

unverzichtbar. Der Aufgabenzuschnitt von Rechtssekretärinnen und Rechtssekretären wird noch spezifischer, noch fachbezogener werden und sich an den Erfordernissen der gerichtlichen Auseinandersetzung orientieren müssen. Deshalb ist der Rechtsschutz auch besser beim DGB als bei den Einzelgewerkschaften angesiedelt. Die Erfolgswerte sprechen für sich. Beispielhaft sei nur die Bundesrechtsstelle in Kassel erwähnt: Während etwa Nichtzulassungsbeschwerden vor dem BSG im Jahre 1994 nur zu 8 Prozent Erfolg beschieden ist, weist die Bundesrechtsstelle bei den durchgeführten Verfahren eine Erfolgsquote von 46 Prozent auf.

Dem Bürger erscheint die Justiz zunehmend nicht mehr als fremde Macht, der er mit Distanz und Unverständnis gegenübersteht. Zunehmend werden die Leistungen der Justiz als selbstverständliches Recht in Anspruch genommen. Daraus ergeben sich wiederum neue Erwartungen an die Gerichtsbarkeit. Auch Richterinnen und Richter definieren sich heute anders als noch die Justiz, die Ernst Ottwald²⁵, Kurt Tucholsky²⁶, Ingo Müller²⁷ beschrieben haben.

25 E. Ottwald, *Denn sie wissen was sie tun*, Berlin 1931 (Malik), Nachdruck 1978.

26 Siehe z. B. „Geschworene“, in Tucholsky, *Gesammelte Werke*, hrsg. v. Mary Gerold-Tucholsky und Fritz J. Raddatz, Rowohlt, Reinbek bei Hamburg, 1993, Band 5, S. 165; „Wiedersprechen mit der Justiz“, ebenda, S. 193; „Deutsche Richter“, ebenda, S. 201.

27 I. Müller, *Furchtbare Juristen, die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, München 1978.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Bremen

Kollektive Durchsetzung individueller Rechte?*

I. Der Ausgangspunkt: Arbeitnehmerschutz durch Gewährung von Individualrechten

1. Zur Arbeitsvertragsfreiheit

Verbreiteter Auffassung nach verdankt das moderne Arbeitsrecht seine Entstehung dem Versagen des Arbeitsvertrags. Da der einzelne ArbN zur Sicherung einer angemessenen Existenz auf den Verkauf seiner Arbeitskraft ange-

Das Zusammenwachsen Europas wird neue Probleme für den gewerkschaftlichen Rechtsschutz aufwerfen. Kein anderes Land im gesamten europäischen Raum hat eine dem deutschen Rechtsschutz vergleichbare Institution mit auch gesetzlich begründeten Vertretungsbefugnissen. Am nächsten kommt dem noch der Rechtsschutz in Österreich, soweit er dort durch die Kammer für Arbeiter und Angestellte im Arbeits- und Sozialrecht praktiziert wird. Dies ist besonders nachteilig, wenn es um die grenzüberschreitende Vertretung von Mitgliedern geht, die Ansprüche aus einer Beschäftigung in einem anderen europäischen Staat durchsetzen wollen. Die Zahl solcher Fälle wird sich im Zuge der weiteren europäischen Entwicklung erheblich ausweiten. Es wird deshalb notwendig sein, in Abstimmung mit den anderen europäischen Gewerkschaften darauf hinzuwirken, daß ein System gegenseitiger wirksamer Rechtshilfe geschaffen wird. Dabei werden die deutschen Gewerkschaften aufgrund ihrer Erfahrungen eine Vorreiterrolle zu spielen haben. Geschieht dies nicht, werden zwar die Unternehmen mit Auswirkungen auch auf den Arbeitsmarkt und die Arbeitsbedingungen der abhängig Beschäftigten europaweit und grenzüberschreitend kooperieren, die betroffenen Arbeitnehmer und ihre Gewerkschaften dem aber mehr oder weniger hilflos gegenüberstehen.

Der gewerkschaftliche Rechtsschutz ist nach wie vor für die abhängig Beschäftigten die maßgebliche Institution zur Durchsetzung ihrer Rechte als Arbeitnehmer und Mitglieder der Sozialversicherung. Wir wollen hart dafür arbeiten, um die berechtigten Ansprüche unserer Mitglieder an den gewerkschaftlichen Rechtsschutz einlösen zu können.

wiesen ist, verfügt er i. d. R. über keine nennenswerte Verhandlungsmacht¹. Insbesondere in Zeiten der Arbeitslosigkeit muß er akzeptieren, was ihm angeboten wird. Die Realität der Unterordnung verbirgt sich unter der begrifflichen Maske des Vertrags². Dazu kommt ein zweiter Aspekt. In aller Regel steht der einzelne in arbeitsteiligen Zusammenhängen, die nach einheitlichen Kriterien strukturiert sein müssen: Die betriebliche Organisation von der Existenz einer bestimmten Hierarchieebene bis hin zur notwendigen Besetzung einzelner Arbeitsplätze während eines bestimmten Zeitraums ist ersichtlich kein tauglicher Gegenstand für Individualverträge. Selbst einem gesuchten Spezialisten bleibt hier nur die Möglichkeit der Unterwerfung unter die vorgefundene Ordnung. Aus beiden Gründen stellt der Arbeitsvertrag kein angemessenes Mittel für einen sachgerechten Interessenausgleich dar³. Die machtmäßige wie die strukturelle Unterlegenheit des ArbN zeigt sich nicht nur beim Vertragsabschluß, sondern auch im weiteren Verlauf des Arbeitsverhältnisses. Zwar ist der Arbeitsvertrag „unvollständig“ in dem Sinne, daß er das Verhalten der Beteiligten nicht voll vorprogrammieren kann⁴, doch kann ein Zurückbleiben des Arbeitnehmers hinter den (informellen) Erwartungen für ihn gravierende Nachteile haben, die bis zum Verlust des Arbeitsplatzes reichen können⁵.

* Überarbeitetes Referat, gehalten auf der wissenschaftlichen Veranstaltung „100 Jahre gewerkschaftlicher Rechtsschutz“ am 21. 4. 95 in Kassel.

1 Zutreffend BAG, AP Nr. 54 zu § 611 BGB Gratifikation Bl. 969: „Bei dem Einzelarbeitsverhältnis steht der ArbN, der i. d. R. nur über seine Arbeitskraft verfügt, dem Arbgeb. gegenüber, der als Inhaber der Produktionsmittel dem ArbN gemeinhin wirtschaftlich überlegen ist. Dort besteht also ein besonderes Schutzbedürfnis für die ArbN.“

2 Kahn-Freund, *Arbeit und Recht*, Frankfurt/Main 1979 S. 4.

3 Vgl. BVerfG, ArbuR 1992 S. 187, 189 (Blanke/Diederich), das sich aber wohl mehr auf die machtmäßige Unterlegenheit des Arbeitnehmers bezieht.

4 Reuter, RdA 1991 S. 195; ähnlich Schröder, *Ökonomische Analyse individueller Arbeitsverhältnisse*, Frankfurt/Main, New York 1988 S. 27 ff., der zwischen explizitem (und damit einklagbarem) Arbeitsvertrag und impliziter Vereinbarung unterscheidet, die im wesentlichen (nicht erzwingbare) Üblichkeiten zum Gegenstand hat.

