

WOLFGANG DÄUBLER

## Die Flexibilität des Arbeitsrechts

## I. Arbeitsrecht vor dem Zerfall?

Seit mehr als 15 Jahren sieht sich das Arbeitsrecht Angriffen aus zwei Richtungen ausgesetzt. Im einen Lager der Kritiker stehen die Neoliberalen, für die der Arbeitnehmerschutz grundsätzlich ein marktfremdes Element darstellt, das die „Selbstheilungskräfte“ behindert: Ohne das „Tarifkartell“ und ohne andere Formen künstlicher Verteuerung der Arbeitskraft würde sich ein Gleichgewicht auch auf dem Arbeitsmarkt herstellen. Die Arbeitskraft würde billiger, dafür käme jedermann in Arbeit und Brot.<sup>1</sup> Die Kritik an dieser Position hat in der jüngsten Vergangenheit an Gewicht gewonnen.<sup>2</sup> Veränderte Mehrheiten in den wichtigsten Ländern der EU haben zumindest das eine deutlich gemacht, daß das bedingungslose Vertrauen in marktimmanente Entwicklungen derzeit nicht mehr mehrheitsfähig ist.

Ein zweiter Angriff stützt sich weniger auf ein polit-ökonomisches Programm als auf (scheinbar) objektive Feststellungen.<sup>3</sup> Die Arbeit ändere ihren Charakter, Dienstleistungen würden bei weitem gegenüber der traditionellen („fordistischen“) Massenfertigung überwiegen.<sup>4</sup> Arbeitsvollzüge seien immer mehr durch den Einsatz von Informationstechnologien geprägt, was am Beispiel der Telearbeit am deutlichsten werde. Die

<sup>1</sup> Grundlegend etwa die Publikation des Kronberger Kreises: „Mehr Markt im Arbeitsrecht“, 1986.

<sup>2</sup> Im juristischen Schrifttum siehe insbesondere *Opholzer* AuR 1998, 45; in der politikwissenschaftlichen und ökonomischen Literatur siehe etwa *Hickel*, Standort-Wahn und Euro-Angst, 1998, S. 39 ff.; *Katterle*, Systematische Kritik am Konzept und an den Folgen neoliberaler Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik, in: Büscher (Hrsg.), Markt als Schicksal?, 1998, S. 17 ff.; *Forrester*, Der Terror der Ökonomie, 1997.

<sup>3</sup> Zum Folgenden s. etwa *Blanke*, Arbeitsrecht 2000 – Eckpunkte eines modernen Individual-Arbeitsrechts. Referat für den Rechtspolitischen Kongreß der Friedrich-Ebert-Stiftung, 1997 (im Erscheinen); in Frankreich siehe etwa *Supiot*, Critique du droit du travail, 1994.

<sup>4</sup> Dazu etwa der Schlußbericht einer Arbeitsgruppe der EG-Kommission: The changing nature of work and the future of labour law in Europe. Final report, June 1998, als Manuskript vervielfältigt.

Friktionen zwischen Recht und Realität, die fortschreitenden Funktionsverluste des Arbeitsrechts werden an den wichtigsten Basisbegriffen festgemacht. Veränderungen sind in der Tat nicht zu übersehen.

- Aus dem einheitlichen organisatorischen Zusammenhang „Betrieb“ wird die „fraktale Fabrik“; rechtlich und zum Teil auch wirtschaftlich selbständige Firmen übernehmen einzelne Teile des Herstellungsprozesses in eigener Verantwortung. An die Stelle des Warenhauses tritt die Ladenstraße oder das Einkaufszentrum mit einer Unzahl selbständiger Kleinbetriebe. Nur unter ganz spezifischen Voraussetzungen läßt sich über die Rechtsfigur des Gemeinschaftsbetriebs die tatsächliche Gemeinsamkeit der Arbeit betriebsverfassungsrechtlich noch einfangen.<sup>5</sup>
- Auch durch Veränderungen auf Arbeitgeberseite drohen arbeitsrechtliche Normen leerzulaufen. Die abhängige Konzerngesellschaft ist häufig kein vollwertiger Verhandlungspartner, verglichen mit einem selbständigen Unternehmen. Noch fühlbarer sind technisch-organisatorische Abhängigkeiten im Rahmen einer logistischen Kette; die Just-in-time-Produktion ist nur die deutlichste Erscheinungsform.<sup>6</sup> Die dadurch geschaffenen Zwänge reichen bis hin zum Zeitpunkt der Betriebsversammlung, die nur „koordiniert“ bei allen Beteiligten stattfinden kann, will man nicht unzumutbare wirtschaftliche Nachteile in Kauf nehmen. Immer häufiger ist vom „virtuellen Unternehmen“ die Rede, dessen Existenz nur noch am Bildschirm sichtbar wird. An die Stelle einer stabilen wirtschaftlichen Einheit tritt das von einigen Personen initiierte zeitlich beschränkte Projekt, zu dem Individuen oder Gruppen ihrer Sachkunde wegen hinzustoßen.<sup>7</sup>
- Der Einsatz der Arbeitskräfte wird immer perfekter an den Arbeitsanfall angepaßt. Neben die traditionelle Schichtarbeit und die Leistung von Überstunden tritt die flexible Teilzeitarbeit sowie die Befristung, mit deren Hilfe sich ein Teil des unternehmerischen Risikos abwälzen läßt. Noch effizienter geschieht dies beim Einsatz von (formal) Selbständigen, die keinerlei Bestandsschutz genießen und die dem Arbeitgeber keinerlei „Lohnnebenkosten“ verursachen.<sup>8</sup> Nicht einmal die Rechte eines „Marktbürgers“ besitzen die illegal

<sup>5</sup> Überblick über den Diskussionsstand bei Trümner, in: Däubler/Kittner/Klebe, BetrVG, 6. Auflage 1998, § 1 Rn. 31 ff.

<sup>6</sup> Dazu Däubler, Arbeitsrecht 1, 15. Auflage 1998, Rn. 1261; Wellenhofer/Klein DB 1997, 978 ff.

<sup>7</sup> Siehe Fricke AiB 1997, 31 ff.

<sup>8</sup> Zum Phänomen realer und scheinbarer Selbständigkeit siehe etwa Pfarr, FS Kehrman, 1997, S. 75 ff.; Wank DB 1992, 90 ff.

Tätigen, die in den vergangenen Jahren ersichtlich zugenommen haben, ohne daß verlässliche Zahlen verfügbar wären.<sup>9</sup> Hier läßt sich erst recht ein perfektes Maß an Flexibilität praktizieren.

