

SONDERDRUCK AUS

BITBURGER GESPRÄCHE  
JAHRBUCH 1993/1



C.H. BECK'SCHE VERLAGSBUCHHANDLUNG  
MÜNCHEN 1993

## WOLFGANG DÄUBLER

### Das deutsche Arbeitsrecht – ein Standortnachteil?

#### I. Einleitung

Arbeitsrecht läßt sich aus unterschiedlicher Sicht analysieren. Man kann traditioneller Herangehensweise entsprechend danach fragen, in welchem Umfang die abhängig Beschäftigten geschützt werden. Man kann weiter mit zahlreichen neoliberalen Autoren den Arbeitsmarkt zum Ausgangspunkt nehmen und sich auf das Problem konzentrieren, inwieweit das geltende Recht die Zerteilung zwischen „Arbeitsplatzbesitzern“ und Arbeitslosen schafft oder zumindest vertieft. Man kann aus einer politischen Perspektive sich primär dafür interessieren, inwieweit das Arbeitsrecht Stabilität schafft oder seiner Struktur nach darauf angelegt ist, Veränderungen zu initiieren, d. h. Reformen zuzulassen, die über sich selbst hinausweisen. Man kann schließlich die Produktivitätsperspektive wählen und dem Problem nachgehen, ob aufgrund der konkreten arbeitsrechtlichen Normen die Arbeitseffizienz gesteigert oder vermindert wird.

Im vorliegenden Zusammenhang soll ein anderes, unter Juristen eher im Hintergrund stehendes Frageinteresse verfolgt werden: Erleichtert das geltende Arbeitsrecht Investitionen in der Bundesrepublik oder zählt es zu jenen Hypothesen, die man allenfalls dann in Kauf nimmt, wenn ansonsten alles stimmt? Dabei geht es primär um ein analytisches Interesse. Rechtspolitische Korrekturen können nicht allein unter dem Aspekt des „Wirtschaftsstandorts“ erfolgen, sondern müssen die Auswirkungen auf die Beschäftigten, auf den Arbeitsmarkt, auf die politische Stabilität und letztlich auf die Arbeitsproduktivität mitberücksichtigen.

Im folgenden sollen zunächst einige formale Charakteristika des Arbeitsrechts behandelt werden (unten II). Es folgt ein eingehender Überblick über seine inhaltlichen Strukturprinzipien (unten III); im Schlußteil soll es um die Herausarbeitung des Modernisierungsbedarfs gehen (unten IV). Dabei werden im Rahmen des Möglichen auch rechtliche Regelungen und Erfahrungen anderer Industrieländer berücksichtigt – die dort bestehenden Verhältnisse sind ersichtlich ein gewichtiger Faktor, wenn es um Standortentscheidungen geht.

#### II. Das Arbeitsrecht als ein wesentliches Stück Realität

Ob Arbeitsrecht überhaupt Bedeutung im hier interessierenden Zusammenhang besitzt, hängt davon ab, daß es in der Realität „greift“, daß seine Normen für die Beteiligten handlungsleitende Funktion besitzen.

## 1. Quellen des Arbeitsrechts

Das geltende Arbeitsrecht ist nur zu einem Teil in Gesetzen niedergelegt. Was dort nicht eindeutig fixiert ist, wird durch die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte bestimmt. Sie dominiert nicht nur dort, wo – wie im Arbeitskämpfrecht – eine differenzierte gesetzliche Regelung fehlt; auch in der Betriebsverfassung oder im Kündigungsschutz läßt sich das für die Praxis Verbindliche in der Regel nur unter Heranziehung der Judikatur bestimmen.<sup>1</sup> Soweit sie Lücken aufweist, orientiert man sich meist an der „herrschenden Meinung“ in der Literatur, einer Größe, die für viele komfortabel sein mag, die jedoch nicht den Schatten einer demokratischen Legitimation besitzt.<sup>2</sup> Die insbesondere durch die Rechtsprechung entwickelten Normen bilden ein ungewöhnlich dichtes Netz; es gibt – um es ein wenig zuzuspitzen – im Grunde keinen Konflikt in der Arbeitswelt, für den nicht eine rechtliche Lösung bereitstünde. Die großen Kommentare und Handbücher geben beredtes Zeugnis dafür ab. Eine vergleichbare „Normierungsdichte“ ist in anderen europäischen Rechtsordnungen nicht auffindbar, was mit der historischen Entwicklung, aber auch damit zusammenhängen mag, daß wir uns stärker als Italiener, Franzosen oder Briten auf rechtliche Auseinandersetzungen einlassen.<sup>3</sup>

Dieses hochkomplexe System wird seit einer Reihe von Jahren in einzelnen – allerdings recht kleinen – Segmenten durch EG-Recht überlagert, das praktische Bedeutung insbesondere bei der Behandlung von Wanderarbeitnehmern, beim Betriebsübergang und bei der Teilzeitarbeit besitzt.<sup>4</sup> Das Verhältnis beider Rechtsordnungen ist nicht immer frei von Friktionen – die Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsvermittlungsmonopol der Bundesanstalt für Arbeit<sup>5</sup> und zum Beweiswert ausländischer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen<sup>6</sup> vermag dies hinreichend zu illustrieren. In *einem* besteht freilich Übereinstimmung: Auch das EG-Arbeitsrecht ist in wesentlichen Teilen Richterrecht, dessen Einzelheiten allerdings noch nicht durchweg zur Kenntnis genommen sind.<sup>7</sup>

Neben diesem staatlichen, quasistaatlichen und parastaatlichen („hM“) Arbeitsrecht finden sich zahlreiche Normen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen. Dieses autonome Recht der Arbeitsmarktparteien ist für die reale Situation des einzelnen

<sup>1</sup> Der Satz Gamillschegs (AcP 164, 1964, 388, 445), der Richter sei der eigentliche Herr des Arbeitsrechts, ist von ungebrochener Aktualität.

<sup>2</sup> Dazu Rita Zimmermann, Die Relevanz der herrschenden Meinung für Anwendung, Fortbildung und wissenschaftliche Erforschung des Rechts, Berlin 1983.

<sup>3</sup> Man vergleiche etwa die deutsche Kasuistik zur sozial gerechtfertigten Kündigung im Sinne des § 1 KSchG mit der italienischen zum „giustificato motivo“ (dazu Pera, *Diritto del Lavoro*, Quarta Edizione, Padova 1991, S. 526 ff.), mit der französischen zur „cause réelle et sérieuse“ (dazu die Nachweise bei Kessler ZIAS 1991, 391 ff.) oder mit der britischen zum „unfair dismissal“ (dazu Freedland ZIAS 1991, 440 ff. und Wedderburn, *The Worker and the Law*, 3<sup>rd</sup> edition, London 1986, S. 172 ff.).

<sup>4</sup> Dazu zuletzt Däubler, Europäisierung des Arbeitsrechts? in: Schikora u. a. (Hrsg.), Politische Ökonomie im Wandel. FS für Klaus Peter Kisker, Marburg 1992, S. 315 ff. mwN.

<sup>5</sup> EuGH NZA 1991, 447: In bezug auf Führungskräfte verstößt das Arbeitsvermittlungsmonopol gegen Gemeinschaftsrecht.

<sup>6</sup> EuGH DB 1992, 1577. Zum Ganzen siehe die z. T. überzogene Kritik von Schiefer DB 1993, 38 ff.

<sup>7</sup> Siehe den instruktiven Überblick bei Lenz-Mölls DB 1990 Beilage 15 sowie zum Antidiskriminierungsrecht bei Colneric BB 1988, 968 ff.

Arbeitnehmers und Arbeitgebers häufig genauso wichtig wie der vom Staat gesetzte Rahmen: Lohnhöhe und Arbeitszeit sind dort festgelegt, auch der Kündigungsschutz läßt sich oft nicht mehr allein aus Gesetz und Rechtsprechung ablesen.

