Professor Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

# Arbeitsrecht und Politik

## I. Der politische Charakter des Arbeitsrechts

### 1. Die Einigkeit im Grundsätzlichen

Arbeitsrecht hat "eminent politische Bedeutung"<sup>1</sup>. und ist "in besonderem Maße systemgebundenes, politisches Recht"<sup>2</sup>. Es stellt das "Nervenzentrum" der Wirtschafts- und Sozialpolitik eines Gemeinwesens dar<sup>3</sup>. Von anderer Seite wird es als "Ausdruck einer unter- oder vielleicht auch abgebrochenen historischen Klassenkampf- und Emanzipationsbewegung" angesehen<sup>4</sup>, was gleichfalls auf einen politischen, das gesamte Gemeinwesen betreffenden Charakter hinweist.

Die Übereinstimmung im Ergebnis stützt sich auf identische oder nahezu identische Feststellungen. Die Erwerbsarbeit hat für den einzelnen (und die von ihm abhängigen Personen) noch immer existentielle Bedeutung; sie bestimmt über Lebensstandard und Sozialprestige<sup>5</sup>. Die Qualität einer Rechtsordnung, ihre Freiheitlichkeit wie ihre Unfreiheitlichkeit bestimmt sich vorwiegend danach, welche Stellung der einzelne im Arbeitsprozeß besitzt<sup>6</sup>. Gleichzeitig ist Arbeitsrecht Teil der Wirtschaftsordnung, und beeinflußt den Einsatz der Produktionsmittel wie die Verteilung der erwirtschafteten Werte<sup>7</sup>. Nur wenn es einen ausreichenden Beitrag zu rationalen Entscheidungsprozessen in Unternehmen liefert, ist der soziale Frieden langfristig gesichert<sup>8</sup>.

## 2. Welche Zwecke verfolgt das Arbeitsrecht?

Die rechtliche Regelung des Phänomens "abhängige Arbeit" kann unterschiedliche Ziele haben. Für Deutschland wie für die anderen EU-Mitgliedstaaten lassen sich insoweit zwei Feststellungen treffen:

Arbeitsrechtsnormen wollen zum einen den auf die Verwertung seiner Arbeitskraft angewiesenen Arbeitnehmer schützen<sup>9</sup>. Deshalb ist ihm das Recht zur "Selbsthilfe", d. h. zur organisierten Wahrung seiner Interessen garantiert, was sich insbesondere in der Koalitionsfreiheit und in der Existenz betrieblicher Interessenvertretungen niederschlägt. Daneben besteht das staatliche Arbeitnehmerschutzrecht, das von sich aus einen bestimmten Minimalstandard für Löhne und Arbeitsbedingungen festlegt<sup>10</sup>.

Das Arbeitsrecht will zum zweiten einen wichtigen Beitrag zur Sicherung der bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse leisten. Dies geschieht dadurch, daß der Interessenwahrung Grenzen gesetzt, z.B. spontane Arbeitsniederlegungen verboten oder unternehmerische Entscheidungen als vorgegebene Größen behandelt werden. Weiter existieren zahlreiche Normen, die ihrem Inhalt nach arbeitnehmerschützend sind, die jedoch gleichzeitig wohlverstandenen Interessen einzelner oder aller Unternehmen entsprechen. So führen etwa überlange Arbeitszeiten zu vermeidbaren Störungen im Produktionsprozeß.

<sup>1)</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, 5. Aufl. 1998, § 2 I 3.

<sup>2)</sup> Rüthers, Arbeitsrecht und politisches System, 1973, S. 16.

<sup>3)</sup> Preis, RdA 1995, 333.

<sup>4)</sup> Wiethölter, Rechtswissenschaft, 1968, S. 284.

<sup>5)</sup> Däubler, Arbeitsrecht 1, 15. Aufl. 1998, Rdnr. 3; ähnlich Zöllner/Loritz, § 2 I 2.

<sup>6)</sup> Häberle, JZ 1984, 354.

<sup>7)</sup> Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht, § 1 II; Preis, RdA 1995, 334.

<sup>8)</sup> Dieterich, AuR 1997, 7.

<sup>9)</sup> So ausdrücklich bereits BAG AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikation, Bl. 2 R.

<sup>10)</sup> Sinzheimer, Arbeitsrecht und Arbeiterbewegung, wieder abgedruckt in: Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie Band 1, 1976, S. 102, 103, sprach sachlich übereinstimmend von "Arbeitsfreiheitsgesetzgebung" und "Arbeiterschutzgesetzgebung".

Schließlich ist ein gewisses Maß an Schutz die beste Garantie dafür, daß sich der einzelne mit dem Status quo der Verteilung von Macht und wirtschaftlichen Werten abfindet. Insoweit kann von einer Ordnungs- oder Befriedungsfunktion des Arbeitsrechts gesprochen werden<sup>11</sup>.

#### 3. Politische Angriffe auf das Arbeitsrecht

Der konkrete Inhalt arbeitsrechtlicher Normen war seit jeher Gegenstand politischer Auseinandersetzungen. Die Frage, wie weit z.B. Mitbestimmung und Kündigungsschutz reichen sollen, wird typischerweise von Arbeitgebern und Arbeitnehmern unterschiedlich beurteilt; auch im parlamentarischen Raum sowie bei anderen Normsetzern bestehen verschiedene Auffassungen. Dies mag ein wenig mit der simplifizierenden Vorstellung zusammenhängen, daß es sich um eine Art Nullsummenspiel im Verhältnis von Arbeit und Kapital handle: Je stärker die Rechtsstellung des einen um so schwächer die Position des anderen. Aus diesem "politischen Alltagsgeschäft", das in der Regel kaum zu Veränderungen führt, fallen zwei Konzeptionen heraus.

Ende der 60er und Anfang der 70er Jahre wurde von einigen Wissenschaftlern und "linken" Gewerkschaftern der Standpunkt vertreten, Arbeitsrecht sei letztlich nur ein Hindernis im Klassenkampf und müsse deshalb in der vorliegenden Form überwunden werden <sup>12</sup>. Diese Position verabsolutierte die Ordnungsfunktion und idealisierte die Vorzüge einer "direkten Aktion" <sup>13</sup>. In der Gegenwart hat sie sich praktisch erledigt, weil ersichtlich nicht genügend "klassenkampfwillige" Arbeitnehmer vorhanden sind.

Der heutige Angriff kommt von anderer Seite. Neoliberale Ökonomen und Juristen sehen Arbeitsrechtsnormen als "marktfremd" an, die den Preis der Ware Arbeitskraft künstlich hochhalten. Ihr Abbau hätte zur Folge, daß die billiger werdende Arbeitskraft vermehrt nachgefragt und so die Arbeitslosigkeit beseitigt würde 14. Arbeitsrecht wird hier ausschließlich unter dem Aspekt eines (kostenträchtigen) Schutzes gesehen, während die Ordnungsfunktion überhaupt nicht zur Kenntnis genommen wird. Neoliberale Autoren können den Zeitgeist ("die Staatswirtschaft hat versagt, dem Markt gehört die Zukunft") für sich reklamieren ebenso wie den von der Globalisierung der Märkte ausgehenden Druck zu immer kostengünstigerem Arbeiten. Eine zusammenfassende Anti-kritik findet sich nur selten <sup>15</sup>. Gleichwohl waren die Erfolge beschränkt, da sich de facto eine Koalition aus progressiven, sozialkonservativen und kirchlich orientierten Autoren sowie aus Pragmatikern in Gewerkschaften, Ministerien und Gerichten gebildet hat, die das bisherige Arbeitsrecht im Grundsatz beibehalten möchte.

