschluß im Unterhaus bewerkstelligt werden konnte.

Die Landesverfassungen haben demgegenüber nur eine bescheidene Bedeutung. Dies hängt damit zusammen, daß nach Art. 31 GG nicht nur das Grundgesetz, sondern das gesamte Bundesrecht vorgeht. Immerhin ermöglicht Art. 142 GG zusätzliche grundrechtliche Garantien. Dies gilt z. B. für Art. 24 Abs. 2 der Verfassung von Nordrhein-Westfalen, wonach der Lohn „der Leistung entsprechen“ muß. Das BAG hat deshalb Tarifbestimmungen beanstandet, die ältere bzw. jüngere Arbeitnehmer trotz identischer Leistung schlechter als die „Normalarbeitnehmer“ behandelt hatten.¹⁴ Auch die in einigen Landesverfassungen enthaltenen ausdrücklichen Streikgarantien werden bisweilen herangezogen¹⁵. Das BAG hat jedoch den Standpunkt vertreten, das Bundesrecht lasse die Aussperrung zu und wandle das Verbot des Art. 29 Abs. 5 der hessischen Landesverfassung nicht an.¹⁶ In den neuen Bundesländern sind vorwiegend „Staatszielbestimmungen“ in die Verfassungen aufgenommen worden¹⁷, deren praktische Auswirkung abzuwarten ist.

2. Gesetze des Bundes und der Länder

„Klassischer“ Teil des Arbeitsrechts sind die Gesetze. Sie haben den Vorzug, daß man sie in einer einigermaßen handlichen Sammlung mit sich herumtragen kann¹⁸ — daß sie nicht das ganze „Arbeitsrecht“ enthalten, ist schon betont worden. Gesetze haben — da vom Parlament beschlossen — eine breite demokratische Legitimation. Gleichwohl ist nicht zu übersehen, daß der Gesetzgeber in der Praxis vielfältigen Zwängen ausgesetzt ist und daß die tatsächliche Gesetzesformulierung durch die Ministerialbürokratie und einige wenige Experten in den Fraktionen erfolgt. Die Meinung der Bevölkerung hat die Bedeutung einer „Rahmenbedingung“; sich über sie allzu oft oder inhaltlich allzu weitgehend hinwegzusetzen, würde die Chancen auf Wiederwahl gefährden. Dies sollte man nicht geringschätzen, obwohl es meilenweit von der Modellvorstellung entfernt ist, die gesetzgebe-

9 BVerfG AuR 1992, 29

10 BVerfG NJW 1993, 1379

11 Geändert am 7. Juli 1989, in deutscher Übersetzung abgedr. in: Die Verfassungen der EG-Mitgliedstaaten, Textausgabe mit einer Einführung von Adolf Kimmel, 2. Aufl., München 1990, S. 295 ff.

12 Dazu Paul (Hrsg.), Die Brasilianische Verfassung von 1988. Mit Amtlichem Text und deutscher Teilübersetzung, Frankfurt/Main 1989

13 Verfassungsrechtliche Bedenken bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 8. Aufl., Reinbek 1992, S. 865 ff.; Kempen AuR 1985, 374; Mückenberger NZA 1985, 518 ff.; Peiseler NZA 1985, 242; Schanze RdA 1986, 30

14 BAG AP Nr. 1 und 2 zu Art. 24 VerfNRW

15 Einzelheiten bei Däubler, in: ders. (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987, Rn. 98 ff.

16 BAG AP Nr. 64 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 8 R

17 Dazu Sommer AuR 1992, 291 ff.

18 Siehe etwa Kittner, Arbeits- und Sozialordnung, 17. Aufl., Köln 1993

rische Entscheidung sei eine Art Summe, eine Zusammenfassung dessen, was die einzelnen Bürger für richtig halten.

Die arbeitsrechtlichen Gesetze enthalten unterschiedlich „dichte“ Regelungen. Im TVG sind nur einige allgemeine Grundsätze festgelegt, alles weitere ist der Rechtsprechung überlassen. Auch die §§ 611 ff. BGB regeln die arbeitsvertraglichen Rechte und Pflichten nur sehr bruchstückhaft. Abgesehen von der Pflicht des Arbeitgebers, Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen (§ 618 BGB), finden sich kaum Aussagen dazu, wie der Pflichtenkreis des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers beschaffen ist.

Muß der Arbeitgeber beispielsweise dafür sorgen, daß die vom Arbeitnehmer in den Betrieb mitgebrachten Sachen (Straßenkleidung, Auto) sorgfältig aufbewahrt werden?¹⁹ Kann umgekehrt der Arbeitnehmer verpflichtet werden, für jeden Fehlbetrag der von ihm verwalteten Kasse zu haften?²⁰

Im BetrVG ist die Regelungsdichte sehr viel größer, doch ist beispielsweise nichts dazu gesagt, was die „wirtschaftliche Vertretbarkeit“ für das Unternehmen bedeutet, die die entscheidende Grenze für die Bemessung von Sozialplanleistungen darstellt.²¹ Die vergleichsweise präziseste Regelung enthält das Gesetz über Arbeitnehmererfindungen, das zu relativ wenigen Streitfragen geführt hat.²² Freilich gilt überall: Wären alle Fragen im Gesetz eindeutig geregelt, gäbe es keine dicken AP-Bände und keine noch dickeren Kommentare.

Landesgesetze haben im Arbeitsrecht eine relativ geringe Bedeutung. Wichtig sind lediglich die mittlerweile fast überall existierenden Bildungsurlaubsgesetze sowie das Landesbeamten- und das Landespersonalvertre-

tungsrecht. Bei letzterem besteht eine Art Nord-Süd-Gefälle, was zur Folge hat, daß Personalvertretungen in Traunstein und Oberstdorf einen sehr viel schwereren Stand haben als ihre Kollegen in Kiel oder Bremen. Über diese beiden Bereiche hinaus sind einem reformwilligen Landesgesetzgeber enge Grenzen gesetzt; das Arbeitsrecht ist zwar durch den Bund nicht abschließend geregelt, doch stößt man allenthalben auf bundesrechtliche Regelungen, die z. B. gegen eine landesrechtliche Frauenförderung in der gewerblichen Wirtschaft ins Feld geführt werden.

3. Verordnungen und Unfallverhütungsvorschriften

Da der Gesetzgeber häufig nicht alle Einzelfragen selbst regeln kann oder will, überläßt er sie der Regierung oder einem Minister. Ihre Ermächtigung zum Erlass von Verordnungen muß nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG nach Inhalt, Zweck und Umfang bestimmt sein, um so eine Ersatzgesetzgebung durch die Exekutive zu verhindern. Im Arbeitsrecht haben Verordnungen eine relativ untergeordnete Bedeutung. Erwähnenswert ist die Arbeitsstättenverordnung von 1975²³ sowie die Durchführungsverordnung zum TVG, in der insbesondere das Verfahren der Allgemeinverbindlicherklärung geregelt ist.²⁴

Aus dem Arbeitsschutzrecht ist die Gefahrstoffverordnung²⁵ zu nennen. Auch die Sicherheitsanforderungen, die bei kerntechnischen Anlagen zu erfüllen sind, sind zum Teil in Verordnungen niedergelegt.²⁶

Von den Rechtsverordnungen sind verwaltungsinterne „Anweisungen“, „Richtlinien“, „Erlasse“ usw. zu unterscheiden, die bisweilen auch als Ver-

waltungsverordnungen bezeichnet werden. Sie legen lediglich das Verhalten der einzelnen Behördenvertreter fest, regeln jedoch nicht das Verhältnis zum einzelnen Bürger. Dennoch wirken sie faktisch wie eine Rechtsnorm, da sich der einzelne Beamte nicht über sie hinwegsetzen wird.

Wird etwa bestimmt, daß Ausländer erst nach zehnjährigem Aufenthalt eingebürgert werden, so hilft es dem einzelnen gar nichts, wenn er die besten Argumente dafür vorbringt, daß er schon nach sechsjährigen Aufenthalt perfekt deutsch spreche und voll in die deutsche Gesellschaft integriert sei.

Im Arbeitsrecht sind als solche „Interneta“ insbesondere die Arbeitsstättenrichtlinien zu nennen²⁷, die lediglich die Gewerbeaufsicht binden. Im Atomrecht wird sehr viel mit „Richtlinien“ für die Aufsichtsbehörden gearbeitet; trägt ihnen der Betreiber eines Kernkraftwerks nicht Rechnung, riskiert er seine Betriebserlaubnis.

19 Bejahend BAG AP Nr. 26 zu § 611 BGB Fürsorgepflicht

20 Sog. Mankohaftung. Dazu Jung, Mankohaftung aus dem Arbeitsverhältnis, Neuwied 1986

21 Überblick über den Diskussionstand bei Däubler, in: Däubler-Kittner-Klebe-Schneider, BetrVG, 3. Aufl., Köln 1992, §§ 112, 112 a Rn. 78 ff.

22 Überblick in den Kommentaren von Bartenbach-Volz (2. Aufl., Köln u. a. 1990) und von Volmer-Gaul (2. Aufl., München 1987)

23 BGBl. I, 729

24 Einzelheiten bei Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1256 ff.

25 Vom 26. 8. 1986, BGBl. I, 1410

26 StrahlenschutzVO; Einzelheiten bei Beck-Trümmer AuR 1989, 77 ff.

27 Vgl. Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither, BetrVG, 17. Aufl., München 1992, vor § 89 Rn. 50a unter Hinweis auf den Anhang zum Unfallverhütungsbericht 1989 (BT-Drucks. 11/8165)

So sieht etwa die Richtlinie des Bundesministers für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit „für Programme zur Erhaltung der Fachkunde des verantwortlichen Schichtpersonals in Kernkraftwerken“²⁸ vor, daß u. a. Schichtleiter und Reaktorfahrer alle drei Jahre ihre Fachkunde überprüfen lassen müssen.

Von derartigen internen Regelungen sind die Unfallverhütungsvorschriften zu unterscheiden. Nach § 708 Abs. 1 RVO werden sie von den Berufsgenossenschaften als den Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung erlassen, bedürfen jedoch der Zustimmung des Arbeitsministers. Sie sind für Arbeitgeber und Arbeitnehmer gleichermaßen verbindlich und stellen eine Art autonomes Satzungsrecht dar.²⁹

4. Tarifverträge

In der Praxis des Arbeitslebens sind Tarifverträge nicht weniger wichtig als Gesetze. Jedes Jahr werden ca. 7 000 Tarifverträge zum Tarifregister angemeldet; insgesamt sind etwa 40 000 in Geltung.³⁰ Etwa 90 % aller Arbeitnehmer werden von Tarifverträgen erfaßt, was daher rührt, daß die Arbeitgeberseite auch Außenseiter „nach Tarif“ behandelt, würde sie sie doch sonst der Gewerkschaft in die Arme treiben. Bei den ungeschützten 10 % handelt es sich um Arbeitnehmer, die in tariflich nicht erschlossenen Branchen wie z. B. bei Freiberuflern (z. B. Rechtsanwalts- und Architekturbüros) tätig sind oder deren Arbeitgeber eine so starke Stellung hat, daß er keinem Verband beiträgt und trotz schlechterer Arbeitsbedingungen keine Abwanderung zu einem tarifgebundenen Konkurrenten befürchten muß. Daneben gibt es eine Art Grauzone hin zur illegalen Arbeit, in der sich z. B. manche Aushilfskräfte bewegen. Würde sich der „tariffreie Raum“ vergrößern, müßte man in größerem Umfang als bisher üblich

vom Mittel der Allgemeinverbindlicherklärung Gebrauch machen.³¹ Notfalls müßte man auf das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11. Januar 1952³² zurückgreifen, von dem bisher allerdings kein einziges Mal Gebrauch gemacht worden ist.

