

Työoikeudellisen Yhdistyksen

vuosikirja 1985

**Toimittanut
Kari-Pekka Tiitinen**

Helsinki 1985

Wolfgang Däubler

Alternative Interpretation im Arbeitsrecht?

I. Was ist "alternative Interpretation"?

Sich für Alternativen auszusprechen, bedeutet vom Wortsinn her, bestimmte Dinge anders machen zu wollen. Beim Umgang mit dem Gesetz kann sich unter diesem Etikett die Verwendung einer neuen Methode, aber auch das Erarbeiten neuer Auslegungsergebnisse verbergen.

Ich will hier keine Theorie der alternativen Interpretation entwickeln, sondern schwerpunktmäßig über Erfahrungen in der Bundesrepublik Deutschland berichten. Dies heißt selbstredend nicht, die theoretischen Bezüge auszuklammern und die Bindung des Interpreten an das Gesetz als irrelevant abzutun. Entscheidend scheint mir jedoch, Material zugänglich zu machen, dürften doch Reflektionen über Handlungsmöglichkeiten des Juristen in der Praxis sehr viel fundierter ausfallen, wenn sie sich auf reale Prozesse stützen können.

Lassen Sie mich zunächst die Prämissen skizzieren, von der die deutsche Praxis ausgeht. Bezugsgröße für die Arbeit des alternativen Interpreten ist der einmal erreichte Rechtszustand. Der Status quo der Rechtsentwicklung wird dabei allerdings nicht (nur) als Gesamtheit der Gesetze und anderer geschriebener Rechtsnormen verstanden. Für die tatsächliche Bedeutung des Rechts kommt es primär darauf an, was die Rechtsprechung aus dem vorhandenen Normenmaterial gemacht hat. Soweit sie zu einer bestimmten Frage keine oder keine eindeutige Aussage getroffen hat, wird typischerweise auf die "herrschende Lehre" in der Literatur abgestellt.¹ Beide Formen des "Juristenrechts" betreffen auch Tarifverträge und Abmachungen zwischen betrieblicher Interessenvertretung und Arbeitgeber: Auch sie werden im Streitfalle nur mit dem Inhalt wirksam, den ihnen die Rechtsprechung oder ggf. die Literatur gibt. Die auf diese Weise "zurechtgestutzte" Ordnung ist Ausgangspunkt der alternativen Interpretation.

Alternativen sind in verschiedener Richtung denkbar. Die deutsche Diskussion hat diesen Begriff im Arbeitsrecht für solche Auslegungsergebnisse reserviert, die den Interessen der abhängig Beschäftigten stärker Rechnung tragen als der Sta-

1) Zur sozialen Bedeutung der herrschenden Meinung s. *Wesel*, hM, in: Kursbuch 56, Berlin 1979, S.88 ff.; Rita *Zimmermann*, Die Relevanz der herrschenden Meinung für Rechtsanwendung und Rechtsentwicklung, Berlin 1982.

tus quo. Der Interpret bemüht sich etwa um eine Ausdehnung des Kündigungsschutzes, um mehr Mitbestimmung und humanere Arbeitsbedingungen. Entsprechendes existiert auch in einer Reihe anderer Rechtsgebiete. So geht es etwa im Verfassungsrecht darum, den Freiheitsrechten des Bürgers möglichst umfassend zur Geltung zu verhelfen, den Einzelnen an der Ausübung von Hoheitsgewalt partizipieren zu lassen und die Fürsorge für sozial Schwache auszubauen. Im Zivilrecht werden die überkommenen Normen im Hinblick darauf weiterentwickelt, daß der Verbraucher als unterlegener Vertragspartner ein erhöhtes Maß an Schutz benötigt. Je technischer ein Gebiet, um so geringer wird allerdings die Bedeutung einer interessenorientierten Handhabung sein: Manche Fragen des Prozeßrechts, aber auch des Erbrechts bieten insoweit keinen Anlaß zu unterschiedlicher Auslegung. Freilich ist insoweit vor allzu schnellen Rückschlüssen zu warnen: Kurze Fristen im Verfahren und komplizierte Förmlichkeiten gehen zu Lasten der juristisch schlechter beratenen und damit typischerweise der sozial schwächeren Partei. "Alternative Interpretation" mit emanzipatorischen Zielen zu verknüpfen, ist keine logisch zwingende Vorgehensweise. Denkbar sind auch Alternativen in der Gegenrichtung, also Auslegungsergebnisse, die Arbeitnehmer-, Bürger-, Verbraucher- usw. Interessen weniger berücksichtigen als der bisherige Rechtszustand. Wenn die deutsche Diskussion etwas Derartiges nicht als "alternativ" anerkannt hat, so ist dies eine Setzung, die nicht dazu führen darf, die mögliche Existenz derartiger "reaktionärer" Weiterentwicklungen aus dem Blickfeld zu verlieren.

II. Theorie und Praxis der alternativen Interpretation

Für die Situation in der Bundesrepublik ist es charakteristisch, daß alternative Interpretation im eben beschriebenen Sinne häufig praktiziert wird, daß gleichzeitig jedoch nur selten theoretische Überlegungen dazu angestellt werden. Dies mag damit zusammenhängen, daß das von einzelnen Autoren vorgetragene Argument mehr Glaubwürdigkeit besitzt, wenn die Frage der Interessen gar nicht angesprochen, sondern lediglich "neutrale" Rechtsfindung betrieben wird. Wer selbst bekennt, in stärkerem Umfang als dies bisher anerkannt war, Arbeitnehmerinteressen wahren zu wollen, wird als potentiell "befangen" angesehen. Advokatorische Jurisprudenz besitzt nicht dasselbe Maß an sozialer Anerkennung wie die reine Suche nach der Wahrheit — die Folge ist, daß sich bisweilen selbst Extremformen alternativer Interpretation als schlichte, "positivistische" Gesetzesauslegung ausgeben². Die deutsche Situation wäre deshalb sehr unvollständig geschildert, wollte man sich nur auf Autoren beziehen, die ihren Interessenstandpunkt offenlegen³. Im Folgenden soll vielmehr an drei zentralen arbeitsrechtlichen Problembereichen deutlich gemacht werden, wie "alternative Inter-

2) Ein aufschlußreiches Beispiel bietet insoweit *Ridder*, Die soziale Ordnung des Grundgesetzes, Opladen 1975.

3) Zur italienischen Diskussion, die in mancherlei Hinsicht offener verfuhr als die deutsche, s. etwa *Barcellona* (a cura di), L'uso alternativo del diritto, 2 Bde, Roma-Bari 1973. Zur Entwicklung der deutschen Diskussion aus italienischer Sicht s. die eingehende Darstellung bei Pedrazzoli, in *Däubler*, Diritto sindacale e cogestione nella Germania Federale, Milano 1981, S. 19-46. Aus der deutschen Diskussion s. *Abendroth-Blanke v.a.*, Der Kampf um das Grundgesetz, Frankfurt/M. 1977.

pretation" in der Praxis funktioniert.

