

Abendroth/Blanke/Däubler  
Düx/Perels/Ridder/Römer/Seifert  
Stuby/Wagner/Wahsner/Wiethölter

# Der Kampf um das Grundgesetz

Über die politische Bedeutung  
der Verfassungsinterpretation



**Syndikat**

## *Inhalt*

Peter Römer  
Vorwort 7

### *I. Referate 9*

Thomas Blanke  
Repression und Verfassung: Aspekte zur Funktion verfassungsrechtlicher  
Argumente in politischen Auseinandersetzungen 11

Wolfgang Däubler  
Einige Überlegungen zur alternativen Rechtsinterpretation 33

Heinz Düx  
Probleme der Interpretation von Art. 16 Abs. 2 Satz 2, 26 Abs. 1 und 20  
Abs. 4 GG (Asylrecht, Strafbarkeit friedensstörender Handlungen, Wi-  
derstandsrecht) 51

Joachim Perels  
Die rechtspolitische Strategie der CDU/CSU 60

Helmut Ridder  
Das Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen über Aufstieg und Verfall  
einer antirevolutionären Einrichtung 70

Peter Römer  
Kleine Bitte um ein wenig Positivismus. Thesen zur neueren Methoden-  
diskussion 87

Jürgen Seifert  
Das Auslegungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts bei der Verwir-  
kung von Grundrechten 98

Gerhard Stuby  
Bemerkungen zum verfassungsrechtlichen Begriff »freiheitliche demo-  
kratische Grundordnung« 114

Heinz Wagner  
Probleme der Rechts-, insbesondere der Verfassungsauslegung 133

Roderich Wahsner  
Bemerkungen zu Artikel 15 GG 139

Rudolf Wiethölter  
Thesen zum Wirtschaftsverfassungsrecht 158

*II. Diskussionen* 171

Wolfgang Däubler

## Einige Überlegungen zur alternativen Rechtsinterpretation

### *I. Erfahrungen im Arbeitsrecht*

1. Alternative Interpretation ist keine Erfindung der jüngsten Gegenwart. De lege lata vorhandene Auslegungsspielräume wurden schon im Arbeitsrecht der Weimarer Zeit zugunsten der abhängig Beschäftigten und ihrer Organisationen »ausgenutzt«<sup>1</sup> – wobei man sich heute im Grunde nur noch fragt, ob die gewerkschaftlichen Bemühungen etwa um eine personenrechtliche »Aufladung« des Arbeitsverhältnisses nicht gerade das Gegenteil von dem bewirkten, was sie nach der Absicht und der gesellschaftlichen Verankerung ihrer Autoren intendierten.<sup>2</sup> Auch die gemeinhin nur mit dem Begriff »Restauration« verbundenen fünfziger und frühen sechziger Jahre kannten den zunächst durchaus breit angelegten Versuch, gewerkschaftliche Auslegungsalternativen zum konservativen Verständnis von Arbeitsrechtsnormen zu schaffen. Will man dieses Bemühen an bestimmten Namen festmachen, so ist in erster Linie Wolfgang Abendroth zu nennen, dessen Arbeiten zum Streikrecht<sup>3</sup> vieles von dem vorwegnahmen, was heute als innergewerkschaftlicher Konsens gilt. Daneben stehen Autoren wie Bührig<sup>4</sup>, Franz Neumann<sup>5</sup>, Olaf Radke<sup>6</sup>, Wilhelm Reuss<sup>7</sup> und Richard Schmid<sup>8</sup>, die in zahlreichen gewichtigen Einzelfragen (in der Regel unausgesprochen) für die abhängig Beschäftigten Partei ergriffen.

Hat sich die Situation in der Gegenwart verändert, seit im Jahre 1968 zum ersten Male neue, der Studentenbewegung verbundene Autoren das überkommene Selbstverständnis der Arbeitsrechtswissenschaft in Frage stellten?<sup>9</sup> Dem äußeren Anschein nach hat lediglich die Zahl der fortschrittlichen Interpreten zugenommen<sup>10</sup>, so daß nicht nur zu Einzelfragen, sondern zu ganzen Problemkomplexen eigene Konzeptionen entwickelt werden konnten<sup>11</sup> und auch theoretische Fragestellungen wie das Problem der Durchsetzungsbedingungen alternativer Interpretationen behandelt wurden.<sup>12</sup> Über diese quasi-wissenschaftsimmanente Entwicklung hinaus hat sich jedoch insofern ein Wandel ergeben, als die Träger der heutigen Alternativpositionen zu einem beträchtlichen Teil aus den

Gewerkschaftsapparaten kommen und damit als Exponenten bestimmter Strömungen, nicht nur als engagierte Individuen anzusehen sind. Gewerkschaftstage haben sich die Kritik an großen Teilen des kollektiven Arbeitsrechts zu eigen gemacht<sup>13</sup> und zum Teil sogar das BAG unter Berufung auf das Grundgesetz aufgefordert, seine bisherige Rechtsprechung aufzugeben und beispielsweise die Aussperrung für illegal und die Differenzierungsklausel für zulässig zu erklären.<sup>14</sup> Aus akademischen sind in weitem Umfang gewerkschaftliche Vorstellungen geworden.

2. Es wäre reichlich vordergründig, wollte man dies als Erfolg feiern, der die gesellschaftliche Relevanz »alternativjuristischer« Bemühungen beweise. Kaum jemand wird ernsthaft bestreiten wollen, daß Beschlüsse von Vorständen, Beiräten und Gewerkschaftstagen häufig allein die Funktion erfüllen, Unzufriedenheit aus der Mitgliedschaft oder dem mittleren Funktionärskader aufzufangen, indem der gute Wille und das ehrliche Bemühen der Gesamtorganisation unterstrichen wird. Wichtig sind deshalb im Grunde weniger die Inhalte von Gewerkschaftstagsbeschlüssen (man fordert gegebenenfalls sogar wie die Jusos die Vergesellschaftung von Produktionsmitteln<sup>15</sup>), sondern die vorgesehenen Mittel ihrer Umsetzung. An ihnen zeigt sich der tatsächliche Wille zur Veränderung; ob über die Verwirklichung bestimmter Ziele nichts gesagt<sup>16</sup>, ob eine »sorgfältige Prüfung« von Vorschlägen angekündigt<sup>17</sup> oder ob ein bestimmtes Vorgehen in der Tarifrunde beschlossen wird<sup>18</sup>, macht einen großen Unterschied. Was bedeutet dies für die Ergebnisse alternativer Interpretation zum (kollektiven) Arbeitsrecht?

Bis heute kann nicht die Rede davon sein, daß die Gewerkschaften als Organisation bereit wären, etwa das Aussperrungsverbot, die Abschaffung des Verhältnismäßigkeitsprinzips beim Arbeitskampf oder die Einbeziehung politischer Inhalte in Betriebsräteschulungen mit gewerkschaftlichen Kampfmitteln, d. h. letztlich mit Streiks durchzusetzen. Dennoch wäre es verfehlt, wollte man ihre Kritik an Rechtsprechung und herrschender Lehre sowie die Übernahme linker Alternativvorstellungen als bloßes Täuschungsmanöver gegenüber einer unzufriedenen Basis abtun: Zahlreiche, insbesondere arbeitskampfrechtliche Entscheidungen belasten die Organisation als solche in einem Ausmaß, daß der Wunsch nach Veränderung auch vor relativ konservativen Kollegen nicht halt macht. Der Weg soll freilich vertrautes Terrain nicht verlassen; man hofft auf die Einsicht des BAG, das sich den berechtigten gewerkschaftlichen Argumenten nicht auf Dauer verschließen könne. Wie bisher soll sich sozialer

Wandel »lautlos«, durch »bessere« Entscheidungen staatlicher Instanzen, nicht durch Mobilisierung der Belegschaften vollziehen.