Auch im folgenden wird es nicht primär um eine inhaltliche Auseinandersetzung mit den Marktradikalen gehen 16. Dem Schwerpunkt des vorliegenden Heftes entsprechend soll vielmehr der Einwirkung des politischen Systems auf einzelne Teile des Arbeitsrechts nachgegangen werden. Verfassungsgarantien lassen sich ersichtlich weniger leicht ändern als Gesetze und Tarifverträge, doch wird es insbesondere auch darum gehen, inwieweit das "Richterrecht" und die "herrschende Meinung" politisch determinierbar sind. Dies soll zunächst für den nationalstaatlichen Rahmen untersucht werden (unten II). Es folgen vergleichbare Überlegungen zum EG-Recht (unten III) und zum Arbeitsvölkerrecht (unten IV). Schließlich wird uns interssieren, inwieweit andere als arbeitsrechtliche Normen dazu verwendet werden (können), um Veränderungen im Verhältnis von Arbeit und Kapital herbeizuführen. Eine solche "Kontextsteuerung", für die die 1986 verabschiedete Neufassung des § 116 AFG als Beispiel stehen mag, stößt möglicherweise auf geringere Widerstände als direkte Eingriffe in den überkommenen Normenbestand des Arbeitsrechts (dazu unten V).

### II. Änderungen im Arbeitsrecht durch politische Gestaltung

1. Der dynamische Teil des Arbeitsrechts

a) Gesetze

In einem parlamentarischen Regierungssystem ist das Gesetz gewissermaßen das natürliche Mittel, um das geltende Recht weiterzuentwickeln. Gleichwohl wird dieser Weg im hier interessierenden Bereich nur relativ selten beschritten. Das letzte Grundlagengesetz, das BetrVG, stammt aus dem Jahre 1972 17 Das Mitbestimmungsgesetz 1976 gehört nicht in diese Kategorie. Im Grunde hat es nur die Zahl der von den Arbeitnehmern bestimmten Aufsichtsratsmitglieder erhöht und damit deren Informationsmöglichkeiten faktisch erweitert - ein tatsächlicher Einfluß auf die Unternehmenspolitik ist schwer nachweisbar, gegen "shareholder value" vermag eine Minderheit im Aufsichtsrat nichts auszurichten 18. Auch kann man sich fragen, ob es sich überhaupt noch um eine arbeitsrechtliche (und nicht um eine gesellschaftsrechtliche) Institution handelt, wenn man der Auffassung folgt, die Rechtsstellung sämtlicher Aufsichtsratsmitglieder sei ausschließlich durch das vom Rentabilitätsinteresse geprägte Unternehmenswohl bestimmt 19

Die später verabschiedeten Gesetze betrafen kleinere Änderungen von geringer praktischer Reichweite wie den 1988 verstärkten Minderheitenschutz in der Betriebsverfassung oder die zeitgleich erfolgende Regelung der Sprecherausschüsse. Das BeschFG 1985 trug neoliberalen Vorstellungen nur durch die Erleichterung der Befristung Rechnung; auf der anderen Seite wurden ein Diskriminierungsverbot zugunsten von Teilzeitkräften und einige (wenn auch wenig wirksame) Mindestnormen für Kapovaz geschaffen. Erst das sogenannte Arbeitsrechtli-Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. September 1996<sup>20</sup> brachte insbesondere bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und beim Kündigungsschutz einen deutlichen Einschnitt<sup>21</sup>. Der "Krankenlohn" betraf allerdings einen Gegenstand von hohem Symbolwert<sup>22</sup>, der im Bewußtsein vieler Arbeitnehmer den "Sozialabbau" manifest machte. Die Reaktion waren spontane Arbeitsniederlegungen (etwa im Daimler-Benz Konzern), sowie Tarifverhandlungen, die in den alten Bundesländern in der Regel zur Wiederherstellung der 100%-Regelung (gegen Konzessionen auf anderen Gebieten) führ-. Die Änderung der Kleinbetriebsklausel wird dadurch relativiert, daß das BVerfG in seiner Entscheidung vom 27. 1. 1998 einen "Mindestkündigungsschutz" auch für die Bereiche einforderte, die nicht dem KSchG unterliegen<sup>24</sup>. Danach sind insbesondere auf sachfremden Motiven beruhende Kündigun-

11) Eingehender dazu Däubler, Arbeitsrecht 1, Rdnr. 43-53.

12) In diese Richtung etwa *Unterseher*, in: Jacobi u. a., Gewerkschaften und Klassenkampf, Kritisches Jahrbuch, 1972, S. 190 ff. sowie die Beiträge in: KJ 1975, 1 ff.

13) Kritische Auseinandersetzung bei *Däubler*, ZRSoz 1981, 80. Zu den Nachteilen einer nicht verrechtlichten Interessenvertretung siehe weiter

Däubler, Kursbuch 56, 1979, S. 118 ff.

14) Positionen dieser Art wurden vom Sachverständigenrat und der Deregulierungskommission der Bundesregierung vertreten; in der juristischen Literatur hat sie *Adomeit* am nachhaltigsten übernommen, doch finden sich Anleihen auch bei *Ehmann, Reuter* und *Rüthers*.

15) Siehe jedoch Opholzer, AuR 1998, 45; Hickel, Standort-Wahn und

Euro-Angst, 1998, S. 39 ff.

16) Ansätze etwa in: Blätter für deutsche und internationale Politik 1998, 698 ff. und in: AiB 1998, 328 ff.

17) Ebenso die Einschätzung bei Hanau, DB 1998, 69.

18) Hanau, DB 1998, 69.

19) Zu dieser durchaus kontroversen Frage, die sich insbesondere am Umfang der Verschwiegenheitspflicht festmacht, siehe die Nachweise bei *Däubler*, Arbeitsrecht 1, R. dnr. 1289 ff., 1349.

20) BGBl fS. 1476.

21) Dazu Buschmann, AuR 1996, 285.

22) Zum Symbolwert von Arbeitsrechtsnormen siehe Hyde; In: Rogowski-Wilthagen (eds), Reflexive Labour Law, 1994, S. 178 ff.

23) Bispinck/WSI-Tarifarchiv, WSI-Mitteilungen 1997, 85; vgl. weiter Dieterich, AuR 1997, 6f.

24) BVerfG, DB 1998, 826.

gen verboten. Soweit eine Auswahl unter mehreren Arbeitnehmern zu treffen ist, sei ein "gewisses Maß an sozialer Rücksichtnahme" erforderlich. Schließlich dürfe auch ein durch langjährige Mitarbeit erdientes Vertrauen in den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses nicht unberücksichtigt bleiben<sup>25</sup>. Die Konkretisierung dieser allgemeinen Maßstäbe liegt in der Hand der Arbeitsgerichte.

Größere Vorhaben wie die Kodifizierung des Arbeitsvertragsrechts<sup>26</sup> und ein Arbeitskampfgesetz<sup>27</sup> sind auf kaum überwindbare Schwierigkeiten gestoßen. Verantwortlich dafür ist weniger das Problem, angesichts einer schnellen Entwicklung und wachsender europäischer Einflüsse ein in sich konsistentes System zu schaffen<sup>28</sup>, als vielmehr die Befürchtung von Arbeitgebern wie von Gewerkschaften, die einmal etablierten Spielregeln könnten sich in nicht kontrollierbarer Weise zu den eigenen Lasten (und sei es um 10%) verschieben<sup>29</sup>. Gegen das Votum beider Seiten wird der Gesetzgeber jedoch allenfalls dann handeln, wenn er einen dringenden Bedarf sieht; dieser liegt weder im Arbeitsvertrags- noch im Arbeitskampfrecht auf der Hand.

