

---

# Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht

Zweiwochenschrift für die betriebliche Praxis

Schriftleitung: Dr. Klaus Schmidt und Hans Joachim Spiegelhalter,  
Palmengartenstr. 14, 6000 Frankfurt 1

**NZA 24/1988**

20. Dezember · 5. Jahrgang 1988 · Seite 857–896

---

## Aufsätze und Berichte

### Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht

Von Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Der Beitrag setzt sich mit Problemen der Stellung des einzelnen Arbeitnehmers im arbeitsrechtlichen System auseinander. Er untersucht die wechselseitigen Beziehungen zwischen Arbeitnehmern und Koalitionen und richtet sein Augenmerk auf Konfliktfälle und Interessengegensätze zwischen Individuum und Kollektiv.

#### I. Einleitung

##### 1. Die Aufwertung des Individuums

Über Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht zu reden, ist derzeit nicht unbedingt eine Selbstverständlichkeit. Der Zeitgeist verlangt viel eher danach, den Einzelnen in den Mittelpunkt zu stellen und zu fragen, wie er sich gegen die zahlreichen Mächte einer schwer durchschaubaren Umwelt behaupten kann. Eine solche Sicht der Dinge ist nicht allein Modetrends geschuldet. Soziologen bestätigen die Alltagserfahrung, daß wir in einer Zeit der „Enttraditionalisierung“, der Freisetzung des Einzelnen aus überkommenen Ordnungen leben<sup>1</sup>. Ein gewichtiges Indiz ist der Funktionsverlust der (Klein-)Familie, die in steigendem Umfang durch Partnerschaften oder bewußtes Alleinleben abgelöst wird. Das Verschwinden tradierter Wohnformen ist ein weiterer Anhaltspunkt – die „reine Arbeitersiedlung“ gehört der Vergangenheit an. „Die Arbeiterkultur“ ist jedenfalls in der Bundesrepublik nur noch in letzten Spuren auffindbar. Auch die großen politischen Parteien repräsentieren nicht mehr notwendig ein aus der Interessenlage abhängig Beschäftigter abgeleitetes Wertesystem; als Volksparteien wollen sie gleichermaßen für Selbständige wie für Arbeitnehmer, für Katholiken wie für Protestanten wählbar sein. Selbst die Situation am Arbeitsplatz läßt sich immer weniger in ein Schema pressen – Fließband- und taktgebundene Arbeit haben ihre beherrschende Rolle eingebüßt, was sich nicht zuletzt an der wachsenden Zahl der Angestellten zeigt<sup>2</sup>. Ist in der automatisierten Fabrik der Zukunft nicht der selbständig

denkende, vielfältig einsetzbare Mitarbeiter gefragt, der auf seine eigene Sachkunde vertraut<sup>3</sup>? Tragen nicht schon heute die zahlreichen Gleitzeitmodelle den individuellen Präferenzen der Beschäftigten Rechnung? Die Entwicklung geht in Richtung Flexibilisierung – wie eng und weit, arbeitgeber- oder arbeitnehmerorientiert man diesen Begriff auch ausdeuten mag<sup>4</sup>.

##### 2. Das verdrängte Kollektiv

Es überrascht nicht, daß unter solchen Bedingungen „das Kollektiv“ zu einer eher abschreckenden Größe wird. Steht hier nicht schematische Reglementierung zu befürchten, muß man nicht damit rechnen, daß die eigenen Interessen auf der Strecke bleiben, weil sich „irgendwelche Mehrheiten“ durchsetzen? Mißtrauen dieser Art wird insbesondere den Gewerkschaften gegenüber laut – für den einen sind sie Instanzen, die rücksichtslos Gruppeninteressen vertreten, für den anderen eine Art Dinosaurier, der in seiner Schwerfälligkeit die eigentlichen Alltagsprobleme (etwa der Gruppenarbeit von Ingenieuren) nicht aufgreifen oder gar eine Lösung anbieten kann.

Angesichts eines solchen „Vorverständnisses“ fällt es leichter, traditionelle Funktionen der Gewerkschaften wie

---

1) Dazu zusammenfassend U. Beck, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S. 115 ff.

2) Im Jahre 1986 waren 45% aller Arbeitnehmer als Angestellte, 45,5% als Arbeiter und knapp 10% als Beamte tätig (Angaben nach Imiela-Krieger-Löhrlein, Perspektiven gewerkschaftlicher Angestelltenpolitik, in: Kittner (Hrsg.), Gewerkschaftsjahrbuch 1987, 1987, S. 50). In den 30er Jahren dieses Jahrhunderts lag das Verhältnis Arbeiter – Angestellte noch bei 4 zu 1, 1882 bei 21 zu 1 (Angaben nach Falkenberg, Das Arbeitsrecht der Gegenwart, Bd. 7 [1970], S. 67).

3) Dazu insb. Kern-Schumann, Das Ende der Arbeitsteilung?, 1984.

4) Zur Diskussion in der Bundesrepublik s. etwa Oppolzer-Wegener-Zachert (Hrsg.), Flexibilisierung – Deregulierung. Arbeitspolitik in der Wende, 1986; Wolter, Für ein besseres Arbeitsrecht, 1986, S. 30 ff.; Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (Hrsg.), Beschäftigungsoffensive der Arbeitgeber, 27. und 28. 10. 1986 in Berlin, Dokumentation eines Kongresses, 1986. Zu Frankreich s. Centre de Recherche de Droit Social, Université de Lyon III, Flexibilité du droit du travail: Objectif ou réalité, 1986.

die Sicherung angemessener Löhne und Arbeitsbedingungen in Zweifel zu ziehen. Hat nicht das kollektive Arbeitsrecht mit dem Wegfall der überkommenen Klassenstruktur seine Legitimation verloren? Wäre nicht die Rückkehr zum freien Spiel der Kräfte auch auf dem Arbeitsmarkt das beste Mittel, um der Arbeitslosigkeit Herr zu werden? Die neoklassische Theorie verlangt deshalb den Abbau des kollektiven Arbeitsrechts, das – einer Kartellermächtigung nicht unähnlich – angeblich das Spiel von Angebot und Nachfrage verfälscht<sup>6</sup>. Der rechtliche Weg, um dieses Ziel zu erreichen, ist unterschiedlich: Verlangt wird etwa, die zwingende Wirkung von Tarifverträgen abzuschaffen, eine vertragliche Abweichung auch zu Lasten des einzelnen Arbeitnehmers zuzulassen<sup>7</sup>. Auf derselben Linie liegt die Überlegung, aus dem Arbeitnehmer einen „Arbeitsteilhaber“ oder einen Gesellschafter zu machen<sup>8</sup> und so das gesamte Arbeitsrecht – „diesen täglich die Gestalt wechselnden Virus, der den Labors der Gen-Techniker und B-Waffen-Spezialisten entflucht zu sein scheint“<sup>9</sup> – auf einen Schlag loszuwerden. In Großbritannien wird die vollständige Rückkehr zum common law gefordert; sie räume mit der falschen Fiktion auf, daß Arbeitsverhältnisse nicht ausgehandelt würden, daß Nicht-Arbeit (beim Streik) das Arbeitsverhältnis nur suspendiere, daß Arbeitsniederlegungen keine unerlaubten Handlungen seien<sup>10</sup>. Auch in Frankreich lassen sich entsprechende Stimmen finden – mit dem einen Unterschied, daß sogar „störende“ Bestimmungen des code civil in die Forderung nach Deregulierung, nach Beseitigung „starrer“ rechtlicher Regelungen einbezogen werden<sup>11</sup>. Die Empfehlung des deutschen Sachverständigenrats, befristete Arbeitsverhältnisse ohne das Erfordernis des „sachlichen Grundes“ zuzulassen<sup>12</sup> und die „Sozialplanlasten“ zu reduzieren<sup>13</sup>, nimmt sich im Vergleich dazu geradezu bescheiden aus. Ist das kollektive Arbeitsrecht ein Todeskandidat, dessen Krankheit in Großbritannien, Frankreich und Spanien nur besonders weit fortgeschritten ist? Gründe genug, um sich des Verhältnisses zwischen Individuum und Kollektiv im Arbeitsrecht erneut anzunehmen – auch wenn der Weimarer „Kollektivismus“, die große Errungenschaft der ersten deutschen Republik, derzeit mehr die italienische als die deutsche Rechtswissenschaft beschäftigt<sup>14</sup>.

## II. Die unvollständigen Fragestellungen

Das Verhältnis von Individuum und Kollektiv wird im Arbeitsrecht üblicherweise in drei Zusammenhängen diskutiert.

– Die erste Frage betrifft die Situation des Einzelnen vor dem potentiellen Beitritt zu einer Koalition. Nach Überwindung der frühliberalen Koalitionsverbote<sup>15</sup> konzentriert sich die Aufmerksamkeit darauf, wie die Freiwilligkeit, sich für oder gegen die Gewerkschaft zu entscheiden, geschützt werden kann – die negative Koalitionsfreiheit, das „Fernbleiberecht“ erfährt hierbei besondere Betonung.

– Die zweite Frage betrifft den Kern des „Kollektivismus“, die Regelung von Löhnen und Arbeitsbedingungen mit Hilfe des Kollektivvertrags. Wie ist diese Art „privater Rechtsetzung“ in das überkommene Rechtssystem zu integrieren? Welchen Regeln unterliegt das gemeinsame Handeln, das unerläßliche Voraussetzung für derartige Festschreibungen ist? Streikrecht und (in der Bundesrepublik) Mitbestimmungsbefugnisse sind hier die entscheidenden Stichworte.

– Die dritte Frage stellt sich erst auf der Grundlage eines durchgesetzten Kollektivismus. Kann durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung (um die deutsche Terminologie zu wählen) in Individualrechte eingegriffen werden? Können z. B. der Meinungsfreiheit Schranken gezogen oder arbeitsvertragliche Ansprüche auf Sozialleistungen gekürzt werden? Eine positive Antwort zu geben bedeutet, die „kollektiven Mächte“ in ihrer Ver-

handlungsposition zu stärken, ihnen einen „umfassenden Interessenausgleich“ zu ermöglichen, wie er für neokorporatistische Systeme charakteristisch ist.

Alle drei Problemkreise reservieren den Begriff des „Kollektiven“ auf von den Arbeitnehmern geschaffene Organisationen und die von ihnen ausgehenden Aktionsformen. Der Arbeitsprozeß selbst, die vielfältige Arbeitsteiligkeit innerhalb eines Betriebes, aber auch weit darüber hinaus bis hin zu den multinationalen Konzernen<sup>16</sup> kommt dabei nicht in den Blick: Daß die Arbeit im Regelfall nicht mehr der des Handwerkers entspricht, ist ebenso bekannt wie für die arbeitsrechtliche Diskussion folgenlos. Man weigert sich beharrlich, diese Art „kollektiver Zwänge“ zur Kenntnis zu nehmen – eine Begriffsverengung, die das Wort „Kollektiv“ auf egalitäre, um nicht zu sagen: gleichmacherische Zusammenschlüsse von Personen beschränkt, nach Funktionen differenzierte Arbeitszusammenhänge aber nicht einbezieht. Die Folgen sind absehbar: Selbst extreme Formen der Arbeitsteilung, die dem Einzelnen nur noch eine Art Zahnradexistenz belassen, werden als selbstverständlich vorausgesetzt und sind so gegenüber jeder Art von Kritik immun. Die Gewerkschaft steht demgegenüber im grellen Licht einer kritischen Öffentlichkeit; sie erscheint als systemfremde Ausnahme, als Mißtrauen verdienende Großmacht, deren Flügel im Namen der Freiheit zu stützen sind. Ihre Legitimation bezieht sie nur noch aus der Unterlegenheit des Arbeitnehmers bei der Einstellung; die Tauschbedingungen sollen – soweit nötig – auf ein angemessenes Niveau angehoben werden.