Eine Lücke im Tarifsysteem besteht insoweit, als auch für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge von der Rechtsprechung nicht auf Arbeitnehmer erstreckt werden, die vom Ausland aus vorübergehend in die Bundesrepublik entsandt wurden und daher weiter dem ausländischen Arbeitsrecht unterstehen.³³ Dadurch kann ein soziales Dumping drohen, dem durch eine veränderte Rechtsprechung begegnet werden müßte.³⁴

Tarifverträge sind überwiegend auf eine Branche bezogen, doch kommen auch Firmentarife vor.

Der Tarifvertrag besitzt eine hohe demokratische Legitimation, wirken doch die „Tarifunterworfenen“ direkt an seiner Entstehung mit. Hier wird am ehesten die Modellvorstellung verwirklicht, wonach gewissermaßen die Summe der Einzelwillen in den Inhalt der Norm eingeht — allerdings entscheidend modifiziert dadurch, daß Kompromisse mit der Arbeitgeberseite geschlossen werden müssen.

Tarifverträge sind außerdem ein überragendes und allseits akzeptiertes Mittel zur inneren Differenzierung des Arbeitsrechts: Sie schaffen die Möglichkeit, den jeweiligen Besonderheiten der einzelnen Branche oder des einzelnen Unternehmens Rechnung zu tragen. Die Tariflöhne sind daher — wie man weiß — in der Metall- und der Textilindustrie nicht dieselben. Auch bei der Regelung der Arbeitsbedingungen wird auf die Spezifik einzelner Tätigkeiten Rücksicht genommen und beispielsweise eine Haftungsbe-

schränkung eingeführt. Insoweit sind die Tarifverträge ein Stück „Flexibilisierung“, das in anderen Teilen der Rechtsordnung keine Parallele findet. Wer sich über die Starrheit des Arbeitsrechts beklagt, sollte sich ein wenig im BGB und im HGB umschauen, wo die Dinge alle über einen Leisten geschlagen werden: Das Kaufrecht findet Anwendung ohne Rücksicht darauf, ob ein Motorrad, ein Huhn oder ein Softwarepaket verkauft wird.

Tarifverträge haben weiter die Funktion, den Staat zu entlasten. Wollte er selbst Löhne und Arbeitsbedingungen festsetzen, hätte dies heftige Konflikte zur Folge, die auch vor dem Gesetzgeber nicht halt machen würden. Eine von Gewerkschaften und Arbeitgebern ausgehandelte Lösung findet demgegenüber sehr viel mehr Akzeptanz; niemand hat den Eindruck, in unlauterer Weise übervorteilt worden zu sein.

Schließlich haben Tarifverträge „Vorreiterfunktion“. Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Fortschritte wurden zunächst im Wege des Tarifvertrags in einzelnen Branchen erreicht, ehe dann eine Verallgemeinerung in Form des Gesetzes erfolgte. Dies gilt etwa für den Erholungsurlaub und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, doch wurden beispielsweise auch zahlreiche Verbesserungen, die das BetrVG 1972

28 GMBL 1990, 579

29 Vgl. Wiese RdA 1976, 78

30 Zahlenangaben nach Lindenau DB 1988, 1114

31 Einzelheiten bei Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 1243 ff.

32 BGBI I, S. 17

33 BAG AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau

34 Zu dieser Problematik und zum Entwurf einer EG-Entsendungsrichtlinie siehe Däubler EuZW 1993, 370

brachte, noch unter dem alten Gesetz durch Tarifvertrag verwirklicht.

Tarifverträge stehen in der sog. Normenhierarchie unter dem gesamten staatlichen Recht von der Verfassung bis zu Rechtsverordnungen und Unfallverhütungsvorschriften. Dies bedeutet, daß im Falle eines inhaltlichen Widerspruchs der Tarifvertrag zurücktritt. Aus zwei Gründen tritt dieser Fall aber nur sehr selten ein:

- Gesetze (und Rechtsverordnungen) enthalten in der Regel Mindestbestimmungen zugunsten der Arbeitnehmer. Eine tarifliche Verbesserung ist daher jederzeit möglich. Das BAG hat den Grundsatz aufgestellt, daß zwischen Gesetz und Tarifvertrag „im Zweifel“ das Günstigkeitsprinzip gilt³⁵, d. h. in der angegebenen Weise verfahren wird. Was die Verfassung betrifft, so sind die Tarifparteien zwar aus guten Gründen an die Grundrechte gebunden³⁶, doch sind Eingriffe in ähnlicher Weise wie durch den Staat möglich.³⁷
- Hat ein Gesetz ausnahmsweise zwingenden Charakter auch in der Weise, daß eine Verbesserung zugunsten der Arbeitnehmer ausscheidet — was z. B. für die organisatorischen Bestimmungen der Betriebsverfassung angenommen wird³⁸ — so ist immer die Frage zu stellen, ob denn eine solche gesetzliche „Okkupation“ eines an sich tariflicher Regelung offenen Bereichs überhaupt mit der Garantie der Tarifautonomie in Art. 9 Abs. 3 GG vereinbar ist. Für gesetzlich aufoktroierte Karenztage oder für eine mit jedem Tarif automatisch verbundene Öffnungsklausel zugunsten schlechterer

Betriebsvereinbarungen wird dies mit Recht ganz überwiegend verneint.³⁹

5. Betriebsvereinbarungen

Große Bedeutung kommt in der Praxis neben dem Tarifvertrag der Betriebsvereinbarung zu — allerdings nur dort, wo ein Betriebsrat existiert. Dies ist immer noch nur in ca. 15 % aller „betriebsratsfähigen“ Betriebe der Fall, doch sind dort rund zwei Drittel aller unter das Gesetz fallenden Arbeitnehmer beschäftigt.⁴⁰

Betriebsvereinbarungen kommen insbesondere in den Sachgebieten vor, die — etwa nach § 87 BetrVG — der Mitbestimmung des Betriebsrats unterliegen. Möglich und verbreitet sind aber auch „freiwillige“ Betriebsvereinbarungen mit einem Inhalt, der nicht über die Einigungsstelle erzwungen werden könnte. Das BAG bejaht insoweit eine umfassende Abschlußkompetenz des Betriebsrats; in sozialen, personellen und (wohl auch) wirtschaftlichen Angelegenheiten kann er grundsätzlich jede rechtmäßige Abmachung mit dem Arbeitgeber treffen, soweit es um ein betriebliches Sachproblem geht.⁴¹

Ihrer Wirkung nach ist die Betriebsvereinbarung eine Art „Tarifvertrag im Kleinformat“. Sie schreibt nur ein Minimum fest, über das in den Arbeitsverträgen hinausgegangen werden kann. Auch genießen durch Betriebsvereinbarung begründete Rechte nach § 77 Abs. 4 Satz 2 bis 4 BetrVG einen Sonderschutz u. a. gegen Verzicht und Verwirkung.⁴² Im Bereich der erzwingbaren Mitbestimmung genießen Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 6 BetrVG Nachwirkung.⁴³ Auf der anderen Seite spielt die Mitgliedschaft in der Gewerkschaft anders als bei Ta-

rifverträgen keine Rolle; Betriebsvereinbarungen wirken für und gegen alle im Betrieb Beschäftigten.

Auch die Betriebsvereinbarung ist von der Arbeitnehmerseite her demokratisch legitimiert. Sie teilt mit dem Tarifvertrag weiter die Eigenschaft, anders als das Gesetz auf die Besonderheiten der jeweiligen „kleineren Einheit“ Rücksicht nehmen zu können. Dies kann auch dazu führen, daß bestimmte Regelungen nur für einen Teil der Belegschaft gelten.

Die gleitende Arbeitszeit wird beispielsweise ausschließlich für Angestellte und bestimmte Gruppen von Arbeitern vorgesehen.

Nicht selten haben Betriebsvereinbarungen auch „Vorreiterfunktion“ und sehen in vergleichsweise wohlhabenden Betrieben Leistungen vor, die in der Branche als solcher oder gar in der Gesamtwirtschaft nicht durchsetzbar sind.

Der Abschluß von Betriebsvereinbarungen kann allerdings auch Gefahren in sich bergen, denen in jüngster Zeit

35 BAG AP Nr. 17 zu § 77 BetrVG 1972

36 Grundlegend BAG AP Nr. 4 zu Art 3 GG. Umstritten ist lediglich, ob auch eine Bindung an Arbeitgebergrundrechte besteht — dazu Berg/Wendeling-Schröder/Wolter RdA 1980, 299

37 Näher Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 420 ff. mwN

38 Dazu und zu den Grenzen des zwingenden Charakters eingehend Trümmer, in: Däubler-Kittner-Klebe-Schneider, BetrVG, 4. Aufl., Köln 1993, Anm. zu § 3

39 Überblick bei Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 353 ff.

40 Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht I, S. 392 ff.

41 BAG GS DB 1989, 2336

42 Übereinstimmend § 4 Abs. 4 TVG für Tarifverträge

43 Vgl. § 4 Abs. 5 TVG für Tarifverträge

wachsende Bedeutung zukommt. Denkbar ist insbesondere, daß ein Branchentarif durch betriebliche „Sonderregelungen“ unterlaufen wird und so insgesamt einen wesentlichen Teil seiner Bedeutung verliert.

Beispiel: Der Tarifvertrag sieht Samstagsarbeit nur unter sehr engen Voraussetzungen vor. In einer Betriebsvereinbarung wird bestimmt, daß der Samstag im Schichtplan genau wie jeder andere Werktag behandelt wird; dafür gibt es eine „Vergoldung“ in Höhe einer zehnprozentigen Zulage für jede Arbeitsstunde oder eine Verkürzung der Wochenarbeitszeit.

