

## Gewerkschaften und Arbeitsrecht

### Einige Thesen

Wolfgang Däubler

**Zusammenfassung:** Der sog. gewerkschaftliche Legalismus ist Ausdruck einer sozialpartnerschaftlichen Gewerkschaftspraxis und kennt daher dort Ausnahmen, wo bestehende Rechtsnormen sich mit dieser Praxis nicht vereinbaren lassen. Interessenorientierte Gewerkschaftspolitik muß versuchen, die entpolitisierende Wirkung von Recht zu durchbrechen, nicht aber dieses selbst in Frage zu stellen. „Politisierung“ in diesem Sinne meint Verknüpfung zwischen Rechtsnorm und konkreten (betrieblichen) Interessen der abhängig Beschäftigten. Sie kann u.a. durch verstärkten Einsatz des Mittels „Tarifvertrag“, durch die Dialektik von rechtlicher und nicht verrechtlichter Interessenvertretung sowie über die Durchführung von Massenklagen erfolgen. Die auf einer solchen Basis erhobenen Rechtsforderungen können insbesondere die Form von „Ermöglichungsrechten“ annehmen, d. h. von Normen, die soziale Bewegungen gegen staatliche Interventionen absichern.

**Summary:** The so called trade union legalism is the expression of a trade union practice based on social partnership and it therefore admits exceptions in cases where existing legal norms are not in accordance with this practice. Interest orientated trade union policy must try to break through the de-politicizing of law but not question law itself. „Politicization“ means here the blending of legal norms with the concrete (working) interests of the dependent employees. This can be achieved by, amongst other things, the intensified use of the means „wage agreements“, through the dialectics of legal and not legalized representation of interests as well as via the bringing of class action. Legal demands made on such a basis can take on, in particular, the forms of „rights which make action possible“, i. e. of norms which secure social change against state intervention.

1) Daß deutsche Gewerkschaften zumindest bis Anfang der 70er Jahre „legalistisch“ waren, entspricht verbreiteter Auffassung unter Gewerkschaftssoziologen und Arbeitsrechtlern. Was dies konkret bedeutet, wird nicht immer in voller Eindeutigkeit dargelegt. Die Konnotationen des Begriffs seien mannigfaltig, heißt es in einem Beitrag aus dem Jahre 1970<sup>1</sup>, der selbst jedoch auf eine nähere Eingrenzung verzichtet. Inzwischen scheint sich ein Konsens zumindest in der Richtung abzuzeichnen, daß „gewerkschaftlicher Legalismus“ mit „faktischer Anerkennung hoheitlich gesetzter Normen“ gleichzusetzen ist<sup>2</sup>, daß diese Anerkennung aber keine erzwungene sondern auf der Basis eines bestimmten Staatsverständnisses eine freiwillige ist: Man bewegt sich bewußt nur innerhalb des Rahmens, den Parlament und Rechtsprechung gezogen haben, ihn zu ändern ist nicht Sache gewerkschaftlicher Aktionen<sup>3</sup>. Dies schließt nicht aus, daß auf der Ebene des Alltagsbewußtseins betrieblicher Interessenvertreter und gewerkschaft-

licher Funktionsträger ein grundsätzliches Mißtrauen gegenüber dem „bürgerlichen“ Recht artikuliert wird, daß das Argument, Richter rekrutierten sich vorwiegend aus der Oberschicht und gehörten gewissermaßen zum anderen Teil der Gesellschaft, trotz seiner Vordergründigkeit verfängt – die Kritik bleibt abstrakt und steht weithin unvermittelt neben einer durchaus unkritischen Praxis<sup>4</sup>.