5) So ausdrücklich *Reuter*, in: Festschr. f. Hilger und Stumpf, 1983, S. 577, 579.

6) Im Arbeitsrecht der Bundesrepublik insb. repräsentiert durch den sog. Kronberger Kreis, einem privaten Zusammenschluß von neoliberalen Ökonomen und Juristen. Wichtig der von diesem herausgegebene Band: Mehr Markt im Arbeitsrecht, 1986.

7) So etwa *Adomeit*, Das Arbeitsrecht und unsere wirtschaftliche Zukunft, 1985, S. 13 ff., 19 ff.; *Möschel*, ZRP 1988, 48 ff.

8) So etwa *Adomeit*, Arbeitgeber 1985, 76 ff. Entsprechende Fragen stellen auch *Beuthien*, Das Arbeitsverhältnis im Wandel, in: *ders.* (Hrsg.), Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber? Die Zukunft des Arbeitsrechts in der Wirtschaftsordnung, 1987, S. 28. Im Zusammenhang mit der Mitbestimmungsdiskussion wurden ähnliche Positionen bereits Anfang der 70er Jahre für den Fall einer paritätischen Besetzung der Aufsichtsräte vertreten – Überblick und Kritik bei *Udo Mayer*, Paritätische Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis, 1976, S. 43 ff.

9) So in bewußt polemischer Überspitzung *Ehmann*, Personalführung 1988, 1.

10) *Mather*, in: Industrial Relations research unit, University of Warwick, The Future of Labour Law: Two Views, Warwick Paper in industrial Relations, Nr. 14, 1987, p. 8.

11) Hinweis bei *Jeammaud-Le Friant*, Flexibilisierungsstrategien und Arbeitsrecht in Frankreich in: *Oppolzer* u. a. (o. Fußn. 4), S. 131.

12) Jahresgutachten 1987/88 des Sachverständigenrats zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, BT-Dr 11/1317, S. 190.

13) Jahresgutachten 1987/88 (o. Fußn. 12), S. 192 ff.

14) Grundlegend *Sinzheimer*, Der korporative Arbeitsnormenvertrag, 1907/1908; *ders.*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, gesammelte Aufsätze und Reden, 2 Bände, 1976. Zur Rezeption in Italien s. insb. *Arrigo e Vardaro* (a cura di), *E. Fraenkel, O. Kahn-Freund, K. Korsch, F. Neumann, H. Sinzheimer*. Laboratorio Weimar. Conflitti e diritto del lavoro nella Germania nazista, 1981; *Fraenkel*, Democrazia collettiva, Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni industriali (= DLRI) no. 8 (1980), p. 601 ff.; *Renner*, La costituzione del lavoro della rivoluzione, DLRI n. 32 (1986), p. 743 ff.; *Lotmar*, I contratti di tariffa tra datori e prestatori di lavoro, DLRI n. 22 (1984), p. 313 ff.; *Sinzheimer*, La democratizzazione del rapporto di lavoro, DLRI n. 2 (1979), p. 219 ff.; *Vardaro*, Crisi istituzionale e teoria della Stato in Germania dopo la Prima Guerra mondiale, Annali dell'Istituto storico italo-germanico, Quaderno 24, Bologna 1987. S. weiter *Balandi e Sciarra* (a cura di), Il pluralismo e il diritto del lavoro. Studi su *Otto Kahn-Freund*, Introduzione di Gino Giugni, 1982.

15) Dazu auf rechtsvergleichender Grundlage *Jacobs*, in: *Hepple* (ed.), The Making of Labour Law in Europe. A Comparative Study of Nine Countries up to 1945, 1986, p. 193–241.

16) Vgl. *Klebe-Roth* (Hrsg.), Informationen ohne Grenzen, Computernetze und internationale Arbeitsteilung, 1987.

Konsequenterweise wird sie mehr oder weniger überflüssig, wenn – aus welchen Gründen auch immer – der Arbeitsmarkt keiner Korrektur mehr bedarf.

Versteht man Arbeitnehmerorganisationen statt dessen als „Gegenmacht“, als Instanz, die die Interessen der Beschäftigten auch in bezug auf die Bedingungen vertritt, unter denen die Arbeitskraft verausgabt wird, so ändert sich die Perspektive: Die Koalitionsfreiheit zu schützen, bedeutet dann nicht mehr, potentielle Machtvorsprünge zu schaffen, sondern dem Einzelnen die Möglichkeit zu geben, gemeinsam mit anderen über seine „Einbindung“ in den Arbeits- und Produktionsprozeß mitzuentcheiden. Das „Kollektiv“ stellt die auf individueller Ebene verlorengegangene Privatautonomie wieder her<sup>17</sup> – wobei dies gleichermaßen für die Gewerkschaften wie für davon getrennte Betriebsräte gilt. Der Abschluß von Kollektivverträgen erscheint nicht mehr als Reglementierung von oben sondern als ein Stück Mitbestimmung; nur bei der Verfügung über Individualrechte sind Zweifel angebracht, ob dem Einzelnen nicht ein fragwürdiges Opfer abverlangt wird.

Im folgenden sollen die drei Problemkomplexe von der hier skizzierten Position aus abgehandelt werden; dabei wird insbesondere zu fragen sein, inwieweit die in den letzten Jahren sich verstärkende „Reindividualisierung“ unserer Rechtskultur (berechtigte oder unberechtigte) Auswirkungen auf die Lösung von Einzelfragen besitzt. Was bedeutet es, wenn „neue Selbständige“, aber auch Teilzeitkräfte, befristete Beschäftigte und Leiharbeiter im Arbeitsleben weithin auf sich allein gestellt sind?

### III. Das Recht zum Beitritt und das Recht, sich zu verweigern

#### 1. Die gesplaltene Koalitionsfreiheit

Die Bildung von Gewerkschaften ist in allen west- und südeuropäischen Ländern heute erlaubt; meist findet sie auch ausdrückliche verfassungsrechtliche Absicherung. Die frühliberalen Koalitionsverbote, wie sie sich etwa an der Loi Le Chapelier sowie an der englischen conspiracy-Doktrin festmachen, sind ebenso überwunden wie der Gedanke faschistischer Zwangssyndikate. Die Koalitionsfreiheit wird nirgends und von niemandem mehr in Frage gestellt.

Zwischen einem Prinzip und seiner Realisierung können freilich Welten liegen. Dabei ist weniger an jene nicht übermäßig zahlreichen Fälle zu denken, in denen offen gegen geltendes Recht verstoßen, etwa die Einstellung vom Austritt aus der Gewerkschaft abhängig gemacht wird<sup>18</sup>. Viel wichtiger sind rechtliche Regelungen und faktische Entwicklungen, die die tatsächliche Inanspruchnahme der Koalitionsfreiheit erschweren, die dem Beitrittswilligen Hindernisse bereiten und dem „Eigenständigen“, dem „Einzelkämpfer“ (um positive Begriffe zu gebrauchen) Vorteile gewähren. Vier Punkte bedürfen im Hinblick auf das deutsche Recht der Hervorhebung.

a) Das Recht, sich keiner Gewerkschaft anzuschließen, die sogenannte negative Koalitionsfreiheit, ist nach der Rechtsprechung des BVerfG in gleicher Weise wie die Koalitionsfreiheit als solche geschützt<sup>19</sup>. Niemand darf daher gezwungen werden, sich einer Organisation anzuschließen. Von „Zwang“ ist dabei sehr früh die Rede; nicht nur eine rechtliche Verpflichtung wie etwa beim englischen union shop<sup>20</sup> sondern schon die Androhung von Nachteilen durch ein Betriebsratsmitglied reicht aus<sup>21</sup>. Auch darf die gewerkschaftliche Werbung und Information keine „unsachlichen Angriffe“ auf Nichtorganisierte enthalten<sup>22</sup>; selbst Aussagen, die unter der Schwelle

der Beleidigung bleiben, sind so jedenfalls im Betrieb untersagt und können vom Arbeitgeber verhindert werden. Daß ein „closed shop“ unter diesen Umständen nicht erlaubt sein kann, bedarf keiner näheren Begründung<sup>23</sup>.

b) Der Schutz des Organisationsunwilligen setzt sich im Tarifvertragsrecht fort. Die Tarifparteien dürfen Leistungen nicht auf Organisierte beschränken und „Außenseiter“ davon ausschließen. Eine solche Differenzierungsklausel wird als unzulässiger Eingriff in die negative Koalitionsfreiheit gewertet. Dies gilt beispielsweise für ein zusätzliches Urlaubsgeld, und zwar auch dann, wenn dessen Höhe hinter dem jährlichen Gewerkschaftsbeitrag zurückbleibt<sup>24</sup>. Dies führt zu der bemerkenswerten Konsequenz, daß die Ausübung der positiven Koalitionsfreiheit zwar in Form des Gewerkschaftsbeitrags mit einem wirtschaftlichen Opfer erkaufte werden muß (in der Regel 1% des Monatseinkommens), daß die Ausübung der negativen Koalitionsfreiheit jedoch nicht durch ein entgehendes Urlaubsgeld „belastet“ werden darf<sup>25</sup>. In neuester Zeit wurde diese Rechtsprechung im Zusammenhang mit Vorruhestandsverträgen bekräftigt. Tarifverträge hatten vorgesehen, daß der Arbeitgeber pro Jahr mit höchstens 2% der Belegschaft entsprechende Verträge abschließen mußte und hatten dabei allein die Gewerkschaftsmitglieder einbezogen. Die Rechtsprechung lehnte diesen „Sondervorteil“ als Verstoß gegen die negative Koalitionsfreiheit ab<sup>26</sup>; auch Nichtorganisierte dürften nicht erst bei freiwilliger Überschreitung der Quote durch den Arbeitgeber eine Chance haben. Dies mag im Ergebnis eher befriedigen als das Urteil zur Differenzierungsklausel. Gleichwohl bleibt ein Unbehagen, wenn man bedenkt, daß Tarifverträge nach § 3 I TVG von vornherein nur Gewerkschaftsmitglieder berechtigen: Der aus eigenem Antrieb handelnde Arbeitgeber hat es so unstreitig in der Hand, den Außenseibern tarifliche Rechte vorzuenthalten, sie etwa unter Tarif zu entlohnen oder vom Vorruhestand auszuschließen, während den Tarifparteien als solchen eine entsprechende Gestaltung nicht erlaubt ist.

c) Innerhalb der Gewerkschaft werden die zentrifugalen Kräfte gestärkt. Nach der Rechtsprechung des BGH ist es einer Minderheit erlaubt, eine eigene Liste zu den Betriebsratswahlen einzureichen, die mit der offiziellen, nach innergewerkschaftlichen Regeln aufgestellten konkurriert. Ein Ausschluß aus der Gewerkschaft ist nicht allein deshalb, sondern nur dann möglich, wenn darüber hinaus die Politik der Organisation angegriffen wird<sup>27</sup>. Eine Sat-

17) So in der deutschen Diskussion insb. *Gast*, Das Arbeitsrecht als Vertragsrecht, 1984; *ders.*, BB 1986, 1515; *Richardi*, ZfA 1974, 10.