Läuft nicht nur ein Betrieb in dieser Weise aus dem Ruder, droht eine Auslöschung der Tarifautonomie. Der Gesetzgeber hat dem durch die wichtige Bestimmung des § 77 Abs. 3 BetrVG Rechnung getragen. Danach können „Arbeitsentgelte und sonstige Arbeitsbedingungen, die durch Tarifvertrag geregelt sind oder üblicherweise geregelt werden, nicht Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein.“ Man spricht insoweit von einem „Tarifvorrang“⁴⁴. Anders (und etwas pauschal) ausgedrückt: Dort, wo es im konkreten Fall oder üblicherweise Tarifverträge hat, sind Betriebsvereinbarungen unzulässig. Keine Rolle spielt dabei, ob die Betriebsvereinbarung günstiger oder ungünstiger als der Tarifvertrag ist: Auch eine Verbesserung des tariflich Vereinbarten soll ausgeschlossen sein.⁴⁵ sie ist ja jederzeit im Wege des Arbeitsvertrags möglich. Im Verhältnis zu Gesetzen und anderem staatlichen Recht bestehen demgegenüber keine Besonderheiten: Ist — wie in der Regel — eine Verbesserung zugunsten der Arbeitnehmer möglich, kann diese auch im Wege der Betriebsvereinbarung erfolgen.⁴⁶

Der Tarifvorrang wirft eine Reihe von Einzelfragen auf, die hier nur knapp angesprochen werden können.

— Im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG wird das Mitbestimmungsrecht — und damit die Möglichkeit, den Abschluß einer Betriebsvereinbarung zu erzwingen — nur durch tatsächlich bestehende verbindliche Tarifverträge ausgeschlossen.⁴⁷ Eine bloße Sollvorschrift oder ein nachwirkender Tarifvertrag genügen nicht;⁴⁸ erst recht wird das Mitbestimmungsrecht nicht dadurch verdrängt, daß bestimmte Fragen „üblicherweise“ tariflich geregelt werden, obwohl im konkreten Betrieb kein Tarif eingreift: § 77 Abs. 3 Satz 1 BetrVG tritt insoweit hinter § 87 Abs. 1 BetrVG zurück.⁴⁹ Andernfalls würde eine Schutzlücke entstehen, da sich die Beschäftigten weder auf einen Tarifvertrag berufen noch ihren Betriebsrat aktivieren könnten.

— Der Tarifvorrang geht nur soweit, wie eine tarifliche Regelung vorliegt. Was nicht geregelt wurde, kann weiterhin Gegenstand einer Betriebsvereinbarung sein. Allerdings schließt der Tarifvertrag in einem Wirkungsbereich auch jede freiwillige Betriebsvereinbarung und nicht etwa nur das Mitbestimmungsrecht aus.⁵⁰

— Ob bei anderen Mitbestimmungsrechten (z. B. nach § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG) § 77 Abs. 3 BetrVG Anwendung findet oder nur tatsächlich eingreifende Tarifverträge vorgehen, ist wenig erörtert. Irgendwelche wesentlichen Unterschiede zum Fall des § 87 Abs. 1 BetrVG sind nicht ersichtlich, so daß dieselben Grundsätze gelten müssen.⁵¹

— Der Vorrang des „Tarifüblichen“ besteht nach diesen Grundsätzen nur im Bereich freiwilliger Be-

triebsvereinbarungen. Wann von Üblichkeit die Rede sein kann, ist umstritten.⁵²

— Enthält der Tarifvertrag eine Ermächtigung zum Abschluß ergänzender Betriebsvereinbarungen, so ist dies nach § 77 Abs. 3 Satz 2 BetrVG grundsätzlich zulässig. Die Auslegung des Tarifvertrags entscheidet darüber, ob im Betrieb nur eine bessere oder auch eine schlechtere Regelung möglich ist. Im übrigen sind „Öffnungsklauseln“ dieser Art nicht beliebig, sondern nur insoweit zulässig, als keine „Selbstentäußerung“ der Tarifparteien erfolgt. Insoweit werden die Grundsätze des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG über die Ermächtigung der Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen entsprechend angewandt.⁵³

— Eine Sonderregelung enthält § 112 Abs. 1 Satz 4 BetrVG; danach können Tarifverträge und

44 Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither, BetrVG, 17. Aufl., München 1992, § 77 Rn. 65 ff.

45 BAG AP Nr. 12 zu § 4 TVG Ordnungsprinzip; Hagemeyer-Kempen-Zachert-Zilius, TVG, 2. Aufl., Köln 1990, Einl. Rn. 193 ff.

46 Für Grundrechtsbindung BAG AP Nr. 28 zu Art. 3 GG; BAG DB 1988, 1501; zur unrichtigen These, dies habe sich mit Rücksicht auf BVerfG NJW 1987, 817 geändert, siehe Däubler, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 3. Aufl., Köln 1993, Rn. 83 mit Fn. 23

47 BAG DB 1987, 1435

48 BAG DB 1991, 2044

49 BAG DB 1987, 1435, bestätigt durch BAG DB 1991, 1630

50 Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 239 mwN

51 Däubler, Arbeitsrecht I, S. 473

52 Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 231 mwN

53 Zachert, NZA 1988, 188

Sozialplan nebeneinander bestehen. Im Regelfall gilt im Verhältnis zwischen beiden das Günstigkeitsprinzip, d. h. der Sozialplan kann die tariflich vorgesehenen Sicherungen lediglich erweitern.

Der Gesamtbetriebsrat kann im Rahmen des § 50 BetrVG Gesamtbetriebsvereinbarungen abschließen, die für und gegen alle unternehmensangehörigen Arbeitnehmer wirken. Entsprechendes gilt nach § 58 BetrVG für den Konzernbetriebsrat. Soweit der eine oder andere kraft eigener Zuständigkeit (und nicht kraft Delegation nach § 50 Abs. 2 bzw. 58 Abs. 2 BetrVG) tätig wird, verdrängt die Gesamt- bzw. Konzernbetriebsvereinbarung etwaige Abmachungen der Einzelbetriebsräte.

III. Ungeschriebenes

Arbeitsrecht

1. Gewohnheitsrecht

Neben dem staatlich oder durch die sozialen Gegenspieler gesetzten Recht existiert seit jeher sog. Gewohnheitsrecht. Es setzt in der Regel eine langdauernde Praxis sowie insbesondere einen sog. Rechtsgeltungswillen voraus: Die Betroffenen müssen der Überzeugung sein, daß es sich insoweit um eine verbindliche Verhaltensnorm und nicht nur um eine Art Gefälligkeit handelt, von der man jederzeit abweichen kann.⁵⁴ Das BAG verlangt ausdrücklich, die Regel müsse vom „Rechtsgeltungswillen der betroffenen Arbeitgeber und Arbeitnehmer getragen sein“.⁵⁵ Eine gewohnheitsrechtliche Norm hat die gleiche Bedeutung wie ein Gesetz, ja kann dieses ggf. überlagern und ablösen. Eine Änderung ist entweder durch ausdrückliche staatli-

che Normierung oder dadurch möglich, daß man eine bestimmte Übung nicht mehr praktiziert.

In früheren Zeiten kam dem Gewohnheitsrecht große Bedeutung zu. Insbesondere in kleineren überschaubaren Gemeinschaften, die für eine agrarische Gesellschaft typisch sind, sind sich alle Beteiligten über bestimmte Verhaltensformen und ihre Verbindlichkeit einig. Als Beispiel für einen „Restbestand“ mag das Recht des einzelnen stehen, in Wäldern, die der öffentlichen Hand gehören, Beeren zu pflücken oder heruntergefallene Äste als Brennholz mitzunehmen. In der schnelllebigen Industriegesellschaft mit vielen staatlichen und anderen Rechtssetzungsinstanzen ist das Gewohnheitsrecht zu einer Randgröße geworden.

Was Gewohnheitsrecht bedeuten kann, wird z. B. am Familienrecht von Peru deutlich. Dieses ist zwar im „codigo civil“ niedergelegt, doch kümmert man sich in ländlichen Gegenden darum überhaupt nicht. Vielmehr praktiziert man seit der Inka-Zeit verschiedene Eheformen einschließlich eines Zusammenlebens auf Probe, die dem traditionellen abendländischen Rechtsdenken völlig fremd sind und die übrigens — der Stellung der Frau als Arbeitskraft entsprechend — vom Grundsatz völliger Gleichberechtigung ausgehen.⁵⁶

Nach einem Spruch von Otto Kahn-Freund, dem nach 1933 emigrierten und im Ausland wohl bekanntesten deutschen Arbeitsrechtler⁵⁷, ist eine Woche im Arbeitsrecht eine lange Zeit. Die Rechtsentwicklung hat — insbesondere wenn man Tarifverträge und Rechtsprechung einbezieht — eine außerordentliche Dynamik. Wer ein halbes Jahr nicht „AiB“ und „DB“ gelesen hat, ist nicht mehr auf dem Laufenden. Dem entspricht es, daß die gewohnheitsrechtliche Geltung einzelner Normen immer nur behauptet, jedoch

nie wirklich akzeptiert wurde. So hat etwa das BAG zu Recht entschieden, daß die von ihm entwickelten Grundsätze zum Arbeitskampfrecht keinen gewohnheitsrechtlichen Charakter hätten.⁵⁸ Auch die These, die tarifliche Friedenspflicht sei Ausdruck eines Gewohnheitsrechts⁵⁹, fand entschiedenen Widerspruch⁶⁰ — was völlig berechtigt ist angesichts der Tatsache, daß man bei der Schaffung des TVG dieses „heiße Eisen“ nicht anfassen wollte, weil sich erhebliche Auseinandersetzungen ergeben hätten.⁶¹ Hätte ein für Gewohnheitsrecht typischer Konsens bestanden, wäre eine solche Vermutung völlig neben der Sache gewesen. Keine Anerkennung fand auch das Argument, die sog. begrenzte Effektivklausel könne sich auf ein Gewohnheitsrecht stützen, da sie schon in der Weimarer Zeit und bis 1968 auch in der Bundesrepublik verbreitete Praxis war.⁶² Erst recht hatte das LAG Köln Bedenken dagegen,

54 Einzelheiten bei Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Tübingen 1959, § 39

55 BAG DB 1980, 1268

56 Die Einzelregeln sind bisweilen von bemerkenswerter Lebensweisheit. So erhält etwa ein junges Paar ein Bündel mit 100 Haaren; bei jedem Streit kann er oder sie ein Haar herausziehen. Sind nach einem Jahr noch Haare vorhanden, ist die Probe bestanden ...