Den gewerkschaftlichen Legalismus abzubauen, erscheint vielen als *die* zentrale Aufgabe fortschrittlicher Arbeitsrechtswissenschaft. Dies erscheint in dieser Absolutheit unzutreffend. Der skizzierte Legalismus ist nur Ausdrucksform kooperativer Gewerkschaftspolitik<sup>5</sup>. Wer allein den Legalismus bekämpft, kuriert daher an Symptomen, stößt aber nicht zur Sache selbst vor. Dies zeigt sich unter anderem daran, daß in einer Reihe von Fällen das bestehende Recht gerade nicht beachtet wird, wenn und soweit es mit der Logik dieser Art gewerkschaftlicher Praxis an Widerspruch gerät. Ein Beispiel hierfür ist der Abschluß von Betriebsvereinbarungen über Lohnfragen, die im Tarifvertrag geregelt sind: § 77 Abs. 3 BetrVG spricht insoweit ein eindeutiges Nichtigkeitsurteil aus. Käme eine Gewerkschaft auf den Gedanken, beim Arbeitsgericht die Amtsenthebung eines Betriebsrats wegen beharrlicher Mißachtung der Vorschrift des § 77 Abs. 3 BetrVG zu stellen, so hätte sie zwar die Kommentarmeinungen für sich<sup>6</sup>, doch würde sie sich dadurch mit ihrer eigenen Politik in Widerspruch setzen. Ganz abgesehen davon, daß sie ihre Verankerung in dem betreffenden Betrieb aufs schwerste gefährden würde – sie hätte von jetzt ab die Aufgabe, die Lohnerwartungen der Belegschaft selbst zu befriedigen, was auf der Basis der üblichen Flächentarife nicht möglich wäre. Dabei kommt es letztlich nicht darauf an, ob sich der Betriebsrat durch das Aushandeln übertariflicher Leistungen vor der Belegschaft profilieren und so seine Chancen auf Wiederwahl erhöhen will oder ob andere Erwägungen (auch des Arbeitgebers) maßgebend sind<sup>7</sup> – fest steht, daß das Nebeneinander überbetrieblicher und betrieblicher Lohnpolitik am Gesetz vorbei erfolgt. Ein weiteres Beispiel für einen durchaus „selektiven“ Legalismus stellt die Vereinbarung von Differenzierungsklauseln dar<sup>8</sup>, die nach Auffassung des BAG die Grenzen der Tarifmacht überschreiten, die negative Koalitionsfreiheit der Außenseiter verletzen und vom Arbeitgeber Unzumutbares verlangen<sup>9</sup>. Wenig praktische Wirksamkeit entfaltet vermutlich auch das von der Rechtsprechung verhängte Verbot begrenzter Effektivklauseln<sup>10</sup>: So wird aus dem Organisationsbereich der IG Textil und Bekleidung berichtet, daß man die bisherige Tarifpraxis nicht geändert habe<sup>11</sup>. Niemand wird unterstellen können, daß in diesen Fällen „Anti-

4 Reinhard Hoffmann, Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht, 4. Aufl., Frankfurt 1969, S. 89 ff.

5 Zu diesem Begriff Bergmann/Jacobi/Müller-Jentsch, Gewerkschaften in der Bundesrepublik, Frankfurt-Köln 1975, S. 26 ff.

6 Fitting-Auffarth-Kaiser, BetrVG, 12. Aufl., München 1977, § 23 Rn 28; Kammann-Hess-Schlochauer, BetrVG, Neuwied und Darmstadt 1979, § 23 Rn 50.

7 Dazu Kotthoff, Zum Verhältnis von Betriebsräten und Gewerkschaft, in: Bergmann (Hrsg.), Beiträge zur Soziologie der Gewerkschaften, Frankfurt/Main 1979, S. 302 ff.

8 S. die Zusammenstellung bei Seitzzahl-Zachert-Pütz, Vorteilsregelungen für Gewerkschaftsmitglieder, Köln 1976, S. 184.

9 BAG AP Nr. 13 zu Art. 9 GG, bestätigt durch BAG DB 1978, 1647.

10 BAG AP Nr. 7 und 8 zu § 4 TVG Effektivklausel.

11 Mitgeteilt bei Erd, Verrechtlichung industrieller Konflikte, Frankfurt-New York 1978, S. 53.

1 Unterseher, Funktion des gewerkschaftlichen Legalismus, KJ 1970, 140.

2 Erd-Kalbitz, Gewerkschaften und Arbeitsrecht, GMH 1976, 143, 144.

3 Erd-Kalbitz, GMH 1976, 153; Reinhard Hoffmann, Zum Betriebsräteproblem heute, in: Crusius-Schiefelbein-Wilke, die Betriebsräte in der Weimarer Republik, Band 2, Berlin 1978, S. XXV.