(1) Das deutsche Arbeitskampfrecht ist nicht gesetzlich geregelt; es bestimmt sich im wesentlichen nach den Grundsätzen, die vom Bundesarbeitsgericht entwickelt wurden. Im Jahre 1971 vertrat dieses die Auffassung, die Arbeitgeberseite könne auf einen Streik mit der Aussperrung reagieren. Diese müsse genau wie der Streik selbst "verhältnismäßig" sein. Daraus folge, daß zunächst suspendierend ausgesperrt werden dürfe; nach Ende des Arbeitskampfes werden also die Arbeitsverhältnisse automatisch wieder fortgesetzt. Nur bei besonders lange dauernden und erbitterten Auseinandersetzungen sowie bei rechtswidrigen Streiks könne zum Mittel der lösenden Aussperrung gegriffen werden. Entscheidende Grundlage für das Aussperrungsrecht insgesamt sei das sog. Paritätsprinzip; nach Auffassung des BAG wäre andernfalls nicht gewährleistet, "daß es im Rahmen der Tarifautonomie durch Verhandlungen und notfalls durch Ausübung von Druck und Gegendruck zum Abschluß von Tarifverträgen" komme⁴. Könne die eine Seite, nämlich die Arbeitnehmerschaft, das Kampfgeschehen allein bestimmen und wäre der Arbeitgeber auf ein Dulden und Durchstehen des Arbeitskampfes beschränkt, bestünde die Gefahr, daß die Regelung der Arbeitsbedingungen nicht mehr auf einem System freier Vereinbarungen beruhe. "Vorbehaltlich der konkreten, insbes. auch der wechselnden wirtschaftlichen Situation, die vorgegeben ist, muß im Prinzip sichergestellt sein, daß nicht eine Tarifvertragspartei der anderen von vornherein ihren Willen aufzwingen kann, sondern daß möglichst gleiche Verhandlungschancen bestehen."

Die (im Ergebnis) arbeitnehmerorientierte Literatur hat diese Aussagen unter zwei Aspekten kritisiert.

Zum einen hat sie dem Bundesarbeitsgericht entgegengehalten, die Natur der Koalitionsfreiheit des Art.9 Abs.3 GG verkannt zu haben⁵. Seiner historischen Bedeutung nach sei die Koalitionsfreiheit ein reines Arbeitnehmerrecht, das die durch den Arbeitsmarkt und die Vertragsfreiheit abgesicherte Überlegenheit der Arbeitgeberseite mildern, ja tendenziell ausgleichen solle. Die "Väter" des Grundgesetzes hätten diese Konzeption der Verfassung zugrunde gelegt, zumal sie die Wirtschaftsordnung insgesamt offen gelassen hätten: Schon von daher wäre es also unzulässig, wollte man die Koalitionsfreiheit von vornherein als Element einer funktionierenden kapitalistischen Wirtschaftsordnung begreifen. Es gebe deshalb auch kein Paritätsprinzip, das eine reine Erfindung von Rechtsprechung und herrschender Lehre sei. Maßnahmen, die wie die Aussperrung gegen die durch Art.9 Abs.3 GG ermöglichte "Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen" gerichtet seien, wären daher rechtswidrig⁶.

Zum zweiten wird dem BAG die Unschlüssigkeit seiner eigenen Argumentation entgegengehalten. Um "gleiche Durchsetzungschancen" im Arbeitskampf herzustellen, müsse nach den Folgen gefragt werden, die die Arbeitsniederlegung für die Arbeitnehmer- wie für die Arbeitgeberseite hat; auch kämen zahlreiche

4) BAG AP Nr. 43 zu Art.9 GG Arbeitskampf, auch zum Folgenden.

5) Paradigmatisch *Zachert-Metzke-Hamer*, Die Aussperrung, Köln 1978.

6) Art.9 Abs.3 Satz 1 und 2 GG bestimmt: "Das Recht zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden, ist für Jedermann und für alle Berufe gewährleistet. Abreden, die dieses Recht einschränken oder zu behindern suchen, sind nichtig, hierauf gerichtete Maßnahmen sind rechtswidrig." Eine ähnliche Überlegung findet sich im italienischen Recht, wo sie auf der Grundlage des Art.28 des Arbeitnehmerstatuts ein hohes Maß an Anerkennung gefunden hat — s. *Ghezzi-Romagnoli*, Il diritto sindacale, Bologna 1982, S.318 ff. mwN.

weitere Faktoren wie die Möglichkeit der Arbeitgeber zu Produktionsverlagerungen oder zur Mobilisierung von Kritik in den Massenmedien in Betracht⁷. Die Arbeitnehmer werden durch den Lohnwegfall unmittelbar in ihrer persönlichen Lebensführung betroffen; die Nachteile, die sie von einem Streik haben, fallen deshalb stärker ins Gewicht als die Konsequenzen auf Arbeitgeberseite, die sich schlimmstenfalls in den Bilanzen niederschlagen. Auch besteht eine Vermutung dafür, daß im Regelfall gar keine definitiven Streikschäden entstehen, da die ausgefallene Arbeitszeit durch Überstunden usw. nachgearbeitet wird. Als Beispiel wurde etwa auf die deutschen Automobilunternehmen verwiesen, von denen zwei im Jahre 1963 wie im Jahre 1971 von dreiwöchigen Streiks betroffen waren, während es in den übrigen keine Arbeitsniederlegung gegeben hatte: Die Rentabilitätsentwicklung war überall parallel verlaufen.

(2) Das zweite Beispiel für alternative Interpretation, das ich hier skizzieren möchte, betrifft die Meinungsfreiheit des Arbeitnehmers. Das BAG hatte im Jahre 1971 über den Fall eines der DKP angehörenden Bankangestellten zu entscheiden. Dieser hatte in seiner Freizeit in einem ganz anderen Stadtviertel und ohne Hinweis auf seine berufliche Tätigkeit Flugblätter verteilt, in denen die Banken kritisiert wurden. Insbes. fand sich darauf die Aussage, daß seine Arbeitgeber-Bank einen Münchner Stadtteil aufgekauft habe, dort die Leute vertreibe, alte Häuser abreißt und Büropaläste errichte, die sie dann teuer vermietet⁸. Der Bankangestellte wurde wegen Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Treupflicht gekündigt, obwohl die Richtigkeit der Tatsachen nie ernsthaft in Zweifel gezogen wurde. Das Bundesarbeitsgericht bestätigte in letzter Instanz diese Kündigung und stützte sich dabei auf die Erwägung, der Arbeitnehmer müsse auch außerhalb seiner Arbeitszeit die Interessen seines Arbeitgebers wahren. Dies schließe es aus, daß man ihn durch eigene Äußerungen oder durch Verbreitung fremder Aussagen, die man sich zu eigen mache, in der Öffentlichkeit herabsetze. Entsprechendes gelte auch dann, wenn nicht die Arbeitgeberfirma direkt, sondern nur der "Stand" des Arbeitgebers angegriffen werde.

Die Kritik war insbes. auf zwei Ebenen angesiedelt⁹.