## 2. Anwendungsbereich

Die Arbeitsrechtsnormen knüpfen an den Arbeitnehmerstatus an. Dieser bestimmt sich im Kern durch die Weisungsabhängigkeit des Beschäftigten, wie auch immer diese im Einzelfall eingegrenzt werden mag.<sup>8</sup> Der Geltungsbereich des Arbeitsrechts ist zwingend; der einzelne Beschäftigte kann nicht durch entsprechende vertragliche Vereinbarung (sondern nur durch tatsächliche Selbständigkeit in der Arbeit) aus den Arbeitsrechtsnormen „hinausdefiniert“ werden.<sup>9</sup> Erfasst sind daher rund 90% aller Erwerbstätigen – bezieht man die Beamten mit ein, deren Beschäftigungsverhältnis zwar nicht historisch, wohl aber funktional als Sonderform des Arbeitsverhältnisses qualifiziert werden kann.<sup>10</sup> In welchem Umfang daneben illegale Arbeit geleistet wird, ist schwer abschätzbar.<sup>11</sup> Die Schwarzarbeit im formellen Sinn<sup>12</sup> erfolgt meist in Form der unerlaubten Tätigkeit Selbständiger; unser Gegenstand ist daher nur dann betroffen, wenn beispielsweise ausländische Arbeitnehmer ohne Arbeiterlaubnis oder Arbeitslose beschäftigt werden, die davon dem Arbeitsamt oder der Sozialbehörde keine Mitteilung machen. Zwar gilt auch für solche Fälle das Arbeitsrecht, da in aller Regel die Lehre vom faktischen Arbeitsverhältnis eingreifen wird.<sup>13</sup> Ob sich die Beteiligten allerdings an seinen Normen orientieren, ist außerordentlich zweifelhaft, da gerichtlicher Rechtsschutz den Umständen nach so gut wie immer ausscheidet.

## 3. Praktische Bedeutung

Von dem zuletzt genannten Fall abgesehen, hat das Arbeitsrecht „handlungsleitende Funktion“. Im Normalfall wird es von den Arbeitsvertragsparteien wie von den Betriebspartnern und den sozialen Gegenspielern beachtet. Dies bedeutet nicht, daß man sich gewissermaßen als „normvollziehende Instanz“ versteht und nur das tut, wozu ein gesetzlicher Auftrag besteht. Vielmehr geht es um einen als verbindlich anerkannten Rahmen, der es selbstredend nicht ausschließt, das eine abweichende Abmachung getroffen oder auf die Ausübung bestimmter Rechte verzichtet wird. Die weitreichende

<sup>8</sup> Dazu *Wank* DB 1992, 90ff.

<sup>9</sup> Dieser Grundsatz wurde insbesondere im Rahmen der Abgrenzung zu den freien Mitarbeitern im Medienbereich entwickelt. Überblick und Nachweise bei *Daubler*, Arbeitsrecht 2, 9. Aufl., Reinbek 1992, S. 936ff.; *Zöllner-Loritz*, Arbeitsrecht, 4. Aufl., München 1992, S. 43 ff.

<sup>10</sup> Zahlenangaben zum alten Bundesgebiet in: Statistisches Jahrbuch 1992, 110f., wonach der Anteil der Selbständigen und der mithelfenden Familienangehörigen bei insgesamt 10,3% liegt. In den neuen Bundesländern dürfte ihr Anteil eher niedriger sein.

<sup>11</sup> Nach einer älteren Schätzung werden durch die „Schattenwirtschaft“ in der Bundesrepublik wirtschaftliche Werte erzeugt, die 8% des Bruttosozialprodukts entsprechen, während sich dieser Anteil in Italien und Portugal auf 20% belaufen soll – dazu Burgdorff, in: ders. (Hrsg.), *Wirtschaft im Untergrund*, Reinbek 1983, S. 13; *Morin*, *Soziales Europa*, Heft 3/1988, S. 12.

<sup>12</sup> Gesetz zur Bekämpfung der Schwarzarbeit vom 30. 3. 1957 in der Fassung vom 29. 1. 1982 (BGBl. I, 109).

<sup>13</sup> Dazu *Daubler*, Arbeitsrecht 2, S. 134ff.; *Zöllner-Loritz*, Arbeitsrecht, S. 135ff.

Verrechtlichung der Arbeitsbeziehungen in der Bundesrepublik ist in den 70er Jahren „von links her“ mit dem Argument kritisiert worden, die sozialpartnerschaftlichen Handlungsmaximen würden eine Weiterentwicklung in Richtung auf mehr Freiheit und Solidarität verhindern.<sup>14</sup> In der Gegenwart haben sich die Fronten umgekehrt, wird doch gerade von marktradikaler Seite ein Abbau von Arbeitsrechtsnormen gefordert, um so die bislang gefesselten Marktkräfte zur Entfaltung kommen zu lassen.<sup>15</sup> Beide Positionen gehen zu Recht davon aus, daß das Arbeitsrecht eben mehr ist als ein „law in the books“, daß es reale Steuerungsfunktion besitzt. Dies schließt nicht aus, daß da und dort Vollzugsdefizite auftreten – nicht in jedem Betrieb, der unter das BetrVG fällt, existiert auch effektiv ein Betriebsrat,<sup>16</sup> nicht jede sozial ungerechtfertigte Kündigung führt zu der an sich vom Gesetz gewollten Weiterbeschäftigung.<sup>17</sup> Auch hier muß man freilich die Relationen sehen – daß ein Gesetz über Betriebsräte nur in ganz wenigen Unternehmen überhaupt praktische Bedeutung erlangt,<sup>18</sup> wäre unter deutschen Verhältnissen schwer vorstellbar.

### III. Inhaltliche Charakteristika

#### 1. Die Marktförmigkeit des Interessenausgleichs

In der Bundesrepublik wird über Löhne und Arbeitsbedingungen sowie die damit zusammenhängenden Fragen verhandelt. Als Medium dient weniger der Einzelarbeitsvertrag als vielmehr die Betriebsvereinbarung und der Tarifvertrag. Was die einzelne Arbeitsstunde wert ist, wie lange und zu welchen Zeiten gearbeitet wird, welche Sozialleistungen vorgesehen sind, ob der Betriebsrat über das vom Gesetz Vorgesehene hinaus mitbestimmen kann – dies alles ist nicht staatlich verordnet, sondern unterliegt dem freien Spiel der Kräfte. Die öffentliche Hand beschränkt sich darauf, insbesondere in Form des Arbeits- und des Sozialrechts einen allgemeinen Rahmen zu setzen; den Markt korrigierende Einzelinterventionen sind die absolute Ausnahme.

Die dezidierte Zurückhaltung des Staates steht im Gegensatz zu vielen anderen Arbeitsrechtsordnungen. Ein knapper Überblick mag dies verdeutlichen.

In zahlreichen Ländern existiert ein gesetzlicher Mindestlohn. In Frankreich etwa erfaßt der sog. SMIC<sup>19</sup> ca. 10% der Beschäftigten; er liegt bei ca. 70% des Durchschnittslohnes.<sup>20</sup> Er ist von Gesetzes wegen indiziert; sobald sich die Lebenshaltungs-

<sup>14</sup> Zusammenfassend Erd, Verrechtlichung industrieller Konflikte. Normative Rahmenbedingungen des dualen Systems der Interessenvertretung, Frankfurt/M./New York 1978.

<sup>15</sup> Paradigmatisch Kronberger Kreis (Hrsg.), Mehr Markt im Arbeitsrecht, Frankfurt/M. 1986.

<sup>16</sup> Zahlenangaben bei Däubler, Arbeitsrecht 1, 13. Aufl., Reinbek 1993, S. 392 ff.

<sup>17</sup> Zahlenangaben bei M. Wolf, in: Becker-Etzel u. a., Gemeinschaftskommentar zum Kündigungsschutzgesetz und zu sonstigen kündigungsschutzrechtlichen Vorschriften, 3. Aufl., Neuwied 1989, Grunds. Rn. 623 ff.

<sup>18</sup> So das griechische Gesetz über Betriebsräte von 1988; dazu Travlos-Tsanetatos AiB 1992, 33. Siehe auch Dimitrakou-Deliyanni, Les systèmes de négociations collectives de travail en Grèce et en Allemagne Fédérale face au phénomène de l'internationalisation de l'institution, thèse, Université de Genève 1989.

<sup>19</sup> Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance – die gesetzliche Regelung findet sich in Art. L 141/1 ff. des Code du travail.