18) S. aber einen entsprechenden in BAG, NZA 1988, 64 = Betr 1987, 2313, entschiedenen Fall. Weitere Beispiele bei *Zachert*, Betriebliche Mitbestimmung. Eine problemorientierte Einführung, 1979, S. 59f.

19) BVerfGE 50, 290 (367).

20) Zu seinem Inhalt und seiner prinzipiellen Unvereinbarkeit mit Art. 11 MRK s. *EGMR*, EuGRZ 1981, 559 = NJW 1982, 2717.

21) Nachweise bei *Däubler*, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 5. Aufl., (1987), Rdnrn. 461 ff.

22) BAG, AP Art. 9 GG Nr. 10. Für ein Verbot unsachlicher Angriffe auch BAG, Betr 1978, 894.

23) Für Illegalität deshalb *Hueck-Nipperdey*, Lehrb. d. ArbR, 7. Aufl., Bd. II/1, 1967, S. 163; *Nikisch*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 2, 2. Aufl., (1959) S. 37; *Hanau-Adomeit*, 8. Aufl., 1986, C I 4e; *Söllner*, Grundriß des ArbR, 9. Aufl., 1987, S. 62; *Däubler*, ArbR I, 8. Aufl., 1986, S. 186 f.

24) BAG (GS), AP Art. 9 GG Nr. 13, bestätigt durch BAG, Betr 1978, 1647.

25) Dazu *Däubler*, in: *Däubler-Mayer-Maly*, Negative Koalitionsfreiheit? 1971, S. 38 ff.; *Hagemeyer-Kempen-Zachert-Zilius*, TVG 1984, § 3 Rdnr. 98 ff.

26) BAG, NZA 1987, 233 (357) = Betr 1987, 487 (492). Dazu *Zachert* NZA 1988, 185 (189).

27) BGHZ 71, 126.

zungsbestimmung, die die Einreichung einer einheitlichen Liste vorschreibt, ist daher von vornherein eine Vorschrift minderer Qualität – man kann sie übertreten, ohne rechtliche Sanktionen befürchten zu müssen<sup>28</sup>. Anders wird allerdings bei Streikbruch entschieden, doch prüfen die Gerichte in diesem Fall nach, ob der Streikbeschluß satzungsgemäß zustandegekommen war<sup>29</sup>. Darüber hinaus werden keine Anforderungen an die innergewerkschaftliche Struktur gestellt; daß sie demokratischen Prinzipien entsprechen muß, wird zwar in der Literatur anerkannt<sup>30</sup>, ist jedoch von der Rechtsprechung bislang nicht aufgegriffen worden<sup>31</sup>. Der Minderheitenschutz besitzt von daher selektiven Charakter: Er greift nur dann ein, wenn es um das wichtige Feld der Betriebsratswahlen geht und eine Mindestverankerung im Betrieb vorhanden ist.

d) Am meisten Gewicht kommt allerdings der Tatsache zu, daß die tatsächlichen Voraussetzungen für einen Gewerkschaftsbeitritt als „vorjuristisch“ ausgeblendet bleiben. Es stellt kein „Rechtsproblem“ dar, wenn die Arbeitssituation den Einzelnen von seinen Kollegen isoliert oder wenn Arbeiten an Kleinunternehmer und in Heimarbeit vergeben werden. Erst recht spielt es keine Rolle, wenn sich befristet Beschäftigte in zusätzlicher Abhängigkeit vom Arbeitgeber befinden und deshalb keinen Gewerkschaftsbeitritt ins Auge fassen, oder wenn Teilzeitkräfte mit flexibler Arbeitszeit nur wenig Kontakte zu den übrigen Belegschaftsmitgliedern entwickeln und so gleichfalls abseits stehen<sup>32</sup>. Die Gleichgültigkeit gegenüber derartigen Phänomenen ist umso erstaunlicher, als die Effektivität von Grundrechten zu einem wesentlichen Interpretationsprinzip in der Rechtsprechung des *BVerfG* geworden ist<sup>33</sup>: Durch organisatorische und verfahrensmäßige Vorkehrungen sei sicherzustellen, daß Grundrechte auch in der Realität „greifen“, daß sie tatsächlich wahrgenommen werden können<sup>34</sup>. Dies gilt etwa für die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG<sup>35</sup>, die nur gewahrt ist, wenn beispielsweise die Möglichkeit zum Erlaß einstweiliger Verfügungen besteht<sup>36</sup> und wenn der Bürger nicht mit einem unzumutbaren Kostenrisiko belastet wird<sup>37</sup>.

Auch bei zahlreichen anderen Grundrechten – vom Recht auf Leben<sup>38</sup> über das Eigentum<sup>39</sup> bis zum Asylrecht<sup>40</sup> – wird entsprechend verfahren und der Verfassungstext durch ein „Umsetzungsinstrumentarium“ ergänzt. Nur die positive Koalitionsfreiheit nach Art. 9 III GG stellt sich insoweit wie ein weißer Fleck dar – was nicht besagen soll, daß jede neue faktische Erschwerung des Gewerkschaftsbeitritts bereits verfassungsrechtlich bedenklich wäre und rechtliche Kompensationen etwa in Form eines geringeren Schutzes der negativen Koalitionsfreiheit auslösen müßte. Zu kritisieren ist lediglich, daß diese Dimension bisher so gut wie gar nicht angesprochen wurde.

Was folgt aus diesen Strukturen für die Gegenwart? Ein weiterer „Individualisierungsschub“ ist – abgesehen von einer Konkretisierung des Demokratieprinzips in Organisationen – schwer vorstellbar, sieht sich doch das koalitionsunwillige Individuum einem umfassenden Schutz ausgesetzt. Noch einen Schritt weiterzugehen und beispielsweise der Gewerkschaft das Recht abzusprechen, rückständige Beiträge der Mitglieder einzuklagen<sup>41</sup>, würde das Grundprinzip der Koalitionsfreiheit selbst in Frage stellen. Die Situation ist insoweit anders als in Großbritannien; der dortige closed shop paßt in der Tat nur wenig in die von manchen begrüßte „neue Zeit“<sup>42</sup>.

## 2. Die große Ausnahme: Betriebliche Interessenvertretung

Betrachtungen über positive und negative Koalitionsfreiheit pflegen meist an dieser Stelle abzubrechen. Übersehen wird dabei, daß in unserer Arbeitsverfassung sehr

wohl ein Stück Zwangsrepräsentation existiert – zwar nicht generell und auf allen Ebenen der Interessenvertretung, aber doch in der wichtigen Sphäre des Betriebs. Der deutsche Betriebsrat vertritt automatisch die gesamte Belegschaft; die von ihm abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen gestalten die Arbeitsverhältnisse aller Arbeitnehmer des Betriebs. Der Einzelne mag sich davon distanzieren, wie sehr er auch immer will, durch Wahlenthaltung, Protestaktionen, Appelle an den Arbeitgeber – dies hilft ihm alles nicht. Selbst eine Berufung auf die Gewissensfreiheit bringt ihn nicht weiter. Die gewerkschaftspolitische Neutralität des Betriebsrats nach § 75 I BetrVG mag diese Lösung erleichtern, sollte jedoch nicht überschätzt werden: In der Praxis sind rund 80% der Betriebsratsmitglieder gewerkschaftlich organisiert<sup>43</sup>, im Bewußtsein vieler Arbeitnehmer ist der Betriebsrat eine Art betriebliche Abteilung der Gewerkschaft. Für seine Wahl reicht die Initiative relativ weniger Beschäftigter aus<sup>44</sup>; auch eine „organisationsunwillige“ Mehrheit muß daher einen Repräsentanten hinnehmen, den sie vielleicht überhaupt nicht schätzt – Konsequenz eines Systems, das auf der betrieblichen Ebene mit einem Mal den ganzen Außenseiterschutz vergißt.

Wenn ich recht sehe, ist dieser Zustand keine deutsche Besonderheit. Das französische Comité d'entreprise spricht für die ganze Belegschaft<sup>45</sup>; dasselbe läßt sich für den italienischen consiglio di fabbrica sagen<sup>46</sup>. Auch Spanien macht hier keine Ausnahme. Nach Art. 63 I des Arbeitnehmerstatuts ist das comité de empresa Vertretungsorgan der gesamten Belegschaft<sup>47</sup>. Art. 87 I des Statuts gibt zusätzlich das Recht zum Abschluß von Kollektivverträgen mit Wirkung für alle Belegschaftsangehörigen. Das US-amerikanische System ist unter diesem Blickwinkel von den kontinentaleuropäischen Ordnungen weniger weit entfernt als dies gemeinhin angenommen wird: Die innerhalb der „bargaining unit“ die Mehrheit gewinnende Gewerkschaft hat dort das Recht, für

28) Insoweit ist die „koalitionsfeindliche“ Vorschrift des § 152 II GewO a. F. immer noch nicht ganz überwunden, der jedem Mitglied ein Recht zum sofortigen Austritt gewährte und den Ansprüchen zwischen Organisation und einzeltem Mitglied (Beitrag) die Einklagbarkeit versagte. RGZ 111, 199 erklärte 1925 den § 152 II GewO für nicht mehr anwendbar, da er gegen die Koalitionsgarantie des Art. 159 WRV verstöße.

29) BGH, NJW 1978, 990.

30) Dazu insb. Popp, Öffentliche Aufgaben der Gewerkschaften und innerverbandliche Willensbildung, 1975, S. 107 ff.; Hagemeyer-Kempen-Zahert-Zilius (o. Fußn. 25), § 2 Rdnr. 10.

31) BVerfGE 4, 96 (106 f.); 18, 18 (28), ständige Rechtsprechung zum Koalitionsbegriff.

32) Die „Gewerkschaftsferne“ der atypischen Beschäftigten ist unbestritten.

33) Überblick bei Hesse, EuGRZ 1978, 434 ff.

34) Zu einem vergleichbaren Interpretationsansatz in Italien s. Ghezzi-Romagnoli, Il rapporto di lavoro, seconda edizione, 1987, Rdnr. 26.

35) BVerfGE 35, 263 (274); 40, 272 (275); ständige Rechtsprechung.

36) BVerfGE 37, 150 (153).

37) Überblick bei Wassermann, in: AK-GG, 1984, Art. 19 IV Rdnrn. 48–50.

38) BVerfGE 53, 30 (65 ff.); 49, 403.

39) BVerfGE 37, 132.

40) BVerfGE 56, 216 (238 ff.).

41) Dies wäre eine partielle Rückkehr zu § 152 II GewO a. F. Dazu oben Fußn. 28.

42) Dazu Wedderburn, The Worker and the Law, 3<sup>rd</sup> edition, 1986, p. 30 ff., 286 f..

43) S. etwa die Ergebnisse der Betriebsratswahlen 1972 und (fast identisch) 1984 in: AuR 1973, 114 und AuR 1985, 92.

44) Nach § 17 II BetrVG können 3 Arbeitnehmer oder eine im Betrieb vertretene Gewerkschaft zu einer Betriebsversammlung einladen, die einen Wahlvorstand wählt. Eine Mindestzahl von Arbeitnehmern für diese Betriebsversammlung ist nicht vorgeschrieben.

45) Dazu und zu den délégués du personnel Camerlynck-Lyon-Caen-Pélissier, Droit du travail, 13<sup>ed.</sup>, 1986, p. 655 ss.

46) Dazu Giugni, Diritto Sindacale, 1984, p. 43 ff.

47) Dazu auf rechtsvergleichender Grundlage Ojeda Avilès, Derecho sindical, tercera edición, 1986, p. 226 ff.

alle erfaßten Arbeitnehmer zu sprechen und Kollektivverträge abzuschließen<sup>48</sup>.