- Der durch die Globalisierung verschärfte Wettbewerb erhöht den Anreiz, bisweilen den Zwang, geltendes Recht zu unterlaufen. Die Massenarbeitslosigkeit schwächt die Verhandlungsposition der Arbeitnehmerseite. Untertarifliche Arbeitsbedingungen werden hin- genommen, zum Teil sogar ausdrücklich akzeptiert.<sup>10</sup> Unternehmen verlassen die Arbeitgeberverbände oder verzichten von vorneherein auf einen Beitritt und entziehen sich so einer dauerhaften Tarifbindung.<sup>11</sup> Nach dem IAB-Betriebspanel bestand 1995 nur noch in 62 % aller Betriebe tariflicher Schutz.<sup>12</sup> In zahlreichen Fällen wird auch das gesetzliche Arbeitsrecht nicht mehr eingehalten, ohne daß sich sichtbarer Widerstand regt.<sup>13</sup>

Nachdrücklich hat der Jubilar darauf hingewiesen, daß wir uns in einer Zeit radikaler Umstrukturierung des Arbeitslebens befinden. Die arbeitsrechtlichen Instrumente greifen nicht mehr zweckgerecht, die Verfahren verlieren ihre Zielsicherheit. Eine gründliche Inspektion erscheint angebracht.<sup>14</sup> Unterbleibt sie oder führt sie zur Diagnose „Totalschaden“, könnten die Pessimisten recht behalten, die uns amerikanischen Verhältnisse prophezeien – hire and fire, keine Tarifverträge, minimaler Arbeitsschutz, was in der deutschen Tradition eine Parallele am ehesten im Tagelöhner hat.<sup>15</sup>

## II. Arbeitsrecht als lernendes System?

Die These vom Zerfall oder der Marginalisierung des Arbeitsrechts wäre dann plausibel, wenn dieses ausschließlich aus Normen bestehen würde, die einem Konditionalprogramm entsprechen. Wo die Bedingungen nicht mehr gegeben sind, entfallen auch die Rechtsfolgen, die Akteure werden sich an anderen Leitlinien orientieren.

<sup>9</sup> Zur illegalen Arbeit siehe Däubler, Arbeitsrecht 2, 11. Auflage 1998, Rn. 2046 ff.

<sup>10</sup> Als Beispiel siehe den Fall Viessmann, dargestellt in ArbG Marburg DB 1996, 1925.

<sup>11</sup> Zur Erosion des Flächentarifs siehe Zachert KJ 1997, 411 ff.

<sup>12</sup> Wiedergegeben bei Bellmann u.a., Flexibilität von Betrieben in Deutschland, 1996, S. 57.

<sup>13</sup> Siehe die Impressionen aus Ostdeutschland bei Däubler AuA 1998, 87 f.

<sup>14</sup> Dieterich AuR 1997, 1

<sup>15</sup> Dazu die eindringliche Schilderung bei Theodor Fontane, wiedergegeben bei Zachert AuR 1988, 129.

Erste Zweifel an einer solchen Analyse weckt schon ein Blick in die Geschichte: Das deutsche Arbeitsrecht des Jahres 1920 und das des Jahres 1970 entsprachen sich in ihren Grundstrukturen, obwohl sich die Art zu arbeiten, die Organisationsformen der Unternehmen und insbesondere der ökonomische Entwicklungsstand und die Verteilungsspielräume ganz entscheidend verändert hatten. Bei näherer Betrachtung zeigt sich, daß das Arbeitsrecht drei Charakteristika aufweist, die ihm ein hohes Maß an Anpassungsfähigkeit verschaffen.

Das Arbeitsrecht kennt zahlreiche Generalklauseln („Zweckprogramme“), die von der Rechtsprechung im Hinblick auf die jeweils gegebene Situation konkretisiert werden. Die Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis, der „wichtige Grund“ in § 626 Abs. 1 BGB und die „Erforderlichkeit“ von Betriebsratstätigkeit nach § 37 Abs. 2 BetrVG mögen als Beispiele genügen. Bisweilen hat sich die Rechtsprechung ihre eigenen Generalklauseln geschaffen, so wenn sie etwa auch bei der ordentlichen Kündigung eine umfassende Interessenabwägung verlangt, obwohl diese im Gesetzestext nicht einmal angedeutet ist.<sup>16</sup>

Das Arbeitsrecht kennt zum zweiten spezifische Normsetzungsprozesse, die noch sehr viel stärker als das gerichtliche Verfahren die jeweilige „Umwelt“ berücksichtigen können. Die Tarifautonomie ist nicht nur ein Stück demokratischer Mitbestimmung der Beschäftigten über Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen, sondern auch ein Mittel, um den Besonderheiten einzelner Branchen und Unternehmen Rechnung zu tragen. Die beschränkte Geltungsdauer bringt ein zusätzliches Element der Flexibilität. Ähnliches gilt für Betriebsvereinbarungen und andere Formen betrieblicher Normierung. Schließlich sind auch Unfallverhütungsvorschriften auf spezifische, sich wandelnde Gefahrensituationen bezogen und entsprechen von daher gleichfalls nicht dem Modell des für alle geltenden Gesetzes.

Das Arbeitsrecht besitzt zum dritten einen großen Vorrat an Rechtsinstituten, die zum Teil nur für einen relativ kleinen Kreis von Betroffenen entwickelt wurden. Eine frühe Reaktion auf die Aufspaltung der Arbeitgeberstellung war etwa das mittelbare Arbeitsverhältnis. Was hindert uns daran, dieses auch auf moderne Formen des Arbeitseinsatzes zu erstrecken?<sup>17</sup> Eine solche „Wiederkehr von Rechtsfiguren“ ist keineswegs eine singuläre Erscheinung.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Siehe Kittner/Trittin, Kündigungsschutzrecht, 3. Auflage 1997, § 1 KSchG Rn. 51 mwN.

<sup>17</sup> Siehe die Überlegungen bei Waas RdA 1993, 153 ff.

<sup>18</sup> Zu diesem Phänomen siehe Mayer-Maly JZ 1971, 1 ff.

Das eigentliche Problem liegt somit nicht in der (angeblichen) Rigidität des Arbeitsrechts insgesamt. Im Gegenteil: Dieses hat sich sehr wohl im Laufe seiner Entwicklung auf Veränderungen eingestellt und diese konstruktiv verarbeitet. Das Arbeitsvertrags-, das Betriebsverfassungs- und das Tarifrecht lassen etwa genügend Spielraum, um gleichermaßen die Fließbandarbeit wie die Dienstleistung einer Krankenschwester oder die Tätigkeit eines Softwareentwicklers zu regulieren. Die „Inspektion“ wird sich deshalb im folgenden auf die Bereiche konzentrieren, in denen es trotz dieser „Offenheit“ in der Gegenwart zu Friktionen gekommen ist. Dabei sollen die vier zentralen Problemfelder der „Neue Organisationsformen“, „Flexibler Einsatz der Arbeitskräfte“, „rechtliche Behandlung wirtschaftlich abhängiger Selbständiger“ und „Rechtsdurchsetzung“ behandelt werden.

### III. Neue Organisationsformen

#### 1. Der Betriebsbegriff

Die „Grundeinheit“ der Betriebsverfassung ist der Betrieb. Die dort tätige Belegschaft wird als Gesamtheit vom BetrVG erfaßt. Trotz dieser elementaren Bedeutung des Betriebsbegriffs hat der Gesetzgeber auf eine Definition verzichtet und so der Rechtsprechung freie Hand gelassen. Nach Auffassung des BAG stellt der Betrieb eine „organisatorische Einheit“ dar, „innerhalb derer ein Arbeitgeber allein oder mit seinen Arbeitnehmern mit Hilfe von technischen und immateriellen Mitteln bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt, die sich nicht in der Befriedigung von Eigenbedarf erschöpfen“.<sup>19</sup>

Joost hat an dieser Begrifflichkeit zu Recht kritisiert, daß sie explizit auch den arbeitnehmerlosen Betrieb zuläßt.<sup>20</sup> Dies mag im Steuerrecht oder auf anderen Gebieten sachgerecht sein; solange man das Ziel der Betriebsverfassung im Schutz der Persönlichkeit des einzelnen Arbeitnehmers sieht,<sup>21</sup> erscheint es wenig sachgerecht.