<sup>20</sup> Kronke, Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt. Kernbereiche des Arbeitsrechts im internationalen Ver-

kosten um 2% erhöht haben, wird er nach Art. L 141/3 des Code du Travail automatisch angepaßt. Außerdem wird er einmal pro Jahr mit Rücksicht auf die gestiegene Kaufkraft der Tariflöhne nach oben korrigiert. Auch in Spanien sind gesetzliche Mindestlöhne eine Selbstverständlichkeit.<sup>21</sup> Art. 27 Abs. 1 des Arbeitnehmerstatuts<sup>22</sup> verpflichtet die Regierung, jährlich den berufsübergreifenden Mindestlohn festzusetzen, wobei sie den Index für Verbraucherpreise, die erreichte nationale Durchschnittsproduktivität, die Steigerung des Anteils der Arbeitseinkommen am Volkseinkommen sowie die allgemeine wirtschaftliche Konjunkturlage zu berücksichtigen hat.<sup>23</sup> Auch das Arbeitsrecht der USA kennt auf Bundesebene wie auf der Ebene der Einzelstaaten eine für die Praxis wichtige Mindestlohngesetzgebung.<sup>24</sup> Im Gegensatz dazu ist in der Bundesrepublik das Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen vom 11. Januar 1952<sup>25</sup> toter Buchstabe geblieben. Das von der Rechtsprechung aus § 138 BGB abgeleitete Verbot des „Hungerlohns“ ist wenig konturenscharf und erfaßt nur Extremfälle.<sup>26</sup>

In der Bundesrepublik verzichtet die öffentliche Hand weiter in der Regel darauf, bei der Vergabe von Subventionen oder von Staatsaufträgen Auflagen in bezug auf die Beschäftigungsbedingungen zu machen. Inwieweit Derartiges zulässig wäre, ist umstritten.<sup>27</sup> Anders in den USA: Dort ist die staatliche Wirtschaftsförderung das wichtigste Mittel, um einen besseren Schutz von Frauen und rassischen Minderheiten sicherzustellen.<sup>28</sup> Staatlich initiierte Quotenregelungen haben dort ihren Ursprung.<sup>29</sup> Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang auch Art. 36 des italienischen Arbeitnehmerstatuts, wonach nur solche Unternehmen staatliche Hilfen in Anspruch nehmen dürfen, die Tariflöhne bezahlen.<sup>30</sup> Die Verdingungsordnung für Bauleistungen verlangt demgegenüber nur, daß Beiträge zur Sozialversicherung korrekt abgeführt wurden.

Auch der Personalabbau vollzieht sich in der Bundesrepublik ohne staatliche Genehmigung. Liegen „dringende betriebliche Erfordernisse“ vor, kann nach näherer Maßgabe des § 1 KSchG gekündigt werden. Eine Abfindung ist nur dann geschuldet, wenn sie in einem Sozialplan vorgesehen ist. In beiden Punkten sind eine Reihe ausländischer Rechtsordnungen sehr viel restriktiver. Das niederländische Recht verlangt etwa äh-

gleich. Gutachten im Auftrag des Bundesministers für Wirtschaft für die Deregulierungskommission, Baden-Baden 1990, S. 70. Erfasst sind insbesondere Einzelhandel, Gaststätten und Gesundheitswesen.

<sup>21</sup> Alonso Olea und Casas Baamonde, *Derecho del Trabajo*, Duodécima edición, Madrid 1991, S. 331: „Hoy son una realidad generalizada“.

<sup>22</sup> In deutscher Übersetzung bei *Däubler* (Hrsg.), *Arbeitsbeziehungen in Spanien*, Köln 1982, S. 255.

<sup>23</sup> Näher zur aktuellen Praxis Sala Franco (Dir.), *Dercho del Trabajo*, 6ª edición, Valencia 1992, 717ff.

<sup>24</sup> *Kronke*, a. a. O., S. 177ff.

<sup>25</sup> BGBl. I, 17.

<sup>26</sup> Überblick über die Rechtsprechung bei *Däubler*, *Tarifvertragsrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden 1993, Rn. 1589ff.

<sup>27</sup> Vgl. *Bieback RdA* 1983, 265ff.; *Däubler*, *Arbeitsrecht* 1, S. 689ff.; *Scholz BB* 1981, 441.

<sup>28</sup> Grundlegend im deutschen Schrifttum Pietzcker, *Der Staatsauftrag als Instrument des Verwaltungshandelns*, Tübingen 1978. Speziell zur sog. affirmative action Coen DB 1987, 2041, 2570 unter Auswertung der Bremer Abschlußarbeit von Hilke Altona.

<sup>29</sup> Eingehend *S. Raasch*, *Frauenquoten und Männerrechte*, Baden-Baden 1991, S. 54ff.

<sup>30</sup> Zu den Einzelfragen siehe *Grandi-Pera*, *Commentario breve allo statuto dei lavoratori*, Padova 1985, Anmerkungen zu Art. 36.

lich wie das spanische eine (von recht unsicheren Kriterien abhängige) staatliche Genehmigung.<sup>31</sup> Eine entsprechende Regelung existierte von 1975 bis 1986 in Frankreich.<sup>32</sup> In Deutschland besteht Vergleichbares nur in bezug auf Schwerbehinderte und Arbeitnehmerinnen unter Mutterschutz.<sup>33</sup> Das österreichische und das italienische Arbeitsrecht sehen bei jeder Kündigung eine mit der Dauer der Betriebszugehörigkeit wachsende Abfindung vor – eine Regelung, die in Österreich neben dem Sozialplan steht, in Italien diesen in gewisser Weise ersetzt.<sup>34</sup>

Das deutsche Recht kennt auch keine Zwangsschlichtung. Nach einhelliger Auffassung in der Literatur<sup>35</sup> verstößt sie gegen Art. 9 Abs. 3 GG. Ob in bestimmten Extremsituationen Ausnahmen gelten, ist umstritten.<sup>36</sup> Schwerlich denkbar wäre der im März 1985 in Dänemark praktisch gewordene Fall, daß ein Arbeitskampf durch Gesetz beendet wird.<sup>37</sup>

Die größte praktische Bedeutung kommt vermutlich der Tatsache zu, daß die betriebliche Personalpolitik nur wenige inhaltliche Vorgaben zu berücksichtigen hat. Einstellungen, Beförderungen und Versetzungen können sich grundsätzlich am Leistungsprinzip orientieren. Die Seniorität – in den USA und in Japan noch immer ein wichtiger Faktor – spielt bei der Gewährung betrieblicher Sozialleistungen eine Rolle, nicht aber bei der Besetzung von Arbeitsplätzen.<sup>38</sup> Auch bei der sozialen Auswahl ist die Dauer der Betriebszugehörigkeit nur ein Kriterium neben anderen.<sup>39</sup> Dies bedeutet nicht, daß das Leistungsprinzip verabsolutiert würde: Der tarifliche Schutz älterer Arbeitnehmer verhindert in der Regel einen Absturz aufgrund altersbedingter Leistungsminderung.<sup>40</sup> Soweit ein solcher tariflicher Bestandsschutz fehlt, ist allerdings sogar eine Versetzung auf einen geringer bewerteten oder schlechter bezahlten Arbeitsplatz zulässig, sofern der Arbeitsvertrag Entsprechendes vorsieht.<sup>41</sup> Undenkbar ist die zum Teil in den USA

<sup>31</sup> Zur Rechtslage in den Niederlanden und einigen Reformüberlegungen siehe *Waas* ZIAS 1990, 169 ff.; zum spanischen Recht siehe *Alonso Olea und Casas Baamonde*, a. a. O., S. 417 ff.

<sup>32</sup> *Reiland* ZIAS 1989, 327 ff.

<sup>33</sup> §§ 15 ff. SchwbG; § 9 MuschG. Hinzuweisen ist weiter auf § 18 BErzGG sowie auf § 103 BetrVG, wonach die Kündigung von Betriebsratsmitgliedern und gleichgestellten Personen der Zustimmung des Betriebsrats bedarf, die durch das Arbeitsgericht ersetzt werden kann.

<sup>34</sup> Siehe *Runggaldier* (Hrsg.), Abfertigungsrecht, Wien 1991 (Österreich); ders.: DRdA 1990, 247 ff. (Italien).

<sup>35</sup> *Brox-Rütbers*, Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Stuttgart 1982, Rn. 706; *Dütz* RdA 1978, 298; *Kittner*, Alternativkommentar zum Grundgesetz, 2. Aufl., Neuwied 1989, Art. 9 Abs. 3 Rn. 65; *Löwisch-Rumler*, in: *Löwisch* (Hrsg.), Schlichtungs- und Arbeitskampfrecht, Wiesbaden 1989, Rn. 129.

<sup>36</sup> Übersicht über den Diskussionsstand bei *Däubler* (Hrsg.), Arbeitskampfrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 1987, Rn. 105 z, 106.

<sup>37</sup> Zum Sachverhalt und zum Verstoß gegen die ILO-Übereinkommen Nr. 87 und 98 siehe International Labour Conference, 72<sup>nd</sup> Session 1986, Report III (Part 4a), Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Genf 1986, S. 145.

<sup>38</sup> Einzelheiten bei *Däubler*, Seniorität im Arbeitsrecht, in: *Däubler-Bobke-Kehrmann* (Hrsg.), Arbeit und Recht, FS Gnade, Köln 1992, S. 95 ff.

<sup>39</sup> *Hueck/von Hoyningen-Huene*, Kündigungsschutzgesetz, Kommentar, 11. Aufl., München 1992, § 1 KSchG Rn. 466 ff. mwN.

<sup>40</sup> Überblick bei *Daubler*, Arbeitsrecht 2, a. a. O., S. 674 ff.