### b) Kollektivverträge

Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen sind als normativ wirkende Abmachungen eine Besonderheit des Arbeitsrechts<sup>30</sup>. Sie sind typischerweise "Vorreiter" der arbeitsrechtlichen Entwicklung 31. So wurden etwa die erweiterten Mitbestimmungsrechte nach dem BetrVG 1972 in vielen Bereichen durch tarifliche Regelungen vorweggenommen 32. Dabei können Tarifverträge auch neue Rechtsinstitute ausbilden wie etwa den "unkündbaren" Arbeitnehmer<sup>33</sup> oder die Arbeitszeitverkürzung ohne Lohnausgleich bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens 34. Wichtigste Funkton ist allerdings die Anpassung zentraler Größen des Arbeitsverhältnisses wie Lohn und Arbeitszeit an die Verhältnisse der jeweiligen Branche bzw. des jeweiligen Betriebs. Stärker als bei der Gesetzgebung schlagen hier reale oder vermeintliche ökonomische Notwendigkeiten durch. Die Erosion des Flächentarifvertrags 35 führt oft zu "tariffreien Zonen"36 sowie dazu, daß sich Betriebsräte auf Abmachungen einlassen müssen, die deutlich unter Tarifniveau liegen 37. Wie stark auch die "Großorganisation" Gewerkschaft politischen Rahmenbedingungen Rechnung trägt, wird. u. a. daran deutlich, daß die Tarifabschlüsse 1996 und 1997 jedenfalls in den alten Bundesländern hinter dem Produktivitätszuwachs zurückblieben 38, was einige Ökonomen mit dem Argument kritisieren, dies habe die Stagnation der Binnennachfrage ohne Not verlängert 39.

## 2. Der statische Teil des Arbeitsrechts

## a) Verfassungsrecht

Das Grundgesetz hat dem Arbeitsrecht nur wenige Bestimmungen gewidmet. Neben der Kompetenzvorschrift des Art. 74 Nr. 12 ist primär die Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG zu nennen; daneben steht die Berufsfreiheit des Art. 12, die - wie die Erwähnung der "freien Wahl des Arbeitsplatzes" deutlich macht – auch ein Arbeitnehmergrundrecht ist 40. Zu erwähnen ist weiter das grundsätzliche Verbot der Sonntagsarbeit durch Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV. Daneben finden sich Ausgrenzungen aus dem Arbeitsrecht: Art. 33 Abs. 4 GG behält die Ausübung hoheitlicher Gewalt grundsätzlich den Beamten vor. Die durch Art. 140 GG iVm Art. 137 Abs. 2 WRV garantierte kirchliche Selbstbestimmung erfaßt in einem vom Verfassungstext nicht vorgegebenen Umfang auch Beschäftigungsverhältnisse der bei den Kirchen tätigen Personen<sup>41</sup>.

Der vergleichsweise bescheidene Text kann nicht losgelöst von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beurteilt werden. Diese ist gegenüber aktuellen politischen Entwicklungen stärker abgeschirmt als der Gesetzgeber oder gar die Tarifparteien. Ein "Kurswechsel" kommt vor, ist aber bisweilen kaum wahrnehmbar; der Vergleich zweier Entscheidungen führt in die

hohe Kunst der Textexegese und erinnert bisweilen an die Millimeterarbeit eines Modellschreiners.

Bis gegen Ende der 70er Jahre hat das BVerfG den arbeitsrechtlichen Status quo im wesentlichen unberührt gelassen, was insbesondere auch für die Unternehmensmitbestimmung gilt 42. Dann folgte jedoch eine eher restriktive Phase. Die Entscheidungen des Zweiten Senats zum gewerkschaftlichen Zugangsrecht zu kirchlichen Einrichtungen <sup>43</sup>, zum Sozialplan im Konkurs <sup>44</sup> und zum Kündigungsschutz gegenüber dem Arbeitgeber "Kirche"45 hat Rechtspositionen der Arbeitnehmer zurückgenommen, die zuvor auch vom BAG anerkannt worden waren. In den 90er Jahren hat demgegenüber der Erste Senat zur Koalitionsfreiheit <sup>46</sup>, zum Beamteneinsatz bei Streiks <sup>47</sup>, zur Meinungsfrei-heit <sup>48</sup> und zum Persönlichkeitsschutz <sup>49</sup> Entscheidungen gefällt, die arbeitsgerichtliche Urteile zugunsten der Arbeitnehmer korrigiert haben. Unter Vorbehalt gebilligt wurde die Neufassung des § 116 AFG und damit ein erheblicher Einschnitt in Arbeitnehmerrechte 50; dasselbe gilt für die Einrichtung des sogenannten zweiten Schiffsregisters, wonach deutsche Reeder Seeleute zu Heimatlandbedingungen (also zu philippinischen, indischen usw. Löhnen) beschäftigen können 51. Auch die Regelung im HRG, wonach die dort vorgesehenen Befristungsgründe nicht durch Tarifvertrag eingeengt werden dürfen, fand die Billigung des Gerichts, doch wurde zumindest angedeutet, daß ein vergleichbarer Eingriff in zentralere Bereiche des tariflich Regelbaren nicht hingenommen würde 52. Man kann vermuten, daß genau deshalb bei der Neugestaltung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch das sogenannte Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz im Jahre 1996 auf eine "Kassierung" der einschlägigen Tarifverträge verzichtet wurde.

Die Beispiele machen deutlich, daß dem Gesetzgeber durchaus fühlbare Grenzen gezogen sind. Sie zu überwinden würde eine Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat oder eine Kurskorrektur des BVerfG voraussetzen, die jedenfalls bis-

<sup>25)</sup> BVerfG, DB 1998, 827 re. Sp.
26) Dazu etwa (unterstützend) Hromadka, NJW 1992, 1985; Wank, DB 1992, 1826,

Dazu zuletzt Kissel, in: Festschrift Schaub (1998), S. 374 ff.
 Dazu Däubler, AuR 1992, 129 ff.; Weiss, 59. DJT, 1992, Referat. 29) Vgl. auch Schlochauer, in: Festschrift Wlotzke (1996), S. 121 ff.

<sup>30)</sup> Zu anderen Kollektivverträgen, denen in der Regel eine vergleichbare normative Wirkung abgeht, siehe Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996.

<sup>31)</sup> So für Tarifverträge schon Kahn-Freund, in: Festschrift Rheinstein (1969), S. 1023 ff.

<sup>32)</sup> Dazu Spilger, Tarifvertragliches Betriebsverfassungsrecht. Rechtstatsachen und Rechtsfragen tarifvertraglicher Regelungen von Betriebsratsrechten, 1988.

<sup>33)</sup> Dazu Bröhl, in: Festschrift Schaub (1998), S. 55 ff.

<sup>34)</sup> Dazu Bauer/Diller, NZA 1994, 353 ff.; Zachert, AuR 1995, 1 ff. 35) Wendeling-Schröder, WSI-Mitteilungen 1997, 90 ff.; Zachert, RdA

<sup>1996, 140</sup> ff. 36) Nach dem IAB-Betriebspanel (wiedergegeben bei Bellmann u. a., Fle-

xibilität von Betrieben in Deutschland, 1996, S. 57) bestand 1995 nur noch in 62% aller Betriebe tariflicher Schutz.

<sup>37)</sup> Dieterich, AuR 1997, 3.

<sup>38)</sup> S. die Angaben in: DIW-Wochenberichte, Heft 20-21/1998, S. 364.

<sup>39)</sup> DIW (Fn 38); Hickel (Fn. 15), S. 244.

<sup>40)</sup> So bereits BVerfGE 7, 377, 398 f.; siehe weiter BVerfGE 50, 290, 365. 41) Dazu die herrschende Rechtsauffassung luzide zusammenfassend Richardi, Arbeitsrecht in der Kirche, 2. Aufl. 1992; zu abweichenden Ansätzen siehe Gamillscheg, in: Festschrift Zeuner (1994), S. 46 ff.; Wahsner, in: Paech-Stuby (Hrsg.), Wider die herrschende Meinung. Beiträge für Wolfgang

Abendroth, 1982, S. 86 ff. 42) BVerfGE 50, 290.ff.

<sup>43)</sup> BVerfGE 57, 220.

<sup>44)</sup> BVerfGE 65, 162ff.

<sup>45)</sup> BVerfG 4.6. 1985 AP Nr. 24 zu Art. 140 GG.

<sup>46)</sup> BVerfGE 93, 352 ff.; dazu Heilmann, AuR 1996, 121 ff. 47) BVerfG 2. 3. 1993 AP Nr. 125 zu Art. 9 GG Arbeitskampf.