Zum einen wurde geltend gemacht, die Arbeitnehmerpflichten seien in einer Art und Weise ausgedehnt worden, die mit der Natur des Arbeitsverhältnisses nicht mehr in Einklang stehe. Dieses sei entgegen früher herrschender Auffassung kein personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis mehr, sondern ein schuldrechtliches Austauschverhältnis, dessen Wirkungen sich nicht auf das Freizeitverhalten des Arbeitnehmers erstrecken könnten. Nebenpflichten des Arbeitgebers und des Arbeitnehmers würden prinzipiell nicht weitergehen als bei anderen Schuldverhältnissen. Dafür spreche nicht zuletzt der Gesetzeswortlaut des § 611 Abs.1 BGB, der nur von der Leistung der Dienste und der Vergütung durch den Arbeitgeber spreche.

Zum zweiten bewegte sich die Kritik auf verfassungsrechtlicher Ebene. Wollte man aus dem Arbeitsverhältnis wirklich eine umfassende Pflicht zur Wahrung der Interessen der jeweils anderen Partei ableiten, würde dies bedeuten, daß letztlich aus Streiks, andere Kampfmaßnahmen, ja unter besonderen Umständen

7) Paradigmatisch *Kittner*, Parität im Arbeitskampf? Gewerkschaftliche Monatshefte (GMH) 1973, 91; *Däubler*, Die unverhältnismäßige Aussperrung, Juristische Schulung (JuS) 1972, 642.

8) BAG AP Nr. 2 zu § 134 BGB.

9) *Däubler*, Gewerkschaftsrechte im Betrieb, 4. Aufl., Neuwied 1985, § 18 II; *Ladeur*, KJ 1972, 409; *Ramm*, AuR 1973, 218; *Schwerdtner*, JZ 1973, 375.

sogar Kündigungen unzulässig wären. Lehnt man diese Konsequenz in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht ab, so bringt man den Arbeitnehmer in einen Rollenkonflikt: Soweit er als Gewerkschaftsmitglied handelt, kann er den Arbeitgeber sogar bewußt schädigen, soweit er sich diesen "Mantel" nicht umgehängt hat, ist er zu umfassender Hingabe verpflichtet. Eine solche Widersprüchlichkeit kann der geltenden Rechtsordnung schwerlich unterstellt werden. Hinzu kommt, daß der Prozeß demokratischer Meinungsbildung auf diese Weise nachhaltig beeinträchtigt wird: Während abhängig Beschäftigte bei Kritik an der Arbeitgeberseite ("Stand" des Arbeitgebers!) ihren Arbeitsplatz riskieren, haben Selbständige keinerlei Sanktionen zu gewärtigen, auch wenn sie beispielsweise die Arbeitnehmer oder die Gewerkschaften manifest angreifen.

(3) Das deutsche Kündigungsschutzrecht läßt grundsätzlich Kündigungen nur dann zu, wenn diese "sozial gerechtfertigt" sind. Wird eine Kündigung ausgesprochen, deren Rechtmäßigkeit umstritten ist, so stellt sich das Problem, ob der betroffene Arbeitnehmer nach Auslaufen der Kündigungsfrist weiterbeschäftigt werden muß, bis die Arbeitsgerichte eine rechtskräftige Entscheidung getroffen haben. Während der Zeit der Vollbeschäftigung ergaben sich insoweit keine besonderen Probleme; ohne daß insoweit umfassende empirische Untersuchungen vorliegen würden, geht man davon aus, daß im Regelfall der Arbeitnehmer mit dem Auslaufen der Kündigungsfrist den Betrieb verließ. Bis zur gerichtlichen Entscheidung hatte er in der Regel einen neuen Arbeitsplatz gefunden, so daß eine Rückkehr für ihn meist wenig sinnvoll erschien. Üblich war daher die Vereinbarung eines Abfindungsvergleichs, wobei die Abfindung um so höher ausfiel, je besser die Gewinnchancen des gekündigten Arbeitnehmers waren. Das Kündigungsschutzgesetz erwies sich so allerdings entgegen seinem ursprünglichen Anspruch nicht als "Bestandsschutz", sondern als "Abfindungsgesetz".

Diese Situation wurde durch die 1974 einsetzende Massenarbeitslosigkeit grundlegend verändert. Zwar wurde das Ausscheiden aus dem Betrieb weiterhin praktiziert, doch hatte die Kündigung für zahlreiche Arbeitnehmer zur Folge, daß sie längere Zeit arbeitslos waren, mangels "attraktiver Alternative" also sehr wohl in den Betrieb zurückkehren wollten. Dieses läßt sich nun allerdings schwer erzwingen. Die Klage gegen eine rechtswidrige Kündigung ist kraft Gesetzes eine Feststellungsklage, aus der keine Zwangsvollstreckung möglich ist. Dem Arbeitnehmer steht es zwar frei, in Verbindung mit der Kündigungsschutzklage auch einen Anspruch auf effektive Weiterbeschäftigung geltend zu machen, doch ist auch dieser schwer durchsetzbar, wenn etwa der Arbeitsplatz in der Zwischenzeit der Rationalisierung zum Opfer gefallen ist. Auch kann ein "einstellungsunwilliger" Arbeitgeber eine gerichtliche Entscheidung unschwer dadurch unterlaufen, daß er nochmals kündigt und so ein zweites Verfahren begonnen werden muß. Dies alles ist deshalb sehr gravierend, weil die Arbeitsgerichte zwar schneller als andere Gerichte entscheiden, der Gang durch die drei Instanzen bis hin zum Bundesarbeitsgericht jedoch drei bis vier Jahre dauert.

Der Bestand des Arbeitsverhältnisses kann unter diesen Umständen nur dann gesichert werden, wenn der Arbeitnehmer auch nach Auslaufen der Kündigungsfrist im Betrieb bleibt: In diesem Fall würde bei einem für den Arbeitnehmer positiven Ausgang des Kündigungsrechtsstreits alles beim alten bleiben; auch eine erneute Kündigung wäre für den Arbeitgeber relativ interessant¹⁰.

10) Grundlegend zum Weiterbeschäftigungsanspruch *Coen*, Das Recht auf Arbeit und der Bestandsschutz des gekündigten Arbeitsverhältnisses, Köln 1979; *Klebe-Schumann*, Das Recht

Nach § 102 Abs.3 BetrVG ist ein gekündigter Arbeitnehmer weiterzubeschäftigen, wenn der Betriebsrat der Kündigung aus bestimmten (selten vorliegenden) Gründen widersprochen und wenn der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erhoben hat. Das Problem lag nun darin, ob auch außerhalb des Anwendungsbereichs von § 102 Abs.3 BetrVG eine Weiterbeschäftigung möglich ist. Das BAG vertrat in einer 1977 erlassenen Entscheidung den Standpunkt, nur bei offensichtlich unwirksamer Kündigung sei ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch gegeben. Dem Argument, das Kündigungsschutzgesetz könne auf diese Weise sein Ziel, den Bestand des Arbeitsverhältnisses zu sichern, nicht erreichen, wurde keine Bedeutung beigemessen¹¹. Es sei ggf. Sache der Arbeitslosenversicherung, für die zu Unrecht Gekündigten zu sorgen.