Auch wenn man die Worte „allein oder mit seinen Arbeitnehmern“ durch „unter Einsatz von mindestens einem Arbeitnehmer“ ersetzen würde, wäre nur ein erstes Bedenken ausgeräumt. Niemand vermag mit

<sup>19</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 88 BetrVG (1952); BAG AP Nr. 1 zu § 81 (1952). Überblick über die neuere Rechtsprechung bei Trümmer (oben Fn. 5) § 1 Rn. 64 ff.

<sup>20</sup> Joost, Betrieb und Unternehmen als Grundbegriffe im Arbeitsrecht, 1988, S. 233 ff.

<sup>21</sup> Dazu Wiese, FS Kissel, 1994, S. 1269 ff.



Sicherheit zu sagen, wann eine „organisatorische Einheit“ vorliegt. Ist sie etwa schon dann gegeben, wenn ich zwei- oder dreimal einen deutschen Text per e-mail nach Schottland schicke und jeweils eine Woche später die englische Übersetzung erhalte? Der Gebrauch „technischer und immaterieller Mittel“ scheint konkreter faßbar, doch ist deren Bedeutung bei bestimmten Dienstleistungen wie z.B. bei einer Gesprächstherapie marginal.<sup>22</sup> Bei der organisatorischen Einheit wie bei den Arbeitsmitteln geht es um diffuse Begriffselemente, die in der Praxis ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit schaffen. Da die organisatorischen Bestimmungen der Betriebsverfassung (und damit auch der Betriebsbegriff) nach herrschender Auffassung zwingenden Charakter besitzen, so daß eine tarifliche Anpassung ausscheidet, bleibt dort, wo man sich einig ist, nur eine Art Rechtsfolgerschleichung: Man führt die Betriebsratswahlen in der für richtig gehaltenen Einheit durch, läßt die zweiwöchige Anfechtungsfrist verstreichen und beruft sich dann auf das BAG, wonach bei unanfechtbar gewordenen Wahlen fingiert wird, der „Wahlkreis“ sei auch effektiv ein Betrieb.<sup>23</sup> Fehlt es am Konsens, bleibt die gerichtliche Auseinandersetzung im Beschlußverfahren, deren Ausgang oft höchst unsicher ist. Das BAG stellt ohne formale Änderung der bisherigen Begriffsumschreibung auf die Existenz eines „einheitlichen Leitungsapparats“ ab, dessen Konturen seinerseits dann zerfließen, wenn die Kompetenzen nicht in einer Hand vereinigt sind.<sup>24</sup> Die „räumliche Nähe“ der Beschäftigten wird bisweilen als Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Betriebs herangezogen,<sup>25</sup> das selbstredend versagt, wenn es beispielsweise um die Zuordnung des Außendienstes zu einem von mehreren Betrieben eines Unternehmens geht.<sup>26</sup>

Die Handhabung des Betriebsbegriffs durch die Rechtsprechung schafft nicht nur Unsicherheiten; die angewandten Kriterien für eine autoritative Entscheidung im Einzelfall haben wenig mit dem Sinn der Betriebsverfassung zu tun. Auf diese Weise entstehen vom Gesetzgeber nicht gewollte (oder vorausgesehene) irrationale Resultate, dem Arbeitsrecht fehlt hier die in anderen Bereichen vorhandene Anpassungsfähigkeit. Solange die Gleichung „ein Gebäude – ein Betrieb“ die Realität einigermaßen adäquat widerspiegelt, war dies hinnehmbar, in der

<sup>22</sup> Joost verweist auf S. 233 auf das Beispiel der Pantomimengruppe.

<sup>23</sup> BAG DB 1996, 1504.

<sup>24</sup> Dazu Trümner, aaO § 1 Rn. 69.

<sup>25</sup> BAG AP Nr. 3 zu § 4 BetrVG 1972.

<sup>26</sup> Dazu und zu den unterschiedlichen Lösungen in der Praxis Bösch/Grimberg, FS Gnade, 1992, S. 380.

Gegenwart ist aus einem eher marginalen ein zentrales Problem geworden. Man könnte sich eine große wie auch eine kleine Lösung vorstellen.

Die große besteht darin, die Einheit „Betrieb“ vom Sinn der Betriebsverfassung her zu bestimmen. Dies schließt es aus, primär an der Leitungsstruktur anzuknüpfen, gewinnt der Arbeitgeber dadurch doch die Möglichkeit, mittelbar über die Existenz seines „Kooperationspartners“ zu verfügen.<sup>27</sup> Soll die Betriebsverfassung ihr Ziel erreichen, muß der Betriebsrat in möglichst großer räumlicher und sachlicher Nähe zu den auftauchenden Problemen handeln können. Genau aus diesem Grund existiert er im Betrieb und nicht im Unternehmen: Weil sich seine Rechte sehr stark auf die Art und Weise der Erbringung der Arbeitsleistung konzentrieren, ist es sinnvoll, ihn in einer „Betriebsstätte“ zu etablieren, wo die materiellen und immateriellen Betriebsmittel für einen arbeitstechnischen Zweck eingesetzt werden. „Nähe“ zu den Beschäftigten und den bei der Arbeit auftauchenden Problemen verlangt aber weiter, daß man auf das Zusammensein, auf die reale Kooperation der Arbeitnehmer abstellt. Die räumliche Nähe ist hierfür der wichtigste Gesichtspunkt,<sup>28</sup> doch ist auch an andere Formen der Kommunikation zu denken.<sup>29</sup> Außendienstmitarbeiter wären daher bei jener Einheit anzukoppeln, zu der die intensivsten Arbeitskontakte bestehen. Ähnliches gilt für Telearbeit. Durch das Abstellen auf die kommunikative Nähe ist das Aufgreifen von Problemen durch den Betriebsrat erleichtert – sei es, daß er sie aus eigener Erfahrung oder Anschauung kennt, sei es, daß sie von Belegschaftsangehörigen in der Sprechstunde, auf Betriebsversammlungen oder in anderer Weise an ihn herangetragen werden.

Ein solcher neuer, arbeitnehmerzentrierter Betriebsbegriff führt überall dort in Probleme, wo mehr als ein Unternehmen am Arbeitsprozeß beteiligt ist. Will man auch beim Gemeinschaftsbetrieb auf den „Leitungsapparat“ verzichten, wird die Frage unausweichlich, wie intensiv die Arbeitskontakte auf Seiten der Beschäftigten sein müssen, damit man einen einheitlichen Betrieb annehmen kann. Dies bedarf eingehender Überlegung. Vorzuziehen ist daher derzeit eine „kleine“ Lösung, wonach die Tarifparteien berechtigt sind, die Grundeinheiten

<sup>27</sup> Zum Gedanken der Unabhängigkeit des Betriebsrats vom Arbeitgeber als Leitprinzip der Betriebsverfassung siehe Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe, aaO Einl., Rn. 68.

<sup>28</sup> Joost, aaO, S. 248 ff.