57 Zu seiner Person siehe Däubler, in: Kritische Justiz (Hrsg.), Streitbare Juristen. Eine andere Tradition. Jürgen Seifert zum 60. Geburtstag, Baden-Baden 1988, S. 380 ff. Siehe auch Gamillscheg u. a. (Hrsg.), In Memoriam Sir Otto Kahn-Freund, München 1980

58 BAG DB 1980, 1268

59 Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II/1, 7. Aufl., München 1967, S. 310

60 Dammann, Tarifautonomie und Arbeitskampf. Rechtliche Rahmenbedingungen aktiver Lohnpolitik, Köln 1977, S. 90 ff.

61 Herschel ZfA 1973, 186

62 Näher Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 603 mwN

einen Anspruch auf Arbeitsbefreiung am Rosenmontag einzuräumen — und zwar auch in einer Gegend wie Bonn oder Köln, in der man an diesem Tag normalerweise nicht mit normalem Arbeitsverhalten rechnet.⁶³

Im Einzelfall kann allerdings zweifelhaft sein, ob ein Rechtsatz in den Bereich des Gewohnheitsrechts gehört oder ob er zum sog. Richterrecht zu zählen ist, das ein mehr oder weniger großes Maß an Akzeptanz findet. So gibt es etwa bestimmte ungeschriebene Grundsätze in bezug auf die Frage, welcher Tarifvertrag anwendbar ist, wenn in einem anderen Tarifgebiet gearbeitet wird.⁶⁴ Ähnliches gilt für den Grundsatz, daß die Arbeitnehmerhaftung nicht den allgemeinen Grundsätzen des BGB unterliegt.⁶⁵

2. Die Betriebsübung

In vielen Betrieben gibt es „Üblichkeiten“, die nirgends schriftlich niedergelegt sind. Dies gilt insbesondere für betriebliche Sozialleistungen.

Beispiel: Von einem bestimmten Zeitpunkt an gewährt der Arbeitgeber jedem Arbeitnehmer, der 10 Jahre ununterbrochen im Betrieb beschäftigt war, eine Versorgungszusage. Dies geschieht in der Weise, daß der betreffende Arbeitnehmer ins Personalbüro bestellt wird und dort eine entsprechende Urkunde ausgehändigt erhält. Weitere Erklärungen werden nicht abgegeben. Dieses Verfahren wird 7 Jahre lang praktiziert. Kann der Arbeitgeber im 8. Jahr von dieser Übung wieder abgehen?⁶⁶

Auch im Bereich der Arbeitnehmerpflichten ist Entsprechendes denkbar. So kann im Betrieb die Übung existieren, daß sich ein Betriebsratsmitglied lediglich beim Vorgesetzten abmelden muß, ohne irgendwelche Angabe über den Anlaß für seine Betriebsratsstätigkeit zu machen.⁶⁷ Auch wäre denkbar,

daß von einem Hausmeister „üblicherweise“ erwartet wird, daß er in der betreuten Wohnanlage oder jedenfalls in unmittelbarer Nähe wohnt.

Eine entsprechende Übung kann zu einem betrieblichen Gewohnheitsrecht des Inhalts führen, daß Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar gebunden sind. Die herrschende Auffassung anerkennt zwar eine entsprechende theoretische Möglichkeit, verneint ihr Vorliegen in der Praxis jedoch so gut wie immer mit dem Argument, es fehle ein entsprechender „Rechtsgeltungswille“ auf Arbeitgeberseite.⁶⁸ Dies überzeugt nicht, da in anderen Fällen des (lokal begrenzten) Gewohnheitsrechts nicht nach empirisch feststellbaren subjektiven Vorstellungen bestimmter Personen gefragt, sondern ein entsprechender „Wille“ aus objektiven Umständen, insbesondere aus dem tatsächlichen Verhalten geschlossen wird. Weiter hat Gamillscheg darauf hingewiesen, daß Gewohnheitsrecht sogar gegen den Willen des dadurch Belasteten entstehen kann.⁶⁹ M. E. ist dieser Position zuzustimmen — auf die Konsequenzen ist weiter unten einzugehen.

Die herrschende Konzeption spricht der Betriebsübung den Charakter einer selbständigen Rechtsquelle ab. Nach ursprünglicher Auffassung der Rechtsprechung wird sie stillschweigend zum Vertragsinhalt gemacht. Ein Teil der Lehre lehnt dies als unrealistisch ab und erklärt den Erwerb von Ansprüchen ausschließlich mit der Setzung eines Vertrauenstatbestands durch den Arbeitgeber.⁷⁰ In neuerer Zeit läßt das BAG die Frage dahinstehen, ob der Vertrags- oder der sog. Vertrauens- theorie zu folgen ist.⁷¹

Die rechtliche Qualifizierung der Betriebsübung kann erhebliche Auswirkungen haben, wenn es um ihre Be-

schränkung oder Abschaffung geht. Liegt etwa eine gewohnheitsrechtliche Leistungspflicht des Arbeitgebers vor, so wäre ein Abbau nur über eine Betriebsvereinbarung oder dadurch möglich, daß über längere Zeit hinweg die Leistung nicht mehr (voll) erbracht wird. Geht man dagegen von einer stillschweigenden Aufnahme der Übung in den Arbeitsvertrag aus, hilft dem Arbeitgeber eine Änderungskündigung, im Ausnahmefall einer bloßen Umstrukturierung der Leistung auch eine Betriebsvereinbarung.⁷² Liegt ein bloßer Vertrauenstatbestand vor, soll nach durchaus beachtlicher Auffassung⁷³ ein isolierter Widerruf der Betriebsübung aus jedem sachlichen Grund möglich sein. Das BAG ist dieser Auffassung allerdings nicht gefolgt und legt insoweit die Vertragstheorie

63 LAG Köln DB 1993, 331

64 Zu dieser Problematik siehe etwa BAG DB 1993, 332 sowie Däubler DB 1991, 1622; Kempfen AuR 1991, 129 ff.

65 Dazu zuletzt BAG NZA 1993, 547

66 So der Fall BAG AuR 1972, 28 = AP Nr. 10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

67 LAG Baden-Württemberg DB 1976, 1821

68 BAG AP Nr. 5, 8 und 11 zu § 242 BGB Betriebliche Übung, sowie aus der Lit. zuletzt Richardi, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, München 1992, § 13 Rn. 7

69 Gamillscheg, FS Hilger und Stumpf, München 1983, S. 244 (mit dem Beispiel eines Wegerechts zu Lasten des Grundeigentümers)

70 Siehe den Überblick bei Säcker, Gruppenautonomie und Übermachtkontrolle im Arbeitsrecht, Berlin 1972, S. 464 ff.

71 BAG DB 1985, 183; BAG NZA 1985, 531

72 Zur umstrukturierenden Betriebsvereinbarungen siehe BAG AuR 1987, 379 ff.

73 Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971, S. 406 f.; Seiter, Die Betriebsübung, Düsseldorf 1967, S. 131 ff.

zugrunde.⁷⁴ Will der Arbeitgeber eine unerwünschte Bindung vermeiden, kann er von vornherein nur unter Vorbehalt leisten; in diesem Fall entsteht nach allen drei Auffassungen keine Betriebsübung, an der er sich festhalten lassen müßte.

Beispiel: Wird dreimal vorbehaltlos ein Weihnachtsgeld gewährt, entsteht eine betriebliche Übung. Anders wenn der Arbeitgeber erklärt, „mit Rücksicht auf die gute wirtschaftliche Lage“ sei eine solche Zahlung möglich. Dies dürfte als Vorbehalt aufzufassen sein.

Gerade deshalb besteht auch kein Bedenken dagegen, den Arbeitgeber in anderen Fällen an lange praktiziertem Tun festzuhalten; er hätte sich ja jederzeit durch eine entsprechende Klausel schützen können. Bei Betriebsübungen zu Lasten der Arbeitnehmer spielen die verschiedenen Theorien keine Rolle, da eine individuelle Weigerung kaum in Betracht kommen dürfte.

3. Sonstige Absprachen im Betrieb

In vielen Betrieben existiert eine Vielzahl von Abmachungen mit unterschiedlicher rechtlicher Verbindlichkeit, die bisher weder empirisch aufgearbeitet noch gar in ein rechtliches System gebracht sind.⁷⁵ Fest steht, daß zahlreiche Betriebe existieren, in denen von dem gesetzlichen Regelungsmodell der Betriebsvereinbarung kein Gebrauch gemacht wird.⁷⁶ Nicht zuletzt mit Rücksicht darauf ist allgemein akzeptiert, daß es neben der Betriebsvereinbarung eine sog. Betriebsabsprache, auch „Regelungsabrede“ oder „betriebliche Einigung“ genannt, gibt, die mündlich abgeschlossen werden kann und deren wesentlicher Wert für den Arbeitgeber darin besteht, daß er in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten „grünes Licht“ erhält.⁷⁷

Tritt — z. B. bei einem Betriebsübergang — eine Kollision zwischen Betriebsvereinbarung und Betriebsabsprache auf, regeln also beide denselben Sachbereich in unterschiedlicher Weise, so muß die Betriebsabsprache als die schwächere Abmachung immer zurücktreten.⁷⁸

Neben der vergleichsweise geläufigen und juristisch gut aufgearbeiteten Betriebsabsprache kann es eine Reihe informeller Abmachungen mit zweifelhaftem Rechtscharakter geben. Welche Bedeutung hat beispielsweise eine Einigung zwischen Betriebsrat oder Streikleitung auf der einen und Arbeitgeber auf der anderen Seite, wenn eine spontane Arbeitsniederlegung zugrunde liegt? Was bedeutet es rechtlich, wenn der Betriebsrat zwei der jährlich vier Betriebsversammlungen gegen einen höheren Zuschuß für die Kantine „eintauscht“? Wie ist eine Vier-Augen-Absprache zwischen Personalleiter und Betriebsratsvorsitzendem zu qualifizieren, wonach das Wörtchen „nachhaltig“ im Widerspruch des Betriebsrats gegen eine Kündigung dazu führen soll, daß in 99 von 100 Fällen der Gekündigte weiterbeschäftigt wird? Der Übergang zu sog. sozialen Normen, deren Einhaltung nicht gerichtlich erzwungen werden kann, ist hier fließend. Bei Nichtbeachtung stehen als Sanktion nur „Unwillen“ und „Protest“ zur Verfügung. Dieser kann sich u. U. darin manifestieren, daß die Belegschaft „Zusatzleistungen“ nicht mehr erbringt, die sie üblicherweise im Interesse des reibungslosen Arbeitsablaufs erbracht hat.

Während man bisher die von der Unfallverhütungsvorschrift gewollten Schutzhandschuhe nur in wirklich brenzligen Situationen benutzte, werden sie jetzt regelmäßig getragen, obwohl sich dadurch die Arbeitsabläufe verlangsamen. Oder: Die Betriebsversammlung

dauert immer nur 1 1/2 Stunden, obwohl an sich Stoff für 3 Stunden da wäre. Nach dem „Krach“ dauert die nächste Betriebsversammlung eben 3 Stunden...