Versucht man, die Position der höchstrichterlichen Rechtsprechung und die von verschiedenen Autoren unternommene "alternative Interpretation" gegenüberzustellen, so wird deutlich, daß das methodische Vorgehen zwar nicht identisch ist, sich aber auch nicht prinzipiell unterscheidet. Beide Seiten argumentieren rechtsdogmatisch insofern, als sie den Sinn von Rechtsnormen entwickeln und diese in das System des geltenden Rechts einfügen wollen. Insofern ist etwa die arbeitnehmerorientierte Position zur Meinungsfreiheit sehr viel "rechtsdogmatischer" als die restriktive Entscheidung des BAG, die im Prinzip dezisionistisch verfährt. Auf der anderen Seite läßt sich aber auch nicht übersehen, daß die "Alternativen" sehr viel stärker die Realität einbeziehen, sich also beispielsweise auf den Gesichtspunkt stützen, das Kündigungsschutzrecht könne bei einer bestimmten Handhabung des Weiterbeschäftigungsanspruchs sein Ziel in der Praxis nicht erreichen. Auch die Argumentation zur Stellung des Arbeitnehmers im Streik sind ihrer Natur nach empirische Aussagen; man versucht, die normative Vorgabe "gleiche Verhandlungschancen beider Seiten" zu konkretisieren und so — jedenfalls im Wege einer Hilfsargumentation — die praktische Umsetzung der vom Bundesarbeitsgericht entwickelten Grundsätze zu sichern. Diese Tendenz ist kein "Zufall", der auf einseitiger Auswahl der Beispielfälle beruhen könnte; zugrunde liegt vielmehr das unser Arbeitsrecht prägende Charakteristikum, daß der Anspruch der Norm in der Regel weitergeht als ihre Bedeutung in der betrieblichen Realität. Diese Erfahrungstatsache¹² hängt damit zusammen, daß die Beachtung von Arbeitsrechtsnormen in der Regel einen "Kostenfaktor" darstellt, dem sich der Arbeitgeber mit Rücksicht auf die vom Markt ausgehenden Zwänge zu möglichst kostengünstiger Produktion zu entziehen trachtet. Bisweilen mag überdies die beschränkte Effizienz von Normen auch der Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde gelegen haben, der durch schön klingende Programmatik einen höheren Befriedigungserfolg erreichen wollte. Von einem US-amerikanischen Autor wurde in diesem Zusammenhang der Begriff des "symbolischen" Rechtsfortschritts geprägt¹³. Die alternative Interpretation beschränkt sich daher nicht selten auf das "konventionelle", denkbar undramatische Vorgehen, den Gesetzgeber beim Wort zu nehmen.

auf Beschäftigung im Kündigungsschutzprozeß, Köln 1981.

11) BAG DR 1977, 2099.

12) S. die Kündigungsschutzstudie der sozialwissenschaftlichen Forschungsgruppe beim Max-Planck-Institut Hamburg, *Falke u.a.*, Kündigungspraxis und Kündigungsschutz in der Bundesrepublik Deutschland, Forschungsbericht, herausgegeben vom Bundesminister f. Arbeit und Sozialordnung, 2 Bde, Bonn o.J. (1981).

13) Alan Hyde in einer noch unveröffentlichten Arbeit.

Betrachten wir nunmehr die rechtstheoretischen wie die die politischen Voraussetzungen im einzelnen.

III. Rechtstheoretische Voraussetzungen

Alternative Interpretation im eben skizzierten Sinne setzt voraus, daß der Norminterpret Spielräume besitzt und daß deren Inanspruchnahme nicht von vornherein als "abwegig", gewissermaßen als juristische Häresie abgetan wird. Im Zeitalter des Positivismus, in Deutschland also insbes. in der Zeit vor 1914, haben insoweit recht beschränkte Möglichkeiten bestanden. Wer davon ausgeht, der Richter sei "der Mund des Gesetzes", wer die Erkenntnis des Rechts mit der Erkenntnis der Wahrheit in den Naturwissenschaften gleichsetzt¹⁴, wird kein Verständnis dafür aufbringen, daß Rechtsnormen Spielräume eröffnen, die zugunsten unterschiedlicher Interessen ausgeschöpft werden können. Die deutsche Diskussion hat sich — nicht zuletzt bedingt durch die historischen Brüche 1918, 1933 und 1945 — mehr oder weniger deutlich von dieser positivistischen Position entfernt¹⁵. Insbes. Viehweg¹⁶ und Esser¹⁷ haben mit ihren Arbeiten jedenfalls insoweit Zustimmung gefunden, als der Rechtsanwendungsprozeß in der Realität unserer Gerichtssäle und Beratungszimmer topischen Charakter hat, also im Abwägen verschiedener Problemlösungsgesichtspunkte besteht. Die Wertungen des Richters sind ein maßgebender Gesichtspunkt bei der Bestimmung dessen, was im konkreten Fall, aber kraft "Richterrechts" auch über den konkreten Fall hinaus gelten soll. Daß diese Wertungen nicht mit individueller Beliebigkeit gleichzusetzen sind, wird uns noch beschäftigen.

Man kann die Frage stellen, wo die Ursachen für diese "Lockerung" der richterlichen Bindung an das Gesetz liegen. Der Hinweis darauf, der Gesetzgeber könne wegen beschränkter Erkenntnismöglichkeiten nicht alle Probleme regeln und insbes. auch künftige Konflikte nicht voraussehen, ist ebenso richtig wie lückenhaft: Dieser Grund bestand auch schon vor 80 Jahren, ohne daß zu jener Zeit dasselbe Maß an eigenständiger Entscheidungsfindung durch die Gerichte vorhanden gewesen wäre. Ähnlich verhält es sich mit dem Hinweis auf semantische Spielräume¹⁸ — natürlich ist auch die Sprache der Juristen kontextabhängig, doch ist dies ein mehr oder weniger überzeitliches Phänomen. Der entscheidende Gesichtspunkt scheint mir darin zu liegen, daß das Arbeitsrecht anderen Zielen dient als die seinen "Unterbau" bildende Zivilrechtsordnung. Diese geht vom abstrakten Menschen, vom Rechtssubjekt als solchem aus, hinter dem sich die Kategorie des Warenbesitzers verbirgt¹⁹. Dieser wird einer generellen und

14) Römer, Kleine Bitte um etwas Positivismus, in: *Hagen-Römer-Seiffert* (Hrsg.), Festschrift Rabofsky, Köln 1972.

15) Rosenbaum, Naturrecht und positives Recht, rechtssoziologische Untersuchungen zum Einfluß der Naturrechtslehre auf die Rechtspraxis in Deutschland seit Beginn des 19. Jahrhunderts, Neuwied und Darmstadt 1972.

16) Viehweg, Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5. Aufl., München 1974.

17) Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, Frankfurt/Main 1970.

18) Vgl. Koch-Rüßmann, Juristische Begründungslehre, München 1982.