<sup>29</sup> Richtig Wedde, Entwicklung der Telearbeit. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen, Bonn 1997, S. 213 (Hrsg. vom Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung).

der Betriebsverfassung abzugrenzen. Dabei können sie sich an dem eben Gesagten orientieren (müssen dies aber nicht). In der neueren Literatur wird zu Recht dafür plädiert, § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, der die Zuordnung von Betriebsteilen und Nebenbetrieben regelt, insoweit entsprechend anzuwenden.<sup>30</sup> Ein solcher tariflicher Weg wäre auch deshalb von Nutzen, weil sich – wie das Beispiel einer Ladenstraße zeigt – die Gemeinsamkeiten auf bestimmte Sachgebiete beschränken können: Durch Öffnungszeiten und durch eine Kontrolle über Videokamera sind alle gleichermaßen betroffen, während Einstellungen und Entlassungen weiter in der Hand der einzelnen Inhaber bleiben. Ob man auch insoweit einen Betriebsrat einschalten und damit auf die Gesamtgröße der Einheit abstellen will,<sup>31</sup> sollte den unmittelbar Betroffenen und damit den Tarifparteien überlassen bleiben.

## 2. Das abhängige Arbeitgeberunternehmen

In der Marktwirtschaft ist es unvermeidbar, daß Arbeitnehmer unter der schlechten wirtschaftlichen Situation ihrer Arbeitgeber leiden müssen. Die sozialen Sicherungssysteme verhindern den totalen Absturz. Von dieser als relativ selbstverständlich hingenommenen Abhängigkeit ist der ganz andere Fall zu unterscheiden, daß sich die auf Arbeitgeberseite stehende wirtschaftliche Einheit in eine Vielzahl von juristischen Personen ausdifferenziert, die über sehr unterschiedliche wirtschaftliche Ressourcen verfügen. Hier ist nicht einzusehen, daß die atypische Organisationsform auf Arbeitgeberseite diejenigen schlechter stellen soll, die das „Pech“ haben, einem „armen“ Konzernunternehmen anzugehören.<sup>32</sup> Das geltende Recht wird diesem Postulat nur teilweise gerecht.

Im wichtigsten Fall, dem des Unterordnungskonzerns, ist wenigstens annähernd für die Wahrung des „Normalstandards“ der Mitbestimmung gesorgt: Neben § 5 MitbG ist der Konzernbetriebsrat zu nennen. Seine Errichtung ist allerdings nicht obligatorisch, sondern setzt im Gegenteil eine qualifizierte Mehrheit voraus (§ 54 Abs. 2 Satz 2 BetrVG).

<sup>30</sup> Gamillscheg, Kollektives Arbeitsrecht, Band I, 1997, S. 604; Heither, FS Schaub, 1998, S. 304 f.; Trümmer, aaO § 3 Rn. 40; vergl. weiter Bachner NZA 1996, 403; Däubler, Tarifvertragsrecht, 3. Auflage 1993, Rn. 1039 ff.

<sup>31</sup> Von Interesse in diesem Zusammenhang etwa BAG ZIP 1998, 1320, wonach ein an einem Gemeinschaftsbetrieb beteiligtes Unternehmen mit 11 Beschäftigten den Beteiligungsrechten nach §§ 111 ff. BetrVG unterworfen wurde.

<sup>32</sup> Ebenso Müller, Aufgespaltene Arbeitgeberstellung und Betriebsverfassungsrecht, 1978, S. 124 für das mittelbare Arbeitsverhältnis.

Zutreffend hat das BAG entschieden, daß es auch einen „Unterkonzern“ mit eigenem Konzernbetriebsrat innerhalb eines Gesamtkonzerns geben kann; die Mitbestimmung müsse überall dort ansetzen, wo arbeitnehmerbezogene Entscheidungen getroffen würden.<sup>33</sup> Die gesellschaftsrechtliche Diskussion über den „Konzern im Konzern“ wurde als nicht maßgeblich erachtet. Hier erfolgt eine am Normzweck orientierte Begriffsbildung, die dem oben für den „Betrieb“ Verlangten entspricht.

Sehr viel zurückhaltender war bislang der Umgang mit konzerntypischen wirtschaftlichen Risiken. Gerät das Arbeitgeberunternehmen in Zahlungsschwierigkeiten, haben die Arbeitnehmer für ihre rückständigen Ansprüche die allgemeinen Gläubigerbefugnisse: Dazu zählt beim Vertragskonzern und beim qualifizierten faktischen Konzern auch die Möglichkeit des Durchgriffs auf das herrschende Unternehmen, wenn dieses keine angemessene Rücksicht auf die abhängige Gesellschaft genommen hat.<sup>34</sup> Kommt es zum Verlust des Arbeitsplatzes, stehen den Betroffenen nur beschränkte Gegenmittel zu: Selbst wenn in einem anderen Konzernunternehmen passende Arbeitsplätze frei sind, kann eine Versetzung dorthin nur dann verlangt werden, wenn ein sog. konzerndimensionales Arbeitsverhältnis vorliegt, also der Arbeitnehmer von vorneherein nicht nur einem einzigen Arbeitgeberunternehmen zugeordnet war.<sup>35</sup> Ob beim Sozialplan auf die wirtschaftliche Lage des Gesamtkonzerns abzustellen ist, scheint noch nicht abschließend geklärt.<sup>36</sup> Das Konzernarbeitsrecht befindet sich noch immer in statu nascendi, auch wenn sich Konzerntarifverträge durchaus realisieren ließen.<sup>37</sup>

Bei multinationalen Konzernen sind die Defizite noch deutlicher. Befindet sich die Spitze im Ausland, wendet man auf die deutschen Konzernteile nach Art. 34 EGBGB das Arbeitsschutz- und das Betriebsverfassungsrecht an. Auf Grund des Entsendegesetzes geschieht im Bausektor dasselbe mit Tarifverträgen über Löhne und Urlaub, sofern sie für allgemeinverbindlich erklärt oder durch Rechtsverordnung auf die ganze Branche erstreckt wurden.<sup>38</sup> Rechtlich abgesicherte Ein-

<sup>33</sup> BAG AP Nr. 1 zu § 54 BetrVG 1972.

<sup>34</sup> BAG DB 1994, 634; BAG DB 1996, 1526.

<sup>35</sup> BAG DB 1983, 2637. Dazu Silberberger, Weiterbeschäftigungsmöglichkeit und Kündigungsschutz im Konzern, 1994, S. 37 ff., 147 ff.

<sup>36</sup> Zu diesem sog. Berechnungsdurchgriff siehe die Nachweise bei Däubler, in: Däubler/Kittner/Klebe (oben Fn. 5) §§ 112, 112a Rn. 117 ff.

<sup>37</sup> Dazu Däubler ZIAS 1995, 525 ff.; Kempen/Zachert, TVG, 3. Auflage 1997, § 2 Rn. 74.