Legalismus“ im Sinne einer prinzipiellen Ablehnung der staatlichen Rechtsordnung zum Ausdruck kam; die betroffenen Gewerkschaften sind gerade wegen ihrer betont sozialpartnerschaftlichen Politik bekannt, so daß es vermutlich nur darum ging, die durch ein Ausschöpfen der Rechtspositionen seitens des Arbeitgebers drohende Unruhe im Betrieb zu vermeiden<sup>12</sup>. Nehmen wir schließlich das Beispiel der Lohngleichheit von Mann und Frau. In seiner Grundsatzentscheidung vom 15.01.1956<sup>13</sup> erklärte das BAG sogenannte Lohnabschlagsklauseln für unwirksam, die der Frau nur einen bestimmten Prozentsatz des Männereinkommens garantierten. Obwohl eine derartige offene Diskriminierung in der juristischen Öffentlichkeit wie in weiteren BAG-Entscheidungen alsbald allgemein abgelehnt wurde, dauerte es bis in die 70er Jahre, ehe die beiden letzten Tarifverträge mit expliziten Frauenlohngruppen außer Kraft traten<sup>14</sup>. Nicht viel anders verhält es sich mit den Leichtlohngruppen, die – wenn als solche und damit als mittelbare Diskriminierung erkannt – gleichfalls gegen Art. 3 Abs. 2 GG verstoßen: Ende 1974 waren in 346 Tarifverträgen, die für rund 90 % aller gewerblichen Arbeitnehmer galten, noch 104 Leichtlohngruppen enthalten<sup>15</sup>. Offensichtlich war die traditionelle Lohnpolitik, die eine Schlechterstellung der Frau in Kauf nahm, auch hier stärker als die angeblich so unerschütterliche Identifikation mit dem geltenden Recht.

Genug der Beispiele. Gewerkschaftlicher Legalismus wird hier als Symptom und Ausdruck einer sozialpartnerschaftlichen Politik verstanden. Das bedeutet nicht, daß das Verhältnis der Gewerkschaften zum Recht im allgemeinen und zum Arbeitsrecht im Besonderen deshalb eine unwichtige Frage wäre: Will man dem eigentlichen Ziel, d.h. einer konsequent interessenorientierten Gewerkschaftspolitik näher kommen, so ist die Auflösung des Legalismus ein wichtiger Beitrag. Daß sie für sich allein nichts Wesentliches vermag, wird an der singulären historischen Konstellation nach 1945 deutlich: Durch das Kontrollratsgesetz Nr. 22 war der überkommene normative Rahmen sozialpartnerschaftlicher Betriebspolitik abhanden gekommen und durch die gesetzliche Möglichkeit „freier“ Vertretungsorgane nach dem Vorbild der englischen shop stewards ersetzt worden<sup>16</sup> – in der Praxis änderte sich gar nichts, man wartete vielmehr auf die Landesgesetzgeber, die sich dann wieder am überkommenen Modell des Betriebsrätegesetzes orientierten<sup>17</sup>.

2) Ist der Abbau des gewerkschaftlichen Legalismus ein außerordentlich wichtiger Beitrag (aber eben nicht mehr) zur Durchsetzung einer interessenorientierten Gewerkschaftspolitik<sup>18</sup>, so darf durchaus nicht die Folgerung gezogen werden, auch die Ver-

12 So auch Erd, a.a.O.

13 BAG AP Nr. 4 zu Art. 3 GG.

14 Mitgeteilt in BT – Drucksache 7/790.

15 Däubler-Gmelin, Frauenarbeitslosigkeit, Reinbek 1977, S. 38 f. mwN.

16 Dazu Däubler, Das Arbeitsrecht, 2. Aufl., Reinbek 1977, S. 90 ff.

17 Näher dazu Eberhard Schmidt, Die verhinderte Neuordnung 1945–1952, 2. Aufl., Frankfurt/Main 1971, S. 90 ff.

18 Zur Entstehung eines instrumentellen Rechtsverständnisses seit Anfang der 70er Jahre s. Bobke, WSI-Mitt. 1980, 253, 25.

rechtlichung der Arbeitsbeziehungen als solche müsse im Rahmen des Möglichen abgeschafft werden.