Wie kommt es zu diesem evidenten Wertungswiderspruch? Der Hinweis auf eine Jahrzehnte alte Tradition reicht für sich allein als Erklärung nicht aus. Man muß vermuten, daß insbesondere ein Arbeitgeberinteresse an erweiterter Repräsentativität auf betrieblicher Ebene existiert. Dafür spricht die Tatsache, daß eine Vielzahl von Interessenvertretungen die Verhandlungsprozesse komplizieren und Unruhe in den Betrieb bringen könnte. Auch das „Abseits-Stehen“ einer Reihe von Mitarbeitern könnte vermeidbare Koordinationsprobleme bringen. Gleichzeitig ist durch den betrieblichen Charakter der Interessenvertretung sichergestellt, daß sich die „Gegenmacht“ in Grenzen hält: Da die Mitglieder allesamt betriebsangehörige Arbeitnehmer sind, bleibt trotz allen Kündigungsschutzes eine gewisse Abhängigkeit vom Arbeitgeber bestehen<sup>49</sup>. Im deutschen Recht kommt die Bindung an das Betriebswohl, die Verpflichtung auf eine vertrauensvolle Zusammenarbeit mit dem Arbeitgeber und das Arbeitskampfverbot hinzu<sup>50</sup>. Wollte man ein „universelles Mandat“ auch der Gewerkschaft zusprechen, wären die Konsequenzen andere. Die Einbeziehung der Organisationsunwilligen hätte zumindest eine ganz erhebliche Vergrößerung des Beitragsaufkommens zur Folge, was den Aktionsradius vergrößern würde. Dies kann schwerlich im Arbeitgeberinteresse liegen. Für die Gewerkschaften ist der Status quo gleichwohl akzeptabel, weil er faktisch ihre Basis in den Betrieben verbreitert.

Die Sonderstellung der betrieblichen Sphäre hat im deutschen Recht nur wenig Problematisierung erfahren<sup>51</sup>. Versuche, einen Minderheitenschutz im Wahlverfahren wie in der Besetzung von Ausschüssen des Betriebsrats zu installieren<sup>52</sup>, sind gleichermaßen auf den Widerspruch der Gewerkschaften wie der Arbeitgeber gestoßen<sup>53</sup>. Bemerkenswert ist dabei weniger der gewerkschaftliche Widerstand, der sich auf die Befürchtung überflüssiger „Grabenkämpfe“ im Betriebsrat stützt und der insbesondere darauf verweist, auf der Gegenseite, d. h. in der Gesellschafterversammlung und gegebenenfalls im Aufsichtsrat, werde gleichfalls dem Gedanken der Einheitlichkeit des Handelns Vorrang vor dem Minderheitenschutz eingeräumt. Politisch gewichtiger ist die Opposition der Arbeitgeberverbände, die im Sinne des oben skizzierten einen funktionsfähigen und verlässlichen Gesprächspartner wollen<sup>54</sup>.

#### IV. Die Garantie kollektiver Handlungsformen

Kollektives Handeln zur Verbesserung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerät häufig mit den Normen des allgemeinen Zivilrechts in Konflikt. In der Bundesrepublik wie in vergleichbaren anderen Ländern müssen letztere zurücktreten – allerdings in einem Umfang, der sich im Laufe der Zeit gewandelt hat und der auch für die Zukunft keineswegs feststeht.

##### 1. Die bisherigen Grundsätze

Die Vorbereitung und Durchführung von Verhandlungen ist gegen die unmittelbaren wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers, bisweilen auch gegen seine umfassend verstandene Autorität gerichtet. Arbeitsvertragliche Pflichten bedürfen insoweit der Korrektur; „Treue“ und Rücksichtnahme auf Arbeitgeberinteressen<sup>55</sup> müssen ihre Grenze am Recht zur Wahrung eigener Interessen finden. Mit Recht hat *Giugni* darauf hingewiesen, daß keine dauerhafte Koexistenz zwischen einem kooperativen Vertragsrecht und einem auf der Existenz von Konflikten aufbauenden kollektiven Arbeitsrecht möglich ist<sup>56</sup>. Trotz

der Verfassungsgarantie des Tarifsystems hat sich das deutsche Recht nicht für einen Vorrang der konfliktorischen Auseinandersetzung entschieden; zwar wurde die „Treuepflicht“ in der jüngsten Vergangenheit erheblich reduziert<sup>57</sup>, doch sind dem einzelnen Arbeitnehmer auch in Tarifrunden keine „unsachlichen Angriffe“ auf den Arbeitgeber erlaubt<sup>58</sup>.

Tarifverträge, die die Gewerkschaft mit der Arbeitgeberseite abschließt, und Betriebsvereinbarungen, die zwischen Betriebsrat und Geschäftsleitung zustandekommen, schreiben einen einheitlichen Mindeststandard fest. Im Arbeitsvertrag kann nur zugunsten, nicht jedoch zu Lasten der Arbeitnehmer von diesen Regelungen abgewichen werden. Dieses sog. Günstigkeitsprinzip ist das Einfallstor für jede Art von vertraglicher Sonderregelung, gewissermaßen die arbeitsrechtliche Verkörperung des Individualismus. Von der Wirkung her entsprechen die Kollektivverträge einem staatlichen Schutzgesetz. Die Fremdheit einer solchen „privaten Rechtsetzung“ für das zivilrechtliche Denken hat zahlreiche Erklärungsversuche provoziert, denen jedoch kaum praktische Bedeutung zukommt<sup>59</sup>. Dank der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 4 I TVG und in § 77 IV 1 BetrVG bestehen über den Grundsatz der Unabdingbarkeit als solchen im Ergebnis keine Meinungsverschiedenheiten.

Der Streik suspendiert die Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis<sup>60</sup>. Dasselbe gilt nach der Rechtsprechung für eine legale Aussperrung durch den Arbeitgeber<sup>61</sup>. Das BAG hat dies ursprünglich aus dem kollektiven Wesen des Arbeitskampfes abgeleitet<sup>62</sup>; nach heutigem Verständnis müßte von einer notwendigen Funktionsbedingung des verfassungsrechtlich gewährleisteten Streikrechts die Rede sein. Auch hier ist man sich über das Ergebnis einig; der *EuGH* hat mit Recht entschieden, daß der Wegfall des Lohnes für die Streikzeit einem allgemeinen Rechtsgrundsatz der EG-Mitgliedsstaaten entspricht<sup>63</sup>.

Auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats lassen sich nicht bruchlos in das überkommene Vertragssystem einfügen. Übergeht der Arbeitgeber den Betriebsrat, so

48) Zu neueren Entwicklungen s. *Lecher*, WSI-Mitt. 1986, 430 ff.; *Rosenberg*, WSI-Mitt. 1986, 439 ff.

49) Mit diesem Argument rechtfertigt BAG, AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Nr. 142 die gerichtliche Billigkeitskontrolle gegenüber Betriebsvereinbarungen.

50) Überblick und Kritik bei *Däubler*, ArbR I (o. Fußn. 23), S. 349 ff.

51) S. *Richardi*, Kollektivgewalt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses, 1968, S. 277 ff.

52) BT-Dr 10/3384 und nunmehr BT-Dr. 11/2503. Dazu *Wolfgang Schneider* AiB 1988, 164.

53) *Hanau*, Die juristische Problematik des Entwurfs eines Gesetzes zur Verstärkung der Minderheitenrechte in den Betrieben und Verwaltungen, 1986, S. 7 ff.; *Richardi*, AuR 1986, 33 ff.; *Däubler*, AiB 1986, 99 ff. Die Kritik der Arbeitgeberseite wurde insb. auf dem 1986 vom Bundestagsausschuß der Arbeit und Sozialordnung veranstalteten Hearing deutlich.

54) Näher zu Veränderungen in der Struktur der betrieblichen Interessenvertretung *Däubler*, Travail et Emploi, 1988, 66.

55) Zur Kritik der traditionellen Konzeption des auf beiderseitiger „Treue“ aufbauenden personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnisses s. zuletzt *Kempff*, Grundrechte im Arbeitsverhältnis, 1988.

56) *Giugni*, Il diritto del lavoro degli anni '80, DLRI 15 (1982) p. 384.

57) Wegweisend BAG (GS), AP § 102 BetrVG 1972 – Weiterbeschäftigung – Nr. 7 (unter C I 2b).

58) BAG, AP Art. 9 GG Nr. 10. Für ein Verbot unsachlicher Angriffe auch BAG, Betr 1978, 894.

59) Vgl. etwa *Hinz*, Tarifhoheit und Verfassungsrecht. Eine Untersuchung über die tarifvertragliche Vereinbarungsgewalt, 1971.

60) Näher *Colneric*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfr, 2. Aufl., 1987, Rdrrn. 547 ff. m. w. Nachw.

61) *Wolter*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfr (o. Fußn. 60), Rdrrn. 1051 ff.

62) BAG, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 1.

63) *EuGH*, AuR 1976, 220.

sind die von ihm einseitig angeordneten Maßnahmen für die Beschäftigten ohne rechtliche Verbindlichkeit<sup>64</sup>. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitsvertrag an sich eine entsprechende Weisung zulassen würde. Selbst durch einvernehmliche Änderung von Arbeitsverträgen kann das Mitbestimmungsrecht nicht umgangen werden; der Betriebsrat behält etwa seine Rechte aus § 87 I Nr. 2 BetrVG auch dann, wenn der Arbeitgeber mit allen Mitgliedern einer Abteilung die Vorverlegung der Arbeit von 8 Uhr auf 7 Uhr abspricht<sup>65</sup>. Eine gewisse Ausnahme ergibt sich lediglich dann, wenn ein Bewerber ohne die nach § 99 BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats eingestellt wird: Der vereinbarte Arbeitsvertrag ist gültig, doch ist die effektive Arbeitsaufnahme nur unter den besonderen Bedingungen des § 100 BetrVG möglich<sup>66</sup>.

## 2. Die rudimentäre Ausbildung einer kollektiven Ordnung

So unbestritten die beschriebenen vier Grundprinzipien sind, so unklar ist ihre genaue Tragweite. Meinungsverschiedenheiten bestehen einmal hinsichtlich des sachlichen Gegenstandsbereichs. Was durch Tarifvertrag regelbar ist, worauf sich also Verhandlungen und Streiks beziehen dürfen, wird unterschiedlich eingeschätzt<sup>67</sup>. Fest steht, daß Arbeitsniederlegungen von der Rechtsprechung nur dann als rechtmäßig behandelt werden, wenn sie – selbstredend nach Ablauf der Friedenspflicht – einen neuen Tarifvertrag zum Ziel haben<sup>68</sup>. Insoweit besteht noch immer ein drastischer Unterschied etwa zum französischen, italienischen oder spanischen Recht<sup>69</sup>. Auch der Umfang der Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bietet verschiedentlich Anlaß zu Kontroversen<sup>70</sup>, obwohl sie der vergleichsweise präzisen gesetzlichen Regelung wegen bei weitem nicht dasselbe Ausmaß wie im Arbeitskämpfrecht annehmen. Die Rechtsprechung praktiziert insbes. im Bereich neuer Technologien eine eher weite Interpretation<sup>71</sup> und kompensiert so mittelbar das fehlende Streikrecht.