<sup>38</sup> Entsendegesetz vom 26. 2. 1996, BGBl. I S. 227, geändert durch Art. 10 des Gesetzes zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte vom 18. 12. 1998, BGBl. I S. 3850.

wirkungsmöglichkeiten auf die Entscheidungsträger bestehen in bescheidenem Maße dann, wenn ein Europäischer Betriebsrat gebildet wurde. Ausländische Rechtsordnungen verhalten sich insoweit nicht weniger „nationalistisch“ als die deutsche, die bislang jede Einbeziehung der bei ausländischen Niederlassungen tätigen Belegschaften in die inländische Unternehmens- oder Konzernmitbestimmung ablehnt.<sup>39</sup>

Sehr viel schwieriger ist die Situation bei technisch-organisatorischer Abhängigkeit des Arbeitgeberunternehmens. Zulieferer (oder Zulieferer von Zulieferern) großer Automobilunternehmen werden auch dann wie wirtschaftlich selbständige Einheiten behandelt, wenn ihnen so gut wie kein arbeitsorganisatorischer oder unternehmerischer Spielraum bleibt. Eine Ausdehnung konzernarbeitsrechtlicher Grundsätze auf eine solche Konstellation<sup>40</sup> ist bisher in der Praxis nicht ernsthaft ins Auge gefaßt worden. Auch der hinter dem Konzept des mittelbaren Arbeitsverhältnisses stehende Gedanke, bestimmte Pflichten an die Ausübung arbeitgeberspezifischer Entscheidungsmacht zu knüpfen,<sup>41</sup> wurde nicht aufgegriffen. Erst recht besteht Zurückhaltung gegenüber dem Gedanken eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, obwohl dieser mittlerweile in der Rechtsprechung der Zivilgerichte nicht mehr auf solche Personen beschränkt ist, für deren „Wohl und Wehe“ der eine Vertragspartner zu sorgen hat.<sup>42</sup> Verglichen mit dem Arbeitsvertragsrecht erweist sich das Schuldrecht insoweit als sehr viel anpassungsfähiger gegenüber neuen Formen von Arbeitsteilung.<sup>43</sup>

#### IV. Arbeitsrecht und flexibler Arbeitseinsatz

##### 1. Die Lage der Arbeitszeit

Daß zu „ungewöhnlichen“ Zeiten gearbeitet wird, daß der einzelne seinen individuellen „Schichtplan“ hat, ist mittlerweile weithin akzeptiert. Der Tausch Arbeitszeitverkürzung gegen flexible Arbeitszeiten,

<sup>39</sup> Ein Gesetzentwurf der SPD-Fraktion wollte daher das BetrVG ändern und Vertreter der in ausländischen Niederlassungen Beschäftigten in den Wirtschaftsausschuß aufnehmen (BT-Drucksache 12/4620).

<sup>40</sup> Dafür mit unterschiedlicher Begründung Däubler CR 1988, 834 ff.; Nagel/Riess/Theis, Der Lieferant online, 1990.

<sup>41</sup> Vergl. Henssler, Der Arbeitsvertrag im Konzern, 1983, S. 77 ff.

<sup>42</sup> Nachweise bei Däubler, Zivilrecht 1, 1997, Rn. 1703 ff.

<sup>43</sup> Dies ist keineswegs ein Einzelfall. Siehe etwa zu den Rechtsfolgen der Inhaltskontrolle von zivilrechtlichen und von arbeitsrechtlichen Verträgen Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, 1993, S. 350 ff.

der seinen ersten Niederschlag im sog. Leber-Kompromiß des Jahres 1984 gefunden hatte, wird nicht mehr in Frage gestellt. Dies hängt damit zusammen, daß sich die Veränderungen unter Wahrung des arbeitsrechtlichen Rahmens vollzogen: Die Wochenendarbeit (die man mit guten Gründen kritisieren kann) ist in der Regel mit dem Betriebsrat ausgehandelt und im Tarifvertrag zugelassen, dasselbe gilt für Schicht- und Nacharbeit. Der Gesetzgeber hat zwei Mal interveniert. Beim BeschFG 1985 ging es um Mindestbedingungen, die die kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit zu beachten hat, das sog. Flexi-Gesetz<sup>44</sup> brachte u.a. eine Anpassung des Sozialversicherungssystems an unregelmäßige Arbeitszeiten. Die Ausgestaltung der Kapovaz unterliegt in weitem Umfang der Mitbestimmung des Betriebsrats.<sup>45</sup> Was bleibt, ist das Problem einer unbezahlten Rufbereitschaft, die dann nicht mehr akzeptabel erscheint, wenn einer Teilzeitarbeit dadurch die Eingehung eines zweiten Teilzeitarbeitsverhältnisses unmöglich gemacht oder die private Lebensgestaltung übermäßig beeinträchtigt wird.<sup>46</sup>

##### 2. Befristete Arbeitsverhältnisse

Für die Betroffenen bedeutet der Abschluß eines befristeten Arbeitsvertrags den Verzicht auf den üblichen Bestandsschutz. Dies ist allenfalls dann erträglich, wenn – wie bei Schülern, Studenten und Rentnern – die wirtschaftliche Existenz in der Regel auf andere Weise gesichert ist. Ob es zu einer Weiterbeschäftigung kommt, hängt grundsätzlich allein von der freien Entscheidung des Arbeitgebers ab, um dessen Wohlwollen man daher besonders bemüht sein muß. Das Risiko wegfallender Beschäftigungsmöglichkeiten wird von vorneherein bei einer Gruppe von Personen konzentriert. Der Preis, den diese zu bezahlen hat, ist allerdings recht hoch: Die berufliche Zukunft wird völlig unkalkulierbar, im Betrieb selbst gehen den Betroffenen fast alle Rechte verloren, die – von der längeren Kündigungsfrist bis zur Weihnachtsgratifikation – eine bestimmte Dauer der Betriebszugehörigkeit voraussetzen.

Die Rechtsprechung hat dies alles im Grundsatz hingenommen und durch das Erfordernis des „sachlichen Grundes“ lediglich insofern eine Schranke gezogen, als der Abschluß befristeter Arbeitsverhältnisse nicht

<sup>44</sup> Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen v. 6. 4. 1998, BGBl. I S. 688.

<sup>45</sup> BAG DB 1988, 341; BAG DB 1989, 1033.

<sup>46</sup> Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 1972 ff.



zur Umgehung des Kündigungsschutzes führen darf.<sup>47</sup> Der „sachliche Grund“ ist daher nicht generell, sondern nur dann erforderlich, wenn ohne die Befristungsabrede bestimmte kündigungsschutzrechtliche Vorschriften eingreifen würden, was in der Regel erst nach sechs Monaten der Fall ist.<sup>48</sup> Dieses in Abweichung vom Wortlaut des § 620 BGB entwickelte Richterrecht ist insofern von nicht unerheblicher Bedeutung, als ein fehlender sachlicher Grund automatisch zur Entstehung eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses führt – trotz der Möglichkeit zur sozial gerechtfertigten Kündigung nach § 1 Abs. 2 KSchG eine sehr viel stärkere Sanktion als beispielsweise die Verhängung eines Bußgelds. Der Gesetzgeber hat deshalb zunächst durch das BeschFG 1985, dann durch die Neuregelung 1996 in erheblichem Umfang die „freie“ Befristung ermöglicht, um so einen Anreiz für Neueinstellungen zu schaffen. Mit dem Ablauf des Jahres 2000 wird die Vorschrift allerdings außer Kraft treten.