Es gehört zu den Funktionsvoraussetzungen eines sozialpartnerschaftlichen Systems der Arbeitsbeziehungen, daß Erwartungen der Gewerkschaften nicht *ausnahmslos* enttäuscht werden. Im einen oder anderen Fall muß ein »Erfolg« zu verzeichnen sein, der selbstredend nichts Grundsätzliches ändert, der jedoch die prinzipielle Richtigkeit der eigenen Politik gegenüber abweichenden oder zweifelnden Minderheiten »beweist«. Diese Fortschritte lagen bis zur Gegenwart im wesentlichen auf materiellem Gebiet; Erhöhung des Lebensstandards und Verkürzung der Arbeitszeit waren handfeste Beweise dafür, daß man auch ohne Streiks und Systemkritik weiterkommen konnte. Im Laufe der letzten Jahre hat sich dieser Zustand insofern geändert, als auch in den Gewerkschaften gewisse Politisierungsprozesse stattgefunden haben, die – wie die Beschlüsse offizieller Gremien zeigen – das »Anspruchsniveau« in bezug auf das (kollektive) Arbeitsrecht erhöht haben. Zum zweiten ist der Spielraum der Unternehmer für materielle Zugeständnisse angesichts der anhaltenden Wirtschaftskrise deutlich geringer geworden. In dieser Situation liegt es nun nahe, die Rechtsprechung ein wenig »aufzulockern« und dort, wo bisher ein rigider Arbeitgeberkurs gefahren wurde, vorsichtige Kompromisse anzusteuern, die die Handlungsmöglichkeiten der weiterhin konsequent am Sozialpartnerschaftsmodell orientierten Gewerkschaften<sup>19</sup> etwas erweitern. Damit läßt sich etwa erklären, daß das BAG die »kalte Aussperrung« in nicht ganz unerheblichem Umfang einschränkte<sup>20</sup>, daß der Warnstreik für zulässig erklärt<sup>21</sup> oder daß die Rechtmäßigkeit eines internationalen Boykotts gegen einen tarifunwilligen Reeder nicht von vornherein abgelehnt wurde.<sup>22</sup> Erst recht sind in weniger brisanten Gebieten wie etwa dem Betriebsverfassungsrecht<sup>23</sup> oder der betrieblichen Altersversorgung<sup>24</sup> durchaus erfreuliche Entwicklungen zu verzeichnen.

Was ist – um auf die Ausgangsfrage zurückzukommen – nun die Rolle der alternativen Interpretation in diesem Prozeß? Es wäre völlig illusorisch anzunehmen, das BAG würde sich in bestimmten Fragen voll der gewerkschaftlichen Position anschließen und sich gar von eigenen früheren Urteilen lauthals distanzieren. Die von gewerkschaftlich orientierten oder in den Gewerkschaften tätigen Juristen entwickelten Auffassungen stellen vielmehr nur eine »Extremposition« dar, die den Kreis der ins Auge gefaßten »vertretbaren« Lösungen erweitert. Die Distanz zwischen der Arbeitgebermeinung und – mit gewissen Abstrichen – der bisherigen

Rechtsprechung<sup>25</sup> auf der einen und dem gewerkschaftlichen Standpunkt auf der anderen Seite wird größer, die für Kompromisse geeignete »Mitte« verschiebt sich nach links. Wird etwa von gewerkschaftlicher Seite der Standpunkt vertreten, die Teilnahme an einer spontanen Arbeitsniederlegung stelle nie einen ausreichenden Grund für eine fristlose Kündigung dar<sup>26</sup>, so wird diese Auffassung selbstredend nicht übernommen, wohl aber eingeräumt, daß es Fälle geben kann, in denen die Anwendung des § 626 BGB ausscheidet.<sup>27</sup> Wird die Aussperrung als Reaktion auf einen rechtmäßigen Streik für verfassungswidrig erklärt<sup>28</sup>, so wird sie keineswegs abgeschafft, wohl aber kommt die Beschränkung auf eine reine Suspendivwirkung in Betracht.<sup>29</sup> Wird das Ziel von Betriebsräteschulungen in der Herstellung intellektueller Waffengleichheit mit der Geschäftsleitung gesehen<sup>30</sup>, so ist dies zwar als Grundsatz für das BAG nicht akzeptabel<sup>31</sup>, doch wird gleichwohl ein relativ großer Kreis von Gegenständen in den Veranstaltungen zugelassen, die in gewerkschaftlicher Regie, aber auf Kosten des Arbeitgebers durchgeführt werden.<sup>32</sup> Gewerkschaftliche Alternativinterpretationen haben daher eine gewisse Ähnlichkeit mit Tarifforderungen – sie werden als solche nicht durchgesetzt, aber sie verbessern – wenn mit entsprechender Unterstützung der Organisation vorgebracht – die erreichbaren Kompromisse.

3. Die hier skizzierte Grobstruktur einer alternativen Interpretation in actu hat viele Fragen offengelassen. Bedeutet »alternative Interpretation« nichts anderes als »advokatorische Jurisprudenz« zugunsten der Arbeitnehmer und ihrer Organisationen, die nach Art eines engagierten Prozeßvertreters mit guten, notfalls auch mit schlechten Argumenten ein optimales Ergebnis herauszuholen sucht? Oder handelt es sich um den juristischen »Ausläufer« einer theoretisch abgeleiteten Strategie, deren Bestimmung das wissenschaftliche Zentralproblem wäre (unten II)? Wie ist das methodische Vorgehen einer solchen Alternativkonzeption beschaffen? Soll die herrschende Meinung mit ihren eigenen Waffen geschlagen oder soll eine eigene Dogmatik, vielleicht eine neue Form juristischen Argumentierens entwickelt werden (unten III)? Was hat alternative Interpretation in den Alltagsprozessen unterer Gerichte für eine Funktion? Bleibt sie angesichts der faktischen Unterwerfung unter die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht folgenloses Glasperlenspiel (unten IV)?

## II. Alternative Interpretation und Gesellschaftstheorie

Dem Verhältnis von gesellschaftstheoretischer Einsicht und alternativer Interpretation haben insbesondere Erd und Mückenberger einige Ausführungen gewidmet. Erd hat gegen den von mir unternommenen Versuch, aus Art. 1 und 9 Abs. 3 GG ein umfassendes, auch die Entscheidungen auf Unternehmensebene einbeziehendes Kollektivvertragssystem abzuleiten, den Vorwurf eines »leeren Normativismus« erhoben; ohne theoretisch begründete Gewerkschaftsstrategie ließen sich keine »Rechtsprogramme« aufstellen und die gesellschaftlichen Bedingungen einer Veränderung des arbeitsrechtlichen Status quo nicht bestimmen.<sup>33</sup> In ähnliche Richtung tendiert die Kritik Mückenbergers, der hinter dem von ihm konstatierten »Warenlager« von juristischen Argumenten<sup>34</sup> politisch-strategische Vorstellungen vermutet, die jedoch nicht expliziert und deshalb der wissenschaftlichen Reflexion nicht zugänglich gemacht werden; überlasse man die Strategiefindung – wie es von mir gefordert, aber nicht praktiziert werde – jedoch den Organisationen der Arbeiterbewegung und beschränke sich auf Ideologiekritik und alternative Dogmatik, so belasse man die Arbeitsrechtswissenschaft im Zustand gesellschaftlicher Bewußtlosigkeit.<sup>35</sup>