5 Vgl. Dorndorf, *Mehr Individualvertragsfreiheit im Arbeitsrecht?* FS Gnade, Köln 1992 S. 43 ff.

2. Kompensatorische Individualrechte

Das Versagen der Arbeitsvertragsfreiheit hat – wenn man nur die juristischen Resultate der historischen Entwicklung betrachtet – zur Ausbildung einer Reihe von kompensatorischen Rechtsinstituten geführt. Staatliches Schutzrecht, das die Form von Gesetzen, Verordnungen, Unfallverhütungsvorschriften, aber auch von Richterrecht annimmt, legt bestimmte Mindeststandards fest, die vom Verbot vermeidbarer Gesundheitsgefährdung in § 618 BGB über die Entgeltfortzahlung bis hin zum Kündigungsschutz reichen. Dem Arbeitsvertrag sind diese Regeln vorgegeben; in einem potentiellen Streit mit dem Arbgeb. kann sich der ArbN auf sie genauso berufen, wie wenn er eine entsprechende vertragliche Abmachung getroffen hätte. Dies gilt seit einem grundlegenden Beitrag von *Nipperdey* in der Weimarer Zeit⁶ auch für die öffentlichrechtlichen Normen des Arbeitsschutzrechts. Nicht weniger wichtig waren und sind Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen, die als Ergebnis vom Staat anerkannter kollektiver Interessenvertretung insbes. im Bereich von Lohn und Arbeitszeit einen verbindlichen „Sockel“ schaffen. Auch ihre Wirkung konzentriert sich auf das einzelne Arbeitsverhältnis; die in § 4 Abs. 1 TVG bzw. in § 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG vorgesehene unmittelbare und zwingende Wirkung nähert sie vom Effekt her den Gesetzen an. Die staatlichen wie die „autonomen“ kompensatorischen Institute besitzen keinen abschließenden Charakter. Ein Blick über die Grenze verdeutlicht dies. Auf der einen Seite muß sich der Staat nicht am Modell „Befehl und Gehorsam“ orientieren, sondern kann auch mit Anreizen arbeiten: Öffentliche Aufträge oder Subventionen erhält nur, wer ein bestimmtes sozialpolitisch erwünschtes Verhalten zeigt, z.B. in besonderem Maße benachteiligte Arbeitnehmergruppen fördert⁷. Auf der anderen Seite lassen sich die Mittel der „Selbsthilfe“ um ein nicht an den Abschluß von Tarifverträgen geknüpftes Streikrecht erweitern; in Frankreich⁸, in Spanien⁹ und in Italien¹⁰ kann jedes Arbeitnehmerkollektiv die Arbeit niederlegen, um auf diese Weise zu höheren Vergütungen oder besseren Arbeitsbedingungen zu kommen¹¹. Im folgenden sollen diese Alternativen jedoch nicht weiterverfolgt werden. Die im deutschen Recht entwickelten kompensatorischen Institute führen ohne Ausnahme dazu, daß die Rechtsstellung des einzelnen Arbeitnehmers verbessert wird. Das Arbeitsverhältnis als solches wird durch Gesetze, Tarifverträge usw. auf ein höheres Niveau gehoben. Dies bedeutet jedoch gleichzeitig, daß die Rechtsdurchsetzung weiterhin in der Hand des einzelnen liegt, der im Streitfall für gerichtliche Klärung sorgen muß.

3. Kollektivierung der Rechte?

Auch dies ist keineswegs eine Selbstverständlichkeit, wengleich Alternativen auch im Ausland dünn gesät sind. Bemerkenswert ist immerhin, daß nach dem Recht der USA eine einmal im Betrieb etablierte Gewerkschaft ein Vertretungsmonopol auch in dem Sinne hat, als dem Arbgeb. (Vertrags-)Verhandlungen mit einzelnen Beschäftigten untersagt sind¹². Noch weiter ging eine in Mexiko entwickelte (wengleich nie durchgesetzte) Konzeption, die den TV als eine Art kollektiven Arbeitsvertrag im wörtlichen Sinne verstand und Rechtsbeziehungen nur noch zwischen Gewerkschaft und Arbgeb. annahm; Kündigungen sind in dieser Sicht allein in der Weise möglich, daß

der Arbgeb. an die Gewerkschaft herantritt und die Auswechslung bzw. den Abbau von Arbeitskräften verlangt¹³. Eine solche Form von „Kollektivierung“ nicht nur des Handelns, sondern auch der getroffenen Abmachung kennt das deutsche Recht nicht. Seine Bezugsgröße ist immer das Individuum; dies sollte selbst für die Handhabung der Koalitionsfreiheit gelten¹⁴. Rechtspolitisch kann man dies begrüßen, könnte sich doch andernfalls der verbreitete Vorwurf des Schematismus und der marktfeindlichen Rigidität auf mehr als nur ein Körnchen Wahrheit stützen¹⁵.

II. Das Durchsetzungsproblem

1. Die Grundsatzentscheidung

Die im materiellen Arbeitsrecht so nachhaltig betonte Abhängigkeit des einzelnen ArbN spielt keine Rolle mehr, wenn es um die gerichtliche Durchsetzung von Rechten geht. Das ArbGG geht nicht anders als die ZPO davon aus, daß sich zwei ebenbürtige Parteien gegenüberstehen, die den Streitstoff in das Verfahren einbringen und jederzeit über seinen Gegenstand verfügen können. Das höhere Niveau der Individualrechte scheint die Unterlegenheit des ArbN für das Verfahrensrecht hinfällig zu machen. Hier sind Zweifel angebracht¹⁶, die sich sowohl auf den Zugang zum Gericht als auch auf das Verfahren selbst beziehen. Die Ebenbürtigkeitsthese ist besonders gravierend deshalb, weil nach herrschendem Verständnis die Arbeitsgerichte die zentrale Instanz sind, mit deren Hilfe Arbeitnehmerrechte realisiert werden. Nach der Rspr. des BAG¹⁷ ist der Streik kein taugliches Mittel, um bestehende Rechte durchzusetzen, beispielsweise die Wiedereinstellung zu Unrecht gekündigter Arbeitskollegen zu erzwingen. Was bleibt, ist das Zurückbehaltungsrecht nach §§ 273 Abs. 1,

6 *Nipperdey*, Die privatrechtliche Bedeutung des Arbeitsschutzrechts, in: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50-jährigen Bestehen des Reichsgerichts Bd. 4 (1929) S. 203 ff.

7 Dazu für das Recht der USA *Schlachter*, Wege zur Gleichberechtigung. Vergleich des Arbeitsrechts der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten, München 1993 S. 341 ff. Zu den Schwierigkeiten im deutschen Recht s. *Däubler*, Arbeitsrecht 1, 14. Aufl., Reinbek 1995 Rn. 1387 ff.; *Osterloh*, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, erstattet im Auftrag des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Technologie des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf 1991.

8 *Lyon-Caen/Pélissier*, Droit du travail, 16e éd., Paris 1992 Rn. 940.

9 *Ojeda Avilés*, Derecho sindical, quinta edición, Madrid 1990 p. 444 ff.; *Palomeque López*, Derecho sindical español, tercera edición, Madrid 1989 p. 228 ff.

10 *Pera*, Diritto del lavoro, quarta edizione, Padova 1991 p. 215 ff.

11 Inwieweit ein System von Mitbestimmungsrechten wie in der Bundesrepublik effektiv mehr Einfluß bringt, ist hier nicht zu thematisieren.

12 *Getman-Progrebin*, Labor Relations. The basic processes, law and practice, New York 1988 p. 96 ff.; *Gorman*, Basis Text on Labor Law, Unionization and Collective Bargaining, St. Paul/Minn. 1976 p. 382 ff.

13 *Lombardo Toledano*, El contrato sindical del Trabajo, 1928, zitiert nach: *Schulenburg*, Das kollektive Arbeitsrecht in Mexico, Stuttgart 1973 S. 50 ff.; vgl. auch *Tribunal Constitucional* (Spanien) v. 1. 7. 92, ArbuR 1993 S. 95 (*Zachert*).

14 Dafür *Däubler*, Grundrecht auf Mitbestimmung, 4. Aufl., Frankfurt/Main, Köln 1976 S. 174 ff.

15 Dazu *Däubler*, NZA 1988 S. 857 ff.

16 Zur Parallelisierung von materiellem Recht und Prozeßrecht bei Ungleichgewichtslagen ebenso *Gilles* ZJP 98 (1985), 1.

17 BAG, DB 1978, 1403.

320 Abs. 1 BGB, das zwar auch gemeinsam ausgeübt werden kann¹⁸, das jedoch ausschließlich solchen ArbN zusteht, denen gegenüber der Arbgeb. seine Pflichten verletzt hat¹⁹. Solidarisierungsprozessen sind daher enge Grenzen gesetzt. Da überdies verlangt wird, daß die Beteiligten den Arbgeb. „in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise“ davon in Kenntnis setzen, daß sie nicht etwa streiken, sondern ein Zurückbehaltungsrecht ausüben wollen²⁰, ist die praktische Bedeutung dieses Rechtsinstituts bislang relativ gering.