Die arbeitsrechtliche Diskussion hat sich fast ausschließlich auf dieser Ebene der Zulässigkeit bewegt. Dies erscheint zu eng. Anzuerkennen ist auf der einen Seite, daß es für Arbeitgeber einen zeitlich begrenzten Bedarf nach Arbeitskräften geben kann, die z.B. zur Abwicklung eines Projekts oder als Krankheitsvertretung benötigt werden. Diesem völlig berechtigten Bedürfnis muß aber nicht notwendigerweise durch den Abschluß befristeter Arbeitsverträge Rechnung getragen werden. In einem kleinen, eher atypischen Bereich, wo der unregelmäßige Arbeitsanfall zu den Selbstverständlichkeiten gehört, hat man statt dessen einen künstlichen Arbeitgeber geschaffen, der die Arbeitskräfte bei Bedarf den einzelnen Unternehmen zur Verfügung stellt. Gemeint ist damit der Gesamthafenbetrieb, der auf der Grundlage eines Gesetzes vom 3. 8. 1950<sup>49</sup> durch Tarifvertrag errichtet wird.<sup>50</sup> Er schließt mit den Hafenarbeitern unbefristete Arbeitsverträge ab und stellt sie den einzelnen Hafenbetrieben zur Verfügung. Der Gedanke „stabile Beschäftigung“ bei „flexiblem Einsatz“ scheint verallgemeinerungsfähig. Gewerbliche und nicht gewerbliche Leiharbeitsunternehmen erfüllen dann eine ähnliche Funktion, wenn sie mit einzelnen Beschäftigten Dauerarbeitsverhältnisse begründen. Auch Arbeitskräftepools werden diskutiert.<sup>51</sup> Warum sollte man auf diesem Weg nicht einige weitere Schritte unternehmen?

<sup>47</sup> BAG GS AP Nr. 16 zu § 620 BGB Befristeter Arbeitsvertrag.

<sup>48</sup> BAG BB 1982, 434.

<sup>49</sup> BGBl. I S. 352.

<sup>50</sup> Zum Hamburger Gesamthafenbetrieb siehe BAG NZA 1989, 564, zum Lübecker Gesamthafenbetrieb siehe BAG NZA 1989, 732.

<sup>51</sup> Weinkopf WSI-Mitt. 1993, 569 ff.

Keine Tradition hat in Deutschland eine andere denkbare Strategie: Durch Tarifvertrag könnte man die befristete Beschäftigung quantitativ beschränken, etwa auf 5 % des im Betrieb oder Unternehmen vorhandenen Arbeitsvolumens. Eine solche Gestaltung erinnert ein wenig an die sog. Lehrlingsskalen, die früher weit verbreitet waren.<sup>52</sup> Sie hatten u.a. die Funktion, den Rückgriff auf diese Art von „Billigarbeitskräften“ in Grenzen zu halten.

Nimmt man statt dessen die befristete Beschäftigung als gegeben hin, so wären drei Maßnahmen denkbar, um sie sozial verträglicher zu machen.

Zum einen sollte man ein Diskriminierungsverbot erwägen, das die vorhandene Schlechterstellung zumindest beschränken würde. Das geltende Recht kennt hierfür erste Ansätze. So verbietet die EG-Richtlinie vom 24. Juni 1991<sup>53</sup> eine Benachteiligung im Arbeitsschutz. Weiter hat es das LAG Hamm als Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG angesehen, daß ein Tarifvertrag Saisonarbeitskräfte mit weniger als 1000 Arbeitsstunden pro Jahr von der Zusatzversorgung des öffentlichen Dienstes ausschloß.<sup>54</sup> Ähnliches wäre für die Bezahlung denkbar; § 2 Abs. 1 BeschFG könnte insoweit als Vorbild dienen.<sup>55</sup>

Zum zweiten ist die Frage zu stellen, weshalb es eigentlich zulässig sein soll, sogar in vorformulierten Arbeitsverträgen ein Kündigungsrecht für den Arbeitgeber vorzusehen und so § 620 BGB zu Lasten des Arbeitnehmers abzubedingen.<sup>56</sup> Das BAG hat verschiedene Male betont, die einheitsvertragliche Abweichung von gesetzlichen Regeln dürfe nicht zu einer unbilligen, einseitigen Durchsetzung von Arbeitgeberinteressen führen.<sup>57</sup> Nimmt man diesen Grundsatz ernst, so wird man es schwerlich als „billig“ ansehen können, daß die schwächere Seite auch noch jenes Minimum an Bestandsschutz einbüßt, das selbst der 1896 geschaffene § 620 BGB vorsieht.

<sup>52</sup> Vergl. BAG AP Nr. 1 zu § 4 TVG Lehrlingsskalen.

<sup>53</sup> ABl. vom 29. 7. 1991, Nr. L 206/19, abgedruckt auch bei Däubler/Kittner/Lörcher, Internationale Arbeits- und Sozialordnung, 2. Auflage 1994, Nr. 449.

<sup>54</sup> LAG Hamm DB 1996, 632.

<sup>55</sup> Wenig aufgeschlossen jedoch BAG DB 1994, 539, wonach der Ausschluß befristeter Beschäftigter von einer anteiligen tariflichen Jahresonderzahlung nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt. Besteht die Gruppe der Befristeten überwiegend aus Frauen, kann im Einzelfall eine unerlaubte mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts vorliegen.

<sup>56</sup> Für Zulässigkeit ohne nähere Begründung BAG DB 1980, 2246, bestätigt durch BAG DB 1998, 1970.

<sup>57</sup> Vergl. BAG AP Nr. 1 zu § 242 BGB Ruhegeld – Unterstützungskasse; BAG AP Nr. 84 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 2 R, bestätigt durch BAG DB 1996, 2630.

Zum dritten könnte man der befristeten Beschäftigung den zusätzlichen wirtschaftlichen Anreiz nehmen, den sie durch den Wegfall aller an eine längere Betriebszugehörigkeit anknüpfenden Leistungen für den Arbeitgeber besitzt. Dies ließe sich in der Weise bewerkstelligen, daß beim Ausscheiden eine „Prekaritätsprämie“ fällig wird, die eine pauschale Abgeltung aller Senioritätsrechte darstellen würde. Die befristete Beschäftigung würde im Vergleich zur unbefristeten pro Stunde mehr kosten – ein wesentlicher Hebel dafür, daß diese Form des Arbeitsverhältnisses nur dann gewählt würde, wenn effektiv ein arbeitsbezogener Anlaß vorhanden wäre.

### V. Arbeit ohne Arbeitsverhältnis

Die Dienste von Personen in Anspruch zu nehmen, die formal selbständig sind, jedoch wirtschaftlich von einem Auftraggeber abhängen, ist keine Erfindung der „postindustriellen“ Gesellschaft. Am bekanntesten ist das Beispiel der Heimarbeiter, deren Rechtsstatus sich in einem jahrzehntelangen Prozeß an den des Arbeitnehmers angenähert hat. In der Gegenwart findet man etwa bei Rundfunk- und Fernsehanstalten, bei Presseunternehmen und bei Rechtsanwaltsbüros sog. freie Mitarbeiter; im Vertrieb und bei der Akquisition von Aufträgen werden häufig rechtlich selbständige Handelsvertreter eingesetzt. Dazu kommen Verkaufsfahrer, Einmann-Unternehmer auf dem Bau und Franchise-Nehmer, z.B. bei Restaurantketten und Mineralölgesellschaften.<sup>58</sup> Sie alle sind von der Sozialversicherung ausgenommen und haben ihre Einkünfte selbst zu versteuern; „Lohnnebenkosten“ entstehen für den Auftraggeber nicht. Das Arbeitsrecht hält jedoch Mechanismen bereit, die man nutzen kann, um wenigstens bei den Beschäftigungsbedingungen weitgehende Gleichheit mit den Arbeitnehmern herbeizuführen.