Diese „informelle Ebene“ im Betrieb geht bei einer rein juristischen Betrachtungsweise leicht verloren. Für das tatsächliche Geschehen ist sie oft von mindestens genauso großer Bedeutung.⁷⁹

IV. Das sog. Richterrecht

1. Richterrecht als soziales Phänomen

Sämtliche hier beschriebenen Rechtsquellen — die Verfassung wie die einzelne Betriebsvereinbarung, das Kündigungsschutzgesetz wie ein Tarifvertrag über Alterssicherung — gelten faktisch nur in der Interpretation, die ihnen die höchstrichterliche Rechtsprechung gibt. Bereits in der Einleitung⁸⁰ wurden eine Reihe von Beispielen gegeben — sie lassen sich unschwer erweitern. Wo die Grenze des Lohnwuchers beginnt⁸¹, inwiefern der Arbeitnehmer verpflichtet werden kann, bei einer Kündigung die vom Arbeitgeber getragenen Ausbildungskosten zurückzuzahlen⁸² und wann ein

74 BAG AP Nr.10 zu § 242 BGB Betriebliche Übung

75 Dazu eingehend Birk ZfA 1986, 73 ff.

76 Siehe die Nachw. bei Berg, in: Däubler-Kittner-Klebe-Schneider, BetrVG, 4. Aufl., § 77 Rn. 2

77 Zur Betriebsabsprache im einzelnen Fitting-Auf-farth-Kaiser-Heither § 77 Rn. 90

78 BAG AP Nr. 14 zu § 77 BetrVG 1972

79 Rainer-W. Hoffmann, Arbeitskampf im Arbeitsalltag. Formen, Perspektiven und gewerkschaftspolitische Probleme, Frankfurt/Main 1981

80 Oben I

81 Vgl. BAG AP Nr. 29 zu § 138 BGB; BGH NJW 1985, 2406

82 BAG DB 1986, 2135

„sachlicher Grund“ für eine Befristung vorliegt⁸³ — dies alles bestimmt sich letztlich nach der Rechtsprechung des BAG.

Nur ganz ausnahmsweise sind auch andere Gerichte für Streitigkeiten mit arbeitsrechtlichem Schwerpunkt zuständig. Dies gilt etwa für Auseinandersetzungen um einen Gewerkschaftsausschluß⁸⁴ oder um das Vorgehen gegen die Zustimmung der Hauptfürsorgestelle zur Kündigung eines Schwerbehinderten.⁸⁵

Darüber steht als Kontrollinstanz das BVerfG, das über den genauen Inhalt der Verfassung entscheidet, was der Zeitungsleser am Beispiel von Kampfeinsätzen im Rahmen der UNO mit nachhaltiger Deutlichkeit vorexerziert bekam. Im Arbeitsrecht hat das BVerfG insbesondere aus Art. 9 Abs. 3 GG eine Reihe sehr weitreichender Konsequenzen gezogen, dabei allerdings immer auch den Spielraum des Gesetzgebers und der Arbeitsgerichte hervorgehoben.⁸⁶ Im Ergebnis besteht allerdings kein Zweifel, daß einem schon vor knapp 30 Jahren formulierten Satz von Gamillscheg entsprechend der Richter der eigentliche Herr des Arbeitsrechts ist.⁸⁷

2. Gründe

Fragt man nach den Ursachen des Richterrechts, so erhält man häufig die Antwort, der Gesetzgeber könne nicht alle denkbaren Konflikte regeln. So schaffe die technische Entwicklung offenkundig neue Probleme; ein verändertes Wertbewußtsein verlange nach anderen Lösungen.⁸⁸ Weiter kann man darauf hinweisen, daß schon aus sprachlichen Gründen Eindeutigkeit schwer erreichbar ist; der Kontext einer Aussage und damit auch ihr Inhalt kann sich ändern, ohne daß der Wortlaut des Gesetzes die geringste Modifikation erfahren müßte.

Dies alles sind jedoch Gesichtspunkte, die auch vor 70 oder 90 Jahren, d. h. in der klassischen Zeit des Positivismus Geltung hatten. Damit allein läßt sich daher nicht erklären, weshalb heute sehr viel mehr „Richterrecht“ besteht — und zwar nicht nur im Arbeitsrecht, sondern beispielsweise auch im Gesellschaftsrecht.⁸⁹ Der Grund ist m. E. im Arbeitsrecht ein struktureller. Dieses will anders als das traditionelle Zivilrecht nicht nur den Markt regulieren, sondern den einzelnen schützen: Es knüpft daher nicht mehr allein am abstrakten Rechtssubjekt, sondern am realen Menschen an. Dessen konkrete Situation muß gestaltet und gegen die Zwänge einer rein rentabilitätsorientierten Wirtschaft verteidigt werden. Allein mit Hilfe des Gesetzes ist dieses Ziel nicht erreichbar, da sich die einzelnen in durchaus unterschiedlichen Situationen befinden. Man benötigt daher ein „dezentralisiertes“, ausdifferenziertes System von Rechtsnormen. Eine Erscheinungsform hierfür sind Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und (branchenbezogene) Unfallverhütungsvorschriften. Eine andere Form ist das Richterrecht, das z. B. bei der Konkretisierung des „wichtigen Grundes“ im Sinne des § 626 BGB dem jeweiligen Einzelfall Rechnung zu tragen versucht. Mit Hilfe einer solchen „Feinststeuerung“ wird ein Stück Sozialpolitik betrieben.

Gerade im Arbeitsrecht wäre es allerdings voreilig, nur die Schutzfunktion des Richterrechts zu sehen. Die Bekämpfung von Mißständen bzw. die Beseitigung von groben Ungerechtigkeiten dient immer auch der Aufrechterhaltung der bestehenden Ordnung, deren Akzeptanz dadurch erhöht wird, daß bei der Kündigung eben immer auch eine Interessenabwägung erfolgen muß oder daß der Kraftfahrer nicht wegen jeder kleinen Fehlreak-

tion mit unübersehbaren Schadenserstattungsansprüchen konfrontiert wird. Dazu kommen zwei spezifische Vorteile des Richterrechts, die seine „Ordnungsfunktion“ besonders wirksam machen.

Zum einen ist die richterliche Rechtsbildung besonders gut geeignet, Erfahrungen wie auch theoretische Erkenntnisse aufzunehmen und in die Weiterentwicklung von Generalklauseln oder anderen „wachsweichen Normen“⁹⁰ einfließen zu lassen. Wollte man vom Gesetzgeber dasselbe Maß an „Lernfähigkeit“ verlangen, so wäre dies ein wenig adäquates Vorgehen: An die Stelle legitimationssichernder Kontinuität träte eine hektische Betriebsamkeit, die mit den Vorstellungen der Bürger über ein geordnetes Verfahren der Rechtssetzung nur schwer vereinbar wäre. Die Rechtsprechung ist von daher ein sehr viel flexibleres Steuerungsinstrument.

Kehren wir nochmals zum „wichtigen Grund“ nach § 626 BGB zurück. Das Arbeitsrechtshandbuch von Schaub⁹¹ nennt insgesamt 47 verschiedene Fallgruppen, in denen eine fristlose Kündigung in Betracht kommt. Unterstellt,

83 Überblick bei Däubler, Ratgeber Arbeitsrecht, 2. Aufl., Reinbek 1993, S. 461 ff.

84 Ordentliche Gerichte zuständig. Vgl. etwa BGH NJW 1988, 555

85 Verwaltungsgerichte zuständig. Nachw. bei KR-Etzel, 3. Aufl., Neuwied 1989, §§ 15—20 SchwbG Rn. 100 ff.

86 Zum Stand der Dogmatik des Art. 9 Abs. 3 GG in der Rspr. des BVerfG siehe Däubler AuR 1992, 1 ff.

87 Gamillscheg ACP 164 (1964), 385, 388

88 Vgl. Kissel AuR 1982, 137 ff.

89 Dazu etwa Th. Raiser ZRP 1985, 111 ff.

90 Kissel AuR 1982, 139

91 7. Aufl., München 1992, § 125 VII

man würde alle diese Gründe in einem Arbeitsvertragsgesetz aufzählen — wer garantiert, daß nicht in kurzer Zeit weitere Fälle auftreten, die dann jeweils zu einer Ergänzung des eh' schon ziemlich gewichtigen Gesetzbuches führen müßten?

Zum zweiten hat die richterliche „Intervention“ im Bereich des Arbeitskampfrechts den Vorteil, potentielle Konfrontationen mit den Interessen der abhängig Beschäftigten abzumildern. Gäbe es etwa ein gesetzliches Verbot der spontanen Arbeitsniederlegung, so wäre jeder tatsächlich durchgeführte „wilde“ Streik eine Herausforderung für die bestehende Ordnung, ein Stück evidenten Ungehorsams, das ähnlich wie ein Steuerstreik behandelt würde. Die Eskalation wäre einprogrammiert. Entweder würde das abweichende Verhalten mit Sanktionen belegt und unterdrückt oder es müßte hingenommen werden mit der Folge, daß die bestehende Ordnung als „wenig verlässlich“ erscheinen müßte. Ganz anders bei einem richterrechtlichen Verbot: Ob man von ihm Gebrauch macht, ob der bestreikte Arbeitgeber beispielsweise kündigt oder Schadensersatz verlangt, ist allein ihm überlassen. Angesichts des Satzes „wo kein Kläger, da kein Richter“ erwartet niemand, daß Richterrecht ebenso durchgesetzt wird wie beispielsweise Eigentümerbefugnisse gegenüber Hausbesetzern. Daß insoweit ein signifikanter Unterschied zwischen „Richterrecht“ und Gesetzesrecht besteht, zeigt u. a. die Entwicklung des spanischen und des englischen Arbeitskampfrechts. Durch staatliches Gesetz angeordnete Streikschränken erwiesen sich in beiden Fällen als ineffektiv, ja führten zu einer Krise des politischen Systems.⁹² Richterrechtliche Eingrenzungen wurden demgegenüber ohne vergleichbar heftige Gegenreaktionen hingenommen.⁹³ Daneben mögen viele andere Faktoren eine

Rolle gespielt haben; ein Moment der Entwicklung stellte die Form staatlicher Intervention sicherlich dar.

Richterrecht erweist sich so als systemnotwendige Form der Sozialgestaltung, als ein Stück Sozialpolitik, das den Schutz- mit dem Ordnungsgedanken verbindet und das spezifische Legitimationsprobleme der Gesetzgebung vermeidet.

3. Die Schwierigkeiten mit dem Richterrecht

Die Tatsache, daß ein modernes Arbeitsrecht nicht ohne eine Konkretisierungsinstanz auskommt⁹⁴, bedeutet nicht, die potentiellen Einwände von vornherein vom Tisch zu wischen. Sie betreffen im wesentlichen zwei Punkte.

Einmal geht es um die Übersichtlichkeit des geltenden Rechts. Nicht nur Sympathisanten der früheren DDR rühmen die Kürze und Klarheit des Arbeitsgesetzbuchs von 1977. 250 Paragraphen gegen 50 AP-Bände — ist da nicht gerade für den juristisch nicht vorgebildeten Arbeitnehmer eigentlich nur die erste Alternative akzeptabel? Ein handliches Büchlein, in dem der einzelne Antworten auf alle seine Fragen findet — wäre dies nicht ein in jeder Hinsicht erstrebenswerter Zustand?

So sympathisch diese Vorstellung ist, sie ist eine Art Kindheitstraum der Arbeiterbewegung, der sich unter den modernen Verhältnissen nicht realisieren läßt. Man müßte ein riesiges Werk schaffen, wollte man auch nur den größeren Teil jener Lösungen in Gesetzesform gießen, die die Rechtsprechung entwickelt hat und auf die niemand verzichten will.