2. Zugangsprobleme

Niemand will, daß jeder Konflikt gerichtlich ausgetragen wird; andere Verständigungsmöglichkeiten sind in aller Regel weniger zeit- und kostenintensiv. Allerdings existieren zahlreiche Konstellationen, in denen es keineswegs zu einer „außergerichtlichen Einigung“ kommt, sondern in denen sich schlicht die Macht des Stärkeren durchsetzt. Im Arbeitsverhältnis ist dabei insbes. an folgende Situationen zu denken:²¹

- Der einzelne ArbN kennt seine Ansprüche überhaupt nicht, hält es beispielsweise für „normal“, daß eine Reinigungskraft nur effektiv gearbeitete Stunden bezahlt erhält.
- Der ArbN hat zwar die Vorstellung, ihm sei Unrecht widerfahren, doch weiß er nicht, was er konkret unternehmen soll. Auch sagen ihm Kollegen, mit Juristen solle man sich besser nicht einlassen.
- Der ArbN weiß zwar, daß für seinen Fall an sich das ArbG zuständig wäre und hat auch keine Vorbehalte gegen Richter, doch scheut er den Zeit- und Kostenaufwand eines Verfahrens. Seine Haltung wird dadurch verstärkt, daß eine sichere Prognose über den Prozeßausgang nicht möglich ist.

18 BAG, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6. Zusammenfassend Inge Bötcher, Gemeinsame Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts, Frankfurt/Main 1986.

19 BAG, AP Nr. 32 zu Art. 9 GG Arbeitskampf Bl. 6 R/7 = ArbuR 1964 S. 219.

20 BAG, a. a. O., Bl. 7 R. Zum Ganzen s. Däubler, Arbeitsrecht 1 (oben Fn. 7) Rn. 683 m. w. N.

21 Näher Däubler, Arbeitsrecht 2, 10. Aufl., Reinbek 1995 S. 1064 ff.; Gamillscheg, FS Henckel, Berlin, New York 1995 S. 216.

22 Gamillscheg, a. a. O., S. 216 schätzt den Anteil der erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses angestregten Verfahren auf zwei Drittel; eine frühere Untersuchung (Ramm, in: Naucke-Trappe (Hrsg.), Rechtssoziologie und Rechtspraxis, Neuwied 1970, S. 169, 181) hatte 80 % ergeben.

23 S. die Angabe bei Rottleuthner, Abhängigkeit und Autonomie der Arbeitsgerichtsbarkeit, in: Gesamtrichterrat der Berliner Gerichte für Arbeitssachen (Hrsg.), 60 Jahre Berliner Arbeitsgerichtsbarkeit 1927-1987, Berlin 1987 S. 350, wonach 41,7 % aller (495) klagenden ArbN keinen Prozeßvertreter hatten.

24 Ellermann-Witt, Der Einfluß von Parteien- und Fall-Merkmalen auf den Erfolg der Arbeitnehmer, in: Rottleuthner (Hrsg.), Rechtssoziologische Studien zur Arbeitsgerichtsbarkeit, Baden-Baden 1984, S. 306 ff.; Schönholz, Alternativen im Gerichtsverfahren. Zur Konfliktlösung vor dem Arbeitsgericht unter besonderer Berücksichtigung des Prozeßvergleichs, Amsterdam 1984, S. 25 m. N. (Fn. 10); einschränkend Camin, Rechtsberatung und Rechtsvertretung von Arbeitnehmern vor dem Arbeitsgericht, in: Rottleuthner, a. a. O. S. 161 ff.

25 ArbuR 1995 S. 81.

26 Dazu etwa Roßmanith, ArbuR 1977 S. 171; E. Schmidt, JZ 1980 S. 157; Wassermann, Der soziale Zivilprozeß, Neuwied und Darmstadt 1978 S. 89 ff., 155 ff.

- Der ArbN hat die (häufig berechnete) Vorstellung, die Erhebung einer Klage würde vom Arbgeb. als Illoyalität gewertet. Wer innerbetriebliche Konflikte nach außen trägt, erscheint leicht als „Nestbeschmutzer“. Den Arbgeb. nachhaltig zu verstimmen, kann nicht nur betriebliche Aufstiegschancen, sondern u. U. auch den Arbeitsplatz kosten. Vorstellungen dieser Art werden auch dann bestehen, wenn der konkrete Arbgeb. überhaupt nicht an irgendwelche „Repressalien“ denkt. Es verwundert daher nicht, daß typischerweise erst nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses prozessiert wird²². Lediglich im öffentlichen Dienst liegen die Dinge anders, da die Vorgesetzten i. d. R. einer Höhergruppierungsklage eher aufgeschlossen gegenüberstehen, kann ein erfolgreicher Ausgang doch das Arbeitsklima deutlich verbessern; auch haben sie selbst keinerlei wirtschaftliche Nachteile zu tragen.

3. Durchführung des Verfahrens

Hat der ArbN die Schwelle des Arbeitsgerichts gleichwohl überschritten, wird er sich häufig wie in einer fremden Welt fühlen; die Prozeßordnung sowie das Ritual der mündlichen Verhandlung sind ihm normalerweise noch fremder als das materielle Recht. Gleichwohl ist die Anzahl der „Alleinprozessierer“ relativ hoch²³, da sich ersichtlich (fast) nur Gewerkschaftsmitglieder und Rechtsschutzversicherte einen Prozeßvertreter leisten. Für das Ergebnis des Verfahrens kann dies wesentliche Bedeutung haben; die „Erfolgsquote“ liegt bei den rechtskundig Vertretenen höher als bei den übrigen²⁴. Gravierend sind weiter die Schwierigkeiten, die der ArbN aufgrund der betrieblichen Abhängigkeitsverhältnisse bei der Beschaffung von Beweismitteln haben kann. Geht es wie häufig nicht um schriftliche, sondern um mündliche Abmachungen, so steht i. d. R. dem klagenden ArbN eine Mehrzahl von Personen der „anderen Seite“ gegenüber. Der Personalleiter und seine Protokollführerin können als Zeugen aussagen, dem ArbN bleibt allenfalls die Parteivernehmung. Mit Recht haben Binkert und Preis²⁵ darauf verwiesen, daß die Interessenbindung selbstredend nicht zwangsläufig zur Lüge führt, daß sie aber die Voraussetzungen für eine selektive Wahrnehmung und Erinnerung schafft. Auch eine „kompensatorische Prozeßführung“ durch den Richter, die § 139 ZPO in weitestem Umfang ausschöpft²⁶, kann in solchen Fällen nur selten helfen.

4. Individualisierung von Konflikten

In einem arbeitsgerichtlichen Verfahren kann es im Einzelfall durchaus um Probleme gehen, die ausschließlich den klagenden ArbN betreffen. Die Lohnabrechnung war nur in seinem Fall möglicherweise unkorrekt, nur bei ihm ist es fraglich, ob die Dreiwochenfrist des § 4 KSchG eingehalten wurde. Daneben existieren aber sehr viele Verfahren, denen faktisch ein „Drittbezug“ zukommt, ohne daß dem die Prozeßordnung irgendwie Rechnung tragen würde. Um ein Beispiel aufzugreifen: Ein ArbN, der mit dem Argument durchdringt, seine Kündigung beruhe auf fehlerhafter sozialer Auswahl, wird i. d. R. einen Arbeitskollegen um den Arbeitsplatz bringen. Selbstredend bleiben auch diesem alle prozessualen Möglichkeiten offen, doch es gehört nicht viel Phantasie dazu, um sich auszumalen, daß in einem zweiten Verfahren keine abweichenden Maßstäbe zugrundegelegt werden. Auch wenn es um eine verhaltens-