Nach den bisherigen Erfahrungen in der Bundesrepublik entfaltet das staatliche Recht allerdings in der Tat eine entaktivierende und entpolitizierende Wirkung im Verhältnis zur übergroßen Mehrzahl der abhängig Beschäftigten. Dies gilt zum einen für den Prozeß der Rechtstentstehung, der unter den Bedingungen unseres Landes kaum eine Verknüpfung zwischen dem eigenen Tun des Bürgers und der Setzung von Gesetzes- oder Richterrecht zuläßt. Es gilt zum andern aber auch für die Rechtsdurchsetzung, die sich in jüngster Zeit verstärkter Problematisierung ausgesetzt sieht<sup>19</sup>. Das arbeitsgerichtliche Verfahren individualisiert Konflikte, die kollektiven Charakter tragen, d.h. die andere Arbeitnehmer zumindest mitbetreffen, und ändert so entscheidend die Machtbeziehung zwischen den am Konflikt Beteiligten. Gerichtliche Verfahren wirken weiter deshalb entaktivierend, weil sie auf eine „Dienstleistungsbeziehung“ zum Prozeßvertreter hin angelegt sind. Schließlich haben sie nur beschränkt öffentlichen Charakter, da nur bestimmte, nämlich als juristisch anerkannte Argumentationsfiguren zugelassen sind, die den Betroffenen häufig nicht zur Verfügung stehen. Beides, die Entstehung wie die Durchsetzung des Rechts erzeugen die Vorstellung, der Staat schaffe quasi als neutraler Mittler und mehr oder weniger aus eigenem Antrieb die beiden Seiten gerecht werdende Lösung.

Die schwerlich bestreitbare Abkoppelung des Rechts von der Interessenvertretung und die darin liegende „Entpolitisierung“ stellen keine mit der Rechtsform untrennbar verbundene Erscheinung dar. Die schwierige Frage, ob man auf die Schutzwirkung des Arbeitsrechts verzichten soll, um einer wirksameren Interessenvertretung die Wege zu ebnet, stellt sich daher gar nicht. Die Tatsache, daß im Einzelfall trotz aller Schwierigkeiten die Verknüpfung zwischen den eigenen Interessen und der Rechtsbildung gelingt<sup>20</sup> und die individualisierende Wirkung des gerichtlichen Verfahrens ansatzweise aufgebrochen werden kann<sup>21</sup>, macht deutlich, daß es nicht um eherne Gesetzmäßigkeiten geht.

3) Eine Strategie zur „Politisierung“ des Arbeitsrechts muß die Vermittlung zwischen den konkreten betrieblichen Interessen der Arbeitnehmer und jenen gewerkschaftlichen Rechtsforderungen leisten, die in den Normbildungsprozeß eingehen. Diese Vermittlung wird nur ausnahmsweise auf einen Schlag erfolgen können; im Regelfall werden die im Betrieb artikulierten Forderungen zunächst eine beschränkte Verallgemeinerung durch Zusammenfassung mehrerer Betriebe erfahren und in die gewerkschaftliche Tarifpolitik eingehen. In jedem Tarifvertrag liegt insoweit ein Stück Politisierung; zu diesem selbst ausgehandelten oder erkämpften Recht kann es keine legalistische, sondern nur eine interessenbezogene Haltung geben<sup>22</sup>. Der Rückgriff auf den Tarifver-

19 Vgl. Blankenburg-Schönholz, Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahrens, Neuwied und Darmstadt 1979.

20 Beispiel: Montanmitbestimmung.

21 Beispiel: Massenklageaktionen gegen die Aussperrung.

22 Dies übersieht Mückenberger (KJ 1975, 57 ff.) bei seiner Kritik an meinem Vorschlag, Mitbe-

trag ist daher *eine* Strategie, um das Verhältnis zum Recht insgesamt zu ändern. Dies gilt selbst dann, wenn die Durchsetzung des Tarifvertrages wie bisher individualisiert bleibt (eine Notwendigkeit hierzu besteht allerdings nicht, da die Verletzung von Tarifnormen kollektive Zurückbehaltungsrechte der betroffenen Belegschaftsmitglieder erzeugt<sup>23</sup>).