Würde sich diese Kritik auf den Anspruch einer alternative Interpretation betreibenden Rechtswissenschaft insgesamt beziehen, so wäre sie völlig berechtigt. In der Tat muß es Ziel materialistischer Wissenschaft sein, die Bewegungsgesetze der Gesellschaft und ihre empirisch feststellbaren Erscheinungsformen zu erkennen und gleichzeitig die Rolle des eigenen Tuns im Prozeß der gesellschaftlichen Entwicklung zu bestimmen. Juristen haben deshalb nicht nur die hinter konkreten Vorschriften steckenden Interessen, sondern die gesellschaftlichen Ursachen für die Entstehung und Fortexistenz dieser Normen zu analysieren und eigene Interpretationsvorschläge darauf zu befragen, unter welchen Voraussetzungen sie welchen Nutzen und welchen Schaden stiften. Theoriegeleitete alternative Interpretation setzt daher nicht nur die Kenntnis der zu einer bestimmten »Rechtslage« führenden Entwicklung, sondern auch eine fundierte Einschätzung der in der Gesellschaft vorhandenen (objektiven und subjektiven) Veränderungspotentiale voraus.

Dieses auf einen »ideellen Gesamtmaterialisten« zugeschniderte Programm ist für einen einzelnen nicht einlösbar. Dagegen stehen nicht nur die Beschränktheit individueller Arbeitskapazität und die überkommene

fachliche Spezialisierung, sondern erst recht das Fehlen einer theoretisch angeleiteten Gewerkschaftsstrategie, die zentraler Bezugspunkt einer alternativen Interpretation wäre. Dies wird von Erd auch eingeräumt, doch empfiehlt er neben »fachübergreifenden institutionellen Forschungsmöglichkeiten« als Ausweg, »wissenschaftliches Mühen auf die Vermittlung von Theorie und Praxis, materialistischer Arbeitsrechtstheorie und strategischem Kalkül zu richten«.<sup>36</sup>

Dieser nicht eben sehr konkrete Vorschlag spiegelt ein wenig die Hilflosigkeit wider, die sich bei einer solchen Rechnung mit zwei großen Unbekannten – der Strategie und der einzuschlagenden Rechtspolitik – unvermeidbar einstellt. Bei einigen Autoren hat dies dazu geführt, daß sie sich ausschließlich als »Strategiefinder« betätigen, daß es ihnen zunächst nur noch darum geht, die objektiven (und damit nur einen Teil der) Verwirklichungsbedingungen einer einzelnen Forderung wie der Anerkennung des Lehrlingsstreikrechts zu bestimmen<sup>37</sup> oder die Durchsetzungsformen einer »basis- und konfliktorientierten Betriebspolitik« zu untersuchen;<sup>38</sup> der Fortentwicklung der Rechtsstruktur im Wege der Durchsetzung von Kompromissen wird dabei keinerlei Aufmerksamkeit mehr zuteil. Eine solche Einseitigkeit geht jedoch an den tatsächlichen Bedürfnissen der abhängig Beschäftigten völlig vorbei.

Richtig ist, daß es keine die Handlungen relevanter Teile der Arbeiterklasse bestimmende Theorie gibt und daß das Verhalten der Gewerkschaften einer pragmatisch gehandhabten Sozialpartnerschaft gleichkommt. Das bedeutet jedoch nicht, daß es auf dieser Entwicklungsstufe überhaupt keine theoretisch begründeten Vorstellungen gäbe, daß wir uns gewissermaßen auf einem gewerkschaftsstrategischen Nullpunkt befinden würden. So gibt es eine Reihe von Forderungen wie die Ausdehnung des Streikrechts und das Verbot der Aussperrung, die Erweiterung tariflicher Regelungsmöglichkeiten oder die Verbesserung des Arbeitsplatzschutzes, deren Berechtigung innerhalb der linken Diskussion völlig unbestritten ist. Ihre Einordnung in ein stringentes strategisches Konzept ist erstrebenswert, das Nachdenken über die Bedingungen ihrer Realisierung sicherlich nützlich – doch ist vor der Hoffnung zu warnen, das gewerkschaftsstrategische Ei des Columbus am Schreibtisch zu finden. Die von Erd abstrakt beschworene Vermittlung von Theorie und Praxis kann konkret nur so aussehen, daß man auf dem aktuellen Erkenntnisstand aufbaut und mit juristischer Arbeit, d. h. hier mit alternativer Interpretation ebenso Erfahrungen sammelt wie andere mit strategischen Vorschlägen oder Mobilisierungskonzepten.<sup>39</sup> Daraus lassen sich dann »bessere«,

d. h. gleichzeitig stärker theoretisch fundierte wie auf konkrete Veränderungsmöglichkeiten bezogene Konzepte entwickeln, deren juristischer Ausdruck eine weiter entwickelte alternative Interpretation bestimmter Normen sein kann. So wird man – um eine kritische Bemerkung Mückenbergers aufzugreifen<sup>40</sup> – insbesondere dort ansetzen, wo Mobilisierungspotentiale zu vermuten sind, z. B. bei den rechtlichen Möglichkeiten des Betriebsrats zur Abwehr von Rationalisierungsmaßnahmen, die sich gegen die Interessen der Belegschaft wenden. Dies ist ganz sicherlich der Konzipierung »beliebiger« betriebsratsfreundlicher Lösungen vorzuziehen, die mangels ausreichender Rückkopplung mit den realen Auseinandersetzungen leicht papierne Bemühungen bleiben. Gleichwohl kann selbst ein solches Vorgehen dann vertretbar, ja unvermeidlich sein, wenn die betriebssoziologische Forschung keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Einschätzung bestimmter Veränderungsmöglichkeiten bietet oder wenn in Form von Rechtsmeinungen – einer Kommunikationsform, die angesichts des verbreiteten Legalismus vieler Gewerkschaftsfunktionäre und Betriebsräte besonders weit reicht – innovatorische Vorschläge gemacht werden, deren Berechtigung oder Absurdität sich erst in einem kollektiven Strategiefindungsprozeß ergeben soll.<sup>41</sup> Von diesen Ausnahmen einmal abgesehen, hat die alternative Interpretation in der Tat die Funktion, bestimmten in der realen Arbeiterbewegung vorhandenen innovatorischen Vorstellungen<sup>42</sup> juristischen Ausdruck zu verleihen. Der Jurist ist dabei jedoch nicht auf eine reine Zulieferfunktion beschränkt, sondern durchaus legitimiert, die vorhandenen Strategieansätze durch eigene Vorschläge weiterzuentwickeln. Um es am aktuellen Beispiel deutlich zu machen: In weiten Teilen der Gewerkschaften wird die Forderung erhoben, einen gekündigten Arbeitnehmer im Betrieb so lange weiterzubeschäftigen, bis über die Berechtigung der Kündigung rechtskräftig entschieden ist. Dahinter steht kein theoretisches Konzept zur prinzipiellen Überwindung der Arbeitslosigkeit, sondern die schlichte Erfahrung, daß das KSchG wegen langer Prozeßdauer leerläuft und bestenfalls zu Abfindungen führt.<sup>43</sup> Neben der notwendigen wissenschaftlichen Aufgabe, den Zusammenhang zwischen Kapitalverwertung und Arbeitslosigkeit aufzuarbeiten und Bedingungen einer sozialistischen Wirtschaftsordnung zu bestimmen, ergibt sich die ganz »alltägliche« Notwendigkeit, etwa durch weite Auslegung des § 102 Abs. 3 BetrVG<sup>44</sup> oder durch eine im Vergleich zur bisherigen Praxis erweiterte Zulassung der einstweiligen Verfügung auf Weiterbeschäftigung<sup>45</sup> die rechtlichen Voraussetzungen für eine Realisierung dieser Forderung zu schaffen. Dabei können gerade Ausführun-