oder krankheitsbedingte Kündigung geht, werden die vom Gericht entwickelten Maßstäbe faktisch Ausstrahlungswirkung auf andere Belegschaftsmitglieder haben. Dringt der Arbgeb. mit einer Kündigung wegen dreimaligen Zuspätkommens um eine halbe Stunde oder wegen 20 % Fehlzeiten in zwei Jahren durch, weiß jedermann im Betrieb, was es geschlagen hat. Erst recht gilt dies natürlich dann, wenn als Vorfrage über die Rechtmäßigkeit eines Tarifvertrags oder einer Betriebsvereinbarung zu entscheiden ist; wird die Gültigkeit einer Bestimmung verneint, wirkt dies zwar nur inter partes, doch wird im Regelfall niemand auf das Wunder warten, daß in einem weiteren Verfahren ein abweichendes Ergebnis zustandekommt. Die „Breitenwirkung“ einer gerichtlichen Entscheidung ist einmal deshalb bedenklich, weil die mittelbar Betroffenen ihre Interessen und Überlegungen nicht in das Verfahren einbringen können; da sie nur faktisch, nicht rechtlich betroffen sind, vermögen sie sich nicht einmal auf das rechtliche Gehör i. S. d. Art. 103 Abs. 1 GG zu berufen. Dazu kommt ein weiteres. Kl. und Bekl. können über den Streitgegenstand nach eigenen Vorstellungen verfügen; Vergleiche bedürfen keiner (wie auch immer gearteten) Genehmigung. Dies hat zur Folge, daß nachlässige oder mißbräuchliche Prozeßführung nicht korrigierbar ist, auch wenn sie zu Lasten anderer geht. So kann ein Vergleich die Folge haben, daß die an sich unbegründete Kündigung gegen recht ordentliche Abfindung ausdrücklich anerkannt wird, was dem Kl. das Geld, seinen im Betrieb weiterarbeitenden Kollegen aber die strengeren Verhaltensregeln bringt. Demgegenüber wird ein vernünftiger Arbgeb. regelmäßig nicht nur den Einzelfall, sondern vorrangig die betrieblichen Auswirkungen beachten. Er wird z. B. ein ungünstiges Urteil durch einen teuren Vergleich vermeiden, seine Praxis aber beibehalten und langfristig Geld sparen.

5. Ausgleich durch gewerkschaftlichen Rechtsschutz?

Auch ein optimaler gewerkschaftlicher Rechtsschutz kann nur einen kleineren Teil der hier skizzierten Defizite ausgleichen. Die Zugangsbarriere²⁷ kann etwas verringert werden, indem man korrekt und eingehend berät²⁸. Das Nichterkennen von (Rechts-)Problemen sowie die Angst vor dem Arbgeb. bleiben als entscheidende Zugangsbarriere jedoch bestehen. Ähnliches gilt für die Durchführung des Verfahrens²⁹; die Schwierigkeiten mit dem Prozeßrecht werden verschwinden, nicht aber das Problem einer asymmetrischen Beweislage. Erst recht läßt sich die Individualisierung nicht ausschließen, sondern allenfalls mildern: Aus Solidarität mit anderen die eigene Haut nicht zu retten, wird auch ein Gewerkschaftsmitglied kaum ernsthaft in Erwägung ziehen. Die Defizite sind im traditionellen Rahmen offensichtlich nicht überwindbar.

III. Rechtsdurchsetzung mit Hilfe unabhängiger Instanzen

Die hier skizzierten Probleme lassen sich weithin vermeiden, wenn nicht der einzelne Arbeitnehmer, sondern eine unabhängige Instanz das Verfahren betreibt. Können arbeitsrechtliche Ansprüche eventuell auch von der Gewerkschaft, dem BR oder einer staatlichen Behörde geltend gemacht werden? Kennt das geltende Arbeitsrecht eine Verbandsklage oder gar eine class action nach amerikanischem Vorbild³⁰?

1. Klagemöglichkeiten der Gewerkschaft

a) Tarifliche Ansprüche

aa) Traditionelles Instrumentarium

Die Möglichkeiten einer Gewerkschaft, die Einhaltung des von ihr abgeschlossenen Tarifvertrags gerichtlich zu erzwingen, sind sehr unterschiedlich, je nachdem ob es sich um einen Firmen- oder einen Verbandstarif handelt.

Unproblematisch ist die Situation beim Firmentarif: Der Arbgeb. kann verpflichtet werden, das vertraglich zugesagte auch effektiv umzusetzen. Konkret bedeutet dies, daß er zur Gewährung der tariflichen Leistungen an die ArbN verurteilt werden kann³¹. Dem TV wird selbst insoweit „Durchschlagskraft“ beigemessen, als die Ausgliederung eines Unternehmensteils die Pflicht bestehen läßt, im Rahmen des Möglichen auch dort die tariflichen Arbeitsbedingungen weiterzupraktizieren³².

Beim Verbandstarif stellt sich die Situation ganz anders dar. Nach der bisherigen Rspr. des BAG kann sich die Gewerkschaft nur an den auf der anderen Seite stehenden Arbeitgeberverband halten. Dieser kann im Wege der Einwirkungsklage verpflichtet werden, auf seine Mitglieder im Sinne tariftreuen Verhaltens einzuwirken³³. Welche Mittel er dabei einsetzen will, ist ihm überlassen. Selbst wenn er seine stärkste Kanone in Stellung bringt und mit Ausschluß droht, bringt dies den betroffenen ArbN wenig, wenn ihr Arbgeb. sich davon unbeeindruckt zeigt oder wenn er gar aus dem Verband austritt. Selbst diese Karikatur eines Rechtsbehelfs, der im Grunde nur kostenbewußten Anwälten eine Freude bereitet, versagt dann, wenn die Auslegung des TV zu Zweifeln Anlaß bietet; hier müsse zuerst eine Klärung des Tarifinhalts im Wege des Feststellungsverfahrens nach § 9 TVG erfolgen³⁴.

bb) Vorgehen gegen den tarifbrüchigen Arbeitgeber wegen Verletzung von Art. 9 Abs. 3 GG

Besitzt die Gewerkschaft unter diesen Umständen eine Möglichkeit, direkt gegen den tarifbrüchigen Arbgeb. vorzugehen? Stellt es nicht einen Eingriff in ihr Recht auf spezifisch koalitionsmäßige Betätigung dar, wenn deren wichtigstes Resultat mit Füßen getreten wird³⁵? Daß Art. 9 Abs. 3 GG der Gewerkschaft ein Betätigungsrecht sichert,

27 Oben 2.

28 Dies scheint in der Praxis der typische Fall zu sein. Vgl. *Camin* (Fn. 24) S. 159 ff., wonach knapp zwei Drittel der ArbN die Rechtsanwälte und Rechtssekretäre bei der Durchsetzung ihrer Ansprüche als hilfreich einschätzten.

29 Oben 3.

30 Zu letzterer s. etwa *Schlachter* (Fn. 7) S. 357 ff.; *W. Lüke*, Die Beteiligung Dritter im Zivilprozeß, Tübingen 1993 S. 168 ff. Aus der älteren Lit. wichtig insbes. *Harald Koch*, Kollektiver Rechtsschutz im Zivilprozeß, Die class action des amerikanischen Rechts und deutsche Reformprobleme, Frankfurt/Main 1976.

31 *Gamillscheg*, FS *Henckel*, S. 221; *Hagemeier/Kempfen/Zachert/Zilius*, Kommentar zum TVG, 2. Aufl. Köln 1990 § 4 Rn. 89; *Otto SAE* 1993 S. 185, 186.

32 *BAG v. 11. 9. 91*, *ArbuR* 1992 S. 125 (*Zachert*) zum Goethe Institut Mexico.

33 So *BAG*, *DB* 1992 S. 1050.

34 S. Fn. 33.

35 Zutreffend *LAG Baden-Württemberg*, *LAGE* Nr. 1 zu § 1 TVG Durchführungspflicht, wonach die Einwirkungsklage „für die Katz“ sei. S. weiter *Schwarze*, *ZTR* 1993 S. 229 ff.

ist jüngst vom *BVerfG* erneut bestätigt worden³⁶. Die Rspr. des *BAG* hat dieses auch als absolutes Recht i. S. d. §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB qualifiziert und deshalb Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche im Grundsatz bejaht³⁷. So kann etwa eine Gewerkschaft gegen eine Konkurrenzorganisation im Klagewege vorgehen, wenn ihr „Wirken“ durch unfaire Werbung beeinträchtigt wird³⁸. Weiter ist ihr das Recht eingeräumt worden, einen einzelnen Arbgeb. auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen, der die Einstellung einer Bewerberin von ihrem vorherigen Gewerkschaftsausritt abhängig gemacht hatte³⁹. Obwohl durch einen solchen Einzelfall die gewerkschaftliche Handlungsfreiheit nicht insgesamt gefährdet ist, wird eine wirksame Abwehr erlaubt; Hintergrund ist, daß sich der Schutz der Verfassung eben nicht nur auf eine Art Minimum, sondern auf alle legalen Formen gewerkschaftlicher Betätigung erstreckt. Aus diesem Grunde ist es auch konsequent, wenn das *BAG* dem Arbeitgeberverband wie der Gewerkschaft das Recht zuspricht, gegen rechtswidrige Arbeitskämpfmaßnahmen der Gegenseite gerichtlich vorgehen zu können⁴⁰: Selbst wenn nur ein einziges Unternehmen betroffen ist, wäre die Freiheit der Willensbildung und des Tarifabschlusses beeinträchtigt⁴¹. Dies alles über Bord zu werfen und die Gewerkschaft in die Rolle des ohnmächtigen Zuschauers zu verbannen, sobald es um die Umsetzung eines von ihr erstrittenen TV geht, erscheint nachgerade grotesk: Ob in einem Betrieb rechtswidrig ausgesperrt wird oder ob nach Abschluß der Tarifrunde dort der TV einfach ignoriert wird, macht für die gewerkschaftliche Betätigungsfreiheit im Ergebnis keinen Unterschied.