Nehmen wir als Beispiel die Einstellung des Arbeitnehmers. Das erwähnte Arbeitsrechts-Handbuch von Schaub nennt insgesamt 12 Bereiche, in denen das Fragerecht des Arbeitgebers möglicherweise beschränkt ist.⁹⁵ Auch dort ist nicht immer von einem einfachen „Ja“ oder „Nein“ die Rede; vielmehr wird auch innerhalb des Bereichs z. B. der Frage nach Krankheiten differenziert.

Schaut man sich zum Vergleich den französischen Code du Travail an, so wird ein äußerst umfangreiches Gebilde sichtbar, das seinerseits wiederum der Rechtsprechung zahlreiche Spielräume läßt. Die Vorstellung vom Arbeitsgesetzbuch als einer vollständigen, aber gleichwohl knappen und verständlichen Kodifikation ist illusionär; sie paßt in eine überschaubare, einfach strukturierte Gesellschaft.

In der DDR gab es im übrigen durchaus in Form der Richtlinien durch das Oberste Gericht sowie in Form (nicht veröffentlichter) „Standpunkte“ ein Stück Richterrecht. Daß die Rechtsordnung insgesamt viel weniger ausdif-

92 Zum Fehlschlag der Streikreglementierung durch den Industrial Relations Act vgl. insbes. Colneric, *Der Industrial Relations Act 1972 — Ein Beispiel ineffektiver Gesetzgebung aus dem Bereich des kollektiven Arbeitsrechts*, Ebelsbach 1979; zur Nichtbeachtung der Streiknormen der Franco-Zeit in Spanien vgl. Däubler (Hrsg.), *Arbeitsbeziehungen in Spanien*, Köln 1982, S. 7 ff. sowie die darin enthaltenen Beiträge von Gonzalez Ortega und Durán López

93 Dazu für Spanien Durán López, *Revista de politica social* Nr. 134 (1982) S. 49 ff.; für Großbritannien vgl. Wedderburn, *The Industrial Law Journal* 1980, 65 ff.

94 Denkbar sind auch andere Instanzen als Gerichte. So gibt es etwa in Chile eine Arbeitsinspektion („Dirección de trabajo“), die anders als unsere Gewerbeaufsicht die Einhaltung des gesamten Arbeitsrechts überwacht und die bei Verstößen Sanktionen verhängen kann. Faktisch führt dies dazu, daß sich ihre Rechtsinterpretation in der Regel durchsetzt, da zwar gerichtliche Verfahren möglich, diese aber mit großem Aufwand an Zeit und Kosten verbunden sind.

95 § 26 III 3

ferenziert war, stellt aus heutiger Sicht eher einen Nachteil dar: Wenn neue Probleme aufkamen, war sie weniger „lernfähig“.

Der zweite Einwand gegen das Richterrecht greift tiefer. Das Richterrecht besitzt weniger demokratische Legitimation als die Entscheidungen des Gesetzgebers. Zwar werden die am BAG tätigen Berufsrichter nach Art. 95 Abs. 2 GG vom Bundesarbeitsminister zusammen mit einem Richterwahlausschuß bestimmt (der sich aus den 16 Landesarbeitsministern und 16 vom Bundestag benannten Personen zusammensetzt), doch steht dieser Wahl durch (mittelbar) demokratisch legitimierte Instanzen keine Abwahlmöglichkeit, ja nicht einmal ein Recht zur Nichtwiederwahl gegenüber: Die gem. §§ 10 Abs. 1, 28 Abs. 1 DRiG „auf Lebenszeit“ berufenen Richter scheiden erst im Alter von 65 Jahren (§ 48 Abs. 1 DRiG) wieder aus ihrem Amt aus. Konkret bedeutet dies, daß ein mit 43 Jahren Gewählter 22 Jahre lang die Rolle eines „Mitgesetzgebers“ spielen kann, auch wenn die ihn bei der Wahl tragende Mehrheit längst zur Minderheit geworden ist und wenn seine Wertvorstellungen nur noch von geringen Teilen der Bevölkerung gebilligt werden. Während sich jeder Parlamentarier trotz der auch ihm garantierten Unabhängigkeit alle 4 Jahre der Wahl durch das Volk stellen muß, ist Vergleichbares bei Bundesrichtern nicht vorgesehen.

In diesem Punkt liegt in der Tat eine entscheidende Schwäche des Richterrechts. Auf der anderen Seite muß man sehen, daß sich die Gerichte unter den gegebenen Umständen in aller Regel um Akzeptanz bei Arbeitgebern und Gewerkschaften bemühen. Eine systematische Bevorzugung einer Seite ist unter den gegebenen Umständen die Ausnahme.⁹⁶ Dies bedeutet selbstredend nicht, daß das Arbeitsrecht eine

„neutrale“, Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen gleichermaßen berücksichtigende Materie wäre — es dient selbstredend dem Funktionieren der kapitalistischen Marktwirtschaft, deren Segnungen ja durchaus unterschiedlich verteilt sind. Was im vorliegenden Zusammenhang allein interessiert, ist die Feststellung, daß das Richterrecht nicht „konservativer“ oder „kapitalistischer“ als das Gesetzesrecht ist. Dabei sollte man nicht vergessen, daß die Vorstellungen der Bevölkerungsmehrheit zu bestimmten Sachfragen ja auch im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren im Grunde nur eine Rahmenbedingung sind⁹⁷ — solange die Richter Wert darauf legen müssen, daß ihre Entscheidungen von den Betroffenen grundsätzlich akzeptiert werden, ist daher die Ausgangssituation des jeweiligen „Gesetzgebers“ durchaus vergleichbar.

4. Ausdehnung des Gesetzesrechts?

Mit der Beschreibung der Funktion, die dem Richterrecht in der bestehenden Gesellschaft zukommt, ist noch nichts darüber ausgesagt, wo die konkrete Grenze zwischen legislativer und judikativer Rechtssetzung verläuft. Wie das Beispiel der Unverfallbarkeit von Rentenanwartschaften zeigt, kann sie sich durchaus ändern; was zunächst über einen Akt richterlicher Rechtsfortbildung in die Wege geleitet wurde⁹⁸, ist 1974 Gegenstand einer relativ präzisen gesetzlichen Regelung geworden, so daß sich weiteres Richterrecht zu diesem konkreten Punkt erübrigte.⁹⁹ Denkbar wäre z. B. auch, das Recht der Arbeitnehmerhaftung gesetzlich zu regeln¹⁰⁰ oder ein Gesetz

über die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Arbeitsleben zu erlassen.¹⁰¹ Weiter kann der Gesetzgeber, wie das Beispiel des § 1 BeschFG zeigt, einzelne Entscheidungen der Rechtsprechung korrigieren, also unter bestimmten Bedingungen eine Befristung auch ohne „sachlichen Grund“ zulassen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß eine solche Auswechslung des „Gesetzgebers“ sehr schnell an Schranken stößt. Anders als Gerichte unterliegen Parlamente keinem formalen Entscheidungszwang und können deshalb bestimmte kontroverse Fragen auf die lange Bank schieben. Um politische Risiken auszuschließen, wird daher die Neigung groß sein, keine oder nur eine scheinbare, mit dilatorischen Formelkompromissen arbeitende Regelung zu treffen. Kommt dann noch eine parteipolitische Konstellation hinzu, die auf bestimmten Gebieten zur Blockierung aller innovatorischen Initiativen führt, bleibt die Problemlösung allemal Sache des Richters. Von daher hat der vom Einigungsvertrag erteilte Kodifikationsauftrag so gut wie keine Realisierungschancen.¹⁰²

96 Zur einseitig arbeitgeberorientierten Rechtsprechung des LAG Schleswig-Holstein siehe Grimberg AiB 1988, 126 ff. Nimmt die soziale Bedeutung einer Seite nicht nur vorübergehend ab, findet dies auch in der Rechtsprechung seinen Niederschlag

97 oben II 2

98 BAG DB 1972, 491

99 §§ 1, 2 BetrAVG

100 Siehe den Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucks. 11/5086

101 Siehe den Gesetzentwurf der SPD-Fraktion, BT-Drucks. 11/3728

102 Dazu Däubler-Peter, Arbeitsrecht, in: Kötter (Hrsg.), Gewerkschaftsjahrbuch 1993, S. 518 ff.

V. Die „herrschende**Meinung“**

Solange keine gefestigte, in mehreren Urteilen höherer Gerichte bestätigte Rechtsprechung zu einem Problem vorliegt, orientiert sich die Praxis meist an den Auffassungen, die von „anerkannten“ Rechtswissenschaftlern in Lehrbüchern, Kommentaren, Monographien und Aufsätzen vertreten werden. So führen Arbeitgeber, Gewerkschaften und Betriebsräte ihre Auseinandersetzungen des öfteren unter Berufung auf rechtswissenschaftliche Lehrmeinungen — gelegentlich in Auftrag gegebene Gutachten haben den Zweck, auf wenig oder nicht erörterten Sachgebieten die eigene Position abzusichern.¹⁰³ Den Arbeitgebern ist es sogar gelungen, auf bestimmten Gebieten durch gezielte Publikationspolitik eine „herrschende Meinung“ zu schaffen.¹⁰⁴

Die von relativ wenigen Personen — Professoren, hohen Richtern, Justitiaren, bekannteren Rechtsanwälten und Ministerialbeamten — erarbeiteten Auslegungsergebnisse haben faktisch die Qualität einer subsidiär eingreifenden Rechtsquelle: Aller Erfahrung nach werden sich die Gerichte bei höchstrichterlich noch nicht geklärten Fragen an der „herrschenden Meinung“ orientieren. So hat es mit zum vorläufigen Scheitern betriebsnaher Tarifpolitik Anfang der 70er Jahre beigetragen, daß diese von der Mehrheit der „renommierten“ Arbeitsrechtswissenschaftler für rechts- und verfassungswidrig erklärt wurde: Das Risiko war unter diesen Umständen sehr hoch, daß die Gewerkschaft zum Schadensersatz verurteilt worden wäre, hätte sie Firmentarife durch Streiks erzwungen. Der Einfluß der „hM“ ist — anders als das Richterrecht — in anderen Ländern nicht in

vergleichbarer Weise vorhanden. Dies zeigt sich schon darin, daß „wissenschaftliche Autoritäten“ anderwärts seltener oder gar nicht in Urteilen erwähnt werden.