<sup>48)</sup> BVerfG 19. 5. 1992, AP Nr. 12 zu Art. 5 Abs. 1GG Meinungsfreiheir.

<sup>49)</sup> BVerfG 19. 12. 1991 AP Nr. 24 zu § 611 BGB Persönlichkeitsrecht.

<sup>50)</sup> BVerfG 4. 7. 1995 AP Nr. 4 zu § 116 AFG.

<sup>51)</sup> BVerfG 10. 1. 1995 AP Nr. 76 zu Art. 9 GG (Wank).

<sup>52)</sup> BVerfGE 94, 268 ff.

lang niemals aus tagespolitischen Erwägungen heraus erfolgte. In diesem verfassungsrechtlichen Rahmen liegt im übrigen ein entscheidender Unterschied zur englischen Rechtsordnung, wo der Abbau von Gewerkschafts- und Arbeitnehmerrechten in der Ära Thatcher 53 ungebremst möglich war; eine einfache Mehrheitsentscheidung im Unterhaus genügte.

#### b) Richterrecht

Die ständige Rechtsprechung des BAG konstituiert keine Rechtsnormen, aber sie wirkt faktisch wie solche. In der Literatur ist dies heute weithin anerkannt<sup>54</sup>, auch wenn das Interesse für die "Faktizität" bei einzelnen Autoren durchaus unterschiedlich ausgeprägt sein mag. Das BVerfG hat die Entwicklung richterrechtlicher Sätze durch die Arbeitsgerichtsbarkeit ausdrücklich gebilligt – und zwar selbst zu so zentralen Fragen wie dem Arbeitnehmerbegriff<sup>55</sup>, der Arbeitnehmerhaftung<sup>56</sup> und dem Arbeitskampfrecht<sup>57</sup>. Die Ursachen dieses Phänomens, das sich beispielsweise auch im Deliktsrecht<sup>58</sup> und im Konzernrecht 59 findet, können hier nicht im einzelnen dargelegt werden. Eine Rolle spielt sicherlich die Lückenhaftigkeit und Uneindeutigkeit gesetzlicher Regeln sowie die "Offenheit" richterlicher Interpretationsgrundsätze. Für die Beurteilung wichtiger scheint die Tatsache, daß durch die Orientierung am Einzelfall eine "Feinsteuerung" im Rahmen der oft sehr allgemeinen Vorgaben der Verfassung und des Gesetzgebers erfolgen kann <sup>60</sup>.

Die Rechtsprechung des BAG hat sich im wesentlichen von zwei Grundentscheidungen leiten lassen. Die eine bestand darin, auf Kompatibilität mit den Grundprinzipien der bestehenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung zu achten. Angesichts privater Verfügungsmacht über Produktionsmittel hat sie daher wohlverstandenen Unternehmerinteressen Rechnung getragen - eine Feststellung, die vor über zwanzig Jahren für viel Aufregung gesorgt hat 61. Zweite Maxime war (und ist) das Bemühen, innerhalb dieses Rahmens zu einem Ausgleich der beteiligten Interessen zu kommen, in gewissem Umfang also eine "Kompromißlinie" zwischen Gewerkschafts- und Arbeitgeberpositionen zu finden, ohne dabei Allgemeininteressen zu sehr in den Hintergrund treten zu lassen. Dabei mag das Pendel im Einzelfall mal mehr in die eine oder die andere Richtung ausschlagen. Das Urteil, wonach die Ersetzung von Arbeitnehmern durch freie Mitarbeiter eine gerichtlich grundsätzlich nicht überprüfbare Unternehmerentscheidung darstellt 62, ist sicherlich keine "Systemnotwendigkeit", sondern seinem objektiven Gehalt nach ein recht weitgehendes "Entgegenkommen" gegenüber der Arbeitgeberseite.

An dieser "Linie" läßt sich kurz- und mittelfristig kaum etwas ändern. Nur eindeutige (und überdies verfassungskonforme) Gesetze könnten einen Wandel bewirken, sie sind bisher nur selten zustande gekommen. Auch wegen der Rechtsprechung läßt sich daher in Deutschland das Arbeitsrecht nicht neoliberalen Vorstellungen entsprechend "einebnen". Die gelegentlich erhobene Forderung, die Anerkennung der rechtsfortbildenden Funktion der Arbeitsgerichte durch § 45 Abs. 4 ArbGG zu streichen 63, hat nicht nur keine Erfolgsaussichten. Selbst wenn sie realisiert wäre, kämen die Gerichte nicht umhin, auch dort eine Entscheidung zu treffen, wo der Gesetzgeber ihnen kein ausreichendes Programm an die Hand gegeben hat 64.

#### c) Die herrschende Meinung

Solange keine gefestigte, in mehreren Urteilen höherer Gerichte bestätigte Rechtsprechung zu einem Problem vorliegt, orientiert sich die Praxis meist an den Auffassungen, die von "anerkannten" Rechtswissenschaftlern in Lehrbüchern, Kommentaren, Monographien und. Aufsätzen vertreten werden. Die von relativ wenigen Personen – Professoren, hohen Richtern, Justitiaren, bekannteren Rechtsanwälten und in führender Stellung tätigen Verwaltungsjuristen – erarbeiteten Auslegungs-

ergebnisse gewinnen auf diese Weise Quasi-Gesetzeskraft. Bei Divergenzen entscheidet die Mehrheit (wobei man sich bisweilen des Eindrucks nicht erwehren kann, daß bestimmte Personen eine Art Mehrstimmrecht besitzen). Auch ist die Publikationsform von ganz entscheidender Bedeutung: ein dicker Kommentar hat mehr Rezeptionschancen als ein Lehrbuch, ein fester Einband und ein renommierter Fachverlag vermitteln eine fast unwiderlegliche Vermutung für Seriosität, während ein Taschenbuch automatisch unter dem Verdacht populärwissenschaftlicher Verdünnung steht.

Wissenschaftliche Forschung läßt sich in gewissem Umfang politisch steuern. Ministerien oder Stiftungen wollen bestimmte Fragestellungen untersucht haben, Firmen und Verbände suchen Unterstützung für die von ihnen vertretene Rechtsauffassung 65. Entscheidend ist, ob es auf diese Weise gelingt, Einfluß auf die Rechtsprechung zu nehmen. Daß diese im Einzelfall ihre Grundlinie verläßt, ist allerdings höchstens dann anzunehmen, wenn die abweichende Position völlig an den Rand gedrängt und überdies für das "Neue" Unterstützung in den Medien mobilisiert wird. Dies gelang – allerdings in Bezug auf den Gesetzgeber – bei der Auseinandersetzung um die Unternehmensmitbestimmung in der ersten Hälfte der 70er Jahre 66; die Rechtsprechung ließ sich nicht wesentlich beeindrucken.

#### 3. Starres Arbeitsrecht?

Die praktischen Möglichkeiten, Arbeitsrechtsnormen zu ändern, also politische Entscheidungen durchzusetzen, scheinen nach dem Gesagten relativ gering zu sein. Das naheliegende Unwerturteil "Rigidität" ist gleichwohl unberechtigt, da wichtige Teile des Arbeitsrechts wie z. B. das Tarifrecht sowie die betriebliche und die unternehmerische Mitbestimmung nur ein Verfahren installieren, das Resultat aber offen lassen. Auch materiale Schutznormen gestatten oft eine betriebs- oder branchenspezifische Konkretisierung (Unfallverhütungsvorschriften!). Schließlich sind vertragliche Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers und bisweilen auch zu seinen Lasten möglich. Dem Arbeitsrecht ist so eine Flexibilität und Anpassungsfähigkeit inhärent, die im traditionellen Zivilrecht keine Entsprechung hat. Praktisch bedeutet dies, daß viele politische Entscheidungen nicht durch einseitige Anordnungen, sondern nur mit Hilfe eines Konsenses der unmittelbar Beteiligten umsetzbar sind.