gen zu diesem Thema als Vehikel benutzt werden, um die angesprochenen Arbeitnehmer über die Grenzen des Arbeitsplatzschutzes in der bestehenden Wirtschaftsordnung ein wenig mehr zu informieren, als dies gemeinhin der Brauch ist. Wie weit man dabei geht, läßt sich nicht abstrakt vorprogrammieren; worauf es entscheidend ankommt, ist die Tatsache, daß die Argumentation nicht *wesentlich* über das Theorieniveau hinausgehen kann, das in einer bestimmten historischen Situation bereits vorhanden ist. Daß es Individuen und Institutionen geben muß, die »die Theorie« weiterentwickeln, steht außer Zweifel, doch ist es jedenfalls nicht naheliegend, daß Juristen, die ihren Arbeitsschwerpunkt in der Durchsetzung von Rechtsforderungen im Wege der Interpretation sehen, zugleich eine solche Funktion wahrnehmen und schöpferische Beiträge zur Weiterentwicklung von Gesellschaftstheorie leisten. Dies als Theorieverzicht auszulegen ist eine bösertige Unterstellung, die verkennt, daß sich Wissenschaft nur als arbeitsteiliger Prozeß organisieren läßt.

### *III. Zum methodischen Vorgehen bei alternativer Interpretation*

Die Verknüpfung alternativer Interpretation mit den Erfahrungen, Erkenntnissen und Forderungen zumindest von Teilen der Arbeiterbewegung bestimmt die Auswahl der zu untersuchenden Problemstellungen wie auch das Ausmaß, bis zu dem man sich vernünftigerweise von den bisher herrschenden Interpretationen entfernen kann. Utopische Ziele wie etwa die Herleitung eines einklagbaren, für jedermann erzwingbaren Rechts auf Arbeit aus Art. 1 der Europäischen Sozialcharta<sup>46</sup> oder einer Reihe von Landesverfassungen<sup>47</sup> scheiden dabei von vornherein aus, es sei denn, man benutze die eigene Rechtsmeinung bewußt als »Provokation«, um nicht etwa Rechtspositionen zu verändern, sondern auf den Widerspruch zwischen Anspruch und Realität hinzuweisen. Wie aber soll man methodisch verfahren, wenn es sich um eine durchaus realistische Forderung wie etwa die Weiterbeschäftigung nach Kündigung oder das Verbot der Aussperrung handelt?

Die bisherige Praxis läuft in der BRD<sup>48</sup> wie übrigens auch in Italien<sup>49</sup> darauf hinaus, im Prinzip nicht anders als die herrschende Meinung vorzugehen: Auch die linke Dogmatik arbeitet mit grammatischer, systematischer, historischer und teleologischer Auslegung, auch sie diskutiert die

sozialen Folgen bestimmter Entscheidungsmöglichkeiten und wägt »Problemlösungsvorschläge« gegeneinander ab. Von der herrschenden Meinung unterscheidet sie sich dem Anspruch nach dadurch, daß sie dieses »Handwerk« mit mehr Rationalität zu betreiben versucht, daß sie Vorurteile und verdeckte Parteinahmen entlarvt, die dem Anspruch der bürgerlichen Rechtsordnung widersprechen, daß sie die empirische Realität einbezieht, wo sich die bisher herrschende Auffassung mit blindem Normativismus begnügt. Damit schneiden sich die Vertreter der alternativen Interpretation allerdings die Möglichkeit ab, das topische Vorgehen der herrschenden Meinung als solches zu kritisieren: Man kann nicht von anderen eine Rückkehr zum strengen Gesetzespositivismus mit wenig Spielraum für den Rechtsanwender verlangen, wenn man selbst alle Register der Topik zieht. Dies ist bezeichnenderweise im Verfassungsrecht, nicht aber im Arbeitsrecht zum Problem geworden, während »Grundgesetzpositivismus« die herrschende Verfassungsdoktrin meilenweit nach links treiben, pauschal gesprochen: auf den Verfassungskompromiß des Jahres 1949 festnageln würde, fehlt eine entsprechende »Basis« im Arbeitsrecht: Das Arbeitskämpfrecht hat ebensowenig eine innerstaatliche Regelung erfahren<sup>50</sup> wie der wichtigere Teil des Tarifrechts; ein Arbeitsverhältnisrecht, das konsequent den §§ 611 ff. BGB folgen würde, wäre vollends undenkbar, ließen sich doch die in freier richterlicher Rechtsschöpfung »erfundenen« Treu- und Fürsorgepflichten nicht von heute auf morgen über Bord werfen.<sup>51</sup> Abwägungen nach »Billigkeit« und »Gerechtigkeit« sind im Arbeitsrecht unvermeidbar, eine dagegen gerichtete Kritik würde ein wenig an Don Quijote erinnern. Insofern begibt man sich keiner »Chancen«, wenn man nicht die Methode der herrschenden Meinung schlechthin, sondern nur ihre Anwendung im Einzelfall kritisiert.

Man kann sich in diesem Zusammenhang die Frage stellen, was das zwischen Frankfurt und Bremen schon fast kanonisierte Postulat der »Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft«<sup>52</sup> unter diesen Umständen eigentlich noch bedeutet. Aus ersten, nicht systematisch erfaßten und deshalb nur beschränkt aussagekräftigen Erfahrungen in den praktischen Teilen der Bremer Juristenausbildung läßt sich zumindest die Vermutung ableiten, daß gesamtgesellschaftliche Theorie zwar ein bestimmtes »Vorverständnis« schafft (also – wenn man so will – Sozialisationsfunktion erfüllt), daß sie jedoch in den meisten Fällen weder den Inhalt noch die Art der Argumentation beeinflusst. Daß etwa der Konkursverwalter nach § 22 Abs. 1 KO mit gesetzlicher Kündigungsfrist kündigen kann, ist für niemanden hinwegzudiskutieren, daß der Konkurs mit der Struktur des Wirt-

schaftssystems zusammenhängt, ist bekannt, bringt aber weder den Richter noch den gewerkschaftlichen Rechtsschutzsekretär wesentlich weiter. Daneben gibt es andere – seltenere – Fälle, in denen die Einbeziehung nicht unmittelbar prozeßbezogener Fakten auch das rechtliche Vorgehen in andere Bahnen zu lenken vermag. So kann etwa die Tatsache, daß ein Arbeitnehmer auch bei unberechtigter Kündigung so gut wie nie wieder an seinen Arbeitsplatz zurückkehrt, weil er aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen ist, sich während eines jahrelangen Prozesses einen anderen Arbeitsplatz zu suchen<sup>53</sup>, sehr wohl die Entscheidung für eine einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung erleichtern. Mehr als solche Rechts-tatsachenforschung scheint nicht vonnöten zu sein<sup>54</sup> – jede weitergehende Einordnung von konkreten Konflikten in größere gesellschaftliche Zusammenhänge dürfte allein das Vorverständnis beeinflussen, nicht aber in die Argumentationsstrukturen selbst eingehen.