19) Vgl. Sinzheimer, Das Weltbild des Bürgerlichen Rechts, 1932, erneut abgedruckt in: Kahn-Freund/Ramm (Hrsg.), Hugo Sinzheimer, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Köln 1976, Bd 2, S.313 ff.

abstrakten Regelung unterworfen — seine soziale Situation, seine intellektuellen Fähigkeiten interessieren das traditionelle liberale Zivilrecht von den Extremfällen des Wuchers und der Geisteskrankheit abgesehen nicht. Das Arbeitsrecht unterscheidet sich von seinem Anspruch nach prinzipiell von diesem überkommenen Formalrecht, das Arm und Reich gleichermaßen verbietet, unter Brücken zu schlafen. Als ein Schutzrecht will es die Bedingungen gestalten, unter denen die Ware Arbeitskraft verkauft und verausgabt wird. Dies ist nur in der Weise möglich, daß man der spezifischen Schutzbedürftigkeit Rechnung trägt, daß man nicht mehr das abstrakte Rechtssubjekt, sondern den konkreten Menschen und die ihn treffenden Gefährdungen in den Mittelpunkt stellt. Notwendig ist damit ein dezentrales Modell der Normsetzung, das bis hinab zu den Besonderheiten des Einzelfalls reicht. Rechtstechnisches Mittel zur Umsetzung dieses Modells ist einmal eine offen dezentrale Rechtssetzung, wie wir sie in den Tarifverträgen, aber auch in den von Branche zu Branche unterschiedlichen Unfallverhütungsvorschriften finden. Daneben steht die Entwicklung richterrechtlicher Normen, die ein unterschiedliches Abstraktionsniveau haben können und die flexibel genug sind, um ein Minimum an Schutz zu realisieren. Wann eine Kündigung sozial gerechtfertigt ist, ob und in welchem Umfang ein Arbeitnehmer haftet, wer als "leitender Angestellter" aus der Betriebsverfassung ausgenommen ist — dies alles entscheidet aufgrund sehr allgemeiner Vorgaben der Richter unter maßgeblicher Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Die Rechtsprechung betreibt insoweit ein Stück Sozialpolitik; sie "materialisiert" das überkommene Privatrecht, indem sie — bezogen auf den realen Menschen in seiner konkreten Lebenssituation — bestimmte inhaltliche Schutzstandards entwickelt.

Gerade im Arbeitsrecht wäre es allerdings voreilig, nur die Schutzfunktion des "Richterrechts" zu sehen. Die Bekämpfung von Mißständen bzw. die Beseitigung von groben Ungerechtigkeiten dient immer auch der Aufrechterhaltung der bestehenden Ordnung, deren Akzeptanz dadurch erhöht wird, daß bei der Kündigung eben immer auch eine Interessenabwägung erfolgen muß oder daß der Kraftfahrer nicht wegen jeder kleinen Fehlreaktion mit unübersehbaren Schadensersatzansprüchen konfrontiert wird. Dazu kommen zwei spezifische Vorteile des "Richterrechts", die seine "Ordnungsfunktion" besonders wirksam machen.

Zum einen ist die richterliche Rechtsbildung besonders gut geeignet, Erfahrungen wie auch theoretische Erkenntnisse aufzunehmen und in die Weiterentwicklung von Generalklauseln einfließen zu lassen. Den Begriff "Wettbewerb" oder den Begriff "Ehe" im Sinne bestimmter Wertvorstellungen weiterzuentwickeln, ist — genau wie beim Arbeitsverhältnis — in erster Linie Sache der Rechtsprechung. Sie dabei zu unterstützen, ist Ziel der sog. responsiven Dogmatik²⁰, die gerade diese "Offenheit" von Normen voraussetzt. Wollte man vom Gesetzgeber dasselbe Maß an "Lernfähigkeit" verlangen, so wäre dies ein wenig adäquates Vorgehen: An die Stelle legitimationssichernder Kontinuität träte eine hektische Betriebsamkeit, die mit den Voreinstellungen der Bürger über ein geordnetes Verfahren der Rechtssetzung nur schwer vereinbar wäre. Die Rechtsprechung ist von daher ein sehr viel flexibleres Steuerungsinstrument.

Zum zweiten hat speziell im hier interessierenden Bereich des Arbeitskampfrechts die judikative Intervention den "Vorteil", potentielle Konfrontationen mit den Interessen der abhängig Beschäftigten abzumildern. Gäbe es etwa ein gesetzliches Verbot der spontanen Arbeitsniederlegung, so wäre jeder tatsächlich

20) Vgl. Teubner, Folgenkontrolle und responsive Dogmatik, Rechtstheorie 1975, S.179 ff.

durchgeführte "wilde" Streik eine Herausforderung für die bestehende Ordnung, ein Stück evidenten Ungehorsams, das ähnlich wie ein Steuerstreik behandelt würde. Die Eskalation wäre einprogrammiert. Entweder würde das abweichende Verhalten mit Sanktionen belegt und unterdrückt oder es müßte hingenommen werden mit der Folge, daß die bestehende Ordnung als "wenig verlässlich" erscheinen müßte. Ganz anders bei einem richterrechtlichen Verbot: Ob man von ihm Gebrauch macht, ob der bestreikte Arbeitgeber beispielsweise kündigt oder Schadensersatz verlangt, ist allein ihm überlassen. Angesichts des Satzes "Wo kein Kläger da kein Richter", erwartet niemand daß Richterrecht ebenso durchgesetzt wird, wie beispielsweise Eigentümerbefugnisse gegenüber Hausbesetzern. Daß insoweit ein signifikanter Unterschied zwischen "Richterrecht" und Gesetzesrecht besteht, zeigt unter anderem die Entwicklung des spanischen und des englischen Arbeitskammerrechts: Durch staatliches Gesetz angeordnete Streikschränkungen erwiesen sich in beiden Fällen als ineffektiv, ja führten zu einer Krise des politischen Systems²¹. Richterrechtliche Eingrenzungen wurden demgegenüber ohne vergleichbar heftige Gegenreaktionen hingenommen²². Daneben mögen viele andere Faktoren eine Rolle gespielt haben — ein Moment der Entwicklung stellte die Form staatlicher Intervention sicherlich dar.

Die Festlegung von Verhaltensregeln durch die Gerichte erweist sich so als systemnotwendige Form der Sozialgestaltung als ein Stück Sozialpolitik, das den Schutz- mit dem Ordnungsgedanken verbindet und das spezifische Legitimationsprobleme der Gesetzgebung vermeidet. Das bedeutet gleichzeitig, daß ein bedingungsloses "zurück zum Positivismus" von vornherein zum Scheitern verurteilt ist. Zwar mag im Arbeitsrecht die Versuchung besonders groß sein, den konsequenten Gesetzesgehorsam zu predigen, wird doch — wie oben bemerkt — in der Regel mehr versprochen als effektiv realisiert wird. Dennoch würde man die Funktionsprinzipien des Adressaten "Rechtsprechung" und damit ein Stück Realität verkennen, wollte man den Positivismus oder gar einen abschließend bestimmten Methodenkanon zur ausschließlichen Form des Umgangs mit dem geltenden Recht machen.