Zum einen kann es sich im konkreten Fall um ein verkapptes Arbeitsverhältnis handeln. Die fehlende persönliche Abhängigkeit wird z.B. im Vertrag nur vorgetäuscht, in Wirklichkeit liegt die arbeitnehmerartige Weisungsgebundenheit vor. Dies war in der Vergangenheit insbesondere bei vielen freien Mitarbeitern in den Medien der Fall.<sup>59</sup> Für den „Auftraggeber“ hat dies bisweilen die verheerende Konsequenz, für die zurückliegenden vier Jahre Zeit Sozialversicherungsbeiträge nachzahlen zu müssen. Ob und inwieweit der seit 1.1.1999

<sup>58</sup> Einzelnachweise bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 2105, 2116 ff.

<sup>59</sup> Überblick über empirische Daten und die Rechtsprechung des BAG bei Däubler, Arbeitsrecht 2, Rn. 2106 ff.

geltende § 7 Abs. 4 SGB IV Rückwirkungen auf den arbeitsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff hat, bleibt abzuwarten.<sup>59a</sup>

Ein zweites, schonenderes Mittel ist die Anwendung des Heimarbeitsgesetzes, das insbesondere die Festlegung von Mindestentgelten und Mindestarbeitsbedingungen vorsieht. Während es bis 1974 auf sog. gewerbliche, d.h. Arbeiter-Tätigkeiten beschränkt war,<sup>60</sup> bezieht es seither auch Angestellten-Tätigkeiten mit ein.<sup>61</sup> Entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung muß es sich dabei keineswegs um „einfache Bürotätigkeiten“ handeln.<sup>62</sup> Die vom HAG vorausgesetzte Schutzbedürftigkeit beruht auf der wirtschaftlichen Unselbständigkeit, die beispielsweise auch bei Programmier- oder Übersetzertätigkeiten gegeben sein kann.<sup>63</sup> Weiter findet das HAG auch dann Anwendung, wenn es sich um eine geringfügige Tätigkeit handelt, die den Lebensunterhalt nicht zu sichern vermag.<sup>64</sup> Eine Lücke besteht allerdings insoweit, als nach der Legaldefinition des § 2 Abs. 1 HAG der Auftraggeber ein Gewerbetreibender sein muß, so daß z.B. wissenschaftliche Einrichtungen oder Rundfunkanstalten ausscheiden und die von dort Beauftragten selbst im Falle ausgeprägter sozialer Schutzbedürftigkeit nicht vom HAG erfaßt werden.<sup>65</sup>

Im einzelnen wäre auszuloten, welche Gruppen der „neuen Selbständigen“ einbezogen werden könnten, wobei zu berücksichtigen ist, daß § 2 Abs. 1 HAG keineswegs die Tätigkeit an Heim und Herd, sondern in „selbstgewählter Arbeitsstätte“ voraussetzt. Weiter wird man beachten müssen, daß über die Wahrung der im HAG vorgesehenen Mindestkündigungsfristen hinaus auch jener (minimale) inhaltliche Kündigungsschutz besteht, der sich nach der Rechtsprechung des BVerfG<sup>66</sup> aus der Schutzpflicht des Staates für die Berufsfreiheit abhän-

<sup>59a</sup> Berechtigter Optimismus bei Reiserer BB 1999, 368.

<sup>60</sup> Brecht, HAG, Kommentar, 1977, § 2 Rn. 9; Maus/Schmidt, HAG, Kommentar, 3. Auflage 1976, § 2 Rn. 61.

<sup>61</sup> Wlotzke DB 1974, 2253.

<sup>62</sup> Ebenso Schmidt/Koberski/Tiemann/Wascher, HAG, 4. Aufl. 1998, § 2 Rn. 62 (mit Darstellung der Entwicklung Rn. 56 ff.).

<sup>63</sup> Dahingestellt in BAG DB 1992, 1782; wie hier Kappus NJW 1984, 2387; Kilian/Borsum/Hoffmeister, Telearbeit und Arbeitsrecht, Forschungsbericht, herausgegeben vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, 1987, S. 129; Müllner, Privatisierung des Arbeitsplatzes – Chancen, Risiken und rechtliche Gestaltbarkeit der Telearbeit, 1985, S. 99; Wedde, Telearbeit. Handbuch für Arbeitnehmer, Betriebsräte und Anwender, 2. Auflage 1994, S. 73 ff. Weitere Beispiele bei Schmidt u.a., § 2 Rn. 63.

<sup>64</sup> BAG AP Nr. 10 zu § 2 HAG.

<sup>65</sup> BAG DB 1992, 1782.

<sup>66</sup> DB 1998, 826. Die Ausklammerung der Heimarbeiter aus § 613a Abs. 4 BGB durch BAG DB 1998, 1669 scheint von daher angreifbar.



gig Beschäftigter ergibt. Inwieweit sich Derartiges auch aus dem Gleichheitssatz ergeben könnte, ist bislang kaum andiskutiert.<sup>67</sup>

Drittes Mittel zur Herstellung relativer Gleichheit ist die Anwendung der Grundsätze, die für arbeitnehmerähnliche Personen gelten. Daß es diese Kategorie von Beschäftigten gibt, wird schon aus § 5 Abs. 1 Satz 2 ArbGG deutlich, der die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte auf sie erstreckt. Die Rechtsprechung nimmt wirtschaftliche Unselbständigkeit und die aus ihr folgende soziale Schutzbedürftigkeit z.B. schon dann an, wenn eine Person für eine Monatsvergütung von 20 000,00 DM zzgl. Mehrwertsteuer von der Treuhandanstalt in verschiedenen GmbHs als Liquidator eingesetzt wurde, weil gleichzeitig die Verpflichtung bestand, für keinen anderen Auftraggeber tätig zu werden.<sup>68</sup>

Der Gesetzgeber hat das Recht der arbeitnehmerähnlichen Personen nicht zusammenhängend geregelt; allerdings existiert eine Reihe wichtiger Einzelnormen. § 2 BUrlG sieht eine Gleichstellung mit den Arbeitnehmern im gesetzlichen Urlaubsrecht, § 2 Abs. 1 Nr. 3 ArbSchG im Arbeitsschutz vor. § 17 Abs. 1 Satz 2 BetrAVG läßt die Einbeziehung in die betriebliche Altersversorgung zu. § 12a TVG gestattet den Abschluß von Tarifverträgen, klammert freilich die Handelsvertreter aus. Das BAG wendet die Vorschriften über das nachvertragliche Wettbewerbsverbot analog an<sup>69</sup> und folgt damit einem beifallswerten Ansatz: Soweit eine vergleichbare Schutzbedürftigkeit wie bei Arbeitnehmern besteht, sind arbeitsrechtliche Grundsätze entsprechend anzuwenden. Daraus folgt keineswegs eine universelle Gleichstellung, was schon das Beispiel des Direktionsrechts deutlich macht, das mangels persönlicher Abhängigkeit von vornherein keinen Anwendungsbereich besitzt.

Ob von diesen Möglichkeiten Gebrauch gemacht wird, ist weniger eine Frage konsistenter Rechtsdogmatik als eine rechtspolitische Entscheidung. Das Arbeitsrecht bietet jedenfalls im Grundsatz das nötige Instrumentarium, um Billigarbeitsbedingungen und Schutzlosigkeit zu vermeiden. Davon Gebrauch zu machen, bewegt sich im Rahmen der Vorgaben, die das BVerfG für eine sachgerechte Nutzung der Privatautonomie entwickelt hat.<sup>70</sup>

Wer für eine Vielzahl von Auftraggebern tätig wird, ist keine arbeitnehmerähnliche Person. Insoweit müssen ggf. zivilrechtliche Mechanis-

<sup>67</sup> Ob die Ausklammerung der Heimarbeiter aus der betrieblichen Altersversorgung gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt, blieb in BAG DB 1998, 1671 dahingestellt.