53) So Wedderburn, in: Wedderburn-Rood u. a., Labour Law in the Post-industrial Era, 1994, p. 13 ff.

54) Siehe statt aller *Dieterich*, RdA 1993, 67; Kissel, in: Festschrift Schaub (1998), S. 382; Otto, Einführung in das Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1997, Rdnr. 114.

- 55) BVerfGE 59, 231, 257.
- 56) BVerfGE 34, 118, .127.
- 57) BVerfGE 84, 212, 226 ff.
- 58) Dazu Däubler, Zivilrecht 2, 1997, Rdnr. 913 ff.
- 59) Siehe etwa die Darstellung des GmbH-Konzernrechts bei Emmerich/ Sonnenschein, Konzernrecht, 6. Aufl., 1997, S. 381 ff.
- 60) Weitere Überlegungen zum Thema "Richterrecht als Systemnotwendigkeit" bei Däubler, AuR 1982, 363 ff.
- 61) Siehe Däubler, Das soziale Ideal des Bundesarbeitsgerichts, 2. Aufl. 1975, mit Zusammenfassung, der Ergebnisse auf S. 126 ff. Die Aufregung dürfte mit der benutzten Terminologie, aber auch damit zusammenhängen, daß man die aus dem Positivismus überkommene Neutralitätsfiktion noch sehr viel stärker für bare Münze nahm als heute. Weiter werden manche befürchtet haben, die roten Fahnen der Studentenbewegung könnten bald auf dem Dach ehrbarer Gebäude wehen, vielleicht gar auf dem eines Obersten Bundesgerichts.
- 62) BAG 9. 5.1996 AP Nr. 79 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.
  - 63) Adomeit, in: Festschrift Kissel (1994) S. 4.
  - 64) Richtig Kissel, in: Festschrift Schaub (1998), S. 378 f.
- 65) Zur juristischen Auftragsforschung siehe Rita Zimmermann, Die Relevanz der herrschenden Meinung für Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, 1983; Preis, RdA 1995, 335.
- 66) Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht 1, 14. Aufl. 1995, Abschnitt 5.3.

## III. Die "neue Rechtsschicht": Das Europäische Gemeinschaftsrecht

1. Rechtsquellen

Soweit die EG arbeitsrechtliche Normen setzt 67, ergeben sich gegenüber dem nationalen Recht eine Reihe wichtiger Besonderheiten. Zum einen gibt es keine Tarifverträge im überkommenen Sinn; Einigungen im Rahmen des sozialen Dialogs sind höchst allgemein und haben keine "Vorreiterfunktion" 68. Weiter fehlt eine einheitliche Diskussionskultur unter den sich mit dem Gemeinschaftsrecht befassenden Juristen. Nicht anders als die politische ist auch die juristische Öffentlichkeit nach Nationen segmentiert, was mit sprachlichen und anderen Kommunikationsbarrieren zu tun hat. So findet etwa die deutsche Diskussion in (ansonsten inhaltlich sehr qualifizierten) ausländischen Lehrbüchern des europäischen Arbeitsrechts keinerlei Erwähnung 69. Auch die Deutschen erweisen sich als wenig rezeptionsfreudig. Der EuGH hat deshalb anders als das BAG keinen repräsentativen "Gesprächspartner", sondern orientiert sich allenfalls am Diskussionsstand der englisch- oder französischsprachigen Literatur.

Zum zweiten wird Recht in einem Verfahren geschaffen, das weniger "Richtigkeitsgewähr" als im nationalen Rahmen bietet. Die Rechtsetzung durch Verordnungen und Richtlinien bedarf einer qualifizierten Mehrheit oder der Einstimmigkeit im Ministerrat. Dies führt - was man je nach Sichtweise durchaus begrü-Ben kann-zu einem sparsamen Einsatz des Gemeinschaftsrechts, das sich auf konsensfähige Punkte beschränken muß. Der EuGH wird dann nicht selten zu sehr viel konkreteren Aussagen kommen. Entsprechen diese nicht den Vorstellungen der politischen Instanzen oder haben sich seit dem Erlaß einer Richtlinie die Verhältnisse geändert, so bedarf es wiederum einer qualifizierten Mehrheit oder der Einstimmigkeit, um eine neue Rechtssituation zu schaffen. Dies ist wenig sachgerecht. Solange sich die Gemeinschaft im wesentlichen auf den Abbau gleichheitswidriger Barrieren und die Verteilung von Wohltaten beschränkte, geriet dies wenig ins Bewußtsein, doch ändert sich die Perspektive, je stärker andere Inhalte zur Debatte stehen. Schließlich ist es angesichts der Relevanz für 250 Millionen Menschen nicht einsichtig, daß ein einziges Gericht in erster und letzter Instanz über den konkreten Inhalt von Gemeinschaftsrecht entscheidet<sup>70</sup>. Werden wirklich alle entscheidungserheblichen Gesichtspunkte abgewogen, kann sich angesichts des Französischen als Beratungssprache jeder Richter in gleicher Weise Gehör verschaffen? Zweifel erscheinen angebracht.

Um es zusammenzufassen: Im Vergleich zum nationalen Recht ist der Gemeinschaftsgesetzgeber auf lange Sicht gesehen ein Stück unbeweglicher. Die Rechtsprechung ist daher – um das berühmte Wort Gamillschegs aufzugreifen 71 - der eigentliche Herr des europäischen Arbeitsrechts. Allerdings fehlt die Einbettung in eine europäische Fachdiskussion und ein Zufallsentscheidungen ausschließender Instanzenzug.

#### 2. Inhaltliche Vorgaben

Das Gemeinschaftsrecht kennt einmal den Mechanismus der Koordinierung einzelner nationaler Rechtsordnungen, der im Regelfall allgemeine Akzeptanz findet. Diesen Weg ist man etwa beim Arbeitskollisionsrecht 72 sowie bei der gerichtlichen Zuständigkeit und der Vollstreckung von Urteilen gegangen Auch das Sozialrecht hat sich bislang im wesentlichen hierauf beschränkt 74

Die Dinge werden sehr viel problematischer, wenn es um Harmonisierung geht, die trotz Verwendung des Mittels der Richtlinie meist auf Vereinheitlichung in einem bestimmten Bereich hinausläuft. Die Friktionen mit dem nationalen Recht haben sich insoweit allerdings bisher im Rahmen gehalten, da sich das Gemeinschaftsrecht auf bestimmte Inhalte beschränkt hat. Vorwiegend ging es um die Herstellung von Gleichheit (Mann -Frau, davon abgeleitet: Vollzeitbeschäftigte – Teilzeitkräfte; In-

länder - EG-Ausländer; Arbeitnehmer ohne und Arbeitnehmer mit Arbeitgeberwechsel) sowie um Verfahrensregelungen (Konsultation vor Massenentlassungen, EBR-Richtline). Am Beispiel des deutschen Entsendegesetzes 75 ist jedoch deutlich geworden, daß das Verhältnis nationales Recht – Gemeinschaftsrecht nicht nur dann problematisch sein kann, wenn die Gemeinschaft Vorgaben macht, die sich nicht ohne weiteres mit überkommenen deutschen Rechtsvorstellungen vereinbaren lassen 76. Vielmehr besteht die in der Vorlageentscheidung. des ArbG Wiesbaden 77 besonders deutlich gewordene Gefahr, daß sich deutsche Arbeitsrechtsnormen ganz generell am Maßstab der sogenannten Grundfreiheiten des EG-Vertrags überprüfen lassen müssen.