#### *IV. Alternative Interpretation vor unteren Gerichten?*

Dieses gleichsam undramatische Ergebnis leitet über zu der dritten Frage, was die hier skizzierte Alternativinterpretation bei den Alltagsprozessen der unteren Instanzen auszurichten vermag. Ist es sinnvoll, vor einem Richter für ein Aussperrungsverbot oder die Differenzierungsklausel zu plädieren, wenn dieser durch ein unerschütterlich konservatives Weltbild geprägt ist? Wie wird ein Betriebsrat reagieren, wenn er die von seiner Gewerkschaft vertretene Alternativinterpretation vor Gericht vorbringt und damit jedesmal den kürzeren zieht? Wie kann sich auf der anderen Seite selbst der wohlwollendste Richter verhalten, wenn er genau weiß, daß seine »arbeitnehmerfreundliche« Rechtsauffassung von der nächsten Instanz mit Sicherheit abgelehnt wird und er so der nach seiner Ansicht im Recht befindlichen Partei nur einen längeren Prozeß und zusätzliche Kosten beschert? Hier liegen die praktischen Probleme alternativer Interpretation, die – dies sei selbstkritisch angemerkt – bedauerlicherweise bislang zu wenig bedacht wurden.

1. Alternative Auslegungen waren und sind bisher konzipiert für Gerichte, in denen grundsätzliche rechtspolitische Entscheidungen gefällt werden: Die erstrebten besseren Kompromisse sollen beim BAG, im Einzel-

fall auch beim Bundesverfassungsgericht zustande kommen. In den dort anhängigen Verfahren ist in der Regel allen Beteiligten klar, daß es sich um »Maximalforderungen« handelt, deren volle Durchsetzung die Ausnahme bleibt. Anders in den unteren Instanzen: Für die dort auftretenden Rechtsschutzsekretäre, Betriebsräte und Arbeitnehmer gibt es in der Regel nur »ein« Recht, das sie für das allein richtige halten. Wissenschaftliche Publikationen, die diesen Adressatenkreis wählen, müssen daher eindringlich darauf hinweisen, daß eine noch so gut begründete Mindermeinung erst durchgesetzt werden muß und daß die Arbeitnehmerseite – wenn sie sich schon auf eine gerichtliche Auseinandersetzung einlassen muß – gut beraten ist, eine Hilfsargumentation auf der Basis der herrschenden Meinung vorzutragen. Nur auf diese Weise vermeidet man die sonst unausbleibliche Enttäuschung über die »gutgemeinten« gewerkschaftlichen Rechtspositionen und eine daraus folgende erneute resignative Anpassung an die herrschende Meinung. Gleichzeitig schafft man aber wenigstens in Ansätzen ein Bewußtsein dafür, daß Recht nichts Vorgegebenes, ein für allemal Feststehendes ist, sondern daß es unter bestimmten, selbst mitzubeeinflussenden Bedingungen verändert werden kann.

2. Was die Situation des Richters betrifft, so wird es eine seltene Ausnahme bleiben, daß der höchstrichterlichen Rechtsprechung die Gefolgschaft versagt wird; die erstrebten Kompromisse lassen sich in der Regel nur bei der letzten Instanz erreichen.<sup>55</sup> Dennoch ist der Richter der unteren Instanz kein »Subsumtionsautomat« in bezug auf BAG-Urteile. Abgesehen von noch nicht entschiedenen Rechtsfragen, bei denen sich seine Freiheit vergrößert, gibt es zahlreiche Möglichkeiten, im Rahmen der Rechtsprechung von der bisherigen Praxis zugunsten der Arbeitnehmer abzuweichen. Dies gilt zum einen für die Handhabung von Begriffen mit relativ großem Beurteilungsspielraum. Ob ein bestimmtes Verhalten als wichtiger Kündigungsgrund gewertet wird, ob eine zweiwöchige Schulung »erforderlich« im Sinne des § 37 Abs. 6 BetrVG ist oder ob eine dreimonatige Krankheit nach dreijähriger Betriebszugehörigkeit eine personenbedingte Kündigung rechtfertigt, das alles sind Fragen, die sich nach richterlicher Billigkeit entscheiden, die keiner vollen Überprüfung in der Revisionsinstanz zugänglich ist. Selbst ein Berufungsgericht wird sich in derartigen Fällen schwertun, eine plausibel begründete Abwägung durch eine gegenteilige Entscheidung zu ersetzen. Zum zweiten wird es in vielen Fällen darauf ankommen, eine umfassende Tatsachenaufklärung zu

betreiben, die etwa bei der Würdigung von Aussagen auch die betriebliche Stellung der Zeugen miteinbezieht. Skepsis gegenüber Alltagstheorien<sup>56</sup> und Berücksichtigung der tatsächlichen Situation des Arbeitnehmers führen oft zu abweichenden Ergebnissen. Hat z. B. ein Arbeitnehmer eine Ausgleichsquittung unterschrieben, in der er den Empfang der Arbeitspapiere bestätigte und auf alle weiteren Ansprüche verzichtete, so kann sich ein Richter von der Vorstellung leiten lassen, wer eine solche Erklärung unterschreibe, wisse gemeinhin, was er tue; an der Gültigkeit der Erklärung bestehe kein Zweifel. Statt dessen kann er jedoch auch berücksichtigen, daß sich der Arbeitnehmer oft in einer psychischen Ausnahmesituation befindet, daß er unter Umständen glaubt, unterschreiben zu müssen, um seine Arbeitspapiere zurückzubekommen, daß er vielleicht nur der Ansicht war, den Erhalt der Papiere zu quittieren usw. Eine Vernehmung des Arbeitnehmers wird bei solchem »Problembewußtsein« oft Fakten zugute fördern, die den Schluß auf einen rechtsgeschäftlichen Bindungswillen nicht mehr zulassen. Anders als bei der Ausfüllung »weiter« Begriffe geht es hier nicht um Wertung, sondern um reine Tatsachenermittlung – gleichwohl besteht aller Anlaß, einen solchen »alternativen Rechtsgebrauch«<sup>57</sup> in Zukunft stärker zum Gegenstand wissenschaftlicher Erörterungen zu machen.