<sup>41</sup> Vgl. etwa BAG AP Nr. 24 zu § 611 BGB Direktionsrecht; BAG DB 1980, 1603. Dies läßt sich mit guten Gründen kritisieren.

praktizierte Lösung, Arbeitnehmer notfalls auch ohne ausreichende Arbeitsaufgaben weiterbeschäftigen zu müssen.<sup>42</sup>

## 2. Antagonistische Kooperation

Das deutsche Arbeitsrecht geht davon aus, daß zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern ein Interessengegensatz besteht. Dies gilt nach heute dominierender Auffassung auch im Einzelarbeitsverhältnis: Die Lehre vom sog. personenrechtlichen Gemeinschaftsverhältnis ist seit der Entscheidung des Großen Senats des BAG zum Weiterbeschäftigungsanspruch<sup>43</sup> stillschweigend verabschiedet. Man ist zu dem auch § 611 BGB zugrundeliegenden Austauschverhältnis zurückgekehrt, das durch mehr oder weniger weitreichende Nebenpflichten an die Besonderheiten der abhängigen Arbeit angepaßt wird.<sup>44</sup> Im Bereich der Betriebsverfassung und erst recht im Tarifvertragsrecht ist dies sowieso selbstverständlich.

Für die Austragung von Konflikten steht ein spezifisches Instrumentarium zur Verfügung. Von ihm soll in kooperativer Weise Gebrauch gemacht werden. Die Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis verlangen Rücksichtnahme auf den jeweiligen Gegenpart; über das Maß besteht verständlicherweise Streit, über den Grundsatz als solchen nicht. Niemand wird deshalb ernsthaft behaupten, der Arbeitgeber könne wegen jeder kleinen Erkrankung kündigen, und niemand will dem Arbeitnehmer das Recht einräumen, Betriebsgeheimnisse an die Konkurrenz auszulaudern. Besonders nachhaltig ist der Kooperationsgrundsatz in der Betriebsverfassung niedergelegt: Die vertrauensvolle Zusammenarbeit des § 2 Abs. 1 BetrVG wird nicht nur durch die betriebliche Friedenspflicht, sondern auch durch § 74 Abs. 1 BetrVG konkretisiert, wonach Betriebsrat und Arbeitgeber über strittige Fragen „mit dem ernststen Willen zur Einigung“ zu verhandeln haben. Hier wird in bemerkenswerter Abweichung von liberal-demokratischen Rechtssetzungsformen eine bestimmte innere Haltung vorausgesetzt – eine Übertreibung, die insofern folgenlos bleibt, als man die Ernstlichkeit des Einigungswillens schwerlich in einem gerichtlichen Verfahren überprüfen kann. Läßt sich bei – wie auch immer geführten – Verhandlungen kein Konsens erzielen, entscheidet die Einigungsstelle; auf betrieblicher Ebene kennt das deutsche Recht durchaus die Zwangsschlichtung. Der unterlegene Teil kann die Arbeitsgerichte anrufen und Rechtsverstöße oder Ermessensmißbrauch rügen; der Arbeitskampf scheidet als Mittel der Konfliktbewältigung aus. Schließlich stehen auch Tarifverhandlungen zwar nicht rechtlich, wohl aber faktisch unter einem Kooperationszwang: In einzelnen Branchen wie etwa in der chemischen Industrie besteht eine Art stillschweigendes Friedensabkommen, in anderen wird das Risiko eines großen Streiks als so hoch eingeschätzt, daß man eine Einigung im Vorfeld allemal vorzieht. Selbst wenn es die 1986 eingeführte Neufassung des

---

<sup>42</sup> Dazu *Moll*, Künstliche Beschäftigung im Kollektivvertragsrecht der USA und der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt/M. 1982.

<sup>43</sup> BAG ZIP 1985, 1214.

<sup>44</sup> Vgl. *Sölmer*, Grundriß des Arbeitsrechts, 10. Aufl., München 1990, § 28 III 2; *Zöllner-Loritz*, a. a. O., § 11 II 7.

§ 116 AFG nicht gäbe,<sup>45</sup> hätte der streikbedingte Ausfall einzelner Unternehmen angesichts der zwischenbetrieblichen Arbeitsteilung innerhalb kurzer Zeit so weitreichende Folgen für beide Seiten, daß der Ausgang des Konflikts völlig unberechenbar würde; steht die halbe Republik Kopf, sind keine ausgewogenen Resultate mehr zu erwarten. Dies mag als Erklärungsversuch dafür genügen, daß solch große Schritte wie die Einführung der 35-Stunden-Woche in der Metall- und Druckindustrie auf der Grundlage von Warnstreiks möglich waren.<sup>46</sup>

Die kooperative Form der Konfliktlösung wird bewußtseinsmäßig von der großen Mehrheit aller Arbeitgeber und Arbeitnehmer geteilt. Programmatische Festlegungen und Reden bei Verbandstagen oder auf Kundgebungen am 1. Mai können nicht darüber hinwegtäuschen, daß die Realität eine bewußt sozialpartnerschaftliche ist: Als zusätzliches Indiz mag man neben der Streikstatistik die Tatsache heranziehen, daß im Regelfall auch dort kein Druck auf die Gegenseite ausgeübt wird, wo dies nach geltender Rechtslage unschwer möglich wäre: Niemand könnte einem Betriebsrat verbieten, jedes Jahr vier bis sechs Betriebsversammlungen à 4 Stunden durchzuführen, sofern er durch Einladung von Gewerkschaftsvertretern und Referenten für entsprechend lange Diskussionen über betriebliche Fragen sorgt. Der Praktiker weiß, daß Derartiges nur in Betrieben vorkommt, bei denen aus den unterschiedlichsten Gründen der Hausseggen schief hängt.<sup>47</sup> Daß es nicht allein auf die gesetzlichen Vorgaben ankommen kann, wird durch das – zugegebenermaßen: singuläre – Beispiel des Kontrollratsgesetzes Nr. 22 unterstrichen: Es sah Betriebsräte ohne das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit und ohne betriebliche Friedenspflicht vor und galt im öffentlichen Dienst des Bundes bis 1955, beim NDR sogar bis in die 80er Jahre<sup>48</sup> – es gibt keine Anhaltspunkte dafür, daß dort weniger kooperative Umgangsformen geherrscht hätten.

### 3. Ansätze zur Subjektqualität des einzelnen

Das deutsche Arbeitsrecht wird weiter dadurch charakterisiert, daß es den einzelnen im Grundsatz als Subjekt anerkennt. Dies kommt in verschiedenen Prinzipien zum Ausdruck.

Das Individuum ist nicht nur Träger der Koalitionsfreiheit, sondern kann dem Arbeitgeber sowie den Tarifparteien sämtliche Grundrechte entgegenhalten. Kontrovers ist weniger dieser Grundsatz<sup>49</sup> als seine u. U. sehr schnell erreichten Grenzen. So vermag es nicht unbedingt einzuleuchten, daß das BAG das Tragen einer Anti-Strauß-Plakette mit einem Durchmesser von 12–15 cm als Kündigungsgrund qualifizierte,

<sup>45</sup> Gesetz zur Sicherung der Neutralität der Bundesanstalt für Arbeit bei Arbeitskämpfen vom 24. 5. 1986, BGBl. I, 740.

<sup>46</sup> Näher dazu und zur „Verösterlicherung“ unserer Arbeitsbeziehungen Däubler, Arbeitsrecht 1, a. a. O., S. 358 ff.

<sup>47</sup> Empirisches Material bei Kotthoff, Betriebsräte und betriebliche Herrschaft. Eine Typologie von Partizipationsmustern im Industriebetrieb, Frankfurt/M./New York 1981. In der Zwischenzeit dürfte sich nichts Grundsätzliches geändert haben.

<sup>48</sup> Siehe die Entscheidung BAG BB 1981, 119.