Das wäre völlig unproblematisch, würden diese ausschließlich als Diskriminierungsverbote gegenüber den Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten interpretiert, wie es ihrem Wortlaut und ihrer ursprünglichen Intention entspricht. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH stellen sie heute jedoch "Beschränkungsverbote" dar. Auch wenn Ausländer und. eigene Staatsangehörige in gleicher Weise betroffen werden, ist bei jeder Regelung die Frage zu stellen, ob nicht der Handel zwischen den Mitgliedstaaten <sup>78</sup>, die Dienstleistungsfreiheit <sup>79</sup> oder die Arbeitnehmerfreizügigkeit <sup>80</sup> beschränkt sind. Läßt sich diese Frage bejahen – was oft der Fall sein wird – bedarf es einer besonderen Rechtfertigung, die sich im Bereich der Warenverkehrsfreiheit etwa auf die Gründe des Art. 36 EG-Vertrag stützen muß. Um es am Beispiel zu verdeutlichen: Das Verbot der Sonntagsarbeit im Handel läßt sich nach Auffassung des EuGH 81 nicht schon damit rechtfertigen, daß inländische wie ausländische Anbieter in gleicher Weise betroffen sind, ihm also jedes diskriminierende Element abgeht. Vielmehr wird auf kulturelle Traditionen des Mitgliedstaats als Rechtfertigungsgrund zurückgegriffen und überdies geprüft, ob keine unverhältnismäßige Einschränkung des Handels vorliege 81a. Ob sich der EuGH durch die Umdeutung der Diskriminierungs- in Beschränkungsverbote nicht eigentlich ultra vires bewegt hat, bedürfte der kritischen Überprüfung.

Die Auslegung der Grundfreiheiten durch den EuGH macht deutlich, daß die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft sehr viel "wettbewerblicher" strukturiert ist als die des Grundgesetzes und des deutschen Gesetzesrechts. Art. 3 a Abs. 1 EG-Vertrag verpflichtet Mitgliedstaaten und Gemeinschaft gleicherma-Ben auf den Grundsatz einer "offenen Marktwirtschaft mit frei-

67) Überblick bei Konzen, EuZW 1995, 39 ff.

68) Dazu Zachert, in: Festschrift Schaub (1998), S. 811 ff. m. w. N.

69) Siehe etwa Barnard, EC Employment Law, Revised Edition 1996; Roccella-Treu, Diritto del lavoro della Comunità Europea, Seconda Edizione

70) Die Tätigkeit des EuG in Wettbewerbs- und Beamtensachen kann im vorliegenden Zusammenhang außer Betracht blieben, da arbeitsrechtliche Fragen normalerweise über ein Vorlageverfahren nach Art. 177 EG-Vertrag oder eine Klage der Kommission nach Art. 169 EG-Vertrag direkt an den EuGH kommen.

71) Gamillscheg, AcP 164 (1964), 388, 445. 72) Art. 6 EVU (abgedruckt bei *Däubler/Kittner/Lörche*r, Internationale Arbeits- und. Sozialordnung, 2. Aufl. 1994, unter Nr. 470).

73) Europäisches Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen (abgedruckt bei Däubler/Kittner/Lörcher (Fn. 72), Nr. 480).

74) VO 1408/71 und VO 574/72; dazu den Nomos-Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, Loseblatt.

75) Vom 26. 2. 1996, BGBl I S. 227; dazu Hanau, NJW 1996, 1369.

76) Siehe als Beispiel die verschuldensunabhängige Haftung für Diskriminierungsschäden, die nach zwei vergeblichen Anläufen erst durch das Gesetz vom 29. 6. 1998 (BGBl I S. 1694) in das deutsche Recht übernommen

77) NZA-RR 1998, 217.

78) So bei der Warenverkehrsfreiheit zuerst EuGH, Slg. 1974, 837 (Dassonville); EuGH Slg. 1979, 649 (Cassis de Dijon); einschränkend EuGH Slg. 1993 I, 6097 (Keck)

79) EuGH Slg. 1991 I, 4221 (Säger); EuGH, EuZW 1994, 601 Tz. 14 (Vander Elst).

80) EuGH Slg. 1995 I, 4921 = AuR 1996, 196 (Bosman).

81) EuZW 1991, 318 f.

81a) Vgl. weiter Schiek, Europäisches Arbeitsrecht, 1997, S. 106 ff.

em Wettbewerb", und Art. 102 a Satz 2 EG-Vertrag wiederholt dies für den Bereich der Wirtschaftspolitik. Das grundsätzliche Verbot staatlicher Beihilfen nach Art. 92 ff. EG-Vertrag rundet das Bild ab. Daß dies nicht nur Behilfen für Werften und Stahlwerke betrifft, wurde Anfang des Jahres 1998 deutlich, als die nach deutschem Recht möglichen Einstellungszuschüsse bei Neugründungen und Lohnkostenzuschüsse für Kleinstunternehmen im Rahmen der "Beschäftigungsförderung Ost" von der EG-Kommission als Subventionen qualifiziert wurden, allerdings eine Ausnahmegenehmigung erhielten 82

### 3. Reduzierte inhaltliche Gestaltungsspielräume

Mangels praktizierter Tarifautonomie ist das EG-Arbeitsrecht nicht nur sehr viel rigider als seine nationalen Entsprechungen. Es läßt den politischen Instanzen einschließlich der nationalen Regierungen auch tendenziell weniger Entscheidungsalternativen: Wenn sich die bisherige Interpretation des primären Gemeinschaftsrechts nicht ändert, sind auch künftige Arbeitsrechtsnormen grundsätzlich immer begründungsbedürftige Ausnahmen, während sie sich im nationalen Bereich auf jede "vernünftige Erwägung des Gemeinwohls"83 stützen lassen. Eine weitere Beschränkung des Entscheidungsspielraums bringt die Währungsunion, läßt doch das als absolut vorrangig festgeschriebene Ziel der Preisstabilität<sup>84</sup> kreditfinanzierte Beschäftigungsprogramme in aller Regel nicht mehr zu<sup>85</sup>. Dies kann sich auch auf die Gestaltung des Arbeitsrechts auswirken.

#### IV. Arbeitsvölkerrecht

Gibt es auch auf globaler Ebene eine Arbeitsrechtspolitik? Wer nach Rechtstexten sucht, wird bei der ILO, aber auch bei den UN-Menschenrechtspakten relativ schnell fündig werden 86. Wer Arbeitsrecht als angewandtes, handlungsleitendes Recht versteht, wird alsbald in Schwierigkeiten geraten, weil die Fälle höchst selten sind, in denen sich praktische Auswirkungen etwa von ILO-Übereinkommen belegen lassen <sup>87</sup>. Erst recht gilt dies für die "Rechtsprechung" der Überwachungsorgane, die nur ganz ausnahmsweise überhaupt zur Kenntnis genommen und einer Auseinandersetzung für würdig befunden wird 88.

Die "Rezeptionsunwilligkeit" hat weniger mit Sprachbarrieren 89 als damit zu tun, daß die ILO-Übereinkommen oft die Funktion eines Aushängeschildes haben. Die Staaten wollen ihre sozialpolitische Aufgeschlossenheit dokumentieren, was um so leichter fällt, als der sachkundige Praktiker weiß, daß zwischen dem paraphierten Wortlaut in Genf und der Realität in Tokio, Madrid, Berlin oder Daressalam durchaus ein weiter Weg liegt, der kaum bis zu Ende gegangen wird 90. Sehr viel ernster zu nehmen sind demgegenüber Versuche, tarifliche Mindestbedingungen weltweit festzuschreiben, was mit einigem Erfolg bisher nur in der Seeschiffahrt gelang

#### V. Kontextsteuerung

#### 1. Erweiterte politische Spielräume?

Die "Umwelt" des Arbeitsrechts zu verändern, scheint für politische Entscheidungsträger problemloser als der direkte Eingriff zu sein. In der Tat läßt sich in diesem Bereich eine erhöhte Aktivität des Gesetzgebers und zum Teil auch der Rechtsprechung feststellen, die allerdings keinem einheitlichen Muster folgt. Ein kurzer Überblick über Vorschriften des Steuerrechts, des Verwaltungsrechts, des Sozialrechts und des internationalen Wirtschaftsrechts soll genügen.