Auch das *BVerfG* hat anerkannt, daß nicht nur die „Erkämpfung“ von Normen, sondern auch deren Umsetzung zum gewerkschaftlichen Betätigungsfeld gehört: Die-

ses erstreckt sich nach Art. 9 Abs. 3 GG u. a. auch auf die vorprozessuale Rechtsberatung und auf die Durchführung gerichtlicher Verfahren⁴².

Schließlich ergeben sich auf der Grundlage der bisherigen Auffassung eine Reihe schwer ausräumarer Wertungswidersprüche. Vor dem Hintergrund des durch Art. 9 Abs. 3 GG abgesicherten Systems überbetrieblich organisierter Koalitionen erscheint es wenig plausibel, dem Firmentarif volle Durchsetzung zu verschaffen, während der (auch historisch überkommene) Verbandstarif insoweit gravierende Lücken aufweist. Zum zweiten sollte auch im vorliegenden Zusammenhang der immer wichtiger werdende Fall des Verbandsaustritts des Arbgeb. nicht übersehen werden. Der in § 3 Abs. 3 TVG angeordnete Fortbestand tariflicher Regelungen wäre hier ausschließlich über Initiativen der einzelnen ArbN erzwingbar, da die Einwirkungsklage ersichtlich von vornherein leerläuft. Zum dritten kann es nicht überzeugen, wenn man auf der einen Seite Regeln für den „Tarifkampf“ aufstellt, die zugunsten einer freien Auseinandersetzung von allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen abweichen, um dann der Umsetzung des mit vielen sozialen Kosten erreichten Kompromisses keine ernsthafte Aufmerksamkeit mehr zu schenken.

Das *BAG* hat in seiner Leitentscheidung v. 8. 11. 57⁴³ alle diese Gesichtspunkte überhaupt nicht geprüft, sondern lediglich unterstellt, die Gewerkschaft mache die tariflichen Ansprüche ihrer Mitglieder geltend⁴⁴. Dies sei aber „mit der Persönlichkeit und der Entfaltungsfreiheit der ArbN“ nicht vereinbar⁴⁵ – eine These, die zu diskutieren wäre, die im vorliegenden Zusammenhang aber gar nicht einschlägig ist, da die Gewerkschaft ausschließlich eigene, ihr durch Art. 9 Abs. 3 GG zugewiesene Rechte ausübt. Da letztere in ihrer heutigen Differenziertheit erst nach der fraglichen *BAG*-Entscheidung entwickelt wurden, läßt sich diese nicht einmal als stillschweigende Distanzierung interpretieren. Ob man dabei jeden Einzelverstoß ausreichen läßt oder ob man wie bei der Einwirkungsklage eine Relevanzschwelle in Form von kollektiver Betroffenheit entwickelt⁴⁶, ist eine cura posterior. Pragmatische Gründe und die Parallele zu anderen Rechten der Gewerkschaft sprechen eher für die zweite Alternative. Keine Zweifel bestehen allerdings dann, wenn es um eine tarifwidrige Betriebsvereinbarung geht: Entgegen *BAG*⁴⁷ verletzt diese das gewerkschaftliche Betätigungsrecht auch dann, wenn auf dem entsprechenden Sachgebiet ein Mitbestimmungsrecht besteht, die getroffene Regelung jedoch tarifwidrig ist⁴⁸.

cc) Geltendmachung tariflicher Ansprüche in Prozeßstandschaft

Folgt man der hier vertretenen Position nicht, so stellt sich die Frage, ob die Gewerkschaft die tariflichen Ansprüche ihrer Mitglieder in gewillkürter Prozeßstandschaft geltend machen kann. Nach allgemeinen Grundsätzen ist hierfür eine Ermächtigung der Rechtsinhaber sowie ein berechtigtes Eigeninteresse des Ermächtigten Voraussetzung⁴⁹. Beide Bedingungen sind hier erfüllt.

Im Gewerkschaftsbeitritt liegt eine konkludente Ermächtigung zur (außergerichtlichen und gerichtlichen) Wahrung der mit der Arbeit verbundenen Interessen. Weder im Bewußtsein der Mitglieder noch in der Praxis beschränkt sich die „Interessenvertretung“ ausschließlich auf das Er-

36 *BVerfG*, DB 1995 S. 1464 linke Spalte = *ArbuR* 1995 S. 265 unter Bezugnahme auf *BVerfGE* 50 S. 290, 367.

37 *BAG*, AP Nr. 14 zu Art. 9 GG = *ArbuR* 1969 S. 187.

38 *BAG*, AP Nr. 6 zu § 54 BGB.

39 *BAG*, AP Nr. 49 zu Art. 9 GG.

40 *BAG*, AP Nr. 101 zu Art. 9 GG Arbeitskämpf = *ArbuR* 1988 S. 184 = *ArbuR* 1990 S. 98 m. Anm. Wollenschläger, Frölich.

41 Rütters/Bakker, Anmerkung zu *BAG* EzA Art. 9 GG Arbeitskämpf Nr. 74.

42 *BVerfG*, NZA 1993 S. 428.

43 *BAG*, AP Nr. 7 zu § 256 ZPO; darauf verweist *BAG*, AP Nr. 42 zu § 256 ZPO Bl. 2 = *ArbuR* 1963 S. 220.

44 In *BAG*, AP Nr. 7 zu § 256 ZPO ging es um die behauptete Tarifwidrigkeit eines vom Arbgeb. praktizierten Eingruppierungssystems, das die zuständige Gewerkschaft zum Anlaß für einen Feststellungs- und einen Unterlassungsantrag genommen hatte. In *BAG*, AP Nr. 42 zu § 256 ZPO ging es um den Feststellungsantrag der Gewerkschaft, daß der von ihr abgeschlossene TV auf das Unternehmen des beklagten Arbgeb. anwendbar sei.

45 *BAG*, AP Nr. 7 zu § 256 ZPO Bl. 3.

46 Dazu *Gamillscheg*, FS *Henckel*, S. 225 f.

47 *BAG*, NZA 1992 S. 317 = *ArbuR* 1992 S. 28.

48 Näher *Däubler*, BB 1990 S. 2256 ff. Kritik an der *BAG*-Rspr. ist auch angedeutet bei *BVerfG*, NZA 1994 S. 34 (genereller Ausschluß gewerkschaftlicher Schutzansprüche im Bereich des § 87 Abs. 1 BetrVG „nicht unproblematisch“). Gegen *BAG* in neuerer Zeit *Berg*, in: *Däubler/Küttner/Klebe/Schneider* (Hrsg.), Kommentar zum BetrVG, 4. Aufl. Köln 1994, § 77 Rn. 85; *Gamillscheg*, FS *Henckel* S. 231 f.; *Schwarze*, ZTR 1993 S. 234; *Zachert*, NZA 1994, S. 533, Fn. 57.