<sup>49</sup> Dazu etwa Gamillscheg, Grundrechte im Arbeitsrecht, Berlin 1989.

während es bei einem Durchmesser von 3–5 cm keine Bedenken hatte.<sup>50</sup> Auch die Tatsache, daß es einen Kündigungsgrund darstellen soll, wenn ein Bankangestellter in seiner Freizeit und ohne räumlichen Bezug zu seinem Arbeitsplatz eine Zeitung verteilt, in der die Banken wenig positiv dargestellt werden,<sup>51</sup> vermag nicht einzuleuchten.<sup>52</sup> Auf der anderen Seite ist nicht zu verkennen, daß ohne die vom BAG bejahte Bindung von Arbeitgeber und Tarifparteien an Art. 3 Abs. 2 GG<sup>53</sup> der Lohngleichheitsgrundsatz noch immer um seine Anerkennung kämpfen müßte. Auch ist nicht zu übersehen, daß der Grundrechtsschutz am Arbeitsplatz in zahlreichen Rechtsordnungen noch eine terra incognita ist.<sup>54</sup>

Nicht weniger bedeutsam ist die heute anerkannte Trennung zwischen der Sphäre der Arbeit und der Sphäre des Privatlebens. Die Tatsache, daß man nicht immer „im Dienst“ ist, daß den Arbeitgeber auch eine atypische oder sozial wenig angesehene Lebensweise nicht interessieren darf, ist ein wichtiges Stück Freiheit, das als Kompensation für die Zwänge der Arbeitswelt wirkt. Das „eigentliche Leben“ beginnt für viele erst außerhalb des Büros und der Fabrik – weshalb Wochenend- und Schichtarbeit zum Problem wird. Wo die exakte Grenze zwischen „Arbeit“ und „Freizeit“ verläuft, ist nicht anders als beim Grundrechtsschutz oft unklar; die Auseinandersetzungen um die Arbeit auf Abruf mögen hier als Beispiel stehen.<sup>55</sup>

Subjekt ist nur, wer vor Willkür geschützt ist. Alles Grundrechtspathos wäre vergeblich, könnte der einzelne wegen unerwünschten Tuns jederzeit gekündigt und damit aus dem Betrieb entfernt werden. Der einzelne hätte zwar Bürgerrechte, aber ihr Gebrauch könnte gewissermaßen eine Verbannung zur Folge haben. Der Kündigungsschutz ist deshalb nicht nur ein Gebot der Gerechtigkeit, sondern elementare Voraussetzung für die Wirksamkeit demokratischer Elemente im Arbeitsverhältnis.<sup>56</sup> Ob die Rechtsprechung hier immer den richtigen Weg bei der Handhabung des gesetzlichen Kündigungsschutzes gegangen ist, mag zweifelhaft sein. So vermag man nicht einzusehen, weshalb es einen wichtigen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen soll, wenn eine Buffetkraft ein Stück Bienenstichkuchen verzehrt, ohne dafür zu bezahlen.<sup>57</sup> Wenigstens muß der Richter im Einzelfall eine umfassende Interessenabwägung vornehmen, was Ergebnisse vermeidet, die allgemeine Empörung auslösen könnten. Im übrigen sollte man nicht zu sehr „Ausreißer-Entscheidungen“ in der einen oder in der

<sup>50</sup> Nachweise und kritische Auseinandersetzung bei *Zachert* AuR 1984, 290.

<sup>51</sup> BAG AP Nr. 2 zu § 134 BGB.

<sup>52</sup> Kritisch auch *Ramm*, AuR 1973, 220f.; *Schwerdtner* JZ 1973, 377f.

<sup>53</sup> BAG AP Nr. 4 zu Art. 3 GG, ständige Rechtsprechung.

<sup>54</sup> Am weitesten ist insoweit das italienische Arbeitsrecht entwickelt. Siehe etwa die umfassende Garantie der Meinungsfreiheit durch Art. 1 des Arbeitnehmerstatuts sowie zur Anwendung verfassungsrechtlicher Garantien im Arbeitsverhältnis *Ghezzi-Romagnoli*, Il rapporto di lavoro, seconda edizione, Bologna 1987, Rn. 23 ff. Zur geringen Einwirkung der französischen Verfassung auf das Arbeitsrecht siehe die zusammenfassende Darstellung bei *Krieger*, Das französische Tarifvertragsrecht, Heidelberg 1991. Zur Rechtslage in Spanien siehe *Martin Valverde/Rodríguez-Sanudo/García Murcia*, Derecho del Trabajo, Madrid 1991, S. 80 ff.

<sup>55</sup> Dazu *Hans-Jürgen Meyer*, Kapovaz, Neuwied und Darmstadt 1989.

<sup>56</sup> Zur Demokratisierung des Arbeitsverhältnisses (in einem umfassenderen Sinne) siehe die gleichnamige Abhandlung von *Sinzheimer* aus dem Jahre 1928, wieder abgedruckt in: *ders.*, Arbeitsrecht und Rechtssoziologie, Bd. 1, Frankfurt/M./Köln 1976, S. 115 ff.

<sup>57</sup> BAG NZA 1985, 71. Kritisch dazu *Preis* DB 1990, 630.

anderen Richtung in den Vordergrund stellen; im allgemeinen findet die Rechtsprechung durchaus eine von beiden Seiten einigermaßen akzeptierte Kompromißlinie.

Die wichtigste Form, in der die Subjektqualität des Arbeitnehmers zum Ausdruck kommt, ist die Mitbestimmung. Sie erfolgt nicht nur über den Betriebsrat und (in sehr eingeschränktem Umfang) über die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat, sondern auch mit Hilfe der Gewerkschaften, die mit dem Instrument des Tarifvertrags ein wesentliches Stück der Arbeitnehmerexistenz gestalten. Schließlich hat – je nach betrieblichen Verhältnissen – auch der einzelne die mehr oder weniger große Möglichkeit, seine Vorstellungen in den Arbeitsprozeß einzubringen – Qualitätszirkel, Gruppenarbeit und TQM lauten hier die wichtigsten Stichworte.<sup>58</sup> Auch das Konzept der lean production beruht u. a. auf dem Gedanken, die Einsatzbereitschaft und Flexibilität des einzelnen stärker zu nutzen und ihm im Rahmen „abgeflachter“ Hierarchien mehr Dispositionsspielräume zu geben.<sup>59</sup> Daß sich Partizipation positiv auf den Produktionserfolg auswirkt, hat eine vergleichende Untersuchung der Dubliner EG-Stiftung für die Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen erbracht, die sich auf Dänemark, die Bundesrepublik, Frankreich, Italien und Großbritannien erstreckte.<sup>60</sup> Bei der Planung neuer Informationstechnologien war das Partizipationsniveau der betrieblichen Interessenvertretungen sehr unterschiedlich: Während in der Bundesrepublik 25% und in Dänemark 14% effektiv mitbestimmen konnten, belief sich dieser Anteil in Frankreich, Italien und Großbritannien auf ganze 5%. Völlig ausgeschlossen selbst von einer reinen Information blieben in den drei zuletzt genannten Ländern rund 50%, während dies in der Bundesrepublik und Dänemark nur bei 25% der Interessenvertretungen der Fall war. Ähnlich waren die Einflußmöglichkeiten im Implementationsstadium verteilt.<sup>61</sup> Zwischen vergleichsweise gut entwickelter Partizipation und Arbeitsproduktivität scheint ein deutlicher Zusammenhang zu bestehen – die traditionelle Struktur von Befehl und Gehorsam ermuntert nicht eben zu Kreativität.

#### 4. Flexibilität des Arbeitsrechts

Das deutsche Arbeitsrecht weist ein enormes Maß an Binnendifferenzierung auf. Die Tariflöhne wie die Arbeitsbedingungen sind in den einzelnen Branchen sehr unterschiedlich; was in der Metallindustrie gang und gäbe ist, bleibt für die Textilindustrie eine schöne Hoffnung. Unterschiede bestehen auch zwischen den Regionen, nunmehr in besonders gravierender Weise zwischen den „Tarifgebieten West“ und den „Tarifgebieten Ost“. Auch innerhalb derselben Branche und Region folgt nicht jeder Betrieb demselben Muster: Der Tarifvertrag markiert einen kollektiven Sockel, der in zahlreichen Unternehmen durch übertarifliche Leistungen ergänzt wird.<sup>62</sup>

<sup>58</sup> Dazu in europäischer Perspektive *Krieger-Lange* WSI-Mitt. 1992, 795 ff. Über die Erprobung neuer Partizipationsmodelle in der Industrie der USA berichtet *Bittner* ZIAS 1990, 358 ff.

<sup>59</sup> Siehe die Beiträge in: *Die Mitbestimmung* Heft 4/1992.

<sup>60</sup> European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions: *New Information Technology and Participation in Europe. The Potential for Social Dialogue*, Dublin 1989. Deutsche Kurzfassung: *Fröhlich-Krieger* WSI-Mitt. 1989, 628 ff.

<sup>61</sup> Einzelheiten bei *Fröhlich-Krieger* WSI-Mitt. 1989, 628 ff.

<sup>62</sup> Überblick bei *Däubler*, *Arbeitsrecht* 1, S. 154 ff. mwN.