Ein zweiter Weg liegt in der Dialektik von rechtlicher und nichtrechtlicher Interessenvertretung. Entgegen verbreiteter Vorstellung hat die Existenz einer „einschlägigen“ Rechtsnorm noch keineswegs zur Folge, daß die von ihr erfaßte „soziale Beziehung“ auch wirklich verrechtlicht ist. Das „bestehende“ Recht entfaltet seine Wirkungen vielmehr erst dann, wenn sich zumindest eine Seite darauf beruft. Für die betriebliche Praxis bedeutet dies, daß es sehr oft den Ausweg schlichter „Verhandlungen“ gibt. Dafür sind weniger etwaige moralische Vorstellungen maßgebend, wonach es sich nicht gehört, gleich mit dem Kadi zu drohen, als vielmehr die Tatsache, als der Rückgriff auf das Recht auch dem Betriebsrat oder der Gewerkschaft einen Trumpf in die Hand gibt: Würden etwa Arbeitsschutzvorschriften im Betrieb konsequent befolgt oder würden alle Möglichkeiten des Betriebsverfassungsgesetzes von der Inanspruchnahme der Sprechstunde<sup>24</sup> bis zu lang dauernden Betriebsversammlungen ausgeschöpft, so könnte dies für den Arbeitgeber außerordentlich unangenehm sein. Gerade Rechtspositionen können so zum Mittel werden, die außerrechtliche Konfliktaustragung zu ermöglichen, die ihrerseits – sobald sie ein entsprechendes Verallgemeinerungsniveau erreicht hat – zur rechtlichen Festschreibung bestimmter Kampferrfolge und damit zu einer Veränderung des bestehenden Rechts führen kann. Der entscheidende Schritt besteht in der Gegenwart darin, nicht das Recht, sondern die Interessen der abhängig Beschäftigten zum Ausgangspunkt zu nehmen und in jedem einzelnen Fall zu fragen, welche Vorzüge eine verrechtlichte und welche eine nichtverrechtlichte Form der Interessenvertretung bietet. Daß betriebliche und gesellschaftliche Machtverhältnisse häufig dazu führen, daß man realistisch nur die rechtliche Form der Interessenvertretung wählt, steht auf einem anderen Blatt: So ist die Gewerkschaftsbewegung sicherlich nicht stark genug, die Aussperrung als solche niederzukämpfen (indem man z. B. volle Lohnfortzahlung für die Zeit der Aussperrung verlangt<sup>26</sup>), wohl aber war sie in der Lage, die erhobenen Massenklagen durch Aktivitäten im politischen Raum, Kundgebungen und Aufklärungsaktionen zu unterstützen.

Neben dem verstärkten Einsatz des Mittels „Tarifvertretung“ und der Ergänzung der rechtlichen durch die nicht-verrechtlichte Interessenvertretung steht als dritte Form zum Abbau der „Entpolitisierung“ durch Recht die viele Juristen so faszinierende Massenklageaktion. Daß sie unter bestimmten Voraussetzungen von großem Nutzen

23 BAG DB 1978, 1403 (für Arbeitsschutznormen) sowie Moll RdA 1976, 104; Söllner ZfA 1973, 26; Müller-Guercke, Gewerkschaftliche Betätigung in den Betrieben? Köln 1980, S. 349 ff. mwN.

24 Dazu Mückenberger, Betriebsverfassung und basisorientierte Betriebsratspolitik, in: Duhm-Wieser (Hrsg.), Krise und Gegenwehr, Berlin 1975, S. 151 ff.

25 Unvereinbar sind damit erstgemeinte (und nicht nur taktische) positivistische Ansätze wie der Ridders (Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975, S. 11, 17).

26 Vgl. die Erwägungen Mückenbergers, Ist das Verbot der Aussperrung durchsetzbar?, in: Bieback u.a., Streikfreiheit und Aussperrungsverbot, Neuwied und Darmstadt 1979, S. 327 ff.

ist, ist schwer zu bestreiten; ein Allheilmittel ist sie sicherlich nicht. Die bürokratische Form des Gerichtsverfahrens läßt Selbstorganisation der Betroffenen nur beschränkt zu. Dazu kommt das Kostenrisiko, das in der ersten Instanz erträglich, dann jedoch ganz gravierend wird. Eine Begrenzung ist nur durch Pilotverfahren möglich, die zwei Nachteile haben: Zum einen wird die Einbeziehung aller Betroffenen in den Ablauf des Verfahrens schwieriger (wenn auch keineswegs unmöglich), zum anderen benötigt man die Zustimmung der Arbeitgeberseite, die angesichts ihrer höheren wirtschaftlichen Belastbarkeit häufig nicht kooperativ sein wird.