#### V. Übertragung ins Verfassungsrecht?

Lassen sich aus den arbeitsrechtlichen Erfahrungen und den arbeitsrechtlichen Konzepten Folgerungen ziehen für die verfassungsrechtliche Diskussion, die sich – anknüpfend an die weite oder enge Auslegung der antifaschistischen Komponente des Grundgesetzes – in jüngster Zeit besonders stark auf die Problematik einer linken Alternativinterpretation konzentriert hat?<sup>58</sup>

Zunächst ist der Ausgangspunkt für mehr Bürgerrechte signifikant schlechter als die Durchsetzungsbedingungen für bessere Arbeitsrechtsnormen: Es gibt keine Großorganisationen, die ihren Einfluß für die (wenigstens partielle) Durchsetzung linker Alternativpositionen in die Waagschale werfen würden. Die Gewerkschaften sind ihrem Selbstverständnis nach noch immer eine Arbeitsmarktpartei, die zwar die Notwendigkeit eines freiheitlichen Gemeinwesens, etwa einer freien Presse, eines unge-

störten Versammlungsrechts und demokratischer Verwaltungsstrukturen befürwortet, die aber nicht bereit ist, auch nur ihren informellen Einfluß aufzubieten, um in diesen beispielhaft genannten Bereichen ähnliche Verbesserungen wie im Arbeitsrecht durchzusetzen. Einzelne Parteien wie insbesondere die SPD werden zwar in ihren Handlungsmöglichkeiten durch die Praxis des Bundesverfassungsgerichts entscheidend beschnitten, doch sind sie nicht in der Lage, dies zu analysieren oder gar Gegenmaßnahmen ins Auge zu fassen.<sup>59</sup> Unter diesen Umständen bleibt als »Gegenmacht« gegen reaktionäre Uminterpretationen der Verfassung nur die potentielle Illoyalität größerer Teile der Bevölkerung; solange das Legitimationsproblem nahezu gelöst erscheint, kann man getrost die Demokratisierung der Hochschulen, die Fristenlösung oder die volle Normalisierung des Verhältnisses zur DDR verbieten. Abgesehen vom Sonderfall des Art. 9 Abs. 3 GG<sup>60</sup> hat alternative Interpretation unter den gegenwärtigen Bedingungen nur dann eine Chance, wenn breite Kreise der Bevölkerung ihre Unzufriedenheit bekunden (Numerus clausus)<sup>61</sup> oder wenn gewichtige Kapitalinteressen sich gegen die bisherige Praxis wenden (Ostverträge).<sup>62</sup>

Zum zweiten gewinnt die Methodenfrage einen anderen Stellenwert. Mit der Öffnung der Verfassungsinterpretation für jedes »vertretbare« Argument ist eine Kompetenzverschiebung vom demokratisch gewählten Parlament und der von ihm bestimmten Regierung hin zum Bundesverfassungsgericht verbunden. Kann dieses, ohne eine Staatskrise heraufzubeschwören, unter Berufung auf die Verfassung zahlreiche Richtlinien der Politik bestimmen<sup>63</sup>, so kommt gleichzeitig seine konservativere Ausrichtung voll zum Tragen: Es wird zum Eckstein einer Strategie der Gegenreform. Versucht nun in dieser Situation eine linke Wissenschaftlerminderheit, das methodische Instrumentarium des Bundesverfassungsgerichts für bürgerrechtliche, demokratische Alternativforderungen zu verwenden, so akzeptiert und legitimiert sie damit zugleich im Grundsatz die Rolle des Verfassungsgerichts. Anders als im Arbeitsrecht ist dies keineswegs unvermeidlich: Zum einen sind viele Normen des Verfassungsrechts von ihrem Wortlaut und ihrer Entstehungsgeschichte her eher objektiver Erfassung zugänglich als die nur durch richterliche Dezision ausfüllbaren Pauschalbegriffe wie »Treue« und »Fürsorge«. Zum zweiten – und das ist der wichtigere Punkt – ist die Verfassung anders als das Arbeitsrecht keine abschließende Ordnung eines bestimmten Lebensbereichs, die für jeden denkbaren Konflikt eine Lösung parat haben muß. Der Verfassungsrichter kann sehr wohl zu dem Ergebnis kommen, das Grundgesetz

enthalte zu einer bestimmten Frage keine Aussage; der Arbeitsrichter kann der Entscheidung nicht ausweichen, ob die dem X am 5. 2. erklärte Kündigung rechtmäßig war oder nicht. Ein Verfassungsgericht, das sich damit begnügt, nach einem bestimmten methodischen Kanon die vom Parlamentarischen Rat formulierten Entscheidungen fortzuschreiben, und das alle anderen Sachgebiete dem politischen Prozeß überläßt, ist als Institution durchaus denkbar.

Gibt es aus diesem Grund nur die Rückkehr zu einem Verfassungspositivismus, wie ihn vor kurzem Ridder eindringlich gefordert hat?<sup>64</sup> Sollen die demokratischen Verfassungsinhalten verpflichteten Juristen allein auf diesen Weg bauen, der zweifellos eine Form alternativer, sich von der herrschenden Position absetzender Verfassungsinterpretation wäre? Ohne eine endgültige Antwort versuchen zu wollen, sei an dieser Stelle auf eine Reihe von Bedenken hingewiesen.

– Auch positivistische Norminterpretation schafft entgegen verbreitetem Vorurteil keine eindeutigen, jeden richterlichen Spielraum ausschließenden Rechtslagen. Die Zahl und Rangfolge zugelassener Interpretationsgrundsätze steht keineswegs fest, so daß es schwerfallen würde, eine bestimmte richterliche Vorgehensweise als illegitim zu denunzieren. Wie weit der Spielraum hier reichen kann, hat Ridder selbst deutlich gemacht, indem er etwa die Zulässigkeit paritätischer Mitbestimmung im Unternehmen und ein generelles Privatisierungsverbot aus Art. 15 GG ableitete<sup>65</sup> – beides Thesen, die im übrigen von Vertretern nicht-positivistischer Alternativinterpretation nie in vergleichbar apodiktischer Eindeutigkeit entwickelt wurden. Auf diese Weise entsteht die Gefahr, daß nur das Etikett ausgewechselt, in der Methoden-Sache selbst aber nichts geändert wird.

– Der positivistische Ansatz ist geeignet, falsche Vorstellungen über die Entwicklung des Rechts zu wecken. Er muß notwendigerweise bestimmte Inhalte als Ergebnis eines bloßen Subsumtionsakts ausgeben, die in Wahrheit erst erkämpft werden müssen. Zwar läßt sich die herrschende Gegenauffassung noch als Ausdruck gesellschaftlicher (Fehl-)Entwicklung begreifen und kritisieren, doch fällt es schwer, die eigene Rolle in den gegebenen gesellschaftlichen Kontext einzuordnen.

– Die positivistische Verfassungsauslegung ist ihrem eigenen Anspruch nach starr auf einen bestimmten Verfassungszustand festgelegt. Wäre es in einer gegebenen gesellschaftlichen Situation sinnvoll, zur Erreichung »besserer« Kompromisse eine bescheidenere oder eine weitergehende Position zu beziehen, so wäre dem nur so Rechnung zu tragen, daß man

unter der Hand entsprechende Auslegungsergebnisse in den Verfassungstext »einbringt«, den eigenen Anspruch also nicht ernstnimmt.

– Die Rückkehr zum Verfassungszustand des Jahres 1949 ist unter den heutigen Bedingungen eine sehr weitgehende, ja utopische Form alternativer Interpretation. Wo ist die gesellschaftliche Kraft, die in der Lage wäre, einen derart gravierenden Machtverlust des Bundesverfassungsgerichts und damit eine weitgehende Demokratisierung unseres politischen Herrschaftssystems durchzusetzen?<sup>66</sup>

Diese Frage zu beantworten ist hier nicht der Ort. Vielleicht mag es weiterhelfen, wenn sich die Beteiligten ein wenig mehr der Tatsache erinnern, daß die Gemeinsamkeit des Zieles wichtiger als der eingeschlagene Weg ist.

### Anmerkungen

<sup>1</sup> Siehe die Zusammenstellung wichtiger Beiträge bei Ramm (Hrsg.), *Arbeitsrecht und Politik*, Neuwied 1966; einen Überblick über die wichtigsten Kontroversen bietet Martiny, *Integration oder Konfrontation?* Bonn-Bad Godesberg 1976, S. 56–150.