Nicht jeder Arbeitnehmer hat dieselben Rechte. Die Gesamtheit der arbeitsrechtlichen Normen findet nur auf den sog. Normalarbeitnehmer Anwendung, der unbefristet und mit vollem Arbeitszeitdeputat in einem Betrieb beschäftigt ist, in dem es einen Betriebsrat gibt und der unter das KSchG fällt.<sup>63</sup> Arbeitnehmer in Kleinbetrieben<sup>64</sup> genießen nur den Schutz eines fragmentarischen Arbeitsrechts. Teilzeitkräfte, befristet Beschäftigte und Leiharbeitnehmer sind in vielfältiger Hinsicht benachteiligt.<sup>65</sup> Die Tatsache, daß das Normalarbeitsverhältnis in den vergangenen 15 Jahren einem Erosionsprozeß ausgesetzt war, hat zu der berechtigten Befürchtung geführt, durch „flexible Billigarbeitskräfte“ könne der Normalstandard des Arbeitsrechts untergraben werden. In anderen westeuropäischen Ländern sind vergleichbare Entwicklungen zu beobachten, wobei Großbritannien bei weitem an der Spitze steht.<sup>66</sup> Die jüngste Vergangenheit steht allerdings eher im Zeichen einer „Reintegration“ in das Normalarbeitsverhältnis, was sich insbesondere an der deutschen und europäischen Rechtsprechung zur Gleichbehandlung von Teilzeitkräften festmacht.<sup>67</sup>

Andere Differenzierungen verlieren ihre Bedeutung. Dies gilt etwa für die Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten,<sup>68</sup> aber auch zwischen Inländern und Ausländern: Das insoweit bestehende Gleichbehandlungsgebot des § 75 Abs. 1 BetrVG hat möglicherweise entscheidend dazu beigetragen, daß die schlimmen Ereignisse der vergangenen Monate jedenfalls nicht mit betrieblichen Auseinandersetzungen in Zusammenhang standen.<sup>69</sup>

Ob man – etwa im Hinblick auf den Schutzgedanken – die Binnendifferenzierung kritisiert oder ob man sie begrüßt, ist im vorliegenden Zusammenhang ohne Bedeutung. Stärker als andere Rechtsgebiete kommt das Arbeitsrecht den jeweiligen spezifischen Bedürfnissen entgegen, weist es eine innere Flexibilität auf. Diese geht allerdings nicht so weit, daß die anderen Grundstrukturen wie die Kooperationsmaxime oder die Mitbestimmung in Frage gestellt würden: Wer z. B. die Befristung zur Regel machen oder die Unabdingbarkeit der Tarifverträge durchbrechen wollte, dürfte nicht nur die Kostenentlastung im Einzelfall, sondern müßte auch die Auswirkungen auf die Arbeitsbeziehungen insgesamt im Auge haben.

## 5. Stabilität

Das Arbeitsrecht des Jahres 1993 ist kein wesentlich anderes als das des Jahres 1978. Die Grundlinien sind dieselben geblieben, während beispielsweise in Frankreich und Großbritannien eine hektische Betriebsamkeit des Gesetzgebers zu beobachten war.

<sup>63</sup> Zur Diskussion um das Normalarbeitsverhältnis siehe *Mückenberger ZfS* 1985, 424 ff.; *Zachert*, Sicherung und Gestaltung des Normalarbeitsverhältnisses durch Tarifvertrag, Baden-Baden 1989.

<sup>64</sup> *Ramm AuR* 1991, 257 ff., 289 ff.

<sup>65</sup> Darstellung etwa bei *Plander*, Flucht aus dem Normalarbeitsverhältnis: An den Betriebs- und Personalräten vorbei? Baden-Baden 1990, S. 24 ff.

<sup>66</sup> Näher dazu *Zachert BB* 1990, 565 ff.

<sup>67</sup> Siehe etwa *EuGH ZTR* 1991, 164 und *BAG DB* 1992, 2557 (Bewährungsaufstieg) sowie *EuGH DB* 1989, 1574 und *BAG DB* 1992, 330 (Lohnfortzahlung im Krankheitsfall bei geringfügig Beschäftigten).

<sup>68</sup> Zur Verfassungswidrigkeit der unterschiedlichen Kündigungsfristen siehe *BVerfG DB* 1990, 1565.

<sup>69</sup> Zu den noch immer herrschenden Vorurteilsstrukturen siehe *Hergesell GMH* 1992, 745 ff.

Das Netz des Richterrechts ist vermutlich da und dort noch ein Stück enger geknüpft worden – ansonsten blieb alles beim Alten. Geändert haben sich die Resultate der Verhandlungsprozesse: Der Tariflohn und die Wochenarbeitszeit sind andere, ebenso wie dies in bezug auf die Produktivität der Fall ist.

Die Kontinuität hat verschiedene Ursachen. Wichtig ist einmal die verfassungsrechtliche Verankerung vieler Prinzipien, die beispielsweise einer Einbeziehung des Sonntags in die Betriebsnutzungszeit enge Grenzen zieht.<sup>70</sup> Das durch Art. 33 Abs. 5 GG mittelbar garantierte Lebenszeitprinzip für Beamte ist eine Rahmenbedingung, die bei jeder Privatisierungsmaßnahme zu beachten ist. Auch ist es bedeutsam, daß das Bundesverfassungsgericht den Gesetzgeber und die an seiner Stelle handelnde Rechtsprechung verpflichtet, Funktionsdefizite der Arbeitsvertragsfreiheit auszugleichen: So darf etwa das Leisten von Nacharbeit nicht allein von der Unterschrift des Arbeitnehmers unter eine entsprechende arbeitsvertragliche Vereinbarung abhängig gemacht werden.<sup>71</sup>

Ein zweiter nicht weniger bedeutsamer Grund liegt im politischen Konsens der sozialen Gegenspieler. Die Tatsache, daß keine Seite über verbale Bekundungen hinaus ernsthaft daran geht, die bestehenden Spielregeln zu verändern und den Widerpart in Existenzprobleme zu bringen, führt dazu, daß weder der Gesetzgeber noch die Rechtsprechung Anlaß für ein prinzipielles Umsteuern sehen. Neoliberale Vorstellungen hatten von daher politisch keine Chance<sup>72</sup> – ihre Realisierung hätte alle Beteiligten in ein ungewisses Abenteuer gestürzt.

#### IV. Modernisierungsbedarf

Die hier skizzierten Charakteristika bergen die Gefahr der Erstarrung in sich. Die Vorstellung, 40 Jahre lang im wesentlichen den richtigen Weg verfolgt zu haben, kann alle Beteiligten zu dem Fehlschluß verführen, Rechtspolitik könne sich in einem „Weiter so!“ erschöpfen. Gerade wenn die Attraktivität der bestehenden Ordnung erhalten bleiben soll, muß man sich Herausforderungen stellen. Sie liegen einmal in der immer stärkeren Internationalisierung der deutschen Wirtschaft, die bis hin zur grenzüberschreitenden Produktionsverflechtung reicht. Zum zweiten führen technische Veränderungen dazu, daß sich die Handlungsbedingungen der Beteiligten ändern, was sich an den Stichworten der computerisierten Personalinformationssysteme und der logistischen Kette festmacht. Schließlich stellen gerade qualifizierte Arbeitskräfte steigende Anforderungen an die Qualität der Arbeit. Die Selbstverständlichkeit eines für alle gleichen Achtstundentags innerhalb einer vorgegebenen Ordnung ist kaum mehr vorhanden; der eigene Weg, die eigene Dispositionsfreiheit stehen im Vordergrund. Auch das Arbeitsrecht muß den gewandelten Präferenzen Rechnung tragen. Alle drei poten-

<sup>70</sup> Dazu etwa *Häberle*, *Der Sonntag als Verfassungsprinzip*, Berlin 1988; *Mattner*, *Sonn- und Feiertagsrecht*, Köln u. a. 1988; *Richardi*, *Grenzen industrieller Sonntagsarbeit*, Bonn 1988.

<sup>71</sup> BVerfG DB 1992, 377 (379).

<sup>72</sup> Dazu *Thomas Blanke*, in: FS Gnade, a. a. O., S. 25 ff.

tiellen Entwicklungslinien sollen im folgenden etwas näher umschrieben werden – auch dabei bleibt die globale Perspektive die des Standorts Bundesrepublik.

### 1. Internationalisierung der deutschen Wirtschaft

Die Tatsache, daß mehr als ein Viertel des deutschen Sozialprodukts exportiert wird, hat praktische Konsequenzen auch für Arbeitnehmer. Eine empirisch nicht näher erfaßte Zahl hält sich vorübergehend oder auf Dauer im Ausland auf; zu denken ist an Monteure, Kundendiensttechniker, aber auch an die Mitarbeiter ausländischer Vertriebsnetze. Die im Zusammenhang damit auftauchenden Rechtsprobleme halten sich bislang in Grenzen.<sup>72a</sup> Das deutsche Arbeitsvertragsrecht bleibt anwendbar, nach der neueren Rechtsprechung des BAG vertritt der Betriebsrat alle Auslandsmitarbeiter, deren Arbeitseinsatz vom Inland aus geplant wird.<sup>73</sup> Inwieweit deutsche Tarifverträge anwendbar bleiben, kann im Einzelfall zweifelhaft sein,<sup>74</sup> scheint in der Praxis aber nur wenig Kopfzerbrechen zu bereiten, da eine Schlechterstellung der Entsandten im Vergleich zu den im deutschen Betrieb Bleibenden von vornherein ausscheidet. Ein Regelungsbedarf besteht derzeit wohl nicht.