49 BGHZ 96 S. 151 ff.; *Lindacher*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 1992, Vor § 50 Rn. 55; *Pawlowski*, Jus 1990 S. 378; *Rosenberg/Schwab/Gotwald*, Zivilprozeßrecht, 15. Aufl. München 1993, § 46 III.

kämpfen neuer Positionen, auf die Verbesserung des Status quo. Wie nicht zuletzt § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG deutlich macht, geht es bei der gewerkschaftlichen Arbeit auch um die Durchsetzung bestehender Rechte⁵⁰. Ihrer sozialtypischen Bedeutung nach erstreckt sich die Beitrittserklärung grundsätzlich auf alle gewerkschaftlichen Betätigungsfelder einschließlich der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen. Dafür spricht auch die Parallele zur *BGH*-Rspr. in bezug auf die Anwaltsvereine: Selbst ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung soll dort im Beitritt die Ermächtigung liegen, Unterlassungsansprüche gegen Personen geltend machen, die unter Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz den Anwälten unlautere Konkurrenz machen⁵¹. Auch andere Entscheidungen weisen in diese Richtung⁵². Das *BAG* hat – was oft übersehen wird – in den beiden genannten Entscheidungen⁵³ keine Position bezogen, sondern lediglich darauf hingewiesen, die klägerische Partei hätte nichts zugunsten einer gewillkürten Prozeßstandschaft vorgetragen⁵⁴.

Soweit dem entgegengehalten würde, bislang sei der Gewerkschaftsbeitritt nicht im Sinne einer Ermächtigung zur Prozeßführung im eigenen Namen aufgefaßt worden, läge ein „wasserdichter“ Ausweg für die Gewerkschaft darin, ihre Satzung entspr. zu verdeutlichen oder sich Erklärungen ihrer Mitglieder geben zu lassen, die jeden, auch den entferntesten Zweifel ausschließen.

Das eigene schutzwürdige Interesse der Gewerkschaft – und damit die zweite Voraussetzung für eine gewillkürte Prozeßstandschaft – zu bejahen, macht wenig Schwierigkeiten: Es geht um die Durchsetzung des von der Gewerkschaft erreichten Tarifvertrags und damit um die Verteidigung eines von ihr erzielten Erfolges, dessen Aufrechterhaltung sich positiv auf ihre Attraktivität als Organisation auswirken wird⁵⁵.

Dem Arbgeb. wird durch eine gewerkschaftliche Prozeßstandschaft nichts Unangemessenes zugemutet. Er muß nicht befürchten, nunmehr von verschiedenen Personen verklagt zu werden und deshalb zu mehrfachen Verteidigungsanstrengungen gezwungen zu sein⁵⁶. Vielmehr ist er sicher, nur mit einem Verfahren überzogen zu werden: Ein Urteil wirkt für und gegen den einzelnen Arbeitnehmer⁵⁷. Würde dieser die Ermächtigung während des Verfahrens zurückziehen, insbes. aus der Gewerkschaft austreten, würde die Klage unzulässig werden. Probleme könnten sich allenfalls dann ergeben, wenn ein ArbN den Wunsch hat, im Verfahren nicht namentlich genannt zu werden; insoweit besteht eine gewisse Parallele zu dem Fall, daß die eine Betriebsratswahl betreibende Gewerkschaft die Identität ihrer im Betrieb beschäftigten Mitglieder nicht preisgeben möchte⁵⁸. Im Ergebnis verdient die Annahme einer gewillkürten Prozeßstandschaft jedenfalls den Vorzug⁵⁹.

b) Sonstige Rechte

Soweit es nicht um tarifliche, sondern um sonstige Ansprüche der ArbN geht, ist die Gewerkschaft nicht in ihrem Betätigungsrecht aus Art. 9 Abs. 3 GG betroffen. Insoweit muß man das leicht paradox wirkende Ergebnis in Kauf nehmen, daß Verstöße gegen gesetzliche Rechte schwerer als Verstöße gegen tarifliche zu bekämpfen sind⁶⁰. Was bleibt, ist die Möglichkeit einer gewillkürten Prozeßstandschaft. Sie ist hier nicht weniger zulässig als in bezug auf die Geltendmachung von Rechten aus einem TV – vielleicht

mit dem einen kleinen Unterschied, daß sich der Beitritt als solcher weniger leicht als Ermächtigung auch in dieser Richtung interpretieren läßt.

2. Rechtsdurchsetzung durch Betriebsräte

Ein ganzes Stück unabhängiger als die einzelnen ArbN ist der BR als gesetzliche Interessenvertretung. Auch seine Möglichkeiten, für die Beachtung von Arbeitnehmerrechten zu sorgen, sind nach herrschendem Verständnis recht beschränkt⁶¹.

Nach st. Rspr. des *BAG*⁶² und ganz überwiegender Auffassung der Lit.⁶³ kann der BR vom Arbgeb. verlangen, einmal abgeschlossene Betriebsvereinbarungen auch effektiv umzusetzen. Von diesem „Durchführungsanspruch“ hat das *BAG* neuerdings insofern eine Ausnahme gemacht, als der BR nicht berechtigt sei, die Beachtung von Individualansprüchen (im konkreten Fall: Auszahlungen aus einem Härtefonds) sicherzustellen⁶⁴. Das vermag jedoch in keiner Weise einzuleuchten, da auf diese Weise ohne jeden Anhalt im Gesetz zwei unterschiedliche Gruppen von Betriebsver-

50 Zur Garantie dieser Funktion durch Art. 9 Abs. 3 GG s. oben Fn. 42.

51 BGHZ 48, 12, 16 = NJW 1967 S. 1558, 1559.

52 Nachweise bei *Loritz*, ZfA 1985 S. 195 ff. Etwas restriktiver jedoch *BGH*, NJW 1984 S. 2221.

53 *BAG*, AP Nr. 7 und 42 zu § 256 ZPO (Fn. 43).

54 *BAG*, AP Nr. 7 zu § 256 ZPO Bl. 3; *BAG*, AP Nr. 42 zu § 256 ZPO Bl. 1 R (wo allerdings auch pauschal gesagt wird, die Gewerkschaft habe als solche „nicht die Stellung eines gesetzlichen Vertreters oder Prozeßstandschafters“).

55 Ebenso *Gamillscheg*, FS *Henckel* S. 224; *Konzen*, FS *Kissel* S. 607; *Heinze*, SAE 1993 S. 225 (letztere für das Parallelproblem beim Arbeitgeberverband).

56 So die berechtigte Erwägung bei *Marotzke* (Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage, Tübingen 1992 S. 3 ff.) in bezug auf die Schaffung neuer Klagerechte.

57 *S. Lindacher* (Fn. 49), Vor § 50 Rn. 66 m. w. N.

58 *BAG*, NJW 1993 S. 612 = *ArbuR* 1993 S. 27 u. 88, bestätigt durch *BVerfG*, NZA 1994 S. 891 = *ArbuR* 1994 S. 196 und 313. Die entsprechende Anwendung dieses Grundsatzes hätte zur Folge, daß die Gewerkschaft den Namen ihrer Mitglieder, die die tariflichen Rechte geltend machen, als Tatsachenbescheinigung bei einem Notar hinterlegen könnte. Die Zahl der Personen müßte dann allerdings schon aus Gründen des Streitwerts im Verfahren mitgeteilt werden. Eine Vollstreckung aus einem für die Arbeitnehmerseite positiven Urteil wäre nur möglich, wenn die Identität aufgedeckt würde. Einzelheiten bedürften noch der Erörterung.

59 Ebenso im Ergebnis *Berg/Bobke*, WSI-Mitt. 1982 S. 240; *Däubler*, Arbeitsrecht 1 (oben Fn. 7) Rn. 434; *Gamillscheg*, FS *Henckel* S. 224; *Hagemeyer/Kempen/Zachert/Zilius* (oben Fn. 31), § 4 Rn. 91; *Konzen*, FS *Kissel* S. 608; *Matthießen*, DB 1988 S. 290; ähnlich *Ramm*, in: *Posser/Wassermann* (Hrsg.), Freiheit in der sozialen Demokratie, Karlsruhe 1975 S. 231; *Loritz*, ZfA 1985, 195 ff.; *Marotzke* (oben Fn. 56) S. 82; *M. Wolf*, Die Klagebefugnis der Verbände, Tübingen 1971 S. 46.

60 Ebenso für die tarifliche Einwirkungsklage *Gamillscheg*, FS *Henckel*, S. 218.

61 Zur Durchsetzung eigener Rechte, die außerhalb unseres Untersuchungsgegenstands liegt, s. *BAG*, *ArbuR* 1995 S. 67; dazu *Derleder*, *ArbuR* 1995 S. 13 ff.