<sup>2</sup> Vgl. Blanke in: Barcellona (Hrsg.), *L'uso alternativo del diritto*, Bd. I, Roma-Bari 1973, S. 185 ff.

<sup>3</sup> *Die Berechtigung gewerkschaftlicher Demonstrationen für die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Wirtschaft*, Düsseldorf 1953 (Gutachten zum Zeitungsstreik); ders., »Der politische Streik«, *GMH* 1954, S. 258 ff.; ders., »Streik und Verfassungsrecht in der modernen Demokratie«, *DG* 1/1954, S. 8 ff.; ders., »Die Grenzen der Legalität des Streiks«, *GMH* 1954, S. 634 ff.; ders., »Innergewerkschaftliche Willensbildung, Urabstimmung und Kampfmaßnahme«, *AuR* 1959, S. 251 ff.

<sup>4</sup> *Handbuch der Betriebsverfassung*, Köln-Deutz 1953

<sup>5</sup> »Das Arbeitsrecht in der modernen Gesellschaft«, *RdA* 1951, S. 1 ff.

<sup>6</sup> »Zum Recht der Betriebsvereinbarung«, *RdA* 1950, S. 338; ders., »Zur rechtlichen Problematik der Aussperrung und des Streiks«, *AuR* 1964, S. 67; ders., »Die Nachwirkungen des »Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit«, *AuR* 1965, S. 302.

<sup>7</sup> »Der sogenannte »Käuferstreik«, *AcP* 156 (1957), S. 89; ders., »Friedenspflicht und Arbeitskämpfmaßnahmen«, *AuR* 1960, S. 289; ders., »Rechtsfolgen der Aussperrung«, *AuR* 1963, S. 225; ders., »Der »politische« Arbeitskämpf«, *AuR* 1966, S. 264.

<sup>8</sup> »Zum politischen Streik«, *GMH* 1954, S. 1 ff.; ders., »Bemerkungen zum Thema Aussperrung«, *GMH* 1964, S. 326 ff.

<sup>9</sup> Etwa Hoffmann, *Rechtsfortschritt durch gewerkschaftliche Gegenmacht*, Frankfurt 1968; Wiethölter, *Rechtswissenschaft*, Funkkolleg, Frankfurt 1968

<sup>10</sup> Überblick und Nachweise bei Däubler, *Gesellschaftliche Interessen und Arbeitsrecht*, Köln 1974, S. 35 ff. mit Anm. 124 und 125

<sup>11</sup> Siehe die Zusammenfassung der Aussagen zum Arbeitskämpfrecht bei Udo Mayer-Tonner, *DuR* 1976, S. 433 ff.

<sup>12</sup> Siehe etwa Blanke, *KJ* 1973, S. 349 ff.; Erd, *KJ* 1975, S. 46 ff.; Mückenberger, *KJ* 1975, S. 57 ff. Von großem Interesse sind auch die Versuche zur Aufarbeitung der Geschichte des Arbeitsrechts; dazu Blanke-Erd u. a., *Kollektives Arbeitsrecht, Quellentexte zur Geschichte des Arbeitsrechts in Deutschland*, 2 Bände, Reinbek 1975, sowie Wahsner, »Stand und Aufgaben einer Geschichte des Arbeitsrechts. Ein Literaturbericht«, *Blätter für deutsche und internationale Politik* 1977, S. 107 ff.

<sup>13</sup> Siehe etwa die arbeitsrechtlichen Beschlüsse des 11. Ordentlichen Gewerkschaftstags der IG Metall, mitgeteilt in *RdA* 1974, S. 372.

<sup>14</sup> *RdA* 1974, S. 372

<sup>15</sup> So der 9. Ordentliche Kongreß 1972, zitiert in: IMSF (Hrsg.), *Gewerkschaften und Nationalisierung in der BRD*, Frankfurt 1973, S. 143.

<sup>16</sup> So die zitierten IG Metall-Beschlüsse

<sup>17</sup> So Loderer in: Kittner (Hrsg.), *Streik und Aussperrung*, Frankfurt 1974, S. 555, zur tarifvertraglichen Verbesserung des Arbeitskämpfrechts

<sup>18</sup> So die Beschlüsse des 7. Ordentlichen Gewerkschaftstags der ÖTV (Berlin 1972), zur Tarifpolitik, insbes. Antrag 413. Ebenso die Beschlüsse des 8. Ordentlichen Gewerkschaftstags, *ÖTV-Magazin* 12/1976, S. 4.

<sup>19</sup> Insofern dürfte nur für die IG Druck und – mit Einschränkungen – für die ÖTV eine Ausnahme zu machen sein. Vgl. weiter Deppe, *Bf&uPol* 1977, S. 37 ff.

<sup>20</sup> *BAG DB* 1976, S. 511

<sup>21</sup> *BAG NJW* 1977, Heft 5, S. IV (Pressemitteilung)

<sup>22</sup> *BAG NJW* 1977, S. 318; ungleich restriktiver LAG Baden-Württemberg *DuR* 1974, S. 326 ff.

<sup>23</sup> Siehe etwa zahlreiche Entscheidungen zu § 37 Abs. 6 und zu § 5 Abs. 3 Betr.VG; Überblick bei Etzel, *Die Rechtsprechung zum BetrVG* 1972, Neuwied 1974, S. 21 ff., 66 ff.

<sup>24</sup> Vgl. etwa *BAG DB* 1977, S. 125

<sup>25</sup> Beide können nicht in eins gesetzt werden, da die BAG-Rechtsprechung übergreifende gesamtkapitalistische Interessen stärker berücksichtigt als die stets auf den unmittelbaren Arbeitgebervorteil bedachten Arbeitgeberautoren. Als besonders kurzsichtig kann insoweit Harald Raschs Plädoyer für die völlige Abschaffung des Streikrechts gelten (*ZRP* 1976, S. 181); die wirkliche Interessenlage wird zutreffend analysiert bei Blanke, *Funktionswandel des Streiks im Spätkapitalismus*, Frankfurt 1972, S. 90 ff.

<sup>26</sup> Kittner, *BB* 1974, S. 1488 ff.

<sup>27</sup> LAG Hamm, *DuR* 1976, S. 394.

<sup>28</sup> Hoffmann, in: Kittner (Hrsg.), *Streik und Aussperrung*, S. 47 ff.

<sup>29</sup> Vgl. etwa die für die herrschende Meinung repräsentativen Stellungnahmen von Thomas Raiser (*Die Aussperrung nach dem Grundgesetz*, Berlin 1975, insbes. S. 87 ff.) und Zöllner (*Aussperrung und arbeitskampfrechtliche Parität*, Düsseldorf 1974, S. 58), die ein gesetzliches (oder von der Rechtsprechung ausgesprochenes) Verbot der lösenden Aussperrung für zulässig halten.

<sup>30</sup> Däubler, *Schulung und Fortbildung von Betriebsratsmitgliedern und Jugendvertretern nach § 37 BetrVG*, 2. Aufl., Köln 1975, S. 32 ff.

<sup>31</sup> Ausdrückliche Distanzierung in BAG, Beschluß vom 6. 4. 1976, 1 ABR 96/74 S. 10.