4) Wie sollen unter diesen Umständen Rechtsforderungen der Gewerkschaften beschaffen sein? Wie soll das Recht aussehen, das auf der Basis verallgemeinerter betrieblicher Forderungen durch Tarifvertrag oder den staatlichen Gesetzgeber festgeschrieben wird?

Eine Extremposition läßt sich zunächst unschwer ausschließen: Es kann nicht darum gehen, ein völlig neues, den bürgerlich-marktwirtschaftlichen Vorstellung konträres Rechtsprinzip zu realisieren. Eine „Insel des Sozialismus“ ist auf rechtlicher Ebene genau so wenig möglich wie beispielsweise im Bereich der Unternehmensorganisation: Das „proletarische Rechtsprinzip“ muß sich genau wie der selbstverwaltete Betrieb letztlich den Imperativen des bestehenden Gesellschaftssystems unterwerfen. Etwas anderes anzunehmen, würde bedeuten, einen wirklichkeitsfremden letztlich desorientierenden Reformismus zu vertreten. Rechtsforderungen dieser Art sind jedoch dann sinnvoll, wenn sie nicht als konkret-umsetzbares Verlangen sondern als Teil eines alternativen Gesellschaftsmodells verstanden werden, das ins Bewußtsein gerufen werden soll. Dies läßt sich am Beispiel der Forderung nach dem Recht auf Arbeit verdeutlichen. Verstanden als das Recht, jedem arbeitsfähigen und arbeitswilligen Bürger einen seiner Qualifikation entsprechenden, humanen Arbeitsplatz zu verschaffen, steht es konträr zu marktwirtschaftlichen Prinzipien; es als realisierbar hinzustellen, erweckt Illusionen. Auf der anderen Seite kann es sinnvoll sein, die unmittelbar einleuchtende Vorstellung eines Rechts auf Arbeit zum Ausgangspunkt für eine grundsätzliche Kritik der bestehenden Wirtschaftsordnung zu machen.

Die Unmöglichkeit, ein „proletarisches Rechtsprinzip“ dem Kapitalismus zu implantieren, bedeutet nicht, daß die Gewerkschaftsbewegung auf die Gestaltungsmöglichkeiten eines „tauschförmigen Rechts“ beschränkt wäre<sup>27</sup>. Die bisherige Entwicklung des Arbeitsrechts zeigt, daß die bestehende Ordnung die Möglichkeit eröffnet, nicht mehr nur am abstrakten Rechtssubjekt der bürgerlichen Gesellschaft anzuknüpfen, sondern den konkreten Menschen in seiner realen Vergesellschaftung zum Ausgangspunkt der Normierung zu machen. Als Beispiel sei das Betriebsverfassungs- und das Arbeitsschutzrecht genannt<sup>28</sup>. Was dies für die Rechtsquellenlehre im einzelnen bedeutet, bedarf der näheren Untersuchung; relativ plausibel erscheint die Annahme, daß Rechts-

27 Hierzu und zum Folgenden Reifner, Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherschuldung, Neuwied und Darmstadt 1979, S. 66 ff.

28 Erste Ansätze hierzu finden sich bei Korsch, Arbeitsrecht für Betriebsräte (1922), herausgegeben und mit einem Vorwort von Erich Gerlach, 4. Aufl., Frankfurt/Main 1973, S. 89 ff., 138 ff.

normen dieser Art nur in einem dezentralisierten, auf relativ überschaubare Bereiche bezogenen Prozeß gebildet werden können. Als Beispiel mag die Festlegung von Unfallverhütungsvorschriften durch die Berufsgenossenschaften, aber auch die richterliche Intervention stehen, deren „Einzelfallbezug“ primär in diesem Zusammenhang (und nicht dem des Abbaues bürgerlicher Gesetzlichkeit<sup>29</sup>) diskutiert werden sollte. Die Möglichkeit, derartige Rechtsstrukturen durchzusetzen, schließt im Einzelfall nicht aus, daß auch mit Hilfe der Kategorien des tauschförmigen Rechts in stärkerem Maße als bisher Arbeitnehmerinteressen geschützt werden. Verbietet etwa ein Tarifvertrag oder Gesetz die Kündigung von Arbeitnehmern ab vierzig Jahren, so bewegt sich diese Norm noch voll in den Kategorien des überkommenen bürgerlichen Rechts, obwohl sie – wie das Beispiel der Tarifwerke im öffentlichen Dienst zeigt – ein beträchtliches Maß an Existenzsicherheit garantiert und damit einen im Grunde „marktwirtschaftsfremden“ Wert realisiert.