62 *BAG*, AP Nr. 21 und 24 zu § 77 BetrVG 1972 = *ArbuR* 1987 S. 276 u. 1988 S. 51; *BAG*, AP Nr. 2 zu § 77 BetrVG 1972 Auslegung; *BAG*, AP Nr. 27 zu § 87 BetrVG 1972 Arbeitszeit.

63 *Berg*, in: *DKKS* (oben Fn. 48) § 77 Rn. 83; *Däubler*, Arbeitsrecht 1 (oben Fn. 7), Rn. 937; *Dietz/Richardi*, BetrVG, Kommentar, 6. Aufl., München 1982, § 77 Rn. 136; *Kreutz*, in: *Fabricius* u. a., Gemeinschaftskommentar zum BetrVG, Bd. 2, 4. Aufl., Neuwied 1990 § 77 Rn. 22; *Matthes*, in: *Richard/Wlotzke* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 3, 1993 § 319 Rn. 65.

64 *BAG*, AP Nr. 53 zu § 112 BetrVG 1972 = *ArbuR* 1990 S. 55.

einbarungsnormen geschaffen werden: Solche, die dem einzelnen keine Ansprüche einräumen und deren Beachtung der BR im Beschlußverfahren erzwingen kann, und solche, die Individualrechte gewähren und bei denen dem BR die Hände gebunden sind. Warum sollte es nicht möglich sein, in gleicher Weise wie beim Firmentarif⁶⁵ auf Leistung an die Begünstigten zu klagen? Im Ergebnis läuft die BAG-These auf einen Grundsatz „Individualrechtsschutz vor Rechtsschutz durch unabhängige Instanzen“ hinaus. Sollte dies wirklich vom Gesetzgeber gewollt sein?

Soweit gesetzliche oder tarifliche Ansprüche der einzelnen ArbN in Rede stehen, ist die Situation des BR noch hoffnungsloser. Nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat er zwar darüber zu wachen, daß die zugunsten der ArbN geltenden Gesetze, Verordnungen, TV usw. durchgeführt werden, doch stehen ihm bei festgestellten Verstößen keinerlei Rechtsbehelfe zur Verfügung. Insbesondere kann er nach Auffassung des BAG kein Beschlußverfahren einleiten, um dem Arbgeb. eine gesetz- oder tarifwidrige Maßnahme untersagen zu lassen⁶⁶. Im Jahre 1983 hatte dies das Gericht vorübergehend anders gesehen und dem BR wenigstens das Recht eingeräumt, die Illegalität oder Tarifwidrigkeit von Arbeitgebermaßnahmen feststellen zu lassen⁶⁷, doch befinden sich die Unterstützer dieser Position auch in der Lit. in der Minderzahl⁶⁸. Eine gewisse

Erleichterung bringen Entscheidungen, die bestimmte unsoziale Maßnahmen des Arbeitgebers als Verstoß gegen § 75 Abs. 2 BetrVG werten und dem BR insoweit einen auf diese Vorschrift gestützten Unterlassungsanspruch einräumen⁶⁹. Insgesamt erweist sich der BR aber als „zahloser Tiger“⁷⁰; ihn zum „Hüter des zwingenden Rechts“⁷¹ zu machen, ist eine schöne, aber auf der Grundlage der BAG-Rspr. ziemlich ferne Utopie⁷².

3. Rechtsdurchsetzung durch die staatliche Verwaltung

Nach deutscher Tradition ist die Gewerbeaufsicht auf den Bereich des öffentlichrechtlichen Arbeitsschutzes beschränkt. Sie hat keine Möglichkeit, etwa die Einhaltung von TV oder von Antidiskriminierungsvorschriften zu kontrollieren. Insoweit ergibt sich ein recht deutlicher Gegensatz zu Frankreich, wo die inspection du travail bis 1982 die Einhaltung der für allgemeinverbindlich erklärten TV überwachen konnte und wo sie seither für alle TV zuständig ist⁷³. Außerhalb des Arbeitsschutzes hält sich die Verwaltung aus den Arbeitsbeziehungen weithin heraus; eine Ausnahme stellt § 25 HAG dar, wonach die Arbeitsbehörden der Länder Ansprüche der Heimarbeiter in eigenem Namen geltend machen können⁷⁴. Über entsprechende Möglichkeiten in bezug auf nach Deutschland entsandte Billigarbeitskräfte wird derzeit diskutiert⁷⁵.

4. Verbandsklage und class action

Anders als das Wettbewerbs-⁷⁶, das AGB-⁷⁷ und das Kartellrecht⁷⁸ kennt das geltende Arbeitsrecht keine Verbandsklage. Es ist bei dem traditionellen Modell stehengeblieben, wonach Individuen wie auch Kollektive lediglich eigene Rechte gerichtlich geltend machen und diese Befugnis unter den Voraussetzungen einer gewillkürten Prozeßstandschaft auf andere übertragen können.

Auch eine class action ist dem geltenden deutschen Recht nach allgemeiner Auffassung fremd. Anders als in den USA können Angehörige einer Gruppe wie z.B. die Anlieger eines Kernkraftwerks, die Taxikunden in einer bestimmten Stadt oder die von diskriminierendem Verhalten des Arbgeb. betroffenen ArbN nicht die Ansprüche aller Betroffenen gerichtlich geltend machen⁷⁹. Die Distanz unserer Rechtsordnung zu einer solchen Figur ist so groß, daß sogar die Auffassung vertreten wird, ein aufgrund einer class action in den USA ergangenes Urteil könne in der Bundesrepublik nach § 328 Abs. 1 Nr. 4 ZPO nicht anerkannt werden, weil es gegen unseren ordre public verstoße; zu beanstanden sei insbes. die Nähe zur Popularklage sowie die Rechtskrafterstreckung auch auf solche Gruppenmitglieder, die von dem Verfahren keine konkrete Kenntnis hatten⁸⁰. Dazu ist hier nicht Stellung zu nehmen, doch sei gleichwohl ein Hinweis erlaubt. Die oben unter dem Stichwort der Individualisierung skizzierten Tatbestände einer Ausstrahlung von Verfahren auf Dritte⁸¹ kommen – wenn man rechtliche und faktische Wirkung einmal gleichstellt – der class action ziemlich nahe: Ein Mitglied einer durch eine Arbeitgebermaßnahme betroffenen Gruppe klagt, und das Resultat seiner Bemühungen wird auch ohne Musterprozeßabrede⁸² im guten wie im schlechten auf die anderen erstreckt. Allerdings besteht ein entscheidender Unterschied: Da man sich im Bereich des rein Faktischen bewegt, denkt niemand daran, die rechtsstaatlichen Sicherungen, die in den USA entwickelt wur-

65 Dazu oben III 1a, aa.

66 BAG, AP Nr. 26 zu § 80 BetrVG 1972 = ArbuR 1986 S. 349; BAG, DB 1987 S. 1438 = ArbuR 1987 S. 145.

67 BAG, AP Nr. 4 zu § 15 BAG = ArbuR 1982 S. 292.

68 *Fitting/Auffarth/Kaiser/Heither*, BetrVG mit Wahlordnung, Handkommentar, 17. Aufl. München 1992 § 80 Rn. 11; *Michaelis*, BetrR 1982 S. 369; *Däubler*, Arbeitsrecht I (oben Fn. 7) Rn. 896; resignierend selbst *Blanke, Buschmann*, in: DKKS (oben Fn. 48) § 80 Rn. 11.

69 LAG Bremen, AiB 1986, 191 mit Anmerkung *Grimberg*; LAG Köln, AiB 1989, 163.

70 *Gamillscheg*, FS *Henckel* S. 217.

71 So der Titel des Buches von *Plander* (Der BR als Hüter des zwingenden Rechts, Baden-Baden 1982), das sich allerdings auf § 99 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG bezieht.

72 Die Entscheidung zum Unterlassungsanspruch (BAG, ArbuR 1995 S. 67, 70 mit Anm. *Derleder*) bringt vielleicht einen ganz kleinen Silberstreifen am Horizont, wenn es dort heißt, der BR müsse seine Rechte selbst wahren können, man könne ihn nicht auf ein Tätigwerden gerade derjenigen verweisen, deren Rechte durch seine Beteiligung gesichert werden sollen – hier werden aus dem Machtgefälle erstmals auch prozessuale Konsequenzen gezogen.

73 Art. L 611-1 Code du travail; dazu *Lyon-Caen/Pélessier* (oben Fn. 8) Rn. 880 ff.

74 § 25 HAG ist ein Fall gesetzlicher Prozeßstandschaft – *Koch*, KritV 1989, 337.