IV. Politische Voraussetzungen alternativer Interpretation

Der menschliche Geist ist erfinderisch. Für Juristen — selbst für solche, die sich als besonders gesetzestreu definieren — gibt es erfahrungsgemäß viele Möglich-

21) Zum Fehlschlag der Streikreglementierung durch den Industrial Relations Act vgl. insbes. Colmeric, Der Industrial Relations Act 1972 — ein Beispiel ineffektiver Gesetzgebung aus dem Bereich des kollektiven Arbeitsrechts, Ebelsbach 1979; zur Nichtbeachtung der Streiknormen der Franco-Zeit in Spanien vgl. Däubler (Hrsg.), Arbeitsbeziehungen in Spanien, Köln 1982, S. 7 f, sowie die darin enthaltenen Beiträge von González Ortega, Kollektivverhandlungen im spanischen System der Arbeitsbeziehungen (1939-1978), S.86 ff, und Durán López, Das Streikrecht im Prozeß der politischen Reform und unter der neuen demokratischen Ordnung, S.194 ff.

22) Dazu für Spanien Durán López, El Regimen legal de la Huelga tras la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8, Abril de 1981, Revista de politica social Nr.174 (1982) S. 49 ff.; für Großbritannien vgl. Wedderburn Industrial Relations and the Courts, The Industrial Law Journal 1980, S.65 ff.

keiten, unterschiedliche Resultate zu begründen. So kennt etwa das deutsche BGB einen § 950, der bestimmt:

„Wer durch Verarbeitung oder Umbildung eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache, sofern nicht der Wert der Verarbeitung oder der Umbildung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffs. Als Verarbeitung gilt auch das Schreiben, Zeichnen, Malen, Drucken, Gravieren oder eine ähnliche Bearbeitung der Oberflächen.“

Liest man diese Vorschrift unvoreingenommen, so mußte man eigentlich zu dem Ergebnis kommen, der Feinmechaniker erwerbe Eigentum an der von ihm zusammengesetzten Uhr und der technische Zeichner Eigentum an den von ihm gefertigten Zeichnungen. Daß dies nicht der herrschenden Auffassung in der Bundesrepublik entspricht, liegt auf der Hand. Eine entsprechende Auslegung zu vertreten wäre zwar nach den Regeln der juristischen Kunst durchaus möglich, würde jedoch zu politisch allgemein abgelehnten bzw. derzeit nicht durchsetzbaren Ergebnissen führen und wäre deshalb allgemeiner Ablehnung sicher: Das investierte Arbeitsquantum als Eigentumstitel zu behandeln, würde die kapitalistische Grundstruktur unserer Wirtschaft in einem wichtigen Punkt durchbrechen und in absehbarer Zeit zu einer Art Arbeiterselbstverwaltung in den Betrieben führen. Dies im Wege der „alternativen Interpretation“ bewirken zu wollen, wäre-gelinde gesagt-illusionär²³.

Das Beispiel macht gerade seines extremen Charakters wegen deutlich, daß alternative Interpretation nicht losgelöst von gesellschaftlicher Entwicklung betrieben werden kann. Ihre Resultate können die Praxis nur dann beeinflussen, wenn soziale und politische Kräfte vorhanden sind, die mit einem gewissen Nachdruck gleiche oder ähnliche Forderungen erheben. Mehr Schutz von Arbeitnehmerinteressen kann nur dann erwarten werden, wenn nicht allein aufgeklärte Juristen daran interessiert sind, sondern auch in den Betrieben und/oder auf der Ebene der politischen Öffentlichkeit und des Parlaments ein gewisses Maß an Druck in dieselbe Richtung entfaltet wird. Gegen die Aussperrung, für mehr Meinungsfreiheit und für besseren Kündigungsschutz müssen sich sehr viele Menschen engagieren — andernfalls bleibt die beste juristische Argumentation toter Buchstabe.

Diese Feststellung wirft einige weitere Fragen auf.

Zum einen lassen sich gesellschaftliche Kräfte im Regelfall nicht quantifizieren; wieviele Beschlüsse von Partei- und Gewerkschaftsgremien, wieviele Demonstrationen oder gar Arbeitsniederlegungen notwendig sind, um eine bessere Rechtsprechung zu schaffen, läßt sich nicht oder nur auf der Basis spekulativer Annahmen beantworten. Hinzu kommt die Schwierigkeit, daß sich gewerkschaftliche Forderungen wie auch Bürgerprotest in der Regel nicht auf so konkrete Dinge wie die in der Rechtsprechung zu entscheidenden Fragen beziehen. Die genannten Beispiele mögen insoweit eine gewisse Ausnahme darstellen — häufig ist die Situation so beschaffen, daß ein Rechtsproblem nur von wenigen Experten nachvollzogen und deshalb auch nur von ihnen diskutiert werden kann. Für den Interpreten folgt daraus, daß er von vorneherein nicht das Ziel verfolgen darf, gewissermaßen nahtlos das in juristische Termini übersetzen zu wollen, was in der Gesellschaft gefordert wird. Seine Arbeit ist insoweit risikobehaftet, als es durchaus geschehen kann, daß er mit zu weit gehenden Forderungen allein steht

23) Zur Diskussion um § 950 BGB in diesem Zusammenhang s. Heinz Wagner, *Recht als Widerspiegelung und Handlungsinstrument*, Köln 1976, S.146 ff.

oder daß die Entwicklung so schnell über seine Position hinweggeht, daß er sich plötzlich eher in die konservative Ecke gestellt sieht.

Zum zweiten ergibt sich die wichtige Frage, daß keineswegs immer Einigkeit darüber besteht, was unter dem Begriff "stärkere Wahrung von Arbeitnehmerinteressen" zu verstehen ist. Was geschieht, wenn der Wissenschaftler zu anderen Ergebnissen kommt als Gewerkschaftstag und Hauptvorstand oder (wahrscheinlicher) sich mit einer bisherigen gewerkschaftlichen Praxis in Widerspruch setzt? Hat er sich der "Organisationsraison" oder "Parteiraison" zu fügen oder soll er seine Erkenntnisse ohne Rücksicht auf die Mehrheitsmeinung, vielleicht sogar die einheitliche Meinung in den Gewerkschaften oder bestimmten Parteien publizieren? Das "Dissensproblem" ist — dies sei vorausgeschickt — keine Rechtsfrage. Niemand wird bestreiten wollen, daß ein an der Universität tätiger Wissenschaftler das verfassungsrechtlich verbrieftete Recht hat, seine Arbeitsergebnisse zu veröffentlichen, auch wenn dies den Wünschen seiner Gewerkschaft total zuwiderläuft. Entscheidend ist die politische Dimension des Problems. Sich mit einem schlichten Hinweis auf demokratische Willensbildungsprozesse begnügen zu wollen, wäre zu kurz gedacht: Die Stellungnahme eines Wissenschaftlers zum Kündigungsschutz oder zur Mitbestimmung hat — wenn sie in der gewerkschaftlichen Organisation verbreitet wird — einen anderen Stellenwert als der Diskussionsbeitrag eines "einfachen" Mitglieds, wird ihm doch leicht ein größeres oder kleineres Maß an Allgemeinverbindlichkeit zugesprochen. Bedeutet die unter Umständen größere Wirkung gleichzeitig eine Pflicht zu verstärkter Zurückhaltung?