Ganz anders stellt sich die Situation dar, wenn man die Direktinvestitionen deutscher Unternehmen im Ausland und die ausländischer Unternehmen in Deutschland ins Auge faßt: Die Tatsache, daß über die Einführung neuer Technologien oder über das Sozialplanvolumen in Übersee entschieden wird, kann die Mitbestimmung des Betriebsrats entwerten.<sup>75</sup> Zwar wird sie formal nicht angetastet, doch widerspricht es den üblichen Verhandlungsformen, wenn der Betriebsrat lediglich mit Hilfe der Einigungsstelle eine bestimmte Entwicklung blockieren kann. Auch bedarf es eines mutigen Einigungsstellenvorsitzenden, um die wirtschaftliche Vertretbarkeit von Sozialplanleistungen nicht allein nach der Lage des deutschen Konzernteils, sondern nach der des Gesamtkonzerns zu beurteilen. Erst recht wird ein Aufsichtsrat zum Akklamationsorgan, wenn der Vorstand der deutschen Tochtergesellschaft an der kurzen Leine der ausländischen Konzernspitze hängt. Der Vorschlag, europäische Betriebsräte mit Informations- und Konsultationsrechten einzurichten,<sup>76</sup> vermag hier gegenzusteuern, doch ist von der Sache her eine Beschränkung auf die EG nicht zu rechtfertigen. Die Interessenvertretung der Arbeitnehmer ein Stück weit zu internationalisieren und der Spitze eines multinationalen Konzerns eine Vertretung aller in den einzelnen Ländern Beschäftigten gegenüberzustellen, liegt im übrigen nicht nur im Arbeitnehmerinteresse. Wer als Arbeitgeber den Zeichen der Zeit folgt und auf Partizipation der Beschäftigten setzt, ist selbst daran interessiert, ein faires Gleichgewicht herzustellen und die Segmentierung in eine Vielzahl nationaler Gremien zu überwinden. Im Einzelfall kann es sogar

<sup>72a</sup> Überblick bei *Däubler* AuR 1990, 1 ff.

<sup>73</sup> BAG DB 1990, 992: Es entscheiden die Umstände des Einzelfalls.

<sup>74</sup> *Birk*, Internationales Tarifvertragsrecht – eine kollisionsrechtliche Skizze, in: FS Beitzke, Berlin/New York 1979, S. 831 ff.; *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 1658 ff.

<sup>75</sup> Vgl. etwa die Sachverhalte der Entscheidungen BAG AP Nr. 7 und 9 zu § 87 BetrVG 1972 Überwachung (Panam und Rank Xerox).

<sup>76</sup> Text des Richtlinienentwurfs der Kommission in RdA 1991, 230. Der letzte Stand der Arbeiten ist kommentiert bei *Köstler*, Die Mitbestimmung 1991, 774 ff.

ein ganz praktisches Bedürfnis geben, Verhandlungen zu bündeln: Muß eine bestimmte Regelung aus betriebswirtschaftlichen Gründen konzerneinheitlich gelten, regt sich aber in verschiedenen Ländern Widerstand, riskiert man, daß getrennte Verhandlungen und getrennte Schlichtungsverfahren zu unterschiedlichen Resultaten führen und so das ganze Vorhaben entwerten.

Über den Bereich der multinationalen Konzerne hinaus besteht derzeit kein Anlaß für europäische Tarifverhandlungen oder für eine sehr weitgehende Europäisierung des Arbeitsrechts. Ein großer Teil seiner Bestimmungen ist fest in den jeweiligen nationalen Traditionen verankert; auch ist die wirtschaftliche Belastbarkeit der Unternehmen in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich.<sup>77</sup>

Weniger ein EG- als ein Osteuropaproblem sind derzeit Billig-Arbeitskräfte, die in legaler oder illegaler Form auf den deutschen Arbeitsmarkt strömen. Entsprechende Klagen sind insbesondere aus dem Bausektor zu vernehmen. Während bei illegaler Arbeit an sich ausreichende Eingriffsmöglichkeiten bestehen, ist dies bei legaler bislang nicht der Fall. Nach der Rechtsprechung des BAG erstrecken sich beispielsweise die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge über die Sozialkassen des Baugewerbes nicht auf solche Arbeitgeber und Arbeitnehmer, die unter ausländischem Arbeitsrecht in der Bundesrepublik tätig sind.<sup>78</sup> Dies ist alles andere als zwingend, da Art. 34 EGBGB solche Normen des inländischen Rechts für generell anwendbar erklärt, in denen ein wichtiges Gemeinschaftsinteresse zum Ausdruck kommt; dies kann bei Tarifverträgen, die für allgemeinverbindlich erklärt sind, unschwer angenommen werden.<sup>79</sup> Auch andere Arbeitsbedingungen könnten mit „Allgemeinwirkung“ versehen werden. Der Europäische Gerichtshof hat ausdrücklich betont, die Dienstleistungsfreiheit des EWG-Vertrages stehe einer solchen Maßnahme eines Mitgliedstaats auch dann nicht entgegen, wenn das Arbeitgeberunternehmen seinen Sitz in einem anderen EG-Staat hat.<sup>80</sup> Die EG-Kommission hat diesen Gedanken aufgegriffen und den Entwurf einer Entsendungsrichtlinie vorgelegt, die die wesentlichen Arbeitsbedingungen am Arbeitsort als Mindeststandard auch auf solche Arbeitskräfte erstreckt, die aus einem anderen Lande dorthin vorübergehend oder auf Dauer entsandt sind.<sup>81</sup> Ob es zu einer Verabschiedung dieses Instruments kommt, ist derzeit – wie so oft – offen; entscheidend ist deshalb, daß auch der deutsche Gesetzgeber aktiv werden kann.

---

<sup>77</sup> Näher zu europäischen Tarifverträgen *Däubler*, EuZW 1992, 329 ff.

<sup>78</sup> BAG AP Nr. 30 zu § 1 TVG Tarifverträge: Bau.

<sup>79</sup> § 5 Abs. 1 Nr. 2 TVG setzt voraus, daß die Allgemeinverbindlicherklärung „im öffentlichen Interesse geboten erscheint“. Wie hier Hagemeyer-Kempen-Zachert-Zilius, TVG, Kommentar, 2. Aufl., Köln 1990, § 4 Rn. 65; Hönsch NZA 1988, 117; Walz, Multinationale Unternehmen und internationaler Tarifvertrag. Eine arbeitskollisionsrechtliche Untersuchung, Baden-Baden 1981, S. 154.

<sup>80</sup> EuGH EuZW 1990, 256 – Rush Portuguesa.

<sup>81</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen vom 28. 6. 1991, ABl. vom 30. 8. 1991, Nr. C 225/6.

## 2. Technische Veränderungen

Der sehr schnelle technische Wandel schafft einen arbeitsrechtlichen Anpassungsbedarf, der in drei Bereichen seinen Niederschlag findet. Recht und Praxis enthalten insoweit bislang nur Ansätze.

Die vergleichsweise höchste Problemsensibilität besteht in bezug auf den betrieblichen Datenschutz. Bei der Vorlage des Regierungsentwurfs zum neuen BDSG hat die Bundesregierung eine gesetzliche Sonderregelung für den Arbeitnehmerdatenschutz in Aussicht gestellt;<sup>82</sup> der Bundesrat hatte dies – zum Teil noch mit CDU/CSU-Mehrheit – nachhaltig unterstützt.<sup>83</sup> Eine praktische Umsetzung ist bislang nicht in Sicht. Notwendig wäre insbesondere, die sog. Zweckbindung der Arbeitnehmerdaten näher einzugrenzen; das Arbeitsverhältnis als solches ist ein zu grobschlächtiges Kriterium, da es eine umfassende Datensammlung ermöglichen würde. Ein Übergang zu spezifischeren Zwecken wie „arbeitsmedizinische Untersuchungsergebnisse“, „Lohnabrechnung“, „Produktionssteuerung“ und ein damit jeweils verbundenes Verbot der Zweckentfremdung würde für Großunternehmen an der Praxis nichts ändern; in kleineren Einheiten müßte allerdings für eine ausreichende Abschottung gesorgt werden. Eine solche „informationelle Gewaltenteilung“ hat den Sinn, für die Betroffenen Sicherheit zu schaffen und so Mißtrauen abzubauen. Zwar sind betriebliche „Datenskandale“ mit der Lupe zu suchen, doch besteht gleichwohl das Problem, daß schon der Verdacht unlauterer Überwachung Arbeitsmotivation und Kreativität des einzelnen beeinträchtigen kann.<sup>84</sup> Je stärker die Computerisierung aller betrieblichen Vorgänge, um so eher ist dieser Aspekt zu berücksichtigen.