75 *Däubler*, DB 1995, 729.

76 § 13 Abs. 2 UWG.

77 § 13 Abs. 2 AGBG.

78 § 35 Abs. 3 GWB. Zur Verbandsklage im Umweltschutzrecht s. *Kloepfer*, Umweltrecht, München 1989 § 5 Rn. 28 ff.

79 Zu den Voraussetzungen der class action im einzelnen s. die Nachweise oben Fn. 30. Um Mißbräuche zu verhindern, muß die Klage den (bekannten) Gruppenmitgliedern zugestellt werden; auch muß der Rechtsanwalt die Gewähr sachgerechter Prozeßführung bieten. Schließlich bedürfen Vergleiche der gerichtlichen Genehmigung. Näher *Schlachter* (oben Fn. 7) S. 362 ff.

80 *Mann*, NJW 1994 S. 1187 ff.; andere Einschätzung bei *Gottwald*, ZZP 91 (1978) S. 1 ff., der die class action für „rezipierbar“ ansieht, weil sie nicht im Widerspruch zum GG stehe.

81 Oben II 4.

82 Dazu *Lindacher*, JA 1984 S. 404 ff.

den, hierher zu übertragen: Niemand ist verpflichtet, die in gleicher Lage Befindlichen zu informieren, die Dispositionsmaxime ist nicht eingeschränkt, so daß man noch immer wie selbstverständlich davon ausgeht, daß Vergleiche jederzeit und ohne jede Kontrolle durch die mittelbar betroffenen Dritten möglich sind. Hoffen wir, daß in anderen Ländern deshalb niemand rechtsstaatliche Bedenken gegen die bei uns ergehenden Urteile haben wird.

IV. Rechtspolitische Perspektiven

Übernimmt man die oben entwickelten Interpretationsergebnisse – Abwehrklage der Gewerkschaft gegen Verletzung tariflicher Rechte, Möglichkeit zu gewillkürter Prozeßstandschaft, Durchsetzungsanspruch des BR in bezug auf den gesamten Inhalt von Betriebsvereinbarungen – so sind viele der beschriebenen Defizite bei der Rechtsdurchsetzung beseitigt. Folgt man der traditionellen Auffassung, ist der Gesetzgeber zum Handeln aufgerufen. Soweit es um die Durchsetzung tariflicher Rechte geht, dürfte hierfür eine unmittelbare verfassungsrechtliche Verpflichtung bestehen.

Auch vom hier eingenommenen Standpunkt aus bleiben zwei Bereiche ungelöst.

Soweit die Gewerkschaft nur als Prozeßstandschafter handeln kann, ist sie auf die Geltendmachung von Rechten ihrer Mitglieder beschränkt. Dies läßt überall dort große Lücken, wo ganze Arbeitnehmergruppen unorganisiert sind. Dies gilt etwa für Leiharbeiter, für aus dem Ausland entsandte Billigarbeitskräfte oder für illegal hier tätige Ausländer. Gerade bei diesen Beschäftigten ist die Gefahr aber am größten, daß Recht und Rechtswirklichkeit nicht nur auseinandergehen, sondern meilenweit auseinanderklaffen. Das Beispiel osteuropäischer Werkvertragsarbeitnehmer, die nach den Regierungsvereinbarungen bundesdeutsche Tariflöhne erhalten müssen und die in

Wirklichkeit allenfalls 30 % der deutschen Löhne bekommen⁸³, mag als Beispiel genügen. Hier könnte man sich erneut am französischen Vorbild orientieren. Die Gewerkschaft ist dort befugt, Ansprüche der illegal in Frankreich tätigen ausländischen ArbN, der befristet Beschäftigten und der Leiharbeiter gerichtlich geltend zu machen – und zwar ohne Rücksicht darauf, ob diese ihr als Mitglied angehören oder nicht⁸⁴. Damit ist ersichtlich der Bereich der Prozeßstandschaft überschritten; die Gewerkschaft nähme im öffentlichen Interesse die Befugnis wahr, Rechtsverstöße aufzugreifen und sie mit Hilfe der Gerichte zu korrigieren⁸⁵.

Ein zweiter Bereich betrifft die Interessen von Mitgliedergruppen, die in Gefahr sind, nicht ausreichend repräsentiert zu werden. Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn die Durchsetzung ihres Interesses (z.B. von Frauen an Beförderung) nur zu Lasten eines anderen Interesses möglich ist, das gleichfalls von den Gewerkschaften vertreten wird. Für solche Fälle wäre eine class action eine rechtspolitisch sinnvolle Alternative. Ob man einen solchen Schritt tut, hängt nicht zuletzt davon ab, inwieweit die Gewerkschaft in der Lage ist, derartige Konflikte intern zu verarbeiten – Beispiele wie die Massenklage der Heinze-Frauen Anfang der 80er Jahre⁸⁶ sowie die Tatsache, daß fast alle *EuGH*-Verfahren zur Gleichberechtigung von Mann und Frau am Arbeitsplatz mit gewerkschaftlicher Unterstützung bzw. im gewerkschaftlichen Rechtsschutz betrieben wurden, lassen durchaus Optimismus zu.

83 Udo Mayer, BB 1993 S. 1428 ff.

84 Einzelheiten bei Verdier, Syndicats et droit syndical, 2e éd. vol. I, Paris 1987 p. 590 ff.

85 Zur entsprechenden Problematik bei der Verbandsklage nach dem AGB-Gesetz s. Eike Schmidt, NJW 1989 S. 1192 ff.

86 Schilderung bei Marianne Kaiser (Hrsg.), Wir wollen gleiche Löhne!, Reinbek 1980.

Prof. Dr. Roderich Wahsner, Bremen

Ungehaltener Diskussionsbeitrag zu „100 Jahre gewerkschaftlicher Rechtsschutz“

Das Lob, das der gewerkschaftliche Rechtsschutz hier gefunden hat, kann ich nur teilen. Nach allem, was ich von früheren Schulungen für Gewerkschaften, an denen auch ehrenamtliche Richter teilnahmen, in Erinnerung habe und was ich von Arbeitsrichtern aus meinem Bekanntenkreis weiß, dürfte – abgesehen von Einzelfällen – auch das, was hier über die fachliche Kompetenz der ehrenamtlichen Richter und über ihre Bereitschaft und Fähigkeit zu einer objektiven Beurteilung der Sach- und Rechtslage gesagt worden ist, voll zutreffen. Dieses Lob fällt indirekt auch auf die Arbeitsgerichtsbarkeit zurück.

In meiner früheren kritischen Sicht habe ich die arbeitsgerichtliche Rspr., vor allem des *BAG* einseitig als Ausdruck von Klassenjustiz gewertet. Diese Sichtweise habe ich zugunsten einer differenzierteren Betrachtung revidiert. Dabei haben auch Beobachtungen zur juristischen Bewältigung arbeitsrechtlicher Konflikte im Ausland eine große Rolle gespielt. In Japan hatte ich Gelegenheit zu einem längeren Gespräch mit Repräsentanten einer japanischen

Gewerkschaft, die sich wegen der diskriminierenden Behandlung der bei ihr organisierten überwiegend weiblichen Beschäftigten in einem 20 Jahre zurückreichenden Konflikt mit dem Management des Unternehmens befand – übrigens einer 100%igen Tochter des deutschen Schering Konzerns. Da es in Japan eine Arbeitsgerichtsbarkeit nicht gibt, fallen rechtliche Auseinandersetzungen um derartige Fragen in die Zuständigkeit der allgemeinen Gerichte. Einen auf arbeitsrechtliche Streitigkeiten spezialisierten Spruchkörper gibt es nur am obersten japanischen Gericht in Tokio. Entsprechend lang ist die Verfahrensdauer bis zu einer letztinstanzlichen Entscheidung. Da japanische ArbN und ihre Gewerkschaften – fast ausschließlich Betriebsgewerkschaften – noch größere Vorbehalte haben, die Arbgeb. vor Gericht zu zitieren, kommt es selten genug vor, daß Streitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis oder kollektive Arbeitskonflikte überhaupt vor den Gerichten ausgetragen werden. Trotzdem ist die Verfahrensdauer extrem lang. Nicht selten dauert es bis zu einer letzten-