<sup>68</sup> BAG DB 1998, 1291.

<sup>69</sup> BAG DB 1997, 1979.

<sup>70</sup> Dieterich RdA 1995, 129 ff.

men aktiviert werden, um einer Übervorteilung zu begegnen. Dem Arbeitsrecht kommt kein Monopol für soziale Gerechtigkeit zu.

## VI. Implementation

Die im materiellen Arbeitsrecht so nachhaltig betonte Abhängigkeit des einzelnen Arbeitnehmers spielt keine Rolle mehr, wenn die gerichtliche Durchsetzung seiner Rechte zur Debatte steht. Das ArbGG geht nicht anders als die ZPO davon aus, daß sich zwei ebenbürtige Parteien gegenüberstehen, die den Streitstoff in das Verfahren einbringen und jederzeit über seinen Gegenstand verfügen können. Angesichts der oben<sup>71</sup> skizzierten Situation sind hier Zweifel angebracht.<sup>72</sup> Diese sind um so gravierender, als die Individualklage des einzelnen Arbeitnehmers als das zentrale Durchsetzungsmittel konzipiert ist. Formenreichtum und Anpassungsfähigkeit sind auf das materielle Arbeitsrecht beschränkt.

Anders als das Wettbewerbs-<sup>73</sup>, das AGB-<sup>74</sup> und das Kartellrecht<sup>75</sup> kennt das Arbeitsrecht bislang keine Verbandsklage. Es ist bei dem traditionellen Modell stehengeblieben, wonach Individuen wie auch Kollektive lediglich eigene Rechte gerichtlich geltend machen können. Beim Verbandstarif heißt dies, daß nur der Arbeitgeberverband, nicht aber das einzelne Mitgliedsunternehmen in die Pflicht genommen werden kann. Betriebsräte können zwar vom Arbeitgeber verlangen, daß die mit ihnen abgeschlossenen Betriebsvereinbarungen auch effektiv umgesetzt werden, doch hat das BAG von diesem „Durchführungsanspruch“ insofern eine Ausnahme gemacht, als der Betriebsrat nicht berechtigt sei, die Beachtung von Individualansprüchen (im konkreten Fall: Auszahlungen aus einem Härtefonds) sicherzustellen.<sup>76</sup> Auch der Rückgriff auf die Figur der Prozeßstandschaft, wonach etwa die Gewerkschaft berechtigt wäre, die tariflichen Ansprüche ihrer Mitglieder geltend zu machen, hat bislang bei den Gerichten keine Anerkennung gefunden.<sup>77</sup> Lediglich dann, wenn Betriebsrat und Arbeitgeber auf ta-

<sup>71</sup> I.

<sup>72</sup> Zur Parallelisierung von materiellem Recht und Prozeßrecht bei Ungleichgewichtslagen ähnlich Gilles ZZP 98 (1985), S. 1.

<sup>73</sup> § 13 Abs. 2 UWG.

<sup>74</sup> § 13 Abs. 2 AGBG.

<sup>75</sup> § 35 Abs. 3 GWB. zur Verbandsklage im Umweltschutzrecht siehe Kloepfer, Umweltrecht, 1989, § 5 Rn. 28 ff.

<sup>76</sup> BAG AP Nr. 53 zu § 112 BetrVG 1972.

<sup>77</sup> Grundlegend BAG AP Nr. 7 zu § 256 ZPO.

riflich geregelten Sachgebieten tätig werden und freiwillige Betriebsvereinbarungen schließen, stehen der betroffenen Gewerkschaft prozessuale Möglichkeiten zur Verfügung.<sup>78</sup>

Auch von der Gewerbeaufsicht ist in den meisten Fällen keine Hilfe zu erwarten. Nach deutscher Tradition ist sie auf den Bereich des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes beschränkt. Sie hat keine Möglichkeit, etwa die Einhaltung von Tarifverträgen oder von Antidiskriminierungsvorschriften zu kontrollieren. Insoweit ergibt sich ein recht deutlicher Gegensatz zu Frankreich, wo die inspection du travail bis 1982 die Einhaltung der für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge überwachen konnte und wo sie seither für alle Tarifverträge zuständig ist.<sup>79</sup>

Schließlich ist nach der Rechtsprechung des BAG<sup>80</sup> auch der Streik kein taugliches Mittel, um bestehende Rechte durchzusetzen, beispielsweise die Wiedereinstellung zu unrecht gekündigter Arbeitnehmer zu erzwingen. Was bleibt, ist das Zurückbehaltungsrecht nach den §§ 273 Abs. 1, 320 Abs. 1 BGB, das zwar auch gemeinsam ausgeübt werden kann,<sup>81</sup> das jedoch ausschließlich solchen Arbeitnehmern zusteht, denen gegenüber der Arbeitgeber seine Pflichten verletzt hat.<sup>82</sup> Solidarisierungsprozessen sind daher enge Grenzen gesetzt. Da überdies verlangt wird, daß die Beteiligten den Arbeitgeber „in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise“ davon in Kenntnis setzen, daß sie nicht etwa streiken, sondern ein Zurückbehaltungsrecht ausüben wollen,<sup>83</sup> ist die praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts bislang relativ gering.

Was könnte man tun? Der überkommene Rahmen wäre am wenigsten verlassen, wenn man die Klagebefugnis ausdehnen und sie Instanzen einräumen würde, die der arbeitnehmertypischen Abhängigkeit nicht ausgesetzt sind. Dies könnte entsprechend § 25 HAG die Arbeitsverwaltung sein, doch würde es möglicherweise mehr Akzeptanz finden, der Gewerkschaft das Recht einzuräumen, gegen tarifwidrige Arbeitsbedingungen in einzelnen Betrieben vorzugehen.<sup>84</sup> Freilich hilft dies wenig gegen Tariffucht und die damit einhergehende Erosion des Flächentarifs. Hier könnte nur insoweit gegengesteuert werden, als ver-

<sup>78</sup> BAG NZA 1992, 317.

<sup>79</sup> Art. L 611-1 Code du travail; dazu Lyon-Caen/Pélissier/Supiot, Droit du travail, 19<sup>e</sup> édition 1998, R.n. 886 ff.

<sup>80</sup> BAG DB 1978, 1403.

<sup>81</sup> BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6.

<sup>82</sup> BAG AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6 R/7.

<sup>83</sup> BAG, aaO, Bl. 7 R.

<sup>84</sup> Dazu umfassend nunmehr Pfarr/Kocher, Kollektivverfahren im Arbeitsrecht, 1998.

stärkt vom Mittel der Allgemeinverbindlicherklärung nach § 5 TVG Gebrauch gemacht wird.

Sicher ist eines: Die „Problemlösungskapazitäten“, die das materielle Arbeitsrecht bietet, bleiben ungenutzt, wenn im Konfliktfall seine Normen nicht auch durchgesetzt werden können. Insoweit geht es um ein wesentliches Stück Rechtsstaat, um dessen Ausbau sich der Jubilar als Verfassungsrichter, als Präsident des BAG und als Wissenschaftler in höchstem Maße verdient gemacht hat.