Kötz hat vor kurzem ermittelt, daß im (wahllos herausgegriffenen) 95. Band der Amtlichen Sammlung des Bundesgerichtshofs pro Fall 13 Zitate enthalten waren, während sich diese Zahl beim US-Supreme Court auf 7,1 und bei britischen Gerichten auf 1,45 belief.¹⁰⁵ Italienische, französische und spanische Juristen müssen sich damit abfinden, nie in der Rechtsprechung erwähnt zu werden.¹⁰⁶

Die wissenschaftliche Diskussion ist in der Bundesrepublik gerade im Arbeitsrecht meist kein „herrschender Diskurs“. Die Auseinandersetzungsformen sind zum Teil von großer Heftigkeit und sparen auch persönliche Angriffe insbesondere gegen Minderheitsvertreter nicht aus. Bisweilen werden einzelne Autoren bewußt totgeschwiegen oder ausschließlich mit abwertenden Fußnoten bedacht; manche Vertreter der „herrschenden Meinung“ sind sich ihrer Macht so bewußt, daß es gewissermaßen unter ihrer Würde liegt, sich mit abweichenden Positionen auseinanderzusetzen. Erfreulicherweise gibt es insbesondere in den Arbeitsgerichten der unteren Instanzen eine verbreitete Bereitschaft, der hM in der Literatur die Gefolgschaft zu versagen und sich ein eigenes Bild von den Dingen zu machen. Auch hat die hM nicht mehr jene Geschlossenheit wie vor 30 Jahren, als die (konservativen) Lehrbücher von Hueck-Nipperdey und Nikisch die Diskussion beherrschten. Das seit Jahren angekündigte und bislang nur mit dem 1. und 3. Band vorliegende „Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht“ versteht sich zwar — wie im Vorwort deutlich gemacht — als „Nachfolgemodell“, kann jedoch nicht die innere Geschlossenheit der Vorgänger errei-

chen. Auch sind Geschichte und Grundstrukturen des Arbeitsrechts mit einer Oberflächlichkeit behandelt, die einem die Haare zu Berge stehen lassen.¹⁰⁷ Das Handbuch von Schaub¹⁰⁸ ist demgegenüber bewußt stärker an der Rechtsprechung orientiert und beschränkt sich darauf, das dort bereits Angelegte in vorsichtiger Form weiterzudenken. Für die Praxis ist es nicht nur preiswerter sondern auch leichter handhabbar. Angesichts des Fehlens eines konservativen „Flaggschiffs“ kann es durchaus geschehen, daß die hM im Einzelfall auch der Arbeitnehmerinteressen einige Schritte entgegenkommt. Dennoch wäre es wünschenswert, würde sich die wissenschaftliche Arbeit weniger auf die Beeinflussung der Rechtsprechung als auf die Klärung von Grundsatzfragen konzentrieren.¹⁰⁹

VI. EG-Arbeitsrecht

Durch den europäischen Einigungsprozeß ist in Form des Gemeinschaftsrechts eine neue Rechtsquelle entstanden. Nach der Rechtsprechung des

103 Zur juristischen Auftragsforschung allgemein Rita Zimmermann, Die Relevanz der herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, Berlin 1983, S. 49 ff.

104 Prägnantestes Beispiel ist die These, die Mitbestimmung beeinträchtigt die Gegnerunabhängigkeit der Arbeitgeberseite — siehe dazu die zusammenfassende Darstellung bei Däubler, Arbeitsrecht 1, S. 646 ff.

105 Kötz RabelsZ 52 (1988), 657, 656, 651

106 Kötz a. a. O., S. 647, 648

107 §§ 1—8

108 7. Aufl., München 1992

109 Zur Funktion der hM lesenswert Wesel, Kursbuch 56 (1979), S. 88 ff.; ders., Fast alles, was Recht ist. Jura für Nichtjuristen, Frankfurt/Main 1992, S. 28 ff. Siehe weiter Rita Zimmermann (a. a. O., oben Fn. 103); Wahsner KJ 1974, 369 ff.; Däubler, WSI-Mitt. 1985, 64 ff.

BVerfG geht sie dem nationalen Recht vor;¹¹⁰ was im EWG-Vertrag, in Verordnungen und Richtlinien steht, muß daher grundsätzlich auch dann befolgt werden, wenn das nationale Recht Abweichendes bestimmt. Über den Inhalt des Gemeinschaftsrechts entscheidet der Europäische Gerichtshof (EuGH). Um zu verhindern, daß sich ein EG-Recht nach deutscher, französischer, italienischer, spanischer usw. Lesart herausbildet, sind die letztinstanzlichen nationalen Gerichte (in unserem Fall in der Regel das BAG) zur Vorlage an den EuGH verpflichtet, wenn die Entscheidung eines Falles von der Auslegung des Gemeinschaftsrechts abhängt. Gerichte der unteren Instanzen sind nach Art. 177 Abs. 1 EWG-Vertrag zur Vorlage berechtigt, jedoch nicht verpflichtet.¹¹¹ Da die geschriebenen Rechtssätze auf EG-Ebene keineswegs präziser als im nationalen Bereich sind — im Ministerrat ist manchmal ein „Formelkompromiß“ die einzig erreichbare Lösung — hat das Richterrecht eine vergleichbar starke Stellung wie im nationalen Bereich.

Das Arbeitsrecht ist anders als das Wettbewerbs- oder das Verbraucherrecht bislang noch wenig von EG-Normen erfaßt. Warum es eine „nationale Domäne“ geblieben ist, kann hier im einzelnen nicht dargestellt werden.¹¹² In einigen Sektoren ist gleichwohl eine gewisse „Europäisierung“ eingetreten:

— Die in Art. 48 ff. EWG-Vertrag garantierte Freizügigkeit der Arbeitnehmer soll den Ausländer aus einem anderen Mitgliedstaat auf dem Arbeitsmarkt gleichstellen. Dies bedeutet nicht nur freie Einreise und Wegfall der sonst bei Ausländern vorausgesetzten Arbeitserlaubnis, es verlangt auch volle Gleichbehandlung am Arbeitsplatz sowie bei betrieblichen und sonstigen Sozialleistungen.¹¹³

Bisherige Benachteiligungen wie z. B. fehlendes Wahlrecht zu Interessenvertretungen wurden damit beseitigt.¹¹⁴

— Die in Art. 119 EWG-Vertrag garantierte Lohngleichheit von Mann und Frau wird insbesondere durch die Lohngleichheitsrichtlinie vom 10. Februar 1975¹¹⁵ und durch die Gleichbehandlungsrichtlinie vom 9. Februar 1976¹¹⁶ ergänzt. Dies hat Konsequenzen nicht nur für Eingruppierungskataloge, die nicht mehr allein auf das Kriterium „Muskelkraft“ abstellen dürfen.¹¹⁷ Viel weitreichender ist unter den gegebenen Umständen die gleichfalls vom EuGH getroffene Feststellung, daß jede Schlechterstellung von Teilzeitkräften eine mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts sei.¹¹⁸ Zwar besteht die Möglichkeit, den so geschaffenen Zustand mit nichtgeschlechtsbezogenen wichtigen unternehmerischen oder sozialpolitischen Interessen zu rechtfertigen, doch gelingt dies nur selten: So war etwa der Ausschluß von Teilzeitkräften mit weniger als 10 Wochenstunden von der Lohnfortzahlung nicht zu begründen, § 1 Abs. 3 Nr. 2 LFZG wird nicht mehr angewandt.¹¹⁹ Dasselbe gilt, wenn der Aufstieg von den zurückgelegten Dienstzeiten abhängt und das geringere Arbeitszeitvolumen von Teilzeitkräften für das Maß an gesammelter Erfahrung ohne größere Bedeutung ist.¹²⁰ Erhebliche praktische Konsequenzen hat es auch, daß Teilzeitkräfte grundsätzlich nicht aus der betrieblichen Altersversorgung ausgeschlossen werden dürfen¹²¹ und daß insoweit sogar unterschiedliche Altersgrenzen für Männer und Frauen gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen.¹²²

Schließlich hat der EuGH überkommene Grundsätze in Frage gestellt, als er die Nichteinstellung wegen Schwangerschaft als unmittelbare Diskriminierung qualifizierte, die nicht einmal mit einer Zwangslage des Arbeitgebers gerechtfertigt werden kann.¹²³ Nach deutschem Rechtsverständnis ist damit auch die Frage nach der Schwangerschaft unzulässig, da der Arbeitgeber keine Umstände zu kennen braucht, die ihm lediglich die Möglichkeit zur Diskriminierung eröffnen.¹²⁴

110 BVerfGE 73, 339 ff. („Solange II“)

111 Zum Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 177 EWG-Vertrag siehe den Überblick bei Däubler-Kittner-Lörcher (Hrsg.), Internationale Arbeits- und Sozialordnung, Köln 1990, Nr. 490 (2. Aufl. erscheint Ende 1993)

112 Näher Däubler, Politische Ökonomie im Wandel. FS für Klaus Peter Kisker, Marburg 1992, S. 321 ff.

113 Darstellung der Rechtslage einschließlich der Rechtsprechung des EuGH bei Wölker, in: von der Groeben-Thiesing-Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. 1, 4. Aufl., Baden-Baden 1991, Erläuterungen zu Art. 48—51. Die einschlägigen Verordnungen und Richtlinien sind abgedr. bei Däubler-Kittner-Lörcher, a. a. O., unter Nr. 410—419

114 Die Grenzen sind bisweilen zweifelhaft. So hat der EuGH (Informationsbrief Ausländerrecht 1992, 3) ausdrücklich entschieden, daß EG-Ausländer bei den als öffentlich-rechtlichen Zwangskörperschaften organisierten luxemburgischen Arbeitnehmerkammern volles Wahlrecht besitzen müssen, während dieses bei den Sozialwahlen erst nach 6jährigem Aufenthalt in der Bundesrepublik einsetzt

115 ABIEG vom 19. 2. 1975, Nr. I 45/19

116 ABIEG vom 14. 2. 1976, Nr. I 39/40

117 EuGH DB 1986, 1877

118 Vgl. etwa EuGH EuZW 1991, 217

119 EuGH DB 1989, 574; BAG DB 1992, 330

120 EuGH EuZW 1991, 217

121 EuGH DB 1986, 1525; BAG DB 1987, 994

122 EuGH EuZW 1990, 283

123 EuGH DB 1991, 286

124 Konsequenz daher BAG DB 1993, 435

— Auch im Arbeitsschutz hat das Gemeinschaftsrecht eine erhebliche Umgestaltung der nationalen Rechtsordnungen zur Folge. Die sog. Rahmenrichtlinie vom 12. Juni 1989 über Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit¹²⁵ zwingt beispielsweise den deutschen Gesetzgeber, jedem Arbeitnehmer einen Anspruch auf eine Vorsorgeuntersuchung pro Jahr zu gewähren. Auch wird der Arbeitgeber verpflichtet sein, Risikoanalysen zu erstellen und die Arbeitnehmer nicht nur über Gefahren zu informieren, sondern sie auch zu „unterweisen“, d. h. ihnen zu vermitteln, wie sie sich umfassend schützen können.¹²⁶ Eine besondere Richtlinie ist den Problemen der Bildschirmarbeit¹²⁷ und der „manuellen Handhabung von Lasten“¹²⁸ gewidmet — beides Gegenstände, die im deutschen Recht bislang keine selbständige Regelung erfahren haben.¹²⁹