Nicht weniger wichtig als diese Außenschranken des kollektiven Handlungssystems ist seine innere Ausgestaltung. Hier hat man es versäumt, mehr als ein sehr grobes Gerüst zu zimmern. Lücken werden – als wäre es die selbstverständlichste Sache der Welt – nicht selten durch einen Rückgriff auf allgemeines Zivilrecht geschlossen. Dies sei an zwei Beispielen verdeutlicht:

Im Arbeitskampf kommt es häufig zu Abmachungen und Erklärungen, die sich schwer in die Normen des BGB einpassen lassen. Die Aussperrung wird beispielsweise der betrieblichen Streikleitung gegenüber erklärt, die gewählt, aber auch von der Gewerkschaft eingesetzt sein kann<sup>72</sup>. Ist ein solches Gremium tauglicher Adressat einer Erklärung, die eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen suspendiert? Kann auf diesem Wege den Arbeitnehmern ein Angebot zur Änderung ihrer Verträge gemacht werden? Wie sind Abmachungen zu qualifizieren, in denen der Umfang der Notstands- und Erhaltungsarbeiten geregelt wird? Die Lösungsvorschläge folgen keinem einheitlichen Muster: Während man Erklärungen an die Streikleitung den BGB-Regeln über den Zugang und die Bevollmächtigung unterstellt<sup>73</sup>, wird die Notdienstvereinbarung als Kollektivvertrag sui generis qualifiziert, dessen rechtliche Behandlung noch reichlich ungesichert ist<sup>74</sup>. Verstößt ein Streik gegen die Friedenspflicht oder eine andere Rechtmäßigkeitsvoraussetzung, so ist das „kollektive Wesen“ mit einem Mal vergessen. Die organisierende Gewerkschaft wie der einzelne Arbeitnehmer haften in vollem Umfang auf Schadensersatz; das aus § 823 I BGB abgeleitete Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird in gleicher Weise als verletzt angesehen, wie wenn es sich um eine bösartige Herabsetzung der Produkte durch einen Konkurrenten oder um die Unterbrechung der Stromzufuhr durch einen Saboteur handeln würde<sup>75</sup>. Dies führt dazu, daß der Einzelne unter Umständen für einen Millionenschaden haftet<sup>76</sup>. Daß dies ein äußerst fragwürdiges Ergebnis ist, wird zwar bisweilen erkannt, regelmäßig jedoch

mit „zurechtgebogenen“ zivilrechtlichen Mitteln wie Verbotsirrtum und ähnlichem bewältigt<sup>77</sup>. Der sehr viel näherliegende Gedanke, eine eigenständige Haftungsordnung zu entwickeln, die u. a. unterschiedliche Haftungsmaßstäbe und unterschiedliche Haftungsrisiken für die Gewerkschaft und für den Einzelnen enthalten könnte<sup>78</sup>, wird kaum erwogen.

Das kollektive Arbeitsrecht ist noch immer – so muß man schlußfolgern – „Ausnahme“; wo es keine Aussage trifft oder wo der Einzelne gar die vorgezeichneten Bahnen verläßt, greift die „Regel“, d. h. das allgemeine Zivilrecht wieder ein. Der „Kollektivismus“ bleibt so in gewisser Weise an der Oberfläche – eine dünne Schicht von der Arbeiterbewegung erkämpften Rechts, die das darunter liegende liberale Gestein nur mühsam verdecken kann.

## 3. Eigenständige Arbeitsrechtsordnung oder Rückkehr zum BGB?

a) *Die Bedeutung des Problems.* Der prekäre, ungesicherte Zustand des kollektiven Arbeitsrechts erleichtert seinen möglichen Abbau. Es reicht im Grunde aus, dem Tarifvertrag seine zwingende Wirkung zu nehmen<sup>79</sup>, um das ganze Gebäude aus Verhandlungsprozeduren, Tarifrecht und Arbeitskampf zum Einsturz zu bringen. Was hätte ein Streik um einen jederzeit abdingbaren Tarifvertrag für einen Sinn? Wer wollte dafür ein Opfer bringen? In der Literatur ist mit Recht darauf hingewiesen worden, daß eine solche Aushöhlung der Tarifautonomie gegen die Koalitionsgarantie des Art. 9 III GG verstoßen würde<sup>80</sup>; die sehr starke Verrechtlichung des deutschen Systems industrieller Beziehungen wirkt hier als Barriere gegen den Rückfall in einen Marktindividualismus<sup>81</sup>. Ob dasselbe auch gegenüber den Versuchen gelten würde, das Arbeits-

64) So die Rechtsprechung und die weit überwiegende Meinung in der Literatur. Nachweise bei *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither*, BetrVG, 15. Aufl. (1987), § 87 Rdnr. 23; *Hess-Schlochauer-Glaubitz*, BetrVG, 3. Aufl. (1986), § 87 Rdnr. 74.

65) Nachweise bei *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither* (o. Fußn. 64), § 87 Rdnr. 19.

66) BAG, Betr 1981, 272.

67) Dazu etwa *Däubler*, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Aufl. (1976), S. 300 ff., 325 ff.; *Jahnke*, Tarifautonomie und Mitbestimmung, 1984, S. 74 ff.; *Rungealdier*, Kollektivvertragliche Mitbestimmung bei Arbeitsorganisation und Rationalisierung, 1983, S. 261 ff.; *Wiedemann*, RdA 1986, 231 ff.

68) BAG, AuR 1986, 220.

69) In der Praxis können sich die Unterschiede verwischen, wenn die Beschäftigten aus Angst um den Verlust des Arbeitsplatzes, aus Rücksicht auf das Arbeitgeberunternehmen oder wegen der Fremdheit des Phänomens „Streik“ auf jede Arbeitsniederlegung verzichten. In einer solchen Situation vermögen die rechtlich verfestigten Mitbestimmungsrechte des deutschen Systems sogar einen stärkeren Schutz zu geben als eine umfassende Garantie des Streikrechts.

70) S. etwa die Sozialplanpflichtigkeit von Betriebsaufspaltungen. Dazu *Hüper*, Der Betrieb im Unternehmerzugriff, 1986, S. 257 ff.; *Blank-Blanke* u. a., Arbeitnehmerschutz bei Betriebsaufspaltung und Unternehmenssteilung, 2. Aufl. (1987), S. 115 ff. m. w. Nachw.

71) Überblick bei *Däubler*, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 1987, S. 175 ff. Kritisch *Ehmann*, ZfA 1986, 357 ff.

72) Dazu *Wolter*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskämpfe (o. Fußn. 60), Rdnrn. 250 ff.

73) Dazu *Colneric*, in: *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskämpfe (o. Fußn. 60), Rdnr. 564; krit. *Wolter* (o. Fußn. 72), Rdnr. 978 m. w. Nachw.

74) Dazu etwa *Oetker*, 1984, S. 68 m. w. Nachw.

75) BAG, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 32, 33.

76) Überblick bei *Däubler*, ArbR I, S. 284 ff. m. w. Nachw.

77) BAG, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 58; BAG, NZA 1984, 34.

78) So etwa das schwedische Recht. S. *Folke Schmidt*, Law and Industrial Relations in Sweden, 1977, p. 212 ff.

79) Zu den entsprechenden Forderungen s. o. Fußn. 7.

80) *Herschel*, AuR 1981, 266; *Wiedemann*, in: *Beuthien* (Hrsg.), Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber?, S. 157; *Däubler*, ArbR I, S. 107.

81) Zur völlig andersartigen Situation in Großbritannien s. *Wedderburn*, Labour Law: From here to autonomy? ILJ 16 (1987) p. 1 ff.

verhältnis in ein Gesellschaftsverhältnis umzudefinieren<sup>82</sup>, wird man bezweifeln können. Erst recht fehlt ein derartiges „Abwehrbollwerk“ in all jenen Ländern, die keine geschriebene Verfassung oder keine ausgebaute Verfassungsgerichtsbarkeit besitzen. Hier stellt sich mit aller Schärfe die Frage, ob es nicht eine schlimme Unterlassungssünde war, auf die Ausbildung eines eigenständigen arbeitsrechtlichen Systems zu verzichten. Wäre das Arbeitsrecht eine selbständige, gleiche Distanz zum öffentlichen wie zum bürgerlichen Recht wahrende Materie, so würden seine allgemeinen Grundsätze (und nicht die des BGB, des code civil usw.) Anwendung finden, wenn einzelne Vorschriften oder von der Rechtsprechung entwickelte Normen aufgehoben würden. Auch wäre es ausgeschlossen, durch mehr oder weniger formalistischen Rückgriff auf Zivilrecht arbeitsrechtliche Schutznormen zu entwerten, wie dies in Frankreich<sup>83</sup> und in Großbritannien<sup>84</sup> geschah. Was kann uns heute davon abhalten, das Versäumte nachzuholen und einen kleinen juristischen Beitrag zur Erhaltung bewährter Strukturen zu leisten?

b) *Anerkannte arbeitsrechtliche Besonderheiten*. Auch außerhalb der beschriebenen kollektiven Ordnungen besitzt das Arbeitsrecht schon heute zahlreiche Spezifika. Schon die elementare Tatsache, daß die Arbeitsergebnisse dem Arbeitgeber zustehen, läßt sich nicht mit der Verarbeitungsvorschrift des § 950 BGB begründen<sup>85</sup>. Im Arbeitsvertragsrecht wird nur noch selten auf die Regeln des Allgemeinen Teils und des Allgemeinen Schuldrechts zurückgegriffen<sup>86</sup>: Bei Gesetzesverstößen und Willensmängeln entsteht contra legem ein faktisches Arbeitsverhältnis, das nur mit Wirkung für die Zukunft aufgelöst werden kann<sup>87</sup>, die Ermächtigung zum Abschluß eines Arbeitsvertrags erstreckt sich über § 113 BGB hinaus auch auf den Gewerkschaftsbeitritt<sup>88</sup>, bei Nichtigkeit eines Teils des Arbeitsvertrags bleibt der Rest entgegen § 139 BGB gültig<sup>89</sup>. Mit der Lehre vom Betriebs- und Wirtschaftsrisiko wird ohne Rücksicht auf §§ 323, 615 BGB ein neues Stück Leistungsstörungenrecht geschaffen<sup>90</sup>, die Regeln über die Arbeitnehmerhaftung sind als eigenständige Ordnung anerkannt<sup>91</sup>. Dem Arbeitgeber soll zwar mit Rücksicht auf § 855 BGB der unmittelbare Besitz an den Arbeitsräumen zustehen<sup>92</sup>, doch hat das *BVerfG* die Inspektionsrechte der Gewerbeaufsicht nur mit der Begründung gebilligt, dem Betrieb komme ein weniger privater Charakter als einer durch Art. 13 GG geschützten Wohnung zu<sup>93</sup>. Der Arbeitnehmer kann sich dem Arbeitgeber gegenüber auf die in der Verfassung garantierten Grundrechte berufen<sup>94</sup>, was im Verhältnis zwischen anderen Bürgern jedenfalls nicht in gleichem Umfang möglich ist.