Eine solche Annahme würde bedeuten, daß eine Organisation dann am effizientesten arbeitet, wenn sich in ihr möglichst wenig bewegt, wenn die Einheitlichkeit nicht nur des Handelns, sondern auch des Denkens besonders groß ist. Dies wäre allenfalls dann richtig, wenn die Organisation ihr optimales Funktionieren bereits erreicht hätte und wenn keine neuen Probleme auftauchen könnten. Daß dies nicht zutrifft, daß sich die Gewerkschaft oft noch in einem "Zielfindungsprozeß" befindet (wie etwa die aktuelle Diskussion um Beschäftigungsprogramme und Umweltschutz zeigt), liegt auf der Hand. Ist dies aber richtig, so ist sie als soziales System auf neue Impulse, auf innovatorische Ideen geradezu angewiesen, will sie den Status quo ihrer Aufgabenerfüllung auch nur erhalten. Diese Impulse können ihrerseits nur zu einem geringen Teil aus dem hauptamtlichen Apparat kommen, da dieser mit Alltagsaufgaben überlastet ist und sich außerdem besonderen Restriktionen ausgesetzt sieht: Jeder Vorschlag, dessen Realisierung den Vorgesetzten "weh tut", der etwa ihren Einflußbereich reduziert, verfällt nicht nur der Ablehnung, sondern kann auch die Stellung des initiativ werdenden gefährden. Wer immer sich aus dem Bereich eines Konsenses entfernt, der durch den Einflußbereich der wichtigeren Funktionsträger, aber auch durch andere Faktoren wie politische Präferenzen und politische Vorurteile geprägt ist, geht zumindest das Risiko ein, "kaltgestellt" zu werden; im Extremfall muß er mit einer Kündigung rechnen. Unter diese Umständen ist die Organisation geradezu darauf angewiesen, von außen her Innovationsvorschläge zu beziehen, sich von Leuten beraten zu lassen, deren Existenz nicht vom Erfolg ihrer Ratschläge beeinflußt wird. Auch Irrtümer können bisweilen fruchtbar sein. Für Wissenschaftler gibt es daher kein durch Arbeitnehmerorganisationen verbindlich vordefiniertes Arbeitnehmerinteresse; ihrer Funktion entsprechend sind sie berechtigt, diese Größe nach bestem Wissen und Gewissen anders zu

sehen als vorhandene Mehrheiten. Dabei gehen sie allerdings das Risiko ein, sich als Individuum zu isolieren und für ihre Auffassungen keinerlei Gehör zu finden — in der Praxis der Bundesrepublik kann man daher feststellen, daß sich einzelne Rechtswissenschaftler in der Regel zumindest auf Positionen bewegen, die von gewerkschaftlichen Minderheiten getragen werden.

V. Das Ergebnis der Bemühungen — drei Beispiele

Die oben dargestellten Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit der Aussperrung, die Meinungsfreiheit und die Weiterbeschäftigung nach Kündigung haben im Laufe der Jahre bestimmte Resultate gezeigt, die hier kurz wiedergegeben werden sollen.

Das Bundesarbeitsgericht hat seine Rechtsprechung zur Aussperrung im Jahre 1980 wesentlich modifiziert²⁴. Die Aussperrung ist danach nur noch als Antwort auf einen sog. enggeführten Teilstreik zulässig; ansonsten verstößt sie gegen geltendes Recht. Ein "enggeführter Teilstreik" liegt dann vor, wenn innerhalb des Tarifgebiets bis zu einem Viertel der von dem erstrebten Tarifvertrag betroffenen Arbeitnehmer die Arbeit niederlegt. In diesem Fall kann die Arbeitgeberseite bis zu einem Viertel der im Tarifgebiet Beschäftigten aussperren.

Was die Begründung angeht, so wies das BAG zunächst die von gewerkschaftlicher Seite vorgetragene Auffassung zurück, die Koalitionsfreiheit sei ein reines Arbeitnehmerrecht, die Aussperrung deshalb als Eingriff verfassungswidrig. Es stützte sich vielmehr auf seine frühere Paritätskonzeption ("gleiche Verhandlungschancen"), die es weiterentwickelte. In der Tat seien die beim Streik vom Arbeitnehmer zu erbringenden Opfer im Regelfall sehr viel gewichtiger als die des Arbeitgebers; von daher müsse man die Aussperrung als Kampfmittel betrachten, das regelmäßig für die Herstellung gleicher Durchsetzungschancen **nicht** erforderlich sei. Würden allerdings nur relativ wenige Betriebe bestreikt, bestünde die Gefahr, daß das Arbeitgeberlager auseinanderbreche, weil die nichtbestreikten Unternehmen für "Durchhalten" votieren würden, während die Bestreikten einen schnellen "Friedensschluß" bevorzugen würden.

Wie immer man die gegebene Begründung einschätzen mag — es wird deutlich, daß die Rechtsprechung Kompromißcharakter trägt. Vorausgegangen war ihr allerdings mehr als nur das Erstellen juristischer Studien. Nach den Aussperrungen 1978 hatten über 30.000 IG Metall-Mitglieder und über 10.000 IG Druck-Mitglieder mit Unterstützung ihrer Organisation Klage gegen die Aussperrung erhoben. Diese in der deutschen Entwicklung relativ neue Erscheinung einer "Massenklage" führte in einigen Bereichen dazu, daß die Gerichtstermine gemeinsam vorbereitet wurden; der Grundgedanke war, die im gerichtlichen Verfahren angelegte Individualisierung (ein Arbeitnehmer klagt gegen **einen** Arbeitgeber) aufzubrechen und das bei betrieblichen Auseinandersetzungen vorherrschende kollektive Element auch im Gerichtssaal beizubehalten²⁵. Dazu kamen zahllose gewerkschaftliche Erklärungen sowie kleinere Demonstrationen, die die gewerkschaftliche Ablehnung der Aussperrung unterstrichen. Auch die SPD hatte sich entsprechend festgelegt, die damalige sozialliberale Regierung konnte sich

24) BAG AP Nr. 64-66 zu Art.9 GG Arbeitskampf.

25) Dazu eingehend *Bobke*, Gewerkschaften und Aussperrung, Köln 1982, S. 56 ff.

aber nicht auf einen bestimmten Gesetzentwurf verständigen. Der "politische Kontext" sprach daher für eine erhebliche Einschränkung der Aussperrung — ein totales Verbot hätte dagegen wohl außerordentlich hohe Widerstände mobilisiert und wäre vermutlich durch das Bundesverfassungsgericht aufgehoben worden²⁶.

Ganz anders verlief die Entwicklung im Bereich der Meinungsfreiheit. Das BAG hat die in der oben²⁷ referierten Entscheidung eingenommene Position bislang nicht ausdrücklich revidiert. Die vorliegenden Entscheidungen beziehen sich im wesentlichen auf Meinungsäußerungen, die innerhalb des Betriebs abgegeben wurden. Das Gericht verfolgt insoweit die Linie, auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls abzustellen. So ist das Tragen einer "Anti-Strauß-Plakette" dann illegal, wenn sie etwa wegen ihrer Größe und Aufmachung provozierend wirkt, während eine unauffällige Plakette desselben Inhalts mit nicht mehr als 3 cm Durchmesser noch als "erträglich" eingestuft wurde²⁸. "Provozierende" parteipolitische Betätigung im Betrieb ist verboten, obwohl ein ausdrückliches Verbot gem. § 74 Abs.2 BetrVG nur für Betriebsratsmitglieder besteht²⁹. Bestätigt wurde vom BAG schließlich die einem Lehrer gegenüber ergangene Anordnung, während des Unterrichts keine "Anti-Atomkraft-Plakette" zu tragen³⁰.