#### 2. Veränderungen im Steuerrecht

Nicht wenige arbeitsrechtliche Institutionen hängen entscheidend davon ab, daß "flankierende" steuerrechtliche Bestimmungen existieren. So ist es für die Handlungsmöglichkeiten der Gewerkschaft von wesentlicher Bedeutung, daß sie als Berufsverband wie ein gemeinnütziger Verein behandelt wirdund deshalb u. a. von der Einkommen-, der Körperschaft- und der Umsatzsteuer freigestellt ist. Als höchst ärgerlich wurde es empfunden, daß die Rechtsprechung der Finanzgerichte vorübergehend die Streikunterstützung als steuerpflichtige Lohnersatzleistung behandelte 92, ehe sie im Jahre 1991 zu ihrer ursprünglichen Position – der Steuerfreiheit – zurückkehrte 9

Abfindungen, die in einem Sozialplan vorgesehen sind oder die im Vergleichswege vereinbart werden, sind nicht zuletzt auch deshalb attraktiv, weil sie nach § 3 Nr. 9 EStG bis zu bestimmten Höchstbeträgen steuerfrei sind und weil der darüber hinausgehende Teil nur mit halbem durchschnittlichen Steuersatz zu versteuern ist <sup>94</sup>. Auch die Nacht- und die Sonntagsarbeit scheinen ein Stück erträglicher, weil die dafür erhaltenen Zuschläge bis zu einer bestimmten Höhe nicht versteuert werden müssen 95. Die betriebliche Altersversorgung würde vermutlich nur ein kümmerliches Dasein fristen, gäbe es nicht die Möglichkeit zur Bildung von Rückstellungen nach §§ 4b bis 4d EStG. Schließlich erleichtert die Pauschalversteuerung nach § 40 a EStG den Abschluß von 620 DM-Verträgen.

Im Einzelfall kann das Steuerrecht auch als Anreiz dafür benutzt werden, unerwünschte arbeitsrechtliche Entwicklungen zu verhindern. Im sogenannten Mitbestimmungs-Beibehaltungsgesetz vom 23. August 1994 96 hat dieser Gedanke einen praktischen Niederschlag gefunden: Werden Betriebe oder Betriebsteile ins EG-Ausland verlagert, so können sie nach der sogenannten (steuerrechtlichen) Fusionsrichtlinie vom 23. Juli 1990 97 an sich ihre stillen Reserven, ihre Rückstellungen und Rücklagen "mitnehmen", müssen diese also nicht als Gewinn versteuern 98. Dieses "Privileg" wird allerdings nur dann gewährt, wenn die Unternehmensmitbestimmung erhalten bleibt, und zwar auch für den Fall, daß die maßgebende Arbeit-nehmerzahl unterschritten wird <sup>99</sup>. Dieser Gedanke ließe sich verallgemeinern. So könnte man etwa daran denken, die steuerliche Absetzbarkeit solcher Lohnkosten einzuschränken oder

82) Mitgeteilt bei BDA (Hrsg.), EuroInfo Jahrgang 11 Nr. 1 (vom 4. 2. 1998), S. 3, wo auch auf die Position der BDA und der Bundesregierung hingewiesen wird, wonach gar keine Beihilfe im Rechtssinne (und damit auch keine Prüfungskompetenz der Kommission) vorliege.

83) So die Standardformulierung des BVerfG (siehe etwa BVerfGE 7, 377 LS 6 a.) für Eingriffe in die Berufsausübung (des Arbeitgebers) nach Art. 12

Abs. 1 GG.

84) Art. 105 Abs. 1 EG-Vertrag.

85) Näher zu den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben für die Politik in diesem Bereich *Däubler*, Der Euro im Betrieb, 1998.

86) Die einschlägigen Übereinkommen sind dokumentiert bei Däubler/

Kittner/Lörcher (Fn. 72), Nr. 100 ff., 200 ff.

87) In der Regel wird nur ratifiziert, was sowieso bereits gilt – so zutreffend *Schregle*, in: Zacher (Hrsg.), Sozialrechtsvergleich im Bezugsrahmen internationalen und supranationalen Rechts, 1978, S. 133 f. Zu den Schwierigkeiten der deutschen Arbeitsgerichte beim Umgang mit dem Arbeitsvölkerrecht siehe Däubler, in: Festschrift 100 Jahre Arbeitsgerichtsverband (1994), S. 626 ff.

88) Als (beschränkte) Ausnahme, die durch die Vorgeschichte nahegelegt wurde, siehe BAG 12. 10. 1988 AP Nr. 4 zu § 611 BGB Abmahnung Bl. 4. 89) Die Stellungnahmen des Sachverständigenausschusses der ILO sind

z. B. normalerweise nur auf englisch und französisch verfügbar.

90) Dafür scheint mir am ehesten die Kategorie des symbolischen Rechts zu passen. Näher Däubler, WSI-Mitteilungen 1987, 193 ff. Zur "Hierarchie" der internationalen Organisationen, in der die ILO z. B. weit unter dem IWF steht, siehe Zaschke-Tudyka, Internationale Verrechtlichung der Sozialpolitik, in: Klaus-Dieter Wolf (Hrsg.), Internationale Verrechtlichung, Jahres-schrift für Rechtspolitologie, 1993, S. 189. Zur Problematik der Sozialklausel, die in den Bereich der Kontextsteuerung gehört, siehe unten V 5.

91) Dazu Däubler, Der Kampf um einen weltweiten Tarifvertrag, 1997,

mit Abdruck des Modelltarifs der ITF.

92) BFH, DB 1974, 740; BFH, DB 1982, 1649 und 1652.

93) BFH, NJW 1991, 1007

94) §§ 24 Nr. 1 a, 34 Abs. 2 Nr. 2 EStG - dazu Bauer, NZA 1991, 621.

95) § 3b Abs. 1 EStG.

96) BGBl I S. 2228, geändert durch Gesetz vom 28. 10. 1994, BGBl I S. 3263.

97) ABl. vom 20. 8. 1990, S. L 225/1.

98) Die Umsetzung der Richtlinie erfolgte durch das Steueränderungsgesetz 1992 (BGBl I.S. 297).

99) Nach § 2 Abs. 1 des Gesetzes gilt dies nicht, wenn die Arbeitnehmerzahl auf weniger als ein Viertel des Grenzwerts gesunken ist. Kritisch zu dem "Tausch" Arbeitnehmerrechte gegen Steuervorteile, Kittner, in: Festschrift Kissel (1994), S. 518.

auszuschließen, die dadurch entstehen, daß ein Arbeitnehmer mehr als (z. B.) 1800 Stunden pro Jahr arbeitet 100. Von der steuerrechtlichen Systematik her bestünden keine Bedenken, da § 4 Abs. 5 EStG einen ganzen Katalog von Fällen enthält, in denen durchaus berufsbezogene Aufwendungen nicht als Betriebsausgabe anerkannt werden 101.

### 3. Änderungen im Verwaltungsrecht

Das Postgesetz vom 22. Dezember 1997 102 sieht vor, daß Privatunternehmen, die bestimmte Postdienstleistungen anbieten wollen, einer Lizenz bedürfen. § 6 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 des Gesetzes bestimmt nun, diese sei zu versagen, "wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die wesentlichen Arbeitsbedingungen, die im lizensierten Bereich üblich sind, nicht unerheblich unterschreitet". Wer "Billigarbeitskräfte" einsetzt, soll keine Chance haben<sup>103</sup>. In anderen Sektoren existieren bislang keine vergleichbaren Bestimmungen. Im Prinzip könnte man Subventionen und Staatsaufträge von vornherein auf solche Unternehmen beschränken, die nach Tarif bezahlen und einen Betriebsrat besitzen. Das neue Vergaberecht geht selbstredend nicht so weit, läßt aber immerhin den Ländern so viel Spielraum, daß sie unter bestimmten Voraussetzungen eine Tariftreueklausel verlangen können, also nur mit solchen Auftragnehmern kontrahieren, die die Einhaltung der Tarifverträge für sich und ihre Subunternehmer garantieren 104. Förderprogramme verlangen zum Teil sogar, daß der Betriebsrat einen entsprechenden Antrag des Arbeitgebers mitunterschreibt 105. Auch hat bislang niemand dagegen Bedenken erhoben, daß § 8 Nr. 4 Abs. 1 lit. d. der Verdingungsordnung für Bauleistungen Teil A solche Bewerberfirmen von vornherein von der Auftragsvergabe ausschließt, die die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nicht pflichtgemäß abgeführt haben 106.