Die Liste der Besonderheiten ließe sich verlängern. Dies bedeutet freilich nicht, daß im Einzelfall nicht doch auf Vorschriften anderer Rechtsgebiete zurückgegriffen werden könnte, soweit sie sich in die arbeitsrechtlichen Strukturen einfügen. Sich den Arbeitsergebnissen anderer Disziplinen zu verschließen, ihre Erfahrungen und Lösungsvorschläge nicht zur Kenntnis zu nehmen, wäre eine sinnlose Form des Isolationismus, die niemand ernsthaft vertreten kann<sup>95</sup>. Schon die bisherige Praxis läuft allerdings darauf hinaus, den Blick nicht nur auf das Zivilrecht zu richten (und beispielsweise die Lehre von den aus Treu und Glauben folgenden Nebenpflichten zu übernehmen<sup>96</sup>), sondern auch das öffentliche Recht einzubeziehen. So läßt sich etwa die Tatsache, daß eine erfolgreiche Anfechtung der Betriebsratswahl nur für die Zukunft wirkt<sup>97</sup>, am ehesten mit einer Parallele zu dem entsprechenden Problem bei politischen Wahlen erklären. Und die „objektive Auslegung“ von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen<sup>98</sup> ist dem richterlichen Umgang mit

Gesetzen und Satzungen entnommen. Schließlich ist die allenthalben verwendete Figur des Übermaßverbots<sup>99</sup> für das Bürger-Staat-Verhältnis entwickelt worden<sup>100</sup>.

c) *Gründe für die Anerkennung eines eigenständigen Rechtsgebiets*. Genügt dies alles, um schon heute ein eigenständiges, nach spezifischen Prinzipien strukturiertes Teilgebiet der Rechtsordnung anzunehmen? Man könnte versucht sein, die Frage schon deshalb positiv zu beantworten, weil die große Zahl der Abweichungen vom BGB (und bisweilen auch von allgemeinen verwaltungsrechtlichen Grundsätzen<sup>101</sup>) einen qualitativen Umschlag bewirkt habe; aus der die Anbindung an das BGB rechtfertigenden Regel sei eine Ausnahme geworden. Der schwierige Weg einer Zählung und Gewichtung von Abweichungen (Ist das „faktische Arbeitsverhältnis“ wichtiger als die Beibehaltung der §§ 145ff. BGB für das Zustandekommen des Arbeitsvertrags?) muß freilich nicht beschritten werden. Auch der zu erwartende Zuwachs an Rechtssicherheit, der durch die Bereinigung der heutigen „Gemengelage“ entstehen könnte<sup>102</sup>, ist nicht von entscheidender Bedeutung. Vielmehr lassen sich gewichtigere Gesichtspunkte anführen.

Das geltende Arbeitsrecht verfolgt zum einen andere Zwecke als das Zivilrecht. Es nimmt Emanzipationsinteressen der Arbeiterbewegung auf, indem es Minimalbedingungen für den Austausch Arbeitskraft gegen Lohn aufstellt. Es entfaltet insoweit Schutzfunktion. Sie ist jedoch nicht sein einziger Zweck. Daneben existieren Normen, die die Machtentfaltung der Gewerkschaften in Grenzen halten, die insbesondere jedes „Systemrisiko“ ausschließen wollen. Dies läßt sich am Beispiel des Verbots der sponta-

82) Dazu o. Fußn. 8. Krit. allerdings Lieb, in: *Beuthien* (Hrsg.), *Arbeitnehmer oder Arbeitsteilhaber?* S. 44ff.; *Scholz*, *Aufgaben der Koalitionen in einer sich fortentwickelnden Unternehmensrechtsordnung*, aaO., S. 165.

83) Dazu G. *Lyon-Caen*, *Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail*, revue trimestrielle de droit civil 1974, 229ff.

84) *Wedderburn* (o. Fußn. 81), p. 13ff.

85) Übersicht über den Diskussionsstand bei *Däubler*, *ArbR* II, 4. Aufl., 1986, S. 93f. Zu den Auseinandersetzungen in der Weimarer Zeit s. *Sinzheimer*, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie* I, S. 423ff.

86) Dazu *Gamillscheg*, *AcP* 176 (1976), 197ff.

87) Dazu etwa *Söllner*, *Grundriß des ArbR*, S. 17; *Zöllner*, *ArbR*, S. 125ff.

88) *Scholz*, in: *Maunz-Dürig-Herzog-Scholz*, *GG*, Stand: 1987, Art. 9 Rdnr. 177 m. w. Nachw.

89) *BAG*, AP § 139 BGB Nr. 2. Einzelheiten bei *Däubler*, *ArbR* II, S. 126.

90) *BAG*, AP § 615 BGB – Betriebsrisiko – Nrn. 2, 14.

91) So im Grundsatz auch *BVerfGE* 34, 118 (131). Näher dazu *Däubler*, *NJW* 1986, 867ff.

92) Die Frage ist insb. im Zusammenhang mit Betriebsbesetzungen bedeutsam geworden. Dazu *Dertleider*, *BB* 1987, 818; *Loritz*, *Betr* 1987, 223.

93) *BVerfGE* 32, 54 S. 2.

94) Dazu zuletzt *Kempff*, *Grundrechte im Arbeitsverhältnis* (o. Fußn. 55).

95) Vgl. *Richardi*, *ZfA* 1974, 21 („Reichtum an gefestigten Rechtsgedanken“), der daraus jedoch zu weitreichende Konsequenzen im Sinne einer Integration von Arbeitsrecht und Zivilrecht zieht. Zurückhaltender insoweit G. *Lyon-Caen* (o. Fußn. 83), S. 230f.

96) *BAG* (GS), AP § 102 BetrVG 1972 – Weiterbeschäftigung – Nr. 7.

97) *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither* (o. Fußn. 64), § 19 Rdnr. 36 m. w. Nachw.

98) Für Tarifverträge s. etwa *BAG*, *Betr* 1985, 130; für Betriebsvereinbarungen *BAG*, AP § 52 BetrVG 1952 Nr. 3.

99) S. etwa *Blomeyer*, in: *Festschr. 25 Jahre BAG*, 1979, S. 17ff.; *BAG*, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 64 (zum Arbeitskampfrecht).

100) Weitere Übernahmen aus dem öffentlichen Recht bei *Gamillscheg*, *AcP* 176 (1976), 199.

101) So pflegt etwa die Gewerbeaufsicht den Betriebsrat oder die Gewerkschaft auch dann anzuhören, wenn hierfür keine ausdrückliche Rechtsgrundlage besteht.

102) Damit könnte m. E. dem *Petition Blomeyers* (NZA 1988, Beil. 1) wenigstens teilweise Rechnung getragen werden. Einen Verlust an Rechtssicherheit befürchten demgegenüber *Trinkner-Wolfer*, *BB* 1986, 5.

nen Arbeitsniederlegung, aber auch an der Bindung des Betriebsrats an Belegschaftsinteressen und Betriebswohl<sup>103</sup> oder an der Festlegung der Tarifparteien auf die „sinnvolle Ordnung und Befriedung des Arbeitslebens“<sup>104</sup> exemplifizieren. Beide Zwecke lassen sich nicht in traditionelles Zivilrecht integrieren, dessen Steuerungsfunktion sich darauf beschränkt, allgemeine Bedingungen für das Verhalten auf dem Markt aufzustellen.

Zum zweiten knüpft nur ein Teil arbeitsrechtlicher Normen an der Figur des abstrakten Warenbesitzers an. Während etwa auf der einen Seite die formalen Regeln über Einstellung und Entlassung insoweit noch strukturelle Übereinstimmungen besitzen, ist dies im Arbeitsschutzrecht nicht mehr der Fall. Ihm geht es nicht darum, ein abstraktes Individuum vor Gesundheitsbeeinträchtigungen zu bewahren. Maßgebendes Schutzobjekt ist vielmehr die Gesundheit des einzelnen, konkreten Menschen in seiner betrieblichen Arbeitssituation. Dies hat Konsequenzen für die Struktur der Rechtsnormen: Während sich das traditionelle Zivilrecht auf generelle und abstrakte Normen beschränken konnte, da nur sehr wenige „Merkmale“ wie volle Geschäftsfähigkeit, Fehlen von Willensmängeln usw. zu berücksichtigen waren, ist dies im Arbeitsschutzrecht anders: Die Gesundheitsgefahren im Chemieunternehmen sind offenkundig andere als in der Metallverarbeitung oder im Dienstleistungsbereich. Notwendig ist daher eine Dezentralisierung der Normsetzung, die bis zu betriebs- und abteilungsbezogenen Verhaltensregeln reichen kann. Daneben bedeutet das Anknüpfen am konkreten Menschen auch ein Stück „Kollektivierung“: Da er im Betrieb nicht als isolierter Warenbesitzer existiert, sondern in arbeitsteiligen Zusammenhängen steht, ist eine Veränderung seiner Situation nur durch gemeinsames Handeln möglich<sup>105</sup>. Diese neue Rechtsform läßt sich nicht mit den marktbezogenen Kategorien des Zivilrechts, insbes. der Rechtsgeschäftslehre bewältigen; die Schwierigkeiten, betriebsverfassungsrechtlich relevante Tatbestände wie die Betriebsänderung juristisch exakt zu erfassen, vermögen dies zu unterstreichen.

Zum dritten hat sich auch das Grundgesetz für ein eigenständiges Arbeitsrecht entschieden. Die unterschiedlichen Gesetzgebungskompetenzen in Art. 74 Nr. 1 GG für das „bürgerliche Recht“ und in Art. 74 Nr. 12 GG für „das Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung“ sprechen dafür, desgleichen die in Art. 95 I GG enthaltene Garantie einer selbständigen Arbeitsgerichtsbarkeit<sup>106</sup>. Das BVerfG hat daraus schon früh die Konsequenz gezogen und von einem „selbständigen und eigenständigen Rechtsgebiet (gesprochen), das neben dem bürgerlichen Recht steht“<sup>107</sup>. Selbst das Dienstvertragsrecht des BGB sei weitgehend „ausgeschlossen und modifiziert“<sup>108</sup>; das Arbeitsrecht sei aus dem Privatrecht „ganz herausgelöst“ und ein „besonderes Rechtsgebiet eigener Art“ geworden<sup>109</sup>.

Auch der Gesetzgeber hat sich an scheinbar versteckter Stelle diese Sicht zu eigen gemacht; § 3 II BBiG bestimmt, daß auf den Berufsausbildungsvertrag grundsätzlich „die für den Arbeitsvertrag geltenden Rechtsvorschriften und Rechtsgrundsätze“ (Hervorhebung vom Verf.) anzuwenden seien. Warum sollte nicht auch die Rechtswissenschaft daraus endlich Konsequenzen ziehen?<sup>110</sup>

## V. Zurücktreten individueller Rechte gegenüber Kollektivverträgen?

Die bislang beschriebenen kollektiven Handlungsmöglichkeiten waren aus Arbeitnehmersicht im Grunde unproblematisch. Ein Mindeststandard läßt viele, bisweilen

alle Möglichkeiten offen, um der jeweiligen Sondersituation Rechnung zu tragen. Ein wirklicher Konflikt „Individuum – Kollektiv“ tritt erst dann auf, wenn die gemeinsam handelnden Kollektivvertragsparteien über Rechte des Einzelnen verfügen oder ihm zusätzliche Pflichten auferlegen können. Ist hier nicht die Grenze des Erträglichen überschritten, das Individuum unter eine Art sozialer Vormundschaft gestellt, die abzuschütteln nicht mehr als recht und billig wäre? Zeigt die Eigenständigkeit des Arbeitsrechts hier nicht ihre Kehrseite, die Einbindung des Individuums in zusätzliche, von ihm nicht effektiv zu beeinflussende Ordnungen<sup>111</sup>? Das deutsche Arbeitsrecht handelt diese Problematik unter den Stichworten der Grundrechtsbindung und des Vorrangs einzelvertraglicher Rechte ab.