— Wichtig ist weiter die Richtlinie über den Fortbestand von Arbeitnehmerrechten beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Betriebsteilen.¹³⁰ Sie hat dazu geführt, daß § 613 a BGB um die Regelung ergänzt wurde, wonach kollektivvertragliche Rechte mindestens ein Jahr lang nach Betriebsübergang als zwingender Teil der Arbeitsverträge weitergelten müssen. Im Bereich der gleichfalls erfaßten Unternehmensfusion sind allerdings Umsetzungsdefizite festzustellen.¹³¹

Die Rechtsprechung des EuGH hat in jüngster Zeit heftige Kritik seitens des

Arbeitsministeriums¹³² und arbeitgeberorientierter Juristen¹³³ erfahren. Damit sollen die wenigen sozialpolitischen Konsequenzen, die aus dem Gemeinschaftsrecht zu ziehen sind, in Frage gestellt und möglichst wieder rückgängig gemacht werden. Dabei wird nicht nur übersehen, daß eine EG, die den Arbeitnehmern nichts bringen würde, sehr schnell in Legitimationsprobleme geraten müßte.¹³⁴ Vielmehr wird auch ignoriert, daß der EuGH im Namen des Wettbewerbsprinzips Entscheidungen getroffen hat, die aus Arbeitnehmersicht wenig befriedigend sind. So wurde etwa das Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit für gemeinschaftsrechtswidrig erklärt, soweit es sich auch auf Führungskräfte erstreckt.¹³⁵ Gravierender ist, daß der EuGH trotz des Bekenntnisses von Art. 117 Abs. 1 EWG-Vertrag zur Rechtsangleichung „auf dem Wege des Fortschritts“ dem Gemeinschaftsrecht kein Verbot des sozialen Rückschritts entnehmen zu können glaubt; die deutsche Regelung, wonach auf Schiffen im sog. 2. Schiffsregister Seeleute zu Dritt- und Viertbedingungen beschäftigt werden können¹³⁶, sei vom Gemeinschaftsrecht her nicht zu beanstanden.¹³⁷ Aus der Sicht mancher Kritiker mag überdies eine Rolle spielen, daß der eigene Einfluß beim EuGH in Luxemburg gegen Null geht — die hM in der Bundesrepublik ist aus dortiger Perspektive nicht mehr als die Meinungsäußerung einzelner Individuen, denen kein größeres Gewicht als französischen Bauern oder englischen Bergarbeitern zukommt.

VII. Arbeitsvölkerrecht

Anders als die arbeitsrechtlichen EG-Vorschriften, die von der Rechtsprechung nach einigem Zögern „erstgenommen“ und einigermaßen korrekt angewandt werden¹³⁸, werden völker-

rechtliche Abkommen mit arbeitsrechtlichem Inhalt weithin ignoriert. Dies wird weder ihrer großen Zahl noch ihrer inhaltlichen Bedeutung gerecht: Ein beträchtlicher Teil aller im Arbeitsrecht auftauchenden Fragen wie z. B. Koalitions- und Streikrecht, Lohngleichheit von Mann und Frau, Urlaubsrecht usw. hat mittlerweile auch in völkerrechtliche Bestimmungen Eingang gefunden.¹³⁹

Den relativ höchsten Bekanntheitsgrad besitzt die vom Europarat ausgearbeitete Europäische Menschenrechtskonvention¹⁴⁰, die in Art. 11 u. a. das Recht zur Bildung von Gewerkschaften garantiert. Von Bedeutung ist auch die

125 ABIEG vom 29. 6. 1989, Nr. L 183/1

126 Art. 14 Abs. 3, 9 Abs. 1 und 12 der Richtlinie

127 ABIEG vom 21. 6. 1990, Nr. L 156/14

128 ABIEG vom 21. 6. 1990, Nr. L 156/9

129 Überblick über die EG-Regeln im Arbeitsschutz bei Wlotzke NZA 1990, 419 ff.; Kohte, FS Gnade, Köln 1992, S. 675 ff.

130 ABIEG vom 5. 3. 1977, Nr. L 61/26

131 Dazu Däubler, Tarifvertragsrecht, Rn. 565 ff.

132 Interview mit Minister Blüm in: Der Spiegel Heft 49/1992, S. 102

133 Schiefer DB 1993, 38 ff.

134 Dazu Däubler, Sozialstaat EG? Die andere Dimension des Binnenmarktes, Gütersloh 1989, S. 70 ff.

135 EuGH NZA 1991, 447

136 Dazu ArbG Bremen AiB 1991, 282

137 Informationsdienst Europäisches Arbeits- und Sozialrecht (EuroAS) Heft 4/1993, S. 7. Dazu den Kommentar in EuroAS Heft 5/1993, S. 12 ff.

138 Eingehend dazu Däubler, FS 100 Jahre Arbeitsgerichtsverband (erscheint Ende 1993), auch zum folgenden

139 Dokumentation der geltenden Völkerrechtsnormen bei Däubler-Kittner-Lörcher, a. a. O.

140 BGBl. 1952 II, S. 686

Europäische Sozialcharta¹⁴¹, die einen umfassenden Katalog sozialer Grundrechte vom Recht auf Arbeit bis zum Streikrecht enthält. Schon vor über 15 Jahren wurde in der Literatur mit Recht auf die Bedeutung der UN-Menschenrechtsdeklaration von 1948 und den UN-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte hingewiesen¹⁴², der u. a. das wirtschaftliche Selbstbestimmungsrecht der Völker garantiert. Einen ähnlich umfassenden Regelungsbereich besitzen die Abkommen und Empfehlungen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)¹⁴³, die in jüngster Zeit insbesondere im Zusammenhang mit der Einschränkung des Streikrechts durch § 116 AFG¹⁴⁴ und bei den sog. Berufsverboten im öffentlichen Dienst¹⁴⁵ Bedeutung erlangt haben.

Das BAG hat bislang diese Abkommen (fast) nur insoweit herangezogen, als sie das im jeweiligen Fall schon aufgrund des deutschen Rechts gefundene Ergebnis abstützen.¹⁴⁶ Die Tatsache, daß die Abkommen etwa im Bereich des Arbeitskampfrechts¹⁴⁷, der Gewerkschaftsrechte im Betrieb¹⁴⁸ und des Urlaubsrechts¹⁴⁹ erheblich über deutsches Recht hinausgehen, blieb unbeachtet. Dies läßt sich auch nicht etwa damit rechtfertigen, daß diese Abkommen nur den Staat Bundesrepublik nach außen hin binden, jedoch kein innerstaatlich verbindliches Recht darstellen würden.¹⁵⁰ Wie das BVerfG ausdrücklich entschieden hat, sind auch solche Abkommen, die nur „nach außen“ wirken, für die Rechtsanwendung von Bedeutung: Der Richter hat eine völkerrechtskonforme Auslegung zu praktizieren, muß also einer Rechtsnorm den Inhalt geben, der die Bundesrepublik nicht in

völkerrechtliche Schwierigkeiten bringt.¹⁵¹ Überall dort, wo Richterrecht existiert (und wo existiert es nicht?), müssen daher die völkerrechtlichen Normen beachtet werden. Nur eindeutige gesetzliche Regelungen, die dem Richter keinerlei Spielraum lassen, gehen vor. Diese Grundsätze durchzusetzen, wird eine wichtige Zukunftsaufgabe nicht zuletzt des gewerkschaftlichen Rechtsschutzes sein.

VIII. Die Rechtsquellen — ein Dschungel?

Wer als Nichtjurist den vorliegenden Beitrag bis zu diesem Punkt überflogen oder gar gelesen hat, wird vermutlich ein wenig resignieren: Wer kann wissen, wann welche Rechtsquelle was sagt? Wo gibt es den Computer, der uns z. B. alle Aussagen zum Kündigungsschutz zusammenstellt? Letztere gibt es — an allerdings versteckter Stelle — in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵², natürlich im KSchG, in Tarifverträgen, manchmal auch in Betriebsvereinbarungen; dazu kommen (schätzungsweise) ein paar 100 BAG-Entscheidungen. Zu vielen weiteren Fragen gibt es eine hM. Im EG-Recht findet man lediglich ein Kündigungsverbot bei Betriebsübergängen und Fusionen, und das einschlägige ILO-Übereinkommen wurde von der Bundesrepublik nicht ratifiziert.¹⁵³ Dies alles im Kopf zusammenfügen zu wollen, wäre ein reichlich vermessenem Unterfangen. Hat man ein konkretes Problem, benutzt man sinnvollerweise die Kommentare und Lehrbücher als Einstieg. Dort sind — gegliedert nach Problembereichen — die verschiedenen Ebenen jeweils integriert. Lediglich Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sind ihrer Vielfalt wegen in der Regel nicht aufgeführt; insoweit muß man sich mit eigener Lektüre behelfen. Die Wege

durch den Dschungel sind also durchaus gangbar — ihn selbst und seine innere Struktur zu beschreiben, war Sinn des vorliegenden Beitrags.

141 Zustimmungsgesetz vom 19. 9. 1964, BGBl. II, 1261

142 Udo Mayer DuR 1974, 247 ff.

143 Dazu Adamy-Bobke-Lörcher, in: Däubler-Kittner-Lörcher (Hrsg.), a. a. O., Nr. 200; siehe weiter von Potobsky-Bartolomei de la Cruz, La Organización Internacional del Trabajo, Buenos Aires 1990

144 Vgl. etwa Colneric AuR 1986, 12 ff.

145 Vgl. etwa Lörcher PersR 1988, 5 ff.

146 Nachw. bei Däubler (oben Fn. 138)

147 So für Art. 6 Ziff. 4 der Europäischen Sozialcharta etwa Mitscherlich, Das Arbeitskampfrecht der BRD und die Europäische Sozialcharta, Baden-Baden 1977

148 Vgl. das ILO-Übereinkommen Nr. 135, dem bei der Rechtsstellung gewerkschaftlicher Vertrauensleute in keiner Weise Rechnung getragen wird. Zum Diskussionsstand siehe Däubler, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 7. Aufl., Neuwied-Berlin-Kriftel 1992, Rn. 515 ff.

149 Siehe Lörcher, in: Däubler-Kittner-Lörcher, a. a. O., Einl. zu Nr. 235 (ILO-Übereinkommen Nr. 132 über den Jahresurlaub)

150 Die innerstaatliche Verbindlichkeit ist nur bei der EMRK völlig anerkannt.

151 BVerfGE 58, 233, 254; für völkerrechtskonforme Auslegung auch des Verfassungsrechts BVerfG NJW 1987, 2427

152 In der Entscheidung zur sog. Warteschleife (PersR 1991, 165) findet sich die Aussage, aus Art. 12 Abs. 1 GG folge eine Schutzpflicht des Staates gegen ungerechtfertigte Kündigungen. Auch seien direkte staatliche Eingriffe in bestehende Arbeitsverhältnisse am Grundrecht auf freie Wahl des Arbeitsplatzes zu messen

153 Übereinkommen Nr. 158 aus dem Jahr 1982, abgedr. in: Organisation internationale du Travail, Conventions et recommandations internationales du travail, Genf 1985, S. 171 ff.