Erhebliche arbeitsrechtliche Relevanz besitzt die zwischenbetriebliche Arbeitsteilung in Form der logistischen Kette: Zulieferer werden an die Vorgaben und Dispositionen der Hauptproduzenten gebunden, der Produktionsrhythmus, die Qualitätskontrolle, die verwendeten Systeme sind vom Hauptproduzenten „fremdbestimmt“. Dies kann bis zur just-in-time-Produktion gehen, bei der die Anlieferung von Komponenten minutengenau erfolgt.<sup>85</sup> Die „Fernsteuerung“ der Arbeitsprozesse läßt die Mitbestimmung des Betriebsrats im Zuliefererbetrieb entfallen und verändert auch die Rahmenbedingungen für das einzelne Arbeitsverhältnis. Bislang sind keine überzeugenden rechtli-

<sup>82</sup> Regierungsentwurf, BT-Drucks. 11/4306, S. 44 li. Spalte.

<sup>83</sup> Die erste Stellungnahme ist wiedergegeben in BT-Drucks. 11/4306, S. 75, die zweite findet sich in: Bundesrat, 619. Sitzung, 21. 9. 1990, Plenarprotokoll 619, S. 508.

<sup>84</sup> Vgl. *Simutis* NJW 1985, 403: „Wer ständig damit rechnen muß, daß jede seiner Handlungen registriert und bewertet wird, ist letztlich nur noch darauf bedacht, sich reflexions- und diskussionslos dem jeweils vorgegebenen und auf seine Einhaltung kontrollieren Verhaltensschema zu fügen.“ Zu Empirie und Risiken der Verarbeitung personenbezogener Daten im Arbeitsverhältnis siehe *Däubler*, Gläserne Belegschaften? Datenschutz für Arbeiter, Angestellte und Beamte, 2. Aufl., Köln 1990, Rn. 19ff., 29ff.

<sup>85</sup> *Mendius/Wendeling-Schröder* (Hrsg.), Zulieferer im Netz. Neustrukturierung der Logistik am Beispiel der Automobilzulieferung, Köln 1991. Zu einem solchen Fall im Bereich der Herstellung von Autositzen siehe *Däubler* CR 1988, 834ff. Zu Mitbestimmungsdefiziten im Kfz-Handwerk siehe *Mendius*, Kfz-Gewerbe und Neustrukturierung der Automobilfertigung. Verbesserung der Arbeitsbedingungen und zwischenbetriebliche Kooperation als Instrumente der Stärkung der betrieblichen Handlungsfähigkeit und der Arbeitsmarktposition, Arbeitspapier aus dem Arbeitskreis Sozialwissenschaftliche Arbeitsmarktforschung (SAMF), Gelsenkirchen 1992. Zum Ganzen s. auch *Däubler*, Mitbestimmung und logistische Kette, in: *Managementforschung* 3 (1993).

chen Regelungen in Sicht; man behilft sich mit einer informellen Abstimmung zwischen den Betriebsräten. Je weiter sich solche Verflechtungen ausdehnen, um so notwendiger werden kompensatorische Maßnahmen, soll nicht eine Zweiteilung der Arbeitsrechtsordnung in Kauf genommen werden, die alle ihre Funktionen beeinträchtigen würde.

Der Umgang mit Technik läßt sich schließlich heute nicht mehr ohne den Aspekt Umweltschutz diskutieren. Daß Betriebsräte auch hier aktiv werden können, ist inzwischen Konsens, obwohl sich im BetrVG nirgends eine ausdrückliche Bezugnahme findet.<sup>86</sup> Auch in der Tarifpolitik gibt es erste Überlegungen,<sup>87</sup> obwohl eine „Produktmitbestimmung“ derzeit nicht ernsthaft zur Debatte steht. Wichtig ist, daß das Umweltrecht in Zukunft mehr auf Selbstregulierung vertraut und nicht nur mit direkter staatlicher Intervention arbeitet. „Selbstregulierung“ etwa im Unternehmen bedeutet allerdings, daß alle beteiligten Interessen Einwirkungsmöglichkeiten haben, daß beispielsweise betriebliche Umweltschutzbeauftragte nicht ausschließlich von demjenigen eingesetzt werden, der die Kostenbelastung zu tragen hat.<sup>88</sup>

### 3. Individualisierung

Die erhöhten Ansprüche des einzelnen an die Qualität der Arbeit wie des Lebens insgesamt führen dazu, daß die Beteiligung an Entscheidungsprozessen im Betrieb immer mehr zu einer Selbstverständlichkeit werden muß. Das „Gefragteseinwollen“ der einzelnen Beschäftigten ist eine zentrale Vorgabe für die Personalführung. Daneben ergeben sich Konsequenzen im Bereich des Arbeitsschutzes und der Arbeitszeit.

Der Arbeitsschutz wird in den kommenden Jahren an Bedeutung gewinnen. Nur so verhindert man die Vorstellung, der einzelne Beschäftigte trage seine Haut zum Markte. Die EG-Rahmenrichtlinie vom 12. 6. 1989,<sup>89</sup> die bis Ende 1992 hätte umgesetzt sein müssen, kann insoweit wichtige Impulse geben.<sup>90</sup> Die gleitende Arbeitszeit hat sich in vielen Betrieben durchgesetzt, in der Regel ohne tarifpolitischen Segen. Die künftige Entwicklung der Dauer der Arbeitszeit wird stärker als bisher auf die Art der Arbeit Rücksicht nehmen müssen. Größere Selbständigkeit in der Arbeit macht diese weniger ermüdend; die Tatsache, daß Selbständige und leitende Mitarbeiter häufig weit mehr als eine 35- bis 40- Stunden-Woche arbeiten, vermag dies hinreichend zu illustrieren. Die Intensität der Arbeit ist ein weiterer – zugegeben: schwer exakt faßbarer – Gesichtspunkt bei der Bemessung des zumutbaren Arbeitsquantums. Bei internationalen Vergleichen wird dies häufig übersehen; während im einen Land die teabreak und das regelmäßige Gespräch mit Kollegen zur kulturellen Selbstverständlichkeit gehört, muß dies in einem anderen Land keineswegs der Fall sein. Eine veränderte Arbeit, die von ihrer Quantität wie von ihrer Qualität her nicht mehr als Übel empfunden wird, läßt auch das Problem der Lebensarbeitszeit in anderem Licht erschei-

<sup>86</sup> Siehe etwa aus der Rechtsprechung LAG Frankfurt AiB 1991, 335 sowie in der Lit. *Salje* BB 1988, 75; *Trümmer* AiB 1991, 524 ff.

<sup>87</sup> *K. Lang*, in: Roth-Sander (Hrsg.), *Ökologische Reform der Unternehmen*, Köln 1992, S. 151 ff.

<sup>88</sup> Darstellung des Status quo bei Rudolf Weber, *Der Betriebsbeauftragte*, Berlin 1988.

<sup>89</sup> ABl. vom 29. 6. 1989, Nr. L 183/1.

<sup>90</sup> Zu ihr etwa *Wlotzke* NZA 1990, 420.

nen; Art. 12 Abs. 1 GG verbietet schon heute, Arbeitnehmer mit 65 in den Ruhestand zu zwingen.<sup>91</sup>

## V. Zusammenfassung

Kommen wir zur Ausgangsfrage zurück. Der relativ schnelle Gang durch das Arbeitsrecht hat deutlich gemacht, daß es in seinen Grundstrukturen wie auch in seiner konkreten Ausprägung keinen Standortnachteil darstellt. Die Ausrichtung an einem marktförmigen Interessenausgleich, die Kooperation zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern, der Schutz des einzelnen und seiner Partizipationsbedürfnisse, die Binnendifferenzierung sowie das hohe Maß an Stabilität lassen im Gegenteil den Standort Bundesrepublik als attraktiv erscheinen.<sup>92</sup> Wir sollten unser Licht nicht unter den Scheffel stellen. Auch wenn man viele Dinge in unserem Lande mit guten Gründen kritisieren kann – das Verhältnis von Kapital und Arbeit gehört aus der hier gewählten Perspektive nicht dazu.

---

<sup>91</sup> Überblick über den Diskussionsstand bei *Däubler*, Tarifvertragsrecht, Rn. 787 ff.

<sup>92</sup> Dies gilt auch für die neuen Bundesländer, wo die Arbeitsverhältnisse grundsätzlich denselben Regeln unterliegen.