### 1. Bindung an Arbeitnehmergrundrechte

Nach ständiger Rechtsprechung des BAG sind die Grundrechte der betroffenen Arbeitnehmer auch von den Parteien eines Tarifvertrags und einer Betriebsvereinbarung zu beachten<sup>112</sup>. Bei uneinschränkbareren Rechten wie dem Gleichberechtigungsprinzip des Art. 3 II GG ist dies von großer praktischer Bedeutung; so wurden etwa in den 50er Jahren die tariflichen „Lohnabschlagsklauseln“ zu Lasten von Frauen für unwirksam erklärt<sup>113</sup>. Bei einschränkbareren Grundrechten wie der Berufsfreiheit, der Meinungsfreiheit oder dem Fernsprechgeheimnis ist die Situation weniger eindeutig. Eingriffe, die dem Gesetzgeber nach der Verfassung möglich wären, sind mutatis mutandis auch den Tarifparteien gestattet. So können etwa Nebentätigkeiten – und damit die Wahl eines Zweitberufs – erheblich eingeschränkt werden<sup>114</sup>, und grundsätzlich kann ein Tarifvertrag auch die Loyalitätspflicht gegenüber

103) § 21 BetrVG.

104) Vgl. die Formulierung in BVerfGE 18, 18 (27) und BVerfGE 50, 290 (371); von „sinnvoller Ordnung des Arbeitslebens“ sprechen BVerfGE 4, 96 (107) und BVerfGE 50, 290 (367).

105) Vgl. Sinzheimer, Das Weltbild des bürgerlichen Rechts, 1932, erneut abgedruckt in: ders., Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 2, S. 313ff. Ähnlich Ghezzi-Romagnoli, S. 1.

106) Auf den Zusammenhang zwischen der Existenz eines besonderen Gerichtszweigs und der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts verweist nachhaltig Wedderburn, ILJ 16, (1987), 16ff.

107) BVerfGE 7, 342 LS 2.

108) BVerfGE 7, 342, 350.

109) BVerfGE 7, 342, 350 (351). Die Entscheidung wurde zuletzt bestätigt durch BVerfG, NZA 1988, 355 = Betr 1988, 709 (unter C I 2).

110) Gamillscheg (AcP 176 [1976], 199) verweist auf die unterschiedliche Sorge vieler Autoren, „hier könnte eine Stütze unserer freiheitlich-liberalen Ordnung in Gefahr geraten“. In manchen Ländern ist man da gelassener und hat keine Probleme mit der Anerkennung eines Sonderrechts. S. etwa für die Schweiz Reh binder, Schweizerisches ArbR, 8. Aufl. (1986), S. 15; für Österreich Mayer-Maly, Österreichisches ArbR I, 1987, S. 12f.; für Frankreich s. neben dem Aufsatz G. Lyon-Caen (o. Fußn. 83) Collin-Dhoquois u. a., Le droit capitaliste du travail, 1980, p. 21. Von der Eigenständigkeit des Arbeitsrechts geht auch Krotoschin, Instituciones de derecho del trabajo, 2ª edición, 1968, p. 5 aus. Giugni, Diritto del Lavoro, DLRI n. 1 (1979), p. 40/41 verweist auf die Möglichkeit, den Gegensatz von Arbeitsrecht und Zivilrecht zu überwinden, wenn letzteres sich parallel zum Arbeitsrecht wandle. Die Frage scheint am kontroversesten in Großbritannien zu sein. Dazu insb. Wedderburn (o. Fußn. 106) und Mather (o. Fußn. 10).

111) Vgl. Richardi, ZfA 1974, 13, der vor der (im Faschismus entwickelten) Konzeption der „konkreten Ordnung der Betriebsgemeinschaft“ warnt, die die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen überlagere, wenn nicht erdrücke.

112) BAG, AP Art. 3 GG Nrn. 4, 6, 7 (Tarifvertrag); BAG, AP Art. 3 GG – Nr. 28 (Betriebsvereinbarung). Ob auch die Arbeitgebergrundrechte zu beachten sind, ist umstritten, wird aber von der herrschenden Meinung bejaht. S. dazu jedoch Berg-Wendeling-Schröder-Wolter, RdA 1980, 309.

113) BAG, AP Art. 3 GG Nr. 4.

114) BAG, AP Art. 12 GG Nr. 6; BAG, Betr 1971, 581; 1977, 544.

dem Arbeitgeber erweitern<sup>115</sup>. Äußerst prekär ist die Stellung des Arbeitnehmers, wenn es um die Erfassung seiner Telefondaten geht. Nach der neuesten Rechtsprechung des BAG ist insoweit nur die dem Fernsprechgeheimnis nach Art. 10 GG zugrunde liegende „Wertentscheidung“ zu beachten; der Einzelne muß daher ggf. auch solche Maßnahmen hinnehmen, die im Verhältnis Bürger-Staat nicht zulässig wären, wie etwa die automatische Aufzeichnung von Beginn und Ende eines vom Arbeitsplatz aus geführten Telefongesprächs, von angerufener Nummer usw.<sup>116</sup>. Hier wäre ein konsequenterer Persönlichkeitsschutz gegenüber dem Arbeitgeber angemessen; ihm sollten nur dann Eingriffe in die Freiheitssphäre des Arbeitnehmers gestattet sein, wenn sie im Interesse höherrangiger Rechtsgüter unabdingbar sind<sup>117</sup>. Immerhin ist der Grundansatz der richtige – der Betrieb soll keine Zone verdünnter Freiheit sein.

## 2. Respektierung vertraglicher Rechte?

Sehr viel mehr Kontroversen hat in den vergangenen Jahren die Frage provoziert, ob durch Kollektivvertrag, insbes. durch Betriebsvereinbarung arbeitsvertragliche Rechte eingeschränkt oder beseitigt werden können. Während des Wirtschaftsaufschwungs hatten Arbeitgeber häufig ihren Belegschaften Sozialleistungen zugesagt, die vom verbilligten Kantinenessen bis zur betrieblichen Altersversorgung reichten. In der Regel benutzten sie dabei einseitig erlassene „Richtlinien“, „Gratifikationsordnungen“ usw., auf die in den Arbeitsverträgen ausdrücklich oder stillschweigend Bezug genommen wurde. Anfang der 80er Jahre ergab sich nun das Problem, diese arbeitsvertraglichen Rechtspositionen auf möglichst einfache Weise zu reduzieren, sie an eine verschlechterte wirtschaftliche Situation anzupassen. Nach der ursprünglichen BAG-Rechtsprechung war die Betriebsvereinbarung das geeignete Mittel: Mit ihr konnten „einheitsvertragliche Ordnungen“ zu Lasten der Arbeitnehmer verändert werden, wobei lediglich „Individualabmachungen“, die effektiv ausgehandelt waren oder die den Besonderheiten des Einzelfalles Rechnung tragen sollten, ausgenommen bleiben<sup>118</sup>.

Die Begründung war eher formelhaft. Das BAG stützte sich zunächst auf ein nicht näher begründetes „Ordnungsprinzip“, wonach die durch Einheitsvertrag begründete kollektive Ordnung durch eine neue, mittels Betriebsvereinbarung festgelegte ersetzt werden sollte<sup>119</sup>. Später legte das Gericht das sog. Ablösungsprinzip zugrunde, das denselben Effekt herbeiführte und das im wesentlichen mit Praktikabilitätsabwägungen gerechtfertigt wurde<sup>120</sup>.

Aufgrund einer sehr umfangreichen Debatte in der Literatur<sup>121</sup> hat der Große Senat des BAG im September 1986 die bisherige Rechtsprechung verändert. Arbeitsvertragliche Ansprüche können auch dann nicht durch Betriebsvereinbarung abgebaut werden, wenn sie auf einer einheitsvertraglichen Regelung beruhen<sup>122</sup>. Zur Begründung beruft sich das Gericht auf das Günstigkeitsprinzip; Betriebsvereinbarungen und Tarifverträge hätten nicht den Sinn, bestehende vertragliche Rechte der Arbeitnehmer zu verkürzen. Der Arbeitgeber ist deshalb darauf beschränkt, die Mittel des Arbeitsvertragsrechts zu nutzen; er kann eine Änderungskündigung aussprechen (was bei tariflich geschützten älteren Arbeitnehmern, bei Betriebsratsmitgliedern und bei Schwerbehinderten allerdings auf erhebliche Schwierigkeiten stößt) oder sich in Extremfällen auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen. Die „Kollektivierung“ der Individualrechte wurde beseitigt.

Die Entscheidung des Großen Senats trägt allerdings insoweit Kompromißcharakter, als sie eine nicht ganz un-

wichtige Ausnahme kennt. Geht es nämlich nicht um den Abbau, sondern um eine anderweitige Verteilung von Leistungen, bleibt eine sogenannte umstrukturierende Betriebsvereinbarung zulässig. Will der Arbeitgeber etwa bestimmte Gruppen von Beschäftigten stärker fördern, kann er die an andere bezahlten Leistungen reduzieren – das Gesamtquantum muß allerdings immer dasselbe bleiben. Insoweit genießt der Einzelne keinen vollen Bestandschutz; das BAG überprüft jedoch auch hier, ob Ansprüche der benachteiligten Gruppe „unbillig“ zurückgesetzt wurden<sup>123</sup>.

Von dieser – nicht immer einfach zu praktizierenden – Ausnahme abgesehen, existiert kein kollektivvertraglicher Zugriff auf arbeitsvertragliche Rechte. In Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen kann insbesondere nicht über Arbeitsplätze verfügt werden. Zwar ist denkbar, daß sich Arbeitgeber und Betriebsrat auf einen bestimmten Personalabbau verständigen, doch bleibt dem einzelnen Arbeitnehmer das Recht, Kündigungsschutzklage vor dem Arbeitsgericht zu erheben<sup>124</sup>. Das BAG hat sogar ausdrücklich die verbreitete Praxis für rechtswidrig erklärt, Leistungen aus einem Sozialplan davon abhängig zu machen, daß die zu entlassenden Arbeitnehmer keine gerichtlichen Schritte einleiten<sup>125</sup>.

Auch die Kriterien für die soziale Auswahl bei Kündigungen sind im wesentlichen kollektivvertraglicher Regelung entzogen. Zwar kann der Betriebsrat mit dem Arbeitgeber „Auswahlrichtlinien“ vereinbaren, doch müssen sie zwei entscheidenden Anforderungen des staatlichen Rechts genügen: Zum einen müssen die Kriterien „Lebensalter“, „Dauer der Betriebszugehörigkeit“ und „Zahl der unterhaltsberechtigten Angehörigen“ wesentliche Bedeutung besitzen. Zum zweiten muß vor Ausspruch der Kündigung immer eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalles erfolgen, was jede Standardisierung ausschließt<sup>126</sup>. Von gewerkschaftlicher Seite wird diese Rechtsprechung begrüßt, da sie den Betriebsrat vor der Rolle bewahrt, Entscheidungen mitzulegitimieren zu müssen, deren Ursachen er nicht beeinflussen konnte.

## 3. Einschätzung

Ist damit der Konflikt mit dem „Kollektiv“ endgültig zugunsten des Individuums entschieden? Die Rechtsprechung hat in der Tat einen wichtigen Beitrag dazu geleistet

115) So verlangt etwa § 812 BAT, daß sich der Angestellte des öffentlichen Dienstes durch sein gesamtes Verhalten zur freiheitlichen demokratischen Grundordnung bekennen muß. Das BAG (NJW 1976, 1709) hat dies in der Weise verfassungskonform ausgelegt, als hinsichtlich des Umfangs der politischen Treuepflicht, je nach den Anforderungen des jeweiligen Aufgabenbereichs zu differenzieren ist.