#### 4. Veränderungen im Sozialrecht

Während im Steuer- und im Verwaltungsrecht eher eine Absicherung des Status quo der Arbeitsbeziehungen intendiert ist, läßt sich dies von sozialrechtlichen Regeln nicht sagen. Der Wegfall des Kurzarbeitergelds in mittelbar von Arbeitskämpfen betroffenen Betrieben derselben Branche erhöht in drastischer Weise das finanzielle Risiko, das die Gewerkschaften mit einem Streik eingehen. Die Tatsache, daß das BVerfG dies als unter den gegebenen Umständen "gerade noch" verfassungskonform bewertet hat <sup>107</sup>, macht nur allzu deutlich, wie schwerwiegend die getroffene Regelung des § 116 AFG/§ 146 SGB III war. Noch keine verfassungsrechtliche Entscheidung liegt zur generellen Anrechnung von Teilen einer Abfindung auf die Hälfte des Arbeitslosengeldes vor 108. Die insoweit geäußerten Bedenken 109 können nicht darüber hinwegtäuschen, daß ohne eine erneute Intervention des Gesetzgebers vor Ablauf der Übergangsfrist im April 1999 der Sozialplan und die verbreitete Abfindungspraxis vieler Unternehmen einen beträchtlichen Teil ihrer Bedeutung einbüßen. Vermutlich hätte es Massendemonstrationen gegeben, hätte der Gesetzgeber dieselbe Regelung unmittelbar in § 112 BetrVG und in die §§ 9, 10 KSchG eingefügt. Weniger Kontroversen hat demge-genüber das Altersteilzeitgesetz 110 und das sogenannte Flexi-Gesetz<sup>111</sup> hervorgerufen, die beide auf eine bestimmte erwünschte vertragliche Gestaltung mit staatlichen Zuschüssen (Altersteilzeit) bzw. mit der Anpassung des Sozialleistungssystems an flexiblen Arbeitseinsatz reagieren.

#### 5. Veränderungen im internationalen Wirtschaftsrecht

Von der Fachöffentlichkeit weithin unbemerkt, hat die EG durch Änderung ihres Außenzollrechts gegenüber Entwicklungsländern eine Sozialklausel geschaffen 112. Diese besteht – grob gesprochen - aus folgender Regelung.

Entwicklungsländer besitzen bestimmte Zollpräferenzen, deren aktuelle Größenordnung getrennt für gewerbliche Wa-

ren 113 und landwirtschaftliche Produkte 114 festgelegt ist. Diese Vorteile gehen den Staaten verloren, die u.a. Zwangsarbeit praktizieren oder in Strafanstalten hergestellte Erzeugnisse in die Gemeinschaft einführen wollen 115. Auf der anderen Seite können denjenigen Staaten, die die ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 (Koalitionsfreiheit und Gewerkschaftsrechte) sowie 138 (Verbot der Kinderarbeit) beachten, zusätzliche Präferenzen eingeräumt werden. Dies war zunächst nur Programm, wurde aber durch die Verordnung vom 25. Mai 1998 116 zu unmittelbar geltendem Recht. Dabei wird nicht nur darauf abgestellt, ob die genannten ILO-Übereinkommen in innerstaatliche Rechtsvorschriften transformiert wurden; vielmehr muß der einzelne Staat in einem detailliert geregelten Verfahren nachweisen, daß er die praktische Umsetzung wirksam kontrolliert 117. Welche Maßstäbe dabei in der Praxis angewandt werden, läßt sich im Augenblick noch nicht einschätzen. Immerhin ist die Chance wesentlich gewachsen, daß auch in Ländern, die dies bisher nicht tun, elementare Arbeitnehmerrechte geachtet werden. Zollermäßigungen als Mittel der Grundrechtspolitik bisweilen können auch Umwege zum Ziel führen 118

100) Angesichts der sich ausbreitenden Jahresarbeitszeitverträge und der gleitenden Arbeitszeit erscheint es nicht sinnvoll, auf "Überstunden" abzustellen.

101) Am wichtigsten ist die 80%-Grenze bei Geschäftsessen und die Obergrenze von DM 75,00 pro Jahr für Geschenke an Geschäftsfreunde.

102) BGBI I S. 3294.

103) Eingehend zu dieser Regelung Lörcher, Die sozialen Lizenzanforderungen im Postgesetz, 1998 (herausgegeben von der Deutschen Postgewerk-

104) Zum neuen Vergaberecht s. Byok, NJW 1998, 2774, zum (später ge-änderten) Gesetzentwurf siehe Däubler-Gmelin, EuZW 1997, 713. Weiterführend zum hier interessierenden Problem Rust, in: Bertelsmann u.a., Handbuch zur Frauenerwerbstätigkeit, Loseblatt, S5 und T4 (gleichstellungsbezogene Auftragsvergabe).

105) Nachweise bei Däubler, Arbeitsrecht 1, 15. Aufl. Rdnr. 1387.

106) Zu entsprechenden amerikanischen Erfahrungen im Bereich des Diskriminierungsschutzes siehe Pietzeker, Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns, 1978; Schlachter, Wege zur Gleichberechtigung. Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik und der Vereinigten Staaten, 1993, S. 345 ff.

107) BVerfGE 92, 365 ff.

108) § 140 SGB III, der durch das Erste SGB III - Änderungsgesetz vom 16. 12. 1997 (BGBl I, 2970) ein wenig entschärft wurde, ohne daß dadurch die grundsätzlichen Bedenken ausgeräumt wären.

109) Däubler, SozSich 1996, 411 ff.; Rolfs, DB 1996, 2126; ähnlich Bader,

110) Vom 23. 7. 1996, BGBI IS. 1078; dazu Adamy, AiB 1996, 518; Bauer, NZA 1997, 401 ff.; Boecken, NJW 1996, 3386 ff.; Kerschbaumer-Tiefenbacher, AuR 1998, 58 ff.

111) Gesetz zur sozialrechtlichen Absicherung flexibler Arbeitszeitregelungen vom 6. 4. 1998, BGBl I S. 688; dazu Wonneberger, DB 1998, 982ff.

112) Dazu die Bemerkungen bei Hilpold, EuR 1996, 112 f.

113) VO Nr. 3281/94 vom 19. 12. 1994, ABl. vom 31. 12. 1994 Nr. L

114) VO Nr. 1256/96 vom 20. 6. 1996, ABl. vom 29. 6. 1996, Nr. L 160/1.

115) Näheres in Art. 9 beider Verordnungen.
 116) VO Nr. 1154/98, ABl. vom 4. 6. 1998, L 160/1 ff.

117) Art. 3 Abs. 1 2. Spiegelstrich der VO.

118) Daß eine solche Regelung alles andere als eine Selbstverständlichkeit ist, zeigen die Vorarbeiten zu einem Multilateralen Investitionsabkommen (MAI), das u.a. eine vollständige Inländergleichbehandlung ausländischer Investoren sowie das Verbot vorsieht, nachträgliche Belastungen (z. B. durch neue Umweltgesetze) vorzusehen. Einzelheiten bei Karl, RIW 1998, 432 ff.

Professor Dr. Lorenz Fastrich, München

# Arbeitsrecht und betriebliche Gerechtigkeit

#### I. Fragestellung

Das Thema Arbeitsrecht und betriebliche Gerechtigkeit stellt vor die Frage, ob die betriebliche Gerechtigkeit etwas