Warum erwies sich die alternative Interpretation in diesem Bereich als so wenig wirksam? Der wesentlichste Grund dürfte darin liegen, daß es um Positionen ging, die außerhalb der Gewerkschaft angesiedelt werden oder die lediglich von einer Minderheit vertreten wurden. Anders als bei Fragen der Aussperrung war das gewerkschaftliche Engagement nur halbherzig oder gar nicht vorhanden. War dies im Einzelfall ausnahmsweise anders, konnte man auch mit für die Arbeitnehmer besseren Resultaten rechnen. So entschied etwas das Bundesverfassungsgericht 1976 im Fall eines der SPD angehörenden Betriebsratsvorsitzenden, selbst wenn die Verteilung eines Aufrufs zur Kommunalwahl als "parteipolitische Betätigung" zu qualifizieren gewesen wäre, der vom Arbeitsgericht verhängte Ausschluß aus dem Betriebsrat hätte jedenfalls das Maß des Erforderlichen überschritten und der Meinungsfreiheit nicht ausreichend Rechnung getragen³¹. Dies ist insofern bemerkenswert, als die parteipolitische Betätigung von Betriebsratsmitgliedern ausdrücklich untersagt ist, während in bezug auf einzelne Beschäftigte keine entsprechende Gesetzesnorm besteht.

Im Bereich des Kündigungsschutzes stand demgegenüber das gewerkschaftliche Engagement von vornherein außer Zweifel. Zwar hat es nie größere Aktionen zur Unterstützung dieses Anliegens gegeben, doch läßt sich dies unschwer damit erklären, daß die größte Zahl der ausgesprochenen Kündigungen eindeutig legal ist, so daß sich das Problem der Weiterbeschäftigung von vornherein gar nicht stellt. In einer jüngst ergangenen Entscheidung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts wurde gleichwohl ein grundsätzlicher Weiterbeschäftigungsanspruch bejaht: Sobald das Gericht erster Instanz eine für den Arbeit-

26) Näher zur politischen Einschätzung dieser Rechtsprechung *Däubler*, Perspektiven des Arbeitskampfrechts, AuR 1982, 361 ff.

27) Unter II (2).

28) Dazu *Zachert*, Plaketten im Betrieb — Ausdruck von Meinungsfreiheit oder Störung des Betriebsfriedens? AuR 1984, 289 ff.

29) BAG NJW 1978, 1875 (im konkreten Fall ging es um Mitglieder einer maoistischen Organisation).

30) BAG DB 1982, 2142 = AP Nr. 8 zu Art.5 Abs.1 GG Meinungsfreiheit.

31) BVerfG NJW 1976, 1627.

nehmer positive Entscheidung getroffen hat, ist der Gekündigte im Betrieb effektiv weiterzubeschäftigen³². Dies bedeutet, daß bei längeren Kündigungsfristen jedes Ausscheiden aus dem Betrieb verhindert werden kann und daß in anderen Fällen nur eine Unterbrechung der Beschäftigung von einigen Monaten eintritt. Dies ist — verglichen mit dem früheren Rechtszustand — eine beträchtliche Verbesserung.

VI. "Alternative Interpretation" und andere Aufgaben

Es wäre eine verhängnisvolle Beschränkung des Horizonts, wollten sich "kritische", an der Wahrung von Arbeitnehmerinteressen orientierte Juristen ausschließlich auf eine alternative Interpretation im hier skizzierten Sinne beschränken.

Gegenstand juristischer Analysen darf nicht nur die "bessere Variante" sein, sondern auch die Frage, welche gesellschaftliche Struktur dem bestehenden Normensystem zugrunde liegt. Gerade in einer Ordnung wie in der Bundesrepublik, wo dem Recht ein besonders hoher Rang zukommt, ist es wichtig, durch dieses Phänomen hindurch den Gegensatz von Kapital und Arbeit und die Funktion des Staates darzustellen. Sich auf alternative Interpretation zu beschränken, würde stillschweigend darauf hinauslaufen, nur noch "systemkonforme" Vorstellungen zu entwickeln; andere sind unter den gegebenen politischen Verhältnissen sowieso nicht durchsetzbar, sich regelmäßig ins juristische und politische Abseits zu begeben, wird schwerlich Sache einer größeren Anzahl von Juristen sein.

Zu dieser wichtigen, in der Regel auch wahrgenommenen Aufgabe ist in den letzten Jahren ein zweiter Bereich hinzugekommen, dem man noch zu wenig Aufmerksamkeit widmet. Ich meine damit das Problem einer allmählichen Erosion arbeitsrechtlicher Normen. Tarifverträge verlieren an Bedeutung, weil es immer mehr Beschäftigte gibt, die als Leiharbeiter, formal Selbständige, Heimarbeiter, Teilzeitbeschäftigte nicht unter den Anwendungsbereich von Tarifverträgen, ja z.T. überhaupt nicht unter den Anwendungsbereich arbeitsrechtlicher Normen fallen. Die krisenbedingte Massenarbeitslosigkeit hat in der Bundesrepublik eine Situation geschaffen, in der es darum geht, den erreichten Schutzstandard für alle zu verteidigen. Die Gefahr ist nicht von der Hand zu weisen, daß man bei bestimmten gewerkschaftlich gut vertretenen Arbeitnehmergruppen durchaus rechtliche Fortschritte erreicht, während sich auf der anderen Seite Randbelegschaften und formal Selbständige entwickeln, die jedes kollektiven Schutzes verlustig gehen und bestenfalls nach den Normen des Individualarbeitsrechts behandelt werden. Schon die nationalen Besonderheiten machen deutlich, daß es hier um keinen naturnotwendigen Prozeß geht: Ist die Gewerkschaft organisatorisch schwach und verfügt sie über keine ausgereiften Konzepte, wird es sehr viel leichter sein, in relativ kurzer Zeit ein "Subproletariat" zu schaffen, als wenn das Problem erkannt und jeder Versuch der Aufspaltung mit dem gesamten gewerkschaftlichen Verweigerungspotential beantwortet

32) BAG DB 1985, 551.

wird³³. Juristen haben die Aufgabe, die Verantwortlichen aufzurütteln und ihnen die Konsequenzen der Entwicklung aufzuzeigen. Sie können sich nicht an die Stelle politischer oder gewerkschaftlicher Gremien setzen, aber sie können mit der Autorität ihres Berufes wichtige Anstöße geben.

33) Von Interesse etwa in Italien bestehende Tarifverträge, wonach die Beschäftigung in atypischen Arbeitsverhältnissen nur innerhalb enger quantitativer Grenzen und/oder nur mit Zustimmung der Gewerkschaft möglich sein soll. Vgl. *Ghera*, in: Junod-Aubert (éd) *Crise, Maintien de l'Emploi et Partage du Travail*, Genève 1984, S.167 ff.