116) BAG, EzA § 87 BetrVG 1972 – Kontrolleinrichtung – Nr. 16.

117) Zur Konkretisierung dieses Ansatzes im Bereich des Arbeitnehmerdatenschutzes s. Däubler, Gläserne Belegschaften?, S. 60ff.

118) Zusammenfassung in BAG, AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Nr. 142.

119) BAG, AP Art. 44 Truppenvertrag Nr. 11.

120) BAG, AP § 242 BGB – Ruhegehalt – Nr. 142.

121) Aus der großen Anzahl der Stellungnahmen seien insb. genannt Blomeyer, in: Festschr. f. Hilger und Stumpf (o. Fußn. 5), S. 41ff.; Däubler, AuR 1984, 1ff.; v. Hoyningen-Huene, RdA 1983, 225ff.; Hromádka, Betr 1985, 864ff.; Pfarr, BB 1983, 2001ff.; Richardi, RdA 1983, 278ff.

122) BAG, AuR 1987, 378 = Betr 1987, 383.

123) Diese Ausnahme hat in der Literatur einhellige Kritik erfahren. Vgl. Ahrend-Förster-Rühmann, BB 1987, Beil. 7, S. 9; Belling, in: Scholz (Hrsg.), Wandel der Arbeitswelt als Herausforderung des Rechts, Hanns-Martin-Schleyer-Stiftung 1988, S. 19f.; Blomeyer, Betr 1987, 634ff.; Däubler, AuR 1987, 353ff.; Hayen, Betriebsrat 1987, 158; Richardi, NZA 1987, 187. Den Großen Senat ohne Kritik referierend Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither (o. Fußn. 64), § 77 Rdnrn. 41 a bis 41 c.

124) So schon BAG, AP § 80 ArbGG Nr. 3. Weitere Nachw. bei Fitting-Auffarth-Kaiser-Heither (o. Fußn. 64), §§ 112, 112a Rdnr. 29.

125) BAG, NZA 1984, 53 = Betr 1984, 723.

126) BAG, BB 1984, 671.

stet, daß Kollektivverträge nicht zu Instrumenten des Eingriffs in Individualrechte und des Sozialabbaus werden, daß sie Mittel des Arbeitnehmerschutzes bleiben und nicht der erleichterten Durchsetzung von Arbeitgeberinteressen dienen<sup>127</sup>. Dahinter steht eine zutreffende Sicht von Arbeitsrecht, dessen Eigenständigkeit gerade darauf beruht, im Bereich der abhängigen Arbeit neue Handlungsmöglichkeiten zu schaffen, nicht aber die bescheidenen Schutzstandards des bürgerlichen Rechts in Frage zu stellen<sup>128</sup>. Auch unter diesem Aspekt ist es völlig konsequent, daß anders als in der Weimarer Zeit<sup>129</sup> und noch heute in Österreich<sup>130</sup> keine tarifliche Festlegung von Höchstlöhnen und Höchstarbeitsbedingungen möglich ist. Zu korrigieren ist deshalb auch die frühere Rechtsprechung, die die abgesprochene Kündigung mehrerer Arbeitnehmer als „wilden Streik“ behandelt<sup>131</sup>. Das Günstigkeitsprinzip hat – so der *Große Senat*<sup>132</sup> – universellen Charakter.

Angesichts abweichender Rechtslage in vergleichbaren Ländern<sup>133</sup> könnte man Bedenken haben, ob diese Art Individualschutz sich auch in der Krise eines Unternehmens oder einer Branche „durchhalten“ läßt. Die Reaktion der Fachöffentlichkeit auf die BAG-Entscheidung war im Ganzen positiv<sup>134</sup> – auch Autoren aus der Praxis der Unternehmensberatung verzichteten auf deutliche Worte der Kritik<sup>135</sup>. Offensichtlich werden die bestehenden Möglichkeiten des Individualarbeitsrechts als ausreichend angesehen, obwohl jede Änderungskündigung auf Klage des Arbeitnehmers vom Arbeitsgericht auf ihre soziale Rechtfertigung überprüft werden kann<sup>136</sup>. Das Verhandlungsmandat von Betriebsräten und Gewerkschaften ist somit beschränkt. Rechte des Individuums können sie nicht als „Verhandlungsmasse“ in die Auseinandersetzungen mit der Arbeitgeberseite einbringen. Das neokorporatistische System des umfassenden Interessenclearings besitzt eine Lücke<sup>137</sup>, die ersichtlich keine gravierenden Probleme bereitet. Den Erwartungen des „Individualismus“ ist Rechnung getragen. Wie wenig die Gewerkschaften an dieser Situation ändern wollen, wird nicht zuletzt daran deutlich, daß gerade sie den Wandel der ursprünglichen BAG-Rechtsprechung gefordert hatten<sup>138</sup>. Gemeinsames Handeln und Schutz des Einzelnen lassen sich entgegen vorurteilsbehafteter Vermutung vereinbaren. Das kollektive

Arbeitsrecht ist für die Herausforderungen der Gegenwart gerüstet: Auch ein sich tief ins Bewußtsein eingrabender Individualismus kann ihm nichts anhaben. Die alte Feststellung kann weitergelten: Ohne gemeinsames Handeln steht der Einzelne auf verlorenem Posten – bei der Einstellung ist seine Vertragsfreiheit nicht mehr als ein leeres Wort<sup>139</sup>, bei der Arbeit selbst kann er allein gegen die Zwänge der Arbeitsteiligkeit nichts ausrichten<sup>140</sup>. Auch elementare Wahrheiten bedürfen bisweilen der Wiederholung.

139) Zutreffend *Gast*, BB 1986, 515: Die Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers erschöpft sich darin, „für den Lebensbereich Arbeitswelt einen Verzicht auf alle vertragsförmig realisierbare Privatautonomie auszusprechen.“

140) Zur Arbeitsvertragsfreiheit noch immer gültig *Kahn-Freund*, Arbeit und Recht, 1979, S. 11 ff.

## § 102 IV BetrVG – eine noch zu entdeckende Formvorschrift

Von Richter am ArbG Franz Josef Düwell, Kassel

Für die Praxis ist von dem in § 102 BetrVG gesetzlich geregelten „betrieblichen“ Kündigungsverfahren in erster Linie die Anhörung des Betriebsrates von Bedeutung. Die Rechtsfolge einer unterlassenen Anhörung steht im Gesetz und ist allen Beteiligten bekannt. Übersehen wird jedoch häufig, daß mit dem Abwarten der Stellungnahme des Betriebsrats noch nicht alle „Klippen“ für den Arbeitgeber überwunden sind. Die Wirksamkeit der Kündigung kann auch an einer unterlassenen Zuleitung der Stellungnahme des Betriebsrates scheitern (§ 102 IV BetrVG).

### I. Überblick

Nach § 102 IV BetrVG hat der Arbeitgeber, wenn der Betriebsrat während des Anhörungsverfahrens der Kündigungsabsicht widersprochen hat, „dem Arbeitnehmer mit der Kündigung eine Abschrift der Stellungnahme des Betriebsrats zuzuleiten“. Seit dem Inkrafttreten dieser Vorschrift im Jahre 1972 ist noch keine Entscheidung zu der Rechtsfrage veröffentlicht worden, welche Rechtsfolgen ein Verstoß des Arbeitgebers gegen diese Verpflichtung nach sich zieht. Dies trifft ebenso zu für die im Bereich des öffentlichen Dienstes geltende inhaltsgleiche Norm des § 79 I 4 BPersVG bzw. die entsprechenden Vorschriften der Personalvertretungsgesetze der einzelnen Bundesländer.

Die arbeitsrechtliche Literatur räumt dem Arbeitnehmer für diesen Fall lediglich einen Schadensersatzanspruch aus sogenannter positiver Vertrags- oder Forderungsverletzung ein<sup>1</sup>. Bei In-

127) Um Mißverständnisse zu vermeiden, sei ausdrücklich darauf hingewiesen, daß bestehende Tarifverträge selbstredend durch schlechtere neue ersetzt werden können. Dasselbe gilt für bereits existierende Betriebsvereinbarungen, doch übt insoweit die Arbeitsgerichtsbarkeit eine Billigkeitskontrolle aus.

128) Näher *Däubler*, AuR 1987, 354 f.; dort auch zu denkbaren weitergehenden Formen der Kollektivierung.

129) Dazu *Nipperdey*, Beiträge zum Tarifrecht, 1924, S. 8.

130) § 3 I Arbeitsverfassungsg. Davon wird jedoch nur sehr selten Gebrauch gemacht – vgl. *Tomanl*, ArbR I, 1984, S. 114. Näher zum österreichischen Diskussionsstand *Firlei*, DRdA 1981, 1 ff.

131) BAG, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nr. 37. Krit. dazu *Brox*, in: *Brox-Rüthers*, Arbeitskampfr, 2. Aufl. (1982), Rdnrn. 548 ff., 606; *Seiter*, StreikR und AussperrungsR, 1975, S. 389 ff.; *Däubler*, in: *ders.* (Hrsg.), Arbeitskampfr, Rdnrn. 1396, 1423 ff. Die gemeinsame Ausübung von Zurückbehaltungsrechten nach § 273 BGB wird demgegenüber grundsätzlich zugelassen: BAG, AP Art. 9 GG – Arbeitskampf – Nm. 32, 58.

132) BAG, AuR 1987, 378 = Betr 1987, 383

133) Zum Solidaritätsvertrag nach italienischem Recht s. etwa *Pera*, I contratti di solidarietà, DLRI n. 24 (1984), 699 ff.

134) Kritisiert wurde bemerkenswerterweise nur die Figur der umstrukturierenden Betriebsvereinbarung, also die Kollektivierung des Günstigkeitsprinzips, die Nachw. Fußn. 123.

135) S. etwa *Ahrend-Förster-Rühmann*, BB 1987, Beil. 7; *Höfer-Kisters-Kölkes-Küpper*, Betr 1987, 1585 ff.

136) Einzelheiten bei *Däubler*, ArbR II, S. 477 ff.

137) Insofern interessant die weitergehende Österreichische Lösung, s. Fußn. 130.

138) Auch in der juristischen Literatur vertraten die von ihnen um Stellungnahme gebetenen Juristen diesen Standpunkt – s. die Beiträge von *Däubler*, *Richardi* und *Pfarr* (o. Fußn. 121).

1) *Bösche*, Die Rechte des Betriebsrats bei Kündigungen, S. 136; *Dietz-Richardi*, BetrVG, 6. Aufl., § 102 Rdnr. 164; *Fitting-Auffarth-Kaiser-Heitner*, BetrVG, 15. Aufl., § 102 Rdnr. 53; *Galperin-Löwisch*, BetrVG, 6. Aufl., § 102 Rdnr. 84; *Gnade-Kehrmann-Schneider-Blanke*, BetrVG, 2. Aufl., § 102 Rdnr. 93; *Heinze*, Personalplanung, Einstellung und Kündigung, Rdnr. 580; *Hess-Schlochauer-Glaubitz*, BetrVG 3. Aufl., § 102 Rdnr. 132; *GK-Kraft*, BetrVG, 3. Bearb., § 102 Rdnr. 74; *KR-Etzel*, 2. Aufl., § 102 BetrVG Rdnr. 180; ohne jeden Hinw.: *Däubler*, ArbR I, 6.11.3.2; *Frauenkron*, BetrVG, § 102 Rdnr. 1; *Siebert-Degen-Becker*, BetrVG, 5. Aufl., Rdnr. 34; *Weiss*, BetrVG, 2. Aufl., § 102.