Eine zweite Rechtsform scheint mir bisher zu wenig Aufmerksamkeit erfahren zu haben, zumindest was die deutsche Rechtsentwicklung und Rechtspolitik betrifft. Aus Großbritannien kennt man im Bereich der gewerkschaftlichen Betätigungsfreiheit sogenannte Freistellungs- oder Immunitätsrechte<sup>30</sup>, die nicht etwa positiv ein Recht zur Arbeitsniederlegung oder zum Verteilen von Flugblättern garantieren, sondern die die Gewerkschaft lediglich von den Sanktionen freistellen, die das überkommene Zivilrecht für solche Fälle bereithält. Rechtsnormen dieser Art eröffnen die Möglichkeit zu wirksamer Interessenvertretung, sie verlangen sie aber nicht und sie binden sie insbesondere auch nicht an bestimmte Verfahrensformen oder bestimmte vorgegebene Ziele. Die Vermutung, es würde sich dabei um eine englische Besonderheit handeln, ist unrichtig. Auch wir kennen die Kategorie von „Ermöglichungsrechten“, deren Regelungsgehalt sich darin erschöpft, soziale Prozesse gegen juristische Interventionen zu schützen. Auf relativ abstrakter Ebene angesiedelt, sagt die These von der Offenheit des Grundgesetzes<sup>31</sup> nichts anderes: Es soll keine verfassungsrechtlichen Hindernisse geben, um im Rahmen der Grundrechte eine sozialistische Gesellschaftsordnung zu verwirklichen. Derselbe Gedanke liegt einem „Grundrecht auf Mitbestimmung“ zu Grunde, das ja nicht einen einklagbaren Anspruch auf Einführung der Montanmitbestimmung in allen Großunternehmen (oder vergleichbare Skurrilitäten) zum Gegenstand hat, sondern nichts anderes als die von der Verfassung eröffnete Chance bedeutet, mit Hilfe des Gesetzgebers oder der Tarifparteien eine gleichberechtigte Einwirkung auf alle im Wirtschaftsprozess erfolgenden Entscheidungen erkämpfen zu können<sup>32</sup>. Ähnlich verhält es sich mit dem Grundrecht auf Arbeit, dessen Verankerung in internationalen Abkommen und in Landesverfassungen den Sinn hat, die Auseinandersetzung um eine bessere Beschäftigungspolitik auf betrieblicher und gesamtwirtschaftlicher Ebene ge-

wissermaßen vor juristischen Fallstricken zu schützen, ein scheinbar bescheidener Stellenwert, der seine reale Bedeutung enthüllt, wenn man sich die zahlreichen Versuche vor Augen führt, durch Bezugnahme auf Unternehmergrundrechte die tarifliche Absicherung von Arbeitsplätzen zu unterlaufen<sup>33</sup>. „Ermöglichungsrechte“ zu erkämpfen vermeidet im übrigen jede Art von „Entpolitisierung“ durch staatliches Recht – sie stellen eine Reform dar, die über sich selbst hinaus weist.

<sup>29</sup> Anders Günther, Kündigungsschutzgesetz und Kündigungsschutzverfahren, DuR 1977, 64 ff.  
<sup>30</sup> Kahn-Freund, Arbeit und Recht, Frankfurt/Main 1979, S. 70 ff. Wedderburn, Industrial Relations and the Courts, Industrial Law Journal 1980, 65 ff.

<sup>31</sup> Dazu insbes. Kutscha, Verfassung und „streitbare Demokratie“, Köln 1979, S. 91 ff. mwN.  
<sup>32</sup> Däubler, Das Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. unveränd. Aufl., Frankfurt/Main 1976, S. 157 ff., 174 ff.

<sup>33</sup> Blomeyer, Besitzstandswahrung durch Tarifvertrag, ZfA 1980, 1 ff.; Bulla, Tarifverträge über Rationalisierungsmaßnahmen, DB 1980, 103 ff.; Koller, Die Zulässigkeit von Rationalisierungsschutzabkommen in Tarifverträgen, ZfA 1978, 45 ff.; Reuter, Zulässigkeit und Grenzen tariflicher Besetzungsregeln, ZfA 1978, 1 ff.