<sup>32</sup> Neben arbeitsrechtlichen Themen insbes. »Kenntnisse über die Akkordentlohnung und Kenntnisse über das ihr zugrundeliegende arbeitswissenschaftliche System« (BAG vom 5. 2. 1974, 1 ABR 31/73 S. 8), »Lohngestaltung und Mitbestimmung im Betrieb« (BAG *AuR* 1974, S. 91), »Bilanzwesen« (BAG *AuR* 1974, S. 25), »Arbeitssicherheit« (BAG *AuR* 1974, S. 186), »Arbeitsstudien« (BAG *DB* 1973, S. 2249). Zu der Beschränkung durch das Erfordernis der konkreten Betriebsbezogenheit siehe Däubler, *Demokratische Erziehung*, 1975, S. 68 ff.

<sup>33</sup> Erd, *KJ* 1975, S. 46–51

<sup>34</sup> Mückenberger, *KJ* 1975, S. 61

<sup>35</sup> Mückenberger, *KJ* 1975, S. 62

<sup>36</sup> Erd, *KJ* 1975, S. 49

<sup>37</sup> So etwa Blanke, *Funktionswandel* (a. a. O., oben Anm. 25).

<sup>38</sup> Mückenberger, »Das Betriebsverfassungsgesetz und die Möglichkeiten einer basisorientierten Betriebsratspolitik«, in: Duhm-Wieser (Hrsg.), *Krise und Gegenwehr*, Berlin 1975, S. 128 ff.

<sup>39</sup> Zutreffend Kahn-Freund, Vorwort zu: Hugo Sinzheimer, *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie*, Bd. 1, Frankfurt-Köln 1976, S. 25: »Wieviel besser, wenn die praktische Anwendung der Methode zuerst kommt, und die Methodologie hinterher, als wenn es umgekehrt verläuft.«

<sup>40</sup> *KJ* 1975, S. 63

<sup>41</sup> Insofern habe ich meine von Erd und Mückenberger kritisierten Ausführungen bewußt als »Vorschlag« bezeichnet (*Grundrecht auf Mitbestimmung*, Frankfurt 1973, S. 51), was jedoch nicht zur Kenntnis genommen wurde.

<sup>42</sup> Daß etwa eine Parole wie »Gastarbeiter raus« nicht in diesem Sinne innovatorisch ist und deshalb – auch wenn sie in der deutschen Arbeiterbewegung viele Anhänger gewinnen sollte – nicht zu unterstützen, sondern zu bekämpfen ist, dürfte außer Streit sein. Daß es daneben viele Fragen gibt, die mit guten Gründen unterschiedlich beantwortet werden können, ist in jeder demokratischen Organisation eine Selbstverständlichkeit. Daß der an Arbeitnehmerinteressen orientierte Jurist dabei auch mal eine Position formuliert oder unterstützt, die sich nachträglich als falsch herausstellt, ist ein »Irrtumsrisiko«, das für ihn nicht größer als für andere Wissenschaftler ist.

<sup>43</sup> Becker-Rommelspacher, *ZRP* 1976, S. 41; Notter, in: Posser-Wassermann (Hrsg.), *Freiheit in der sozialen Demokratie*, Karlsruhe 1975, S. 235 f.

<sup>44</sup> Dazu insbes. Bösche, »Die Mitwirkung des Betriebsrats bei Kündigungen gem. § 102 BetrVG«, Bremer wissenschaftliche Abschlußarbeit, November 1976, Veröffentlichung voraussichtlich 1977.

<sup>45</sup> Dazu etwa Kempff, *DB* 1976, S. 2111

<sup>46</sup> *BGBL* 1964, II, S. 1261

<sup>47</sup> Überblick bei Rath, *Die Garantie des Rechts auf Arbeit*, Göttingen 1974, S. 62 ff.

<sup>48</sup> Siehe oben I 2.

<sup>49</sup> Schminck-Gustavus, *KJ* 1973, S. 38–40

<sup>50</sup> Zu den meist übersehenen völkerrechtlichen Normierungen siehe Däubler, *Arbeitsrecht*, Reinbek 1976, S. 131 ff.

<sup>51</sup> Dies ist hinsichtlich der Fürsorgepflicht zu wenig bedacht in der ansonsten vorzüglichen Monographie von Udo Mayer, *Paritätische Mitbestimmung und Arbeitsverhältnis*, Köln-Frankfurt 1976, insbesondere S. 102 ff.

<sup>52</sup> Siehe etwa das Loccumer Memorandum vom 8. 10. 1968 in: Loccumer Arbeitskreis (Hrsg.), *Neue Juristenausbildung*, Neuwied und Berlin 1970, S. 12 ff.; § 11 Abs. 3 des Bremischen JAG, abgedruckt in: Rincken u. a., *Der neue Jurist*, Darmstadt und Neuwied 1973, S. 250.

<sup>53</sup> Siehe oben Anm. 43

<sup>54</sup> Auch Eike Schmidt (»Normzweck und Zweckprogramm«, in: *Dogmatik und Methode*, Festgabe für Josef Esser, Kronberg/Ts. 1975, S. 153 ff.) kommt in den von ihm genannten praktischen Anwendungsfällen von Sozialwissenschaft nicht über diese scheinbar bescheidene Konsequenz hinaus.

<sup>55</sup> Siehe als Ausnahme LAG Bremen, *BB* 1976, S. 1560, das die Verdachtskündigung im Ergebnis »abschaffte«.

<sup>56</sup> Siehe für den Strafprozeß Opp, *KJ* 1970, S. 383 ff.; Entsprechendes wäre für die Arbeitsgerichtsbarkeit noch zu leisten.

<sup>57</sup> Die italienische Diskussion hat diesen Fall von vornherein einbezogen und spricht deshalb allgemein von »Uso alternativo«.

<sup>58</sup> Siehe Böwer-Trilling, *DuR* 1974, S. 119 ff.; Stuby, *DuR* 1976, S. 143 ff. einerseits, Borchers-Geil u. a., *DuR* 1976, S. 153 ff.; Ridder, in: *Rechtswissenschaft und Arbeiterbewegung*. Festschrift für Eduard Rabofsky, Köln 1976, S. 45 ff.; Römer, *DuR* 1976, S. 346 ff. andererseits.

<sup>59</sup> Überblick über den Widerspruch zwischen SPD-Programmatik und herrschender Verfassungsinterpretation bei Däubler, *Forum DS*, Heft 1/1976, S. 41 ff., Heft 2/1976, S. 196 ff. Zur rechtspolitischen Strategie der SPD siehe Blanke, *KJ* 1976, S. 163 ff., der freilich vieles als Ausdruck objektiver Gesetzmäßigkeit interpretiert, was aus der Sicht der unmittelbar Beteiligten schlichte individuelle Zufälligkeit ist.

<sup>60</sup> In diesem Bereich sind selbst in den letzten Jahren zwei relativ erfreuliche Entscheidungen ergangen: BVerfGE 38, 386 (Bestätigung des Verbots lösender Aussperrung gegenüber bestimmten Arbeitnehmergruppen, ohne gleichzeitig eine positive Aussage zur Aussperrung zu machen); BVerfG *NJW* 1976, S. 1632 (Freiheit politischer Meinungsäußerung auch für Betriebsräte, soweit dadurch der Betriebsfrieden nicht gestört ist).

<sup>61</sup> S. nunmehr BVerfG *EuGRZ* 1977, S. 66 ff.

<sup>62</sup> BVerfGE 36, 1 ff; 40, 141 ff.

<sup>63</sup> Abendroth, *KJ* 1975, S. 121 ff.

<sup>64</sup> Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975, S. 11

<sup>65</sup> S. 105 (Mitbestimmung), S. 102 (Privatisierung)

<sup>66</sup> So auch der Einwand von U. K. Preuß, *DuR* 1976, S. 450